DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

13. oktober 2005 *

I sag C-458/03,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italien), ved afgørelse af 23. juli 2003, indgået til Domstolen den 30. oktober 2003, i sagen

Parking Brixen GmbH

mod

Gemeinde Brixen,

Stadtwerke Brixen AG,

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne K. Schiemann, J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), K. Lenaerts og E. Juhász,

* Processprog: tysk.

generaladvokat: J. Kokott
justitssekretær: ekspeditionssekretær M.-F. Contet,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 13. januar 2005,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Parking Brixen GmbH ved avvocati K. Zeller og S. Thurin

— Gemeinde Brixen ved Rechtsanwalt N. De Nigro

— Stadtwerke Brixen AG ved Rechtsanwalt A. Mulser

— den italienske regering ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato G. Fiengo

— den nederlandske regering ved C. Wissels, som befuldmægtiget

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner, som befuldmægtiget,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 1. marts 2005,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF, samt principperne om forbud mod forskelsbehandling, om gennemsigtighed og om ligebehandling.

2 Anmodningen blev fremsat som led i en sag anlagt af selskabet Parking Brixen GmbH (herefter »Parking Brixen«) mod Gemeinde Brixen (Brixen kommune) og selskabet Stadtwerke Brixen AG vedrørende tildeling til sidstnævnte af driften af to parkeringspladser på denne kommunes område.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Artikel 43 EF bestemmer:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område [...]

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 48 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

4 Artikel 49, stk. 1, EF bestemmer:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.«

5 Ottende betragtning til direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»[...] dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer; tjenesteydelser, der udføres på et andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet«.

6 Direktivets artikel 1 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

a) *offentlige tjenesteydelsesaftaler* gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed [...]

[...]

b) *ordregivende myndigheder* staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

[...]«

Nationale bestemmelser

7 Artikel 22, stk. 3, i den italienske lov nr. 142 af 8. juni 1990 om det lokale selvstyre (ordinært tillæg til GURI nr. 135 af 12.6.1990, herefter »lov nr. 142/1990«) bestemmer, at kommuner og provinser kan drive lokal offentlig tjenesteydelsesvirksomhed, der efter loven henhører under deres kompetence, på én af følgende måder:

»a) egenhændigt, når det på grund af tjenesteydelsens ringe omfang eller særlige beskaffenhed ikke er hensigtsmæssigt at oprette en institution eller en virksomhed

b) ved koncession til tredjeparter, når dette er teknisk, økonomisk eller socialt hensigtsmæssigt

c) gennem særlige virksomheder, herunder også med henblik på præstation af flere tjenesteydelser af økonomisk og kommerciel interesse

d) gennem institutioner, når der er tale om præstation af sociale ydelser, der ikke har erhvervsmæssig karakter

e) gennem aktieselskaber, hvori lokale offentlige myndigheder ejer aktiekapitalen, når andre offentlige eller private instansers deltagelse, henset til arten af den tjenesteydelse, der er tale om, forekommer hensigtsmæssig«.

8 Artikel 44 i regionallov nr. 1 af 4. januar 1993 gengiver i sin oprindelige version i det væsentlige artikel 22 i lov nr. 142/1990. Efterfølgende er artikel 44 blevet ændret ved regionallov nr. 10 af 23. oktober 1998.

9 Artikel 44 i regionallov nr. 1, som ændret ved regionallov nr. 10, bestemmer:

»[...]

6. Kommunerne fastsætter ved forordning procedurerne og kriterierne for valget mellem de nedenfor anførte former for organisation af offentlige tjenester, der er af økonomisk og forretningsmæssig karakter:

a) Oprettelse af særlige virksomheder.

b) Oprettelse af eller deltagelse i hertil egnede aktieselskaber eller andre selskaber med begrænset hæftelse og med overvejende offentlig indflydelse.

c) Overdragelse af driften af offentlige tjenester til tredjemand, idet der skal fastsættes egnede udbudsprocedurer for udvælgelsen heraf. Med forbehold for andre lovbestemmelser kan dette aftaleforhold ikke have en varighed på over 20 år og kan kun forlænges med samme kontraktgenstand på de betingelser, der er omhandlet i denne bestemmelse. Andelsselskaber, sammenslutninger, der i henhold til lov repræsenterer invalide og handicappede samt frivillige hjælpeorganisationer og almennyttige organisationer skal gives fortrinsstilling i tilfælde af lige kvalifikationer.

[...]

18. Selskaber, der er oprettet i henhold til stk. 6, og selskaber som nævnt i stk. 17, kan til enhver tid få overdraget at udføre andre offentlige tjenester, som er forenelige med selskabets målsætninger, af de lokale myndigheder, der deltager i selskaberne, ved afgørelse truffet af kommunalbestyrelsen, der samtidig godkender den hertil knyttede tjenesteydelsesaftale.«

10 Ordlyden af artikel 44, stk. 6 og 18, i regionallov nr. 1, som ændret ved regionallov nr. 10, er gengivet som artikel 88, stk. 6 og 18, i bekendtgørelse af lov om kommunernes styrelse i den selvstyrende region Trentino-Sydtyrol.

11 Artikel 115 i lovdekret n° 267 af 18. august 2000 (bekendtgørelse af lovene om en ordning for de lokale myndigheder, ordinært tillæg til GURI nr. 227 af 28.9.2000, herefter »lovdekret nr. 267/2000«) giver kommunerne adgang til at omdanne deres særlige virksomheder til aktieselskaber og at forblive eneaktionærer i en periode på ikke over to år fra omdannelsen.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12 I henhold af artikel 22 i lov nr. 142/1990 havde Gemeinde Brixen henlagt driften af visse lokale offentlige tjenester, som hørte under kommunens ansvarsområde, til Stadtwerke Brixen, der var en særlig virksomhed ejet af kommunen.

13 I medfør af artikel 1 havde Stadtwerke Brixens vedtægter siden den 1. januar 1999 været en juridisk person og en selvstændig virksomhed som et kommunalt organ, hvis særlige opgave var at udføre ensartede og integrerede lokale offentlige tjenester.

14 I henhold til vedtægternes artikel 2 havde Stadtwerke Brixen bl.a. følgende formål:

»f) drift af parkeringspladser og parkeringshuse samt aktiviteter i tilknytning hertil«.

15 Med hjemmel i artikel 115 i lovdekret nr. 267/2000 omdannede Gemeinde Brixen ved afgørelse nr. 97 af 25. oktober 2001 den særlige virksomhed Stadtwerke Brixen til et aktieselskab under navnet »Stadtwerke Brixen AG«.

16 I henhold til artikel 1, stk. 3, i aktieselskabets vedtægter består »[d]en særlige virksomhed [...] [Stadtwerke Brixens] forud stiftede rettigheder og forpligtelser [...] fortsat efter omdannelsen, og selskabet [Stadtwerke Brixen AG] indtræder hermed i samtlige [den særlige virksomhed] Stadtwerke Brixens aktive og passive retshandler«.

17 I henhold til vedtægternes artikel 4 kan Stadtwerke Brixen AG bl.a. udøve følgende virksomhed på lokalt, nationalt og internationalt plan:

»g) drift af parkeringspladser og parkeringsanlæg samt aktiviteter i tilknytning hertil«.

18 Artikel 18 i Stadtwerke Brixen AG's vedtægter bestemmer, at følgende beføjelser overdrages til selskabets bestyrelse:

»1) Bestyrelsen har fuldmagt til at forestå den daglige ledelse af selskabet og kan foretage alle handlinger, som den anser for hensigtsmæssige eller nødvendige for opnåelsen af selskabets formål.

2) Med forbehold for generalforsamlingens godkendelse kan bestyrelsen stille sikkerheder med en værdi på indtil 5 (fem) mio. EUR, herunder udstede egenveksler og acceptere trukne veksler, som overstiger dette beløb.

3) Anskaffelse og afhændelse af andele i andre selskaber, anskaffelse og afhændelse eller bortforpagtning af virksomheder eller dele af virksomheder, samt anskaffelse og afhændelse af køretøjer af en værdi på ikke over 5 (fem) mio. EUR pr. handel anses for at være handlinger, der falder ind under den daglige ledelse af selskabet.

4) Bestyrelsen har enekompetence til at træffe beslutninger om fastlæggelse og/eller ændring af vederlag i forbindelse med særlige opgaver i henhold til artikel 2389, stk. 2, i den italienske Codice Civile.«

19 I henhold til artikel 5, stk. 2, i Stadtwerke Brixen AG's vedtægter kan »Gemeinde Brixens andel af indskudskapitalen i intet tilfælde være lavere end den absolutte majoritet af stamaktierne«. I øvrigt tilkommer det Gemeinde Brixen at udpege

flertallet af medlemmerne af selskabets bestyrelse. Selskabets tilsynsråd består af tre faste medlemmer og tre suppleanter, hvoraf kommunen udpeger mindst to af de faste medlemmer og en suppleant.

20 Ifølge den forelæggende ret medfører omdannelsen af en særlig virksomhed til et aktieselskab en langt større autonomi for det sidstnævnte selskab. Stadtwerke Brixen AG's aktivitetsområde blev væsentligt udvidet i forhold til Stadtwerke Brixens, eftersom selskabet kan udøve virksomhed på lokalt, nationalt og internationalt plan, mens den særlige virksomhed Stadtwerke Brixens aktiviteter var begrænset til Gemeinde Brixens område. Den særlige virksomhed Stadtwerke Brixen var i øvrigt underlagt kommunalbestyrelsens direkte kontrol og indflydelse, hvorimod kommunens kontrol over Stadtwerke Brixen AG er begrænset til den handlefrihed, som flertallet af deltagerne har i henhold til selskabsretten.

21 Ved afgørelse nr. 37 af 23. marts 2000 overdrog Brixen kommunalbestyrelse Stadtwerke Brixen opførelsen og driften af en offentlig svømmehal. Efter virksomhedens omdannelse til aktieselskab den 25. oktober 2001 indtrådte Stadtwerke Brixen AG i de rettigheder og forpligtelser, som denne beslutning indebar.

22 Ved afgørelse nr. 118 af 18. december 2001 tildelte Brixen kommunalbestyrelse Stadtwerke Brixen AG en over- og underjordisk byggeret på det område, der var udlagt til svømmehallen, bl.a. på jordlodden med matrikel nr. 491/11, Brixen Kommune, med henblik på opførelse af underjordiske parkeringspladser.

23 Indtil færdiggørelsen af den planlagte underjordiske parkeringskælder skulle der midlertidigt etableres en overjordisk parkeringsplads. Med henblik herop blev matrikel nr. 491/11, der indtil da var blevet anvendt som fodboldbane, midlertidigt

befæstet og omdannet til en overjordisk parkeringsplads med ca. 200 pladser. Ifølge den forelæggende ret blev der ikke indgået nogen aftale om udnyttelsen af matrikel nr. 491/11 som overjordisk parkeringsplads.

24 For at tilvejebringe yderligere parkeringspladser fik Stadtwerke Brixen AG ved Brixen kommunalbestyrelses afgørelse nr. 107 af 28. november 2002 overdraget driften af den overjordiske parkeringsplads på det tilstødende område, matrikel nr. 491/6, Brixen Kommune, der omfattede ca. 200 pladser, og som i mere end ti år var blevet drevet af kommunen. I denne afgørelse præciseres det, at »Stadtwerke Brixen AG til brug for svømmehallen [...] allerede [har] opført en midlertidig parkeringsplads, der støder op til det kommunale område«, og at det »derfor [måtte] anses for nødvendigt og hensigtsmæssigt også at overlade Stadtwerke Brixen AG driften af det tilstødende område på 5 137 m^2, der udgøres af matrikel nr. 491/6 [...], og som på nuværende tidspunkt drives af kommunen selv«.

25 Den 19. december 2002 indgik Gemeinde Brixen som led i gennemførelsen af afgørelse nr. 107 en aftale med Stadtwerke Brixen AG, hvorefter selskabet i ni år skulle forestå driften af parkeringspladsen på matrikel nr. 491/6.

26 Som modydelse for driften af parkeringspladsen må Stadtwerke Brixen AG opkræve parkeringsafgifter. Til gengæld forpligter selskabet sig til at betale Gemeinde Brixen en årlig godtgørelse til på 151 700 EUR, som forhøjes forholdsmæssigt i tilfælde af en forhøjelse af prisen på parkeringsbilletterne, således at en forhøjelse af priserne medfører en forøgelse af godtgørelsen til kommunen. Ud over driften af parkeringspladsen skal Stadtwerke Brixen AG forestå den gratis udlejning af cykler, og tillade, at det ugentlige marked fortsat afholdes på arealet. Stadtwerke Brixen AG

overtog ligeledes det personale, som Gemeinde Brixen tidligere beskæftigede på arealet. Endelig påhviler den almindelige og ekstraordinære vedligeholdelse af arealet selskabet, der påtager sig ethvert ansvar i den forbindelse.

27 I henhold til en koncessionskontrakt, der blev indgået den 19. juni 1992 med Gemeinde Brixen, påtog Parking Brixen sig opførelse og drift af en anden parkeringsplads, der er adskilt fra dem, der er genstand for hovedsagen, og som også befinder sig på kommunens område. Parking Brixen har for Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen anfægtet tildelingen af driften af de parkeringspladser, der blev opført på matrikel nr. 491/6 og 491/11, til Stadtwerke Brixen AG. Ifølge Parking Brixen skulle Gemeinde Brixen have anvendt bestemmelserne om offentligt udbud.

28 De sagsøgte i hovedsagen, dvs. Stadtwerke Brixen AG og Gemeinde Brixen, har bestridt enhver forpligtelse til at afholde offentligt udbud. Kommunen har gjort gældende, at den har enekontrol over Stadtwerke Brixen AG, og at der således ikke er indgået en aftale med en tredjepart.

29 På denne baggrund har Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er der med hensyn til tildelingen af en kontrakt vedrørende driften af offentlige betalingsparkeringspladser som de i sagen omhandlede tale om en offentlig tjenesteydelsesaftale i direktiv 92/50/EØF's forstand, eller en offentlig tjenesteydelseskoncession, for hvilken Fællesskabets udbudsregler, navnlig forpligtelsen til ligebehandling og gennemsigtighed, finder anvendelse?

2) Såfremt der faktisk er tale om en tjenesteydelseskoncession vedrørende drift af en offentlig lokal tjeneste, er tildelingen af en kontrakt vedrørende driften af offentlige betalingsparkeringspladser, der i henhold til artikel 44, stk. 6, litra b), i regionallov nr. 1 af 4. januar 1993, som ændret ved artikel 10 i regionallov nr. 10 af 23. januar 1998, samt artikel 88, stk. 6, litra a), i bekendtgørelsen af lov om kommunernes styrelse, kan ske uden afholdelse af et offentligt udbud, da forenelig med fællesskabsretten, herunder navnlig med principperne om fri udveksling af tjenesteydelser og fri konkurrence, om forbud mod forskelsbehandling og den heraf følgende pligt til ligebehandling og gennemsigtighed samt proportionalitetsprincippet, når tildelingen sker til et aktieselskab, der i medfør af artikel 115 i lovdekret nr. 267/2000 er stiftet ved omdannelse af en særlig kommunal virksomhed, når dette selskabs aktiekapital på tidspunktet for tildelingen var 100% kommunalt ejet, og dets bestyrelse havde fuldmagt til i forbindelse med den daglige ledelse af selskabet at indgå retshandler med en værdi på ikke over 5 mio. EUR pr. handel?«

30 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 25. maj 2004 blev en begæring om intervention fremsat af Energy Service Srl afvist.

Det første spørgsmål

31 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om tildelingen af kontrakten vedrørende driften af de i hovedsagen omhandlede offentlige betalingsparkeringspladser udgør en offentlig tjenesteydelsesaftale som omhandlet i direktiv 92/50, eller en offentlig tjenesteydelseskoncession.

32 Det skal indledningsvis præciseres, at det ikke tilkommer Domstolen at foretage en konkret bedømmelse af de transaktioner, som er omtvistet i hovedsagen. En sådan bedømmelse henhører under den nationale retsinstans' enekompetence. Domstolens rolle begrænser sig til at forsyne den nationale retsinstans med en fortolkning af fællesskabsretten, der kan være den pågældende retsinstans til nytte i forbindelse med afgørelsen af den tvist, der er indbragt for den.

33 Til dette formål kan Domstolen af sagsakterne fremdrage de oplysninger, der er relevante for fortolkningen af fællesskabsretten.

34 I den sammenhæng bemærkes det, at hovedsagen vedrører tildelingen af driften af to forskellige parkeringspladser: dels den, der befinder sig på matrikel nr. 491/11, dels den, der befinder sig på matrikel nr. 491/6.

35 Hvad angår parkeringspladsen på matrikel nr. 491/11 er det i forelæggelseskendelsen blot anført, at der ikke er blevet indgået en aftale vedrørende udnyttelsen heraf. Forelæggelseskendelsen indeholder navnlig ingen oplysninger om vilkårene for betaling af vederlag til den, der driver parkeringspladsen.

36 Under disse betingelser kan Domstolen blot fastslå, at den ikke er i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at komme med en brugbar fortolkning af fællesskabsretten som svar på denne del af spørgsmålet.

37 Hvad angår parkeringspladsen på matrikel nr. 491/6 fremgår det — som anført i denne doms præmis 24-26 — af forelæggelseskendelsen, at parkeringspladsen havde

været drevet af Gemeinde Brixen selv i mere end ti år, inden driften ved en aftale, indgået den 19. december 2002 mellem Stadtwerke Brixen AG og kommunen, blev overdraget til dette selskab for en periode på ni år. Som modydelse for driften af parkeringspladsen opkræver Stadtwerke Brixen AG parkeringsafgifter af brugerne af parkeringspladsen og betaler Gemeinde Brixen en årlig godtgørelse. I øvrigt har Stadtwerke Brixen AG samtykket i, at det ugentlige marked fortsat kan afholdes på arealet, samtidig med at selskabet varetager den gratis udlejning af cykler samt vedligeholdelsen af arealet.

38 På baggrund af disse oplysninger må det præjudicielle spørgsmål forstås således, at den forelæggende ret i det væsentlige ønsker oplyst, om en offentlig myndigheds tildeling af driften af en offentlig betalingsparkeringsplads til en tjenesteyder, hvis modydelse udgøres af dennes opkrævning af betaling hos tredjeparter for brugen af parkeringspladsen, er en offentlig tjenesteydelsesaftale som omhandlet i direktiv 92/50, eller en offentlig tjenesteydelseskoncession, for hvilken direktivet ikke finder anvendelse.

39 Som det fremgår af ottende betragtning til direktiv 92/50, finder direktivet anvendelse på »offentlige tjenesteydelsesaftaler«, der i artikel 1, litra a), defineres som »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«. Det følger af denne definition, at en offentlig tjenesteydelsesaftale i direktivets forstand indebærer en modydelse, der betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen.

40 I den situation, der sigtes til med det første spørgsmål, hidrører vederlaget til tjenesteyderen derimod ikke fra den berørte offentlige myndighed, men udgøres af beløb, der betales af tredjeparter for brugen af den omhandlede parkeringsplads. Denne form for vederlag indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften

af de pågældende tjenester, hvilket er kendetegnende for en offentlig tjenesteydelseskoncession. I en situation som den i hovedsagen omhandlede er der derfor ikke tale om en offentlig tjenesteydelsesaftale, men om en offentlig tjenesteydelseskoncession.

41 I den forbindelse bør det bemærkes, at denne fortolkning bekræftes af 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 (EUT L 134, s. 114), selv om denne ikke fandt anvendelse på tidspunktet for hovedsagens faktiske omstændigheder. I henhold til dette direktivs artikel 1, stk. 4, forstås ved en »»koncessionskontrakt om tjenesteydelser« [...] en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris«.

42 Det ligger fast, at offentlige tjenesteydelseskoncessioner ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 92/50 (jf. kendelse af 30.5.2002, sag C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Sml. I, s. 4685, præmis 28).

43 På denne baggrund skal det første spørgsmål besvares med, at en offentlig myndigheds tildeling af driften af en offentlig betalingsparkeringsplads til en tjenesteyder, hvis modydelse udgøres af dennes opkrævning af betaling hos tredjeparter for brugen af parkeringspladsen, er en offentlig tjenesteydelseskoncession, på hvilken direktiv 92/50 ikke finder anvendelse.

Det andet spørgsmål

44 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om tildelingen af en offentlig tjenesteydelseskoncession uden afholdelse af offentligt udbud er forenelig med fællesskabsretten, når tildelingen sker til et aktieselskab, der er stiftet ved omdannelse af en særlig virksomhed, når dette selskabs aktiekapital på tidspunktet for tildelingen var 100% kommunalt ejet, og dets bestyrelse havde fuldmagt til i forbindelse med den daglige ledelse af selskabet selvstændigt at indgå bestemte retshandler med en værdi på ikke over 5 mio. EUR pr. handel uden generalforsamlingens godkendelse.

45 Med dette spørgsmål sigtes dels til den ordregivende myndigheds adfærd i forbindelse med tildelingen af en konkret koncession, dels til de nationale retsregler, der gør det muligt at tildele en sådan koncession uden afholdelse af offentligt udbud.

46 Selv om koncessionsaftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, ikke desto mindre forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed (jf. i samme retning dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60, og af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16).

47 Forbuddet mod al forskelsbehandling på grundlag af nationalitet fremgår af artikel 12 EF. De af traktatens bestemmelser, der specifikt finder anvendelse på

offentlige tjenesteydelseskoncessioner, er navnlig artikel 43 EF, hvis stk. 1 fastsætter et forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område, og artikel 49 EF, der i sit stk. 1 fastsætter et forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.

48 Ifølge Domstolens praksis er artikel 43 EF og artikel 49 EF et særligt udtryk for ligebehandlingsgrundsætningen (jf. dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 8). Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er tillige et udtryk for den grundlæggende lighedsgrundsætning (jf. dom af 8.10.1980, sag 810/79, Überschär, Sml. s. 2747, præmis 16). Domstolen har i sin praksis vedrørende fællesskabsdirektiverne om offentlige kontrakter præciseret, at princippet om ligebehandling af tilbudsgivere tilsigter, at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud, uafhængigt af nationalitet (jf. i samme retning dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 33 og 54). Det følger heraf, at princippet om ligebehandling af de bydende finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, selv når der ikke foreligger forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

49 Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet indebærer navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes. Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelseskoncessioner for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i samme retning dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, præmis 61 og 62).

50 Det tilkommer den ordregivende myndighed under de kompetente retsinstansers kontrol at tage stilling til, om der er et rimeligt forhold mellem de betingelser, hvorunder tildelingen er sket, og den pågældende offentlige tjenesteydelseskoncession. Det er dog ikke i overensstemmelse med de i artikel 43 EF og artikel 49 EF fastsatte krav samt principperne om ligebehandling, om forbud mod diskrimination og om gennemsigtighed slet ikke at afholde offentligt udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig tjenesteydelseskoncession som den i hovedsagen omhandlede.

51 I øvrigt bestemmer artikel 86, stk. 1, EF, at medlemsstaterne for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, hverken indfører eller opretholder foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser, herunder navnlig artikel 12 EF, artikel 81 EF — 89 EF.

52 Heraf følger, at medlemsstaterne ikke må opretholde national lovgivning, der tillader tildeling af offentlige tjenesteydelseskoncessioner uden at afholde offentligt udbud, da en sådan tildeling er i strid med artikel 43 EF og artikel 49 EF samt principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed.

53 To argumenter er gjort gældende til støtte for, at traktatens bestemmelser og de i denne doms præmis 46-52 nævnte almindelige principper ikke finder anvendelse på en offentlig tjenesteydelseskoncession, der er tildelt under de i hovedsagen omhandlede omstændigheder.

54 For det første har Stadtwerke Brixen AG gjort gældende, at artikel 43 EF — 55 EF ikke finder anvendelse på en situation som i hovedsagen, da det udelukkende drejer sig om interne forhold i en enkelt medlemsstat, eftersom både Parking Brixen, Stadtwerke Brixen AG og Gemeinde Brixen har hovedsæde i Italien.

55 Dette argument kan ikke tiltrædes. Det kan nemlig ikke i hovedsagen udelukkes, at virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater end Den Italienske Republik, kunne have haft interesse i at præstere de omhandlede tjenester (jf. i samme retning dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 33). Da tildelingen af en offentlig tjenesteydelseskoncession som den i hovedsagen omhandlede imidlertid ikke blev offentliggjort, og da der ikke blev afholdt offentligt udbud, foreligger der en forskelsbehandling, i hvert fald potentielt, til skade for virksomheder fra andre medlemsstater, der hindres i at udøve de traktatfæstede friheder til at udbyde tjenester og til at etablere sig (jf. i samme retning Coname-dommen, præmis 17).

56 For det andet har Den Italienske Republik, Stadtwerke Brixen AG og Gemeinde Brixen gjort gældende, at anvendelsen af traktatens bestemmelser og de almindelige fællesskabsretlige principper på en situation som i hovedsagen er udelukket, da Stadtwerke Brixen AG ikke i forhold til kommunen er en selvstændig enhed. Til støtte for dette argument har de påberåbt sig dom af 18. november 1999, Teckal (sag C-107/98, Sml. I, s. 8121, præmis 49-51).

57 I den forbindelse bemærkes, at Domstolen i Teckal-dommen fastslog, at Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) finder anvendelse, når en ordregivende myndighed, som f.eks. en lokal myndighed, påtænker skriftligt at indgå en gensidigt

bebyrdende aftale om levering af varer med en fra den selv formelt forskellig enhed, som også træffer beslutninger selvstændigt i forhold til myndigheden.

58 For så vidt angår spørgsmålet om, hvornår der foreligger en sådan aftale, har Domstolen i Teckal-dommens præmis 50 præciseret, at det efter artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 principielt er tilstrækkeligt, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person. Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.

59 Domstolen har bekræftet, at de samme overvejelser finder anvendelse for så vidt angår Rådets direktiv 92/50 om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler og Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54) (jf. henholdsvis dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 48, 49 og 52, og af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 39).

60 Disse overvejelser tager udgangspunkt i den forudsætning, at anvendelsen af direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 afhænger af, om der er indgået en aftale mellem to forskellige personer (jf. Teckal-dommen, præmis 46 og 49). Anvendelsen af artikel 12 EF, artikel 43 EF og artikel 49 EF samt de hermed forbundne principper om lighed, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed afhænger imidlertid ikke af, om der er indgået en aftale. De overvejelser, der fremgår af den i præmis 56-59 i denne sag nævnte retspraksis, finder derfor hverken automatisk anvendelse på de nævnte traktatbestemmelser eller principper.

61 Det skal ikke desto mindre fastslås, at disse overvejelser kan overføres til traktatens bestemmelser og de principper, der vedrører offentlige tjenesteydelseskoncessioner,

der er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiverne om offentlige kontrakter. På området for offentlige kontrakter og tjenesteydelseskoncessioner finder ligebehandlingsprincippet og de særlige udtryk herfor, nemlig forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet samt artikel 43 EF og artikel 49 EF, anvendelse i tilfælde, hvor en offentlig myndighed overlader det til en tredjepart at udføre økonomiske tjenesteydelser. Derimod finder fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter og tjenesteydelseskoncessioner ikke anvendelse, hvor en offentlig myndighed udfører opgaver af almen interesse, der påhviler den, med egne administrative, tekniske eller andre midler, uden at anvende eksterne virksomheder (jf. i samme retning, dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 48).

62 Følgelig er anvendelsen af artikel 12 EF, artikel 43 EF og artikel 49 EF samt de almindelige principper, som disse bestemmelser er et specifikt udtryk for, udelukket på området for offentlige tjenesteydelseskoncessioner, hvis den kontrol, den offentlige myndighed fører med den kontraherende virksomhed, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og hvis virksomheden udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, den ejes af.

63 For så vidt som der er tale om en undtagelse til de almindelige fællesskabsretlige regler, skal de to betingelser, som er opstillet i den foregående præmis, fortolkes restriktivt, og bevisbyrden påhviler den part, der påberåber sig ekstraordinære omstændigheder, der berettiger en undtagelse fra de allerede eksisterende regler (jf. dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 46).

64 Det skal for det første undersøges, om den ordregivende offentlige myndighed fører en kontrol med den kontraherende virksomhed, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.

65 Denne bedømmelse skal tage samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning. Det skal fremgår af undersøgelsen, at den pågældende kontraherende virksomhed er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende offentlige myndighed at påvirke virksomhedens beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger.

66 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den særlige virksomhed Stadtwerke Brixen i henhold til artikel 1 i sine vedtægter var et kommunalt organ, hvis særlige opgave var at udføre ensartede og integrerede lokale offentlige tjenester. Kommunalbestyrelsen fastsatte de overordnede retningslinjer, tilførte indskudskapitalen, dækkede eventuelle sociale omkostninger, overvågede driftsresultatet og udøvede strategisk tilsyn, samtidig med, at virksomheden blev givet den nødvendige autonomi.

67 Stadtwerke Brixen AG har derimod erhvervet en kontraktmæssig status, der gør kommunens kontrol tvivlsom. Følgende punkter taler herfor:

a) Omdannelsen af Stadtwerke Brixen — Gemeinde Brixens særlige virksomhed — til et aktieselskab (Stadtwerke Brixen AG) samt karakteren af denne selskabsform.

b) Udvidelsen af selskabets formål, idet det begyndte at drive virksomhed på nye vigtige områder, herunder personbefordring og varetransport samt informationsteknologi og telekommunikation. Det bemærkes, at selskabet bibeholdt den brede vifte af aktiviteter, der før blev udøvet af den særlige virksomhed, herunder navnlig vandforsyning, rensning af spildevand, forsyning med varme og energi samt affaldsbortskaffelse og anlæg af veje.

c) Selskabet har pligt til inden for kortere tid at give adgang til kapitaltilførsel fra anden side.

d) Udvidelsen af det geografiske område for selskabets aktiviteter til hele Italien og udlandet.

e) De betydelige beføjelser, der blev tildelt bestyrelsen, uden at kommunen i praksis udøver driftsmæssig kontrol.

68 For så vidt angår bestyrelsens beføjelser i den konkrete sag fremgår det af forelæggelseskendelsen, at Stadtwerke Brixen AG's vedtægter, og navnlig artikel 18 heri, giver bestyrelsen en omfattende fuldmagt til drift af selskabet, eftersom den har mulighed for at foretage enhver handling, den finder nødvendig for gennemførelsen af selskabets formål. Herudover er den i artikel 18 fastsatte beføjelse til at stille sikkerheder med en værdi på indtil 5 mio. EUR eller gennemføre andre transaktioner uden forudgående godkendelse fra generalforsamlingen, tegn på, at selskabet har en høj grad af selvstændig handlefrihed i forhold til aktionærerne.

69 Det fremgår tillige af forelæggelseskendelsen, at det tilkommer Gemeinde Brixen at udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i Stadtwerke Brixen AG. Imidlertid har den forelæggende ret understreget, at den kontrol, som kommunen fører med Stadtwerke Brixen AG, i det væsentlige er begrænset til det spillerum, som flertallet af deltagerne har i henhold til selskabsretten, hvilket betydeligt formindsker det afhængighedsforhold, der forelå mellem kommunen og den særlige virksomhed Stadtwerke Brixen, især henset til den omfattende fuldmagt, som bestyrelsen for Stadtwerke Brixen AG er tillagt.

70 Når en indehaver af en koncessionskontrakt har en selvstændig handlefrihed som den, der følger af de forhold, der er fremhævet i præmis 67-69, er det udelukket, at den ordregivende offentlige myndighed fører en kontrol med indehaveren af koncessionskontrakten, der svarer til den, den fører med sine egne tjenestegrene.

71 Under disse omstændigheder, og uden at det er fornødent at undersøge spørgsmålet, om den kontraherende virksomhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den ordregivende myndighed, kan en offentlig myndigheds tildeling af en offentlig tjenesteydelseskoncession til en sådan enhed ikke anses for en forvaltningsintern transaktion i den omhandlede myndighed, som fællesskabsbestemmelserne ikke finder anvendelse på.

72 På denne baggrund bør det andet spørgsmål besvares som følger:

Artikel 43 EF og artikel 49 EF samt principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en offentlig myndighed uden at afholde et offentligt udbud tildeler en offentlig tjenesteydelseskoncession til et aktieselskab, der er blevet omdannet fra en særlig virksomhed under denne offentlige myndighed, når dette aktieselskabs formål er blevet udvidet til nye vigtige områder, når det har pligt til inden for kortere tid at give adgang til kapitaltilførsel fra anden side, når det geografiske område for dets aktiviteter er blevet udvidet til at omfatte hele landet samt udlandet, og når dets bestyrelse har en meget omfattende fuldmagt til drift af selskabet, som den kan udøve selvstændigt.

Sagens omkostninger

73 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale 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 (Første Afdeling) for ret:

1) **En offentlig myndigheds tildeling af driften af en offentlig betalingsparkeringsplads til en tjenesteyder, hvis modydelse udgøres af dennes opkrævning af betaling hos tredjeparter for brugen af parkeringspladsen, er en offentlig tjenesteydelseskoncession, på hvilken Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler ikke finder anvendelse.**

2) **Artikel 43 EF og artikel 49 EF samt principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en offentlig myndighed uden at afholde et offentligt udbud tildeler en offentlig tjenesteydelseskoncession til et aktieselskab, der er blevet omdannet fra en særlig virksomhed under denne offentlige myndighed, når dette aktieselskabs formål er blevet udvidet til nye vigtige områder, når det har pligt til inden for kortere tid at give adgang til kapitaltilførsel fra anden side, når det geografiske område for dets aktiviteter er blevet udvidet til at omfatte hele landet samt udlandet, og når dets bestyrelse har en meget omfattende fuldmagt til drift af selskabet, som den kan udøve selvstændigt.**

Underskrifter