DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 13 september 2007 *

I mål C-260/04,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 17 juni 2004,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av K. Wiedner, C. Cattabriga och L. Visaggio, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Italien, företrädd av I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av G. De Bellis, avvocato dello Stato, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: italienska.

med stöd av:

Konungariket Danmark, företrätt av J. Molde, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

Konungariket Spanien, företrätt av F. Díez Moreno, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenienter,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna E. Juhász, R. Silva de Lapuerta, G. Arestis (referent) och J. Malenovský,

generaladvokat: E. Sharpston,
justitiesekreterare: R. Grass,

efter det skriftliga förfarandet,

och efter att den 29 mars 2007 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen skall fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt EG-fördraget, och framför allt åsidosatt den allmänna principen om öppenhet och kravet på offentlighet vilka följer av artiklarna 43 EG och 49 EG, genom att förnya 329 koncessioner för vadhållning på hästar utan någon inbjudan till anbudsgivning.

Tillämpliga bestämmelser

Den nationella lagstiftningen

2 I Italien var rätten att organisera spel och vadhållning på hästar ursprungligen förbehållen Unione Nazionale per l'Incremento delle Razze Equine (nationella unionen för utveckling av hästraser) (nedan kallad UNIRE). UNIRE fick välja mellan att sköta vadhållningen själv eller att uppdra åt andra att samla in och ta emot insatserna. UNIRE överlät uppgiften att sköta nämnda verksamhet på olika hästföretag.

3 Rätten att organisera och sköta spelverksamhet och vadhållning med anknytning till hästtävlingar flyttades därefter över till finansministeriet och ministeriet för jordbruks-, livsmedels- och skogsbrukspolitik genom lag nr 662 av den 23 december 1996 (supplement till GURI nr 303 av den 28 december 1996). Nämnda

ministerier gavs rätt att antingen sköta verksamheten själva eller att ta hjälp av de offentliga organ, bolag eller bookmakers som skulle utses av ministerierna. I artikel 3 punkt 78 i nämnda lag föreskrevs att spelverksamhet och vadhållning med anknytning till hästtävlingar skulle bli föremål för en omreglering vad beträffar organisation, funktion, skatt, sanktioner och fördelning av intäkter från insatserna.

4 Den italienska regeringen genomförde nämnda artikel genom att anta presidentdekret nr 169 av den 8 april 1998 (GURI nr 125 av den 1 juni 1998) (nedan kallat dekret nr 169/1998). I artikel 2 angavs att finansministern, tillsammans med ministern för jordbruks- och skogsbrukspolitik, skulle dela ut koncessioner för vadhållning på hästar till fysiska personer och bolag som uppfyllde de därför uppställda kraven, genom upphandlingsförfaranden som skulle genomföras i enlighet med gemenskapsrätten. Enligt artikel 25 i dekret nr 169/1998 skulle de koncessioner som beviljats av UNIRE under en övergångsperiod förlängas fram till den 31 december 1998 eller, om det skulle visa sig omöjligt att göra en anbudsinfordran före det datumet, fram till den 31 december 1999.

5 Genom ministerdekret av den 7 april 1999 (GURI nr 86 av den 14 april 1999) antogs planen för utbyggnad av nätverket för insamling och mottagning av insatser vid vadhållning på hästar. Målet var att utöka antalet spelcenter i Italien från 329 till 1 000. En anbudsinfordran avseende 671 nya koncessioner tillkännagavs. Genom finansministerns direktiv av den 9 december 1999 föreskrevs emellertid att UNIRE:s 329 "gamla koncessioner" skulle förnyas. Nämnda direktiv genomfördes genom finansministeriets beslut av den 21 december 1999 (GURI nr 300 av den 23 december 1999) (nedan kallat det angripna beslutet) om att förnya nämnda koncessioner för en period på sex år från och med den 1 januari 2000.

6 Därefter föreskrevs genom lagdekret nr 452 av den 28 december 2001 (GURI nr 301 av den 29 december 2001), nu i ändrad lydelse lag nr 16 av den 27 februari 2002 (GURI nr 49 av den 27 februari 2002), dels att de "gamla koncessionerna" skulle

delas ut på nytt i enlighet med dekret nr 169/1998, det vill säga efter gemenskapsrättslig anbudsinfordran, dels att de gamla koncessionerna skulle förbli giltiga fram till den nya definitiva tilldelningen.

7 I artikel 8.1 i lagdekret nr 147 av den 24 juni 2003 om förlängning av frister och brådskande åtgärder på budgetområdet (GURI nr 145 av den 25 juni 2003), nu lag nr 200 av den 1 augusti 2003 (GURI nr 178 av den 2 augusti 2003) (nedan kallad lag nr 200/2003), angavs att varje koncessionsinnehavares finansiella ställning skulle kontrolleras för att lösa problemet med den så kallade minimigarantin. Det rörde sig om en viss kvot som varje koncessionsinnehavare var skyldig att betala till UNIRE oavsett hur stora intäkter som denne faktiskt hade under det pågående året. Systemet hade visat sig vara alltför strängt och hade lett till en ekonomisk kris inom sektorn för vadhållning på hästar. UNIRE:s direktör (Commissario Straordinario) antog med stöd av denna lag beslut nr 107/2003 av den 14 oktober 2003 om förlängning av de redan beviljade koncessionerna fram till den dag då fristen för den sista betalningen löper ut den 30 oktober 2011 och i vilket fall som helst fram till den dag då de nya koncessionerna tilldelas efter anbudsinfordran, för att det skulle kunna fastställas vilka belopp som koncessionsinnehavarna skulle erlägga.

Bakgrunden och det administrativa förfarandet

8 Den 24 juli 2001 tillställde kommissionen de italienska myndigheterna en formell underrättelse enligt artikel 226 EG till följd av ett klagomål från en privaträttslig aktör inom sektorn för vadhållning på hästar. Kommissionen framhöll att det italienska systemet för att organisera verksamheten med vadhållning på hästar, och framför allt det angripna beslutet om förnyelse av UNIRE:s 329 gamla koncessioner utan inbjudan till anbudsgivning, var oförenligt med den allmänna principen om öppenhet och kravet på offentlighet vilka följer av artiklarna 43 EG och 49 EG. Den italienska regeringen bemötte detta påstående genom att i skrivelser av den 30 november 2001 och den 15 januari 2002 informera om införandet av lag nr 16/2002 av den 27 februari 2002.

9 Kommissionen, som ansåg att bestämmelserna i lagen inte hade tillämpats, tillställde Republiken Italien ett motiverat yttrande den 16 oktober 2002, med anmodan om att följa detsamma inom två månader från mottagandet. Den italienska regeringen svarade genom skrivelse av den 10 december 2002 att det var nödvändigt att genomföra en punktvis kontroll av den finansiella ställningen hos innehavarna av de fortfarande gällande koncessionerna innan anbudsinfordran kunde inledas.

10 Då kommissionen inte fick någon ytterligare information om huruvida kontrollförfarandet hade slutförts och en anbudsinfordran hade inletts för den nya tilldelningen av koncessionerna i fråga, beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

11 Konungariket Danmark och Konungariket Spanien intervenerade till stöd för Republiken Italiens yrkanden.

Talan

12 Kommissionen har åberopat en enda grund till stöd för sin talan. Den har gjort gällande att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget och framför allt åsidosatt den allmänna principen om öppenhet och kravet på offentlighet, vilka följer av artiklarna 43 EG och 49 EG, genom att förnya UNIRE:s 329 gamla koncessioner för vadhållning på hästar utan någon inbjudan till anbudsgivning.

13 Kommissionen har i sin ansökan uppgett att tilldelningen av uppdraget att sköta verksamheten med vadhållning på hästar och den därtill knutna insamlingen av insatser i Italien, sett ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv, är att betrakta som en koncession för offentliga tjänster. Följaktligen är rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) inte tillämpligt på nämnda tilldelning. Det framgår dock av domstolens rättspraxis, och bland annat av dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), att de nationella myndigheter som företar en sådan tilldelning måste iaktta principerna om icke-diskriminering och öppenhet för att garantera att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.

14 Kommissionen har härvid konstaterat att den italienska regeringen inte iakttog nämnda principer när den förnyade UNIRE:s 329 redan befintliga koncessioner utan någon inbjudan till anbudsgivning. Enligt kommissionen är sådana avsteg från dessa principer endast tillåtna i de fall och av de skäl som föreskrivs i artiklarna 45 EG och 46 EG. De skäl som den italienska regeringen har åberopat faller dock inte under de skäl som uttryckligen nämns i dessa artiklar, och i vilket fall som helst har regeringen inte visat att avstegen var nödvändiga och proportionerliga i förhållande till de mål som har anförts.

15 Den italienska regeringen har i sitt svaromål gjort gällande att lag nr 200/2003 och beslut nr 107/2003 uppfyller gemenskapsrättens krav på området för koncession för offentliga tjänster. Regeringen anser att det, med hänsyn till behovet av att tillförsäkra koncessionsinnehavarna kontinuitet, finansiell stabilitet och rimlig avkastning på deras tidigare investeringar samt behovet av att avskräcka från illegal verksamhet, var motiverat att förlänga UNIRE:s gamla koncessioner fram till dess att dessa koncessioner kunde tilldelas på grundval av anbudsförfaranden. Det rör sig om sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som kan motivera att avsteg görs från

de principer i fördraget som medför en skyldighet att öppna tjänstemarknaden för konkurrens.

16 Den danska regeringen har invänt mot kommissionens tolkning av domstolens dom i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, vad gäller räckvidden av kravet på öppenhet under sådana omständigheter som de i det förevarande målet. Den spanska regeringen har framhållit att tillstånd för och anordning av vadhållning har vissa särdrag som kommissionen inte har tagit hänsyn till.

17 Det skall inledningsvis påpekas att den italienska regeringen inte har bestritt att lag nr 200/2003 och beslut nr 107/2003 antogs efter det att den frist som föreskrevs i det motiverade yttrandet löpte ut.

18 Det skall erinras om att enligt domstolens fasta rättspraxis skall förekomsten av ett fördragsbrott bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angetts i det motiverade yttrandet. Domstolen skall inte beakta senare förändringar (se, bland annat, dom den 2 juni 2005 i mål C-282/02, kommissionen mot Irland, REG 2005, s. I-4653, punkt 40, och av den 26 januari 2006 i mål C-514/03, kommissionen mot Spanien, REG 2006, s. I-963, punkt 44).

19 Således kan bestämmelserna i lag nr 200/2003 och beslut nr 107/2003 inte vara relevanta vid bedömningen av huruvida Republiken Italien har gjort sig skyldig till fördragsbrott. Härav följer att prövningen av förevarande talan endast kan grunda sig på det angripna beslutet.

20 Såsom kommissionen med fog har påpekat har den italienska regeringen inte bestritt, vare sig under det administrativa förfarandet eller under förevarande förfarande, att tilldelningen av uppdraget att sköta verksamheten med vadhållning på hästar och den därtill knutna insamlingen av insatser i Italien utgör en koncession för en offentlig tjänst. Domstolen gjorde en sådan kvalificering i dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl. (REG 2007, s. I-1891), där domstolen tolkade artiklarna 43 EG och 49 EG i förhållande till samma nationella lagstiftning.

21 Det är utrett att direktiv 92/50 inte är tillämpligt på koncessioner för offentliga tjänster (se dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkt 42).

22 Domstolen har slagit fast att direktiv 92/50 visserligen inte på gemenskapsrättens nuvarande stadium är tillämpligt på avtal om koncession för offentliga tjänster, men att de myndigheter som ingår sådana avtal ändå är skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (se, för liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, punkt 60, dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkt 16, samt domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 46).

23 Domstolen har vidare slagit fast att de fördragsbestämmelser som är tillämpliga på koncessioner för offentliga tjänster, bland annat artiklarna 43 EG och 49 EG, liksom förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet, ger uttryck för principen om likabehandling (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 48).

24 Principerna om likabehandling och icke-diskriminering på grund av nationalitet medför bland annat ett krav på öppenhet, så att den koncessionsgivande

myndigheten kan försäkra sig om att principerna iakttas. Detta krav på öppenhet som det åvilar nämnda myndighet att uppfylla syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att koncessionen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstekoncessionen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Telaustria och Telefonadress, punkterna 61 och 62, och Parking Brixen, punkt 49).

25 I det förevarande fallet konstaterar domstolen att den omständigheten att någon inbjudan till anbudsgivning över huvud taget inte skedde vid tilldelningen av koncessioner för verksamheten med vadhållning på hästar är oförenlig med artiklarna 34 EG och 49 EG och strider, framför allt, mot den allmänna principen om öppenhet och skyldigheten att garantera ett tillräckligt mått av offentlighet. Förnyelsen av de 329 gamla koncessionerna utan någon inbjudan till anbudsgivning utgör nämligen ett hinder för att utsätta koncessionerna för konkurrens och kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska.

26 Under dessa omständigheter skall det undersökas huruvida nämnda förnyelse kan godtas på grund av att den faller under de undantag som uttryckligen anges i artiklarna 45 EG och 46 EG, eller, om de i enlighet med domstolens rättspraxis kan anses vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl., REG 2003, s. I-13031, punkt 60, och domen i de ovannämnda förenade målen Placanica m.fl., punkt 45).

27 Domstolen har i sin rättspraxis godtagit att tvingande hänsyn till allmänintresset kan avse målen att skydda konsumenterna, att förhindra bedrägerier, att förhindra att medborgarna lockas till extremt stora spelutgifter och att ordningen i samhället störs (domen i de ovannämnda förenade målen Placanica m.fl., punkt 46).

28 Även om medlemsstaterna är fria att fastställa målsättningarna för sin politik i fråga om hasardspel och, vid behov, exakt fastställa den eftersträvade skyddsnivån, skall de

inskränkningar som föreskrivs likaväl uppfylla de krav på proportionalitet som följer av domstolens rättspraxis (domen i de ovannämnda förenade målen Placanica m.fl., punkt 48).

29 Följaktligen skall det undersökas om förnyelsen av koncessionerna utan någon inbjudan till anbudsgivning är ägnad att säkerställa förverkligandet av Republiken Italiens målsättning och om den går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning. Under alla omständigheter skall denna förnyelse tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Gambelli m.fl., punkterna 64 och 65, och Placanica m.fl., punkt 49).

30 Det är ostridigt att den italienska regeringen godkänt planen för utbyggnad av nätverket för insamling och mottagande av insatser vid vadhållning på hästar, för vilken målet var att utöka antalet spelcenter i Italien från 329 till 1 000. För att genomföra utbyggnadsplanen delades 671 nya koncessioner ut efter ett anbudsförfarande, medan de 329 gamla koncessionerna förnyades utan någon inbjudan till anbudsgivning.

31 Den italienska regeringen har härvid inte gjort gällande att det rör sig om sådana undantag som uttryckligen föreskrivs i artiklarna 45 EG och 46 EG. Däremot har regeringen motiverat förnyelsen utan någon anbudsinfordran med att det är nödvändigt att bland annat hindra utvecklingen av illegal vadhållningsverksamhet.

32 Den italienska regeringen har dock inte i sitt svaromål förklarat varför det i detta hänseende är nödvändigt att avstå från inbjudan till anbudsgivning och har inte anfört några argument som kan vederlägga kommissionens påstående om fördragsbrott. Nämnda regering har till exempel inte visat på vilket sätt förnyelsen

av de befintliga koncessionerna utan någon inbjudan till anbudsgivning kan hindra utvecklingen av illegal verksamhet vad gäller vadhållning på hästar, utan endast gjort gällande att lag nr 200/2003 och beslut nr 107/2003 uppfyller gemenskapsrättens krav på området för koncession för offentliga tjänster.

33 Domstolen erinrar om att det ankommer på de behöriga nationella myndigheterna att visa dels att deras bestämmelser tillfredsställer ett grundläggande behov i den mening som avses i artiklarna 45 EG och 46 EG eller är motiverade av sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som har fastställts i rättspraxis, dels att de aktuella bestämmelserna är förenliga med proportionalitetsprincipen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 december 2004 i mål C-41/02, kommissionen mot Nederländerna, REG 2004, s. I-11375, punkt 47, av den 13 januari 2005 i mål C-38/03, kommissionen mot Belgien, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 20, och av den 15 juni 2006 i mål C-255/04, kommissionen mot Frankrike, REG 2006, s. I-5251, punkt 29).

34 Förnyelsen av UNIRE:s gamla koncessioner utan någon inbjudan till anbudsgivning är således inte ägnad att säkerställa förverkligandet av Republiken Italiens målsättning, och den går utöver vad som är nödvändigt för att förhindra att de ekonomiska aktörer som är verksamma på området för vadhållning på hästar blir inblandade i illegal verksamhet eller bedrägeri.

35 När det gäller de ekonomiska skäl som den italienska regeringen har anfört, såsom behovet av att tillförsäkra koncessionsinnehavarna kontinuitet, finansiell stabilitet och rimlig avkastning på deras tidigare investeringar, räcker det att erinra om att det härvid inte är fråga om sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som kan motivera en begränsning av en grundläggande frihet som garanteras i fördraget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 juni 2000 i mål C-35/98, REG 2000, s. I-4071, punkt 48, och av den 16 januari 2003 i mål C-388/01, kommissionen mot Italien, REG 2003, s. I-721, punkt 22).

36 Följaktligen kan ingen av de tvingande hänsyn till allmänintresset som den italienska regeringen har åberopat för att motivera förnyelsen av de 329 gamla koncessionerna utan någon inbjudan till anbudsgivning godtas.

37 Kommissionens talan skall således bifallas.

38 Av vad ovan anförts följer att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 49 EG, och framför allt åsidosatt den allmänna principen om öppenhet liksom skyldigheten att garantera ett tillräckligt mått av offentlighet, genom att förnya 329 koncessioner för vadhållning på hästar utan någon inbjudan till anbudsgivning.

Rättegångskostnader

39 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Republiken Italien skall ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Italien har tappat målet skall kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) **Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 49 EG, och framför allt åsidosatt den allmänna principen om öppenhet liksom skyldigheten att garantera ett tillräckligt mått av offentlighet, genom att förnya 329 koncessioner för vadhållning på hästar utan någon inbjudan till anbudsgivning.**

2) **Republiken Italien skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter