FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. MAZÁK

fremsat den 3. september 2009 [1]

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse fra Consiglio de Stato (Italien) vedrører fortolkningen af begrebet »økonomisk aktør«, således som det især forefindes i artikel 1, stk. 8, andet afsnit, i direktiv 2004/18/EF [2]. Den forelæggende ret ønsker oplyst, hvorvidt organer, der drives uden vinding for øje, og som ikke nødvendigvis regelmæssigt er på markedet, navnlig universiteter og forskningsinstitutter såvel som sammenslutninger (konsortier) af disse universiteter, forskningsinstitutter og statslige organer, må deltage i et offentligt udbud af tjenesteydelser som geofysiske prøveudtagninger og prøveudtagninger til havs. Derudover ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorvidt en restriktiv tolkning af den nationale lovgivning, der medfører, at de ovennævnte organer er udelukket fra en sådan deltagelse, er i strid med direktivet.

I — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

2. I direktivets artikel 1, stk. 2, litra a), er fastsat, at »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« [3].

3. I direktivets artikel 1, stk. 8, er fastsat følgende:

»Begreberne »entreprenør«, »leverandør« og »tjenesteyder« dækker enhver fysisk eller

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af procedurerne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114) (herefter »direktivet«).

3 — Min fremhævelse.

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.«

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« [5].

[…] [4]

4. Direktivets artikel 4 med overskriften »*Økonomiske aktører*« fastslår:

5. Direktivets artikel 44, stk. 1, der har overskriften »Egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere, tildeling af kontrakter«, fastsætter endelig, at »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« [6].

»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.

4 — Ibidem.

5 — Ibidem.
6 — Ibidem.

B — *National lovgivning*

6. Artikel 3, stk. 19 og 22, i kodeksen om offentlige aftaler, som udstedt ved lovdekret nr. 163 af 12. april 2006 [7], fastsætter henholdsvis, at »begreberne »entreprenør«, »leverandør« og »tjenesteyder« omfatter en fysisk eller juridisk person eller en enhed, der ikke er en juridisk person, herunder en europæisk økonomisk firmagruppe (EØFG) oprettet i henhold til lovdekret nr. 240 af 23. juli 1991, som »på markedet tilbyder« henholdsvis udførelse af bygge- eller anlægsarbejder, levering af varer eller leveringen af tjenesteydelser«, og at »begrebet »*økonomiske aktør*« omfatter entreprenører, leverandører og tjenesteydere eller en sammenslutning eller et konsortium af disse« [8].

7. I artikel 34 i lovdekret nr. 163/2006, med overskriften »Enheder, der kan tildeles offentlige kontrakter […]«, er fastsat følgende:

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

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

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

c) permanente konsortier, oprettet bl.a. som joint venture-selskaber […] mellem individuelle entreprenører (herunder håndværkere), kommercielle selskaber eller interessentskaber eller produktions- og arbejdsandelsselskaber, […]

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

e) almindelige konsortier af konkurrenter […], hvis medlemmer består af retssubjekterne nævnt i afsnit a), b) og c), i dette stykke, herunder sådanne, der er oprettet som selskaber eller interessentskaber […]

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

7 — GURI nr. 100 af 2.5.2006, almindeligt tillæg (herefter »lovdekret nr. 163/2006«). Fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter er for tiden i deres helhed reguleret af dette dekret.

8 — Min fremhævelse.

[…]«

8. Først efter at begivenhederne i hovedsagen var indtrådt, og således også efter at den forelæggende ret den 23. april 2008 havde afsagt kendelse vedrørende en anmodning om præjudiciel afgørelse, blev der ved lovdekret nr. 152 af 11. september 2008 [9] 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 medlemsstat«.

II — De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

9. Regione Marche (Regionen Marche) iværksatte i sin egenskab af ordregivende myndighed et udbud af en offentlig tjenesteydelseskontrakt vedrørende geofysiske prøveudtagninger og prøveudtagninger til havs. Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (et nationalt konsortium af universiteter vedrørende havforskning, herefter »CoNISMa«) ansøgte om at deltage i udbudsforretningen, men blev til sidst udelukket fra denne.

10. CoNISMa anfægtede denne udelukkelse ved en ekstraordinær rekurs til præsidenten for Den Italienske Republik. I forbindelse med denne ekstraordinære rekurs anmodede Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio (det italienske ministerium for miljø og beskyttelse af territoriet) Consiglio di Stato om en udtalelse. Den forelæggende ret skal tage stilling til spørgsmålet, hvorvidt en gruppe af universiteter som CoNISMa kan udgøre en økonomisk aktør som defineret i direktivet, og i bekræftende fald, hvorvidt denne gruppe må deltage i et offentligt udbud som det i hovedsagen omhandlende. Den forelæggende ret har givet udtryk for tvivl i den henseende på baggrund af de følgende betragtninger.

11. Consiglio di Stato bemærker, at CoNISMa er en gruppe (et konsortium) bestående af 24 universiteter og tre ministerier. Konsortiet er ifølge sine vedtægter en organisation, der drives uden vinding 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. Af dets vedtægter fremgår imidlertid, at det kan deltage i offentlige udbudsprocedurer. Konsortiet er hovedsageligt finansieret af midler fra ministeriet for universiteter og forskning. Ifølge den forelæggende ret kan alene offentlige myndigheder, der handler i overensstemmelse med

9 — GURI nr. 231 af 2.10.2008.

deres normale funktion samt den indtægtsgivende funktion, der gælder for dem, og som udbyder de tjenesteydelser, som kontrakten omhandler, deltage i de pågældende offentlige udbud.

12. Consiglio di Stato har derfor besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal bestemmelserne i direktiv 2004/18 […] fortolkes således, at et konsortium bestående af udelukkende italienske universiteter og statslige myndigheder (som CoNISMa) 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 kodeksen om offentlige aftaler, jf. 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?«

III — Bedømmelse

A — *Parternes hovedargumenter*

13. Ifølge CoNISMa, som er sagsøger i hovedsagen, skal den nationale lovgivning, som udelukker enheder, der ikke er »entreprenører« i henhold til en udtømmende liste i artikel 34 i lovdekret nr. 163/2006, fortolkes i lyset af direktivet. Artikel 1, stk. 8, i direktivet fastsætter udtrykkeligt, at »offentlige enheder« er omfattet af begrebet entreprenører, leverandører og tjenesteydere. I artikel 4 i direktivet bestemmes, at ansøgere, der har ret til at levere den pågældende ydelse, ikke kan 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. Så meget desto mere kan en ansøger ikke afvises med den begrundelse, at han ikke er en »entreprenør«. Ifølge CoNISMa bekræftes dette synspunkt af den omstændighed, at efter at Kommissionen for De

Europæiske Fællesskaber havde reageret i form af at indlede administrativ procedure nr. 2007/2309 [10] mod Den Italienske Republik for dens manglende opfyldelse af sine forpligtelser, indsatte den italienske regering i artikel 34, stk. 1, i lovdekret nr. 163/2006 den nye bestemmelse f bis), der er citeret ovenfor. Ifølge CoNISMa betød denne lovændring udtrykkeligt, at kravet om, at økonomiske aktører, der er etableret i andre medlemsstater, skal være en »entreprenør«, blev afskaffet. Lovændringen betød også, at begrebet »virksomheder«, som anvendes i lovdekretet, blev erstattet med begrebet »økonomiske aktører«.

14. Den tjekkiske regering har i det væsentlige gjort gældende, at hvis direktivet havde til formål at etablere en sondring mellem offentlige organer, som udfører bestemte økonomiske opgaver, og ikke-erhvervsdrivende offentlige organer, ville det have indeholdt en udtalelse derom. Den tjekkiske regering har derfor foreslået, at det første spørgsmål besvares benægtende.

15. Den østrigske regering har bl.a. gjort gældende, at fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter finder anvendelse, når en ordregivende myndighed har til hensigt at tildele en kontrakt mod vederlag til en fra denne juridisk adskilt enhed, uanset om sidstnævnte selv er en ordregivende myndighed eller ej. Det følger heraf, at en ordregivende myndighed kan deltage i offentlige udbudsprocedurer, både som tilbudsgiver og som ansøger. Denne konklusion gælder så meget desto mere for tilbudsgivere, som ikke er ordregivende myndigheder, men som drives uden vinding for øje, og som ikke udelukkende er styret af markedskræfterne.

16. Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at offentlige organer og ordregivende myndigheder ifølge artikel 1, stk. 8, i direktivet og Domstolens retspraksis i almindelighed kan deltage i proceduren for offentligt udbud som tilbudsgivere, og de må derfor betragtes som økonomiske aktører i direktivets forstand. Desuden er der ingen bestemmelser i direktivet, der fastslår, at universiteter og konsortier af universiteter er udelukket fra at blive betragtet som økonomiske aktører og fra at deltage i proceduren ved offentlige udbud på fællesskabsniveau.

17. For så vidt angår det andet spørgsmål gør samtlige ovenstående parter i det væsentlige gældende, at dette skal besvares bekræftende.

10 — CoNISMa gør gældende, at Kommissionen kritiserede listen i artikel 34 i lovdekret nr. 163/2006, idet den anførte, at bestemmelsen »tilsyneladende ikke tillader aktører med en anden juridisk form end dem, der er nævnt i listen, at deltage i offentlige udbud. Navnlig synes denne artikel ikke at tillade, at andre offentlige enheder eller organer, der er omfattet af offentlig ret i udbudsdirektivernes betydning, deltager«.

B — *Bedømmelse*

18. Med de to spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt organer, der ikke drives med vinding for øje, og som ikke nødvendigvis regelmæssigt er på markedet [11], såsom CoNISMa — dvs. universiteter og forskningsinstitutter såvel som sammenslutninger (konsortier) af disse universiteter, forskningsinstitutter og statslige myndigheder [12] — har ret til at deltage i et offentligt udbud af tjenesteydelser og kan betragtes som økonomiske aktører i direktivets forstand. I tilfælde af, at den nationale lovgivning skal fortolkes indskrænkende og således udelukker de ovennævnte enheder fra at deltage, ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorvidt en sådan fortolkning er i strid med direktivet. I den henseende er det tilstrækkeligt at påpege, at Domstolen fortolker fællesskabsretten og ikke national ret [13].

19. Jeg skal først foretage en gennemgang af de relevante bestemmelsers ordlyd.

20. Trods henvisningen til »økonomisk aktør« i, bl.a., artikel 1, stk. 2, litra a), indeholder direktivet ikke en præcis definition af dette begreb. Artikel 1, stk. 8, i direktivet fastsætter alene, at begrebet »udelukkende [anvendes] for at forenkle teksten« og dækker »enhver fysisk eller juridisk person og enhver *offentlig enhed* samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller organer, som på markedet tilbyder […] bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser« [14].

21. Efter min opfattelse betyder den omstændighed, at direktivets artikel 1, stk. 8, henviser til dem, som på »markedet tilbyder […] tjenesteydelser«, ikke, at det herved tilsigtes at begrænse kategorierne af offentlige organer, som kan indgå kontrakter med ordregivende myndigheder, til alene sådanne organer, der udøver aktiviteter (som virksomhed) i forbindelse med tjenesteydelser, der skal udføres af den udvalgte leverandør, og hvis formål er fortjeneste. Det er ikke nødvendigt kontinuerligt og systematisk at tilbyde tjenesteydelser på markedet for at blive betragtet som økonomisk aktør.

11 — Consiglio di Stato har i den forbindelse anført, at CoNISMa hverken er »regelmæssigt« eller »varigt« på markedet. CoNISMas vedtægter bestemmer imidlertid udtrykkeligt, at konsortiet kan deltage i offentlige udbud, hvilket er årsagen til, at jeg kvalificerer min udtalelse med tilføjelsen »nødvendigvis«. CoNISMa har faktisk selv gjort gældende, at konsortiet deltager regelmæssigt i offentlige udbud.

12 — Jeg vil her bemærke, at CoNISMa bestrider, at konsortiet også består af statslige myndigheder. Det må imidlertid være tilstrækkeligt at anføre, at de præjudicielle spørgsmål bliver bedømt ud fra de faktiske omstændigheder og den retlige sammenhæng, som angives af den forelæggende ret. Domstolen inddrager ikke bemærkninger fra de interesserede parter i dette begrebs forstand i artikel 23 i statutten for Domstolen, hvormed de anfægter denne sammenhæng. Jf. dom af 13.11.2003, sag C-153/02, Neri, Sml. I, s. 13555, præmis 33-36, og af 12.4.2005, sag C-145/03, Keller, Sml. I, s. 2529, præmis 32-34. Under alle omstændigheder finder det, jeg konkluderer i det foreliggende forslag til afgørelse, anvendelse, uanset om konsortiet også består af statslige myndigheder.

13 — For så vidt angår det andet spørgsmål tilkommer det ikke Domstolen i præjudicielle sager at udtale sig om, hvorvidt national ret er forenelig med fællesskabsretten, eller at fortolke national ret. Domstolen kan imidlertid meddele den forelæggende ret de kriterier, der er af betydning for fortolkningen af fællesskabsretten, således at retten kan tage stilling til, om de nationale regler er forenelige med fællesskabsbestemmelserne, når den afgør den sag, der er indbragt for den. Jf. dom af 16.12.2008, sag C-213/07, Michaniki, Sml. I, s. 9999, præmis 51 og 52 og den deri nævnte retspraksis.

14 — Min fremhævelse.

22. Det er min opfattelse, at direktivet åbenbart ikke stiller krav om en bestemt juridisk form og ikke indeholder krav om, at en økonomisk aktør skal udgøre en virksomhed eller skal have fortjeneste til formål eller skal have en stabil eller regelmæssig tilstedeværelse på markedet.

23. I direktivet er det blot fastsat, at begrebet en »økonomisk aktør« bl.a. omfatter enhver offentlig enhed, som på markedet tilbyder udførelse af bygge- og anlægsarbejde samt levering af varer og tjenesteydelser. Mere siger direktivet ikke.

24. Som Kommissionen har påpeget, har fællesskabslovgiver, ved ikke at angive nogen indikationer for, hvilke karakteristika og/eller juridisk form, som kræves, for at økonomiske aktører kan deltage i offentlige udbud, ikke ønsket at definere dette begreb ved at indføre særlige betingelser og således begrænse adgangen til offentlige udbud.

25. Det skal derudover påpeges, at det i direktivets artikel 4, stk. 1, er fastsat, at »ansøgere eller tilbudsgivere, der i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at levere den pågældende ydelse, [ikke] kan […] 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«. For så vidt angår grupper af økonomiske aktører fastsætter direktivets artikel 4, stk. 2, at »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 […]«.

26. Det følger af de foregående betragtninger og ikke mindst af ordlyden af direktivets artikel 1, stk. 8, at offentlige enheder, såsom den enhed, der er part i hovedsagen, udgør »økonomiske aktører«, som i princippet må deltage i offentlige udbud om tjenesteydelser.

27. Ovenstående synspunkt bliver bekræftet af forarbejderne til direktivet [15].

15 — I forslaget til direktivet blev det angivet under »motiveringen« for ordlyden af, hvad der kom til at blive artikel 1, stk. 8, at det »nye begreb [om en økonomisk aktør] er blevet nødvendigt, fordi de tre »klassiske« direktiver er blevet samlet i én retsakt«. Direktivets forarbejder fastslår endvidere, at »det eneste formål med [dette] begreb er, at det skal være kortfattet«, og at det står for »opérateur économique« på fransk eller »ondernemer« på nederlandsk, samt at det på engelsk i praksis har samme betydning som »undertaking«. Det angives endvidere, at »i tilfælde af alvorlige oversættelsesproblemer vil man, selv om det tynger teksten, systematisk kunne anvende ordene »leverandør, tjenesteyder og entreprenør««.

28. Der kan i den sammenhæng muligvis drages en parallel til det veletablerede begreb virksomhed i Fællesskabets konkurrenceret.

29. Dette kan også være hensigtsmæssigt på grund af den omstændighed, at direktivet understreger, at begrebet økonomisk aktør udelukkende anvendes for at forenkle teksten. Derudover er det åbenbart, at konkurrenceretten er beslægtet med reglerne, der garanterer en ufordrejet konkurrence i udbudsprocedurer.

30. Det er i den forbindelse relevant at erindre om den retspraksis, der følger af Höfner og Elser-dommen [16] vedrørende begrebet »virksomhed« inden for konkurrenceretten, som »omfatter […] enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde«. Derudover har Domstolen fastslået, at »enhver aktivitet, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, er en økonomisk aktivitet« [17]. I den sammenhæng er generaladvokat Jacobs' udtalelse om, at »en aktivitet [dog ikke] kan […] siges ikke at være økonomisk, blot fordi den ikke udøves med økonomisk vinding for øje«, særligt træffende [18].

31. Min fortolkning af begrebet »økonomisk aktør« bekræftes også af Domstolens retspraksis vedrørende offentlige kontrakter.

32. For det første har Domstolen i en dom [19] fastslået, at fællesskabsreglerne om offentlige kontrakter finder anvendelse på »en aktiv

16 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Sml. I, s. 1979, præmis 1. Jf. bl.a. også dom af 11.6.2006, sag C-205/03 P, FENIN mod Kommissionen, Sml. I, s. 6295, præmis 25, og den nyere dom af 11.12.2007, sag C-280/06, ETI m.fl., Sml. I, s. 10893, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis.

17 — Jf. dom af 26.3.2009, sag C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati mod Kommissionen og Eurocontrol, Sml. I, s. 2207, præmis 69. Jf. også dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 7, af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 36, af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 47, af 10.1.2006, sag C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., Sml. I, s. 289, præmis 108, og af 23.3.2006, sag C-237/04, Enirisorse, Sml. I, s. 2843, præmis 29, samt dommen i sagen FENIN mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 25.

18 — Dom af 23.11.2006, sag C-5/05, Joustra, Sml. I, s. 11075, punkt 84. Se også generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse i sagen FENIN mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 16: »Også selv om der ikke arbejdes med vinding for øje, kan der være tale om en markedsdeltagelse, som kan undergrave konkurrencereglernes mål« (punkt 14). Vedrørende relevansen af, at en organisation ikke har fortjeneste for øje, ved vurderingen af en aktivitets økonomiske karakter, se dom af 17.2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160/91, Poucet og Pistre, Sml. I, s. 637, præmis 10, dommen af 18.6.1998 i sagen Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 37, og dom af 12.9.2000, forenede sager C 180/98 — C-184/98, Pavlov m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 76 og 77.

19 — Dom af 18.1.2007, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 44.

økonomisk aktør på markedet«. Efter min mening bør man dog ikke deraf drage den slutning, at en økonomisk aktør skal have en stabil eller regelmæssig tilstedeværelse på markedet.

33. Tværtimod skal begrebet »økonomisk aktør« efter min mening fortolkes vidt, så det omfatter alle, der udbyder tjenester på markedet, uanset om det sker for første gang eller blot enkelte gange eller lejlighedsvis.

34. Som Kommissionen har påpeget, indebærer ovenstående ikke en forringelse af kvaliteten af den tjenesteydelse, der leveres, idet artikel 44 i direktivet fastsætter, at kontrakter først tildeles, efter at de ordregivende myndigheder har undersøgt de økonomiske aktørers økonomiske og finansielle formåen samt deres faglige og tekniske viden eller evne.

35. En vid fortolkning af begrebet »økonomisk aktør« er også i overensstemmelse med Domstolens retspraksis om, at det er i Fællesskabets interesse at sikre en så stor deltagelse af tilbudsgivere som muligt i et offentligt udbud [20].

36. I den sammenhæng skal der også henvises til Teckal-dommen [21], ARGE-dommen [22], dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau [23] og dommen i sagen Auroux m.fl. [24], hvori Domstolen bl.a. fastslog, at fællesskabslovgivning vedrørende offentlige kontrakter også finder anvendelse i de tilfælde, hvor entreprenøren selv er en ordregivende myndighed [25]. En ordregivende myndighed kan således også anses for en »økonomisk aktør« i direktivets forstand. Dette støtter også min vide fortolkning af dette begreb i den foreliggende sag.

37. Den forelæggende ret har navnlig betænkeligheder ved, at CoNISMa drives uden vinding for øje. Domstolen har i den forbin-

20 — Jf. i den forbindelse Michaniki-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 39, og dom af 19.5.2009, sag C-538/07, Assitur, Sml. I, s. 4219, præmis 26. Se også dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 47.

21 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Sml. I, s. 8121, præmis 50 ff.

22 — Dom af 7.12.2000, sag C-94/99, Sml. I, s. 11037, præmis 40.

23 — Nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 47.

24 — Nævnt ovenfor i fodnote 19.

25 — Vedrørende en sag, hvor et universitet eventuelt kunne anses for at være en ordregivende myndighed, jf. dom af 3.10.2000, sag C-380/98, The University of Cambridge, Sml. I, s. 8035. For så vidt angår begrebet ordregivende myndighed, se A. Tizzano, »La notion de »pouvoir adjudicateur« dans la jurisprudence communautaire«, i M. Monti, Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein, B. Vesterdorf, J. Westbrook, L. Wildhaber (Red.), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation,* Nomos, Baden-Baden, 2007, s. 659-669.

delse for det første i dommen i sagen Kommissionen mod Italien [26] fastslået, at den omstændighed, at de pågældende sammenslutninger ikke har vinding for øje, ikke udelukker, at de udøver en økonomisk virksomhed og udgør virksomheder i overensstemmelse med EF-traktatens bestemmelser vedrørende konkurrencen.

38. Dernæst henviste Domstolen til ARGE-dommen [27] og udtalte, at den omstændighed, at sådanne organer, eftersom deres ansatte udfører frivilligt arbejde, har mulighed for at afgive bud med priser, der er lavere end deres konkurrenters, ikke forhindrer dem i at deltage i proceduren for indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter, der er omfattet af direktiv 92/50. Domstolen konkluderede derfor, at den pågældende kontrakt i den nævnte sag ikke kunne holdes uden for begrebet offentlige tjenesteydelseskontrakter som defineret i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, af den grund, at de pågældende organisationer ikke arbejder med gevinst for øje [28].

39. For endvidere at imødegå den forelæggende rets bekymring om, at konsortiet ikke ville være i stand til at tilbyde hverken den nødvendige professionalisme og kapacitet, som en typisk virksomhed ville kunne tilbyde, eller den sofistikerede udrustning og det kvalificerede personale, som kræves for den pågældende tjenesteydelse, er det tilstrækkeligt at henvise til den retspraksis, hvori Domstolen har fastslået, at det ikke spiller nogen rolle, om tilbudsgiveren ikke selv kan eller ikke selv vil udføre kontrakten, hvis han kan påvise, at han har adgang til de ressourcer — gennem datterselskaber eller tredjeparter, og uanset den retlige forbindelse med disse selskaber [29] — som er nødvendige for at udføre kontrakten.

40. I den forbindelse tillader direktivet ikke, at en ordregivende myndighed udelukker et offentligt organ, såsom CoNISMa, fra at deltage i en udbudsprocedure, idet spørgsmålet om, en økonomisk aktør er berettiget til at deltage i en sådan procedure, skal undersøges i henhold til direktivets artikel 44-52. Med andre ord skal muligheden, som den

26 — Dom af 29.11.2007, sag C-119/06, Sml. I, s. 168*, summarisk offentliggørelse, præmis 37-41 og den deri nævnte retspraksis. Dommen angik Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af procedurerne for tildeling af offentlige tjenesteydelseskontrakter (EFT L 209 s. 1).

27 — ARGE-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 32 og 38.

28 — Vedrørende argumentet om ikke at arbejde med gevinst for øje, se også dom af 18.11.2003, sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 11197, præmis 18 og 19, og af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 38-40, samt forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Kokott i sagen Auroux m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, punkt 54.

29 — Se dom af 14.4.1994, sag C-389/92, Ballast Nedam Groep, Sml. I, s. 1289, præmis 11 ff., af 2.12.1999, sag C-176/98, Holst Italia, Sml. I, s. 8607, præmis 25 ff., og af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 88-96.

tjekkiske regering har påpeget, for at deltage i offentlige udbud ved at afgive et tilbud adskilles fra vurderingen af det bud, der gives i den derpå følgende udvælgelsesfase i proceduren.

41. Den forelæggende ret har endvidere gjort gældende, at såfremt konsortier af offentlige organer som CoNISMa deltager i offentlige udbud, kan dette tilsidesætte princippet om fri konkurrence på to måder. For det første kan en sådan deltagelse medføre, at et antal af offentlige kontrakter fjernes fra det åbne marked, idet det ville blive sværere for en ikke uvæsentlig andel af almindelige virksomheder at få tildelt disse kontrakter som følge af konsortiets omfattende forretningsnetværk. For det andet ville det give den, der tildeles kontrakten, en uretmæssig fordel som følge af den økonomiske sikkerhed, der følger af den konstante og forudsigelige strøm af offentlige midler, der ikke er tilgængelig for andre økonomiske aktører, som helt må forlade sig på deres evne til at opnå fortjeneste ved at udbyde tjenesteydelser på markedet.

42. Hvad for det første angår det påståede omfattende forretningsnetværk finder jeg ikke dette argument afgørende, ikke mindst fordi CoNISMa i sit indlæg forklarede, at konsortiets eneste hjemsted er i Rom, og at dets forskellige medlemmers kontorer ikke spiller nogen rolle i de offentlige udbudsprocedurer.

43. Hvad for det andet angår det anførte om, at CoNISMa ville blive tildelt en uretmæssig fordel som følge af de offentlige midler, det har til rådighed — hvilket adskiller sig helt fra CoNISMas egen forklaring om, at konsortiets erhvervsmæssige virksomhed er selvfinansierende — er jeg enig med den tjekkiske regering og Kommissionen i, at det er tilstrækkeligt at henvise til Domstolens praksis, der fastslår, at dette aspekt ikke er en hindring for deltagelse i udbudsprocedurerne [30]. Domstolen har navnlig fastslået, at offentlige enheder, især enheder, der modtager støtte fra staten, som gør det muligt for dem at afgive tilbud, der er væsentligt lavere end de tilbud, som afgives af andre, der ikke modtager støtte fra staten, udtrykkeligt har adgang [31] til at deltage i offentlige udbudsprocedurer. Direktivet, der er relevant i hovedsagen, angiver nemlig

30 — Jf. ARGE-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 24 ff.
31 — På det pågældende tidspunkt i medfør af direktiv 92/50.

udtrykkeligt, at offentlige organer, i visse tilfælde offentligt finansierede, har adgang til at deltage i udbudsprocedurerne for tildeling af offentlige kontrakter.

44. Det må i den sammenhæng bemærkes, at direktivets artikel 55, stk. 3, som vedrører »unormalt lave tilbud«, fastsætter, at »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« [32].

45. I den forbindelse nævner fjerde betragtning til direktivet, at »[m]edlemsstaterne 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«.

46. Sammenfattende skal direktivets artikel 1, stk. 8, og navnlig begrebet »økonomisk aktør« fortolkes således, at det ikke udelukker et konsortium som det, der omhandles i hovedsagen, fra at deltage i offentlige udbudsprocedurer om tjenesteydelser [33]. Det følger heraf, at direktivet er til hinder for national lovgivning, der udelukker sådanne enheder fra at deltage, forudsat at de i øvrigt ifølge de relevante nationale bestemmelser har ret til at tilbyde varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder på markedet.

47. Det tilkommer i den forbindelse den nationale domstol ud fra samtlige relevante omstændigheder i sagen at afgøre, hvorvidt den berørte nationale lovgivning er forenelig med direktivet, og om nødvendigt undlade at anvende enhver national bestemmelse, der ikke er i overensstemmelse med fællesskabsretten [34].

32 — Se i den forbindelse også ARGE-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22.

33 — Som Kommissionen har påpeget, kan en medlemsstat i den forbindelse naturligvis regulere aktiviteterne for organisationer, som ikke drives med vinding for øje, men hvis formål hovedsageligt er forskning, og kan om nødvendigt begrænse sådanne organisationers muligheder for at udbyde tjenesteydelser på markedet. Ikke desto mindre skal den pågældende medlemsstat anerkende personer hjemmehørende i andre medlemsstater, som i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at udføre den pågældende tjenesteydelse som »økonomiske aktører«, uanset om de er universiteter, forskningsinstitutter eller gruppe af sådanne, og uanset om de drives uden vinding for øje eller ej. Den forelæggende ret har ikke henvist til nogen italienske retsregler, som viser, at der kunne foreligge de ovennævnte begrænsninger for enheder som den i hovedsagen omhandlede.

34 — Jf. i den forbindelse dom af 18.12.2007, sag C-357/06, Frigerio Luigi og C., Sml. I, s. 12311, præmis 28, som henviser til dom af 4.2.1988, sag 157/86, Murphy m.fl., Sml. s. 673, præmis 11, og af 11.1.2007, sag C-208/05, ITC, Sml. I, s. 181, præmis 68 og 69.

IV — Forslag til afgørelse

48. Under henvisning til det anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer Consiglio de Statos spørgsmål på følgende måde:

»1) Artikel 1, stk. 8, i Europa-parlamentet 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 navnlig begrebet »økonomisk aktør«, skal fortolkes således, at et konsortium som det, der omhandles i hovedsagen, ikke er udelukket fra at deltage i en udbudsprocedure om tildeling af en tjenesteydelseskontrakt, som konsortiet er berettiget til at udføre ifølge den relevante nationale lovgivning.

2) Direktiv 2004/18 er til hinder for national lovgivning, der udelukker enheder, der hovedsageligt drives med andre formål end vinding for øje, såsom forskning, fra at deltage i offentlige udbudsprocedurer, forudsat at disse enheder ifølge den relevante nationale lovgivning har ret til at tilbyde varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder på markedet.«