FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

föredraget den 16 september 1997 *

1. Med denna begäran om förhandsavgörande ombeds domstolen tolka termen "organ som lyder under offentlig rätt", som används av gemenskapslagstiftaren i syfte att avgränsa tillämpningsområdet för rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten [1] (nedan kallat direktivet).

I Gemenskapslagstiftningen

Direktiv 93/37/EEG

3. Direktiv 93/37, som kodifierar rådets direktiv 71/305/EEG [2], innehåller de grundläggande gemenskapsbestämmelserna inom området för offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

2. Enligt direktivet utgör ett "organ som lyder under offentlig rätt" en "upphandlande myndighet"; detta begrepp betecknar enheter vars deltagande i ingåendet av ett kontrakt om utförande av bygg- och anläggningsarbeten är avgörande för direktivets tillämplighet på sagda kontrakt.

4. Direktivet innehåller sådana bindande bestämmelser för medlemsstaterna som är gemensamma för teknik, för den offentlighet de upphandlande myndigheterna skall ge de kontrakt de har för avsikt att ingå och för entreprenörers deltagande i kontrakten. Direktivet fastställer de upphandlingsförfaranden de upphandlande myndigheterna bör tillgripa samt den informationsskyldighet dessa har gentemot sökandena, anbudsgivarna och kommissionen, eller som medlemsstaterna har gentemot kommissionen.

* Originalspråk: franska.

1 — EGT L 199, s. 54. Termerna "upphandlande myndighet" och "organ som lyder under offentlig rätt" förekommer även i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139, artikel 1 b) och i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126, artikel 1 b), vilket medför att dessa begrepp skall tolkas så att de inte endast avser lagstiftningen om offentlig upphandling.

2 — Direktiv av den 26 juli 1971 för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5), senast ändrad genom direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 297, s. 1).

5. Artikel 1 i direktivet definierar de huvudsakliga begrepp som begränsar dess tillämpningsområde.

6. I punkt a anges således följande:

"*Offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten*: skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en av de nedan under b angivna upphandlande myndigheterna, som omfattar utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna eller ett arbete som anges nedan under c, eller utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven." [3]

7. I punkt b första stycket föreskrivs följande:

"*Upphandlande myndigheter*: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt."

8. "Organ som lyder under offentlig rätt", som följaktligen även utgör upphandlande myndigheter enligt samma grunder som traditionella offentliga myndigheter, definieras i punkt b andra stycket enligt följande:

"Ett organ som lyder under offentlig rätt är varje organ

— som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen [som] inte har industriell eller kommersiell karaktär, och

— som är juridisk person, och

— som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under

3 — I bilaga 2 uppräknas de yrkesområden som omfattas av byggnadsverksamhet. I punkt c definieras entreprenad som "resultatet av ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vilket i sig själv kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion".

offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten, regional eller lokal myndighet, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt."

9. I punkt b sista stycket anges:

"Förteckningarna över organ eller kategorier därav som lyder under offentlig rätt och som uppfyller villkoren i andra stycket återfinns i bilaga 1. Dessa förteckningar skall vara så fullständiga som möjligt och kan revideras enligt artikel 35. För detta ändamål skall medlemsstaterna regelbundet informera kommissionen om varje ändring i deras förteckningar över organ och kategorier."

Direktiv 89/665/EEG

10. Enligt rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten [4], skall medlemsstaterna "vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt ... I synnerhet skall prövningar göras skyndsamt ... för de fall upphandlingsbeslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag". [5] Enligt artikel 5 skulle dessa åtgärder vidtas senast den 21 december 1991.

Förordning (EEG) nr 2052/88

11. I den nya artikeln 7.1 med rubriken "Överensstämmelse och kontroll" i rådets förordning (EEG) nr 2052/88 av den 24 juni 1988 [6] (nedan kallad förordningen) preciseras följande:

"De åtgärder som finansieras av strukturfonderna eller får stöd från Europeiska investeringsbanken eller andra befintliga finansieringsorgan skall överensstämma med bestämmelserna i fördragen, med de föreskrifter som antagits i anslutning till dessa

4 — EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48.

5 — Artikel 1.

6 — Förordning om strukturfondernas uppgifter och effektivitet samt om samordning av deras verksamheter dels inbördes, dels med Europeiska investeringsbankens och andra befintliga finansieringsorgans verksamheter (EGT L 185, s. 9). Nuvarande artikel 7.1 ändrades genom artikel 1 i rådets förordning (EEG) nr 2081/93 av den 20 juli 1993 om ändring av nämnda förordning (EGT L 193, s. 5; svensk specialutgåva, område 14, volym 1, s. 17).

och med gemenskapens politik, inklusive gemenskapens bestämmelser om konkurrens, offentlig upphandling och miljöskydd och tillämpningen av principen om lika möjligheter för män och kvinnor."

II Den nationella lagstiftningen

12. I sitt beslut om att begära förhandsavgörande, anger Bundesvergabeamt att Österrike den 1 januari 1994, vid ikraftträdandet av avtalet om upprättandet av Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, var skyldigt att i sitt interna rättssystem införa de Europeiska gemenskapens rättsakter som ingår i bilaga XVI till detta avtal. Det var vid denna tidpunkt särskilt fråga om de ovannämnda direktiven 71/305 och 89/665. [7]

13. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att direktiven införlivats på förbundsnivå genom Bundesvergabegesetz (förbundslag om offentlig upphandling, nedan kallad BVergG) [8], som trädde i kraft den 1 januari 1994, och att även förbundsstaterna antagit lagar om införlivande, på grundval av behörighetsindelningen mellan delstaterna och förbundsstaten.

14. Under tiden har direktiv som inte ingår i bilaga XVI införts inom området för offentlig upphandling. Den hänskjutande domstolen konstaterar att dessa inte har införlivats i det österrikiska rättssystemet, men den "utgår likväl ifrån att de bestämmelser i BVergG som är tillämpliga i förevarande fall framledes skall bedömas med beaktande av bestämmelserna i gemenskapens direktiv inom detta område". [9]

15. I 1 § andra stycket tredje punkten i sagda lag stadgas följande:

"Denna förbundslag är tillämplig på offentliga bygg- och anläggningsarbeten med ekonomiska villkor vars syfte är

...

3) utförandet av tredje part, oavsett medel, av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven."

7 — S. 2 och 3, punkt 1.1 i den franska översättningen.

8 — *BGBl.* Nr 462/1993.

9 — S. 4 i den franska översättningen.

16. I 3 § anges följande:

"1) Denna förbundslag är tillämplig på tilldelningen av bygg- och anläggningsarbeten och koncessioner vars uppskattade belopp exklusive mervärdesskatt uppgår till eller överstiger 5 miljoner ecu.

...

3) Bygg- och anläggningsarbeten kan inte uppdelas för att undgå tillämpningen av denna förbundslag."

17. I 6 § första stycket tredje punkten föreskrivs:

"Denna förbundslag är tillämplig på ingåendet av kontrakt av följande upphandlande myndigheter:

...

3) (Bestämmelse av grundlagskaraktär) företag i den mening som avses i artikel 126 b 2 i B-VG [10], i den mån de tillkommit för att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, och i vilka förbundsstaten är den stora finansiären — för andra företag som är underställda revisionsrätten, i den mån de tillkommit i ovannämnda syfte, skall delstaterna fastställa bestämmelserna om ingåendet av kontrakt och övervaka deras tillämpning." [11]

18. Genom BVergG har det inrättats två olika typer av prövningar: ett förlikningsförfarande inför Bundes-Vergabekontrollkommission (förbundskommission för kontroll av anbudsförfaranden) och ett förfarande för överklagande inför Bundesvergabeamt (förbundsmyndighet för anbudsförfaranden). Ett överklagande till Bundesvergabeamt skall ovillkorligen föregås av ett förlikningsförfarande. Det är endast när ett förlikningsförfarande inte gjort det möjligt att avgöra tvisten mellan den upphandlande myndigheten och sökandena eller anbudsgivarna som det är möjligt att vända sig till sistnämnda instans.

10 — Österrikes förbundsförfattning.

11 — Den nationella domstolen anger att det i denna bestämmelse "... är fråga om företag i den mening som avses i artikel 126 b 2 i B-VG. Det är fråga om företag i vilka förbundsstaten deltar, ensam eller tillsammans med andra juridiska personer som omfattas av revisionsrättens behörighet, med åtminstone 50 procent av aktiekapitalet, det ursprungliga kapitalet eller det egna kapitalet eller som leds av förbundsstaten ensam eller av förbundsstaten tillsammans med andra juridiska personer av detta slag. Utövandet av ett bestämmande inflytande i ett företag genom andra finansiella, ekonomiska eller strukturella medel anses utgöra ett likvärdigt ekonomiskt deltagande. Revisionsrättens behörighet sträcker sig även till efterföljande företag i produktionsledet, som uppfyller villkoren som fastställts i denna punkt" (s. 13 i den franska översättningen).

III Bakgrunden och det nationella förfarandet

Österreichische Staatsdruckerei

19. Det österrikiska statstryckeriet (Österreichische Staatsdruckerei, nedan kallat ÖS), som grundades år 1804, var ursprungligen ett statligt företag. Sedan 1981 har ÖS status ändrats med stöd av Bundesgesetz vom 1. Juli über die Österreichische Staatsdruckerei (Staatsdruckereigesetz) (förbundslag om det österrikiska statstryckeriet, nedan kallad StDrG). Artikel 1 i StDrG har följande lydelse:

"1) En egen ekonomisk enhet skall bildas under firma 'Österreichische Staatsdruckerei', i det följande kallad 'Staatsdruckerei'. Den skall ha säte i Wien och besitta rättskapacitet såsom juridisk person.

2) Staatsdruckerei skall ha ställning som näringsidkare i den betydelse som avses i handelslagstiftningen. Firman skall vara upptagen i avdelning A i handelsregistret hos Handelsgericht Wien.

3) Staatsdruckerei skall bedriva sin verksamhet i enlighet med gällande handelsbestämmelser."

20. De uppgifter som ÖS skall utföra anges i 2 § i StDrG. Enligt 2 § första stycket handlar det i synnerhet om att för förbundsförvaltningen framställa trycksaker som kräver sekretess eller som kräver att säkerhetsföreskrifter följs, exempelvis pass, körkort, identitetskort, den officiella förbundstidningen, förbundets författningssamlingar och rättsfallssamlingar, blanketter samt Wiener Zeitung. Detta verksamhetsområde hör under vad som vanligtvis betecknas "allmännyttan". Denna verksamhet är underställd ett statligt kontrollorgan. [12] Priserna fastställs i enlighet med de regler som gäller för näringsverksamhet [13], på begäran av generaldirektören för det ekonomiska rådet [14], som är sammansatt av 12 medlemmar, varav åtta utnämns av förbundskanslern eller olika ministerier och fyra av företagets styrelse.

21. Enligt 2 § andra stycket kan ÖS bedriva annan verksamhet, exempelvis framställa andra trycksaker samt utge och distribuera böcker eller tidningar.

12 — 13 § första stycket i StDrG.

13 — Ibidem, 12 §. Ekonomiska rådet anförtror fastställandet av priserna åt en kommitté bestående av tre medlemmar: ordföranden för ekonomiska rådet, en medlem som utsetts av förbundskanslern och en medlem som utsetts av finansministern.

14 — Ibidem, 12 § andra stycket.

22. I 3 § stadgades följande: "Inom ramen för företagets verksamhet har Staatsdruckerei rätt att äga andelar i företag."

Strohal Gesellschaft och Strohal Rotationsdruck

23. ÖS förvärvade i februari 1995 Strohal Gesellschafts (nedan kallat SG) hela aktiekapital. Detta bolag bildade i oktober samma år Strohal Rotationsdruck (nedan kallad SRG eller svaranden), i vilket det innehar 999 000 ÖS av aktiekapitalet på 1 000 000 ÖS. [15]

24. Ur svarandens skriftliga yttranden framgår att ÖS' förvärv av SG kan förklaras av den praktiska erfarenhet SG har av en för ÖS' verksamhet främmande tryckteknik samt av förekomsten av en kundkrets i utlandet. [16]

25. SRG har tillagt att bolaget den 4 november 1995 registrerats i bolagsregistret i Landgericht Eisenstadt, med framställning av trycksaker enligt ovannämnda framställningsmetod som föremålet för företagets verksamhet. [17]

Projektet Druckzentrum Müllendorf

26. För att förkorta övergångsperioden fram till dess att det var möjligt att påbörja verksamheten med ett tryckeri under firma Druckzentrum Müllendorf, som skulle bedrivas av SRG [18], ingick ÖS olika kontrakt under namnet SRG, som då var under bildande.

27. Den 18 oktober 1995 inledde ÖS ett anbudsförfarande, avseende teknisk utrustning som inte var avsedd för produktionen för Druckzentrum Müllendorf, vilket återkallades efter det att ett förlikningsförfarande inletts av Wirtschaftskammer Österreich (Österrikes handelskammare).

28. Därefter inleddes ett inskränkt anbudsförfarande, beträffande vilket ÖS underrättade anbudsgivarna om att SRG var byggherre och ansvarade för anbudsinfordran och ingåendet av kontrakten. [19]

15 — ÖS: österrikisk schilling.

16 — Punkt 16.

17 — Ibidem, punkt 17.

18 — Ibidem, punkt 21—23. S. 7 och 8 i den franska översättningen av begäran om förhandsavgörande.

19 — S. 9 i den franska översättningen av begäran om förhandsavgörande.

29. Därefter inleddes ett förlikningsförfarande den 15 november 1995 på begäran av Verband der Industriellen Gebäudetechnikunternehmen Österreichs (österrikisk sammanslutning av industriella byggnadsteknikföretag), som ansåg att projektet utgjorde ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avses i BVergG och således hörde till denna lags tillämpningsområde. [20]

30. Bundes-Vergabekontrollkommission drog slutsatsen att eftersom det inte fanns någon upphandlande myndighet i den mening som avses i BVergG, förelåg det inget offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, och således omfattades inte frågan av dess behörighet. Bundes-Vergabekontrollkommission ville dock inte utesluta att det var nödvändigt att följa direktivets bestämmelser, om den upphandlande enheten erhöll gemenskapsstöd i enlighet med ovannämnda artikel 7.1. [21]

31. Då någon förlikning inte nåddes, väckte Mannesmann Anlagenbau Austria AG, J. L. Bacon GesmbH, Haustechnische Gesellschaft für Sanitär-, Wärme- und Luft-Technische Anlagen GesmbH och Sulzer Infra Anlagen- und Gebäudetechnik GesmbH (nedan kallade sökandena) talan den 7 december 1995 vid Bundesvergabeamt i enlighet med artikel 92 i BVergG. [22]

IV Tolkningsfrågorna

32. Bundesvergabeamt konstaterade att de berörda bestämmelserna i BVergG antagits i syfte att införliva det ändrade direktivet 71/305, och att det i framtiden är lämpligt att hänvisa till direktiv 93/37 vid tolkningen av dessa bestämmelser. Bundesvergabeamt hänsköt följaktligen följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Kan en bestämmelse i nationell lag, såsom i förevarande fall 3 § Staatsdruckereigesetz, genom vilken ett företag tilldelats särskilda rättigheter och ensamrätter, innebära att företaget har ålagts skyldigheten att tillgodose sådana allmänna intressen som inte har industriell

20 — Ibidem.

21 — S. 9 och 10 i den franska översättningen av begäran om förhandsavgörande.

22 — Ibidem, s. 10. Den hänskjutande domstolen har ansett följande: "Sökandena har den 21 december 1995 i en kompletterande inlaga angett att de den 7 december 1995 underrättats av den upphandlande myndigheten om att förevarande inskränkta anbudsinfordran annullerats." Den nationella domstolen har tillagt följande: "Samtidigt har man låtit sökandena förstå att ett 'påskyndat öppet förfarande' skulle inledas." Sökandena har bekräftat den beskrivning av de faktiska omständigheterna som givits i begäran om förhandsavgörande. Svaranden har dock uppgivit att den "inlett ... en anbudsinfordran i form av ett påskyndat öppet förfarande, som publicerats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning ... av den 7 till 10 december 1995..." och att "det är mot denna anbudsinfordran sökandena inlett ... förfarandet ... vid Bundesvergabeamt som föranlett förevarande förfarande om förhandsavgörande" (s. 15 i den franska översättningen av dessa anmärkningar). Även om det förekommer skiljaktigheter i beskrivningen av det nationella förfarande i vilket detta mål har sitt ursprung, torde de inte hindra domstolens uppgift eftersom de två åberopade förfarandena om anbudsinfordran, enligt uppgifter jag haft tillgång till, inte ändrar frågeställningen som den hänskjutande domstolen önskar underställa domstolen.

eller kommersiell karaktär som avses i artikel 1 b i direktiv 93/37/EEG och att ett sådant företag utan inskränkning får anses omfattas av tillämpningsområdet för direktivet, även om denna verksamhet endast utgör en del av företagets totala verksamhet och företaget dessutom bedriver affärsverksamhet på marknaden?

2) Åligger det ett sådant företag — för det fall att endast den del av företagets verksamhet som är hänförlig till de särskilda rättigheter och ensamrätter som det har tilldelats kan anses falla inom tillämpningsområdet för direktiv 93/37/EEG — att vidta organisatoriska åtgärder för att förhindra att finansiella medel som härrör från intäkter som genererats av dessa särskilda rättigheter och ensamrätter tillförs andra verksamhetsområden?

3) Om en upphandlande myndighet inleder ett projekt som i och med detta är att beteckna som ett sådant offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som avses i direktiv 93/37/EEG, medför då inträdet av en tredje part — som vid en första betraktelse inte synes tillhöra den personkrets på vilken direktivet är tillämplig — någon ändring av projektets rubricering som offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, eller skall detta förfarande anses utgöra ett sådant kringgående av direktivets bestämmelser om den personkrets på vilken det är tillämpligt som inte är förenligt med direktivets ändamål och syfte?

4) Medför den omständigheten att en upphandlande myndighet bildar ett företag i syfte att bedriva affärsverksamhet samt innehar en majoritetsandel i företaget — vilket gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att utöva ett bestämmande inflytande över företaget — att även detta närstående företag skall betecknas som en upphandlande myndighet?

5) Innebär det förhållandet att en upphandlande myndighet tillskjuter kontanta medel — som härrör från de särskilda rättigheter och ensamrätter som den har tilldelats — till ett rent affärsinriktat företag, i vilket den upphandlande myndigheten innehar en majoritetsandel, att det närstående företagets rättsliga ställning påverkas på så sätt att det på det stora hela måste låta sig behandlas och uppföra sig som en sådan upphandlande myndighet som avses i direktiv 93/37/EEG?

6) För det fall en upphandlande myndighet — som dels innehar uppgifter avsedda att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, dels bedriver affärsverksamhet — anskaffar en driftsanläggning som kan användas för båda ändamålen, skall då uppdraget att uppföra denna anläggning betecknas som ett sådant offentligt

upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som avses i direktiv 93/37/EEG, eller finns det gemenskapsrättsliga kriterier — och i så fall vilka — som kan användas för att avgöra om anläggningen skall betecknas som en anläggning som är avsedd att tjäna endera det allmännyttiga ändamålet eller affärsverksamheten?

7) Innebär artikel 7.1 i rådets förordning (EEG) nr 2081/93 av den 20 juli 1993 om ändring av förordning (EEG) nr 2052/88 om strukturfondernas uppgifter och effektivitet samt om samordning av deras verksamheter dels inbördes, dels med Europeiska investeringsbankens och andra befintliga finansieringsorgans verksamheter att en mottagare av gemenskapsstöd är underkastad det prövningsförfarande som anges i direktiv 89/665/EEG, även om mottagaren inte själv är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 i direktiv 93/37/EEG?"

33. Innan jag behandlar de frågor som ställts, är det nödvändigt att undersöka huruvida Bundesvergabeamt är behörig att framställa en ansökan om förhandsavgörande.

V Upptagande till prövning av begäran om förhandsavgörande

34. Bundesvergabeamt har framlagt de grunder enligt vilka den bör anses utgöra en "domstol" i enlighet med artikel 177 i fördraget och på grundval av vilka dess begäran följaktligen skall prövas.

35. Parterna, de medlemsstater som har yttrat sig i målet och kommissionen har inte bestridit dessa grunder.

36. Enligt domstolens rättspraxis utgör ett organ en domstol i det fall det tillkommit med stöd av lag, det är av permanent karaktär, dess anlitande är obligatoriskt i fall av tvist, det tillämpar rättsregler, det har behörighet att avgöra en tvist med ett beslut av tvingande karaktär, dess ledamöter är självständiga och det tillämpar ett kontradiktoriskt förfarande. [23]

37. Bundesvergabeamt inrättades med stöd av 78 § första stycket första meningen i BVergG. Enligt artikel 91 och följande artiklar om dess behörighet, prövar den tvister

23 — Se särskilt domar av den 30 juni 1966 i mål 61/65, Vaassen-Göbbels (REG 1966, s. 377; svensk specialutgåva, häfte 1), av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo m. fl. (REG 1994, s. I-1477; svensk specialutgåva, häfte 15) och av den 12 december 1996, i de förenade målen C-74/95 och C-129/95, brottmål mot X (REG 1996, s. I-6609).

avseende förfaranden vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten i enlighet med vad som stadgas i BVergG. Det råder således ingen tvekan om att den tillkommit med stöd av lag och har karaktär av obligatorisk domstol.

38. BVergG innehåller ingen bestämmelse av vilken det skulle framgå att Bundesvergabeamt är ett tillfälligt organ. Dess tillkomst med stöd av lag vittnar om Republiken Österrikes avsikt att inrätta en varaktig instans, vars uppgifter består i att pröva tvister i anslutning till offentlig upphandling utan någon tidsmässig begränsning av dess behörighet.

39. Det framgår därutöver av 78 § andra stycket, där det anges att Bundesvergabeamt utövar den befogenhet den tilldelats genom BVergG, och av artiklarna 91 och följande artiklar beträffande dess behörighet, att dess avgöranden grundas på tillämpning av rättsregler, eftersom den avgör tvister som uppkommit genom åsidosättande av BVergG.

40. I enlighet med 91 § och 92 § andra stycket i BVergG kan ett förfarande påbörjas inför Bundesvergabeamt om förlikningsförfarandet, som skall föregå ett anhängiggörande, är resultatlöst. Men i motsats till Bundes-Vergabekontrollkommissions beslut är Bundesvergabeamts avgöranden av tvingande karaktär, vilket särskilt framgår av dess behörighet att med stöd av lag ogiltigförklara beslut. [24]

41. Det österrikiska organets och dess medlemmars självständighet kan inte ifrågasättas. Det finns anledning att påpeka att dess ordförande och dennes suppleant är yrkesdomare [25], att utnämningsmyndigheten skall övervaka att den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna har lika många medlemmar [26] och att avsättningsgrunderna är begränsade till sitt antal och objektivt fastställda eller, i fråga om grova försummelser, motsvarar i lagen föreskrivna fel för att minska risken för godtycke eller inblandning av förvaltningsmyndigheter. [27] Det kan tilläggas att Bundesvergabeamts ledamöter enligt lagen är självständiga och inte kan ta emot instruktioner [28], och att myndigheterna inte kan ändra eller ogiltigförklara dess avgöranden. [29]

42. I avsaknad av lagbestämmelser, förefaller det osäkert huruvida avsikten har varit att anordna ett kontradiktoriskt förfarande.

24 — 94 § första stycket i BVergG.
25 — 78 § fjärde stycket.
26 — Ibidem, 78 § femte stycket.
27 — Ibidem, 79 §.
28 — Ibidem, 80 § första stycket.
29 — Ibidem, 78 § första stycket.

43. Det förhållandet att ett anhängiggörande vid Bundesvergabeamt är möjligt endast om det föregås av ett förlikningsförfarande inför Bundes-Vergabekontrollkommission, som skall höra parterna [30], garanterar endast att ett kontradiktoriskt förfarande iakttas inför denna instans, inte inför Bundesvergabeamt. Regeln enligt vilken Bundesvergabeamt kan erhålla uppgifter från uppdragsgivarna och företagen [31] garanterar ingalunda att vardera parten är berättigad att systematiskt informeras om den andra partens grunder och krav, eftersom Bundesvergabeamt enligt denna bestämmelse är den enda mottagaren av uppgifter som delges på dess begäran. För att den kontradiktoriska principen skall vara effektiv krävs det att parterna är i stånd att besvara motpartens argument.

44. I förevarande fall anges dock i begäran om förhandsavgörande att förevarande förfarande ägt rum efter ett kontradiktoriskt förfarande som motsvarar ett förfarande vid domstol, eftersom parterna inlämnat skrivelser och, även om ingenting nämnts om ett utbyte av dessa handlingar mellan parterna, eftersom åtminstone ett sammanträde ägt rum inför Bundesvergabeamt. [32] Som en följd härav anser jag det vara klart att Bundesvergabeamt i alla avseenden agerat som en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

45. På dessa grunder anser jag att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning.

30 — Ibidem, 88 § första stycket.

31 — Ibidem, 84 § första stycket.

32 — S. 19 i den franska översättningen av begäran om förhandsavgörande.

VI Tolkningsfrågorna

46. Offentliga myndigheter har en naturlig tendens att gynna nationella företag för att bevara arbetsplatser och för att främja det egna landets ekonomiska utveckling; detta är inte förenligt med målsättningen att genomföra den inre marknaden.

47. Gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling har utvecklats för att på gemenskapsnivå säkerställa iakttagandet av principerna om fri konkurrens, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster, som hotats av dessa traditionella och allmänna beteendemönster. [33] Dess målsättning är att säkerställa att näringsidkare, oavsett urspung, har samma möjligheter att delta i projekt som utbjudits av offentliga myndigheter, oberoende av i vilken form detta sker. [34]

33 — Andra övervägandet i direktivet. Se även beträffande direktivets syfte — vid ifrågavarande tidpunkt var det fråga om direktiv 71/305 — domar av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635, punkt 11) och av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Costanzo (REG 1989, s. 1839, punkt 18; svensk specialutgåva, häfte 10).

34 — Beträffande skälen för att anta bestämmelser om offentlig upphandling, se Brunelli, P.: *Marchés publics et Union européenne – Nouvelles règles communautaires*, 1995, s. 9 och följande sidor. Vad angår det företräde som har givits det materiella kriteriet framför det formella kriteriet, har domstolen, i ett mål vars utgång var beroende av den betydelse som gavs begreppet stat, ansett att detta begrepp "[borde] tolkas funktionellt" och att "direktivets syfte ... skulle äventyras om direktivets tillämpning skulle uteslutas endast på den grunden att ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten tilldelas av ett organ som inte formellt ingår i statsförvaltningen, även om det tillkommit för att genomföra uppgifter som den tilldelats i lagstiftningen" (domen i målet Beentjes ovan, punkt 11).

48. Det är med beaktande av denna målsättning som direktivet bör tolkas.

Den första, den andra och den sjätte frågan

49. För att upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten skall ha karaktären av offentlig upphandling, vilket är avgörande för direktivets tillämplighet, förutsätts det att endera parten uppfyller definitionen "upphandlande myndighet" i den mening som avses i direktivet.

52. Med dessa frågor vill den nationella domstolen i huvudsak veta huruvida ett företag, som bedriver både verksamhet som är avsedd att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär och affärsverksamhet, skall tillämpa direktivets bestämmelser på alla upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten den ingår eller endast på dem som gäller bygg- och anläggningsarbeten som hör till det förstnämnda verksamhetsområdet.

50. Direktivet inskränker den personkrets på vilken det är tillämpligt, inte endast med hänsyn till enheter som traditionellt ansetts som offentliga personer, såsom staten, regionala och lokala myndigheter eller inrättningar som hör till den offentliga sektorn, utan även med hänsyn till offentliga eller privata enheter som tillgodoser allmänna intressen som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och som anses som "organ som lyder under offentlig rätt".

53. Det gäller inte endast huruvida ett företag som ÖS är av sådant slag att det kan anses utgöra ett "organ som lyder under offentlig rätt" och således en "upphandlande myndighet" utan även huruvida alla upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som den ingår, oavsett slag, utgör offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som i sin egenskap av sådana omfattas av direktivet.

51. De tolkningsfrågor som hänskjutits till domstolen gäller innehållet i detta begrepp. Flertalet av frågorna kan grupperas på grund av det nära sambandet mellan deras syften.

54. Uppfattningen att lagstiftningen skall tillämpas selektivt med hänsyn till den upphandlande enhetens verksamhet förespråkas inte av någon. Sökandena, kommissionen och den franska regeringen, i sina muntliga yttranden över den sjätte frågan, anser att om ett organ som ÖS bedriver affärsverksamhet utöver det syfte det tillkommit för — som i förevarande fall är att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär — faller även affärsverk-

samheten inom direktivets tillämpningsområde eftersom det endast är det syfte för vilket organet tillkommit som är avgörande. [35] Svaranden, den österrikiska och den nederländska regeringen anser däremot att det inte är möjligt att på grundval av kriterierna i artikel 1 b andra stycket i direktivet betrakta ÖS som "ett organ som lyder under offentlig rätt" och låta någon del av dess verksamhet omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Begreppet "organ som lyder under offentlig rätt": kumulation av rättsliga förutsättningar

55. Direktivet är tillämpligt på offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som definieras som avtal där den ena parten är en "upphandlande myndighet". Sistnämnda begrepp inbegriper "organ som lyder under offentlig rätt".

56. I den första frågan använder den hänskjutande domstolen begreppet "särskilda och exklusiva rättigheter" för att karakterisera ÖS speciella ställning.

57. Begreppet "särskilda och exklusiva rättigheter", som förekommer i artikel 90.1 i fördraget, avser företag som åtnjuter en monopolställning eller som innehar en av staten erkänd privilegierad ställning och som i gengäld står i ett beroendeförhållande till staten. Enligt denna bestämmelse skall medlemsstaterna beträffande dylika företag avskaffa åtgärder som strider mot gemenskapens konkurrenspolitik eller underlåta att vidta sådana åtgärder.

58. Även om den österrikiska regeringen anser att "framställningen och utgivningen av trycksaker sker under privilegierade förhållanden" [36], vilket skulle kunna berättiga att man använder begreppet "särskilda och exklusiva rättigheter" för att beteckna ÖS uppgifter, är det inte detta uttryck som avgör huruvida lagstiftningen om offentlig upphandling skall tillämpas, vilket innebär att det inte är till nytta för tolkningen av direktivet.

59. Det centrala begreppet är "organ som lyder under offentlig rätt", som skall förstås i den meningen att det avser organ som har "tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär". [37]

35 — Se särskilt s. 16 i den franska översättningen av kommissionens skriftliga yttrande.

36 — S. 6 i den franska översättningen av det skriftliga yttrandet.

37 — Artikel 1a och b.

60. Två andra villkor tillkommer utöver det sistnämnda villkoret: ett "organ som lyder under offentlig rätt" skall vara en juridisk person och vara fast knutet till staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt. [38]

61. Det följer av lydelsen av artikel 1 b andra stycket i direktivet att de tre villkoren som framställs är kumulativa.

62. I förteckningarna i artikel 1 b tredje stycket uppräknas de organ som uppfyller ifrågavarande kriterier.

63. Definitionen av berörda österrikiska organ avser "samtliga organ som inte har industriell eller kommersiell karaktär och som är underställda revisionsrättens ('Rechnungshof') budgetkontroll". [39] Enligt 15 § sjätte stycket i StDrG är ÖS underkastad revisionsrättens kontroll. Men det andra kriteriet som anges i bestämmelsen och som är jämförbart med det första kriteriet i artikel 1 b andra stycket bör, i likhet med det första kriteriet, preciseras.

Tillgodoseendet av allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär

64. Uttrycket "allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär" är svårbegripligt.

65. Begreppet "allmänna intressen" kan, såsom generaladvokat Van Gerven förklarat beträffande begreppet "allmänt ekonomiskt intresse" i artikel 90.2 i fördraget, anses stå nära "verksamhet som är till direkt nytta för allmänheten", i motsats till individuella intressen eller gruppintressen. [40] Enligt denna ståndpunkt är det logiskt att anse att den del av ÖS verksamhet som består i att trycka administrativa handlingar, såsom pass, identitetskort eller författningssamlingar, avser att tillgodose allmänna intressen.

38 — Detta beroendeförhållande kan vara av annat slag: organets ekonomiska underordning, tillsynen av dess förvaltning eller utnämnandet av medlemmarna i dess administrativa, verkställande eller övervakande organ (se artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen ovan).

39 — Bilaga I, XI, E.1 b i akten om villkoren för Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen (EGT C 241, 1994, s. 21).

40 — Punkt 27 i Van Gervens förslag till avgörande i mål C-179/90 av den 10 december 1991, Merci convenzionali porto di Genova (REG 1991, s. I-5889; svensk specialutgåva, häfte 11). I sin artikel "La notion de 'pouvoir adjudicateur' en matière de marchés de travaux" ger P. Valadou följande definition: "Le besoin d'intérêt général peut donc être defini comme l'exigence manifestée par la société (locale ou nationale) dans son intérêt collectif." Han tillägger att "il y a intérêt général dès l'instant que l'intérêt en cause ne se confond pas avec l'intérêt propre et exclusif d'une personne ou d'un groupement de personnes bien déterminé". *Semaine juridique*, Éd. E, nr 3, 1991, s. 33.

66. I detta sammanhang är det framför allt svårt att fastställa gränsen mellan allmännyttig verksamhet som inte har industriell eller kommersiell karaktär och verksamhet som har denna karaktär.

67. Domstolen har i ett annat men dock närstående juridiskt sammanhang — det var frågan om förhållandet mellan staten och offentliga företag — angett ett visst antal punkter som gör det möjligt att dra en gräns.

68. Domstolen har angett att "staten kan verka antingen genom att utöva offentlig makt eller genom att bedriva verksamhet som har industriell eller kommersiell karaktär och som består i att bjuda ut varor och tjänster". [41] I en annan dom har domstolen noterat att "... de privata företagen [lägger] emellertid upp sin produktions- och handelsstrategi med särskild hänsyn till lönsamhetskraven. De offentliga företagens beslut, däremot, kan påverkas av faktorer av annat slag, nämligen när de offentliga myndigheterna, som kan påverka besluten, strävar efter det allmänna bästa". [42]

69. Denna beskrivning av offentlig och privat verksamhet gör det möjligt att bättre avgränsa det i direktivet angivna området för "organ som lyder under offentlig rätt". Gemenskapslagstiftaren har önskat att beskrivningen skall tillämpas på organ som tillgodoser allmänna intressen och vars verksamhet i sin helhet eller delvis undgår marknadsreglerna. Viss verksamhet kan inte på grund av sin natur, enligt vilken den utgör en del av de offentliga myndigheternas grundläggande uppgifter, underställas ett lönsamhetskriterium och omfattas således inte av något vinstsyfte. [43] Det förhållandet, att lagstiftaren, genom att tillämpa kriteriet "allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär", gör en skillnad mellan organ, vars verksamhet omfattas av bestämmelserna för offentlig upphandling och andra organ, kan förklaras med att de sistnämnda är utsatta för konkurrens av andra näringsidkare, vilket hindrar dem från att välja sina avtalsparter på grundval av diskriminerande kriterier. Behovet av i lag föreskrivna begränsningar är därför mindre.

41 — Dom av den 16 juni 1987 i mål 118/85 (REG 1987, s. 2599, punkt 7). Det kan noteras att distinktionen mellan den verksamhet som omfattas av den offentliga makten och den som, även om den utövas av offentliga personer, faller under privaträttens område, härrör framför allt från de domar som domstolen har meddelat om tillämpningen av fördragets konkurrensrättsliga bestämmelser på viss verksamhet. Se exempelvis, dom av den 19 januari 1994 i mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft (REG 1994, s. I-43; svensk specialutgåva, häfte 15) och av den 18 mars 1997 i mål C-343/95, Diego Cali och Figli (REG 1997, s. I-1547).

42 — Dom av den 6 juli 1982 i de förenade målen 188/80, 189/80 och 190/80, Frankrike, Italien och Förenade kungariket mot kommissionen (REG 1982, s. 2545, punkt 21; svensk specialutgåva, häfte 6).

43 — Beträffande denna fråga, se särskilt artikeln ovan av Valadou P., punkt 12; Flamme M.-A., Flamme P., "Enfin l'Europe des marchés publics", *Actualité juridique — Droit administratif*, 20 november 1989, s. 653; Lee P., *Public procurement*, 1992, s. 56 och 57.

70. I förevarande fall består den verksamhet som StDrG anförtrott ÖS i att framställa officiella administrativa handlingar, varav vissa tjänar till att identifiera personer, medan andra är avsedda att ge spridning åt statens lagar och andra författningar, vilket innebär att handlingarna är fast knutna till den allmänna ordningen och de institutionella funktionerna i Österrike. Det särskilda slag av uppgifter ÖS fått i uppdrag att tillgodose, och som är förknippade med utövningen av den offentliga maktens befogenheter, förklarar att dess verksamhet sker under förhållanden som till stor del undgår konkurrens, eftersom å ena sidan, verksamheten har formen av ett monopol [44] och å andra sidan dess priser, även om de regleras av bestämmelser som gäller för affärsverksamhet, fastställs av en myndighet som hör till den offentliga sektorn. [45] Staten bör samtidigt kunna åtnjuta en garanterad tillförsel och sådana framställningsvillkor som säkerställer att föreskrifter om sekretess följs och förebygger risken för olaglig reproduktion av trycksaker.

71. Av ovanstående skäl anser jag att ÖS "tillgodoser allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär" i den mening som avses i direktivet.

Det slutgiltiga kriteriet

72. Det bör därefter granskas huruvida ÖS har bildats "för att särskilt tillgodose" de intressen det anförtrotts.

73. Enligt direktivet är det endast syftet för vilket inrättningen tillkommit som är avgörande för att den skall kunna betraktas som ett "organ som lyder under offentlig rätt" i den mening som avses i direktivet. Det avgörande är naturligtvis det syfte som faktiskt fullföljs. Den nationella domstolen kan inte godkänna att det angivna syftet om att tillgodose industriella eller kommersiella behov skulle dölja en verksamhet av allmänt intresse i syfte att undgå lagens tvingande regler.

74. Detta villkor innebär att det är bedrivandet av dylik verksamhet som bör ha motiverat organets tillkomst.

75. "Särskilt" betyder visserligen inte "uteslutande" i den meningen att organet inte skulle kunna bedriva annan verksamhet och ändå betraktas som ett "organ som lyder under offentlig rätt". Jag anser det dock vara nödvändigt att undersöka om organet faktiskt tillkommit för att fullfölja detta särskilda syfte.

44 — S. 6 i den franska översättningen av den österrikiska regeringens skriftliga yttrande.

45 — Se punkt 20 i detta förslag till avgörande. Det är således fråga om ett administrativt fastställande av priser, vilket betyder att dessa inte kan ändras utan ett formellt beslut av den offentliga myndigheten. Det förefaller dessutom som om man vid beslutet om fastställande av priser måste beakta överväganden som hänför sig till ÖS särskilda uppgifter. StDrG preciserar således att priserna skall beakta "kapaciteten hos nödvändiga tillgångar", vilket tycks betyda att de skall täcka de kostnader som förorsakats av att upprätthålla en tillräckligt stor produktionskapacitet för att tillfredsställa statens behov, även om dessa produktionsfaktorer inte alltid är i fullt bruk.

76. Om detta kan fastställas, har organets särskilda uppgifter bevisats, vilket berättigar att de kontrakt som det ingår omfattas av gemenskapslagstiftningen.

77. Förutom att kriteriet beträffande den del av organets verksamhet som tillgodoser behov som inte har industriell eller kommersiell karaktär, vilket förespråkas av den österrikiska och den nederländska regeringen [46], inte framgår av direktivet, underlättar det ett kringgående av lagen. En enhet kan nämligen mycket väl ha bildats för att tillgodose offentliga intressen även om den uteslutande bedriver kommersiell verksamhet. Om sistnämnda uppdrag dominerar dess verksamhet, skulle dock den föreslagna tolkningen få till följd att direktivet inte skulle tillämpas på någon del av organet. Det skulle således vara tillräckligt för en offentlig myndighet att systematiskt tillgripa detta handlande för att samtliga offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten skulle undgå gemenskapslagstiftningen.

78. Man bör naturligtvis inte förbise argumentet att en tillämpning av denna lagstiftning som utsträcks till verksamhet som är rent industriell eller kommersiell utgör ett avsevärt tvång, som kan verka oberättigat eftersom organ som bildats för att bedriva identisk verksamhet inte är underställda denna lagstiftning.

79. Denna olägenhet kan undvikas genom att det rättsliga instrument väljs som är bäst lämpat för att uppnå det syfte de offentliga myndigheterna eftersträvar. Eftersom det är det syfte som fastställdes för organet då det bildades som avgör vilka bestämmelser som är tillämpliga på de kontrakt det kan ingå, ankommer det på grundarna att begränsa organets affärsområde, om de önskar att dessa bestämmelser inte skall tillämpas på verksamhet som inte hör till detta område. Grundarna bör även värdera huruvida, såsom i detta fall, en tillämpning av lagstiftningen om offentlig upphandling på den del av företagets verksamhet som är rent industriell eller kommersiell är alltför tvingande.

ÖS rättsliga ställning och tillämpliga bestämmelser

80. ÖS bildades för att bemöta statens beställningar av trycksaker. [47] ÖS är en juridisk person. [48] Det är även underställt statlig kontroll [49] samt kontroll av revisionsrätten [50], vilket, enligt vad svaranden uppgav vid sammanträdet, kan förklaras av att

46 — För att försvara tanken att ÖS inte är ett "organ som lyder under offentlig rätt", har den österrikiska regeringen särskilt angivit att "andelen av ÖS 'privilegierade' verksamhet inte utgör mer än 15 till 20 procent av dess totala verksamhet" (s. 7 i den franska översättningen av den österrikiska regeringens skriftliga yttrande).

47 — Punkten 2 och följande punkter i svarandens skriftliga yttrande.

48 — Se punkt 19 i detta förslag till avgörande.

49 — Se punkt 20 i detta förslag till avgörande.

50 — Se punkt 63 i detta förslag till avgörande.

majoriteten av dess aktier innehas av den österrikiska staten. Jag anser följaktligen att ÖS skall anses som ett "organ som lyder under offentlig rätt".

81. På grundval av denna kvalifikation skall direktivets bestämmelser tillämpas på samtliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som företaget tilldelar. I artikel 1 a definieras inte offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, och fastställs således inte direktivets tillämpningsområde, i enlighet med den verksamhet beträffande vilken avtalen ingåtts utan i enlighet med kännetecknen för det organ som ingått kontraktet med företagaren. Jag anser således att den första och den sjätte frågan skall besvaras i enlighet med detta.

82. Följaktligen saknas det anledning att besvara den andra frågan, som ställts för det fall direktivet endast vore tillämpligt på den del av ÖS verksamhet som har offentlig karaktär.

Den tredje, den fjärde och den femte frågan

83. Dessa frågor gäller huvudsakligen vilka villkor dotterbolaget till en "upphandlande myndighet" bör uppfylla för att själv anses utgöra en "upphandlande myndighet" samt vilken betydelse förekomsten av ett dotterbolag, som inte uppfyller dessa villkor, har på kvalificeringen av ett projekt för upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som påbörjats av en "upphandlande myndighet".

84. I första hand önskar den hänskjutande domstolen närmare bestämt veta huruvida artikel 1 b i direktivet kan tolkas sålunda att det är möjligt att betrakta enheter som "organ som lyder under offentlig rätt", om de hör till någon av följande kategorier:

— företag som grundats av ett "organ som lyder under offentlig rätt" för att tillgodose allmänna intressen som har industriell eller kommersiell karaktär och i vilket det sistnämnda innehar en majoritetsandel;

— företag som bedriver affärsverksamhet, i vilket ett "organ som lyder under offentlig rätt" innehar en majoritetsandel och tillskjuter företagen kontanta medel som härrör från verksamhet det bedriver i syfte att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär.

85. Direktivet fäster redan vid definitionen "organ som lyder under offentlig rätt" avse-

ende vid det förhållandet att en juridisk person till största delen finansieras av en offentlig myndighet eller av ett "organ som lyder under offentlig rätt". Men såsom vi kunnat se är de tre villkor som anges i artikel 1 b andra stycket kumulativa, och således räcker det inte att ett organ har ställning av juridisk person och till största delen finansieras av ett "organ som lyder under offentlig rätt" för att det skall kunna anses som ett "organ som lyder under offentlig rätt". Det krävs dessutom att det har bildats i syfte att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär.

86. Begreppet "upphandlande myndighet" utvidgades år 1989 för att gemenskapsbestämmelserna inte skulle begränsas till endast juridiska personer som lyder under offentlig rätt [51], eftersom flera juridiska enheter, som undgick detta formella kriterium, anförtrotts uppgifter som traditionellt hör till offentliga myndigheter. Gemenskapslagstiftaren har således godtagit domstolens rättspraxis om en funktionell tolkning av begreppet "upphandlande myndighet". [52] I enlighet med denna tankegång inbegriper detta begrepp inte organ som bedriver rent privat verksamhet, även om de är beroende av en dylik myndighet. [53]

87. Följaktligen leder inte det förhållandet att en "upphandlande myndighet" tillskjuter ett företag kontanta medel, eller att ett företag ekonomiskt domineras av en "upphandlande myndighet", till att företaget omfattas av lagstiftningen om offentlig upphandling, så länge som dess verksamhet förblir rent kommersiell. Ett dylikt tillskjutande av medel faller, såsom den österrikiska regeringen har framhållit, snarare under gemenskapsrätten om statligt stöd. [54]

88. Den österrikiska domstolen frågar även huruvida kvalificeringen av ett projekt för bygg- och anläggningsarbete som ett offentligt upphandlingskontrakt senare kan ändras till följd av deltagandet av en tredje part, som inte har ställningen av en "upphandlande myndighet" i den mening som avses i direktivet, med risk för att detta tillvägagångssätt utgör ett kringgående av direktivets tillämpning.

51 — Enligt direktiv 71/305 utgör staten, regionala eller lokala myndigheter och vissa offentligrättsliga juridiska personer "upphandlande myndigheter". Genom rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG (EGT L 210, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3) har begreppet "juridiska personer som lyder under offentlig rätt" uttryckligen ersatts med begreppet "organ som lyder under offentlig rätt", vilket förekommer i direktiv 93/37.

52 — Domen i det ovannämnda målet Beentjes.

53 — Se punkt 64 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

54 — S. 11 i den franska översättningen av det skriftliga yttrandet. För att vara uttömmande kan man därutöver tillägga att enheter som inte med stöd av artikel 2 i direktivet utgör "upphandlande myndigheter" kan underställas direktivet då de upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten de ingått direkt subventionerats med mer än 50 procent av en "upphandlande myndighet". Men därutöver krävs det att ifrågavarande projekt "ingår i klass 50 grupp 502 i den allmänna förteckningen över ekonomisk verksamhet i Europeiska gemenskapen (NACE)" eller "gäller byggnadsarbeten avseende sjukhus, sportanläggningar, skolbyggnader, universitet eller byggnader för administrativa ändamål" (artikel 2.2). Det är här fråga om ett undantag från regeln enligt vilken direktivet är tillämpligt på upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som ingåtts av en "upphandlande myndighet". Om den nationella domstolen har för avsikt att uttala sig om huruvida denna bestämmelse är tillämplig på det mål som anhängiggjorts vid den, bör den undersöka huruvida det omtvistade upphandlingskontraktet för bygg- och anläggningsarbeten, som uppenbart inte gäller byggandet av den typ av byggnader som uppräknas i slutet av artikel 2.2, ingår i ovannämnda grupp 502 i NACE, som särskilt omfattar företag inom den privata sektorn. Den nationella domstolen bör även granska omfattningen av de subventioner som ÖS eventuellt utbetalar till SRG.

89. Svaret på denna fråga kräver att de exakta omständigheterna för den tredje partens "förekomst" — för att använda terminologin som använts av den nationella domstolen — i projektets utförande klart preciseras.

90. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att den anbudsinfordran som ligger till grund för förevarande förhandsfråga offentliggjorts av svaranden sedan ÖS återkallat den tidigare anbudsinfordran.

91. SRG är således den upphandlande enhet som skall ingå kontraktet beträffande det omtvistade bygg- och anläggningsarbetet. Enligt den hänskjutande domstolen uppfyller SRG inte kännetecknen för en "upphandlande myndighet", vilket utesluter att direktivet tillämpas.

92. Det förhållandet att ÖS tidigare ingått kontrakt inom ramen för samma projekt motiverades av en önskan att förkorta övergångsperioden före tagandet i bruk av tryckerier som tillhörde SRG, som var under bildande. Därutöver föreskrev ÖS "en klausul i samtliga serviceavtal, enligt vilken [ÖS] när som helst är berättigad att ... till valfri tredje part överlåta samtliga rättigheter och skyldigheter som härrör från serviceavtalen". [55]

93. Dessa omständigheter torde bevisa att ifrågavarande projekt från första början ingick i SRG:s verksamhetsområde, vilket gör det möjligt att bedöma ÖS handlande på ett annat sätt, eftersom detta med all sannolikhet bidrog till att förverkliga ett projekt som i sin helhet hörde till dess dotterbolags affärsområde.

94. Upphandlingskontraktet för bygg- och anläggningsarbetet tycks således inte ha ingåtts för ÖS räkning utan tvärtemot till förmån för SRG, vilket skulle motivera att ett dylikt projekt inte faller under direktivets område.

95. Bundesvergabeamt hänvisar till att det föreligger en risk för ett kringgående av lagen i och med att en tredje part anlitas för att undgå gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling.

96. I den mån tillämpningsområdet för gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling bland annat begränsas i förhållande till de parter som undertecknar kontraktet, kan en dylik risk inte helt uteslutas.

55 — S. 8 i den franska översättningen av begäran om förhandsavgörande.

97. Jag har emellertid redan konstaterat att det ankommer på den nationella domstolen vid vilken tvisten är anhängig att kontrollera riktigheten av de skäl som ursprungligen anförts vid bildandet av det organ som ingått det omtvistade kontraktet. Den nationella domstolens bedömning av de faktiska omständigheterna avgör den relevanta juridiska kvalifikationen. [56]

98. Den nationella domstolen bör således konkret granska huruvida ett företag har bildats av en "upphandlande myndighet" i syfte att ingå upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten endast för att undgå att gemenskapslagstiftningen tillämpas. Det faktiska syfte för vilket företaget har bildats, som i detta fall vore att ingå offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, kan således medföra att domstolen beslutar att det omtvistade bygg- och anläggningsarbetet ingåtts för den "upphandlande myndighetens" räkning, vilket skulle berättiga att direktivet tillämpas.

99. Den "upphandlande myndigheten" kan även välja att vända sig till ett redan existerande företag. I ett dylikt fall förefaller det svårare att särskilja ett kringgående av lagen, om företaget — vilket är sannolikt — har valts bland företag som på intet sätt bildats för att bedriva verksamhet som avser att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, eftersom de kontrakt detta företag ingår traditionellt undgår gemenskapslagstiftningen.

100. Domstolen skall kontrollera att det faktiskt finns ett samband mellan de planerade arbetena och föremålet för företagets verksamhet. Det är klart att ett företag som ingår ett kontrakt för utförandet av arbeten som inte främjar dess egen verksamhet, bör anses handla för annans räkning. Om det kan fastställas att arbetena utförts till förmån för en "upphandlande myndighet", bör gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling tillämpas.

Den sjunde frågan

101. Med denna fråga vill den nationella domstolen veta huruvida gemenskapsfinansiering av ett projekt avseende bygg- och anläggningsarbeten är beroende av att det företag som mottar stödet följer gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling, även om företaget, i förevarande fall SRG, inte är ett "organ som lyder under offentlig rätt" och således inte är en "upphandlande myndighet".

102. Artikel 7.1 i förordningen kan förstås på två olika sätt. Antingen försäkrar sig gemenskapen, vid finansieringen av en verksamhet, om att mottagarna av stödet följer

56 — Se punkterna 72 och 73 i detta förslag till avgörande.

den tillämpliga gemenskapslagstiftningen, eller så tillämpas gemenskapslagstiftningen i artikel 7.1 på näringsidkare som mottar denna finansiering, även om de under andra omständigheter inte skulle omfattas av den.

103. Jag anser att det första alternativet är det enda möjliga.

104. I direktivet anges inte att gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling skall gälla för samtliga näringsidkare som önskar motta gemenskapsfinansiering för genomförandet av verksamhet som faller under förordningen.

105. I direktivet anges att den verksamhet för vilken det görs anspråk på gemenskapsfinansiering skall vara "förenlig" och "överensstämma" med gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling. Verksamhetens förenlighet med gemenskapsrätten förutsätter för det första att verksamheten faller under gemenskapsbestämmelsernas tillämpningsområde. Verksamheten i ett organ som inte uppfyller de juridiska kännetecknen för ett "organ som lyder under offentlig rätt", i den mening som avses i direktivet, är uppenbarligen förenlig med direktivet, eftersom verksamheten inte faller under direktivets tillämpningsområde.

106. Hänskjutandets mycket allmänna karaktär talar likaså i denna riktning. En urskiljningslös utvidgning av lagstiftningen till att omfatta samtliga näringsidkare som verkar inom ramen för verksamhet som finansieras av gemenskapen riskerar att förorsaka tolkningsvårigheter, som inte skulle vara förenliga med rättssäkerheten.

107. En tillämpning av direktiven om offentlig upphandling på organ vars verksamhet är rent industriell eller kommersiell vore särskilt svår att försvara med hänsyn till syftet för denna lagstiftning, som består i att säkerställa att näringsidkare har lika möjligheter att ingå kontrakt som utbjuds av offentliga myndigheter eller organ som bedriver verksamhet av offentlig karaktär.

108. Lagstiftarens vilja tycks snarare vara att övervaka att de utgifter som gemenskapen ådrar sig inom ramen för strukturpolitiken strikt begränsas till näringsidkare som följer gemenskapsrättens bestämmelser och inte stödjer verksamhet som skulle strida mot dessa bestämmelser.

109. Det skall följaktligen anses att ett organ som mottar gemenskapsfinansiering, och som inte är ett "organ som lyder under offentlig rätt" i den mening som avses i direktivet 93/37, inte är bundet av nämnda direktivs prövningsförfarande för offentlig upphandling.

Förslag till avgörande

110. Mot bakgrund av dessa överväganden, föreslår jag att de ställda frågorna besvaras på följande sätt:

1) Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten skall tolkas enligt följande:

— ett tryckeri skall betraktas som ett "organ som lyder under offentlig rätt" i den mening som avses i artikel 1 b i direktivet, när det är en juridisk person som har bildats i syfte att uteslutande framställa officiella administrativa handlingar för staten, vilken övervakar denna verksamhet genom att bland annat inneha en majoritetsandel av dess aktiekaptital och fastställer priserna för dessa handlingar, även om denna del av verksamheten endast utgör en mindre del av dess totala verksamhet;

— dess bestämmelser är tillämpliga på samtliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som tilldelas av ett "organ som lyder under offentlig rätt" i den mening som avses i artikel 1 b i direktivet.

2) Artikel 1 b i direktiv 93/37 skall tolkas så att ett företag som bildats av ett "organ som lyder under offentlig rätt" enkom i syfte att tillgodose intressen som har industriell eller kommersiell karaktär, och i vilket organet innehar en majoritetsandel av aktiekapitalet, inte anses som ett "organ som lyder under offentlig rätt", även om detta företag av nämnda organ mottar finansiella medel som härrör från verksamhet som organet bedriver i syfte att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Det

förhållandet att ett dylikt företag ingår ett upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten inom ramen för ett projekt som ursprungligen leddes av ett "organ som lyder under offentlig rätt", innebär inte att ifrågavarande kontrakt skall underställas bestämmelserna i direktivet 93/37, såvitt kontraktet inte ingåtts för det "organ som lyder under offentlig rätt".

3) Artikel 7.1 i rådets förordning (EEG) nr 2052/88 av den 24 juni 1988 om strukturfondernas uppgifter och effektivitet samt om samordning av deras verksamheter dels inbördes, dels med Europeiska investeringsbankens och andra befintliga finansieringsorgans verksamheter, i dess lydelse enligt artikel 1 i rådets förordning (EEG) nr 2081/93 av den 20 juli 1993, skall tolkas så att ett företag som mottar gemenskapsstöd inte är underkastad det prövningsförfarande som föreskrivs i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig uppphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, om det inte utgör ett "organ som lyder under offentlig rätt", i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/37.