



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

19. juni 2014*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige tjenesteydelseskontrakter — direktiv 2004/18/EF — tildeling af kontrakten uden indledning af en udbudsprocedure (en såkaldt tildeling »in house«) — ordremotageren juridisk forskellig fra den ordregivende myndighed — center for levering af assistancetjenester og hospitalsydelser — almenyttig sammenslutning, der arbejder uden gevinst for øje — flertallet af deltagerne er ordregivende myndigheder — mindretallet af deltagerne er private velgørende organisationer, der arbejder uden gevinst for øje — mindst 80% af den udførte virksomhed udføres for deltagerne«

I sag C-574/12,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF indgivet af Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) ved afgørelse af 6. november 2012, indgået til Domstolen den 7. december 2012, i sagen:

Centro Hospitalar de Setúbal EPE,

Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)

mod

Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda,

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:

- Centro Hospitalar de Setúbal EPE ved advogados M. Real Martins og S. Alves Ribeiro
- Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) ved advogada M. Claro

* Processprog: portugisisk.

— Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda ved advogada M. Lucas Rodrigues
— den portugisiske regering ved L. Inez Fernandes og A. Navegas, som befuldmægtigede
— den spanske regering ved M. J. García-Valdecasas Dorrego, som befuldmægtiget
— Europa-Kommissionen ved M. Afonso samt ved A. Tokár og M. Noll-Ehlers, som befuldmægtigede,
og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 27. februar 2014,
afsagt følgende

Dom

- 1 Den forelæggende ret har med sin anmodning om præjudiciel afgørelse bedt Domstolen om at præcisere sin praksis vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter med såkaldte tildelinger »in house« uden anvendelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 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 blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Centro Hospitalar de Setúbal EPE (herefter »Centro Hospitalar«) og Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (hospitalernes fælles servicecenter, herefter »SUCH«), på den ene side, og Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (herefter »Eurest«), på den anden side, vedrørende lovligheden af indgåelsen af en offentlig kontrakt, som Centro Hospitalar direkte tildelte SUCH.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2004/18

- 3 Direktiv 2004/18 fastlægger de lovgivningsmæssige rammer, som finder anvendelse på kontrakter, der indgås af ordregivende myndigheder.
- 4 Fjerde betragtning til direktivet 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.«
- 5 Samme direktivs artikel 1, der har 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.«

6 Direktivets artikel 1, stk. 8, bestemmer:

»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.

[...]«

7 Artikel 1, stk. 4, indeholder en detaljeret beskrivelse 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 direktiv 2004/18.

8 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 tjenesteydelseskontrakter fastsat til 193 000 EUR ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1177/2009 af 30. november 2009 (EUT L 314, s. 64).

9 Artikel 20 i direktiv 2004/18, som er indeholdt i direktivets afsnit II, fastsætter i kapitel III med overskriften »Ordninger gældende for offentlige tjenesteydelseskontrakter«:

»Kontrakter, der vedrører de i bilag II A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 23-55.«

10 Direktivets artikel 21, som er indeholdt i samme kapitel III i direktivet, er affattet således:

»Kontrakter, der vedrører de i bilag II B anførte tjenesteydelser, er udelukkende underlagt artikel 23 og artikel 35, stk. 4.«

11 I bilag II B i direktiv 2004/18, under kategori 17, fremgår »Hotel- og restaurationstjenesteydelser«.

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

12 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).

13 Domstolen har ligeledes fastslået, at den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder udelukker, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en mindretalsandel, eftersom private investeringer i virksomheder styres af

overvejelser, som tjener private interesser og forfølger formål af en anden karakter end dem, der forfølges af en offentlig myndighed (jf. dom Stadt Halle og RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, præmis 49 og 50).

Portugisisk ret

- 14 Direktiv 2004/18 blev gennemført i portugisisk ret ved lov om offentlige kontrakter, som stadfæstet ved lovdekret nr. 18/2008 af 29. januar 2008, som ændret og offentliggjort på ny ved lovdekret nr. 287/2009 af 2. oktober 2009 (Diário da República, 1. serie, nr. 192 af 2.10.2009, herefter »udbudsloven«).
- 15 Under henvisning til Domstolens praksis, som også er gengivet i nærværende doms præmis 12 og 13, har udbudslovens artikel 5, stk. 2, følgende ordlyd:

»Denne lovs del II finder heller ikke anvendelse på kontrakter, som ordregivende enheder, uafhængigt af deres genstand, indgår med en anden enhed, forudsat at

- a) den ordregivende enhed, selv eller sammen med andre ordregivende enheder, fører en kontrol med den sidstnævnte enhed, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og
- b) den nævnte enhed udfører hovedparten af sin virksomhed til fordel for en eller flere af de ordregivende enheder, som fører en kontrol med den som omhandlet i ovenstående litra.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 16 Centro Hospitalar, et offentligt hospital, indgik den 27. juli 2011 en aftale med SUCH om sidstnævntes levering af mad til patienter og personale på Centro Hospitalar (herefter »protokollen af 2011«). Denne protokol vedrører en tjenesteydelseskontrakt, som blev tildelt SUCH direkte uden anvendelse af de i direktiv 2004/18 fastlagte udbudsprocedurer – ifølge de kontraherende parter henset til »in house«-forholdet mellem SUCH og de offentlige hospitaler, som er blandt deltagerne – med det formål at opfylde sidstnævntes behov internt.
- 17 Protokollen af 2011 omfatter perioden fra den 10. august 2011 til den 9. august 2016 med mulighed for forlængelse. Det årlige beløb var på 1 295 289 EUR, og det samlede beløb på i alt 6 476 445 EUR for kontraktens varighed på fem år.
- 18 Således som det fremgår af de sagsakter, der er blevet indgivet til Domstolen, blev SUCH oprettet ved dekret nr. 46/668 af 24. november 1965. Sammenslutningens vedtægter blev i oktober 2010 godkendt af statssekretæren for sundhed. SUCH er i henhold til vedtægternes artikel 2 en sammenslutning, der arbejder uden gevinst for øje og har til formål at udføre en offentlig tjenesteydelsesopgave. Den udgør et instrument til selvforvaltning af deltagernes behov, hvorved den er pålagt en forpligtelse til for egen regning at tage de initiativer, der kan medvirke til, at deltagernes funktionsmåde bliver mere smidig og effektiv ved at sikre stordriftsfordele og således bidrage til Serviço Nacional de Saúde's økonomiske rentabilitet.
- 19 I henhold til ordlyden af artikel 7 i SUCH's vedtægter kan deltagerne bestå af enheder, der henhører under både den offentlige og den sociale sektor, dvs. institutioner, der udøver frivilligt samfundsarbejde, og som arbejder uden gevinst for øje, herunder sundhedsministeriets tjenestegrene og institutioner samt andre ministerier. Derudover skal SUCH sikre, at flertallet af stemmerettighederne på generalforsamlingen tilhører de offentlige deltagere, som er underlagt det ansvarlige regeringsmedlem for sundhedsområdets ledelse, tilsyn og kontrol.

- 20 Artikel 5 i SUCH's vedtægter fastsætter desuden, at SUCH kan levere tjenesteydelser inden for rammerne af en konkurrence- og markedsordning til ikke-deltagende offentlige enheder eller til nationale eller udenlandske private enheder, forudsat at dette ikke er til skade for dens deltagere og er til fordel for SUCH og dens deltagere såvel økonomisk som med hensyn til teknologisk udnyttelse. Levering af sådanne ydelser skal dog være af underordnet karakter i forbindelse med SUCH's virksomhed og må ikke udgøre mere end 20% af dens samlede årlige omsætning.
- 21 På tidspunktet for indgåelsen af protokollen af 2011 havde SUCH 88 deltagere, herunder CHS samt 23 private institutioner, der udøver frivilligt samfundsarbejde, der alle arbejder uden gevinst for øje, og hvoraf 20 var velgørende institutioner (»misericórdias«).
- 22 Eurest, et selskab, som driver virksomhed med levering af tjenester som dem, protokollen af 2011 vedrører, anlagde sag med påstand om annullation af protokollen ved Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada. Ved dom af 30. januar 2012 erklærede denne ret protokollen af 2011 for ugyldig, idet der ikke består noget kontrolforhold mellem Centro Hospitalar og SUCH, som kan begrunde indgåelsen af den pågældende kontrakt ved direkte tildeling.
- 23 Denne ret henviste i denne forbindelse til en dom fra Tribunal de Contas, som fastslog, at antallet af SUCH's ikke-offentlige deltagere, dens vide autonomi og uafhængighed i forhold til de offentlige myndigheder, dynamikken i dens bestyrelses konkrete funktion og den omstændighed, at SUCH har en stor og kompleks virksomhedsorganisation, til trods for de ændringer, der var indført i SUCH's vedtægter, ikke gjorde det muligt at antage, at betingelserne i artikel 5, stk. 2, i lov om offentlige kontrakter var opfyldt. Denne dom blev stadfæstet af Tribunal de Contas' plenum i dom af 3. juli 2012.
- 24 Centro Hospitalar og SUCH iværksatte appel til prøvelse af Tribunal Administrativo e Fiscal de Almadás dom ved Tribunal Central Administrativo do Sul, som ved dom af 26. april 2012 forkastede denne appel og stadfæstede den appellerede dom, idet den lagde Tribunal de Contas' begrundelse i ovennævnte dom til grund. Centro Hospitalar og SUCH har herefter iværksat revisionsanke ved Supremo Tribunal Administrativo, idet de har gentaget deres argumentation vedrørende eksistensen af et internt forhold mellem SUCH og de offentlige hospitaler, som udgør flertallet af SUCH's deltagere.
- 25 Supremo Tribunal Administrativo (den øverste forvaltningsret) for hvem revisionsankerne er indbragt, har anført, at et offentligt hospital, som Centro Hospitalar, i sin egenskab af offentligretlig juridisk person udgør en ordregivende myndighed, og at den gensidigt bebyrdende aftale, som blev indgået med SUCH – en juridisk forskellig enhed – udgør en offentlig tjenesteydelseskontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18. Med henblik på at efterprøve, om denne kontrakt kunne tildeles direkte, har den forelæggende ret bemærket, at den »tilsvarende kontrol«, der i denne henseende kræves efter Domstolens praksis, kan føres af flere ordregivende myndigheder med den ordremodtagende enhed, og at denne kontrol indebærer en beføjelse til den eller de ordregivende enheders faktiske indgreb i ikke alene den ordremodtagende enheds strategiske markedsbeslutninger, men også dens sædvanlige drift.
- 26 Den forelæggende ret har imidlertid fremhævet, at SUCH's særlige retlige karakter – eftersom sidstnævnte også blandt sine deltagere har særlige institutioner, der udøver frivilligt samfundsarbejde – rejser nye spørgsmål i lyset af Domstolens praksis efter dom Stadt Halle og RPL Lochau (EU:C:2005:5). Den forelæggende ret ønsker således oplyst, om denne retspraksis forudsætter, at en privat virksomhed, som deltager i kapitalen i et selskab, hvori den ordregivende myndighed også deltager, nødvendigvis skal arbejde med genvist for øje.
- 27 Den forelæggende ønsker ligeledes oplyst, om betingelsen vedrørende en »tilsvarende kontrol« i lyset af den kritik, som Tribunal de Contas har anført, er opfyldt i det foreliggende tilfælde, henset til antallet af ikke-offentlige deltagere i SUCH, karakteren af det tilsyn, som udøves med SUCH af de ordregivende

myndigheder, som er deltagere i SUCH, samt af de offentlige myndigheder, sammenslutningens størrelse og kompleksiteten i dens funktion samt til SUCH's eventuelle mulighed for at handle selvstændigt i forhold til de offentlige myndigheder.

- 28 Med hensyn til den anden betingelse, der er fastsat i Domstolens praksis, nemlig kravet om, at den pågældende enhed skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de ordregivende myndigheder, den kontrolleres af, har den forelæggende ret bemærket, at ordremodtageren i overensstemmelse med denne retspraksis skal fungere som en aktør, der udelukkende eller næsten udelukkende koncentrerer sig om at opfylde den eller de ordregivende offentlige enheders behov, og at enhver anden aktivitet skal være af marginal karakter. Den forelæggende ret ønsker således oplyst, om denne betingelse er opfyldt, når en enhed som SUCH har mulighed for at levere tjenesteydelser inden for rammerne af en konkurrence- og markedsordning til andre enheder, der udgør op til 20% af dens samlede årlige omsætning i det foregående regnskabsår.
- 29 På denne baggrund, og i betragtning af, at den skal træffe afgørelse som sidste instans, har Supremo Tribunal Administrativo besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er det foreneligt med Fællesskabets retspraksis om indgåelse af in house-kontrakter, at et offentligt hospital med fritagelse for den ved lov fastsatte procedure for indgåelse af den pågældende kontrakt tildeler en sammenslutning, der arbejder uden gevinst for øje, og som den deltager i og har til formål at varetage en offentlig tjenesteydelsesopgave på sundhedsområdet med henblik på dens deltageres større effektivitet, en kontrakt om levering af hospitalslevnedsmidler, som henhører under dens kompetence, og på denne måde overdrager ansvaret for sine funktioner på dette område til den pågældende sammenslutning, når ikke kun enheder, der henhører under den offentlige sektor, men også under den sociale sektor, i henhold til den nævnte sammenslutnings vedtægter kan deltage i den, og når på tildelingsdatoen de enheder, der henhørte under den sociale sektor, ud af de i alt 88 deltagere udgjorde 23 private institutioner, der udøver frivilligt samfundsarbejde (IPSS), der alle arbejdede uden gevinst for øje, og hvoraf nogle var velgørende institutioner?
 - 2) Kan den ordremodtagende enhed anses for at befinde sig i et beslutningsmæssigt underordningsforhold til dens offentlige deltagere, således at disse individuelt eller samlet udøver en kontrol, som svarer til den, de udøver over deres egne tjenestegrene, når den ordremodtagende enhed i henhold til sine vedtægter skal sikre, at majoriteten af stemmerettighederne tilhører de deltagere, som er en del af enheden, og som er omfattet af det ansvarlige regeringsmedlem for sundhedsområdets ledelse, tilsyn og kontrol, og når dens bestyrelse ligeledes for størstepartens vedkommende består af offentlige deltagere?
 - 3) Kan kravet om en »tilsvarende kontrol« anses for opfyldt i lyset af Fællesskabets retspraksis om in house-kontrakter, når den i henhold til sine vedtægter er omfattet af det ansvarlige regeringsmedlem for sundhedsområdets kontrol, som har beføjelse til at udpege bestyrelsens formand og næstformand, godkende generalforsamlingens forhandlinger om lånekontrakter, som indebærer et likvidt gælds niveau på eller over 75% af den egenkapital, der er konstateret i det foregående skatteår, godkende forhandlingerne om ændringer af vedtægterne, godkende generalforsamlingens forhandlinger om opløsning af den ordremodtagende enhed og fastlægge, hvad der skal ske med dens goder i tilfælde af opløsning?
 - 4) Giver den omstændighed, at den ordremodtagende enhed er en stor og kompleks organisation, er aktiv på hele det portugisiske område, blandt sine deltagere har størstedelen af tjenestegrene og institutionerne under Serviço Nacional de Saúde, herunder landets største hospitalscentre, har en omsætning på ca. 90 mio. EUR og en forretning, som udstrækker sig til komplekse og varierede aktivitetsområder med iøjnefaldende aktivitetsindikatorer, har over 3 300 ansatte og deltager i to

yderligere virksomhedssammenslutninger og i to handelsselskaber, mulighed for, at dens relationer med dens offentlige deltagere kan kvalificeres som intern eller som en in house-kontrakt?

- 5) Giver den omstændighed, at den ordremodtagende enhed i henhold til sine vedtægter kan levere tjenesteydelser i en konkurrenceordning til ikke-deltagende offentlige enheder eller til nationale eller udenlandske private enheder, (i) forudsat at dette ikke påfører dens deltagere nogen skade, og er til fordel for disse og for den ordremodtagende enhed, såvel økonomisk som med hensyn til berigelse og teknologisk udnyttelse, og (ii) forudsat at leveringen af disse tjenesteydelser ikke udgør en omsætning på over 20% af dens samlede årlige omsætning, der er konstateret i det foregående regnskabsår, mulighed for at anse kravet til en in house-kontrakt for opfyldt, navnlig hvad angår kravet om »hovedparten af sin virksomhed«, som er fastlagt i CCP's artikel 5, stk. 2, litra b)?
- 6) Såfremt besvarelsen af nogle af de foregående spørgsmål ikke i sig selv er tilstrækkelig til at fastslå, om kravene i CCP's artikel 5, stk. 2, er opfyldt, giver den samlede vurdering af besvareelserne, i lyset af Fællesskabets retspraksis om in house-kontrakter, da mulighed for at konkludere, at der foreligger en sådan type kontrakt?»

Om de præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkning

- 30 Det bemærkes indledningsvis, at bestemmelserne i direktiv 2004/18 i henhold til direktivets kapitel III i afsnit II finder anvendelse alt efter den omhandlede kategori af tjenesteydelser. I henhold til oplysningerne i de sagsakter, der er indgivet til Domstolen, fremgår det, at de tjenesteydelser, som protokollen af 2011 vedrører, er omfattet af bilag II B til dette direktiv.
- 31 En sådan vurdering henhører imidlertid under den forelæggende rets kompetence på grundlag af de faktiske omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, og vurderingen kan under alle omstændigheder hverken påvirke anvendelsen af direktiv 2004/18 som sådan eller anvendelsen af undtagelsen vedrørende tildelinger »in house«, hvis de betingelser, der er fastsat herom i Domstolens praksis, er opfyldt.

Det første spørgsmål

- 32 Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om den anden betingelse, der er fastsat i Domstolens praksis vedrørende en »tilsvarende kontrol«, hvorefter tildelingen af en offentlig kontrakt kan betragtes som en tildeling »in house«, og kontrakten derfor kan tildeles direkte, uden at direktiv 2004/18 finder anvendelse, er opfyldt, når den ordremodtagende enhed er en almennyttig sammenslutning, der arbejder uden gevinst for øje, og som i henhold til sammenslutningens vedtægter ikke kun består af offentlige enheder, men ligeledes private institutioner, der udøver frivilligt samfundsarbejde, og som arbejder uden gevinst for øje, når sidstnævnte institutioner på tidspunktet for tildelingen af kontrakten udgjorde en væsentlig del – om end et mindretal – af den ordregivende sammenslutnings deltagere.
- 33 I denne forbindelse bemærkes for det første, at den omstændighed, at en ordremodtagende enhed har juridisk form af en privatretlig sammenslutning og ikke arbejder med gevinst for øje, er uden relevans i forhold til anvendelsen af de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter, og derfor af Domstolens praksis om undtagelsen vedrørende tildelinger »in house«. En sådan omstændighed udelukker nemlig ikke, at den pågældende ordremodtagende enhed kan udøve en økonomisk aktivitet (jf. i denne retning domme Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, præmis 41, og CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, præmis 45).

- 34 Dernæst bemærkes, at der i det foreliggende tilfælde i det væsentlige opstår det spørgsmål, om retspraksis efter dom Stadt Halle og RPL Lochau (EU:C:2005:5) finder anvendelse, eftersom SUCH ikke er etableret som et selskab og derfor ikke råder over selskabskapital, og de deltagere i SUCH, som hidrører fra den sociale sektor, ikke er virksomheder således som defineret i denne dom.
- 35 Det skal i denne forbindelse fremhæves, at undtagelsen vedrørende tildelinger »in house« hviler på den formodning, at den offentlige myndighed i sådanne tilfælde kan anses for at anvende sine egne ressourcer for at opfylde sine opgaver med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov.
- 36 En af begrundelserne for Domstolens konklusioner i dom Stadt Halle og RPL Lochau (EU:C:2005:5) var støttet på den omstændighed, at de private enheder, som var en del af den ordremodtagende enhed, fulgte egne hensyn til private interesser, som var anderledes end de almene formål, som den ordregivende myndighed forfulgte, og ikke på de private enheders juridiske form eller deres kommercielle formål. Den ordregivende myndighed kunne af denne grund ikke udøve en kontrol over ordremodtageren, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene (jf. i denne retning dom Stadt Halle og RPL Lochau, EU:C:2005:5, præmis 49 og 50).
- 37 Henset til den omstændighed, som den forelæggende ret har henvist til, at SUCH er en sammenslutning, der arbejder uden gevinst for øje, og at de private deltagere, som tog del i denne sammenslutning på tidspunktet for tildelingen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, var private institutioner, der udøver frivilligt samfundsarbejde, og som alle arbejder uden gevinst for øje, skal det bemærkes, at den omstændighed, at Domstolen i dom Stadt Halle og RPL Lochau (EU:C:2005:5) henviste til begreber som »virksomhed« og »selskabskapital«, skyldtes de konkrete omstændigheder i den sag, der gav anledning til den nævnte dom, og ikke, at Domstolen havde til hensigt at begrænse sine konklusioner til de tilfælde, hvor kommercielle virksomheder, der har et erhvervsformål, deltager i den ordregivende enheds selskabskapital.
- 38 En anden begrundelse for Domstolens konklusioner i dom Stadt Halle og RPL Lochau (EU:C:2005:5) er, at den direkte tildeling af en kontrakt giver en privat enhed, som ejer en andel af den ordregivende enhed, en konkurrencefordel (jf. i denne retning Stadt Halle og RPL Lochau, EU:C:2005:5, præmis 51).
- 39 I hovedsagen forfølger de private deltagere i SUCH interesser og formål, der, selv om de kan anskues ud fra et samfundsnyttigt perspektiv, er af en anden art end de almene formål, der forfølges af de ordregivende myndigheder, som deltager i SUCH.
- 40 Som generaladvokaten har bemærket i punkt 37 i forslaget til afgørelse, er det desuden ikke udelukket, at de private deltagere i SUCH – på trods af deres status som institutioner, der udøver frivilligt samfundsarbejde, og som arbejder uden gevinst for øje – udøver økonomiske aktiviteter i konkurrence med andre økonomiske aktører. Den direkte tildeling af en kontrakt til SUCH kan derfor give SUCH's private deltagere en konkurrencefordel.
- 41 De betragtninger, der lå til grund for Domstolens konklusioner, og som der er redegjort for i denne doms præmis 36 og 38, finder derfor tilsvarende anvendelse under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende.
- 42 Den omstændighed, at private deltagere i den ordremodtagende enhed kun udgør et mindretal, ændrer ikke disse konklusioner (jf. i denne retning dom Stadt Halle og RPL Lochau, EU:C:2005:5, præmis 49).
- 43 Endelig bemærkes, at den omstændighed, at SUCH i henhold til sammenslutningens vedtægter kun har mulighed for at lade private enheder være deltagere, i princippet er irrelevant. Det relevante forhold i denne sag er, at SUCH ved tildelingen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt faktisk var sammensat ikke blot af offentlige deltagere, men også private enheder.

- 44 Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at når ordremodtageren af en offentlig kontrakt er en almennyttig sammenslutning, der arbejder uden gevinst for øje, og som på tidspunktet for tildelingen af denne kontrakt ikke kun består af offentlige enheder, men også af private institutioner, der udøver frivilligt samfundsarbejde, og som arbejder uden gevinst for øje, er den i Domstolens praksis fastsatte betingelse vedrørende en »tilsvarende kontrol«, således at en offentlig kontrakt kan betragtes som en tildeling »in house«, ikke opfyldt, hvorfor direktiv 2004/18 finder anvendelse.

Det andet til det sjette spørgsmål

- 45 I betragtning af svaret på det første præjudicielle spørgsmål er det ikke fornødent at besvare de øvrige spørgsmål.

Sagens omkostninger

- 46 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 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:

Når ordremodtageren af en offentlig kontrakt er en almennyttig sammenslutning, der arbejder uden gevinst for øje, og som på tidspunktet for tildelingen af denne kontrakt ikke kun består af offentlige enheder, men også af private institutioner, der udøver frivilligt samfundsarbejde, og som arbejder uden gevinst for øje, er den i Domstolens praksis fastsatte betingelse vedrørende en »tilsvarende kontrol«, således at en offentlig kontrakt kan betragtes som en tildeling »in house«, ikke opfyldt, hvorfor Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter finder anvendelse.

Underskrifter