



## Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

18. december 2014\*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige tjenesteydelseskontrakter — direktiv 92/50/EØF — artikel 1, litra c), og artikel 37 — direktiv 2004/18/EF — artikel 1, stk. 8, første afsnit, og artikel 55 — begreberne »tjenesteyder« og »økonomisk aktør« — offentligt universitetshospital — foretagende, der er tildelt juridisk personlighed såvel som erhvervmæssig og organisatorisk uafhængighed — virksomhed, som hovedsageligt ikke har gevinst for øje — institutionelt formål om at tilbyde sundhedsydelser — mulighed for at tilbyde tilsvarende ydelser på markedet — adgang til at deltage i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt«

I sag C-568/13,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (Italien) ved afgørelse af 28. juni 2013, indgået til Domstolen den 6. november 2013, i sagen:

**Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze**

mod

**Data Medical Service Srl,**

procesdeltagere:

**Regione Lombardia,**

**Bio-Development Srl,**

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

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

generaladvokat: J. Kokott

justitssekretær: fuldmægtig V. Tourrès,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 15. oktober 2014,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze ved avvocato P. Stolzi

\* Processprog: italiensk.

- Data Medical Service Srl ved avvocato T. Ugoccioni
- Bio-Development Srl ved avvocati E. D'Amico og T. Ugoccioni
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato S. Varone
- Europa-Kommissionen ved G. Conte og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

### Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, litra c), og artikel 37 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) og af artikel 1, stk. 8, første afsnit, og artikel 55 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 Denne anmodning er indgivet i forbindelse med en tvist mellem Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze (universitetshospitalet i Careggi, herefter »Azienda«) og Data Medical Service Srl (herefter »Data Medical Service«) vedrørende lovligheden af udelukkelsen af den førstnævnte enhed fra deltagelse i en procedure for indgåelse af en offentlig tjenesteydelseskontrakt.

### Retsforskrifter

#### *EU-retten*

- 3 Artikel 1, litra c), i direktiv 92/50 bestemte følgende:  
»[I dette direktiv forstås ved] *tjenesteydere* fysiske eller juridiske personer, herunder offentlige organer, der tilbyder udførelse af tjenesteydelser [...]«
- 4 Dette direktivs artikel 37 havde følgende ordlyd:  
»Hvis bud vedrørende en bestemt aftale forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, skal den ordregivende myndighed, inden den kan afvise sådanne bud, skriftligt anmode om sådanne oplysninger om de pågældende buds sammensætning, som den anser for relevante, og efterkontrollere denne sammensætning under hensyntagen til de modtagne forklaringer.  
Den ordregivende myndighed kan tage hensyn til begrundelser vedrørende besparelser i forbindelse med udførelsen af tjenesteydelsen, de anvendte tekniske løsninger, den bydendes usædvanligt gunstige betingelser for at levere tjenesteydelsen eller den bydendes projekts originalitet.  
Hvis ordren ifølge udbudsbetingelserne tildes på grundlag af det laveste bud, skal den ordregivende myndighed give Kommissionen meddelelse om afvisning af bud, som den finder for lave.«

5 Det angives i første betragtning til direktiv 2004/18, at der med dette direktiv for klarhedens skyld foretages en omarbejdning til én samlet tekst af de tidligere direktiver, der har været gældende på området for offentlige tjenesteydelseskontrakter, offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, og at direktivet er baseret på Domstolens retspraksis.

6 Fjerde betragtning til det nævnte direktiv har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne bør sørge for, at det forhold, at et offentligretligt organ afgiver tilbud i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke forårsager konkurrenceforvridning i forhold til private tilbudsgivere.«

7 Samme direktivs artikel 1, stk. 8, første og andet afsnit, fastsætter følgende:

»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.«

8 Artikel 55 i direktiv 2004/18, som har overskriften »Unormalt lave tilbud«, er affattet således:

»1. Hvis tilbud vedrørende en bestemt kontrakt forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, skal den ordregivende myndighed, inden den kan afvise sådanne tilbud, skriftligt anmode om sådanne oplysninger om de pågældende tilbuds sammensætning, som den anser for relevante.

Disse oplysninger kan især omhandle

- a) besparelser i forbindelse med byggemetoden, produktionsmetoden for varerne eller udførelsen af tjenesteydelserne
- b) de anvendte tekniske løsninger og/eller tilbudsgiverens usædvanligt gunstige betingelser for at udføre arbejdet eller for at levere varerne eller tjenesteydelserne
- c) originaliteten af de af tilbudsgiveren tilbudte arbejder, varer eller tjenesteydelser
- d) overholdelsen af bestemmelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og arbejdsforhold i øvrigt, der gælder på det sted, hvor ydelsen skal præsteres
- e) eventuel statsstøtte til tilbudsgiveren.

2. Den ordregivende myndighed undersøger, efter at have konsulteret tilbudsgiveren, tilbuddets sammensætning under hensyntagen til de begrundelser, der er givet.

3. Hvis en ordregivende myndighed fastslår, at et tilbud er unormalt lavt, fordi tilbudsgiveren har modtaget statsstøtte, kan tilbuddet kun afvises med denne ene begrundelse, hvis den ordregivende myndighed konsulterer tilbudsgiveren, og denne inden for en tilstrækkelig frist, som fastsættes af den ordregivende myndighed, ikke kan godtgøre, at den pågældende støtte er tildelt på lovlige vis. Hvis den ordregivende myndighed afviser et tilbud under disse omstændigheder, underretter den Kommissionen herom.«

*Italiensk ret*

- 9 Det fremgår af artikel 3 i decreto legislativo n. 502 Riordino della disciplina in materia sanitaria (lovdekret nr. 502 om en reform på sundhedsområdet) af 30. december 1992 (almindeligt tillæg til GURI nr. 305 af 30.12.1992), således som fortolket af Corte costituzionale (Italiens forfatningsdomstol), at sundhedsinstitutionerne er offentlige økonomiske foretagender, som »udfører deres opgaver, der i alt væsentligt er af teknisk karakter, i den retlige form af offentlige foretagender, der er tildelt erhvervmæssig uafhængighed, på grundlag af de generelle instrukser, der er indeholdt i de regionale sundhedsplaner, og de gennemførelsesinstrukser, som Giunte regionali (regionsrådene) pålægger dem«.
- 10 Dette dekrets artikel 3, stk. 1a, har følgende ordlyd:
- »De lokale sundhedsenheder oprettes under hensyn til varetagelsen af deres institutionelle formål som foretagender, der er tildelt offentligretlig juridisk personlighed og erhvervmæssig uafhængighed. Deres organisering og drift reguleres af en privatretlig atto aziendale [retsakt, der definerer ansvaret i administrationen af foretagendet, navnlig i budgetmæssig henseende], under overholdelse af de principper og kriterier, der er fastsat ved de regionale bestemmelser. Atto aziendale definerer de operationelle strukturer, der er tildelt ledelsesmæssig og teknisk-erhvervmæssig uafhængighed, og som er forpligtede til at foretage en detaljeret regnskabsaflæggelse.«
- 11 Direktiv 92/50 blev gennemført i italiensk ret ved lovdekret nr. 157 af 17. marts 1995 (almindeligt tillæg til GURI nr. 104 af 6.5.1995).
- 12 Dette dekrets artikel 2, stk. 1, har følgende ordlyd:
- »Som ordregivende myndigheder anses statsforvaltningerne, regionerne, de selvstyrende provinser Trente og Bolzano, de territoriale offentlige enheder, andre offentlige enheder, som ikke har gevinst for øje, og de offentligretlige organer uanset disses betegnelse«.
- 13 Det nævnte dekrets artikel 5, stk. 2, litra h), bestemmer, at dekretet ikke finder anvendelse på: »offentlige tjenesteydelseskontrakter, som tildeles en offentlig enhed, der selv er en ordregivende myndighed i den i artikel 2 fastsatte betydning, på grundlag af en eksklusiv rettighed, der er tildelt denne enhed i henhold til lovbestemmelser eller administrative bestemmelser, på betingelse af, at disse foranstaltninger er forenelige med traktaten.«
- 14 Direktiv 2004/18 blev gennemført i italiensk ret ved lovdekret nr. 163/2006 af 12. april 2006 (almindeligt tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.2006), som kodificerer reglerne på området for offentlige udbud.
- 15 Dette dekrets artikel 19, stk. 2, fastsætter følgende:
- »Denne lov finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter, som en ordregivende myndighed eller en ordregivende offentlig enhed tildeler en anden ordregivende myndighed eller en sammenslutning af ordregivende myndigheder, på grundlag af en eksklusiv rettighed, der er tildelt disse i henhold til bekendtgjorte lovbestemmelser eller administrative bestemmelser, på betingelse af, at disse bestemmelser er forenelige med traktaten.«

16 Det nævnte dekrets artikel 34, stk. 1, udpeger de personer, der er beføjede til at deltage i procedurerne for tildeling af offentlige kontrakter, og er affattet således:

»Med forbehold af de begrænsninger, der er udtrykkeligt angivet, har de følgende personer adgang til at deltage i procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter:

- a) individuelle entreprenører, herunder håndværkere, kommercielle selskaber og andelsselskaber
  - b) konsortier af produktions- og arbejdsandelsselskaber [...] såvel som konsortier af håndværksvirksomheder [...]
  - c) konstituerede konsortier, herunder i form af konsortiumselskaber som omhandlet i den civile lovbogs artikel 2615b, mellem individuelle entreprenører, herunder håndværkere, kommercielle selskaber og produktions- og arbejdsandelsselskaber i henhold til bestemmelserne i artikel 36
  - d) midlertidige sammenslutninger af konkurrenter, som består af de personer, der er nævnt i litra a), b) og c) [...]
  - e) almindelige konsortier af konkurrenter, der er nævnt i den civile lovbogs artikel 2602, som består af de personer, der er nævnt i litra a), b), og c), i dette stykke, herunder i selskabsform som omhandlet i den civile lovbogs artikel 2615b [...]
  - ea) virksomhedssammenslutninger, der indgår en netværkskontrakt som omhandlet i artikel 3, stk. 4b, i lovdekret nr. 5 af 10. februar 2009 [...]
  - f) personer, som indgår i en europæisk økonomisk firmagrube (EØFG) som omhandlet i lovdekret nr. 240 af 23. juli 1991 [...]
  - fa) økonomiske aktører som omhandlet i artikel 3, stk. 22, der er etableret i andre medlemsstater og oprettet i overensstemmelse med den gældende lovgivning i deres respektive lande.«
- 17 Litra fa) blev indføjet i artikel 34, stk. 1, i lovdekret nr. 163/2006 med vedtagelsen af lovdekret nr. 152 af 11. september 2008 (almindeligt tillæg til GURI nr. 231 af 2.10.2008) som følge af en overtrædelsesprocedure iværksat mod Den Italienske Republik af Kommissionen, hvilken havde fremhævet, at direktiverne på området for offentlige udbud ikke gav hjemmel til at begrænse muligheden for at deltage i udbud for visse kategorier af økonomiske aktører.
- 18 Artikel 86-88 i lovdekret nr. 163/2006 fastsætter mekanismerne til kontrol af, om et bud er unormalt lavt, på grundlag af hvilke den ordregivende myndighed kan beslutte at udelukke en tilbudsgiver fra proceduren for tildeling af den omhandlede kontrakt.

### **Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

- 19 Regione Lombardia (regionen Lombardiet) iværksatte ved en bekendtgørelse, der blev offentliggjort den 5. oktober 2005, en udbudsprocedure med henblik på tildeling – ud fra kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud – af en treårig tjenesteydelse vedrørende databehandling til brug for ekstern vurdering af lægemidler. Azienda, som er hjemmehørende og udøver sin virksomhed i regionen Toscana, deltog i dette udbud og blev klassificeret som nr. 1, hovedsagelig under hensyntagen til den pris, til hvilken selskabet tilbød sine tjenesteydelser, som lå ca. 59% under prisen fra den næstbedst klassificerede tilbudsgiver, Data Medical Service. I forlængelse af kontrollen af, om dette bud eventuelt var unormalt lavt, blev kontrakten ved Regione Lombardias afgørelse af 26. maj 2006 tildelt Azienda.

- 20 Data Medical Service indbragte afgørelsen om tildeling af kontrakten for Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regionen Lombardiets forvaltningsret), idet selskabet gjorde gældende, at den valgte tilbudsgiver burde være blevet udelukket med den begrundelse, at et offentligt foretagende i henhold til gældende lovgivning ikke kunne deltage i et udbud, og at den valgte tilbudsgivers økonomiske bud under alle omstændigheder var unormalt lavt i betragtning af omfanget af den tilbudte rabat.
- 21 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia tiltrådte ved dom af 24. november 2006 det først anførte anbringende. Idet denne ret støttede sig på en sammenhængende læsning af artikel 5, stk. 2, litra h), i lovdekret nr. 157/1995 og af artikel 19 og 34 i lovdekret nr. 163/2006, fandt den, at selv om disse to sidstnævnte bestemmelser ikke fandt tidsmæssig anvendelse i den foreliggende sag, gælder der et formelt forbud for offentlige foretagender såsom Azienda mod at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter, idet disse foretagender kun på bestemte betingelser kan være berettigede til en direkte tildeling af en kontrakt. Azienda kunne således ikke i sin egenskab af et offentligt organ, der udelukkende var udset til at administrere Firenzes offentlige hospital, optræde på frie konkurrencevilkår med privatpersoner.
- 22 Azienda iværksatte appel til prøvelse af denne dom ved Consiglio di Stato, som er den øverste forvaltningsdomstol i Italien.
- 23 Denne ret har indledningsvis bemærket, at Azienda til trods for, at den omhandlede kontrakt i mellemtiden er blevet fuldt gennemført, stadig har en interesse i, at selskabets ret til at deltage i offentlige udbud anerkendes.
- 24 Consiglio di Stato har dernæst bemærket, at det første spørgsmål, der rejser sig i den foreliggende sag, er spørgsmålet om den eksakte definition af begrebet »økonomisk aktør« i den i EU-retten fastsatte betydning og muligheden for at inkludere et offentligt universitetshospital heri. Med hensyn til karakteren af disse foretagender i forbindelse med »aziendalizzazione«-processen, dvs. overgangen til en erhvervs-mæssig model, har Consiglio di Stato fremhævet, at denne proces har ført til omdannelsen af de eksisterende »lokale sundhedsenheder«, der oprindeligt var forvaltninger, som virkede på kommunalt niveau, til foretagender, der er tildelt juridisk personlighed og erhvervs-mæssig uafhængighed, nemlig organisatorisk, økonomisk, regnskabsmæssig og ledelsesmæssig uafhængighed, hvilket har ført til, at en del af den nationale juridiske litteratur og retspraksis har kvalificeret de offentlige sundhedsenheder, herunder hospitalerne, som »offentlige økonomiske foretagender«. Disse foretagenders offentlige karakter er imidlertid indiskutabel. Deres virksomhed har hovedsageligt ikke gevinst for øje, og de råder over administrative beføjelser i snæver forstand, navnlig på området for inspektioner og sanktioner.
- 25 Consiglio di Stato betvivler, at der under disse omstændigheder stadig er grundlag for at hævde – således som Tribunal Amministrativo Regionale per la Lombardia gjorde det – at der i italiensk ret eksisterer et kategorisk forbud for sådanne foretagender, i deres egenskab af offentlige økonomiske foretagender, mod at deltage i udbud som »almindelig konkurrent«. Consiglio di Stato har i den forbindelse henvist til Domstolens praksis, navnlig domme ARGE (C-94/99, EU:C:2000:677), CoNISMA (C-305/08, EU:C:2009:807) og Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817), hvoraf det fremgår, at enhver enhed, der anser sig for egnet til at varetage gennemførelsen af en offentlig kontrakt, har ret til at indgå en sådan, uafhængigt af dens status og af, om den er privatretlig eller offentligretlig.
- 26 Denne retspraksis følges af en stor del af de italienske retsinstanser, som desuden har fremhævet, at den opregning, der fremgår af artikel 34 i lovdekret nr. 163/2006, ikke kan anses for begrænsende. Consiglio di Stato er af den opfattelse, at denne praksis fra EU's retsinstanser og fra de nationale retter er til hinder for, at artikel 5, stk. 2, litra b), i lovdekret nr. 157/1995 og artikel 34 i lovdekret nr. 163/2006 fortolkes således, at de på forhånd udelukker et hospital fra at deltage i et udbud. Et sådant principielt forbud er således ikke længere begrundet.

- 27 Dette indebærer dog ikke, at sådanne foretagender ubetinget skal tillades at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter. Ifølge Consiglio di Stato har den samme retspraksis i denne henseende udledt to begrænsninger, hvor den første er, at den virksomhed, som det pågældende udbud angår, skal tjene til opfyldelsen af det pågældende offentlige organs institutionelle formål, og den anden er, at der ikke findes nogen national særregel, som forbyder denne virksomhed, navnlig på grund af en eventuel konkurrenceforvridende virkning.
- 28 Hvad angår den første begrænsning finder Consiglio di Stato, at de offentlige hospitaler – og så meget desto mere når de er universitetshospitaler – også udfører betydelige undervisnings- og forskningsaktiviteter, som er institutionelle formål, i forhold til hvilke der er grundlag for at hævde, at de stemmer overens med den tjenesteydelse, der er omfattet af det omhandlede udbud i den sag, som er blevet indbragt for denne domstol, nemlig databehandling. Med hensyn til den anden begrænsning finder Consiglio di Stato, at en adgang for et organ, der modtager offentlig finansiering, til frit at deltage i et udbud rejser problemet med ligebehandling af forskelligartede konkurrenter: på den ene side dem, der skal agere på markedet, og på den anden side dem, der også kan regne med offentlig finansiering og således er i stand til at afgive bud, som ingen privatretlig person nogensinde ville have kunnet afgive. Følgelig skal der søges korrigerende mekanismer, som kan udligne den oprindelige ubalance mellem de forskellige økonomiske aktører, hvilke mekanismer bør gå videre end procedurerne for kontrol af, om buddene eventuelt er unormalt lave.
- 29 Consiglio di Stato har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er artikel 1 i direktiv 92/50, også i lyset af den senere vedtagne artikel 1, stk. 8, i direktiv 2004/18, til hinder for en national bestemmelse, som kan fortolkes således, at [Azienda] i sin egenskab af hospital med karakter af offentligt økonomisk foretagende skal udelukkes fra at deltage i udbudsprocedurer?
- 2) Er EU-lovgivningen vedrørende offentlige kontrakter – og navnlig de generelle principper om fri konkurrence, om forbud mod forskelsbehandling og om proportionalitet – til hinder for en national bestemmelse, som tillader, at en aktør (såsom [Azienda]), som regelmæssigt modtager offentlige tilskud, og som direkte har fået tildelt leveringen af offentlige sundhedstjenesteydelser, på baggrund af denne situation kan nyde godt af en afgørende konkurrencefordel i forhold til andre økonomiske aktører – hvilket bekræftes af omfanget af den tilbudte prisnedsættelse – uden at der samtidig indføres korrigerende foranstaltninger for at udelukke en sådan konkurrenceforvridning?«

## Om de præjudicielle spørgsmål

### *Det første spørgsmål*

- 30 Dette spørgsmål udspringer af den tvivl, som den forelæggende ret har givet udtryk for med hensyn til, om den gældende italienske lovgivning – når den fortolkes således, at den rummer et generelt forbud, der forhindrer alle offentlige foretagender, herunder følgelig de offentlige universitetshospitaler såsom Azienda, i at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter – kan anses for at være i overensstemmelse med Domstolens relevante praksis på området for offentlige udbud.
- 31 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, litra c), i direktiv 92/50 er til hinder for en national lovgivning, der udelukker et offentligt hospital såsom det i hovedsagen omhandlede fra at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter på grund af dets egenskab af offentligt økonomisk foretagende.

- 32 Det skal indledningsvis påpeges, at selv om det af den forelæggende ret forelagte spørgsmål henviser til både artikel 1, litra c), i direktiv 92/50 og artikel 1, stk. 8, første afsnit, i direktiv 2004/18, er det i hovedsagen omhandlede udbud dog tidsmæssigt reguleret af direktiv 92/50. Det fremgår således af denne doms præmis 19, at Regione Lombardia iværksatte den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure ved en bekendtgørelse, der blev offentliggjort den 5. oktober 2005. I henhold til artikel 80 og 82 i direktiv 2004/18 ophævede dette direktiv imidlertid først direktiv 92/50 med virkning fra den 31. januar 2006. Proceduren for indgåelse af den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt er således reguleret af de retsregler, der var i kraft på datoen for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen.
- 33 Det skal dernæst bemærkes, at muligheden for offentlige organers deltagelse i offentlige udbud, parallelt med private økonomiske aktørers deltagelse, allerede klart fremgår af ordlyden af artikel 1, litra c), i direktiv 92/50, ifølge hvilken [der ved] »tjenesteydere« [i dette direktiv forstås] fysiske eller juridiske personer, herunder offentlige organer, der tilbyder udførelse af tjenesteydelser. I øvrigt anerkendte Domstolen en sådan mulighed for deltagelse i dom Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, præmis 51), hvilken mulighed er blevet gentaget i de senere domme ARGE (EU:C:2000:677, præmis 40), CoNISMa (EU:C:2009:807, præmis 38) og Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (EU:C:2012:817, præmis 26).
- 34 Domstolen har i den forbindelse ligeledes fremhævet, at et af formålene med EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter er at skabe så bred konkurrence som muligt (jf. i denne retning dom Bayerischer Rundfunk m.fl., C-337/06, EU:C:2007:786, præmis 39), hvilket ligeledes er i den pågældende ordregivende myndigheds egen interesse, som således har flere valgmuligheder hvad angår det mest fordelagtige bud og det bedst egnede til at opfylde den relevante offentligheds behov. En indskrænkende fortolkning af begrebet »økonomisk aktør« ville medføre, at kontrakter indgået mellem ordregivende myndigheder og organer, der ikke i det væsentlige handler med gevinst for øje, ikke kunne anses for »offentlige kontrakter« og således kunne indgås under hånden, hvorved de ikke ville være omfattet af de EU-retlige bestemmelser om ligebehandling og gennemsigtighed i strid med disse bestemmelsers formål (jf. i denne retning dom CoNISMa, EU:C:2009:807, præmis 37 og 43).
- 35 Domstolen har således konkluderet, at det følger af såvel EU-bestemmelserne som af retspraksis, at enhver person eller enhed, der i betragtning af betingelserne fastsat i udbudsbekendtgørelsen finder sig egnet til at sikre udførelsen af denne kontrakt, uagtet den pågældendes status som offentligretlig eller privatretlig, kan være tilbudsgiver eller ansøger, ligesom det er uden betydning, om den pågældende er permanent aktiv på markedet, eller om den kun handler i enkelte tilfælde (jf. i denne retning dom CoNISMa, EU:C:2009:807, præmis 42).
- 36 Desuden kan medlemsstaterne, som det fremgår af affattelsen af artikel 26, stk. 2, i direktiv 92/50, ganske vist bemyndige visse kategorier af økonomiske aktører til at levere visse ydelser. Medlemsstaterne kan fastsætte regler for aktiviteterne for enheder som universiteter og forskningsinstitutter, der ikke forfølger et formål med gevinst for øje, og hvis formål hovedsageligt vedrører undervisning og forskning. De kan navnlig tillade eller nægte sådanne enheder at virke på markedet, alt efter om den pågældende aktivitet er forenelig med deres institutionelle og vedtægtsmæssige formål. Såfremt og for så vidt som disse enheder er berettiget til at tilbyde visse tjenesteydelser mod vederlag på markedet, selv lejlighedsvis, kan medlemsstaterne imidlertid ikke forbyde dem at deltage i procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter om leveringen af de samme tjenesteydelser. Et sådant forbud ville nemlig ikke være foreneligt med artikel 1, litra a) og c), i direktiv 92/50 (jf. hvad angår de tilsvarende bestemmelser i direktiv 2004/18, dom CoNISMa, EU:C:2009:807, præmis 47-49, og Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., EU:C:2012:817, præmis 27).
- 37 Som angivet af den italienske regerings repræsentant under retsmødet for Domstolen, er det tilladt de offentlige universitetshospitaler såsom det i hovedsagen omhandlede – i egenskab af »offentlige økonomiske foretagender«, ifølge deres kvalificering på det nationale niveau – at virke mod vederlag på markedet inden for de sektorer, der er forenelige med deres institutionelle og vedtægtsmæssig



opgave. I hovedsagen synes de ydelser, som er omfattet af det pågældende offentlige udbud, desuden ikke at være uforenelige med Aziendas institutionelle og vedtægtsmæssige formål. Under disse omstændigheder, som det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, kan Azienda i henhold til den praksis fra Domstolen, som der er henvist til i denne doms præmis 36, ikke hindres i at deltage i dette udbud.

- 38 Følgelig skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 1, litra c), i direktiv 92/50 er til hinder for en national lovgivning, der udelukker et offentligt hospital såsom det i hovedsagen omhandlede fra at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter på grund af dets egenskab af offentligt økonomisk foretagende, såfremt og i det omfang det er tilladt dette foretagende at virke på markedet i overensstemmelse med dets institutionelle og vedtægtsmæssige formål.

#### *Det andet spørgsmål*

- 39 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i direktiv 92/50, og navnlig de generelle principper om fri konkurrence, om forbud mod forskelsbehandling og om proportionalitet, som ligger til grund for dette direktiv, skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, der tillader et offentligt hospital såsom det i hovedsagen omhandlede at deltage i et udbud og at afgive et bud, der ikke kan imødegås af nogen konkurrence som følge af den offentlige finansiering, som dette hospital modtager, uden at der er fastsat korrigerende foranstaltninger for at forebygge de eventuelle konkurrenceforvridninger, som følger heraf.
- 40 Consiglio di Stato har i forbindelse med begrundelsen for dette spørgsmål udtrykt tvivl om, hvorvidt den kontrolprocedure for unormalt lave bud, der er omtalt i artikel 37 i direktiv 92/50, kan anses for et tilstrækkeligt middel til at forebygge sådanne konkurrenceforvridninger.
- 41 Selv om den forelæggende ret anser det for ønskeligt, at der søges korrigerende mekanismer, som kan udligne den oprindelige ubalance mellem forskelligartede økonomiske aktører, og som bør gå videre end procedurerne for kontrol af, om buddene eventuelt er unormalt lave, må det i den anledning fastslås, at EU-lovgiver – samtidig med, at den er bevidst om den forskellige karakter af de konkurrenter, der deltager i et offentligt udbud – ikke har fastsat andre mekanismer end den vedrørende kontrol og eventuel afvisning af unormalt lave bud.
- 42 Det bemærkes desuden, at de ordregivende myndigheder skal overholde principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handle på en gennemsigtig måde.
- 43 Bestemmelserne i direktiv 92/50 og Domstolens praksis giver dog ikke mulighed for på forhånd og uden yderligere undersøgelse at udelukke en tilbudsgiver fra deltagelse i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt af den grund alene, at vedkommende som følge af, at denne modtager offentlige tilskud, er i stand til at afgive bud med priser, der er væsentligt lavere end de priser, som tilbydes af de bydende, der ikke modtager tilskud (jf. i denne retning domme ARGE, EU:C:2000:677, præmiss 25-27, og CoNISMa, EU:C:2009:807, præmis 34 og 40).
- 44 Under visse særlige omstændigheder skal eller i det mindste kan den ordregivende myndighed imidlertid tage hensyn til, at der er tale om tilskud, og navnlig om støtte, der ikke er i overensstemmelse med traktaten, og i givet fald udelukke de bydende, der modtager en sådan støtte eller et sådant tilskud (jf. i denne retning domme ARGE, EU:C:2000:677, præmis 29, og CoNISMa, EU:C:2009:807, præmis 33).
- 45 I den forbindelse kan den omstændighed, at det pågældende offentlige foretagende råder over et separat regnskab for de aktiviteter, som det udøver på markedet, og sine øvrige aktiviteter, som Kommission har bemærket under retsmødet for Domstolen, give mulighed for at kontrollere, om et

bud er unormalt lavt som følge af et element af statsstøtte. Den ordregivende myndighed kan dog ikke ud fra fraværet af en sådan regnskabsadskillelse konkludere, at et sådant bud er blevet muliggjort gennem opnåelsen af et tilskud eller en statsstøtte, der ikke er i overensstemmelse med traktaten.

- 46 Det skal yderligere fremhæves, at det fremgår af ordlyden af artikel 37, stk. 1 og 3, i direktiv 92/50, at muligheden for at afvise et unormalt lavt bud ikke begrænser sig til det tilfælde alene, hvor den lave pris, der tilbydes i dette bud, er begrundet i opnåelsen af en statsstøtte, der er ulovlig eller uforenelig med det indre marked. Denne mulighed har således en mere generel karakter.
- 47 Dels følger det af ordlyden af denne bestemmelse, at den ordregivende myndighed ved kontrollen af, om et bud er unormalt lavt, er undergivet en forpligtelse til at anmode ansøgeren om at fremlægge de fornødne bevisligheder for at godtgøre, at dennes tilbud er seriøst (jf. i denne retning dom SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 28).
- 48 Det er således et grundlæggende krav i henhold til direktiv 92/50, at der på et hensigtsmæssigt tidspunkt i proceduren for kontrol af buddene finder en faktisk drøftelse sted mellem den ordregivende myndighed og ansøgeren, for at sidstnævnte kan godtgøre, at der er tale om et seriøst bud, med henblik på at undgå vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side og for at sikre en sund konkurrence mellem virksomhederne (jf. i denne retning dom SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 29).
- 49 Dels skal det bemærkes, at artikel 37 i direktiv 92/50 ikke rummer nogen definition af begrebet »unormalt lavt bud«. Det tilkommer således medlemsstaterne og navnlig de ordregivende myndigheder at fastlægge en metode til beregning af en tærskel for, hvornår der foreligger et »unormalt lavt bud« som omhandlet i denne artikel (jf. i denne retning dom Lombardini og Mantovani, C-285/99 og C-286/99, EU:C:2001:640, præmis 67).
- 50 EU-lovgiver har dog i denne bestemmelse præciseret, at den unormalt lave karakter af et bud skal vurderes »i forhold til ydelsen«. Den ordregivende myndighed kan således i forbindelse med sin kontrol af, om et bud er unormalt lavt, med henblik på sikre en sund konkurrence tage hensyn til ikke blot de forhold, der er angivet i artikel 37, stk. 2, i direktiv 92/50, men tillige alle de relevante omstændigheder i forhold til den omhandlede ydelse (jf. i denne retning dom SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 29 og 30).
- 51 Følgelig skal det andet spørgsmål besvares med, at bestemmelserne i direktiv 92/50, og navnlig de generelle principper om fri konkurrence, om forbud mod forskelsbehandling og om proportionalitet, som ligger til grund for dette direktiv, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning, der tillader et offentligt hospital såsom det i hovedsagen omhandlede, der deltager i et udbud, at afgive et bud, der ikke kan imødegås af nogen konkurrence som følge af den offentlige finansiering, som dette hospital modtager. I forbindelse med kontrollen på grundlag af dette direktivs artikel 37 af, om et bud er unormalt lavt, kan den ordregivende myndighed dog tage hensyn til, om et sådant foretagende modtager en offentlig finansiering, i forhold til muligheden for at afvise dette bud.

### **Sagens omkostninger**

- 52 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parter 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:

- 1) Artikel 1, litra c), i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler er til hinder for en national lovgivning, der udelukker et offentligt hospital såsom det i hovedsagen omhandlede fra at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter på grund af dets egenskab af offentligt økonomisk foretagende, såfremt og i det omfang det er tilladt dette foretagende at virke på markedet i overensstemmelse med dets institutionelle og vedtægtsmæssige formål.
- 2) Bestemmelserne i direktiv 92/50, og navnlig de generelle principper om fri konkurrence, om forbud mod forskelsbehandling og om proportionalitet, som ligger til grund for dette direktiv, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning, der tillader et offentligt hospital såsom det i hovedsagen omhandlede, der deltager i et udbud, at afgive et bud, der ikke kan imødegås af nogen konkurrence som følge af den offentlige finansiering, som dette hospital modtager. I forbindelse med kontrollen på grundlag af dette direktivs artikel 37 af, om et bud er unormalt lavt, kan den ordregivende myndighed dog tage hensyn til, om et sådant foretagende modtager en offentlig finansiering, i forhold til muligheden for at afvise dette bud.

Underskrifter