



## Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 18 december 2014\*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling av tjänster — Direktiv 92/50/EEG — Artiklarna 1 c och 37 — Direktiv 2004/18/EG — Artiklarna 1.8 första stycket och 55 — Begreppen ’tjänsteleverantör’ och ’ekonomisk aktör’ — Offentligt universitetssjukhus — Inrättning som är en juridisk person och har företags- och organisationsautonomi — Huvudsakligen icke vinstdrivande verksamhet — Institutionellt syfte att tillhandahålla hälso- och sjukvårdstjänster — Möjlighet att tillhandahålla motsvarande tjänster på marknaden — Rätt att delta i ett upphandlingsförfarande”

I mål C-568/13,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Italien) genom beslut av den 28 juni 2013, som inkom till domstolen den 6 november 2013, i målet

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

mot

**Data Medical Service Srl,**

ytterligare deltagare i rättegången:

**Regione Lombardia,**

**Bio-Development Srl,**

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

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

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: handläggaren V. Tourrès,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 15 oktober 2014,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

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

\* Rättegångsspråk: italienska.

- Data Medical Service Srl, genom T. Ugoccioni, avvocato,
- Bio-Development Srl, genom E. D'Amico och T. Ugoccioni, avvocati,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S. Varone, avvocato dello Stato,
- Europeiska kommissionen, genom G. Conte och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

### Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 1 c och 37 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 139) och artiklarna 1.8 första stycket och 55 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 Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze (universitetssjukhus i Careggi) (nedan kallat Azienda) och Data Medical Service Srl (nedan kallat Data Medical Service). Målet avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten haft rätt att utesluta Azienda från ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster.

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionsrätt*

- 3 Artikel 1 c i direktiv 92/50 innehåller följande definition:

*”tjänsteleverantör: varje fysisk eller juridisk person, inklusive offentliga organ, som erbjuder tjänster ...”*

- 4 Artikel 37 i direktivet har följande lydelse:

*”Om anbudssummor för ett visst kontrakt förefaller vara orimligt låga i förhållande till den tjänst som skall presteras, skall de upphandlande myndigheterna innan de förkastar sådana anbud kräva en skriftlig förklaring för de delar av anbuden de anser vara betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera dessa delar med hänsyn till de förklaringar som inkommit.*

De upphandlande myndigheterna får ta hänsyn till förklaringar som motiveras på objektiva grunder, inklusive besparingar genom valet av metod för utförandet av tjänsten, valda tekniska lösningar, exceptionellt förmånliga villkor som anbudsgivaren kan utnyttja vid utförandet av tjänsten eller originaliteten i utformningen av anbudsgivarens projekt.

Om det i kontraktshandlingarna anges att kontraktet skall tilldelas anbudet med lägsta pris, måste de upphandlande myndigheterna informera kommissionen om de anbud som förkastas på grund av att de ansetts för låga.”

5 I skäl 1 i direktiv 2004/18 anges att direktivet av tydlighetsskäl bör omarbета tidigare direktiv tillämpliga på offentlig upphandling av tjänster, byggtreprenader och varor till en enda text, och att det bygger på domstolens rättspraxis.

6 Skäl 4 i samma direktiv har följande lydelse:

”Om ett offentligrättsligt organ lämnar in ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling bör medlemsstaterna se till att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids.”

7 Artikel 1.8 första och andra styckena i direktiv 2004/18 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.”

8 Artikel 55 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Onormalt låga anbud”, har följande lydelse:

”1. Om det för ett visst kontrakt finns anbud som förefaller vara onormalt låga i förhållande till varorna, byggtreprenaden eller tjänsterna, skall den upphandlande myndigheten, innan anbuderna förkastas, skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudens innehåll som den anser sig behöva.

Dessa förtydliganden kan särskilt gälla

- a) ekonomiska kalkyler avseende byggmetoderna, sättet att tillverka varorna eller sättet att tillhandahålla tjänsterna,
- b) valda tekniska lösningar och/eller ovanligt gynnsamma förhållanden som anbudsgivaren kan räkna med för att utföra byggtreprenaden, leverera varorna eller tillhandahålla tjänsterna,
- c) originaliteten i anbudsgivarens förslag med avseende på byggtreprenader, varor och tjänster,
- d) iakttagande av de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som är i kraft på den ort där tillhandahållandet av byggtreprenaden, tjänsten eller varan skall ske,
- e) möjligheten för anbudsgivaren att få statligt stöd.

2. Den upphandlande myndigheten skall i samråd med anbudsgivaren granska detta innehåll med beaktande av de ingivna förklaringarna.

3. Om en upphandlande myndighet fastställer att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd, får anbudet förkastas enbart av denna anledning först efter samråd med anbudsgivaren och om denne inom den rimliga tidsfrist som fastställs av den upphandlande myndigheten inte kan bevisa att det berörda stödet har beviljats på lagliga grunder. Om den upphandlande myndigheten förkastar ett anbud under dessa omständigheter, skall den underrätta kommissionen om detta.”

*Italiensk rätt*

- 9 Det framgår av artikel 3 i lagstiftningsdekret nr 502 om hälso- och sjukvårdsreformer (decreto legislativo n. 502 Riordino della disciplina in materia sanitaria) av den 30 december 1992 (ordinarie tillägg till GURI nr 305 av den 30 december 1992), som den har tolkats av Corte costituzionale (författningsdomstolen), att vårdinrättningar är offentliga ekonomiska organ som ”genomför sitt i huvudsak tekniska uppdrag som en juridisk person i form av offentliga inrättningar med företagsmässig självständighet, utifrån generella anvisningar i de regionala hälso- och sjukvårdsplanerna och tillämpningsföreskrifter från Giunte regionali [(regionala råd)]”.
- 10 I artikel 3.1 bis i det lagstiftningsdekretet föreskrivs följande:
- ”I sin strävan efter att uppfylla sina institutionella syften ska lokala hälso- och sjukvårdsenheter bildas som offentligrättsliga juridiska personer med företagsmässig självständighet. Deras organisation och funktion regleras i en atto aziendale [akt som definierar ansvaret i fråga om förvaltning, särskilt vad avser budget] i privaträtten, med beaktande av de principer och kriterier som föreskrivs i regionala bestämmelser. Atto aziendale ska definiera vilka operationsstrukturer som är förvaltningsmässigt samt tekniskt och professionellt självständiga och som ska ge in utförlig bokföring.”
- 11 Direktiv 92/50 har införlivats med den italienska rättsordningen genom lagstiftningsdekret nr 157 av den 17 mars 1995 (ordinarie tillägg till GURI nr 104 av den 6 maj 1995).
- 12 Artikel 2.1 i det dekretet har följande lydelse:
- ”Som upphandlande myndighet ska betecknas statens förvaltning, regionerna, de självständiga provinserna Trentino och Bolzano, lokala offentliga enheter, övriga offentliga enheter som saknar vinstsyfte, varje offentligrättsligt organ, oberoende av dess beteckning.”
- 13 I artikel 5.2 h i samma dekret föreskrivs att dekretet inte ska tillämpas på ”offentliga tjänstekontrakt som tilldelas ett offentligt organ som själv är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 2 på grundval av en ensamrätt som det innehar enligt lagar, föreskrifter eller förvaltningsrättsliga bestämmelser, förutsatt att dessa åtgärder är förenliga med fördraget”.
- 14 Direktiv 2004/18 har införlivats med den italienska rättsordningen genom lagstiftningsdekret nr 163/2006 av den 12 april 2006 (ordinarie tillägg till GURI nr 100 av den 2 maj 2006) om kodifiering av bestämmelserna om offentlig upphandling.
- 15 Artikel 19.2 i detta dekret föreskriver följande:
- ”Denna lag ska inte tillämpas på offentliga tjänstekontrakt som av en upphandlande myndighet eller en upphandlande offentlig enhet tilldelas en annan upphandlande myndighet eller en sammanslutning av upphandlande myndigheter på grundval av en ensamrätt som dessa innehar enligt offentliggjorda lagbestämmelser, föreskrifter eller förvaltningsrättsliga bestämmelser, under förutsättning att de är förenliga med fördraget.”
- 16 I artikel 34.1 i samma dekret anges vilka personer som är behöriga att delta i offentliga upphandlingsförfaranden och den har följande lydelse:
- ”Följande personer får delta i offentliga upphandlingsförfaranden, utan att detta påverkar uttryckligen angivna begränsningar:
- a) enskilda kommersiella aktörer, inklusive hantverkare, kommersiella företag, partnerskap och kooperativ,

- b) konsortier av produktions- och arbetskooperativ ... och konsortier för hantverkare ...,
  - c) konsortier som bildats bland annat i form av bolagssammanslutningar i den mening som avses i artikel 2615 ter i civillagen ..., mellan enskilda entreprenörer (inklusive hantverkare), bolag, eller produktions- eller arbetskooperativ, enligt artikel 36,
  - d) tillfälliga sammanslutningar av konkurrenter, vars medlemmar innefattas av de rättssubjekt som anges under a, b och c ...,
  - e) ordinarie konsortier av konkurrenter som avses i artikel 2602 i civillagen, mellan personer som avses i a, b och c i förevarande punkt, inbegripet i form av bolag i den mening som avses i artikel 2615 ter i civillagen ...,
  - ea) omgrupperingar av företag som är parter i ett nätverksavtal i den mening som avses i artikel 3.4 ter i lagstiftningsdekret nr 5 av den 10 februari 2009 ...,
  - f) de personer som har ingått avtal för europeiska ekonomiska intressegrupperingen (EEIG) i den mening som avses i lagstiftningsdekret nr 240 av den 23 juli 1991 ...,
  - fa) ekonomiska aktörer i den mening som avses i artikel 3.22, som är etablerade i andra medlemsstater och som har bildats i enlighet med den tillämpliga lagstiftningen i den berörda medlemsstaten.”
- 17 Led fa infördes i artikel 34.1 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 genom lagstiftningsdekret nr 152 av den 11 september 2008 (ordinarie tillägg till GURI nr 231 av den 2 oktober 2008) efter det att kommissionen hade inlett ett fördragsbrottsförfarande mot Republiken Italien. Kommissionen hade i nämnda förfarande påpekat att direktiven på området för offentlig upphandling inte medger att deltagandet i anbuds förfaranden begränsas till vissa kategorier av ekonomiska aktörer.
- 18 I artiklarna 86–88 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 finns bestämmelser om mekanismer för att granska huruvida ett anbud är orimligt, på grundval av vilka den upphandlande myndigheten kan besluta att utesluta en anbudsgivare från det aktuella upphandlingsförfarandet.

### **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

- 19 Genom ett meddelande som offentliggjordes den 5 oktober 2005 inledde Regione Lombardia (regionen Lombardiet) ett anbuds förfarande för tilldelning, utifrån kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, av ett treårigt kontrakt innefattande databehandling för extern kvalitetsbedömning av läkemedel. Azienda, som har sitt säte och sin verksamhet i regionen Toscana, deltog i anbuds förfarandet och rangordnades högst huvudsakligen mot bakgrund av priset för de tjänster det tillhandahöll, vilket var 59 procent lägre än den näst högst rangordnade anbudsgivaren, Data Medical Service. Sedan det granskats om anbudet kunde anses vara orimligt, tilldelades Azienda kontraktet genom Regione Lombardias beslut av den 26 maj 2006.
- 20 Data Medical Service överklagade beslutet om tilldelning till Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (förvaltningsdomstol i regionen Lombardiet) (nedan kallad Tribunale amministrativo) och gjorde gällande att Azienda borde ha uteslutits på den grunden att offentliga inrättningar enligt tillämplig lagstiftning inte kunde delta i offentliga upphandlingar och, under alla omständigheter, att sjukhusets anbud var orimligt lågt med hänsyn till omfattningen av den erbjudna prissänkningen.
- 21 I dom av den 24 november 2006 biföll Tribunale Amministrativo överklagandet på den första grunden. Den bedömde med stöd av artikel 5.2 h i lagstiftningsdekret nr 157/1995, jämförd med artiklarna 19 och 34 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, att även om de sistnämnda bestämmelserna inte var

tillämpliga i förevarande fall av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*), var det formellt inte tillåtet för offentliga inrättningar som Azienda att delta i offentliga upphandlingsförfaranden, eftersom dessa inrättningar endast under vissa villkor kan medges direkt tilldelning av ett kontrakt. Då Azienda är ett offentligt organ som uteslutande syftar till att förvalta det offentliga sjukhuset i Florens kan det nämligen inte verka i fri konkurrens med privata aktörer.

- 22 Azienda överklagade domen till den hänskjutande domstolen, Consiglio di Stato (högsta förvaltningsdomstolen).
- 23 Consiglio di Stato har inledningsvis påpekat att Azienda har ett fortsatt intresse av att dess rätt att delta i offentliga upphandlingar erkänns, oberoende av att det aktuella kontraktet fullgjorts i alla delar under tiden.
- 24 Consiglio di Stato har därefter angett att den första frågan som uppstår i förevarande fall är hur begreppet ekonomisk aktör i den mening som avses i unionsrätten ska definieras exakt, och huruvida det är möjligt att låta ett offentligt universitetssjukhus omfattas av det begreppet. Vad gäller dessa inrättningsbeskaffenhet inom ramen för förfarandet för "aziendalizzazione", det vill säga övergången till en kommersiell modell, har Consiglio di Stato påpekat att det förfarandet har medfört en omvandling av befintliga "lokala hälso- och sjukvårdsmyndigheter", vilka ursprungligen var myndigheter på kommunal nivå, till inrättningar som är juridiska personer med företagsmässig självständighet, det vill säga självständighet vad avser organisation, ekonomi, redovisning och förvaltning. Denna övergång har inneburit att viss doktrin och viss nationell rättspraxis har betecknat offentliga vårdinrättningar, inbegripet sjukhus, som "offentliga ekonomiska organ". Dessa inrättningsbeskaffenhet är emellertid inte ifrågasatt. Deras verksamhet är inte huvudsakligen vinstdrivande och de har administrativa befogenheter, i egentlig mening, särskilt vad avser tillsyn och sanktioner.
- 25 Consiglio di Stato är tveksam till om det under dessa omständigheter fortfarande kan hävdas, såsom Tribunale Amministrativo har gjort, att det finns ett absolut förbud i italiensk rätt för sådana inrättningar, i egenskap av offentliga ekonomiska organ, att delta i anbuds-förfaranden som en "vanlig konkurrent". Consiglio di Stato har därvid hänvisat till domstolens rättspraxis, särskilt domarna ARGE (C-94/99, EU:C:2000:677), CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807) och Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, EU:C:2012:817), som den anser innebär att varje enhet som anser sig vara lämpad att säkerställa att ett offentligt kontrakt genomförs har rätt att delta i upphandlingsförfarandet, oberoende av om enheten har ställning som privat- eller offentligrättsligt subjekt.
- 26 Enligt Consiglio di Stato följs nyss nämnda rättspraxis av de flesta italienska domstolarna, vilka dessutom i sina avgöranden har understrukt att förteckningen i artikel 34 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 inte kan betraktas som uttömmande. Consiglio di Stato anser att denna gemenskapsrättspraxis och nationella rättspraxis utgör hinder för att artikel 5.2 b i lagstiftningsdekret nr 157/1995 och artikel 34 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 tolkas så, att de på förhand utesluter ett sjukhus från att delta i upphandlingsförfaranden. Ett sådant principiellt förbud är nämligen inte längre nödvändigt.
- 27 Detta innebär emellertid inte att sådana inrättningar har obegränsad rätt att delta i offentliga upphandlingsförfaranden. Enligt Consiglio di Stato har det i samma rättspraxis uppställts två begränsningar. Den första avser att den upphandlade verksamheten ska utgöra ett medel för att fullfölja det berörda offentliga organets institutionella syften, och den andra att det inte får finnas någon särskild nationell lagbestämmelse som förbjuder nämnda verksamhet, särskilt med hänsyn till en eventuell snedvridning av konkurrensen.

- 28 Vad gäller den första begränsningen anser Consiglio di Stato att offentliga sjukhus, i synnerhet universitetssjukhus, även bedriver viktig undervisnings- och forskningsverksamhet. Detta utgör institutionella syften som kan sägas motsvara den tjänst som är aktuell i upphandlingsförfarandet i det nationella målet, det vill säga databehandling. Vad gäller den andra begränsningen anser Consiglio di Stato att möjligheten för ett organ som erhåller offentlig finansiering att fritt delta i upphandlingsförfaranden ger upphov till frågan om likabehandling av olikartade konkurrenter, nämligen å ena sidan de aktörer som måste verka på marknaden och å andra sidan de som även kan räkna med offentlig finansiering och således kan lämna anbud som inget privaträttsligt subjekt skulle ha möjlighet att lämna. Det finns följaktligen anledning att söka efter korrigeringsmekanismer som kan utjämna den ursprungliga obalansen mellan de olika ekonomiska aktörerna, och dessa mekanismer bör gå längre än en granskning av huruvida anbud eventuellt är orimliga.
- 29 Consiglio di Stato har mot denna bakgrund beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:
- ”1) Utgör artikel 1 i direktiv 92/50, även mot bakgrund av den senare antagna artikel 1.8 i direktiv 2004/18, hinder för en nationell bestämmelse som har tolkats så, att [Azienda] ska uteslutas från att delta i upphandlingsförfaranden på den grunden att det är fråga om ett sjukhus som har karaktären av ett offentligt ekonomiskt organ?
- 2) Utgör unionslagstiftningen om offentlig upphandling – och särskilt de allmänna principerna om fri konkurrens, icke-diskriminering och proportionalitet – hinder för en nationell lagstiftning som tillåter att en aktör såsom [Azienda], som erhåller permanent offentlig finansiering och som direkt har getts i uppdrag att tillhandahålla offentlig hälso- och sjukvård, genom denna situation vinner viktiga konkurrensfördelar i förhållande till andra ekonomiska aktörer, vilket bekräftas av omfattningen av den erbjudna prissänkningen, utan att det samtidigt föreskrivs korrigerande åtgärder för att undvika en sådan snedvridning av konkurrensen?”

## Prövning av tolkningsfrågorna

### *Den första frågan*

- 30 Den första frågan bottenar i de tvivel som Consiglio di Stato har i fråga om huruvida den tillämpliga italienska lagstiftningen – som har tolkats så, att den föreskriver ett generellt förbud för offentliga inrättningar, vilket följaktligen även inbegriper offentliga universitetssjukhus som Azienda, att delta i offentliga upphandlingsförfaranden – kan anses vara förenlig med relevant rättspraxis från domstolen på området för offentlig upphandling.
- 31 Consiglio di Stato har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 1 c i direktiv 92/50 utgör hinder för en nationell lagstiftning som utesluter ett offentligt sjukhus, som det i det nationella målet, från att delta i offentliga upphandlingsförfaranden på den grunden att det utgör ett offentligt ekonomiskt organ.
- 32 Domstolen konstaterar inledningsvis att även om frågan avser både artikel 1 c i direktiv 92/50 och artikel 1.8 första stycket i direktiv 2004/18, regleras kontraktet i det nationella målet av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) av direktiv 92/50. Det framgår nämligen av punkt 19 ovan att Regione Lombardia inledde det upphandlingsförfarande som är i fråga i det nationella målet genom ett meddelande som offentliggjordes den 5 oktober 2005. I enlighet med artiklarna 80 och 82 i direktiv 2004/18 skulle direktiv 92/50 upphävas genom direktiv 2004/18 först den 31 januari 2006. Det upphandlingsförfarande som är i fråga i det nationella målet regleras således av de rättsregler som var tillämpliga vid tiden för offentliggörandet av meddelandet om upphandling.

- 33 Det ska därefter påpekas att möjligheten för offentliga organ att delta i upphandlingsförfaranden, liksom privata ekonomiska aktörers deltagande, tydligt framgår av lydelsen i artikel 1 c i direktiv 92/50, enligt vilken "tjänsteleverantör" är varje fysisk eller juridisk person, inklusive offentliga organ, som erbjuder tjänster. En sådan möjlighet att delta har dessutom slagits fast av domstolen i dom Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, punkt 51), och har bekräftats i senare domar ARGE (EU:C:2000:677, punkt 40), CoNISMa (EU:C:2009:807, punkt 38) och Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (EU:C:2012:817, punkt 26).
- 34 Domstolen har därvid även understrukit att ett av syftena med unionsbestämmelserna på området för offentlig upphandling är att det öppnas upp för så bred konkurrens som möjligt (se, för ett liknande resonemang, dom Bayerischer Rundfunk m.fl., C-337/06, EU:C:2007:786, punkt 39) och att detta även ligger i den berörda upphandlande myndighetens eget intresse, vilken således får fler valmöjligheter vad beträffar det mest fördelaktiga anbudet och det anbud som är bäst anpassat efter den berörda myndighetens behov. En restriktiv tolkning av begreppet ekonomisk aktör skulle få till följd att de kontrakt som sluts mellan upphandlande myndigheter och organ som inte huvudsakligen har ett vinstsyfte inte skulle anses utgöra "offentliga kontrakt", och de upphandlande myndigheterna skulle därmed kunna tilldela dem efter ömsesidig överenskommelse utan att tillämpa unionsbestämmelserna om likabehandling och insyn, i strid med syftet med dessa bestämmelser (se, för ett liknande resonemang, dom CoNISMa, EU:C:2009:807, punkterna 37 och 43).
- 35 Domstolen har således slagit fast att det framgår av både unionsbestämmelserna och av rättspraxis att varje person eller enhet som, med beaktande av de villkor som uppställs i ett meddelande om offentlig upphandling, anser sig vara lämpad att säkerställa att kontraktet genomförs, får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande. Detta gäller oberoende av om personen eller enheten har ställning som privat- eller offentligrättsligt subjekt och oberoende av om personen eller enheten är stadigvarande verksam på marknaden eller enbart vid enstaka tillfällen (se, för ett liknande resonemang, dom CoNISMa, EU:C:2009:807, punkt 42).
- 36 Dessutom har medlemsstaterna, såsom framgår av lydelsen i artikel 26.2 i direktiv 92/50, visserligen rätt att låta vissa kategorier av ekonomiska aktörer leverera vissa tjänster. Medlemsstaterna kan reglera verksamheten för sådana enheter som universitet och forskningsinstitut, som inte har något vinstsyfte och som huvudsakligen bedriver undervisnings- och forskningsverksamhet. De kan bland annat tillåta, eller inte tillåta, sådana enheter att bedriva verksamhet på marknaden beroende på huruvida den aktuella verksamheten är förenlig eller inte med deras institutionella och stadgeenliga syften. Om och i den mån dessa enheter får erbjuda vissa tjänster på marknaden mot betalning, även tillfälligt, kan medlemsstaterna emellertid inte föreskriva att det är förbjudet för dessa att delta i upphandlingsförfaranden som avser tillhandahållande av samma tjänster. Ett sådant förbud skulle nämligen inte vara förenligt med artikel 1 a och c i direktiv 92/50 (se, vad beträffar motsvarande bestämmelser i direktiv 2004/18, dom CoNISMa, EU:C:2009:807, punkterna 47–49, och dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., EU:C:2012:817, punkt 27).
- 37 Som den italienska regeringens ombud angav vid den muntliga förhandlingen vid domstolen, får offentliga universitetssjukhus – som det i det nationella målet – i egenskap av "offentliga ekonomiska organ", som de anses utgöra enligt nationell rätt, bedriva verksamhet på marknaden mot betalning i branscher som är förenliga med deras institutionella och stadgeenliga syften. I det nationella målet verkar dessutom de tjänster som det aktuella upphandlingsförfarandet avser inte vara oförenliga med Aziendas institutionella och stadgeenliga syften. Under dessa omständigheter, vilket ankommer på den nationella domstolen att pröva, kan Azienda i enlighet med domstolens i punkt 36 ovan nämnda rättspraxis inte förhindras att delta i upphandlingsförfarandet.



38 Den första frågan ska således besvaras enligt följande. Artikel 1 c i direktiv 92/50 utgör hinder för en nationell lagstiftning som utesluter ett offentligt sjukhus, som det i det nationella målet, från att delta i offentliga upphandlingsförfaranden på den grunden att det utgör ett offentligt ekonomiskt organ, om och i den mån sjukhuset får verka på marknaden i enlighet med sina institutionella och stadgeenliga syften.

#### *Den andra frågan*

- 39 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i direktiv 92/50 och särskilt de allmänna principerna om fri konkurrens, icke-diskriminering och proportionalitet, vilka utgör grunden för direktivet, ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som gör det möjligt för ett i ett upphandlingsförfarande deltagande offentligt sjukhus, som det i det nationella målet, att lämna ett anbud som det är omöjligt att konkurrera med, till följd av den statliga finansiering som sjukhuset erhåller, utan att det föreskrivs korrigerande åtgärder för att förhindra att detta resulterar i en eventuell snedvridning av konkurrensen.
- 40 Consiglio di Stato har i sin redogörelse för skälen till att frågan har ställts uttryckt tvivel om huruvida förfarandet för granskning av orimligt låga anbud i artikel 37 i direktiv 92/50 kan anses utgöra ett tillräckligt medel för att förhindra sådana snedvridningar av konkurrensen.
- 41 Även om Consiglio di Stato finner det önskvärt att söka efter korrigeringsmekanismer som kan utjämna den ursprungliga obalansen mellan de olikartade ekonomiska aktörerna och att dessa mekanismer bör gå längre än en granskning av huruvida anbud eventuellt är orimliga, har unionslagstiftaren, som har varit medveten om att konkurrenterna i en offentlig upphandling är olikartade, inte föreskrivit om andra mekanismer än de som består i att granska och eventuellt förkasta orimligt låga anbud.
- 42 Det ska erinras om att upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.
- 43 Bestämmelserna i direktiv 92/50 och domstolens rättspraxis gör det emellertid inte möjligt att på förhand och utan ytterligare prövning utesluta en anbudsgivare från att delta i ett offentligt upphandlingsförfarande enbart på den grunden att den tack vare offentliga bidrag kan lämna anbud som är betydligt lägre än de anbud som lämnas av anbudsgivare som inte erhåller bidrag (se, för ett liknande resonemang, dom ARGE, EU:C:2000:677, punkterna 25–27, och dom CoNISMa, EU:C:2009:807, punkterna 34 och 40).
- 44 Under vissa särskilda förhållanden har den upphandlande myndigheten emellertid en skyldighet, eller i vart fall en möjlighet, att ta hänsyn till att bidrag lämnas, särskilt om det är fråga om stöd som strider mot fördraget, och att i förekommande fall utesluta anbudsgivare som erhåller sådant stöd (se, för ett liknande resonemang, dom ARGE, EU:C:2000:677, punkt 29, och dom CoNISMa, EU:C:2009:807, punkt 33).
- 45 Som kommissionen gjorde gällande under den muntliga förhandlingen vid domstolen, kan den omständigheten att den offentliga inrättningen har separat bokföring för verksamhet som bedrivs på marknaden och annan verksamhet göra det möjligt att granska huruvida ett anbud är orimligt lågt på grund av att det finns ett inslag av statligt stöd. Om sådan separat bokföring saknas, kan den upphandlande myndigheten emellertid inte av detta dra slutsatsen att ett sådant anbud möjliggjordes av ett bidrag eller statligt stöd som strider mot fördraget.

- 46 Vidare framgår det av lydelsen i artikel 37.1 och 37.3 i direktiv 92/50 att möjligheten att förkasta ett orimligt lågt anbud inte är begränsad till det fallet att det låga anbudet motiveras av ett statligt stöd som är rättsstridigt eller oförenligt med den inre marknaden. Denna möjlighet är nämligen mer allmän till sin karaktär.
- 47 För det första framgår det av bestämmelsens lydelse att den upphandlande myndigheten när den granskar huruvida ett anbud är orimligt lågt ska kräva att anbudssökanden lämnar nödvändiga förklaringar för att bevisa att dess anbud är allvarligt menat (se, för ett liknande resonemang, dom SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 28).
- 48 Förekomsten av ett effektivt kontradiktoriskt förfarande, vid en relevant tidpunkt i förfarandet för granskning av anbuderna, mellan den upphandlande myndigheten och anbudssökanden, för att den sistnämnda ska kunna bevisa att dess anbud är allvarligt menat, utgör ett krav enligt direktiv 92/50 för att undvika godtycke från den upphandlande myndighetens sida och säkerställa en sund konkurrens mellan företagen (se, för ett liknande resonemang, dom SAG ELV Slovensko m.fl., EU:C:2012:191, punkt 29).
- 49 Vidare finns det anledning att påpeka att artikel 37 i direktiv 92/50 inte innehåller någon definition av begreppet "orimligt lågt anbud". Det ankommer således på medlemsstaterna och särskilt på de upphandlande myndigheterna att fastställa sättet att beräkna en tröskel för vad som ska anses orimligt och därmed utgöra ett "orimligt lågt anbud" i den mening som avses i artikeln (se, för ett liknande resonemang, dom Lombardini och Mantovani, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640, punkt 67).
- 50 Unionslagstiftaren har dock angett i den bestämmelsen att bedömningen av huruvida ett anbud är orimligt lågt ska göras "i förhållande till den tjänst som skall presteras". När den upphandlande myndigheten granskar huruvida ett anbud är orimligt lågt kan den således i syfte att säkerställa en sund konkurrens beakta inte bara omständigheterna i artikel 37.2 i direktiv 92/50, utan även alla relevanta faktorer som hänför sig till den aktuella tjänsten (se, för ett liknande resonemang, dom SAG ELV Slovensko m.fl., EU:C:2012:191, punkterna 29 och 30).
- 51 Den andra frågan ska således besvaras enligt följande. Bestämmelserna i direktiv 92/50, och särskilt de allmänna principerna om fri konkurrens, icke-diskriminering och proportionalitet, vilka utgör grunden för direktivet, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell bestämmelse som gör det möjligt för ett i ett upphandlingsförfarande deltagande offentligt sjukhus, som det i det nationella målet, att lämna ett anbud som det är omöjligt att konkurrera med, till följd den statliga finansiering som sjukhuset erhåller. Inom ramen för granskningen enligt artikel 37 i direktivet av huruvida ett anbud är orimligt lågt får den upphandlande myndigheten emellertid beakta den omständigheten att en sådan inrättning erhåller statlig finansiering, mot bakgrund av möjligheten att förkasta anbudet.

### Rättegångskostnader

- 52 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande 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:

- 1) **Artikel 1 c i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster utgör hinder för en nationell lagstiftning som utesluter ett offentligt sjukhus, som det i det nationella målet, från att delta i offentliga**

**upphandlingsförfaranden på den grunden att det utgör ett offentligt ekonomiskt organ, om och i den utsträckning sjukhuset får verka på marknaden i enlighet med sina institutionella och stadgeenliga syften.**

- 2) **Bestämmelserna i direktiv 92/50, och särskilt de allmänna principerna om fri konkurrens, icke-diskriminering och proportionalitet, vilka utgör grunden för direktivet, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell bestämmelse som gör det möjligt för ett i ett upphandlingsförfarande deltagande offentligt sjukhus, som det i det nationella målet, att lämna ett anbud som det är omöjligt att konkurrera med, till följd den statliga finansiering som sjukhuset erhåller. Inom ramen för granskningen enligt artikel 37 i direktivet av huruvida ett anbud är orimligt lågt, får den upphandlande myndigheten emellertid beakta den omständigheten att en sådan inrättning erhåller statlig finansiering, mot bakgrund av möjligheten att förkasta anbudet.**

Underskrifter