

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 23 december 2009*

I mål C-305/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Consiglio di Stato (Italien) genom beslut av den 23 juni 2008, som inkom till domstolen den 4 juli 2008, i målet

Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)

mot

Regione Marche,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden på den tredje avdelningen K. Lenaerts, tillförordnad ordförande på fjärde avdelningen, samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent), G. Arestis och J. Malenovský,

* Rättegångsspråk: italienska.

och efter att den 3 september 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- ¹ Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.2 a och 1.8 första och andra styckena 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 Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (en nationell sammanslutning av universitet som bedriver havsforskning) (nedan kallat CoNISMa) och Regione Marche, angående Regione Marches beslut att inte låta CoNISMa delta i ett förfarande vid offentlig upphandling av tjänster.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapslagstiftningen

3 I skäl 4 i direktiv 2004/18 anges följande:

”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.”

4 I artikel 1.2 a i direktivet föreskrivs följande:

”[O]ffentliga 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 byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.”

5 I artikel 1.8 i direktivet föreskrivs följande:

”[E]ntreprenör, 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 byggentreprenader och/eller tillhandahåller byggentreprenader, 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 Artikel 1.9 i direktivet har följande lydelse:

”[U]pphandlande myndigheter: statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

Med *offentligrättsliga organ* avses alla organ

- a) som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,
- b) som är juridiska personer, och
- c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller vars verksamhet står

under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

...”

7 I artikel 4 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Ekonomiska aktörer”, föreskrivs följande:

”1. Anbudssökande eller anbudsgivare som enligt lagstiftningen i sin etableringsstat har rätt att leverera den aktuella tjänsten får inte uteslutas endast på grund av att lagstiftningen i den medlemsstat där upphandlingen sker kräver att de skall vara antingen fysiska eller juridiska personer.

...

2. Grupper av ekonomiska aktörer får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande. De upphandlande myndigheterna får inte kräva att sådana grupper skall anta en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan, men de får kräva att den utsedda gruppen skall anta en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras korrekt.”

- 8 I artikel 44.1 i direktivet, med rubriken "Kontroll av lämplighet och val av deltagare samt tilldelning av kontrakt", föreskrivs följande:

"Kontrakt skall tilldelas på grundval av kriterierna i artiklarna 53 och 55 och med beaktande av artikel 24, efter det att lämpligheten hos de ekonomiska aktörer som inte har uteslutits enligt artiklarna 45 och 46 har kontrollerats av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som avses i artiklarna 47–52 samt, i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i punkt 3."

- 9 I artikel 55 i direktiv 2004/18, med rubriken "Onormalt låga anbud", föreskrivs följande:

"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 anbuden förkastas, skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudens innehåll som den anser sig behöva.

Dessa förtydliganden kan särskilt gälla

- a) ekonomiska kalkyler avseende sättet att tillhandahålla tjänsterna, sättet att tillverka varorna och byggmetoderna,
- 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 byggentreprenader, varor och tjänster,

- d) överensstämmelse med de bestämmelser om anställningskydd och arbetsförhållanden som är i kraft på den ort där tillhandahållandet 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.”

Den nationella lagstiftningen

¹⁰ I artikel 3.19 och 3.22 i lagstiftningsdekret nr 163 om inrättande av lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor med tillämpning av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e

forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), av den 12 april 2006 (ordinarie tillägg till GURI nr 100 av den 2 maj 2006) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163/2006), föreskrivs följande:

”19. Begreppen entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör avser en fysisk person, juridisk person, eller enhet som inte är en juridisk person, vilka innefattar europeiska ekonomiska intressegrupperingar (EEIG), som bildats i enlighet med lagstiftningsdekret nr 240 av den 23 juli 1991, och som på marknaden erbjuder sig att utföra byggentreprenader, och/eller tillhandahåller byggentreprenader, varor eller tjänster.

...

22. Begreppet ekonomisk aktör betecknar en entreprenör, en varuleverantör och en tjänsteleverantör samt grupper av sådana personer.”

- ¹¹ I artikel 34 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, med rubriken ”Rättssubjekt som kan tilldelas offentliga kontrakt (artiklarna 4 och 5 i direktiv 2004/18)”, föreskrivs följande:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av uttryckligen föreskrivna begränsningar ska följande rättssubjekt ha rätt att delta i förfaranden vid offentlig upphandling

a) enskilda entreprenörer, inklusive hantverkare, bolag och kooperativ,

- b) sammanslutningar av produktions- och arbetskooperativ ... och sammanslutningar av hantverkare ...,

- c) permanenta sammanslutningar, som bildats som konsortium i den mening som avses i artikel 2615b i civillagen..., mellan enskilda entreprenörer (inklusive hantverkare), bolag, eller produktions- eller arbetskooperativ ...,

- d) tillfälliga sammanslutningar av konkurrenter, vars medlemmar innefattas av de rättssubjekt som anges under a, b eller c ...,

- e) de ordinära sammanslutningar av konkurrenter som avses i artikel 2602 i civillagen, vars medlemmar innefattar sådana rättssubjekt som anges i a, b eller c i denna punkt, inklusive sådana som upprättats som bolag ...,

- f) rättssubjekt som har ingått ett avtal om en europeisk ekonomisk intressegruppering (EEIG) ...,

...”

- 12 Efter det att händelserna i målet vid den nationella domstolen hade ägt rum infördes, genom lagstiftningsdekret nr 152 av den 11 september 2008 (GURI nr 231 av den 2 oktober 2008), följande punkt till förteckningen ovan:

”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.”

- 13 I artikel 2082 i den italienska civillagen föreskrivs att ”entreprenör” är ett rättssubjekt som bedriver verksamhet som är ekonomisk, som bedrivs yrkesmässigt, på ett organiserat sätt, och i syfte att producera och tillhandahålla varor eller tjänster.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 14 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Regione Marche inledde en offentlig anbudsinfordran i syfte att tilldela ett kontrakt avseende tjänster som består i insamling av stratigrafisk marin och seismisk data, samt utförande av borrhinar och provtagningar i havet vid kusten mellan Pesaro och Civitanova Marche.
- 15 CoNISMa ansökte om att få delta i denna anbudsinfordran. Den upphandlande myndigheten beslutade, efter att ha uttryckt förbehåll avseende CoNISMas rätt att delta i det aktuella upphandlingsförfarandet, att utesluta CoNISMa från detta förfarande genom beslut av den 4, den 18 och den 23 april 2007.

- 16 CoNISMA ansökte till följd av beslutet om uteslutning om särskild rättsprövning hos Republiken Italiens president, vilket är ett särskild förfarande som föreskrivs i den italienska rättsordningen. CoNISMA gjorde härvid gällande att det inte är förenligt med bestämmelserna i direktiv 2004/18 att tolka artikel 34 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 på så sätt att den innehåller en uttömmande uppräkningslista som inte innefattar universitet och forskningsinstitut, och att de således inte har rätt att delta i ett upphandlingsförfarande. Miljöministeriet begärde att Consiglio di Stato skulle yttra sig inom ramen för förfarandet för den särskilda rättsprövningen, i enlighet med relevant nationell lagstiftning.
- 17 Den nationella domstolen har påpekat att den, för att kunna avge ett yttrande, ska pröva huruvida en grupp universitet, såsom CoNISMA, kan anses utgöra en "ekonomisk aktör" i den mening som avses i direktiv 2004/18 och, följaktligen, huruvida den har rätt att delta i ett sådant upphandlingsförfarande som är i fråga i målet vid den nationella domstolen. Den nationella domstolen har uttryckt förbehåll i detta avseende på grundval av följande överväganden.
- 18 Consiglio di Stato har inledningsvis konstaterat att CoNISMA är en sammanslutning (*consorzio*) som utgörs av tjugofyra italienska universitet och tre ministerier. Sammanslutningen har enligt sina stadgar inte något vinstsyfte utan har till syfte att främja och samordna grundforskning och tillämpad forskning och annan vetenskaplig verksamhet inom havsforskning för de universitet som ingår i den. Sammanslutningen kan delta i anbudsinfordringar och andra upphandlingsförfaranden som anordnas av statliga myndigheter eller av bolag verksamma i såväl den offentliga som den privata sektorn. Finansieringen av sammanslutningens verksamhet härrör huvudsakligen från bidrag som har beviljats av högskole- och forskningsministeriet, av andra statliga myndigheter och av italienska eller utländska offentliga eller privata organ.
- 19 Consiglio di Stato har för det första hänvisat till artikel 1 c 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 3, s. 139), som ersattes av direktiv 2004/18. I den artikeln föreskrevs att med "tjänsteleverantör [avses] varje fysisk eller juridisk person, inklusive offentliga organ, som erbjuder tjänster". Consiglio di Stato har konstaterat att denna formulering synes peka på att avsikten varit att begränsa antalet möjligheter att sluta kontrakt med de upphandlande myndigheterna till dem som "institutionellt" bedriver verksamhet som motsvarar den tjänst som ska tillhandahållas inom ramen för det aktuella kontraktet. Enligt detta synsätt har, vid

sidan av ekonomiska aktörer i den privata sektorn, endast de offentliga organ rätt att delta i upphandlingsförfarandena som, i enlighet med den uppgift som de anförtrotts enligt lag, tillhandahåller sådana tjänster som är föremål för kontraktet i vinstsyfte, vilket således innebär att universitet utesluts. Detta synsätt har bekräftats genom domstolens dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl. (REG 2007, s. I-385), punkt 44, i vilken angavs att gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling är tillämpliga på berörd part ”i ... egenskap av ekonomisk aktör som är aktiv på marknaden”. Detta synsätt följer även av artikel 3.19 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, i vilken föreskrivs att en tjänsteleverantör är en ekonomisk aktör ”som på marknaden erbjuder sig” att tillhandahålla tjänster.

20 Den nationella domstolen har för det andra konstaterat att italiensk rättspraxis inte är entydig vad avser denna fråga. Vissa domstolar är av uppfattningen att de fysiska eller juridiska personer som bedriver affärsverksamhet, samt offentliga organ som enligt sin institutionella uppbyggnad har möjlighet att tillhandahålla tjänster som motsvarar de tjänster som är föremål för anbudsinfördran, har rätt att delta i denna. I enlighet med detta synsätt kan inte universitet anses omfattas av dessa kategorier av privata och offentliga entreprenörer, eftersom deras institutionella uppdrag är att bedriva undervisnings- och forskningsverksamhet. I enlighet med ett annat synsätt har statliga universitet, och de sammanslutningar som dessa bildar, rätt att delta i förfaranden för offentlig upphandling av tjänster, under förutsättning att den tjänst som ska tillhandahållas är förenlig med deras institutionella syften och deras stadgar.

21 Consiglio di Stato har för det tredje hänvisat till den ståndpunkt som tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling intar, vilken går ut på att det föreligger en skillnad mellan ekonomiska aktörer och sådana rättssubjekt som offentliga organ som inte bedriver ekonomisk verksamhet, universitet samt institutioner vid dessa, vilka inte omfattas av den första kategorin då de har ett annat syfte än att bedriva ekonomisk verksamhet som kännetecknas av att den har ett vinstsyfte. Dessa enheter har således inte rätt att delta i upphandlingsförfaranden, med undantag för om de utnyttjar den möjlighet att bilda bolag som föreligger, mot bakgrund av den självständighet som universitetet tillerkänns enligt den nationella lagstiftningen. Denna ståndpunkt bekräftas av artikel 34 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, vilken innehåller en uttömmande uppräkningslista av de rättssubjekt som har rätt att delta i upphandlingsförfaranden.

- 22 Till stöd för sina förbehåll har Consiglio di Stato slutligen hänvisat till domstolens rättspraxis enligt vilken gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling ska tolkas enligt ett funktionellt kriterium som gör det möjligt att undvika kringgående av den grundläggande principen om effektiv konkurrens (dom av den 13 december 2007 i mål C-377/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., REG 2007, s. I-11173). Domstolen har, vad närmare bestämt beträffar offentlig upphandling av tjänster, slagit fast vilket huvudsyftet med gemenskapsbestämmelserna på detta område är, det vill säga fri rörlighet för tjänster, och att området ska öppnas upp för icke snedvriden konkurrens och så bred konkurrens som möjligt i samtliga medlemsstater (dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkterna 44 och 47).
- 23 Mot bakgrund av denna rättspraxis har Consiglio di Stato påpekat att rätten för universitet, forskningsinstitut och sammanslutningar av universitet eller forskningsinstitut att delta i upphandlingsförfaranden kan medföra att principen om konkurrens åsidosätts på två sätt. Detta skulle nämligen, för det första, medföra en risk för att en del av de offentliga kontrakten undantas från den fria marknaden, vilka ett stort antal vanliga företag de facto skulle ha svårt att få tillträde till. För det andra skulle den som tilldelas kontraktet få en oberättigat privilegierad ställning genom att denne tillförsäkras ekonomisk säkerhet tack vare kontinuerlig och förutsebar offentlig finansiering, vilket övriga ekonomiska aktörer inte åtnjuter. Consiglio di Stato har emellertid påpekat att en restriktiv tolkning av begreppet ekonomisk aktör, som har samband med att aktören är stadigvarande verksam "på marknaden" och som därigenom innebär att universitet, forskningsinstitut och sammanslutningar av universitet eller forskningsinstitut hindras att delta i offentliga anbudsinfordringar, skulle få en mycket negativ inverkan på samarbetet mellan offentliga och privata enheter, samt mellan forskare och entreprenörer, och skulle slutligen utgöra en konkurrensbegränsning.
- 24 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:
- ”1) Ska bestämmelserna i ... direktiv 2004/18 ... tolkas på så sätt att det föreligger ett förbud mot att en sammanslutning (*consorzio*), som uteslutande består av italienska universitet och statliga myndigheter ... deltar i en offentlig upphandling av tjänster avseende geofysiska data och provtagningar till havs?

- 2) Är sådana nationella bestämmelser som de som återfinns i artiklarna 3.22 och 3.19 samt 34 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 – i vilka det anges att '[b]egreppet ekonomisk aktör betecknar en entreprenör, en varuleverantör och en tjänsteleverantör samt sammanslutningar av sådana personer', respektive att '[b]egreppen entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör avser en fysisk person, juridisk person, eller enhet som inte utgör en juridisk person, vilka innefattar europeiska ekonomiska intressegrupperingar (EEIG) ..., som på marknaden erbjuder sig att utföra byggentreprenader, och/eller tillhandahåller byggentreprenader, varor eller tjänster' – oförenliga med direktiv 2004/18 ..., om de tolkas på så sätt att de innebär att deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden begränsas till dem som yrkesmässigt bedriver sådan verksamhet och att de enheter som huvudsakligen har andra syften än att skapa vinst, såsom att bedriva forskning, utesluts?"

Prövning av tolkningsfrågorna

- 25 Domstolen erinrar inledningsvis om att då Consiglio di Stato avger ett yttrande inom ramen för en sådan särskild rättsprövning som den i målet vid den nationella domstolen utgör den enligt domstolens rättspraxis en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG (dom av den 16 oktober 1997 i de förenade målen C-69/96–C-79/96, Garofalo m.fl., REG 1997, s. I-5603, punkt 27).

Den första frågan

- 26 Den nationella domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i direktiv 2004/18 ska tolkas på så sätt att de utgör hinder mot att en sammanslutning, som uteslutande består av universitet och statliga myndigheter, deltar i en offentlig upphandling av tjänster.

- 27 Av begäran om förhandsavgörande framgår att den nationella domstolen bland annat har hänvisat till artikel 1.2 a och 1.8 första och andra styckena i direktiv 2004/18, med anledning av att begreppet ekonomisk aktör omnämns i dessa bestämmelser. I enlighet med begäran bedriver inte den berörda sammanslutningen huvudsakligen verksamhet i syfte att skapa vinst, är inte organiserad som ett företag och är inte stadigvarande verksam på marknaden.
- 28 För att besvara denna fråga ska det inledningsvis framhållas att bestämmelserna i direktiv 2004/18 inte innehåller någon definition av begreppet ekonomisk aktör. Det ska vidare framhållas att det inte görs någon skillnad i bestämmelserna mellan de anbudsgivare som huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst och de som inte gör det, och det föreskrivs inte heller uttryckligen att sådana enheter som de i målet i den nationella domstolen ska uteslutas. Mot bakgrund av domstolens rättspraxis innehåller emellertid dessa bestämmelser tillräckliga uppgifter för att den nationella domstolens fråga ska kunna besvaras på ett ändamålsenligt sätt.
- 29 I skäl 4 i direktiv 2004/18 anges att ett "offentligrättsligt organ" kan delta i ett förfarande för offentlig upphandling i egenskap av anbudsgivare.
- 30 I artikel 1.8 första och andra styckena i direktivet föreskrivs dessutom att inte endast varje fysisk eller juridisk person kan anses vara en "ekonomisk aktör", utan det föreskrivs även uttryckligen att begreppet omfattar varje "offentlig enhet", samt grupper av sådana enheter som på marknaden erbjuder sig att tillhandahålla tjänster. Begreppet offentlig enhet omfattar emellertid även organ som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst, som inte är organiserade som ett företag och som inte är stadigvarande verksamma på marknaden.
- 31 I artikel 4.1 i direktivet, med rubriken "Ekonomiska aktörer", föreskrivs dessutom att det är förbjudet för medlemsstaterna att föreskriva att de anbudssökande och anbudsgivare som enligt lagstiftningen i sin etableringsstat har rätt att leverera den tjänst som är föremål för ett meddelande om upphandling får uteslutas, endast på

grund av att lagstiftningen i den medlemsstat där upphandlingen sker kräver att de ska vara antingen fysiska eller juridiska personer. I denna bestämmelse görs det inte heller skillnad mellan de anbudssökande och de anbudsgivare som har ställning som offentligrättsliga subjekt och dem som har ställning som privaträttsliga subjekt.

32 Vad beträffar den nationella domstolens fråga avseende huruvida det uppkommer en eventuell snedvridning av konkurrensen till följd av att sådana offentliga enheter som sökanden i målet vid den nationella domstolen, vilka åtnjuter en privilegierad ställning i jämförelse med andra privata aktörer genom den offentliga finansiering som de får del av deltar i en offentlig upphandling, gäller följande. I skäl 4 i direktiv 2004/18 anges att medlemsstaterna är skyldiga att se till att en sådan snedvridning av konkurrensen inte uppkommer till följd av att ett offentligrättsligt organ deltar i upphandlingen. Denna skyldighet gäller även med avseende på sådana enheter som sökanden.

33 Det ska även erinras om de skyldigheter och möjligheter som en upphandlande myndighet har enligt artikel 55.3 i direktiv 2004/18, i händelse av onormalt låga anbud till följd av att en anbudsgivare erhåller statligt stöd. Domstolen har för övrigt medgett att under vissa särskilda förhållanden är den upphandlande myndigheten skyldig, eller det är i vart fall tillåtet för den, 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 av den 7 december 2000, i mål C-94/99, ARGE, REG 2000, s. I-11037, punkt 29).

34 Den omständigheten att en ekonomisk aktör eventuellt innehar en privilegierad ställning som en ekonomisk aktör till följd av offentlig finansiering eller statligt stöd, motiverar emellertid inte att sådana enheter som sökanden i målet vid den nationella domstolen, a priori och utan någon ytterligare prövning, utesluts från att delta i ett upphandlingsförfarande.

- 35 Det följer av det ovan anförda att gemenskapslagstiftaren inte hade för avsikt att endast låta uttrycket "ekonomisk aktör som erbjuder tjänster på marknaden", omfatta aktörer som är organiserade som företag, och inte heller att införa särskilda villkor varigenom tillträdet till anbudsinfordringar begränsas på grundval av de ekonomiska aktörernas juridiska form och interna organisation.
- 36 Denna tolkning bekräftas av domstolens rättspraxis.
- 37 Domstolen har funnit att ett av syftena med gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling är att det öppnas upp för så bred konkurrens som möjligt (se bland annat, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Bayerischer Rundfunk m.fl., punkt 39), och att det är ett gemenskapsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i en anbudsinfordran (dom av den 19 maj 2009 i mål C-538/07, Assitur, REG 2009, s. I-4219, punkt 26). Detta öppnande för så bred konkurrens som möjligt ligger inte endast i gemenskapens intresse på området för fri rörlighet av varor och tjänster, utan även 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 (se, för ett liknande resonemang, vad beträffar onormalt låga anbud, dom av den 15 maj 2008 i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP och Santorso, REG 2008, s. I-3565, punkt 29).
- 38 I linje med gemenskapsbestämmelsernas syfte att öppna upp offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt, har domstolen även funnit att de gemenskapsbestämmelser som rör detta område är tillämpliga när den enhet som den upphandlande myndigheten avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor med själv är en upphandlande myndighet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 47 och där angiven rättspraxis). Enligt artikel 1.9 i direktiv 2004/18 är emellertid en upphandlande myndighet en enhet som tillgodoser behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär. Ett sådant organ bedriver huvudsakligen inte en vinstgivande verksamhet på marknaden.

- 39 Domstolen har även funnit att gemenskapsbestämmelserna utgör hinder för nationella bestämmelser som innebär att anbudssökande eller anbudsgivare, som enligt lagstiftningen i den medlemsstat där de har sin verksamhet är berättigade att tillhandahålla tjänsten i fråga, inte kan tilldelas offentliga kontrakt avseende tjänster vars värde överstiger tröskelvärdet i direktiven, endast av det skälet att de anbudssökandes eller anbudsgivarnas juridiska form inte motsvarar en viss kategori av juridiska personer (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 december 2007 i mål C-357/06, *Frigerio Luigi & C.*, REG 2007 s. I-12311, punkt 22).
- 40 Enligt domstolens rättspraxis kan inte heller principen om likabehandling anses ha åsidosatts endast på grund av att de upphandlande myndigheterna låter organ, som erhåller bidrag vilket gör det möjligt för dem att lämna anbud som är betydligt lägre än de anbud som lämnas av de anbudsgivare som inte erhåller bidrag, delta i ett förfarande för offentlig upphandling. Om gemenskapslagstiftaren hade avsett att tvinga de upphandlande myndigheterna att utesluta sådana anbudsgivare skulle den vidare uttryckligen ha angett detta (domen i det ovannämnda målet ARGE, punkterna 25 och 26).
- 41 Enligt domstolens rättspraxis krävs det inte heller enligt gemenskapsbestämmelserna att den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet direkt ska kunna utföra den avtalade prestationen med egna resurser för att anses vara entreprenör, det vill säga ekonomisk aktör, utan det är tillräckligt att denne är i stånd att utföra den aktuella prestationen genom att lämna nödvändiga garantier härför (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *Ordine degli Architetti m.fl.*, REG 2001, s. I-5409, punkt 90).
- 42 Det framgår följaktligen av såväl gemenskapsbestämmelserna som domstolens 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 direkt eller genom att använda sig av underleverantörer 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 inte och om den får bidrag av allmänna medel eller inte. Det görs en bedömning av denna enhets faktiska kapacitet att uppfylla de villkor som uppställs i meddelandet om offentlig

upphandling, och, som den tjeckiska regeringen med rätta påpekade, vid ett senare stadium i förfarandet, de kriterier som uppställs i artiklarna 44–52 i direktiv 2004/18.

- 43 En restriktiv tolkning av begreppet ekonomisk aktör skulle få till följd att de kontrakt som sluts mellan upphandlande myndigheter och organ som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst inte ansågs utgöra offentliga kontrakt, och de upphandlande myndigheterna skulle därmed kunna tilldela dem efter ömsesidig överenskommelse utan att tillämpa gemenskapsbestämmelserna avseende likabehandling och insyn, i strid med syftet med dessa bestämmelser.
- 44 Såsom den nationella domstolen för övrigt har påpekat skulle en sådan tolkning inverka negativt på samarbetet mellan offentliga och privata organ, samt mellan forskare och entreprenörer, och skulle utgöra en konkurrensbegränsning.
- 45 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första frågan besvaras på följande sätt. Bestämmelserna i direktiv 2004/18, och särskilt de i artikel 1.2 a och 1.8 första och andra styckena, i vilka begreppet ekonomisk aktör omnämns, ska tolkas på så sätt att enheter som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst, som inte är organiserade som ett företag och som inte är stadigvarande verksamma på marknaden – såsom universitet, forskningsinstitut och sammanslutningar bestående av universitet och statliga myndigheter – har rätt att delta i ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster.

Den andra frågan

- 46 Den nationella domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i direktiv 2004/18, och särskilt bestämmelserna i artikel 1.2 a och 1.8 första och andra styckena, utgör hinder för nationell lagstiftning genom vilken direktivet införlivas med nationell rätt, om denna lagstiftning tolkas på så sätt att

deltagande i upphandlingsförfaranden är förbehållet leverantörer som systematiskt och yrkesmässigt erbjuder sina tjänster på marknaden, och att enheter såsom universitet och forskningsinstitut, som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst, utesluts.

47 Medlemsstaterna har, såsom framgår av lydelsen i artikel 4.1 i direktiv 2004/18, rätt att låta vissa kategorier av ekonomiska aktörer leverera vissa tjänster.

48 Medlemsstaterna kan, såsom kommissionen med rätta har påpekat, 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 syften och deras stadgar.

49 Om, och i den mån som, dessa enheter får erbjuda vissa tjänster på marknaden, kan det emellertid inte i den nationella lagstiftning genom vilken direktiv 2004/18 införlivas med nationell rätt, föreskrivas att det är förbjudet för dessa att delta i upphandlingsförfaranden som avser tillhandahållande av samma tjänster. Ett sådant förbud är nämligen inte förenligt med bestämmelserna i direktiv 2004/18, såsom de tolkats inom ramen för prövningen av den första frågan.

50 I ett sådant fall ankommer det på den hänskjutande domstolen att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av lydelsen i och syftet med direktiv 2004/18 så att de resultat som avses i direktivet uppnås, varvid företrädare ska ges åt den tolkning som bäst överensstämmer med direktivets syfte, för att på så sätt uppnå ett resultat som är förenligt med direktivets bestämmelser. Den hänskjutande

domstolen ska härvid också underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som kan strida mot gemenskapsrätten (se dom av den 22 december 2008 i mål C-414/07, Magoora, REG 2008, s. I-10921, punkt 44).

- 51 Den andra frågan ska följaktligen besvaras på följande sätt. Direktiv 2004/18 ska tolkas på så sätt att det utgör hinder för en sådan tolkning av nationell lagstiftning som den i målet i den nationella domstolen, enligt vilken det är förbjudet för enheter såsom universitet och forskningsinstitut, som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst, att delta i ett upphandlingsförfarande, trots att dessa enheter enligt nationell rätt får erbjuda sina tjänster på den berörda marknaden.

Rättegångskostnader

- 52 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 (fjärde avdelningen) följande:

- 1) **Bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, och särskilt bestämmelserna i artikel 1.2 a och 1.8 första och andra styckena, i vilka begreppet ekonomisk aktör omnämns, ska tolkas på så sätt att enheter som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst, som inte är organiserade som ett företag och som inte är stadigvarande verksamma på marknaden – såsom universitet, forskningsinstitut och sammanslutningar bestående av univer-**

sitet och statliga myndigheter – har rätt att delta i ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster.

- 2) Direktiv 2004/18 ska tolkas på så sätt att det utgör hinder för en sådan tolkning av nationell lagstiftning som den i målet i den nationella domstolen, enligt vilken det är förbjudet för enheter såsom universitet och forskningsinstitut, som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst, att delta i ett upphandlingsförfarande, trots att dessa enheter enligt nationell rätt får erbjuda sina tjänster på den berörda marknaden.**

Underskrifter