Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 12 september 2013*

”Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Artikel 1.9 andra stycket c — Begreppet offentligrättsligt organ — Villkoret att verksamheten finansieras av, eller att förvaltningen eller verksamheten står under kontroll av, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ — Yrkesorganisation för läkare — I lag föreskrivs finansiering genom avgifter som betalas av organisationens medlemmar — Storleken på avgifterna fastställs vid organisationens stämma — Organets oberoende vid fastställandet av omfattningen av och det sätt på vilket det ska utföra sina lagstadgade uppdrag”

I mål C-526/11,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) genom beslut av den 5 oktober 2011, som inkom till domstolen den 18 oktober 2011, i målet

IVD GmbH & Co. KG

mot

Ärztekammer Westfalen-Lippe,

ytterligare deltagare i rättegången:

WWF Druck + Medien GmbH,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

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

generaladvokat: P. Mengozzi,

justitiesekreterare: handläggaren A. Impellizzeri,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 8 november 2012,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— IVD GmbH & Co. KG, genom J. Eggers, Rechtsanwalt,

* Rättegångsspråk: tyska.

— Ärztekammer Westfalen-Lippe, genom S. Gesterkamp och T. Schneider-Lasogga, Rechtsanwälte,

— Tjeckiens regering, genom M. Smolek och T. Müller, båda i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom M. Noll-Ehlers, A. Tokár och C. Zadra, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 30 januari 2013 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.9 andra stycket c 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 (EUT L 134, s. 114).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan, å ena sidan, IVD GmbH & Co. KG (nedan kallad IVD) och, å andra sidan, Ärztekammer Westfalen-Lippe (Yrkesorganisationen för läkare i Westfalen-Lippe, nedan kallad Ärztekammer). Målet rör Ärztekammers beslut att efter en anbudsinfordran tilldela ett annat företag ett kontrakt.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 Artikel 1.9 andra och tredje styckena i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”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.

Icke uttömmande förteckningar över sådana offentligrättsliga organ och kategorier av organ som uppfyller villkoren i andra stycket a, b och c finns i bilaga III. …”

4 Vad gäller Förbundsrepubliken Tyskland finns yrkesorganisationer, och bland annat läkarsamfund, med i förteckningen i nämnda bilaga över organ som inrättats av staten, delstaterna eller lokala myndigheter (avsnitt III, 1.1, andra strecksatsen).

Tysk rätt

5 Enligt 6 § första stycket punkterna 1–5 i delstaten Nordrhein-Westfalens lag om vårdyrken (Heilberufsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen) (nedan kallad HeilBerG NRW) har Ärztekammer bland annat till uppgift att

”1. stödja den offentliga hälso- och sjukvården och den offentliga veterinärtjänsten vid uppfyllandet av deras uppgifter, i synnerhet genom att lägga fram förslag i samtliga frågor som avser yrkesverksamhet inom vård och medicinsk vetenskap,

2. på tillsynsmyndigheternas begäran avge yttranden samt på begäran av behöriga myndigheter avge sakkunnigutlåtanden och förordna sakkunniga,

3. säkerställa tillgång till akut sjuk- och tandvård utanför ordinarie mottagningstid, offentliggöra information om detta samt organisera och planlägga denna vård,

4. främja och bedriva vidareutbildning av organisationens medlemmar för att bidra till att deras kunskaper, färdigheter och kompetens som krävs för deras yrkesutövning under hela deras yrkesliv motsvarar senaste forskningsrön och praxis, reglera vidareutbildningen enligt denna lag samt utfärda intyg om specialistkompetens, …

5. främja och handha kvalitetssäkringen inom hälso- och sjukvården och veterinärtjänsten – i synnerhet tillhandahålla certifiering – i samråd med berörda parter.”

6 Av beslutet om hänskjutande och av de handlingar som domstolen har tillgång till framgår det att det i denna lag förskrivs att

— Ärztekammer även har i uppdrag att främja och bevara en hög yrkesnivå, tillvarata sina medlemmars professionella intressen, försäkra sig om att det råder goda relationer mellan medlemmarna, inrätta socialvårdsinstitutioner till förmån för sina medlemmar och deras familjer samt upplysa allmänheten om organisationens verksamhet och frågor som rör yrket (6 § första stycket punkterna 6–8, 10 och 12),

— alla läkare som utövar sitt yrke i delstaten Nordrhein-Westfalen eller som har sin fasta bostadsadress är medlemmar i organisationen (2 §),

— samtliga medlemmar har i princip rösträtt vid organisationens stämma (12 § första stycket),

— Ärztekammer har rätt att uppbära avgifter från sina medlemmar för att utföra sina uppdrag (6 § fjärde stycket första meningen),

— storleken på dessa avgifter ska fastställas i en förordning antagen vid organisationens stämma (23 § första stycket),

— nämnda förordning måste godkännas av tillsynsmyndigheten (23 § andra stycket), varvid godkännandet enbart syftar till att säkerställa att organisationens budget är i balans, och

— att tillsynsmyndigheten, i efterhand, ska granska huruvida Ärztekammer utför sina uppdrag i enlighet med gällande lag (28 § första stycket).

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

7 Ärztekammer anordnade en anbudsinfordran beträffande tryckning och utskick av organisationens nyhetsbrev samt försäljning av annonser och prenumerationer till detta, och ett meddelande om offentlig upphandling härom offentliggjordes i Europeiska unionens officiella tidning den 5 november 2010. Efter det att två av anbuden uteslutits stod valet mellan IVD och WWF Druck + Medien GmbH och det var det sistnämnda företagets anbud som antogs.

8 IVD:s begäran om omprövning av detta tilldelningsbeslut föranledde inte någon ändring av detsamma varför bolaget ansökte om överprövning vid Vergabekammer, som är den administrativa myndigheten med behörighet att pröva tvister på upphandlingsområdet. IVD gjorde gällande att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet inte hade bifogat vissa nödvändiga referenser som fastställts av Ärztekammer. IVD:s ansökan om överprövning avslogs i denna instans då bolagets anspråk saknade grund.

9 Vergabekammers beslut överklagades till Oberlandesgericht Düsseldorf (regional appellationsdomstol i Düsseldorf, nedan kallad den hänskjutande domstolen) som beslutade att på eget initiativ pröva frågan huruvida Ärztekammer ska anses utgöra en upphandlande myndighet, vilket är avgörande för huruvida IVD:s talan kan tas upp till sakprövning.

10 Den hänskjutande domstolen anser att Ärztekammers uppdrag enligt 6 § första stycket punkterna 1–5 HeilBerG NRW tillgodoser behov i det allmännas intresse, som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Det framgår vidare av handlingarna i målet att Ärztekammer är en juridisk person. Således uppfyller organisationen de kriterier som anges i artikel 1.9 andra stycket a och b i direktiv 2004/18.

11 Den hänskjutande domstolen ställer sig dock frågande till huruvida Ärztekammers rätt att uppbära avgifter från sina medlemmar utgör indirekt statlig finansiering som uppfyller det första villkoret i artikel 1.9 andra stycket c i detta direktiv.

12 Den hänskjutande domstolen anser, med hänvisning till dom av den 13 december 2007 i mål C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl. (REG 2007, s. I-11173), och av den 11 juni 2009 i mål C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns (REG 2009, s. I-4779), att det föreligger sådan indirekt statlig finansiering när staten antingen själv fastställer grunden för avgiften och dess storlek, eller, genom bestämmelser som exakt föreskriver vilka tjänster som den berörda juridiska personen ska tillhandahålla och som påverkar beräkningen av avgiftens storlek, utövar ett sådant inflytande att den juridiska personen enbart har ett snävt handlingsutrymme vid fastställandet av avgiften.

13 Den hänskjutande domstolen har emellertid påpekat att den tillämpliga lagstiftningen inte innebär att storleken på de avgifter som uppbärs av Ärztekammer och omfattningen av organisationens uppdrag samt formerna för att utföra detta fastställs på ett sådant sätt att Ärztekammer enbart kan fastställa avgifternas storlek inom snäva gränser. Eftersom denna organisation har ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning vid utförandet av sina uppdrag har den tvärtom ett liknande utrymme vid bedömningen av dess behov av finansiering och således vid fastställandet av medlemsavgifternas storlek. Den hänskjutande domstolen har vidare påpekat att det förvisso finns ett system för godkännande av den förordning genom vilken avgifterna fastställs men att detta godkännande enbart syftar till att säkerställa att organisationens budget är i balans.

14 Med beaktande av dessa särskilda omständigheter anser den hänskjutande domstolen att Ärztekammer inte uppfyller de kriterier som EU-domstolen fastslagit i domarna i de ovan i punkt 12 nämnda målen. Den hänskjutande domstolen önskar därför få klarhet i huruvida dessa kriterier är nödvändiga i samtliga fall för att villkoret om statlig finansiering ska vara uppfyllt.

15 Mot denna bakgrund har Oberlandesgericht Düsseldorf beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska det anses att ett […] organ (här: en yrkesorganisation) […] ’till största delen finansieras av stat[en]’, respektive ’står under kontroll’ av staten [i den mening som avses i artikel 1.9 andra stycket c) i direktiv 2004/18] om

— detta organ enligt lag medges en rätt att uppbära medlemsavgift från dess medlemmar, men varken avgiftens storlek eller omfattningen av de tjänster som finansieras genom avgiften föreskrivs i lag,

— avgiftssatsen emellertid kräver statens godkännande?”

Prövning av tolkningsfrågan

16 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18 ska tolkas på så sätt att ett organ, såsom en offentligrättslig yrkesorganisation, uppfyller antingen kriteriet att till största delen vara finansierat av offentliga myndigheter då detta organ till största delen finansieras av medlemsavgifter – vilka organet enligt tillämplig lag har rätt att fastställa och uppbära – i det fall då denna lag inte fastställer omfattningen och arten av de åtgärder som nämnda organ vidtar vid fullgörandet av sina lagstadgade uppdrag, eller kriteriet att verksamheten står under kontroll av de offentliga myndigheterna i och med att det krävs att organets beslut om fastställande av storleken på avgifterna godkänns av en tillsynsmyndighet.

17 Domstolen påpekar inledningsvis, liksom den hänskjutande domstolen har gjort, att Ärztekammer omfattas av bilaga III till direktiv 2004/18, i vilken det för varje medlemsstat identifieras vilka offentligrättsliga organ och kategorier av organ som omfattas av artikel 1.9 andra stycket. I avsnitt III i denna bilaga, vilket rör Tyskland, anges nämligen i kategori 1.1 ”offentligrättsliga organ inrättade av staten, delstaterna eller lokala myndigheter”, ”samfund för […] läkare” i andra strecksatsen rörande ”yrkesorganisationer”.

18 Såsom generaladvokaten har erinrat om i punkterna 20 och 21 i sitt förslag till avgörande, är upptagandet av ett organ i denna bilaga enbart ett genomförande av den materiella bestämmelse som fastställs i artikel 1.9 andra stycket i direktiv 2004/18, utan att det därav följer en icke motbevisbar presumtion för att detta organ utgör ett ”offentligrättsligt organ” i den mening som avses i denna bestämmelse. Det ankommer följaktligen på unionsdomstolen att, när den mottar en motiverad begäran om detta från en nationell domstol, förvissa sig om att detta direktiv är internt konsekvent genom att pröva huruvida det utgör en korrekt tillämpning av den materiella bestämmelsen att uppta ett visst organ i nämnda bilaga (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Hans & Christophorus Oymanns, punkterna 42, 43 och 45).

19 Enligt artikel 1.9 andra stycket i direktiv 2004/18, utgör en enhet ett ”offentligrättsligt organ” i den mening som avses i denna bestämmelse och omfattas i egenskap därav av bestämmelserna i detta direktiv när tre kumulativa kriterier är uppfyllda. Enheten har särskilt inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär [punkt a], enheten är en juridisk person [punkt b] och enhetens verksamhet till största delen är finansierad av offentliga myndigheter eller dess verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller mer än hälften av ledamöterna i dess förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan utses av offentliga myndigheter [punkt c].

20 De tre alternativa kriterierna i artikel 1.9 andra stycket c i direktivet återspeglar samtliga en nära anknytning till offentliga myndigheter. En sådan anknytning gör det möjligt för dessa myndigheter att påverka det berörda organets beslut i fråga om offentlig upphandling. Genom detta uppstår möjligheten att andra hänsyn än ekonomiska styr besluten, och särskilt uppkommer en risk att

företräde ges till nationella anbudsgivare eller anbudssökande, vilket skapar hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor. Syftet med tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling är just att undanröja sådana hinder (se, vad gäller analoga bestämmelser som föregick direktiv 2004/18, dom av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2001, s. I-939, punkterna 39, 41, 42, 44 och 48 och där angiven rättspraxis).

21 Mot bakgrund av detta syfte, måste varje enskilt kriterium tolkas funktionellt (se, vad gäller analoga bestämmelser som föregick direktiv 2004/18, domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Frankrike, punkt 43 och där angiven rättspraxis, och Bayerischer Rundfunk m.fl., punkt 40), det vill säga oberoende av de formella reglerna för dess tillämpning (se, analogt, dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding, REG 1998, s. I-6821, punkterna 62 och 63), och varje kriterium ska tolkas så att det skapas en nära anknytning till de offentliga myndigheterna.

22 Vad gäller det första kriteriet i artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18 att organet till största delen ska vara finaniserat av offentliga myndigheter, avser begreppet finansiering en överföring av finansiella resurser utan specifik motprestation för att stödja den berörda enhetens verksamhet (se, vad gäller analoga bestämmelser som föregick direktiv 2004/18, dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, REG 2000, s. I-8035, punkt 21).

23 Eftersom detta begrepp ska tolkas funktionellt har domstolen slagit fast att kriteriet att organet till största delen ska vara finansierat av offentliga myndigheter omfattar indirekt finansiering.

24 Sådan finansiering kan ske genom en avgift som tas ut enligt lag och vars storlek föreskrivs i lag och som inte utgör vederlag för de tjänster som organet tillhandahåller, varvid uppbörden av avgiften innefattar myndighetsutövning (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Bayerischer Rundfunk m.fl., punkterna 41, 42, 44, 45 och 47–49).

25 Den omständigheten att ett organ formellt sett självt fastställer storleken på de avgifter som står för den största delen av dess finansiering utesluter inte att det kan röra sig om indirekt finansiering som uppfyller nämnda kriterium. Detta är fallet när organ såsom socialförsäkringskassorna finansieras av avgifter som betalas av eller för deras medlemmar, utan specifik motprestation, eftersom medlemskap i en sådan socialförsäkringskassa och betalning av avgifterna är obligatoriska enligt lag, och även om avgiftssatserna formellt fastställs av socialförsäkringskassorna själva är de för det första rättsligt ålagda, eftersom de tjänster som socialförsäkringskassorna ska tillhandahålla samt de därmed förbundna kostnaderna fastställs i lag och socialförsäkringskassorna inte får driva sin verksamhet i vinstsyfte. Avgiftssatserna måste för det andra godkännas av tillsynsmyndigheten, och uppbörden av avgifterna sker på tvingande grund med stöd av offentligrättsliga bestämmelser (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Hans & Christophorus Oymanns, punkterna 53–56).

26 Det kan emellertid konstateras att situationen för ett organ såsom Ärztekammer inte kan likställas med den situation som beskrivs i föregående punkt.

27 Även om Ärztekammers uppdrag anges i HeilBerG NRW framgår det nämligen av beslutet om hänskjutande att organisationens situation karakteriseras av det stora mått av oberoende som den enligt denna lag har när det gäller att fastställa arten och omfattningen av de åtgärder som organisationen vidtar vid fullgörandet av sina uppdrag samt på vilket sätt dessa åtgärder ska vidtas, och således även när det gäller att fastställa budgeten i detta hänseende, och följaktligen, storleken på de avgifter som den tar ut från sina medlemmar. Den omständigheten att förordningen i vilken avgiften fastställs måste godkännas av en offentlig tillsynsmyndighet är inte avgörande, eftersom denna myndighet begränsar sig till att säkerställa att organisationens budget är i balans, det vill säga att nämnda organisation säkerställer att den, genom medlemsavgifter och medel från andra inkomstkällor, har tillräckliga inkomster för att täcka samtliga de kostnader som är förenade med organisationens verksamhet enligt de regler som organisationen själv fastställt.

28 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 65 och 66 i sitt förslag till avgörande, betonas detta oberoende till de offentliga myndigheterna ytterligare av att den nämnda förordningen antas vid en stämma som består av de betalande medlemmarna själva.

29 Vad därefter gäller det andra kriteriet i artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18 att verksamheten ska stå under kontroll av offentliga myndigheter, erinrar domstolen om att en efterhandsgranskning i princip inte uppfyller detta kriterium, eftersom en sådan granskning inte tillåter de offentliga myndigheterna att påverka det berörda organets beslut vad gäller offentlig upphandling (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley, REG 2003, s. I-1931, punkt 70). I princip gäller detta en lagenlighetsgranskning utförd i efterhand av en tillsynsmyndighet, och i ännu högre grad ett ingripande av denna myndighet i form av ett godkännande av organets beslut om fastställande av storleken på de avgifter som utgör huvuddelen av dess finansiering, och som begränsas till en kontroll av att organets budget är i balans.

30 Trots att lagen dels fastställer Ärztekammers uppdrag och hur dess finansiering till största delen ska vara organiserad, dels föreskriver att det beslut genom vilket storleken på medlemsavgifterna fastställs måste godkännas av tillsynsmyndigheten framgår det att ett organ såsom Ärztekammer har ett konkret organisatoriskt och ekonomiskt oberoende, vilket utgör hinder för att det ska anses att organet har nära anknytning till de offentliga myndigheterna. Ett sådant organs finansiering sker inte på ett sådant sätt att det ska anses att den till större delen härrör från offentliga myndigheter och den tillåter inte att organets verksamhet står under myndigheternas kontroll.

31 Mot bakgrund av ovan redovisade överväganden ska frågan som ställts besvaras enligt följande. Artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att ett organ, såsom en offentligrättslig yrkesorganisation, inte uppfyller kriteriet att till största delen vara finansierat av offentliga myndigheter då detta organ till största delen finansieras av medlemsavgifter – vilka organet enligt lag har rätt att fastställa och uppbära – i det fall då denna lag inte fastställer omfattningen och arten av de åtgärder som nämnda organ vidtar vid fullgörandet av sina lagstadgade uppdrag, och inte heller kriteriet att verksamheten står under kontroll av de offentliga myndigheterna enbart på den grunden att det krävs att organets beslut om fastställande av storleken på avgifterna godkänns av en tillsynsmyndighet.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

Artikel 1.9 andra stycket c 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, ska tolkas så, att ett organ, såsom en offentligrättslig yrkesorganisation, inte uppfyller kriteriet att till största delen vara finansierat av offentliga myndigheter då detta organ till största delen finansieras av medlemsavgifter – vilka organet enligt lag har rätt att fastställa och uppbära – i det fall då denna lag inte fastställer omfattningen och arten av de åtgärder som nämnda organ vidtar vid fullgörandet av sina lagstadgade uppdrag, och inte heller kriteriet att verksamheten står under kontroll av de offentliga myndigheterna enbart på den grunden att det krävs att organets beslut om fastställande av storleken på avgifterna godkänns av en tillsynsmyndighet.

Underskrifter