DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

23. december 2009 *

I sag C-305/08,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Consiglio di Stato (Italien) ved afgørelse af 23. juni 2008, indgået til Domstolen den 4. juli 2008, i sagen:

Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)

mod

Regione Marche,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af formanden for Tredje Afdeling, K. Lenaerts, som fungerende formand for Fjerde Afdeling, og dommerne R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (refererende dommer), G. Arestis og J. Malenovský,

* Processprog: italiensk.

generaladvokat: J. Mazák
justitssekretær: R. Grass,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) ved avvocato I. Deluigi

— den tjekkiske regering ved M. Smolek, som befuldmægtiget

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved C. Zadra og D. Recchia, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 3. september 2009,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om en præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 2, litra a) og b), og artikel 1, stk. 8, første og andet afsnit, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

2 Denne anmodning er blevet indgivet som led i en sag mellem Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (konsortium af flere universiteter for havvidenskab, herefter »CoNISMa«) og Regione Marche vedrørende sidstnævntes beslutning om ikke at give nævnte konsortium adgang til at deltage i en procedure for indgåelse af en offentlig tjenesteydelseskontrakt.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Fjerde betragtning til direktiv 2004/18 bestemmer følgende:

»Medlemsstaterne bør sørge for, at det forhold, at et offentligretligt organ afgiver tilbud i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke forårsager konkurrenceforvridning i forhold til private tilbudsgivere.«

4 Direktivets artikel 1, stk. 2, litra a), bestemmer følgende:

»a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.«

5 Nævnte direktivs artikel 1, stk. 8, bestemmer følgende:

»Begreberne »entreprenør«, »leverandør« og »tjenesteyder« dækker enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller organer, som på markedet tilbyder henholdsvis udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser.

Begrebet »økonomisk aktør«, dækker både en entreprenør, en leverandør og en tjenesteyder. Det anvendes udelukkende for at forenkle teksten.

[…]«

6 Samme direktivs artikel 1, stk. 9, er affattet som følger:

»Som »ordregivende myndigheder« betragtes staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

a) der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter

b) som er en juridisk person og

c) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt

disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet

[…]«

7 Artikel 4 i direktiv 2004/18 med overskriften »Økonomiske aktører« bestemmer følgende:

»1. Ansøgere eller tilbudsgivere, der i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at levere den pågældende ydelse, kan ikke afvises alene med den begrundelse, at det i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor kontrakten tildeles, kunne kræves, at de skal være enten en fysisk eller en juridisk person.

[…]

2. Grupper af økonomiske aktører kan være tilbudsgivere eller ansøgere. I forbindelse med afgivelse af et tilbud eller indgivelse af en ansøgning om deltagelse kan de ordregivende myndigheder ikke kræve, at grupper af økonomiske aktører antager en bestemt retlig form, men den udvalgte gruppe kan være nødsaget til at antage en bestemt retlig form, når den har fået tildelt kontrakten, i det omfang det er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende opfyldelse af denne.«

8 Direktivets artikel 44 med overskriften »Egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere, tildeling af kontrakter« bestemmer følgende i sit stk. 1:

»Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne i artikel 53 og 55 under hensyn til artikel 24, efter at de ordregivende myndigheder har undersøgt, om de økonomiske aktører, der ikke er udelukket i henhold til artikel 45 og 46, er egnede; en sådan egnethedsundersøgelse udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiel formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 47-52 og om nødvendigt i overensstemmelse med de ikke-diskriminerende regler og kriterier, der er nævnt i stk. 3.«

9 Artikel 55 i direktiv 2004/18 med overskriften »Unormalt lave tilbud« fastsætter følgende

»1. Hvis tilbud vedrørende en bestemt kontrakt forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, skal den ordregivende myndighed, inden den kan afvise sådanne tilbud, skriftligt anmode om sådanne oplysninger om de pågældende tilbuds sammensætning, som den anser for relevante.

Disse oplysninger kan især omhandle

a) besparelser i forbindelse med byggemetoden, produktionsmetoden for varerne eller udførelsen af tjenesteydelserne

b) de anvendte tekniske løsninger og/eller tilbudsgiverens usædvanligt gunstige betingelser for at udføre arbejdet eller for at levere varerne eller tjenesteydelserne

c) originaliteten af de af tilbudsgiverens tilbudte arbejder, varer eller tjenesteydelser

d) overholdelsen af bestemmelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og arbejdsforhold i øvrigt, der gælder på det sted, hvor ydelsen skal præsteres

e) eventuel statsstøtte til tilbudsgiveren.

2. Den ordregivende myndighed undersøger, efter at have konsulteret tilbudsgiveren, tilbuddets sammensætning under hensyntagen til de begrundelser, der er givet.

3. Hvis en ordregivende myndighed fastslår, at et tilbud er unormalt lavt, fordi tilbudsgiveren har modtaget statsstøtte, kan tilbuddet kun afvises med denne ene begrundelse, hvis den ordregivende myndighed konsulterer tilbudsgiveren og denne inden for en tilstrækkelig frist, som fastsættes af den ordregivende myndighed, ikke kan godtgøre, at den pågældende støtte er tildelt på lovlig vis. Hvis den ordregivende myndighed afviser et tilbud under disse omstændigheder, underretter den Kommissionen herom.«

Nationale bestemmelser

10 Artikel 3, stk. 19 og 22, i lovdekret nr. 163 om indførelse af loven om offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og leveringer som gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori,

servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) af 12. april 2006 (det almindelige tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.2006, herefter »lovdekret nr. 163/2006«) bestemmer følgende:

»19. Begreberne »entreprenør«, »leverandør« og »tjenesteyder« omfatter fysiske personer eller juridiske personer eller enheder, der ikke er juridiske personer, herunder europæiske økonomiske firmagrupper (EØFG) oprettet i medfør af lovdekret nr. 240 af 23. juli 1991, som på markedet tilbyder udførelsen af bygge- og anlægsarbejder, varelevering eller tjenesteydelser.

[…]

22. begrebet »økonomisk aktør« omfatter entreprenører, leverandører og tjenesteydere eller en sammenslutning eller konsortium af disse.«

11 Artikel 34 i lovdekret nr. 163/2006 med overskriften »Retssubjekter, der kan tildeles offentlige kontrakter« (artikel 4 og 5 i direktiv 2004/18), bestemmer følgende:

»1. Med forbehold af de begrænsninger, der udtrykkeligt er foreskrevet, har følgende retssubjekter ret til at deltage i proceduren for indgåelse af offentlige kontrakter:

a) individuelle entreprenører, herunder håndværkere, kommercielle selskaber og interessentskaber og andelsselskaber

b) kornsortier af produktions- og arbejdsandelsselskaber […] og […] konsortier af håndværkere

c) permanente konsortier, oprettet som konsortier joint venture-selskaber i henhold til artikel 2615 d i den civile lovbog, mellem individuelle entreprenører (herunder håndværkere), kommercielle selskaber eller interessentskaber eller produktions- og arbejdsandelsselskaber i henhold til bestemmelserne i artikel 36

d) ad hoc-konsortier bestående af konkurrenter, som er oprettet med særligt formål, hvis medlemmer består af retssubjekterne nævnt i litra a), b) og c) […]

e) almindelige konsortier af konkurrenter nævnt i artikel 2602 i den civile lovbog, hvis medlemmer består af retssubjekterne nævnt i litra a), b) og c) i dette stykke, herunder sådanne, der er oprettet som selskaber […]

f) retssubjekter, som indgår i en europæisk økonomisk firmagruppe (EØFG) […]

[…]«

12 Efter at begivenhederne i hovedsagen var indtrådt, blev der ved lovdekret nr. 152 af 11. september 2008 (GURI nr. 231 af 2.10.2008) tilføjet følgende underlitra til ovenstående liste:

»f bis) økonomiske aktører, i den betydning, som artikel 3, stk. 22, angiver, som er etableret i andre medlemsstater og oprettet i overensstemmelse med den relevante lovgivning i den pågældende stat«.

13 Endelig bestemmer artikel 2082 i den italienske civile lovbog, at en »entreprenør« er det retssubjekt, der udøver økonomisk virksomhed, professionelt, gennem en organisation, med henblik på leveringen og udvekslingen af goder eller tjenesteydelser.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

14 Det følger af forelæggelseskendelsen, at Regione Marche har iværksat et offentligt udbud med henblik på at indgå en offentlig tjenesteydelseskontrakt, der består i at foretage en marino-seismisk stratigrafisk undersøgelse, at udtage borekerner og foretage stikprøver i havet på kyststrækningen mellem Pesaro og Civitanova Marche.

15 CoNISMa har afgivet et bud på dette udbud. Den ordregivende myndighed har efter at have fremsat forbehold i forhold til CoNISMas adgang til proceduren for indgåelse af den pågældende kontrakt besluttet at udelukke dette konsortium ved beslutninger af 4., 18. og 23. april 2007.

16 CoNISMa har indgivet en ekstraordinær rekurs mod denne udelukkelse til præsidenten for Den Italienske Republik, som er en særlig procedure fastsat i den italienske retsorden, idet det har gjort gældende, at det ikke er foreneligt med direktiv 2004/18 at fortolke artikel 34 i lovdekret nr. 163/2006 således, at den indeholder en udtømmende liste, der ikke omfatter universiteter og forskningsinstitutter, og at disse således ikke kan deltage i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt. Under denne sag om ekstraordinær rekurs har ministeren for miljø og territorialbeskyttelse anmodet Consiglio di Stato om en udtalelse, som det foreskrives i den relevante nationale lovgivning.

17 Den forelæggende ret har bemærket, at den ved sin stillingtagen skal afgøre, om et universitetskonsortium som CoNISMa kan anses for en »økonomisk aktør« i henhold til direktiv 2004/18, og dermed, om det kan deltage i en procedure for indgåelse af en offentlig tjenesteydelseskontrakt som den i hovedsagen omhandlede. Den forelæggende ret har ud fra følgende betragtninger givet udtryk for tvivl i så henseende.

18 Consiglio di Stato har indledningsvis bemærket, at CoNISMa er et konsortium (»Consorzio«) bestående af 24 italienske universiteter og tre ministerier. Konsortiet er ifølge sine vedtægter en organisation, der drives uden gevinst for øje og har til formål at fremme og koordinere forskning og andet videnskabeligt arbejde samt anvendelsen af dette inden for havforskning mellem de universiteter, der indgår i konsortiet. Det kan deltage i udbud og andre konkurrenceprocedurer iværksat af offentlige myndigheder og selskaber, der virker i den offentlige eller private sektor. Dets aktiviteter finansieres hovedsageligt af støtte fra ministeriet for universiteter og forskning og andre offentlige myndigheder samt offentlige og private organer, italienske såvel som udenlandske.

19 Consiglio di Stato har for det første henvist til artikel 1, litra c), i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), som blev efterfulgt af direktiv 2004/18, hvorefter »tjenesteydere [er] fysiske eller juridiske personer, herunder offentlige organer, der tilbyder udførelse af tjenesteydelser«, og den har bemærket, at

denne formulering synes at angive en hensigt til, at kun personer, som »vedtægtsmæssigt« forfølger en aktivitet svarende til den ydelse, der skal udøves som led i den pågældende kontrakt, har mulighed for at kontrahere med de ordregivende myndigheder. Bortset fra private økonomiske aktører kan kun offentlige organer, som med gevinst for øje leverer ydelser, der er genstand for denne kontrakt — undtaget universitetsorganer — ud fra denne tilgang deltage i en kontrakt i overensstemmelse med det formål, de er tillagt i medfør af retsordenen. Denne tilgang synes at være i overensstemmelse med Domstolens dom af 18. januar 2007, Auroux m.fl. (sag C-220/05, Sml. I, s. 385, præmis 44), hvorefter fællesskabsreglerne vedrørende offentlige kontrakter finder anvendelse på den pågældende »som aktiv økonomisk aktør på markedet«. Samme tilgang forekommer ligeledes at være fulgt i artikel 3, stk. 19, i lovdekret nr. 163/2006, hvorefter tjenesteyderen er en økonomisk aktør, der »udbyder« tjenesteydelser »på markedet«.

20 For det andet har den forelæggende ret bemærket, at italiensk retspraksis om denne problemstilling ikke er entydig. Visse retsinstanser finder, at fysiske og juridiske personer, der udøver entreprenørvirksomhed, samt offentlige organer, der er oprettet med henblik på at udbyde tjenesteydelser svarende til dem, der er genstand for udbuddet, kan deltage i offentlige udbud. Efter denne synsvinkel hører universiteter ikke under ovennævnte kategorier af private eller offentlige erhvervsaktører, idet de er oprettet med henblik på at udøve undervisning og forskning. I medfør heraf kan offentlige universiteter samt konsortier heraf deltage i offentlige tjenesteydelseskontrakter, forudsat at ydelsen af de pågældende tjenesteydelser er forenelig med deres institutionelle formål og bestemmelserne i deres vedtægter.

21 For det tredje har Consiglio di Stato henvist til Tilsynsmyndigheden for Offentlige Kontrakters opfattelse, som opererer med en sondring mellem økonomiske aktører og retssubjekter, der ikke er omfattet af denne kategori, såsom ikke økonomiske offentlige organer, universiteter eller universitetsinstitutter, idet de har et andet formål end økonomisk virksomhed, der kendetegnes ved skabelse af vinding. Disse enheder kan således ikke deltage i offentlige udbud, medmindre de opretter selskaber i henhold til den selvstændighed, som universiteterne er tillagt i henhold til national ret. Denne opfattelse bekræftes ved artikel 34 i lovdekret nr. 163/2006, som indeholder en udtømmende liste over de retssubjekter, der kan deltage i en procedure for indgåelse af offentlige kontrakter.

22 Consiglio di Stato har som begrundelse for sine tvivl endelig henvist til Domstolens praksis, hvorefter fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter skal fortolkes ud fra et systematisk formålsbestemt kriterium, som hindrer væsentlige afvigelser fra det grundlæggende princip om effektiv konkurrence (dom af 13.12.2007, sag C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., Sml. I, s. 11173). Hvad nærmere bestemt angår offentlige tjenesteydelseskontrakter har Domstolen understreget fællesskabsrettens hovedformål på dette område, nemlig fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater (dom 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 44 og 47).

23 I betragtning af denne retspraksis har Consiglio di Stato bemærket, at universiteternes, forskningsinstitutternes og deres konsortiers adgang til at deltage i offentlige udbud kan skade konkurrenceprincippet på to måder. Den risikerer nemlig at fjerne andele af offentlige aftaler fra det frie marked, hvilke aftaler et ikke ubetydeligt antal almindelige selskaber reelt har vanskeligt ved at få adgang til. Endvidere tildeles tilslagsmodtageren et urimeligt privilegium, der sikrer denne økonomisk sikkerhed i form af faste og forudselige offentlige finansieringer, som de andre økonomiske aktører ikke har. Consiglio di Stato har imidlertid bemærket, at en snæver fortolkning af begrebet »økonomisk aktør«, som er forbundet med sidstnævntes faste tilstedeværelse »på markedet«, og som således hindrer universiteterne, forskningsinstitutterne og deres konsortier i at deltage i offentlige udbud, er stærkt til skade for samarbejdsaktiviteter mellem offentlige og private enheder samt mellem forskere og entreprenører og endeligt begrænser konkurrencen.

24 Consiglio di Stato har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal bestemmelserne i direktiv 2004/18 […] fortolkes således, at et konsortium [»consorzio«] bestående af udelukkende italienske universiteter og statslige myndigheder […] ikke må deltage i et udbud af tjenesteydelser som geofysiske prøveudtagninger og prøveudtagninger til havs?

2) Er bestemmelserne i den italienske lovgivning, nemlig artikel 3, stk. 22 og 19, og artikel 34 i lovdekret nr. 163/2006, hvorefter henholdsvis »begrebet »økonomisk aktør« omfatter entreprenører, leverandører og tjenesteydere eller en sammenslutning eller konsortium af disse«, og »begreberne »entreprenør«, »leverandør« og »tjenesteyder« omfatter en fysisk eller juridisk person eller en enhed, der ikke er en juridisk person, herunder [EØFG […], som »på markedet tilbyder« henholdsvis udførelsen af bygge- eller anlægsarbejder, levering af varer og leveringen af tjenesteydelser«, i strid med direktiv 2004/18, hvis lovgivningen fortolkes således, at deltagelsen i udbud begrænses til professionelle leverandører af disse aktiviteter, hvorved organer med andre forudgående formål end fortjeneste, nemlig forskning, udelukkes?«

Om de præjudicielle spørgsmål

25 Det skal indledningsvis bemærkes, at Consiglio di Stato er en ret i henhold til artikel 234 EF, når den afgiver udtalelse under en sag om ekstraordinær rekurs som i hovedsagen (dom af 16.10.1997, forenede sager C-69/96 — C-79/96, Garofalo m.fl., Sml. I, s. 5603, præmis 27).

Det første spørgsmål

26 Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de er til hinder for, at et konsortium, der udelukkende består af universiteter og offentlige myndigheder, kan deltage i et offentligt udbud af tjenesteydelser.

27 Det følger af anmodningen om en præjudiciel afgørelse, at de bestemmelser i direktiv 2004/18, som den nationale retsinstans nævner, navnlig er artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 8, første og andet afsnit, fordi de vedrører begrebet »økonomisk aktør«. Ifølge denne anmodning forfølger det pågældende konsortium endvidere ikke hovedsageligt et formål med gevinst for øje, er ikke organisatorisk opbygget som en virksomhed og er ikke fast til stede på markedet.

28 For at besvare dette spørgsmål skal det straks bemærkes, at bestemmelserne i direktiv 2004/18 dels ikke indeholder en definition af begrebet »økonomisk aktør«, og dels ikke sondrer mellem tilbudsgivere, alt efter om de hovedsageligt forfølger et formål ned gevinst for øje, og heller ikke udtrykkeligt bestemmer, at enheder som de i hovedsagen omhandlede skal udelukkes. Disse bestemmelser indeholder imidlertid i betragtning af Domstolens praksis tilstrækkelige elementer til, at den forelæggende ret kan gives et nyttigt svar.

29 Fjerde betragtning til direktiv 2004/18 nævner således muligheden for, at et »offentligretligt organ« afgiver tilbud i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt.

30 På samme måde anerkender dette direktivs artikel 1, stk. 8, første og andet afsnit, at enhver fysisk eller juridisk person, men ligeledes udtrykkeligt enhver »offentlig enhed« samt enhver sammenslutning af sådanne enheder, som på markedet tilbyder tjenesteydelser, er »økonomiske aktører«. Begrebet »offentlig enhed« kan ligeledes omfatte organer, hvis væsentligste formål ikke er at opnå vinding, som ikke er opbygget som en virksomhed, og som ikke er fast til stede på markedet.

31 Endvidere forbyder samme direktivs artikel 4 under overskriften »økonomiske aktører« medlemsstaterne at bestemme, at ansøgere eller tilbudsgivere, der i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at levere den ydelse, der

er genstand for en udbudsbekendtgørelse, afvises alene med den begrundelse, at det i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor kontrakten tildeles, kræves, at de skal være enten en fysisk eller en juridisk person. Denne bestemmelse sondrer heller ikke mellem ansøgere og tilbudsgivere, alt efter om de har offentligretlig eller privatretlig status.

32 Hvad angår den forelæggende rets spørgsmål om en eventuel forvridning af konkurrencen, fordi enheder som sagsøgeren i hovedsagen, der på grund af dens tildelte offentlige finansiering indtager en privilegeret stilling i sammenligning med private aktører, deltager i et offentligt udbud, skal det understreges, at fjerde betragtning til direktiv 2004/18 fastsætter medlemsstaternes forpligtelse til at sørge for, at det forhold, at et offentligretligt organ afgiver tilbud i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke forårsager konkurrenceforvridning. Denne forpligtelse gælder ligeledes i forhold til enheder som nævnte sagsøger.

33 Der skal i den forbindelse henvises til den ordregivende myndigheds pligter og muligheder i henhold til artikel 55, stk. 3, i direktiv 2004/18 ved unormalt lave bud som følge af, at tilbudsgiver her modtaget statsstøtte. Domstolen har endvidere fastslået, at den ordregivende myndighed selv under visse særlige omstændigheder skal eller i det mindste kan tage hensyn til, at der er tale om tilskud, og navnlig om støtte, der ikke er i overensstemmelse med traktaten, og i givet fald udelukke de bydende, der modtager en sådan støtte eller et sådant tilskud (jf. i denne retning dom af 7.12.2000, sag C-94/99, ARGE, Sml. I, s. 11037, præmis 29).

34 Muligheden for, at en økonomisk aktør befinder sig i en fordelagtig stilling som følge af offentlig finansiering eller statsstøtte, kan imidlertid ikke berettige, at enheder som sagsøgeren i hovedsagen udelukkes a priori og uden yderligere undersøgelse fra at deltage i et offentligt udbud.

35 Det følger af ovenstående betragtninger, at fællesskabslovgiver ikke har tilsigtet at begrænse begrebet »økonomisk aktør, der udbyder tjenesteydelser på markedet«, til udelukkende at omfatte aktører, der er opbygget som en virksomhed, eller at indføre særlige betingelser og således skabe en begrænsning i adgangen til offentlige udbud støttet på den økonomiske aktørs retlige form og interne opbygning.

36 Denne fortolkning støttes af Domstolens praksis.

37 Domstolen har således fastslået, at et af formålene med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter er skabe så bred konkurrence som muligt (jf. bl.a. i denne retning dommen i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl., præmis 39), og at det er i fællesskabsrettens interesse at sikre, at det størst mulige antal bydende kan deltage i en udbudsprocedure (dom af 19.5.2009, sag C-538/07, Assitur, Sml. I, s. 4219, præmis 26). Det skal i denne forbindelse tilføjes, at denne åbning for videst mulig konkurrence ikke kun gælder i forhold til fællesskabsinteressen i varernes og tjenesteydelsernes frie bevægelighed, men ligeledes til den pågældende ordregivende myndigheds egen interesse, som således har et større udvalg hvad angår det mest fordelagtige bud og det bedst egnede til at opfylde den relevante offentligheds behov (jf. i denne retning hvad angår unormalt lave bud dom af 15.5.2008, forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP og Santorso, Sml. I, s. 3565, præmis 29).

38 Ud fra dette hensyn til den videst mulige adgang til at konkurrere om de offentlige kontrakter har Domstolen ligeledes fastslået, at fællesskabsbestemmelserne herom finder anvendelse, når en ordregivende myndighed ønsker at indgå en gensidigt bebyrdende aftale med et organ, som selv er en ordregivende myndighed (jf. i denne retning dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis). I henhold til artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 er en ordregivende myndighed et organ, som forfølger en almen interesse, der ikke er industriel eller kommerciel. Et sådant organ forfølger ikke hovedsageligt et formål med gevinst for øje på markedet.

39 Domstolen har ligeledes fastslået, at fællesskabsbestemmelserne er til hinder for enhver national bestemmelse, som udelukker ansøgere eller bydende, som i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at udføre den pågældende tjenesteydelse, fra at få tildelt offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvis værdi overstiger den i direktiverne fastsatte tærskelværdi, alene med den begrundelse, at deres retlige form ikke svarer til en bestemt kategori af juridiske personer (jf. i denne retning dom af 18.12.2007, sag C-357/06, Frigerio Luigi & C., Sml. I, s. 12311, præmis 22).

40 Endvidere skal det i henhold til Domstolens praksis bemærkes, at der ikke er tale om tilsidesættelse af princippet om ligebehandling, blot fordi de ordregivende myndigheder giver organer, som modtager støtte og derfor kan afgive bud med priser, der er væsentligt lavere end de priser, som tilbydes af de øvrige bydende, der ikke modtager tilskud, adgang til at deltage i en udbudsprocedure vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt, samt at fællesskabslovgiver, såfremt denne havde villet forpligte de ordregivende myndigheder til at udelukke sådanne bydende, ville have fastsat udtrykkelige bestemmelser herom (ARGE-dommen, præmis 25 og 26).

41 Endelig kræver fællesskabsbestemmelserne ligeledes i henhold til Domstolens praksis ikke, at den person, der indgår en kontrakt med en ordregivende myndighed, skal være i stand til direkte at gennemføre den aftalte ydelse med sine egne midler, for at kunne kvalificeres som entreprenør, dvs. økonomisk aktør. Det er tilstrækkeligt, at personen er i stand til at få udført den ydelse, der er tale om, ved at stille de garantier, der er nødvendige med hensyn hertil (jf. i denne retning dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 90).

42 Det følger dermed af såvel fællesskabsbestemmelserne som af Domstolens praksis, at enhver person eller enhed, der i betragtning af betingelserne fastsat i udbudsbekendtgørelsen finder sig egnet til at sikre udførelsen af denne kontrakt direkte eller som underleverandør, uagtet den pågældendes status som offentligretlig eller privatretlig, kan være tilbudsgiver eller ansøger, ligesom det er uden betydning, om den pågældende er permanent aktiv på markedet, eller om den kun handler i enkelte tilfælde, eller om den modtager offentlige tilskud. Denne enheds reelle evne til at opfylde betingelserne

fastsat i udbudsbekendtgørelsen vurderes, som den tjekkiske regering med føje har gjort gældende, senere i proceduren i henhold til kriterierne fastsat i artikel 44-52 i direktiv 2004/18.

43 Det skal tilføjes, at en indskrænkende fortolkning af begrebet »økonomisk aktør« ville medføre, at kontrakter indgået mellem ordregivende myndigheder og organer, der ikke i det væsentlige handler med gevinst for øje, ikke kunne anses for »offentlige kontrakter«, at de kunne indgås under hånden, og at de således ikke ville være omfattet af fællesskabsbestemmelserne om ligebehandling og gennemsigtighed i strid med disse bestemmelsers formål.

44 Som den forelæggende ret har understreget, skader en sådan fortolkning endvidere samarbejdet mellem offentlige og private enheder samt mellem forskere og entreprenører og udgør en konkurrencebegrænsning.

45 Under hensyn til det ovenstående skal det første spørgsmål besvares med, at bestemmelserne i direktiv 2004/18 og særligt dets artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 8, første og andet afsnit, som henviser til begrebet »økonomisk aktør«, skal fortolkes således, at enheder, der ikke hovedsageligt forfølger et formål med gevinst for øje, ikke organisatorisk er opbygget som en virksomhed og ikke er fast til stede på markedet, såsom universiteter og forskningsinstitutter samt konsortier bestående af universiteter og offentlige myndigheder, kan deltage i et offentligt udbud af tjenesteydelser.

Det andet spørgsmål

46 Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i direktiv 2004/18 og særligt dets artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 8, første og andet afsnit, er til hinder for en national lovgivning om gennemførelse af dette direktiv i national ret, fordi denne lovgivning fortolkes således, at den forbeholder

de tjenesteydere, som permanent og professionelt tilbyder tjenesteydelser på markedet, deltagelse i procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter og således udelukker enheder som universiteter og forskningsinstitutter, der ikke hovedsageligt forfølger et formål med gevinst for øje.

47 Det skal i den forbindelse bemærkes, at medlemsstaterne, som det følger af affattelsen af artikel 4, stk. 1, i direktiv 2004/18, kan bemyndige visse kategorier af økonomiske aktører til at levere visse ydelser.

48 Som Kommissionen med føje har anført, kan medlemsstaterne således fastsætte regler for aktiviteterne for enheder som universiteter og forskningsinstitutter, der ikke forfølger et formål med gevinst for øje, og hvis formål hovedsageligt vedrører undervisning og forskning. De kan navnlig tillade eller nægte sådanne enheder at virke på markedet, alt efter om den pågældende aktivitet er forenelig med deres institutionelle og vedtægtsmæssige formål.

49 Såfremt og for så vidt som disse enheder er berettiget til at tilbyde visse tjenesteydelser på markedet, kan den nationale lovgivning om gennemførelse af direktiv 2004/18 i national ret imidlertid ikke forbyde dem at deltage i procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter om leveringen af disse tjenesteydelser. Et sådant forbud er nemlig ikke foreneligt med bestemmelserne i direktiv 2004/18 som fortolket under gennemgangen af det første præjudicielle spørgsmål.

50 Det tilkommer i dette tilfælde den forelæggende ret i videst muligt omfang at fortolke national ret i lyset af ordlyden af og formålet med direktiv 2004/18 for at nå det med direktivet tilsigtede resultat, hvorved den fortolkning af national ret, der er mest i overensstemmelse med dette formål, har forrang, og der således kan træffes en afgørelse, der er forenelig med direktivets bestemmelser, og idet den om fornødent skal

undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national ret (jf. dom af 22.12.2008, sag C-414/07, Mangoora, Sml. I, s. 10921, præmis 44).

51 Det andet spørgsmål skal følgelig besvares med, at direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at det er til hinder for en fortolkning af national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter det forbydes enheder som universiteter og forskningsinstitutter, der ikke hovedsageligt forfølger et formål med gevinst for øje, at deltage i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, skønt disse enheder i henhold til national lovgivning er berettiget til at tilbyde de af den pågældende kontrakt omhandlede tjenesteydelser.

Sagens omkostninger

52 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

1) Bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter og særligt dets artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 8, første og andet afsnit, som henviser til begrebet »økonomisk aktør«, skal fortolkes således, at enheder, der ikke hovedsageligt forfølger et formål med gevinst for øje, ikke organisatorisk er opbygget som en virksomhed og ikke er fast til stede på markedet, såsom universiteter og

forskningsinstitutter samt konsortier bestående af universiteter og offentlige myndigheder, kan deltage i et offentligt udbud af tjenesteydelser.

2) Direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at det er til hinder for en fortolkning af national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter det forbydes enheder som universiteter og forskningsinstitutter, der ikke hovedsageligt forfølger et formål med gevinst for øje, at deltage i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, skønt disse enheder i henhold til national lovgivning er berettiget til at tilbyde de af den pågældende kontrakt omhandlede tjenesteydelser.

Underskrifter