



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

8. maj 2014*

»Offentlige indkøb — direktiv 2004/18/EF — tildeling af kontrakten uden indledning af en offentlig udbudsprocedure — såkaldt »in house«-tildeling — ordremodtageren juridisk forskellig fra den ordregivende myndighed — betingelse om »tilsvarende kontrol« — den ordregivende myndighed og ordremodtageren ikke i et indbyrdes kontrolforhold — ekstern offentlig myndighed, som udøver en delvis kontrol med den ordregivende myndighed og med ordremodtageren, som vil kunne kvalificeres som »tilsvarende« — »horisontal in house-tildeling««

I sag C-15/13,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tyskland) ved afgørelse af 6. november 2012, indgæet til Domstolen den 10. januar 2013, i sagen:

Technische Universität Hamburg-Harburg,

Hochschul-Informationssystem GmbH,

mod

Datenlotsen Informationssysteme GmbH,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne E. Juhász (refererende dommer), A. Rosas, D. Šváby og C. Vajda,

generaladvokat: P. Mengozzi

justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 21. november 2013,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Technische Universität Hamburg-Harburg ved Rechtsanwälte T. Noelle og I. Argyriadou
- Hochschul-Informationssystem GmbH ved Rechtsanwälte K. Willenbruch og M. Kober
- Datenlotsen Informationssysteme GmbH ved Rechtsanwalt S. Görgens

* Processprog: tysk.

- den tjekkiske regering ved M. Smolek, som befuldmægtiget
- den spanske regering ved M.J. García-Valdecasas Dorrego, som befuldmægtiget
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato S. Varone
- den ungarske regering ved M. Fehér samt ved K. Szíjjártó og K. Molnár, som befuldmægtigede
- Europa-Kommissionen ved A. Tokár og M. Noll-Ehlers, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 23. januar 2014, afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).
- 2 Anmodningen er indgivet i forbindelse med en sag mellem Technische Universität Hamburg-Harburg (herefter »universitetet«) og Hochschul-Informationssystem GmbH (herefter »HIS«) på den ene side og Datenlotsen Informationssysteme GmbH på den anden side vedrørende lovligheden af indgåelsen af en kontrakt, som universitetet direkte tildelte HIS uden anvendelse af de i direktiv 2004/18 fastlagte procedurer i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 Direktiv 2004/18 fastlægger de lovgivningsmæssige rammer, som finder anvendelse på kontrakter, der indgås af ordregivende myndigheder.
- 4 Artikel 1 i dette direktiv med overskriften »Definitioner« bestemmer i stk. 2, litra a):

»Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.«

- 5 Denne artikel 1 bestemmer i stk. 8:

»Begreberne »entreprenør«, »leverandør« og »tjenesteyder« dækker enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller organer, som på markedet tilbyder henholdsvis udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser.«

Begrebet »økonomisk aktør«, dækker både en entreprenør, en leverandør og en tjenesteyder. Det anvendes udelukkende for at forenkle teksten.

[...]«

- 6 Artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 indeholder en detaljeret definition af de enheder, der betragtes som offentlige organer, og som ved indgåelsen af en gensidigt bebyrdende aftale med en økonomisk aktør skal indlede en udbudsprocedure i medfør af reglerne i dette direktiv.
- 7 Artikel 7 i direktiv 2004/18 med overskriften »Tærskelværdier for offentlige kontrakter« fastsætter de anslåede tærskelværdier, over hvilke tildelingen af en kontrakt skal foretages i overensstemmelse med direktivets bestemmelser. Disse tærskler revideres med regelmæssige mellemrum af Kommissionen og tilpasses de økonomiske forhold. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen var denne tærskelværdi for de af de ordregivende myndigheder, bortset fra centrale regeringsmyndigheder, indgåede indkøbskontrakter fastsat til 193 000 EUR ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1177/2009 af 30. november 2009 (EUT L 314, s. 64).

Tildeling af en offentlig kontrakt uden anvendelse af de i direktiv 2004/18 fastsatte procedurer – »in house«-tildeling

- 8 Betingelserne for en sådan tildeling er blevet fastsat og udviklet i Domstolens praksis, hvorefter der ikke er pligt til at iværksætte et udbud i overensstemmelse med direktiv 2004/18, såfremt den ordregivende myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol med en fra denne myndighed juridisk forskellig enhed, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de ordregivende myndigheder, den ejes af (jf. i denne retning dom Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, præmis 50).

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 9 Universitetet er en offentlig højere læreanstalt i Bundesland Freie und Hansestadt Hamburg (herefter »byen Hamburg«). Det udgør et offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 og derfor en ordregivende myndighed. Med henblik på at indføre et edb-managementsystem for højere læreanstalter iværksatte universitetet en vurdering, hvorunder det foretog en sammenligning af Datenlotsen Informationssysteme GmbH og HIS' edb-systemer. Efter denne sammenligning valgte universitetet at indføre systemet hidrørende fra sidstnævnte selskab og indgik den 7. april 2011 en indkøbskontrakt med dette selskab ved direkte tildeling, uden anvendelse af de i direktiv 2004/18 fastlagte procedurer. Kontraktens anslåede værdi var på 840 000 EUR.
- 10 Det fremgår af de sagsakter, der er indgivet til Domstolen, at HIS er et privatretligt anpartsselskab, hvoraf 1/3 kontrolleres af Forbundsrepublikken Tyskland og 2/3 af de 16 tyske delstater, idet byen Hamburg ejer 4,16% af selskabskapitalen. I henhold til artikel 2 i vedtægterne består selskabets formål i at yde bistand til offentlige højere læreanstalter og disses forvaltninger i deres bestræbelser på at sikre, at de højere læreanstalters undervisningsopgaver opfyldes rationelt og økonomisk. HIS' edb-systemer anvendes i mere end 220 offentlige og religiøse højere læreanstalter i Tyskland.
- 11 I henhold til artikel 12, stk. 1, i HIS' vedtægter består selskabets bestyrelse af ti medlemmer, hvoraf 7 beskikkes efter indstilling fra delstatsministrenes konference, 2 efter indstilling fra rektorerne for de højere læreanstalter – en sammenslutning, der omfatter tyske offentlige eller statsanerkendte universiteter og højere læreanstalter – og 1 efter indstilling fra forbundsmyndighederne. I henhold til ordlyden af artikel 15, stk. 1, i vedtægterne har HIS nedsat et rådgivende udvalg (Kuratorium), hvoraf 19 ud af de 37 medlemmer repræsenterer delstatsministrenes konference. Med hensyn til omfanget af HIS' aktiviteter svarer 5,14% af selskabets omsætning til aktiviteter, som udføres på vegne af andre enheder end offentlige højere læreanstalter.

- 12 Universitetets direkte tildeling af kontrakten til HIS er efter disse kontraherende parter opfattelse begrundet ud fra den betragtning, at selv om der mellem disse to enheder ikke foreligger et kontrolforhold, er den betingelse, der kan udledes af Domstolens ovennævnte praksis om en »tilsvarende kontrol«, opfyldt, fordi begge disse enheder kontrolleres af byen Hamburg.
- 13 Datenlotsen Informationssysteme GmbH anlagde sag til prøvelse af beslutningen om den direkte tildeling af den nævnte kontrakt ved Vergabekammer Hamburg, der er udbudsankenævn i første instans, som gav virksomheden medhold i sagen. Vergabekammer Hamburg fastslog, at de betingelser, som ifølge Domstolens praksis kræves opfyldt for en »in house«-tildeling, ikke forelå i dette tilfælde. Mere konkret er betingelsen om en »tilsvarende kontrol« ikke opfyldt, da universitetet i dets egenskab af ordregivende myndighed ikke er i stand til at føre en kontrol med HIS, der svarer til den kontrol, som det fører med sine egne tjenestegrene. Universitetet er ganske vist en offentligretlig juridisk person, som udspringer af byen Hamburg, og sidstnævnte ejer 4,16% af selskabskapitalen i HIS. Universitetet og byen Hamburg er imidlertid forskellige juridiske personer.
- 14 Betragtningen om, at byen Hamburg kontrollerer både universitetet og HIS, er heller ikke tilstrækkelig til at opfylde den nævnte betingelse, idet en sådan »indirekte kontrol« ikke har nogen støtte i Domstolens praksis. Vergabekammer bemærker endvidere, at universitetet er selvstændigt, og at den legalitetskontrol og kontrol af hensigtsmæssigheden, som byen Hamburg fører med universitetet med hensyn til forvaltningen af de afsatte midler, ikke svarer til de ledelsesbeføjelser, som en ordregivende myndighed skal have. Der kan heller ikke være tale om, at byen Hamburg fører kontrol med HIS, da byen Hamburg ikke har nogen fast repræsentant i selskabets bestyrelse.
- 15 HIS og universitetet har anlagt sag til prøvelse af Vergabekammers afgørelse ved den forelæggende ret.
- 16 Denne ret har anført, at spørgsmålet, som er meget omtvistet i retslitteraturen på nationalt plan, om, hvorvidt indgåelsen af en kontrakt som et led i et forhold mellem tre personer, der kan kvalificeres som en »horisontal in house«-tildeling, er omfattet af den retspraksis, der blev fastslået i dom Teckal (EU:C:1999:562), hidtil ikke har været omhandlet i Domstolens praksis. Den forelæggende ret finder, at ånden i og formålet med fritagelsen vedrørende »in house«-tildelinger, der blev indledt med dom Teckal (EU:C:1999:562), kan give mulighed for, at horisontale »in house«-tildelinger som den i hovedsagen omhandlede kan være omfattet af denne fritagelse. Den forelæggende ret påpeger dog, at der i det foreliggende tilfælde ikke kan være tale om et interkommunalt samarbejde som omhandlet i Domstolens praksis (domme Kommissionen mod Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357, og Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl, C-159/11, EU:C:2012:817), idet hverken universitetet eller HIS udgør offentlige myndigheder, og HIS ikke direkte er pålagt at udføre en public service-opgave.
- 17 Den forelæggende ret bemærker, at i henhold til de højere læreanstalters vedtægter har disse en høj grad af selvstændighed på områderne for forskning og undervisning, og at udøvelsen af disse selvstændige beføjelser er underlagt en simpel legalitetskontrol. Den af hovedsagen omhandlede kontrakt falder imidlertid inden for området for de afsatte midler til universitetet, hvor de kompetente myndigheders kontrolbeføjelser kan udstrækkes til også at annullere eller korrigere de beslutninger, der træffes i forbindelse med erhvervelser.
- 18 Den forelæggende ret finder, at betingelsen om en »tilsvarende kontrol« inden for området for levering af varer og tjenesteydelser til de højere læreanstalter således er opfyldt. Den har imidlertid rejst spørgsmålet, om denne betingelse også kræver, at kontrollen omfatter alle den underordnede enheds aktivitetsområder, således at en begrænsning af anvendelsesområdet for denne kontrol til indkøbskontrakter bevirker, at det ikke kan antages, at den nævnte betingelse er opfyldt. Herfor taler Domstolens praksis, hvorefter den ordregivende myndighed skal have mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger for den underordnede enhed.

- 19 For så vidt angår den kontrol, som byen Hamburg fører med HIS, har den forelæggende ret anført, at den omstændighed, at byen Hamburg kun ejer 4,16% af dette selskabs kapital og ikke har en fast repræsentant i selskabets bestyrelse, kunne tale imod en antagelse om, at der foreligger en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene. Den forelæggende ret finder med hensyn til den anden betingelse, som følger af Domstolens praksis vedrørende udførelsen af hovedparten af ordremodtagerens aktiviteter, at denne betingelse i det foreliggende tilfælde er opfyldt, da HIS' aktiviteter i overvejende grad vedrører offentlige højere læreanstalter, og at selskabets øvrige aktiviteter er accessoriske.
- 20 Under disse omstændigheder har Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Omfatter udtrykket »offentlig kontrakt« i artikel 1, stk. 2, litra a), i [...] direktiv 2004/18 [...] tillige en kontrakt, hvor den ordregivende myndighed ganske vist ikke fører samme kontrol med den kontraherende enhed som med sine egne tjenestegrene, men hvor såvel den ordregivende myndighed som den kontraherende enhed kontrolleres af samme myndighed, som er en ordregivende myndighed som omhandlet i direktiv 2004/18, og den ordregivende myndighed og den kontraherende enhed i det væsentlige handler for en fælles institution (horisontal in house-transaktion)?

Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

2) Skal en kontrol, som svarer til den kontrol, der føres med egne tjenestegrene, omfatte alle aktiviteter hos den kontraherende enhed, eller er det tilstrækkeligt, såfremt den er begrænset til indkøbsområdet?»

Om de præjudicielle spørgsmål

- 21 Med disse spørgsmål, som behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en kontrakt, hvis formål er levering af varer, og som er indgået mellem på den ene side et universitet, der er en ordregivende myndighed, og som inden for området for sine erhvervelser af varer og tjenesteydelser kontrolleres af en tysk delstat, og på den anden side en privatretlig virksomhed, som ejes af delstaten og tyske delstater – herunder den nævnte delstat – udgør en offentlig kontrakt i denne bestemmelses forstand.
- 22 I overensstemmelse med Domstolens praksis er EU-rettens hovedformål hvad angår offentlige kontrakter adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater i forbindelse med udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, hvilket indebærer en pligt for alle ordregivende myndigheder til at anvende de relevante EU-bestemmelser, når de heri fastsatte betingelser er opfyldt (jf. i denne retning dom Stadt Halle og RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, præmis 44).
- 23 Alle undtagelser til denne forpligtelse må derfor fortolkes indskrænkende (jf. dom Stadt Halle og RPL Lochau, EU:C:2005:5, præmis 46).
- 24 Domstolen har fastslået, at det med henblik på anvendelsen af de i direktiv 2004/18 fastsatte fremgangsmåder for indgåelse af offentlige kontrakter i overensstemmelse med dette direktivs artikel 1, stk. 2, litra a), principielt er tilstrækkeligt, at en gensidigt bebyrdende aftale er blevet indgået mellem på den ene side en ordregivende myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person (jf. i denne retning dom Teckal, EU:C:1999:562, præmis 50).
- 25 En af Domstolen anerkendt undtagelse i forhold til anvendelsen af dette princip med hensyn til »in house«-tildelinger er begrundet med den betragtning, at en offentlig myndighed, som er en ordregivende myndighed, kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse af

almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne administrative, tekniske eller andre ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke hører til dens tjenestegrene, og at denne undtagelse kan udvides til situationer, hvor medkontrahenten er en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig person, når den ordregivende myndighed underkaster ordremodtageren en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og såfremt denne enhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de ordregivende myndigheder, den ejes af (jf. i denne retning domme Teckal, EU:C:1999:562, præmis 50, og Stadt Halle og RPL Lochau, EU:C:2005:5, præmis 48 og 49). I sådanne tilfælde kan det fastslås, at den ordregivende myndighed anvender sine egne ressourcer.

- 26 Domstolen har yderligere redegjort for begrebet »tilsvarende kontrol« ved at bemærke, at den ordregivende myndigheds indflydelse skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til denne tilslagsmodtageres vigtige beslutninger, og at den kontrol, som den ordregivende myndighed fører, skal være effektiv, strukturel og funktionel (jf. i denne retning dom Econord, C-182/11 og C-183/11, EU:C:2012:758, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).
- 27 Domstolen har endvidere fastslået, at den »tilsvarende kontrol« under visse betingelser kan føres af flere offentlige myndigheder, som sammen ejer tilslagsmodtageren, i fællesskab (jf. i denne retning dom Econord, EU:C:2012:758, præmis 28-31 og den deri nævnte retspraksis).
- 28 Det er i hovedsagen ubestridt, at der ikke foreligger nogen form for kontrolforhold mellem den ordregivende myndighed, universitetet, og tilslagsmodtageren, HIS. Universitetet har således ikke nogen andel i denne enheds kapital og ingen juridiske repræsentanter i dens ledelsesorganer.
- 29 Den omstændighed, som begrundet anerkendelsen af undtagelsen med hensyn til de såkaldte »in house«-tildelinger, dvs. at der foreligger en særlig indbyrdes forbindelse mellem den ordregivende myndighed og tilslagsmodtageren, forefindes ikke i en situation som den i hovedsagen foreliggende.
- 30 En sådan situation kan derfor ikke anses for at være omfattet af denne undtagelse, uden at de af Domstolen klart afgrænsede grænser for dens anvendelse herved udvides på en måde, der ville kunne indskrænke rækkevidden af det i denne doms præmis 24 nævnte princip i betydelig grad.
- 31 Det bemærkes i øvrigt, at byen Hamburg på grundlag af oplysningerne i de retsakter, der er fremlagt for Domstolen, og på baggrund af ovenstående retspraksis under alle omstændigheder ikke er i stand til at føre en »tilsvarende kontrol« med universitetet.
- 32 Det må nemlig fastslås, at den kontrol, som byen Hamburg fører med universitetet, kun dækker en del af sidstnævntes aktiviteter, dvs. alene på området for erhvervelser, men ikke på områderne for forskning og undervisning, hvor universitetet har en høj grad af selvstændighed. En anerkendelse af, at der skulle foreligge en »tilsvarende kontrol« i en sådan situation med en delvis kontrol ville være i strid med den i denne doms præmis 26 nævnte retspraksis.
- 33 Det er på denne baggrund ikke nødvendigt at undersøge, om undtagelsen med hensyn til »in-house«-tildelinger kan finde anvendelse på såkaldte »horisontale in house«-tildelinger, dvs. en situation, hvor den eller de samme ordregivende myndigheder fører en »tilsvarende kontrol« med to forskellige økonomiske aktører, hvoraf den ene tildeler den anden en kontrakt.
- 34 Hvad angår spørgsmålet, om den retspraksis vedrørende samarbejdet mellem regionale myndigheder, der følger af domme Kommissionen mod Tyskland (EU:C:2009:357) og Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (EU:C:2012:817), finder anvendelse i hovedsagen, skal det af de i denne doms præmis 16 anførte grunde i lighed med det af den forelæggende ret anførte fastslås, at de i disse domme fastlagte betingelser for anvendelsen af undtagelsen ikke er opfyldt.

- 35 Det af universitetet og HIS oprettede samarbejde har således ikke til formål at sikre udførelsen en fælles public service-opgave som omhandlet i retspraksis (jf. dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., EU:C:2012:817, præmis 34 og 37).
- 36 Henset til de ovennævnte betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en kontrakt, hvis formål er levering af varer, og som er indgået mellem på den ene side et universitet, der er en ordregivende myndighed, og som inden for området for sine erhvervelser af varer og tjenesteydelser kontrolleres af en tysk delstat, og på den anden side en privatretlig virksomhed, som ejes af forbundsstaten og tyske delstater – herunder den nævnte delstat – udgør en offentlig kontrakt i denne bestemmelses forstand, der som sådan er omfattet af de i direktivet fastlagte regler i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

Sagens omkostninger

- 37 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Femte Afdeling) for ret:

Artikel 1, stk. 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at en kontrakt, hvis formål er levering af varer, og som er indgået mellem på den ene side et universitet, der er en ordregivende myndighed, og som inden for området for sine erhvervelser af varer og tjenesteydelser kontrolleres af en tysk delstat, og på den anden side en privatretlig virksomhed, som ejes af forbundsstaten og tyske delstater – herunder den nævnte delstat – udgør en offentlig kontrakt i denne bestemmelses forstand, der som sådan er omfattet af de i direktivet fastlagte regler i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

Underskrifter