DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

21. juli 2005 *

I sag C-231/03,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) ved kendelse af 14. februar 2003, indgået til Domstolen den 28. maj 2003, i sagen

Consorzio Aziende Metano (Coname)

mod

Comune di Cingia de' Botti,

procesdeltager:

Padania Acque SpA,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans (refererende dommer), A. Rosas, R. Silva de Lapuerta og A. Borg Barthet, samt dommerne R. Schintgen, S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský og J. Klučka,

* Processprog: italiensk.

generaladvokat: C. Stix-Hackl
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 1. marts 2005,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Consorzio Aziende Metano (Coname) ved avvocato M. Zoppolato

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

— den nederlandske regering ved D.J.M. de Grave, som befuldmægtiget

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den finske regering ved A. Guimaraes-Purokoski, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved X. Lewis, K. Wiedner og C. Loggi, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 12. april 2005,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 43 EF, 49 EF og 81 EF.

2 Anmodningen er indgivet under en sag mellem Consorzio Aziende Metano (herefter »Coname«) og comune di Cingia de' Botti (Cingia de' Botti kommune) vedrørende kommunens overdragelse til Padania Acque SpA (herefter »Padania«) af opgaven vedrørende drift, levering og vedligeholdelse af metangasforsyningsanlægget.

Retsforskrifter

3 I henhold til artikel 22, stk. 3, i lov nr. 142 om lokalt selvstyre (legge n° 142, recante ordinamento delle autonomie locali) af 8. juni 1990 (supplemento ordinario (almindeligt tillæg) til GURI nr. 135 af 12.6.1990, herefter »lov nr. 142/1990«) kan tjenester såsom drift, levering og vedligeholdelse af metangasforsyningsanlægget varetages enten af den offentlige enhed selv eller gennem koncession til tredjemand, dvs. til udenforstående virksomheder, eller, i henhold til artikel 22, stk. 3, litra e),

»gennem tildeling til et aktie- eller anpartsselskab, som i det væsentlige ejes af lokale offentlige enheder, der er stiftet af den enhed, som varetager tjenesten, eller hvori denne og — såfremt dette er nødvendigt af hensyn til tjenesteydelsens art eller geografiske udstrækning — flere offentlige eller private operatører deltager«.

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

4 Coname havde med Cingia de' Botti kommune indgået en aftale, hvorved selskabet blev overdraget retten til at udføre tjenesteydelser i forbindelse med vedligeholdelse, drift og overvågning af metangasnettet fra den 1. januar 1999 til den 31. december 2000.

5 Ved skrivelse af 30. december 1999 meddelte kommunen Coname, at kommunalbestyrelsen ved beslutning af 21. december 1999 havde overdraget retten til at udføre tjenesteydelser i forbindelse med drift, levering og vedligeholdelse af metangasforsyningsanlægget i perioden fra den 1. januar 2000 til den 31. december 2005 til Padania. Den overvejende offentlige kapital i sidstnævnte selskab ejes af Cremona-provinsen i fællesskab med så godt som samtlige provinsens kommuner. Cingia de' Botti kommune ejer 0,97% af selskabets kapital.

6 Den i hovedsagen omhandlede tjenesteydelse er blevet overdraget til Padania ved direkte tildeling i henhold til artikel 22, stk. 3, litra e), i lov nr. 142/1990.

7 Coname, som i hovedsagen har nedlagt påstand om annullation af beslutningen af 21. december 1999, har anført, at tildelingen af den omhandlede tjenesteydelse burde være sket gennem afholdelse af et udbud.

8 Da Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia fandt, at den tvist, der verserer for den, kræver en fortolkning af en række bestemmelser i EF-traktaten, har den besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 43 [EF], 49 [EF] og 81 EF, som henholdsvis forbyder hindringer for den frie etableringsret for borgere i en medlemsstat på en anden medlemsstats område, den frie udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår borgere i medlemsstaterne, og virksomheders adfærd, der har til følge at hindre, begrænse eller forstyrre konkurrencen inden for Den Europæiske Union, til hinder for bestemmelser, hvorefter offentlige kontrakter om varetagelse af gasforsyning tildeles direkte uden forudgående afholdelse af udbud til selskaber, hvori de lokale myndigheder er selskabsdeltagere, når myndighedernes deltagelse i selskabskapitalen ikke giver mulighed for at udøve nogen direkte kontrol med selskabets drift, og skal det således antages, at når deltagelsen udgør 0,97%, således som det er tilfældet i nærværende sag, er de betingelser, der karakteriserer varetagelse af »in house«-opgaver, ikke opfyldt?«

Om det præjudicielle spørgsmål

9 Indledningsvis bemærkes, at hovedsagen tilsyneladende — som det fremgår af den forelæggende rets besvarelse af en anmodning fra Domstolen om uddybelse af forelæggelsen i henhold til procesreglementets artikel 104, stk. 5 — omhandler en

koncessionskontrakt om tjenesteydelser, som hverken falder ind under anvendelsesområdet for Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) eller Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84) (jf. i denne retning dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 56, og kendelse af 30.5.2002, sag C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Sml. I, s. 4685, præmis 28).

10 Nærværende dom bygger således på den forudsætning, at tvisten i hovedsagen omhandler tildelingen af en koncessionskontrakt, hvilken forudsætning det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

11 Herefter bemærkes, at den forelæggende ret med sit spørgsmål ønsker at opnå en fortolkning af artikel 43 EF, 49 EF og 81 EF.

Om artikel 81 EF

12 Det bemærkes, at artikel 81 EF, som efter sin ordlyd finder anvendelse på aftaler »mellem virksomheder«, i princippet ikke omfatter koncessionsaftaler, der indgås mellem en kommune, der herved handler som offentlig myndighed, og koncessionshaveren, som har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed (jf. i denne retning dom af 4.5.1988, sag 30/87, Bodson, Sml. s. 2479, præmis 18).

13 Som den finske regering og Kommissionen med rette har anført, finder den omhandlede bestemmelse derfor ikke anvendelse i hovedsagen, således som denne er beskrevet i forelæggelseskendelsen.

14 Det er således ufornødent at besvare denne del af spørgsmålet.

Om artikel 43 EF og 49 EF

15 Den forelæggende ret ønsker med sit spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om artikel 43 EF og 49 EF er til hinder for, at en kommune tildeler en koncessionskontrakt vedrørende driften af den offentlige gasforsyning direkte, dvs. uden forudgående afholdelse af udbud, til et overvejende offentligt ejet selskab, som den pågældende kommune ejer 0,97% af.

16 Det bemærkes, at tildelingen af en sådan koncessionskontrakt ikke er omfattet af nogen af de direktiver, hvormed fællesskabslovgiver har reguleret udbudsområdet. I mangel af en sådan regulering skal de fællesskabsretlige følger af tildelingen af sådanne koncessionskontrakter fortolkes i lyset af den primære ret og navnlig de grundlæggende friheder, der er nedfældet i traktaten.

17 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at for så vidt som den omhandlede koncessionskontrakt også kan have interesse for en virksomhed, der er beliggende i en anden medlemsstat end den, hvori Cingia de' Botti kommune ligger, kan tildelingen af denne koncessionskontrakt til en virksomhed, der er beliggende i sidstnævnte medlemsstat, udgøre en forskelsbehandling af virksomheden i den anden medlemsstat, hvis der ikke er gennemsigtighed (jf. i denne retning Telaustria og Telefonadress-dommen, præmis 61).

18 Hvis der ikke er gennemsigtighed, har sidstnævnte virksomhed nemlig ingen reel mulighed for at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af den omhandlede koncessionskontrakt.

19 Medmindre den er begrundet ud fra objektive omstændigheder, er en sådan forskelsbehandling, som ved at udelukke alle virksomheder, der ligger i en anden medlemsstat, er til skade for disse virksomheder, udtryk for indirekte forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, hvilket er forbudt i henhold til artikel 43 EF og 49 EF (jf. i denne retning bl.a. dom af 10.3.1993, sag C-111/91, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 817, præmis 17, af 8.6.1999, sag C-337/97, Meeusen, Sml. I, s. 3289, præmis 27, og af 26.10.1999, sag C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Sml. I, s. 7447, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

20 I den foreliggende sag bemærkes, at det ikke fremgår af sagsakterne, om det på grund af særlige omstændigheder, som f.eks. en meget begrænset økonomisk betydning, med rette kan hævdes, at en virksomhed i en anden medlemsstat end den, hvori Cingia de' Botti kommune ligger, ikke ville være interesseret i at opnå tildeling af den omhandlede koncessionskontrakt, og at virkningerne for de omhandlede grundlæggende friheder må betragtes som for usikre og for indirekte til, at man kan fastslå, at disse er blevet tilsidesat (jf. i denne retning dom af 7.3.1990, sag C-69/88, Krantz, Sml. I, s. 583, præmis 11, og af 21.9.1999, sag C-44/98, BASF, Sml. I, s. 6269, præmis 16, samt kendelse af 12.9.2002, sag C-431/01, Mertens, Sml. I, s. 7073, præmis 34).

21 Herefter tilkommer det den forelæggende ret at undersøge, om Cingia de' Botti kommunes tildeling af en koncessionsaftale til Padania opfylder de krav til gennemsigtighed, som — uden nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud — bl.a. skal gøre det muligt for en virksomhed i en anden

medlemsstat end Den Italienske Republik at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende den omhandlede koncessionskontrakt, før denne tildeles, således at denne virksomhed, hvis den måtte have ønsket det, ville have været i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af koncessionskontrakten.

22 Hvis dette ikke er tilfældet, skal det fastslås, at der foreligger en forskelsbehandling til skade for den nævnte virksomhed.

23 Hvad angår de objektive omstændigheder, som kan begrunde en sådan forskelsbehandling, bemærkes, at den omstændighed, at Cingia de' Botti kommune ejer 0,97% af selskabskapitalen i Padania, ikke i sig selv udgør en sådan objektiv omstændighed.

24 Det skal nemlig, hvis det antages, at den omstændighed, at en kommune nødvendigvis må have adgang til at udøve kontrol med den koncessionshaver, som varetager en offentlig tjenesteydelse, kan udgøre en objektiv omstændighed, der begrunder en eventuel forskelsbehandling, bemærkes, at en selskabsdeltagelse på 0,97% er så lille, at den ikke giver mulighed for at udøve en sådan kontrol, hvilket den forelæggende ret også selv har anført.

25 Den italienske regering har i retsmødet i det væsentligste gjort gældende, at i modsætning til visse store byer i Italien har de fleste kommuner ikke midler til gennem den interne forvaltning at varetage de offentlige tjenester, herunder gasforsyningen inden for deres område, og de ser sig derfor nødsaget til at indhente bistand fra fælleskommunale organer som Padania.

26 Det bemærkes i denne forbindelse, at et organ som Padania ikke kan sidestilles med et organ, hvorigennem en kommune eller en by ved egne midler driver en offentlig tjenesteydelse. Padania er nemlig, som det fremgår af sagsakterne, et selskab, der i hvert fald delvist er åbent for privat kapital, hvilket forhindrer, at det kan betragtes som et organ til »intern« drift af en offentlig tjenesteydelse for de kommuner, der ejer selskabet.

27 Der er ikke for Domstolen fremført andre objektive omstændigheder, som kunne begrunde en eventuel forskelsbehandling.

28 På denne baggrund skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 43 EF og 49 EF under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende er til hinder for, at en kommune tildeler en koncessionskontrakt vedrørende driften af den offentlige gasforsyning direkte til et overvejende offentligt ejet selskab, som den pågældende kommune ejer 0,97% af, hvis tildelingen ikke opfylder de krav til gennemsigtighed, som — uden nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud — bl.a. skal gøre det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat end den, hvori den pågældende kommune ligger, at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende den omhandlede koncessionskontrakt, før denne tildeles, således at denne virksomhed, hvis den måtte have ønsket det, ville have været i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af koncessionskontrakten.

Sagens omkostninger

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

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

Artikel 43 EF og 49 EF er under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende til hinder for, at en kommune tildeler en koncessionskontrakt vedrørende driften af den offentlige gasforsyning direkte til et overvejende offentligt ejet selskab, som den pågældende kommune ejer 0,97% af, hvis tildelingen ikke opfylder de krav til gennemsigtighed, som — uden nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud — bl.a. skal gøre det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat end den, hvori den pågældende kommune ligger, at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende den omhandlede koncessionskontrakt, før denne tildeles, således at denne virksomhed, hvis den måtte have ønsket det, ville have været i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af koncessionskontrakten.

Underskrifter