



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 8 maj 2014*

”Offentlig upphandling av varor — Direktiv 2004/18/EG — Tilldelning av kontrakt utan offentlig upphandling — Så kallad in house-tilldelning — Den enhet som tilldelats kontraktet är juridiskt fristående i förhållande till den upphandlande myndigheten — Villkoret ’motsvarande kontroll’ — Den upphandlande myndigheten och den enhet som tilldelats kontraktet står inte i ett kontrollförhållande till varandra — Utomstående offentlig myndighet som utövar en delvis kontroll över den upphandlande myndigheten och en sådan kontroll över den enhet som tilldelats kontraktet som skulle kunna betraktas som ’motsvarande’ — ’Horisontell intern transaktion’”

I mål C-15/13,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tyskland) genom beslut av den 6 november 2012, som inkom till domstolen den 10 januari 2013, i målet

Technische Universität Hamburg-Harburg,

Hochschul-Informationssystem GmbH

mot

Datenlotsen Informationssysteme GmbH,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden T. von Danwitz samt domarna E. Juhász (referent), A. Rosas, D. Šváby och C. Vajda,

generaladvokat: P. Mengozzi,

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 21 november 2013,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Technische Universität Hamburg-Harburg, genom T. Noelle och I. Argyriadou, Rechtsanwältin,

— Hochschul-Informationssystem GmbH, genom K. Willenbruch och M. Kober, Rechtsanwältin,

* Rättegångsspråk: tyska.

- Datenlotsen Informationssysteme GmbH, genom S. Görgens, Rechtsanwalt,
 - Tjeckiens regering, genom M. Smolek, i egenskap av ombud,
 - Spaniens regering, genom J. García-Valdecasas Dorrego, i egenskap av ombud,
 - Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S. Varone, avvocato dello Stato,
 - Ungerns regering, genom M. Fehér, K. Szíjjártó och K. Molnár, samtliga i egenskap av ombud,
 - Europeiska kommissionen, genom A. Tokár och M. Noll-Ehlers, båda i egenskap av ombud,
- och efter att den 23 januari 2014 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.2 a i 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).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan, å ena sidan, Technische Universität Hamburg-Harburg (Polytekniska universitetet i Hamburg) (nedan kallat universitetet) och Hochschul-Informationssystem GmbH (nedan kallat HIS) och, å andra sidan, Datenlotsen Informationssysteme GmbH (nedan kallat Datenlotsen). Målet rör frågan huruvida universitetet ska anses ha haft rätt att direkt tilldela HIS ett kontrakt, utan att tillämpa det anbudsförfarande som föreskrivs i direktiv 2004/18.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 I direktiv 2004/18 återfinns de bestämmelser som ska tillämpas på kontrakt som tilldelas av de upphandlande myndigheterna.
- 4 Artikel 1 i detta direktiv har rubriken ”Definitioner”. Punkt 2 a i artikeln innehåller följande definition:
”offentliga kontrakt: 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.”
- 5 Artikel 1.8 i direktivet innehåller följande definition:
”entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör: beteckningar för varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggtreprenader och/eller tillhandahåller byggtreprenader, varor eller tjänster.

Termen ekonomisk aktör betecknar såväl en varuleverantör som en tjänsteleverantör och en entreprenör. Den används enbart i syfte att förenkla texten.

...”

- 6 I artikel 1.9 i direktiv 2004/18 ges en detaljerad definition av vilka enheter som ska betraktas som upphandlande myndigheter och som vid ingående av kontrakt med ekonomiska villkor med en ekonomisk aktör måste inleda ett upphandlingsförfarande i enlighet med reglerna i detta direktiv.
- 7 I artikel 7 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Tröskelvärden för offentliga kontrakt”, fastställs de uppskattade tröskelvärden över vilka tilldelning av ett kontrakt måste ske enligt direktivets bestämmelser. Dessa tröskelvärden ändras regelbundet genom kommissionens förordningar och anpassas till de ekonomiska förhållandena. Vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet var tröskelvärdet för offentliga kontrakt tilldelade av andra upphandlande myndigheter än centrala statliga myndigheter fastställt till 193 000 euro genom kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009, av den 30 november 2009 (EUT L 314, s. 64).

Tilldelning av kontrakt utan att tillämpa förfarandet enligt direktiv 2004/18 – Så kallad in house-tilldelning

- 8 Villkoren för en sådan tilldelning har slagits fast och utvecklats genom domstolens praxis, enligt vilken ett anbuds-förfarande i enlighet med direktiv 2004/18 inte är obligatoriskt för det fall att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över en i förhållande till myndigheten fristående juridisk person, som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som äger den (se, för ett liknande resonemang, dom Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punkt 50).

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 9 Universitetet är en statlig högskola tillhörande delstaten Freie und Hansestadt Hamburg (nedan kallad delstaten Hamburg). Universitetet är ett offentligrättsligt organ i den mening som avses i artikel 1.9 i direktiv 2004/18 och följaktligen en upphandlande myndighet. Universitetet hade för avsikt att införa ett databehandlingssystem för högskoleadministration och gjorde därför en jämförelse mellan ett system som utvecklats av Datenlotsen och ett system som utvecklats av HIS. Efter att ha jämfört de båda databehandlingssystemen valde universitetet att köpa in systemet från HIS och tilldelade detta bolag, den 7 april 2011, ett kontrakt direkt utan att genomföra något förfarande för offentlig upphandling enligt direktiv 2004/18. Det uppskattade värdet på kontraktet uppgick till 840 000 euro.
- 10 Det framgår av de handlingar som lämnats in till domstolen att HIS är ett privaträttsligt bolag med begränsat ansvar som ägs till en tredjedel av Förbundsrepubliken Tyskland och till två tredjedelar av de 16 tyska delstaterna, varvid delstaten Hamburgs ägande uppgår till 4,16 procent. Enligt artikel 2 i HIS:s stadgar är dess ändamål att stödja de statliga högskolorna och de behöriga förvaltningarna i deras arbete med att utföra sina uppgifter inom högskolan på ett rationellt och ekonomiskt sätt. HIS:s databehandlingssystem används av fler än 220 statliga och kyrkliga högskolor.
- 11 Enligt artikel 12.1 i HIS:s stadgar ska bolagets kontrollorgan (Aufsichtsrat) bestå av 10 ledamöter varav 7 stycken väljs på förslag av delstaternas ministrar, 2 stycken på förslag av rektorskonferensen för högskolorna (en förening av universitetet och de allmänna och av staten erkända tyska högskolorna), och en på förslag av de federala myndigheterna. Enligt artikel 15.1 i stadgarna ska HIS även ha en rådgivande styrelse (Kuratorium) varav 19 av 37 ledamöter kommer från delstaternas ministerkonferens. Vad gäller HIS:s verksamhet kommer 5,14 procent av bolagets omsättning från verksamhet som bedrivits åt andra inrättningar än statliga högskolor.

- 12 Att universitetet tilldelat HIS kontraktet direkt är, enligt de båda avtalsparterna, motiverat trots att det inte finns något kontrollförhållande mellan dem, eftersom kriteriet om ”motsvarande kontroll”, såsom detta framgår av den ovan redovisade rättspraxisen, är uppfyllt med hänsyn till att bägge parter står under delstaten Hamburgs kontroll.
- 13 Datenlotsen ansökte om överprövning av beslutet att tilldela HIS kontraktet direkt vid Vergabekammer bei der Finanzbehörde Hamburg (prövningsnämnd i första instans med behörighet att pröva ärenden rörande offentlig upphandling). Vergabekammer biföll ansökan och anförde följande i skälen. Villkoren i domstolens praxis för ”in house”-tilldelning är inte uppfyllda i förevarande fall. Närmare bestämt är villkoret om ”motsvarande kontroll” inte uppfyllt, eftersom universitetet, i egenskap av upphandlande myndighet, inte kan utöva en kontroll över HIS som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning. Visserligen är universitetet en offentligrättslig juridisk person tillhörande delstaten Hamburg, som äger 4,16 procent av HIS:s kapital, men universitetet och delstaten Hamburg är emellertid två skilda juridiska personer.
- 14 Inte heller påståendet om att delstaten Hamburg kontrollerar såväl universitetet som HIS är tillräckligt för att detta villkor ska anses vara uppfyllt, eftersom en sådan form av ”motsvarande kontroll” inte har stöd i domstolens praxis. Härtill kommer att universitetet är självständigt och att den tillsyn som delstaten Hamburg utövar över universitetet (rättslig tillsyn och så kallad ändamålsenlighetstillsyn) i fråga om hur universitetet förvaltar sina tilldelade medel inte kan likställas med de ledningsbefogenheter som en upphandlande myndighet ska ha. Inte heller kan delstaten Hamburg anses utöva kontroll över HIS, eftersom den inte har någon permanent ledamot i bolagets kontrollorgan.
- 15 HIS och universitetet överklagade Vergabekammerns beslut till den hänskjutande domstolen, Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (nedan kallad Oberlandesgericht).
- 16 Oberlandesgericht har påpekat att den i tysk doktrin mycket omdiskuterade frågan huruvida en offentlig upphandling i en konstellation med tre personer, kvalificerad som en horisontell intern transaktion, omfattas av den praxis som följer av dom Teckal (EU:C:1999:562) ännu inte har behandlats av domstolen. Den anser att syftet och målsättningen med undantaget om ”in house”-tilldelning av kontrakt, som utvecklats i nämnda praxis, skulle kunna tala för att sådana horisontella interna transaktioner som de i det nationella målet omfattas av nämnda undantag. Det kan i förevarande fall emellertid inte vara fråga om ett mellankommunalt samarbete, i den mening som avses i domstolens praxis (domarna kommissionen mot Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357, och Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. C-159/11, EU:C:2012:817), eftersom varken universitetet eller HIS utgör offentliga myndigheter och HIS inte direkt har anförtrots att fullgöra ett allmännyttigt uppdrag.
- 17 Oberlandesgericht har anfört att statliga högskolor enligt sina stadgar har ett stort mått av självständighet på området för forskning och undervisning, och att utövandet av dessa självständiga befogenheter enbart är underkastade rättslig tillsyn. Det avtal som är aktuellt i det nationella målet avser emellertid området för förvaltning av de medel som tilldelats universitetet, där de behöriga myndigheterna har en kontrollbefogenhet som sträcker sig till möjligheten att upphäva eller ändra universitetens beslut avseende inköp.
- 18 Oberlandesgericht anser alltså att villkoret om ”motsvarande kontroll” är uppfyllt på området för högskolornas inköp. Den undrar dock om inte detta villkor kräver att kontrollen omfattar alla områden där den underordnade enheten är verksam, så att en begränsning av denna kontroll till att enbart gälla upphandling av varor och tjänster skulle leda till att villkoret inte är uppfyllt. För detta talar enligt Oberlandesgericht domstolens praxis, enligt vilken den upphandlande myndigheten ska ha möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl den underordnade enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut.

- 19 Vad gäller delstaten Hamburgs kontroll av HIS har Oberlandesgericht konstaterat att den omständigheten att delstaten Hamburg enbart äger 4,16 procent av kapitalet i detta bolag och inte har någon permanent ledamot i dess kontrollorgan skulle kunna tala mot att det föreligger en kontroll som motsvarar den kontroll som delstaten utövar över sin egen förvaltning. Vad gäller det andra villkoret, som enligt domstolens praxis måste vara uppfyllt, närmare bestämt kravet på att den enhet som tilldelas kontraktet "bedriver huvuddelen" av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten, anser Oberlandesgericht att detta är uppfyllt i förevarande fall, eftersom HIS:s verksamhet till helt övervägande del riktas mot högskolor, medan övrig verksamhet är underordnad.
- 20 Oberlandesgericht har mot denna bakgrund beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Ska med 'offentligt kontrakt' i den mening som avses i artikel 1.2 a i ... direktiv 2004/18 ... också förstås ett kontrakt i samband med vilket den upphandlande myndigheten visserligen inte utövar en kontroll över den enhet som tilldelas kontraktet, som motsvarar den myndighetens kontroll över sin egen förvaltning, men där både den upphandlande myndigheten och den enhet som tilldelas kontraktet kontrolleras av samma huvudman, som i sin tur är en upphandlande myndighet i den mening som avses i direktiv 2004/18, och den upphandlande myndigheten och den enhet som tilldelas kontraktet bedriver huvuddelen av sin verksamhet för sin gemensamma huvudman (horisontell intern transaktion)?

För det fall att den första frågan ska besvaras jakande:

2) Måste en kontroll motsvarande den som en myndighet utövar över sin egen förvaltning omfatta all verksamhet som den enhet som tilldelas kontraktet bedriver, eller är det tillräckligt med en kontroll som enbart omfattar inköpsområdet?"

Prövning av tolkningsfrågorna

- 21 Den hänskjutande domstolen har ställt sina frågor för att få klarhet i huruvida artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att ett kontrakt avseende leverans av varor, som ingås mellan å ena sidan ett universitet som är en upphandlande myndighet och som på området för inköp av varor och tjänster kontrolleras av en tysk delstat, och å andra sidan ett privaträttsligt företag som ägs av förbundsstaten samt tyska delstater, däribland nämnda delstat, utgör ett offentligt kontrakt i den mening som avses i denna bestämmelse.
- 22 Enligt domstolens praxis är huvudsyftet med de unionsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling att öppna upp området för upphandling av arbete, varor eller tjänster för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater, vilket förutsätter att varje upphandlande myndighet är skyldig att tillämpa de relevanta unionsrättsliga bestämmelserna när förutsättningarna för detta är uppfyllda (se, för ett liknande resonemang, dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 44).
- 23 Varje undantag från denna skyldighet ska således tolkas strikt (se dom Stadt Halle och RPL Lochau, EU:C:2005:5, punkt 46).
- 24 Domstolen har slagit fast att det vad gäller tillämpningen av upphandlingsförfaranden enligt direktiv 2004/18 i princip är tillräckligt, enligt artikel 1.2 a i detta direktiv, att ett kontrakt med ekonomiska villkor har slutits mellan, å ena sidan, en upphandlande myndighet och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person (dom Teckal, EU:C:1999:562, punkt 50).
- 25 Det av domstolen erkända undantaget från att tillämpa denna princip avseende "in house"-tilldelning av kontrakt är motiverat med hänsyn till att en offentlig myndighet, som är en upphandlande myndighet, har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel

– administrativa, tekniska och andra – utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation och till att detta undantag även kan omfatta situationer där avtalsparten är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person när denna myndighet utövar en kontroll över den enhet som tilldelats kontraktet, som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning och denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten (se, för ett liknande resonemang, dom Teckal, EU:C:1999:562, punkt 50, och dom Stadt Halle och RPL Lochau, EU:C:2005:5, punkterna 48 och 49). I sådana fall kan den upphandlande myndigheten anses ha tillgång till egna medel.

- 26 Domstolen har förtydligat begreppet ”motsvarande kontroll” ytterligare, genom att slå fast att det måste vara fråga om en möjlighet för den upphandlande myndigheten att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om både de strategiska målen för den enhet som tilldelats kontraktet och dess viktiga beslut samt att den upphandlande myndighetens kontroll ska vara effektiv, strukturell och funktionell (se, för ett liknande resonemang, dom Econord, C-182/11 och C-183/11, EU:C:2012:758, punkt 27 och där angiven rättspraxis).
- 27 Domstolen har dessutom slagit fast att en ”motsvarande kontroll” kan utövas gemensamt med flera offentliga myndigheter som tillsammans äger den enhet som tilldelats kontraktet (se, för ett liknande resonemang, dom Econord, EU:C:2012:758, punkterna 28–31 och där angiven rättspraxis).
- 28 I det nationella målet är det utrett att det inte finns något kontrollförhållande mellan universitetet, som är upphandlande myndighet, och HIS, den enhet som tilldelats kontraktet. Universitetet äger nämligen inte någon andel i detta bolag och har inte heller någon ledamot i dess kontrollorgan.
- 29 Den omständighet som motiverar ett undantag vad gäller så kallade in-house-tilldelningar, närmare bestämt ett särskilt internt samband mellan den upphandlande myndigheten och den enhet som tilldelats kontraktet, föreligger inte i en sådan situation som den i det nationella målet.
- 30 En sådan situation kan följaktligen inte omfattas av nämnda undantag, eftersom gränserna för tillämpningen av undantaget, vilka klart angetts av domstolen i dess praxis, annars skulle utvidgas på ett sätt som avsevärt kan inskränka räckvidden av den princip som redovisats i punkt 24 ovan.
- 31 Domstolen finner dessutom, mot bakgrund av de handlingar som lämnats in till domstolen och ovan redovisad rättspraxis, att delstaten Hamburg i vilket fall som helst inte har möjlighet att utöva en ”motsvarande kontroll” över universitetet.
- 32 Det kan nämligen konstateras att den kontroll som delstaten Hamburg utövar över universitetet enbart omfattar en del av universitetets verksamhet, närmare bestämt frågor som rör inköp, men inte områdena för undervisning och forskning, där universitetet har en stor självständighet. Att i en sådan situation anse att denna begränsade kontroll utgör en ”motsvarande kontroll”, skulle strida mot den rättspraxis som anges i punkt 26 ovan.
- 33 Under dessa omständigheter är det inte nödvändigt att undersöka huruvida undantaget avseende ”in house”-tilldelning kan tillämpas på en så kallad horisontell intern transaktion, det vill säga i en situation där samma upphandlande myndighet/myndigheter utövar en ”motsvarande kontroll” över två skilda ekonomiska aktörer varav den ena tilldelar den andra ett kontrakt.
- 34 Vad gäller tillämpningen, i det nationella målet, av den rättspraxis, avseende samarbetet mellan regionala eller lokala myndigheter, som följer av domarna kommissionen mot Tyskland (EU:C:2009:357) och Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (EU:C:2012:817), konstaterar domstolen, i likhet med den hänskjutande domstolen och av de skäl som redovisats i punkt 16 ovan, att villkoren för att tillämpa undantaget enligt denna rättspraxis inte är uppfyllda.

- 35 Samarbetet mellan universitetet och HIS syftar nämligen inte till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för dessa organ fullgörs i den mening som avses i rättspraxis (dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., EU:C:2012:817, punkterna 34 och 37).
- 36 Med hänsyn till det ovanstående ska tolkningsfrågorna besvaras enligt följande. Artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 ska tolkas på så sätt att ett kontrakt avseende leverans av varor, som ingås mellan å ena sidan ett universitet som är en upphandlande myndighet och som på området för inköp av varor och tjänster kontrolleras av en tysk delstat, och å andra sidan ett privaträttsligt företag som ägs av förbundsstaten samt tyska delstater, däribland nämnda delstat, utgör ett offentligt kontrakt i den mening som avses i denna bestämmelse och därför omfattas av reglerna om tilldelning av offentliga kontrakt i nämnda direktiv.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

Artikel 1.2 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, ska tolkas på så sätt att ett kontrakt avseende leverans av varor, som ingås mellan å ena sidan ett universitet som är en upphandlande myndighet och som på området för inköp av varor och tjänster kontrolleras av en tysk delstat, och å andra sidan ett privaträttsligt företag som ägs av förbundsstaten samt tyska delstater, däribland nämnda delstat, utgör ett offentligt kontrakt i den mening som avses i denna bestämmelse och därför omfattas av reglerna om tilldelning av offentliga kontrakt i nämnda direktiv.

Underskrifter