



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOZZI
föredraget den 27 februari 2014¹

Mål C-574/12

**Centro Hospitalar de Setúbal, EPE,
Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)
mot
Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda**

(begäran om förhandsavgörande från Supremo Tribunal Administrativo (Portugal))

”Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Undantag från skyldigheten att genomföra ett anbudsförfarande i enlighet med unionsbestämmelserna (så kallad in house-tilldelning) — Kravet på ’motsvarande kontroll’ — Den enhet som tilldelas kontraktet är juridiskt fristående från den upphandlande myndigheten och utgör en ideell förening — Privata intressen i den enhet som tilldelas kontraktet — Kravet på att huvuddelen av verksamheten utövas tillsammans med de upphandlande myndigheter som utövar den motsvarande kontrollen”

1. Portugals Supremo Tribunal Administrativo har i förevarande mål ställt sex tolkningsfrågor för att domstolen ännu en gång ska klargöra räckvidden av de villkor som ska vara uppfyllda för att en upphandlande myndighet ska kunna använda sig av undantaget för så kallade in house-tilldelningar. Med stöd av detta undantag, som fastslogs av domstolen i målet Teckal² och som senare varit föremål för en omfattande rättspraxis, är en upphandlande myndighet undantagen från kravet att genomföra ett anbudsförfarande om två villkor är uppfyllda: myndigheten ska utöva en kontroll över den enhet som tilldelas kontraktet, motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samt att enheten ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som innehar den.³

2. Förevarande mål rör några frågor som ännu inte har varit uppe till prövning och som möjliggör för domstolen att ytterligare klargöra tillämpningsområdet för in house-undantaget. Domstolen ombeds för det första att definiera räckvidden av sin praxis enligt vilken förekomsten av privata intressen i den enhet som tilldelas kontraktet utesluter möjligheten att den upphandlande myndigheten utövar en ”motsvarande kontroll” över denna enhet som den utövar över sin egen förvaltning.⁴ Mer

1 — Originalspråk: italienska.

2 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121).

3 — Se, bland annat, dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), punkt 49, av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 62, av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo och Consorzio Alisei (REG 2006, s. I-4137), punkt 33, av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo (REG 2007, s. I-2999), punkt 55, av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant, (REG 2008, s. I-8457), punkt 27, av den 10 september 2009 i mål C-573/07, Sea (REG 2009, s. I-8127), punkt 40, av den 29 november 2012 i de förenade målen C-182/11 och C-183/11, Econord, punkt 25, och av den 19 december 2012 i mål C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., punkt 32. Se även mitt nyligen föredragna förslag till avgörande i mål C-15/13, Datenlotsen Informationssysteme.

4 — Se punkterna 25 och 28 nedan.

specifikt ombuds domstolen att klargöra huruvida det strikta synsätt som antagits i nämnda rättspraxis på privata delägare i bolag som tilldelas kontrakt, ska tillämpas även i det fall den enhet som tilldelas kontraktet är en ideell förening som utöver de upphandlande myndigheterna även har frivillig- och välgörenhetsorganisationer som medlemmar.

3. För det andra ombuds domstolen i förevarande mål att klargöra omfattningen av det andra Teckal-villkoret, det vill säga det villkor enligt vilket den enhet som tilldelas kontraktet ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som innehar den.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätt

4. I artikel 1.2 a i direktiv 2004/18/EG⁵ definieras offentliga kontrakt som ”skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv”.

B – Nationell rätt

5. Enligt artikel 5.2 i den portugisiska lagen om offentlig upphandling (*Código dos Contratos Públicos*, nedan kallad CCP)⁶ – genom vilken direktiv 2004/18 har införlivats med den portugisiska rättsordningen – och mot bakgrund av domstolens praxis ”[s]ka [bestämmelserna om offentlig upphandling] inte heller tillämpas på kontrakt som upphandlande myndigheter ingår med en annan enhet, oavsett vad kontraktet avser, under följande förutsättningar:

- a) Den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över enheten i fråga, själv eller tillsammans med andra upphandlande myndigheter, motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.
- b) Denna enhet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med en eller flera upphandlande myndigheter som utövar en kontroll över enheten motsvarande den som avses i föregående stycke.”

II – Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

6. Centro Hospitalar de Setúbal (nedan kallat CHS), som är den första klaganden i målet vid den hänskjutande domstolen, är ett offentligt sjukhus i Portugal.

5 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

6 — Antagen genom dekret nr 18/2008 av den 29 januari 2008.

7. Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (nedan kallat SUCH), som är den andra klaganden i målet vid den hänskjutande domstolen, är en ideell förening som har inrättats genom dekret nr 46.668 av den 24 november 1965 och har egna stadgor.⁷ SUCH har enligt artikel 2 i stadgorna i uppdrag att tillhandahålla offentliga tjänster, genom att utgöra ett instrument för medlemmarna att tillgodose sina egna behov och har som mål att medlemmarna ska fungera effektivt. SUCH bidrar dessutom till genomförandet av hälsopolitiken genom att på ett avgörande sätt bidra till den nationella hälsovårdsmyndighetens effektivitet och finansiella hållbarhet.

8. Enligt artikel 7.1 i SUCH:s stadgor kan medlemmar i SUCH endast vara enheter som tillhör den offentliga sektorn eller den sociala sektorn och som tillhandahåller sjukvård eller bedriver hälso- och sjukvårdsverksamhet. Enligt artikel 7.2 ska SUCH se till att röstmajoriteten i stämman innehas av de medlemmar som ingår i och är underkastade de befogenheter med avseende på ledning, kontroll och tillsyn som tillkommer den regeringsmedlem som ansvarar för hälso- och sjukvårdsområdet. Vid tidpunkten för de relevanta faktiska omständigheterna i förevarande mål hade SUCH 88 medlemmar, däribland CHS samt 23 privata ideella organisationer inom den sociala sektorn, varav 20 var välgörenhetsorganisationer (Misericórdias).

9. SUCH är enligt artikel 3 i stadgorna underkastad de befogenheter med avseende på ledning, kontroll och tillsyn som tillkommer den regeringsmedlem som ansvarar för hälso- och sjukvårdsområdet och som har befogenhet att utse styrelsens ordförande och vice ordförande, att godkänna stämmans beslut rörande sådan upplåning som innebär en nettoskuldssättningsgrad på minst 75 procent av det egna kapital som redovisats under föregående räkenskapsår, ändring av stadgorna samt om upplösning av SUCH.

10. SUCH får enligt artikel 5.3 i stadgorna tillhandahålla tjänster i en konkurrens- och marknadssituation till offentliga organ som inte är medlemmar eller till privata sammanslutningar, såväl inhemska som utländska, under förutsättning att det inte är till men för dess medlemmar utan är till fördel för SUCH och medlemmarna, både i ekonomiskt hänseende och beträffande teknisk utveckling. Enligt artikel 5.4 ska SUCH försäkra sig om att minst 80 procent av dess verksamhet bedrivs till förmån för sina medlemmar.

11. Den 27 juli 2011 ingick CHS ett avtal med SUCH om att SUCH skulle leverera mat till patienter och personal på CHS. Enligt avtalet, som ingicks för en period av fem år och som kunde förnyas, skulle 1 295 289 euro betalas per år, sammanlagt 6 476 445 euro för hela femårsperioden. CHS tilldelade tjänstekontraktet direkt till SUCH utan att använda sig av de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i direktiv 2004/18, eftersom detta avtal enligt avtalsparternas uppfattning föll inom ramen för in house-förhållanden mellan SUCH och de sjukhus som är medlemmar i SUCH, däribland CHS.

12. Bolaget Eurest (Portugal) - Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (nedan kallat Eurest), som dels tillhandahåller samma tjänster som de som var föremål för det avtal som ingicks mellan CHS och SUCH, dels var avtalspart i det avtal med CHS angående leverans av mat vilket sades upp till följd av nämnda avtal som ingicks mellan CHS och SUCH – var av den uppfattningen att direkt tilldelning till SUCH av de tjänster som omfattas av det sistnämnda avtalet med CHS var rättsstridig, eftersom tilldelningen hade gjorts utan något förfarande för offentlig upphandling och därmed stred mot såväl de nationella som de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling. Bolaget väckte därför talan vid Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada om ogiltigförklaring av dels det beslut som fattats av CHS styrelse, genom vilket bolagets avtal med nämnda sjukhus sades upp, dels det avtal som ingåtts mellan CHS och SUCH.

7 — SUCH:s stadgor har med tiden ändrats flera gånger. Den version som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet är den som godkändes i oktober 2010.

13. Genom dom av den 30 januari 2012 biföll Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada talan och ogiltigförklarade det avtal som ingåtts mellan CHS och SUCH. Nämnda domstol slog fast att det inte hade styrkts att villkoren i artikel 5.2 CCP var uppfyllda och att tilldelningen av tjänsterna i avtalet följaktligen skulle vara föremål för ett anbudsförfarande. Både CHS och SUCH överklagade domen i första instans till Tribunal Central Administrativo do Sul, som genom dom av den 26 april 2012 ogillade deras överklaganden. Såväl SUCH som CHS har överklagat denna dom till den hänskjutande domstolen Supremo Tribunal Administrativo.

14. Den hänskjutande domstolen har först och främst påpekat att det inte har bestritts att ett sjukhus som CHS utgör en upphandlande myndighet, eftersom det är en offentligrättslig juridisk person. Det har heller inte ifrågasatts att det avtal som CHS ingått med SUCH, som är en fristående enhet, utgör ett offentligt tjänstekontrakt. Den hänskjutande domstolen har likaså påpekat att för att detta kontrakt ska kunna vara föremål för direkt in house-tilldelning måste de två villkoren i artikel 5.2 CCP, som kodifierar rättspraxis från domen i målet Teckal, vara uppfyllda. Dessa villkor beskrivs ovan i punkt 5.

15. Vad beträffar framför allt det första villkoret, det vill säga att det föreligger en ”motsvarande kontroll”, har den hänskjutande domstolen påpekat att den rättsliga karaktären hos SUCH, som även har privata organisationer inom den sociala sektorn som medlemmar, ger upphov till nya frågor mot bakgrund av domstolens praxis, enligt vilken den omständigheten att ett privat företag äger andelar i ett bolags kapital, även om det rör sig om ett minoritetsägarande, under alla omständigheter utesluter att det föreligger en sådan kontroll.⁸ Detta gäller i synnerhet med hänsyn till den omständigheten att det enligt unionsrätten inte är nödvändigt att enheten i fråga har ett vinstsyfte för att det ska vara fråga om ett företag. Vidare frågar sig den hänskjutande domstolen – genom att hänvisa till en dom genom vilken Portugals Tribunal de Contas inte har godkänt det omtvistade avtalet och vars motivering har återgetts i den till den hänskjutande domstolen överklagade domen – huruvida villkoret om ”motsvarande kontroll” kan uppfyllas i förevarande fall med hänsyn till antalet medlemmar i SUCH som inte är offentliga organ, dess omfattande självständighet och oberoende i förhållande till de offentliga organen, dess närmare sätt att fungera (särskilt dess styrelse) samt dess storlek och komplexitet.

16. Vad beträffar det andra villkoret för in house-tilldelningar önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida detta kan uppfyllas när SUCH enligt stadgorna får tillhandahålla tjänster vilka svarar för 20 procent av omsättningen, i en konkurrenssituation, till andra enheter än sina medlemmar.

17. Mot denna bakgrund har den hänskjutande domstolen genom beslut av den 6 november 2012 ansett det vara nödvändigt att vilandeförklara målet och hänskjuta följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Är det förenligt med gemenskapens rättspraxis om in house-upphandling att ett offentligt sjukhus utan att följa det lagstadgade upphandlingsförfarandet tilldelar en ideell förening som sjukhuset är medlem i och som har i uppdrag att tillhandahålla offentliga tjänster inom hälso- och sjukvårdsområdet för att öka medlemmarnas effektivitet och kompetens, ett kontrakt för att tillhandahålla en tjänst i form av leverans av mat till sjukhus, som omfattas av dess behörighet, och därmed överlåter ansvaret för dessa uppgifter inom detta område på föreningen, när det enligt föreningens stadgor inte bara är organ inom den offentliga sektorn som har möjlighet att vara medlem i den utan även organisationer inom den sociala sektorn, och när 23 av de sammanlagt 88 medlemmarna vid tidpunkten för tilldelningen av kontraktet var privata ideella organisationer inom den sociala sektorn, varav några var välgörenhetsorganisationer?”

8 — Se domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkterna 49 och 50.

- 2) Kan den enhet som tilldelats kontraktet anses vara underställd sina offentliga medlemmar i beslutshänseende på ett sådant sätt att dessa medlemmar, var och en för sig eller tillsammans, utövar en kontroll över nämnda enhet som motsvarar den som de utövar över sin egen verksamhet, när enheten enligt dess stadgor ska se till att röstmajoriteten innehas av de medlemmar vilka är underkastade de befogenheter med avseende på ledning, kontroll och tillsyn som tillkommer den regeringsmedlem som ansvarar för hälso- och sjukvårdsområdet och när majoriteten i dess styrelse utgörs av offentliga medlemmar?
- 3) Kan villkoret om 'motsvarande kontroll' anses uppfyllt mot bakgrund av gemenskapens rättspraxis rörande in house-upphandling när den enhet som tilldelats kontraktet enligt dess stadgor står under tillsyn av den regeringsmedlem som ansvarar för hälso- och sjukvårdsområdet och som har befogenhet att utse styrelsens ordförande och vice ordförande, godkänna stämmans beslut rörande upplåning som innebär en nettoskuldssättningsgrad på minst 75 procent av det egna kapital som redovisats under föregående räkenskapsår, godkänna beslut om stadgeändringar, godkänna stämmans beslut om upplösning av nämnda enhet samt besluta hur dess tillgångar ska disponeras om den upplöses?
- 4) Kan förhållandet mellan den enhet som tilldelats kontraktet och dess offentliga medlemmar betecknas som en rent intern upphandling eller in house-upphandling, mot bakgrund av att enheten är en stor och komplex organisation som är verksam i hela Portugal, har merparten av Serviço Nacional de Saúdes organ och institutioner som medlemmar, däribland de största sjukhusen i landet, har en beräknad omsättning på cirka 90 miljoner euro, bedriver verksamhet inom en rad olika komplexa områden och har anmärkningsvärda verksamhetsindikatorer, med mer än 3 300 anställda, samt är delägare i två kompletterande företagskonsortier och två bolag?
- 5) Kan villkoren för in house-upphandling anses uppfyllda, i synnerhet villkoret om 'verksamhetens huvudsakliga syfte' i artikel 5.2 b CCP, mot bakgrund av att den enhet som tilldelats kontraktet enligt dess stadgor får tillhandahålla tjänster i en konkurrenssituation till offentliga organ som inte är medlemmar i nämnda enhet eller till privata sammanslutningar, såväl inhemska som utländska, (i) under förutsättning att det inte är till men för enhetens medlemmar utan är till fördel för medlemmarna och enheten, i ekonomiskt hänseende eller beträffande teknisk utveckling, och (ii) under förutsättning att tillhandahållandet av dessa tjänster inte utgör mer än 20 procent av enhetens totala årsomsättning som redovisats under föregående räkenskapsår?
- 6) Om svaren på var och en av ovanstående frågor inte i sig är tillräckliga för att slå fast huruvida villkoren i artikel 5.2 CCP är uppfyllda, kan det då mot bakgrund av gemenskapens rättspraxis om in house-upphandling slås fast att det [i förevarande fall] föreligger en sådan typ av upphandling genom att det görs en samlad bedömning av dessa svar?"

III – Förfarandet vid domstolen

18. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 7 december 2012. CHS, SUCH, Eurest, den portugisiska regeringen, den spanska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden samt yttrat sig vid förhandlingen den 21 november 2013.

IV – Rättslig bedömning

19. Det ska framför allt påpekas att det framgår av beslutet om hänskjutande att det inte har bestritts att det avtal som ingåtts mellan CHS och SUCH utgör ett offentligt kontrakt och att det som sådant i princip är underkastat unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, och särskilt bestämmelserna i direktiv 2004/18.⁹

20. Tvistefrågan i målet vid den hänskjutande domstolen, i likhet med samtliga tolkningsfrågor som nämnda domstol har ställt, gäller däremot huruvida undantaget för så kallade in house-tilldelningar är tillämpligt på ovannämnda offentliga kontrakt.

A – Den första tolkningsfrågan

21. Den hänskjutande domstolen har ställt sin första tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida undantaget från bestämmelserna i direktiv 2004/18 – vilket följer av EU-domstolens praxis för in house-tilldelningar – även kan tillämpas när den enhet som tilldelas kontraktet är en ideell förening som har till syfte att tillhandahålla offentliga tjänster och det enligt föreningens stadgor inte bara är organ inom den offentliga sektorn som har möjlighet att vara medlem i föreningen utan även organisationer inom den sociala sektorn och när en del av föreningens medlemmar, även om de är i minoritet, vid tidpunkten för tilldelningen av kontraktet inte tillhör den offentliga sektorn utan utgörs av ideella frivilligorganisationer tillhörande den sociala sektorn, och i synnerhet av välgörenhetsorganisationer.

22. Ovannämnda fråga gäller det första av de två Teckal-villkoren, det vill säga att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den enhet som tilldelas kontraktet motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning.¹⁰ Det är därför lämpligt att inledningsvis kort erinra om omfattningen av villkoret om ”motsvarande kontroll” enligt rättspraxis.

23. Domstolen har i detta hänseende slagit fast att det är fråga om en ”motsvarande kontroll” när den enhet som tilldelas kontraktet är underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas av denna enhet. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut. Den upphandlande myndigheten ska med andra ord utöva strukturell och funktionell kontroll. Det krävs även att det är fråga om en faktisk kontroll.¹¹

24. Det följer av rättspraxis att ”motsvarande kontroll” i en situation där en myndighet innehar andelar i enheten tillsammans med andra myndigheter kan utövas gemensamt av dessa myndigheter, utan att det är nödvändigt att var och en av dessa myndigheter utövar en individuell kontroll.¹²

25. Emellertid framgår det av fast rättspraxis att om ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter detta däremot i alla händelser att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.¹³

9 — Det har i själva verket inte bestritts att värdet av det offentliga kontrakt som är aktuellt i målet vid den hänskjutande domstolen, och som nämnts i punkt 11 ovan, klart överstiger det tröskelvärde som anges i nämnda direktivs artikel 7 b, i dess ändrade lydelse.

10 — Se punkt 1 ovan.

11 — Se domen i det ovannämnda målet Econord, punkt 27 och där angiven rättspraxis.

12 — Se domen i det ovannämnda målet Econord, punkt 28 och där angiven rättspraxis.

13 — Se domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 49, av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-9705), punkt 46, av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 31, av den 8 april 2008 i mål C-337/05, kommissionen mot Italien (REG 2008, s. I-2173), punkt 38, de ovannämnda målen Coditel Brabant, punkt 30, och Sea, punkt 46, av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08, Acoset (REG 2009, s. I-9913), punkt 53, och av den 22 december 2010 i mål C-215/09, Mehiläinen och Terveystalo Healthcare (REU 2010, s. I-13749), punkt 32.

26. Mot ovanstående bakgrund, och särskilt beträffande tolkningsfrågan, ska det framför allt påpekas att den omständigheten att den enhet som tilldelas kontraktet har formen av ett sådant privaträttsligt subjekt som en förening på intet sätt utesluter att in house-undantaget kan tillämpas.¹⁴ Domstolen har nämligen upprepade gånger redan slagit fast att detta undantag är tillämpligt när den enhet som tilldelas kontraktet har formen av ett privaträttsligt subjekt, som till exempel ett aktiebolag.¹⁵

27. Den omständigheten att den enhet som tilldelas kontraktet inte direkt bedriver verksamhet i vinstsyfte saknar relevans för tillämpningen av in house-undantaget. Tillämpningen av detta undantag har i själva verket sin grund i det interna förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och den enhet som tilldelas kontraktet, vilket gör att det inte är fråga om ett samförstånd som nåtts mellan två självständiga viljor med skilda legitima intressen.¹⁶ Tillämpningen är följaktligen oberoende av dels vilken rättslig karaktär som den enhet som tilldelas kontraktet har, dels huruvida enheten bedriver verksamhet i vinstsyfte eller ej. Det framgår för övrigt av rättspraxis att den omständigheten att en enhet, och i synnerhet en förening, inte har något vinstsyfte inte på något sätt utesluter att den kan utföra verksamhet av ekonomisk art och därmed i sig inte undantar denna enhet från tillämpningen av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling.¹⁷

28. Vidare, vad beträffar den omständigheten att medlemmarna i den enhet som tilldelas kontraktet inte endast utgörs av offentliga organ utan även av privata organisationer inom den sociala sektorn ska det, såsom nämnts ovan i punkterna 2 och 25, erinras om att det framgår av domstolens numera fasta praxis att om ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndighet som har för avsikt att genomföra en in house-tilldelning, utesluter detta att denna upphandlande myndighet kan utöva den nödvändiga ”motsvarande kontrollen” över detta bolag.

29. Enligt ovannämnda rättspraxis, vilket för övrigt har påpekats av den hänskjutande domstolen, är möjligheten för den upphandlande myndigheten att utöva en ”motsvarande kontroll” över den enhet som tilldelas kontraktet utesluten i det fall privata investerare ingår som delägare i enheten genom att ett *företag* äger andelar i ett *bolags kapital*.

30. Fallet med SUCH skiljer sig emellertid från ett sådant fall dels eftersom SUCH inte har formen av ett bolag och således inte förfogar över något bolagskapital, dels eftersom de privata frivilligorganisationer för främjande av social välfärd som är medlemmar i SUCH och inte är av offentlig karaktär inte nödvändigtvis är företag i strikt mening.

31. Kärnan i den första tolkningsfrågan är följaktligen just denna: Ska den princip som utvecklats i rättspraxis, enligt vilken det är uteslutet för den upphandlande myndigheten att utöva en ”motsvarande kontroll” över den enhet som tilldelas kontraktet om privata intressen förekommer i enheten, vilket därmed utesluter möjligheten att tillämpa in house-undantaget för att kunna tilldela kontraktet direkt till denna enhet, tillämpas på en situation som SUCH:s?

14 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Sea, punkt 41. Se även generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 63.

15 — Se även utöver den i föregående fotnot nämnda domen i målet Sea, bland annat, domen i det ovannämnda målet ANAV, till exempel, punkt 33, och i det ovannämnda målet Econord, till exempel, punkterna 29 och 32.

16 — Se i detta hänseende för ytterligare detaljer mitt nyligen föredragna förslag till avgörande i det ovannämnda målet Datenlotsen Informationssysteme, punkt 41 och de där omfattande hänvisningarna till rättspraxis.

17 — Se dom av den 29 november 2007 i mål C-119/06, kommissionen mot Italien (REG 2007, s. I-168*), punkterna 37 och 41, och av den 23 december 2009 i mål C-305/08, CoNISMa (REU 2009, s. I-12129), punkt 45.

32. I detta hänseende erinrar jag inledningsvis om att domstolen flera gånger har understrukit att huvudsyftet med unionsbestämmelserna på området för offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området ska öppnas upp för så bred konkurrens som möjligt i samtliga medlemsstater.¹⁸ Detta förutsätter att varje upphandlande myndighet är skyldig att tillämpa de relevanta unionsbestämmelserna när förutsättningarna för detta är uppfyllda. Varje undantag från denna skyldighet ska således tolkas *restriktivt*.¹⁹

33. Mot denna bakgrund ska det påpekas att det faktum att det inte kan vara fråga om ett in house-förhållande som motiverar en direkt tilldelning när det förekommer privata intressen i den enhet som tilldelas kontraktet tjänar enligt rättspraxis två syften. För det första, såsom påpekats av domstolen, styrs sambandet mellan ett offentligt organ, som är en upphandlande myndighet, och dess egen verksamhet av överväganden och krav som är specifika för ett sammanhang där mål av allmänintresse eftersträvas. Privata investeringar i företag styrs däremot alltid av överväganden som är specifika för privata intressen och som har andra syften.²⁰

34. För det andra har domstolen även påpekat att tilldelningen av ett offentligt kontrakt till ett halvoffentligt företag utan anbudsinfordran skulle undergräva målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling av intresserade personer, särskilt såtillvida som ett sådant tillvägagångssätt skulle ge ett privat företag som äger en del av detta företag en fördel gentemot sina konkurrenter.²¹

35. Jag anser att båda överväganden som utvecklats i domstolens praxis avseende ett privat företags deltagande i ett bolags kapital kan, på grundval av de omständigheter som nämns i rättegångshandlingarna, tillämpas på en situation som SUCH:s.

36. För det första är bedömningen att privata intressen styrs av andra överväganden än allmänintresset enligt min uppfattning inte endast begränsad till det fall där det förekommer privata investeringar i ett bolag. Det är i själva verket otvivelaktigt så att privata frivilligorganisationers deltagande i den enhet som tilldelas kontraktet tjänar syften och intressen av privat karaktär, som exempelvis kan vara att verka för humanitära och välgörande ändamål där de mål som eftersträvas, om än lovvärda, inte nödvändigtvis sammanfaller med mål av allmänintresse. Även om dessa mål i vissa fall kan klassificeras, på ett abstrakt plan, som mål av allmänintresse uppvisar de dock inslag av privat intresse – som till exempel religiös tillhörighet²² eller föreningstillhörighet – som, även om de kan stödja allmänintresset, dock är helt främmande för detta.

37. För det andra är det i den mån det inte är uteslutet att ideella organisationer, som till exempel de välgörenhetsorganisationer som är medlemmar i SUCH, kan utöva ekonomisk verksamhet i konkurrens med andra aktörer och delta i förfaranden för offentlig upphandling,²³ kan direkt tilldelning av ett offentligt kontrakt vid tillämpning av in house-undantaget även här, i likhet med fallet med bolagen, ge en fördel till sådana aktörer i förhållande till deras konkurrenter.

18 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet CoNISMa, punkt 37 och där angiven rättspraxis, samt i det ovannämnda målet Carbotermo och Consorzio Alisei, punkt 58.

19 — Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkterna 44 och 46, i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 63, samt i det ovannämnda målet ANAV, punkt 26. Se i detta hänseende även mitt nyligen föredragna förslag till avgörande i det ovannämnda målet Datenlotsen Informationssysteme, punkt 38.

20 — Se domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 50, och i det ovannämnda målet kommissionen mot Österrike, punkt 47.

21 — Se domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 51.

22 — Vilket, med förbehåll för de erforderliga kontroller som det ankommer på den hänskjutande domstolen att genomföra, förefaller vara fallet för de välgörenhetsorganisationer (Misericórdias) som är anslutna till SUCH.

23 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkterna 37 och 41, och i det ovannämnda målet CoNISMa, punkt 45.

38. Enligt min uppfattning utesluter ovanstående överväganden, åtminstone enligt det nu gällande regelverket,²⁴ möjligheten för en upphandlande myndighet att utöva en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, över en ideell förening som räknar bland sina medlemmar, även om de är i minoritet, icke-offentliga organisationer av privaträttslig karaktär med privata intressen såsom ideella frivillig- och välgörenhetsorganisationer. Därav följer, enligt min uppfattning, att direkt tilldelning av ett offentligt kontrakt från en upphandlande myndighet till en enhet av detta slag med stöd av in house-undantaget ska vara utesluten. Det ankommer sedan uppenbarligen på den hänskjutande domstolen att genomföra de eventuellt nödvändiga kontrollerna i detta avseende.

39. Mot denna bakgrund anser jag dock att vissa ytterligare överväganden behöver göras.

40. För det första hindrar förekomsten av delägare med privata intressen – även minoritetsägare och även om de inte är vinstdrivande – i en enhet enligt det nu gällande regelverket, att det kan föreligga ett in house-förhållande mellan en eller flera upphandlande myndigheter och nämnda enhet. Detta innebär på intet sätt att karaktären och målen hos humanitära, frivillig- och välgörenhetsorganisationer inte kan tas i beaktande även inom ramen för upphandlingslagstiftningen. Jag kan i detta hänseende inte låta bli att påpeka att solidaritet uttryckligen erkänns i artikel 2 FEU som ett av de värden som kännetecknar den europeiska samhällsmodellen och att organ som eftersträvar detta värde aktivt bidrar till att skapa ett europeiskt samhälle som är i linje med fördragen.²⁵ Som en följd av denna iakttagelse ska det dessutom konstateras att sociala och solidariska överväganden inte är främmande för bestämmelserna om offentlig upphandling, vilket till exempel framgår av artikel 26 i direktiv 2004/18, där det föreskrivs att villkoren för fullgörande av ett kontrakt får omfatta sociala hänsyn.²⁶

41. För det andra ska det påpekas att enbart den omständigheten att det i stadgorna för den ideella förening som tilldelas kontraktet föreskrivs att inte endast organ som tillhör den offentliga sektorn utan även privata organisationer som tillhör den sociala sektorn kan vara medlemmar i föreningen i sig inte utesluter att det kan vara fråga om ett in house-förhållande när föreningens medlemmar uteslutande består av offentliga organ vid tidpunkten för tilldelningen av kontraktet. Det vore faktiskt inte förenligt med rättssäkerhetsprincipen om blotta möjligheten enligt stadgorna att privatpersoner deltar i en förening skulle göra det omöjligt att någonsin definitivt avgöra huruvida en förening ska anses vara offentligägd. Därav följer att, i det fall det uteslutande är offentliga organ som är medlemmar i ifrågasvarande förening vid tidpunkten för tilldelningen av ifrågasvarande kontrakt, kan en möjlighet för privatpersoner att bli delägare i föreningen bara beaktas om det vid den tidpunkten framgår att en sådan konkret möjlighet föreligger på kort sikt. Enbart möjligheten för privatpersoner att bli medlemmar i en förening räcker inte för att kunna konstatera att kravet på ”motsvarande kontroll” för den offentliga myndigheten inte är uppfyllt.²⁷

24 — I detta hänseende ska det påpekas att den senaste versionen av det förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling som för närvarande diskuteras i rådet (rådets dokument nr 11745/13) och som kommissionen vid förhandlingen har hänvisat till, fastställer som villkor för in house-tilldelningar att det inte finns något privat deltagande i den juridiska person över vilken den upphandlande myndigheten utövar den ”motsvarande kontrollen”, dock med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande innehav, om nämnda undantag krävs enligt nationella bestämmelser, som inte medger utövande av ett bestämmande inflytande över denna juridiska person. I det fall denna bestämmelse bibehålls i den slutliga versionen av det nya direktivet är det inte uteslutet att den i vissa specifika fall kan leda till en annan tolkning än den som grundar sig på den nu gällande lagstiftningen.

25 — Ur detta perspektiv kan det till exempel noteras att medlemsstaterna enligt domstolen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning just beträffande utformningen av ett socialt trygghetssystem. Medlemsstaterna har därmed en möjlighet att tillåta privata aktörer i detta system, under förutsättning att de verkar utan vinstsyfte. Se dom av den 17 juni 1997 i mål C-70/95, Sodemare m.fl. mot Regione Lombardia (REG 1997, s. I-3395), punkt 32.

26 — Se även i detta hänseende skäl 46 i samma direktiv.

27 — Se i detta hänseende domen i det ovannämnda målet Sea, punkterna 49–51.

42. Om ett kontrakt däremot tilldelas utan förfarande för offentlig upphandling till en förening där alla medlemmar utgörs av offentliga myndigheter och privatpersoner inom kontraktets giltighetstid tillåts bli medlemmar i denna förening, utgör det en ändring av ett grundläggande villkor för kontraktet, vilket då fordrar en anbudsinfördran.²⁸

43. Det framgår enligt min uppfattning av samtliga ovannämnda överväganden att den hänskjutande domstolens första tolkningsfråga ska besvaras så att undantaget från unionsbestämmelserna om offentlig upphandling för in house-tilldelningar inte är tillämpligt när den enhet till vilken den upphandlande myndigheten har för avsikt att tilldela kontraktet direkt, utan anbuds förfarande, är ett privaträttsligt organ i vilket personer med privata intressen, även om de är i minoritet, är medlemmar.

B – Den andra och den tredje tolkningsfrågan

44. Genom den andra och den tredje tolkningsfrågan, som enligt min uppfattning kan besvaras tillsammans, önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida det kan vara fråga om en ”motsvarande kontroll” över den enhet som tilldelas kontraktet om vissa bestämmelser i stadgorna ger offentlighetsrättsliga medlemmar eller en behörig regeringsmedlem särskilda befogenheter i enhetens stadgeenliga organ.

45. Den hänskjutande domstolen har närmare bestämt ställt sin andra tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida de offentliga medlemmarna i den enhet som tilldelas kontraktet, var och en för sig eller tillsammans, utövar en ”motsvarande kontroll” över enheten, när enheten enligt stadgorna ska se till att röstmajoriteten i stämman innehas av de medlemmar vilka är underkastade de befogenheter med avseende på ledning, kontroll och tillsyn som tillkommer den regeringsmedlem som ansvarar för hälso- och sjukvårdsområdet och när majoriteten i dess styrelse utgörs av offentlighetsrättsliga medlemmar.

46. Genom den tredje tolkningsfrågan önskar den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida villkoret om ”motsvarande kontroll” anses vara uppfyllt när den enhet som tilldelas kontraktet enligt stadgorna står under tillsyn av den regeringsmedlem som ansvarar för hälso- och sjukvårdsområdet och som har befogenhet att utse styrelsens ordförande och vice ordförande samt godkänna vissa speciella beslut av stämman, närmare bestämt de beslut som föreskrivs i artikel 3 i SUCH:s stadgor.²⁹

47. Det framgår av svaret på den första tolkningsfrågan att det är uteslutet att en upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över den enhet som tilldelas kontraktet motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning om personer med privata intressen, även om de är i minoritet, ingår i denna enhet. Den nödvändiga följderna av detta konstaterande, som ger uttryck för en restriktiv tolkning av undantaget i enlighet med i punkt 32 nämnd rättspraxis, är att deltagandet av privata intressen i den enhet som tilldelas kontraktet inte kan kompenseras med eventuella bestämmelser i enhetens stadgor som tilldelar särskilda kontroll- och tillsynsbefogenheter till enhetens övriga offentliga medlemmar eller till den behöriga regeringsmedlemmen. Därav följer enligt min uppfattning att både den andra och den tredje tolkningsfrågan ska besvaras nekande.

48. Vidare ska det i förbigående påpekas att den omständigheten att den enhet som tilldelas kontraktet står under direkt³⁰ eller indirekt³¹ tillsyn av den behöriga regeringsmedlemmen inte nödvändigtvis innebär att de upphandlande myndigheterna, var och en för sig eller tillsammans, utövar en kontroll över nämnda enhet motsvarande den som de utövar över sin egen förvaltning.

28 — Ibidem, punkt 53.

29 — Se punkt 9 ovan.

30 — Exempelvis den bestämmelse i stadgorna som avses i den tredje tolkningsfrågan, det vill säga artikel 3 i SUCH:s stadgor.

31 — Exempelvis den bestämmelse i stadgorna som avses i den andra tolkningsfrågan, det vill säga artikel 7.2 i SUCH:s stadgor.

49. Det stämmer att kontrollbefogenheten över de stadgeenliga beslutande organen för den enhet som tilldelas kontraktet, beroende på omständigheterna i varje enskilt fall, kan betraktas som en av de faktorer som gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna, som har ovannämnda befogenhet, att utöva en kontroll över denna enhet motsvarande den som de utövar över sin egen förvaltning.³² Teoretiskt sett stämmer det även att det under vissa speciella omständigheter i det enskilda fallet³³ inte är uteslutet att de kontroll- och tillsynsbefogenheter som tilldelas de myndigheter som kontrollerar de upphandlande myndigheterna, vilka i sin tur utövar kontroll över den enhet som tilldelas kontraktet, kan bidra till att enhetens självbestämmande begränsas på ett sådant sätt att det kan konstateras att nämnda upphandlande myndigheter utövar en ”motsvarande kontroll” över denna enhet.

50. Trots dessa överväganden ska emellertid bedömningen av huruvida den ”motsvarande kontrollen” föreligger genomföras med hänvisning specifikt till de upphandlande myndigheter som ska utöva nämnda kontroll över den enhet till vilken de vill tilldela kontraktet direkt, och inte med hänvisning till staten som sådan, som representeras av den behöriga regeringsmedlemmen.

51. Mot ovanstående bakgrund anser jag att den andra och den tredje tolkningsfrågan ska besvaras så att i det fall personer med privata intressen, även om de är i minoritet, ingår i en enhet, innebär de bestämmelser i enhetens stadgor som tilldelar särskilda kontroll- och tillsynsbefogenheter till dess övriga offentliga medlemmar eller den behöriga regeringsmedlemmen inte att det är fråga om en ”motsvarande kontroll” över denna enhet som kan motivera tillämpningen av in house-undantaget.

C – Den fjärde tolkningsfrågan

52. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fjärde tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida den omständigheten att den enhet som tilldelas kontraktet är en komplex och stor organisation som är verksam i hela landet tyder på att det föreligger ett in house-förhållande mellan denna enhet och dess offentliga medlemmar som motiverar att ett kontrakt kan tilldelas direkt till denna enhet.

53. Även denna tolkningsfråga, på samma sätt som de tre föregående, rör det första Teckal-villkoret, det vill säga förekomsten av en ”motsvarande kontroll”. I punkt 23 ovan har jag erinrat om innebörden av detta villkor, vilken enligt rättspraxis har fastställts som en form av strukturell, funktionell och faktisk kontroll. I punkt 27 ovan har jag däremot erinrat om att förutsättningen för in house-undantaget enligt rättspraxis är att den enhet som tilldelas kontraktet inte har något utrymme för självbestämmande.

54. Det framgår av dessa förutsättningar att en enhets storlek och komplexa struktur inte i sig utgör faktorer som bekräftar att en myndighet i praktiken utövar en strukturell och funktionell kontroll över nämnda enhet, och att förhållandet dem emellan därmed enligt rättspraxis ska klassificeras som en ”motsvarande kontroll”.

55. Detta innebär emellertid inte att dessa faktorer är helt irrelevanta för den bedömning som görs för att fastställa huruvida en ”motsvarande kontroll” föreligger. I själva verket kan en enhets storlek och komplexa struktur enligt min uppfattning utgöra tecken som, inom ramen för en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det konkreta fallet, kan leda fram till den slutsatsen att denna enhet har ett stort utrymme för självbestämmande, vilket utesluter att det är fråga om en ”motsvarande kontroll”. Det är därmed på detta sätt som jag anser att den fjärde tolkningsfrågan ska besvaras.

32 — Se domen i det ovannämnda målet Sea, punkt 89. Se, för ett liknande resonemang, även domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant, punkt 34, och domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 69.

33 — Under förutsättning att privata aktörer inte deltar i den enhet som tilldelas kontraktet.

D – Den femte tolkningsfrågan

56. Genom den femte tolkningsfrågan önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida det går att tillämpa in house-undantaget när den enhet som tilldelas kontraktet enligt stadgorna får tillhandahålla tjänster i en konkurrenssituation till offentliga organ som inte är medlemmar i nämnda enhet eller till privata sammanslutningar under förutsättning dels att det inte är till men för enhetens medlemmar utan är till fördel för medlemmarna och enheten i sig, dels att tillhandahållandet av dessa tjänster inte utgör mer än 20 procent av enhetens totala årsomsättning som redovisats under föregående räkenskapsår.

57. Medan alla de fyra förstnämnda tolkningsfrågorna har handlat om det första Teckal-villkoret, det vill säga förekomsten av ”motsvarande kontroll”, rör den femte tolkningsfrågan i stället det andra villkor som ska vara uppfyllt för att in house-undantaget ska kunna tillämpas, det vill säga villkoret att den enhet som tilldelas kontraktet ska utöva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som kontrollerar den.

58. I detta hänseende ska det erinras om att domstolen har slagit fast att detta andra villkor särskilt ska syfta till att säkerställa att bestämmelserna om offentlig upphandling är tillämpliga i det fall en enhet som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktiv på marknaden och således kan konkurrera med andra företag. Domstolen har nämligen påpekat att ett företag inte nödvändigtvis berövas sin handlingsfrihet endast på grund av att de beslut som berör företaget kontrolleras av den myndighet som innehar det, om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer.³⁴

59. Domstolen har likaså slagit fast att ifrågavarande enhet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den endast om enheten *huvudsakligen* och *i princip* uteslutande utövar verksamhet tillsammans med denna (eller dessa) myndigheter och om all annan verksamhet därmed endast är av *marginell* karaktär.³⁵ I det fall då flera upphandlande myndigheter utövar den ”motsvarande kontrollen” över en enhet är det den verksamhet som nämnda enhet bedriver tillsammans med samtliga dessa upphandlande myndigheter som ska beaktas.³⁶

60. Domstolen har dessutom i domen i målet Asociación Nacional Empresas Forestales³⁷ ansett, med förbehåll för de erforderliga kontroller som det ankommer på den hänskjutande domstolen att genomföra, att detta villkor var uppfyllt i ett fall där den enhet som hade tilldelats kontraktet bedrev cirka 90 procent av sin verksamhet tillsammans med de myndigheter och offentliga organ som ägde enheten.³⁸

61. Mot denna bakgrund anser jag till en början att den bestämmelse i stadgorna enligt vilken den i förevarande mål aktuella enheten, som tilldelats kontraktet, får tillhandahålla tjänster i en konkurrenssituation till tredje part endast under förutsättning att det inte är till men för enhetens medlemmar utan är till fördel för medlemmarna, inte kan utgöra ett hinder för att tillämpa det andra Teckal-villkoret, om denna bestämmelse utgör en begränsning för nämnda enhet att bedriva verksamhet i fri konkurrens.

62. Det förefaller dock vara mer relevant att fastställa huruvida detta villkor är uppfyllt när 20 procent av den totala årsomsättningen för den enhet som tilldelas kontraktet härrör från verksamhet som den bedrivit tillsammans med offentliga organ som inte är medlemmar i enheten eller privata sammanslutningar, det vill säga tillsammans med tredje part. I detta hänseende anser jag enligt i

34 — Se domen i det ovannämnda målet Carbotermo och Consorzio Alisei, punkterna 60 och 61.

35 — Ibidem, punkterna 62 och 63 (min kursivering).

36 — Ibidem, punkterna 70 och 71.

37 — Den citerade domen i målet C-295/05.

38 — Ibidem, punkt 63.

punkt 32 ovan nämnda rättspraxis att ett restriktivt synsätt ska antas vid tolkningen av ifrågavarande undantag. Ur detta perspektiv, i en situation där den enhet som tilldelas kontraktet bedriver 20 procent av sin verksamhet i fri konkurrens, och inte tillsammans med de myndigheter som innehar den, är jag av den uppfattningen att det inte kan anses, vilket krävs i enlighet med i punkt 59 ovan nämnda rättspraxis, att enheten *huvudsakligen* och *i princip* uteslutande utövar sin verksamhet tillsammans med de myndigheter som innehar den och att all annan verksamhet därmed endast är av *marginell* karaktär. En verksamhet som svarar för en femtedel av en enhets totala omsättning kan enligt min uppfattning inte definieras, om så endast ur ett kvantitetsperspektiv, som en *marginell* verksamhet.

63. Jag anser följaktligen att den femte tolkningsfrågan enligt det nu gällande regelverket³⁹ ska besvaras så att in house-undantaget inte är tillämpligt när en enhet som tilldelas kontraktet enligt stadgorna får tillhandahålla tjänster i en konkurrenssituation till andra offentliga organ och privata sammanslutningar vilka svarar för 20 procent av dess totala årsomsättning som redovisats under föregående räkenskapsår.

E – Den sjätte tolkningsfrågan

64. Den sjätte tolkningsfrågan behöver enligt den hänskjutande domstolen endast besvaras om svaren på var och en av ovanstående frågor inte i sig är tillräckliga för att slå fast huruvida villkoren är uppfyllda för att tillämpa in house-undantaget. Den hänskjutande domstolen önskar då få klarhet i huruvida den samlade bedömningen av dessa svar visar att nämnda undantag är tillämpligt i ett fall som det i målet vid den hänskjutande domstolen.

65. Mot bakgrund av svaren på de fem förstnämnda tolkningsfrågorna anser jag att domstolen, för det fall den intar det av mig föreslagna förhållningssättet, inte behöver besvara denna fråga. Det framgår nämligen av dessa svar, och framför allt av svaren på den första och den femte tolkningsfrågan, att nämnda undantag, i ett fall som det som är aktuellt vid den hänskjutande domstolen, enligt det nu gällande regelverket⁴⁰ inte är tillämpligt och detta oberoende av en eventuell samlad bedömning av dessa svar. Jag föreslår därför att domstolen inte ska besvara denna tolkningsfråga.

V – Förslag till avgörande

66. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Supremo Tribunal Administrativo på följande sätt:

Undantaget från kravet att tillämpa unionsbestämmelserna om offentlig upphandling för in house-tilldelningar är inte tillämpligt när den enhet till vilken den upphandlande myndigheten avser att tilldela kontraktet direkt utan någon anbudsförfarande är ett privaträttsligt organ i vilket personer med privata intressen, även om de är i minoritet, är medlemmar. I nämnda fall innebär inte den omständigheten att bestämmelser i stadgorna för den enhet som tilldelas kontraktet tilldelar särskilda kontroll- och tillsynsbefogenheter till dess övriga offentliga medlemmar eller den behöriga regeringsmedlemmen att det är fråga om en ”motsvarande kontroll” över denna enhet som kan motivera tillämpningen av in house-undantaget.

39 — Det ska faktiskt påpekas att det i den senaste versionen av det förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling som nämns ovan i fotnot 24, uttryckligen stadgas att in house-undantaget är tillämpligt under förutsättning att den enhet som tilldelas kontraktet utför minst 80 procent av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheternas räkning som kontrollerar enheten (se artikel 11.1 b). Det är uppenbart att, om denna tröskel bekräftas i direktivet, detta avspeglar ett val från lagstiftarens sida som ändrar det framtida rättsläget. Enligt min uppfattning spelar detta däremot ingen roll för rättstolkningen enligt det nu gällande regelverket.

40 — Se fotnoterna 24 och 38 ovan.

En enhets storlek och komplexa struktur kan utgöra tecken som inom ramen för en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det konkreta fallet kan leda fram till den slutsatsen att denna enhet har ett stort utrymme för självbestämmande, vilket utesluter att det är fråga om en ”motsvarande kontroll”.

In house-undantaget är inte tillämpligt när den enhet som tilldelas kontraktet enligt stadgorna får tillhandahålla tjänster i en konkurrenssituation till offentliga organ som inte är medlemmar i nämnda enhet och till privata sammanslutningar när tillhandahållandet av dessa tjänster svarar för 20 procent av enhetens totala årsomsättning som redovisats under föregående räkenskapsår.