DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 10 april 2008 *

I mål C-393/06,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Österrike) genom beslut av den 17 augusti 2006, som inkom till domstolen den 22 september 2006, i målet

meddelar

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH

mot

Fernwärme Wien GmbH,

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna G. Arestis, E. Juhász (referent), J. Malenovský och T. von Danwitz,

* Rättegångsspråk: tyska.

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 11 oktober 2007,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, genom S. Sieghartsleitner och M. Pichlmair, Rechtsanwälte,

— Fernwärme Wien GmbH, genom P. Madl, Rechtsanwalt,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann och C. Mayr, båda i egenskap av ombud,

— Ungerns regering, genom J. Fazekas, i egenskap av ombud,

— Finlands regering, genom A. Guimaraes-Purokoski, i egenskap av ombud,

— Sveriges regering, genom A. Falk, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom X. Lewis, i egenskap av ombud, biträdd av M. Núñez-Müller, Rechtsanwalt,

och efter att den 22 november 2007 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av de relevanta bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, s. 1) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (nedan kallat Ing. Aigner) och Fernwärme Wien GmbH (nedan kallat Fernwärme Wien), angående lagenligheten av ett anbudsförfarande som inletts av detta senare.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 Genom direktiv 2004/17 samordnas förfarandena vid upphandling på särskilda områden, nämligen vatten, energi, transporter och posttjänster. Direktivet efterträdde och upphävde rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), som hade samma föremål.

4 Det särskilda med de sektorer som omfattas av direktiv 2004/17 lyfts fram i dess skäl 3, enligt vilket samordning på dessa sektorer behövs, eftersom de marknader där de ifrågavarande upphandlande enheterna verkar är förhållandevis slutna på grund av att de nationella myndigheterna har beviljat särskilda rättigheter eller ensamrätt att försörja, tillhandahålla eller driva de nät som används för tjänsterna i fråga.

5 Enligt artiklarna 2.1 a andra stycket i direktiv 2004/17 och 1.9 andra stycket i direktiv 2004/18 ska med ”upphandlande myndighet” bland annat förstås ”offentligrättsliga organ”, närmare bestämt

”… varje organ som

— särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,

— är en juridisk person, och

— till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller andra offentligrättsliga organ, eller organ vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.”

6 Artikel 2.1 b i direktiv 2004/17 har följande lydelse:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

…

b) *offentligt företag*: varje företag över vilket en upphandlande myndighet har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande till följd av ägarförhållande, finansiellt deltagande eller gällande regler.”

7 Artikel 2.2 i detta direktiv har följande lydelse:

”Detta direktiv gäller upphandlande enheter som

a) är upphandlande myndigheter eller offentliga företag och som bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7,

b) om de inte är upphandlande myndigheter eller offentliga företag, bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7 eller någon kombination av dessa, och vilkas verksamhet bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, som beviljats av en behörig myndighet i en medlemsstat.”

8 I artiklarna 3–7 i direktiv 2004/17 räknas de verksamhetsområden upp vilka omfattas av detta direktiv. Dessa områden är gas, värme och el (artikel 3), vatten (artikel 4), transporttjänster (artikel 5), posttjänster (artikel 6) och undersökning av förekomsten av eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen samt om hamnar och flygplatser (artikel 7).

9 Artikel 3.1 i detta direktiv har följande lydelse:

”När det gäller gas och värme omfattar detta direktiv följande typer av verksamhet:

a) Tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av gas eller värme.

b) Leverans av gas eller värme till dylika nät.”

10 Artikel 9 i samma direktiv har följande lydelse:

”1. För ett kontrakt som omfattar flera typer av verksamhet gäller de regler som är tillämpliga på det som kontraktet huvudsakligen är avsett för.

Valet mellan att tilldela ett enda kontrakt eller att tilldela ett antal separata kontrakt får dock inte göras i syfte att undanta detta från räckvidden för detta direktiv eller, i tillämpliga fall, direktiv 2004/18/EG.

2. Om en av de verksamheter som ett kontrakt är avsett för omfattas av detta direktiv och en annan verksamhet omfattas av det ovannämnda direktivet 2004/18/EG och om det är omöjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för, skall kontraktet tilldelas enligt det ovannämnda direktivet 2004/18/EG.

…"

11 Artikel 20.1 i detta direktiv, med rubriken "Kontrakt som tilldelas för annat än utövande av verksamhet som omfattas av detta direktiv eller för utövande av sådan verksamhet i tredje land", har följande lydelse:

"Detta direktiv gäller inte kontrakt som den upphandlande enheten tilldelar för något annat än utövande av de typer av verksamhet som anges i artiklarna 3–7 eller för utövande av sådana verksamheter i tredje land när verksamheten bedrivs utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område inom gemenskapen."

12 Slutligen har artikel 30 i direktiv 2004/17, med rubriken "Förfarande för att fastställa om en viss verksamhet är direkt konkurrensutsatt", följande lydelse:

"1. Kontrakt som syftar till att medge utförandet av en verksamhet enligt artiklarna 3–7 omfattas inte av detta direktiv om den aktuella verksamheten i den medlemsstat där den utövas är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.

2. Vid tillämpning av punkt 1 skall bedömningen av om en verksamhet är direkt konkurrensutsatt grundas på kriterier som överensstämmer med fördragets konkurrensbestämmelser, t.ex. vad varorna eller tjänsterna har för egenskaper, om det finns alternativa varor eller tjänster, hur de är prissatta samt om fler än en varu- eller tjänsteleverantör finns, reellt eller potentiellt, på marknaden.

…”

13 I avdelning II kapitel II avsnitt 3 i direktiv 2004/18 räknas de kontrakt upp som inte omfattas av detta direktiv. Dessa är bland annat kontrakt som tilldelas inom vatten-, energi-, transport- och postsektorerna. Artikel 12, i vilken dessa kontrakt behandlas, har följande lydelse:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på offentliga kontrakt inom ramen för direktiv 2004/17/EG som tilldelas av upphandlande myndigheter vilka utövar en eller flera av de verksamheter som anges i artiklarna 3–7 i det direktivet i syfte att utöva denna verksamhet, …

…”

14 De ovannämnda gemenskapsbestämmelserna har införlivats med den österrikiska rättsordningen genom 2006 års federala lag om offentlig upphandling (Bundesvergabegesetz).

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

15 Fernwärme Wien grundades, genom stiftelseurkund av den 22 januari 1969, för att i staden Wien förse bostäder, offentliga lokaler, kontor och företag med fjärrvärme. I detta syfte använder företaget energi från avfall i stället för att använda energin från icke förnyelsebara källor.

16 Fernwärme Wien är en juridisk person vars kapital till sin helhet ägs av staden Wien, som tillsätter och entledigar företagsledarna jämte ledamöterna i företagets styrelse och ger dem ansvarsfrihet. Genom Kontrollamt der Stadt Wien (tillsynsmyndigheten i staden Wien) kan kommunen också utöva tillsyn över företagets ekonomiska och finansiella förvaltning.

17 Vid sidan av sin verksamhet med fjärrvärme ägnar sig Fernwärme Wien även åt allmän planering av kylanläggningar för större fastighetsprojekt. Denna verksamhet utövas i konkurrens med andra företag.

18 Den 1 mars 2006 inledde Fernwärme Wien ett upphandlingsförfarande avseende uppförandet av kylanläggningar för ett framtida kontors- och affärskomplex i Wien, och angav i samband med detta att den österrikiska lagstiftningen om offentlig upphandling inte var tillämplig på det berörda kontraktet. Ing. Aigner deltog i förfarandet genom att lämna ett anbud. Ing. Aigner, som den 18 maj 2006 informerades om att dess anbud inte längre skulle komma att bedömas på grund av det framkommit negativa uppgifter, överklagade detta beslut vid den hänskjutande domstolen och gjorde gällande att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling skulle tillämpas.

19 Den hänskjutande domstolen påpekar att Fernwärme Wiens verksamhet beträffande ett fast fjärrvärmenät otvivelaktigt omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17. Dess kylanläggningsverksamhet omfattas däremot inte av tillämpningsområdet för detta direktiv. Den hänskjutande domstolen ställer sig således frågan huruvida denna senare verksamhet även omfattas av bestämmelserna i det nämnda direktivet genom tillämpning i tillämpliga delar av de principer som lagts fast i dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), bland annat punkterna 25 och 26, ett tillvägagångssätt som i doktrinen vanligen brukar kallas ”kontaminationsteorin”. Enligt den hänskjutande domstolens tolkning av denna dom medför den omständigheten att en av verksamheterna i ett organ omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområden, att samtliga andra verksamheter i organet, oavsett om de eventuellt är av industriell eller kommersiell natur, också omfattas av upphandlingsdirektiven.

20 För det fall att det endast är upphandlande myndigheter som avses i domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., och i synnerhet begreppet offentligrättsligt organ, i det avseende att ett organ ska betraktas som ett ”offentligrättsligt organ” i den mening som avses i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om det tillgodoser behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär, oavsett om det även utövar andra verksamheter som inte har denna karaktär, undrar den hänskjutande domstolen om Fernwärme Wien utgör ett offentligrättsligt organ, eller närmare bestämt en upphandlande myndighet, i den mening som avses i direktiven 2004/17 och 2004/18.

21 Den hänskjutande domstolen har slutligen frågat sig huruvida det, när ett organ samtidigt som det utövar en verksamhet som inte har industriell eller kommersiell karaktär också utövar en verksamhet i konkurrens med andra, är möjligt att särskilja sistnämnda verksamhet och att inte inbegripa den i tillämpningsområdet för de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, för det fall det är möjligt att göra en åtskillnad mellan dessa båda typer av verksamheter och således konstatera att någon ömsesidig ekonomisk påverkan dem emellan saknas. Den hänskjutande domstolen hänvisar i detta avseende till punkt 68 i generaladvokat Jacobs förslag till avgörande av den 21 april 2005 i det mål som, på grund av att begäran om förhandsavgörande återkallades, gav upphov till avskrivningsbeslutet

av den 23 mars 2006 i mål C-174/03, Impresa Portuale di Cagliari, i vilket förslag det föreslogs att principen från domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. skulle mildras i detta avseende.

22 Mot bakgrund av det ovanstående beslutade Vergabekontrollsenat des Landes Wien att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska direktiv 2004/17 … tolkas så, att en upphandlande enhet som bedriver en verksamhet som ingår i en sådan sektor som avses i artikel 3 i detta direktiv också omfattas av direktivets tillämpningsområde avseende en annan verksamhet som den upphandlande enheten bedriver i konkurrens med andra?

2) För det fall att detta endast gäller upphandlande myndigheter: Ska ett företag som [Fernwärme Wien] betecknas som ett offentligrättsligt organ i den mening som avses i direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18 … om företaget utan någon egentlig konkurrens tillhandahåller fjärrvärme inom ett visst område, eller ska bestämningen ske på grundval av marknaden för hushållsuppvärmning, som även innefattar bränslen som exempelvis gas, olja och kol?

3) Ska en verksamhet, som ett företag – som också bedriver verksamhet som inte anses ha industriell eller kommersiell karaktär – bedriver i konkurrens med andra, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, om det genom effektiva åtgärder i form av redovisnings- och bokföringsmässigt åtskilda räkenskaper kan visas att den verksamhet som bedrivs i konkurrens med andra inte har korssubventionerats?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

23 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida en upphandlande enhet, i den mening som avses i direktiv 2004/17, som bedriver verksamhet som ingår i någon av de sektorer som avses i artiklarna 3–7 i detta direktiv, är skyldig att tillämpa det förfarande som föreskrivs i nämnda direktiv när den tilldelar kontrakt avseende verksamheter som denna enhet samtidigt och på konkurrensmässiga villkor bedriver inom sektorer som inte omfattas av de ovannämnda bestämmelserna.

24 Domstolen påpekar att direktiven 2004/17 och 2004/18 innehåller märkbara olikheter sinsemellan vad gäller såväl de enheter som berörs av bestämmelserna i dessa direktiv som deras natur och tillämpningsområden.

25 Vad för det första gäller de enheter på vilka direktivens respektive bestämmelser är tillämpliga, konstaterar domstolen att de enheter som avses i direktiv 2004/17 i artikel 2 kallas ”upphandlande enheter”, till skillnad från direktiv 2004/18 som enligt artikel 1.9 första stycket är tillämpligt på ”upphandlande myndigheter”. Det framgår av artikel 2.2 a och b i detta senare direktiv att detta inte enbart är tillämpligt på upphandlande enheter som är ”upphandlande myndigheter”, utan också på de enheter som är ”offentliga företag” eller företag vilkas verksamhet bygger på ”särskilda rättigheter eller ensamrätt, som beviljats av en behörig myndighet i en medlemsstat”, i den mån som dessa enheter bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7 i detta direktiv.

26 För det andra framgår det av artiklarna 2–7 i direktiv 2004/17 att den samordning som gjorts genom detta direktiv inte omfattar alla ekonomiska verksamhetsområden, utan avser särskilt definierade områden, vilket för övrigt visar sig genom att detta direktiv allmänt kallas ”sektorsdirektivet”. Tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 omfattar däremot i princip alla sektorer av det ekonomiska livet, vilket således ger skäl för den allmänna benämningen ”det allmänna direktivet”.

27 Mot denna bakgrund kan det redan här konstateras att den omständigheten att direktiv 2004/18 har en allmän räckvidd och direktiv 2004/17 en begränsad räckvidd medför att bestämmelserna i detta senare ska tolkas restriktivt.

28 Gränserna mellan dessa båda direktivs tillämpningsområden är också dragna med hjälp av uttryckliga bestämmelser. Enligt artikel 20.1 i direktiv 2004/17 gäller således direktivet inte kontrakt som den upphandlande enheten tilldelar för något annat än utövande av de typer av verksamhet som anges i artiklarna 3–7 i samma direktiv. Motsvarigheten till denna bestämmelse är i direktiv 2004/18 artikel 12 första stycket, enligt vilken direktivet inte ska tillämpas på offentliga kontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter vilka utövar en eller flera av de verksamheter som anges i artiklarna 3–7 i direktiv 2004/17, i syfte att utöva denna verksamhet.

29 Tillämpningsområdet för direktiv 2004/17 är således strikt begränsat, vilket utgör hinder mot att de förfaranden som föreskrivs där vidgas till att gälla utöver detta tillämpningsområde.

30 Enligt de ovannämnda bestämmelserna är det således inte möjligt att inom ramen för direktiv 2004/17 tillämpa det tillvägagångssätt som kallas ”kontaminations-

teorin", vilken har utvecklats efter domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. Domstolen meddelade denna dom inom ramen för rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), närmare bestämt avseende en sektor som numera omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18.

31 Såsom bland annat den österrikiska, den ungerska och den finländska regeringen samt Europeiska gemenskapernas kommission med rätta har gjort gällande är det endast de kontrakt som en enhet, vilken kan betraktas som en "upphandlande enhet" i den mening som avses i direktivet, tilldelar avseende, och för utövandet av, verksamheter som anges i artiklarna 3–7 i detta direktiv, som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17.

32 Detta motsvarar dessutom domstolens slutsats i domen av den 16 juni 2005 i de förenade målen C-462/03 och C-463/03, Strabag och Kostmann (REG 2005, s. I-5397), punkt 37. I denna dom slog domstolen fast att om ett kontrakt inte avser en av de verksamheter som regleras i sektorsdirektivet, regleras det av de bestämmelser som, beroende på vad saken gäller, föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling av tjänster, bygg- och anläggningsarbeten eller varor.

33 Mot bakgrund av det ovanstående ska den första frågan besvaras enligt följande: En upphandlande enhet, i den mening som avses i direktiv 2004/17, är skyldig att tillämpa det förfarande som föreskrivs i detta direktiv endast när den tilldelar kontrakt som har samband med de verksamheter som denna enhet bedriver inom en eller flera av de sektorer som avses i artiklarna 3–7 i detta direktiv.

Den andra frågan

34 Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra fråga för att få klarhet i huruvida en enhet som Fernwärme Wien ska betraktas som ett offentligrättsligt organ i den mening som avses i direktiv 2004/17 eller i direktiv 2004/18.

35 I detta avseende påpekar domstolen att begreppet ”offentligrättsligt organ”, såsom framgår av punkt 5 ovan, definieras på samma sätt i såväl artikel 2.1 a andra stycket i direktiv 2004/17 som i artikel 1.9 andra stycket i direktiv 2004/18.

36 Det framgår av dessa bestämmelser att med ”offentligrättsligt organ” avses varje organ som, för det första, särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär, för det andra är en juridisk person, och, för det tredje till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller andra offentligrättsliga organ, eller organ vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ. I enlighet med domstolens rättspraxis är dessa tre villkor kumulativa (dom av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2001, s. I-939, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

37 Med hänsyn till att syftet med gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling bland annat är att undanröja möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska, ska begreppet offentligrättsligt organ dessutom tolkas funktionellt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 december 2007 i mål C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., REG 2007, s. I-11173, punkterna 36–37 och där angiven rättspraxis).

38 I förevarande fall är det utrett att de två senare kriterierna som införts genom de bestämmelser som framställts i punkt 36 ovan är uppfyllda, eftersom Fernwärme Wien är en juridisk person vars kapital till sin helhet ägs av staden Wien, som också kontrollerar dess ekonomiska och finansiella förvaltning. Det återstår alltså att undersöka huruvida denna enhet särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär.

39 Vad för det första gäller syftet med att inrätta den ifrågavarande enheten och karaktären av de behov som ska tillgodoses, ska det konstateras att Fernwärme Wien, såsom framgår av de handlingar som lämnats in till domstolen, inrättats i det specifika syftet att i staden Wien förse bostäder, offentliga byggnader, företagslokaler och kontor med värme genom att använda energi från förbränning av avfall. Det har under förhandlingen inför domstolen framkommit att detta värmesystem för närvarande tillgodoser cirka 250 000 hushåll, flera kontor och industrianläggningar samt i stort sett samtliga offentliga byggnader. Att med miljövänliga metoder förse en tätort med värme utgör ett syfte som onekligen inbegriper det allmännas intresse. Det kan således inte bestridas att Fernwärme Wien har inrättats särskilt för att tillgodose behov i det allmännas intresse.

40 I detta avseende är det utan betydelse att sådana behov även tillgodoses eller kan tillgodoses av privata företag. Det är viktigt att det är fråga om behov som statliga, regionala eller lokala myndigheter, av skäl som har samband med det allmännas intresse, i regel väljer att själva tillgodose eller som de avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding, REG 1998, s. I-6821, punkterna 44, 47, 51 och 53, och av den 10 maj 2001 i de förenade målen C-223/99 och C-260/99, Agorà och Excelsior, REG 2001, s. I-3605, punkterna 37, 38 och 41).

41 För att avgöra huruvida de behov som tillgodoses av den enhet varom det är fråga i målet vid den nationella domstolen inte har industriell eller kommersiell karaktär, ska för det andra hänsyn tas till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid inrättandet av det berörda organet och de villkor på vilka organet bedriver sin verksamhet. I detta hänseende ska det bland annat kontrolleras huruvida det aktuella organets verksamhet är utsatt för konkurrens (se dom av den 22 maj 2003 i mål C-18/01, Korhonen m.fl., REG 2003, s. I-5321, punkterna 48–49 liksom där angiven rättspraxis).

42 Såsom redovisats i punkt 39 ovan, inrättades Fernwärme Wien i det specifika syftet att förse staden Wien med värme. Det är utrett att det inte förelåg något vinstsyfte

vid inrättandet av denna enhet. Även om det inte är uteslutet att denna verksamhet kan generera vinst i form av utdelning till aktieägarna, utgör strävan efter sådan vinst inte det huvudsakliga syftet för denna enhet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Korhonen m.fl., punkt 54).

43 Vad sedan gäller den relevanta ekonomiska miljön, eller annorlunda uttryckt, den referensmarknad som måste beaktas för att avgöra huruvida den ifrågavarande enheten bedriver sin verksamhet i konkurrens med andra eller inte, ska, såsom generaladvokaten har föreslagit i punkterna 53 och 54 i sitt förslag till avgörande, med hänsyn till den funktionella tolkningen av begreppet ”offentligrättsliga organ”, hänsyn tas till den sektor för vilken Fernwärme Wien har inrättats, närmare bestämt sektorn för tillhandahållande av fjärrvärme från avfallsförbränning.

44 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Fernwärme Wien inom denna sektor i princip har en faktisk monopolställning, i den mån som de två övriga företagen som också är verksamma inom denna sektor till sin storlek är obetydliga och således inte utgör verkliga konkurrenter. Denna sektor har dessutom en betydande oavhängighet, i den mån som fjärrvärme mycket svårligen skulle kunna ersättas av annan energi, eftersom detta skulle kräva betydande ombyggnationer. Staden Wien tillmäter slutligen detta värmesystem särskild betydelse, också av miljöskäl. Med hänsyn till den allmänna opinionen skulle staden inte tillåta att systemet avskaffades, inte ens om det måste drivas med förlust.

45 Mot bakgrund av dessa olika indikationer som den hänskjutande domstolen har lämnat, och liksom generaladvokaten har påpekat i punkt 57 i sitt förslag till avgörande, visar sig Fernwärme Wien i nuläget vara det enda företag som är i stånd att inom det berörda området tillgodose sådana behov i det allmännas intresse. Företaget skulle således kunna låta sig ledas av andra hänsyn än ekonomiska när det tilldelar sina kontrakt.

46 I domarna i det ovannämnda målet BFI Holding (punkt 49) och i de ovannämnda förenade målen Agorà och Excelsior (punkt 38), påpekade domstolen att förekomsten av en utvecklad konkurrens kan vara ett tecken på att det inte är fråga om ett behov i det allmännas intresse som är av annan än industriell eller kommersiell karaktär. Vad gäller de omständigheter varom det är fråga i målet vid den nationella domstolen framgår det tydligt av begäran om förhandsavgörande att detta kriterium avseende förekomsten av en utvecklad konkurrens är långt ifrån uppfyllt.

47 Det ska tilläggas att det i detta sammanhang inte är av betydelse att enheten, förutom sitt uppdrag i det allmännas intresse, också bedriver andra verksamheter i vinstsyfte, då den fortsätter att åta sig behov i det allmännas intresse, behov som den är särskilt skyldig att tillgodose. Hur stor del av företaget som bedriver verksamhet med vinstsyfte är inte heller av betydelse för frågan huruvida det kan betraktas som ett offentligrättsligt organ (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovanämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., punkt 25, dom av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley, REG 2003, s. I-1931, punkt 56, och domen i det ovannämnda målet Korhonen m.fl., punkterna 57 och 58).

48 Med hänsyn till vad som anförts ovan ska den andra frågan besvaras enligt följande: En enhet som Fernwärme Wien ska betraktas som ett offentligrättsligt organ i den mening som avses i artikel 2.1 a andra stycket i direktiv 2004/17 och artikel 1.9 andra stycket i direktiv 2004/18.

Den tredje frågan

49 Den hänskjutande domstolen har ställt sin tredje fråga för att få klarhet i huruvida samtliga kontrakt som tilldelas av en enhet som kan betraktas som ett offentligrättsligt

organ, i den mening som avses i direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, ska omfattas av bestämmelserna i det ena eller det andra av dessa direktiv, trots att det med hjälp av effektiva metoder går att tydligt göra åtskillnad mellan de verksamheter som detta organ bedriver för att fullgöra sitt uppdrag att tillgodose behov i det allmännas intresse och de verksamheter som det bedriver på konkurrensmässiga villkor, en åtskillnad som utesluter korsfinansiering mellan dessa båda verksamhetsslag.

50 Det kan i detta sammanhang erinras om att den problematik som ligger till grund för denna fråga för första gången prövades av domstolen i domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., avseende tolkningen av direktiv 93/37 om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Domstolen kom i punkt 35 i nämnda dom fram till den slutsatsen att samtliga kontrakt som tilldelas av ett organ, i dess egenskap av upphandlande myndighet, oavsett slag, ska underkastas bestämmelserna i detta direktiv.

51 Domstolen har upprepat denna uppfattning i, vad gäller offentlig upphandling av tjänster, domarna i de ovannämnda målen BFI Holdings (punkterna 55 och 56) och Korhonen m.fl. (punkterna 57 och 58) och, vad gäller offentlig upphandling av varor, domen i det ovannämnda målet Adolf Truley (punkt 56). Denna uppfattning kan också tillämpas på direktiv 2004/18, som utgör en omarbetning av samtliga tidigare direktiv om offentlig upphandling, vilka det har efterträtt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Bayerischer Rundfunk m.fl., punkt 30).

52 Denna slutsats gäller också för de enheter som har en bokföring avsedd för att göra en klar intern åtskillnad mellan den verksamhet som bedrivs för att fullgöra sitt uppdrag att tillgodose behov i det allmännas intresse och den verksamhet som bedrivs på konkurrensmässiga villkor.

53 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 64 och 65 i sitt förslag till avgörande, kan det nämligen riktas seriösa tvivel mot att det verkligen är möjligt att

göra en sådan åtskillnad mellan de olika verksamheterna i en enhet som utgör en och samma juridiska person, som har en enda förmögenhets- och egendomsordning och vars beslut avseende styrelse och förvaltning fattas enhetligt. Detta gäller även om det bortses från de många andra praktiska hinder vad gäller den föregående och efterföljande kontrollen av den absoluta åtskillnaden mellan den ifrågavarande enhetens olika verksamhetsområden och tillhörigheten av den berörda verksamheten till det ena eller det andra området.

54 Mot bakgrund av de rättssäkerhets-, insyns- och förutsägbarhetsskäl som reglerar genomförandet av samtliga förfaranden för offentlig upphandling, finns det således skäl att följa domstolens rättspraxis som redovisats i punkterna 50 och 51 ovan.

55 Såsom framgår av punkt 49 ovan avser den hänskjutande domstolens fråga emellertid samtidigt både direktiv 2004/17 och direktiv 2004/18.

56 Det ska i detta sammanhang påpekas att det i samband med besvarandet av den andra frågan har konstaterats att en enhet som Fernwärme Wien ska betraktas som ett offentligrättsligt organ i den mening som avses i direktiv 2004/17 och direktiv 2004/18. Domstolen har dessutom i samband med besvarandet av den första frågan slagit fast att en upphandlande enhet, i den mening som avses i direktiv 2004/17, är skyldig att tillämpa det förfarande som föreskrivs i detta direktiv endast när den tilldelar kontrakt som har samband med de verksamheter som denna enhet bedriver inom en eller flera av de sektorer som avses i artiklarna 3–7 i detta direktiv.

57 Det ska framhållas att direktiv 2004/17, i enlighet med domstolens rättspraxis, inbegriper de kontrakt som tilldelas inom området för en av de verksamheter som uttryckligen avses i artiklarna 3–7 i detta direktiv, liksom de kontrakt som, även om de är av annat slag och således i sig normalt omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18, används för utövandet av de verksamheter som definieras i

direktiv 2004/17 (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen Strabag och Kostmann, punkterna 41 och 42).

58 Följaktligen omfattas de kontrakt som en enhet som Fernwärme Wien tilldelar av det förfarande som föreskrivs i direktiv 2004/17, i den mån som de har samband med en verksamhet som bedrivs av denna enhet inom de sektorer som avses i artiklarna 3–7 i detta direktiv. Alla andra kontrakt som en sådan enhet tilldelar i samband med utövandet av andra verksamheter omfattas däremot av det förfarande som föreskrivs i direktiv 2004/18.

59 Den tredje frågan ska således besvaras enligt följande: De kontrakt, som tilldelas av en enhet i dess egenskap av offentligrättsligt organ, i den mening som avses i direktiv 2004/17 och direktiv 2004/18, och som har samband med denna enhets verksamhet i en eller flera av de sektorer som avses i artiklarna 3–7 i direktiv 2004/17 ska omfattas av det förfarande som föreskrivs i detta direktiv. Alla andra kontrakt som en sådan enhet tilldelar i samband med utövandet av andra verksamheter omfattas däremot av det förfarande som föreskrivs i direktiv 2004/18. Vart och ett av dessa båda direktiv är tillämpligt, utan åtskillnad mellan de verksamheter som denna enhet bedriver för att fullgöra sitt uppdrag att tillgodose behov i det allmännas intresse och de verksamheter som bedrivs på konkurrensmässiga villkor, och till och med då det finns bokföring avsedd att göra åtskillnad mellan enhetens verksamhetssektorer, i syfte att undvika korsfinansiering mellan dessa sektorer.

Rättegångskostnader

60 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) **En upphandlande enhet, i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, är skyldig att tillämpa det förfarande som föreskrivs i detta direktiv endast när den tilldelar kontrakt som har samband med de verksamheter som denna enhet bedriver inom en eller flera av de sektorer som avses i artiklarna 3–7 i detta direktiv.**

2) **En enhet som Fernwärme Wien GmbH ska betraktas som ett offentligrättsligt organ i den mening som avses i artikel 2.1 a andra stycket i direktiv 2004/17 och artikel 1.9 andra stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.**

3) **De kontrakt, som tilldelas av en enhet i dess egenskap av offentligrättsligt organ, i den mening som avses i direktiv 2004/17 och direktiv 2004/18, och som har samband med denna enhets verksamhet i en eller flera av de sektorer som avses i artiklarna 3–7 i direktiv 2004/17, ska omfattas av det förfarande som föreskrivs i detta direktiv. Alla andra kontrakt som en sådan enhet tilldelar i samband med utövandet av andra verksamheter omfattas däremot av det förfarande som föreskrivs i direktiv 2004/18. Vart och ett av dessa båda direktiv är tillämpligt, utan åtskillnad mellan de verksamheter som denna enhet bedriver för att fullgöra sitt uppdrag att tillgodose behov i det allmännas intresse och de verksamheter som bedrivs på konkurrensmässiga villkor, och till och med då det finns bokföring avsedd att göra åtskillnad mellan enhetens verksamhetssektorer, i syfte att undvika korsfinansiering mellan dessa sektorer.**

Underskrifter