DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 21 juli 2005 *

I mål C-231/03,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställts av Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien), genom beslut av den 14 februari 2003, som inkom till domstolen den 28 maj 2003, i målet

Consorzio Aziende Metano (Coname)

mot

Comune di Cingia de' Botti,

ytterligare deltagare i rättegången:

Padania Acque SpA,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena P. Jann, C.W. A. Timmermans (referent), A. Rosas, R. Silva de Lapuerta och A. Borg Barthet samt domarna R. Schintgen, S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský och J. Klučka,

* Rättegångsspråk: italienska.

generaladvokat: C. Stix-Hackl,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 1 mars 2005,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Consorzio Aziende Metano (Coname), genom M. Zoppolato, avvocato,

— Italiens regering, genom I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— Nederländernas regering, genom D.J.M de Grave, i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Finlands regering, genom A. Guimaraes-Purokoski, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom X. Lewis, K. Wiedner och C. Loggi, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 12 april 2005 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 43 EG, 49 EG och 81 EG.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Consorzio Aziende Metano (nedan kallat Coname) och Comune di Cingia de' Botti (Cingia de' Botti kommun) avseende att Cingia de' Botti kommun tilldelat Padania Acque Spa (nedan kallat Padania) ett kontrakt för administration, distribution och underhåll av nätet för distribution av metangas.

Tillämpliga bestämmelser

3 Enligt artikel 22.3 i lag nr 142 om lokalt självstyre (legge n° 142, recante ordinamento delle autonomie locali) av den 8 juni 1990 (ordinarie tillägg till GURI nr 135 av den 12 juni 1990) (nedan kallad lag nr 142/1990) kan en sådan tjänst som avser administration, distribution och underhåll av nätet för distribution av metangas tillhandahållas av det offentliga organet, genom koncession till tredje man, på så sätt att utomstående företag anlitas eller, i enlighet med nämnda

artikel 22.3 e, "genom aktiebolag eller bolag med begränsat ansvar som till största delen är kommun- eller provinsägda och som det organ som ansvarar för tillhandahållandet av den offentliga tjänsten bildat eller är delägare i, och om det är lämpligt med hänsyn till tjänstens egenskaper och geografiska utbredning att flera offentliga eller privata aktörer deltar".

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

4 Coname slöt med Cingia de' Botti kommun ett tjänstekontrakt avseende underhåll, drift och övervakning av nätet för metangas avseende tidsperioden från och med den 1 januari 1999 till och med den 31 december 2000.

5 Cingia de' Botti kommun meddelade genom skrivelse av den 30 december 1999 Coname att kommunfullmäktige genom beslut av den 21 december 1999 hade tilldelat Padania ett kontrakt avseende administration, distribution och underhåll av nätet för distribution av metangas för tidsperioden från och med den 1 januari 2000 till och med den 31 december 2005. Padania är ett till största delen offentligägt bolag. Provinsen Cremona och i stort sett alla kommuner i denna provins är delägare i bolaget. Cingia de' Botti kommun äger 0,97 procent av kapitalet i detta bolag.

6 Padania tilldelades det i målet vid den nationella domstolen omtvistade tjänstekontraktet genom en direkt tilldelning enligt artikel 22.3 e i lag nr 142/1990.

7 Coname överklagade beslutet av den 21 december 1999 till den hänskjutande domstolen med yrkande om att beslutet skall upphävas och gjorde gällande att tilldelningen av nämnda tjänstekontrakt borde ha skett efter anbudsinfordran.

8 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia anser att en tolkning av vissa bestämmelser i EG-fördraget är nödvändig för att kunna avgöra tvisten. Den har därför beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

"Utgör artiklarna 43 EG, 49 EG och 81 EG, i den del de innehåller ett förbud mot inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig i en annan medlemsstat, mot inskränkningar i friheten för medborgare i medlemsstaterna att inom gemenskapen tillhandahålla tjänster samt mot affärsmetoder och andra ageranden av företag som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom Europeiska unionen, hinder mot direkt tilldelning, det vill säga utan anbudsinfordran, av offentliga tjänstekontrakt avseende gasdistribution, till ett företag som är kommunalägt, när kommunens andel är så liten att den inte gör det möjligt att utöva en direkt kontroll över företagets verksamhet, och skall det följaktligen anses att villkoren för intern (in house) administration inte är uppfyllda när, såsom i förevarande fall, kommunens andel motsvarar 0,97 procent av kapitalet?"

Prövning av tolkningsfrågan

9 Det skall inledningsvis påpekas att, såsom framgår av det svar som den hänskjutande domstolen lämnat efter det att den mottagit en begäran om klarläggande från domstolen i enlighet med artikel 104.5 i rättegångsreglerna, det står klart att målet i

den nationella domstolen avser en tjänst som kvalificerats såsom koncession och som varken omfattas av tillämpningsområdet för 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), eller av tillämpningsområdet för rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177) (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 56, och beslut av den 30 maj 2002 i mål C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, REG 2002, s. I-4685, punkt 28).

10 Domstolen utgår således från antagandet att målet vid den nationella domstolen avser tilldelning av en koncession. Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera att detta antagande är riktigt.

11 Mot bakgrund härav kan det konstateras att den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt avser tolkningen av artiklarna 43 EG, 49 EG och 81 EG.

Artikel 81 EG

12 Artikel 81 EG, som enligt dess ordalydelse är tillämplig på avtal "mellan företag", avser i princip inte koncessionsavtal som ingåtts mellan en kommun i dess egenskap av offentlig myndighet och en koncessionshavare som ansvarar för tillhandahållandet av en offentlig tjänst (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 maj 1988 i mål 30/87, Bodson, REG 1988, s. 2479, punkt 18).

13 Nämnda bestämmelse är således inte tillämplig i målet vid den nationella domstolen såsom det har beskrivits i beslutet om hänskjutande, vilket den finska regeringen och kommissionen med rätta har påpekat.

14 Frågan skall följaktligen inte besvaras i detta hänseende.

Artiklarna 43 EG och 49 EG

15 Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida artiklarna 43 EG och 49 EG utgör hinder mot att en kommun direkt, det vill säga utan anbudsinfordran, tilldelar ett företag som huvudsakligen är offentligägt en koncession avseende administration av den offentliga tjänsten att distribuera gas, när kommunen äger 0,97 procent av kapitalet i företaget.

16 Det skall erinras om att tilldelning av en sådan koncession inte omfattas av tillämpningsområdet för något av de direktiv genom vilka gemenskapslagstiftaren har reglerat området för offentlig upphandling. Eftersom ett sådant regelverk saknas skall gemenskapsrättens betydelse avseende tilldelning av sådana koncessioner prövas mot bakgrund av primärrätten och närmare bestämt mot bakgrund av de grundläggande friheter som föreskrivs i fördraget.

17 Härvid skall det påpekas att i den mån som nämnda koncession kan vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat än den där Cingia de' Botti kommun är belägen, innebär tilldelningen, i avsaknad av insyn, av denna koncession till ett företag i sistnämnda medlemsstat en särbehandling till förfång för företaget i den andra medlemsstaten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, punkt 61).

18 I avsaknad av insyn har sistnämnda företag nämligen inte någon verklig möjlighet att tillkännage sitt intresse av att tilldelas nämnda koncession.

19 En sådan särbehandling, vilken genom att samtliga företag i en annan medlemsstat utesluts i princip är till förfång för dessa företag, utgör indirekt diskriminering på grund av nationalitet, vilken är förbjuden enligt artiklarna 43 EG och 49 EG, om det inte föreligger sakliga skäl för en sådan diskriminering (se bland annat, för ett liknande resonemang, dom av den 10 mars 1993 i mål C-111/91, kommissionen mot Luxemburg, REG 1993, s. I-817, punkt 17, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-35, av den 8 juni 1999 i mål C-337/97, Meeusen, REG 1999, s. I-3289, punkt 27, och av den 26 oktober 1999 i mål C-294/97, Eurowings Luftverkehr, REG 1999, s. I-7447, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

20 Vad beträffar målet vid den nationella domstolen framgår det inte av handlingarna i målet att det på grund av särskilda omständigheter, såsom att koncessionen är av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende, är rimligt att anta att koncessionen i fråga inte skulle vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat än den där Cingia de' Botti kommun är belägen och att verkningarna på de berörda grundläggande friheterna således kan anses vara alltför slumpmässiga och indirekta för att man skall kunna fastställa att de har åsidosatts (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 mars 1990 i mål C-69/88, Krantz, REG 1990, s. I-583, punkt 11, och av den 21 september 1999 i mål C-44/98, BASF, REG 1999, s. I-6269, punkt 16, samt beslut av den 12 september 2002 i mål C-431/01, Mertens, REG 2002, s. I-7073, punkt 34).

21 Det ankommer under dessa omständigheter på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida Cingia de' Botti kommuns tilldelning av koncessionen till Padania uppfyller de krav på insyn som, utan att de nödvändigtvis innebär en skyldighet att göra en anbudsinfordran, bland annat möjliggör för ett företag i en annan

medlemsstat än i Republiken Italien att få tillgång till de uppgifter som krävs med avseende på nämnda koncession innan tilldelning sker, för att ge detta företag möjlighet, om det så önskar, att tillkännage sitt intresse av att tilldelas koncessionen.

22 Om så inte är fallet skall det fastställas att det föreligger särbehandling till förfång för nämnda företag.

23 Vad beträffar sakliga skäl som kan motivera en sådan särbehandling, skall det framhållas att endast den omständigheten att Cingia de' Botti kommun äger 0,97 procent av Padanias kapital inte i sig utgör ett sådant sakligt skäl.

24 Vid antagandet att den omständigheten att det är nödvändigt att kommunen utövar kontroll över den koncessionshavare som tillhandahåller en offentlig tjänst utgör ett sakligt skäl för en eventuell särbehandling, skall det påpekas att andelen på 0,97 procent är så obetydlig att den inte möjliggör en sådan kontroll, såsom den hänskjutande domstolen har angett.

25 Vid förhandlingen har den italienska regeringen i huvudsak gjort gällande att till skillnad från några större städer i Italien har de flesta kommuner inte möjlighet att genom interna organisationer tillhandahålla offentliga tjänster, såsom distribution av gas inom deras område. De är således tvungna att utnyttja organisationer, såsom Padanias, i vilka flera kommuner innehar andelar.

26 En organisation såsom Padanias kan inte likställas med en organisation genom vilken en kommun eller en stad internt tillhandahåller en offentlig tjänst. Såsom framgår av handlingarna i målet utgör Padania nämligen ett bolag som åtminstone till viss del är privatägt. Det kan således inte anses utgöra en organisation för "intern" administration av en offentlig tjänst för de kommuner som innehar andelar däri.

27 Det har inte gjorts gällande något annat sakligt skäl som skulle kunna motivera en eventuell särbehandling.

28 Under dessa omständigheter skall frågan besvaras på följande sätt. Artiklarna 43 EG och 49 EG utgör, under sådana omständigheter som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, hinder mot att en kommun direkt tilldelar ett företag som huvudsakligen är offentligägt en koncession avseende administration av den offentliga tjänsten att distribuera gas, när kommunen äger 0,97 procent av kapitalet i företaget, om denna tilldelning inte uppfyller de krav på insyn som, utan att de nödvändigtvis innebär en skyldighet att göra en anbudsinfordran, bland annat möjliggör för ett företag i en annan medlemsstat än den där nämnda kommun är belägen att få tillgång till de uppgifter som krävs med avseende på nämnda koncession innan tilldelning sker, för att ge detta företag möjlighet, om det så önskar, att tillkännage sitt intresse av att tilldelas koncessionen.

Rättegångskostnader

29 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.

På dessa grunder beslutar domstolen (stora avdelningen) följande dom:

Artiklarna 43 EG och 49 EG utgör, under sådana omständigheter som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, hinder mot att en kommun direkt tilldelar ett företag som huvudsakligen är offentligägt en koncession avseende administration av den offentliga tjänsten att distribuera gas, när kommunen äger 0,97 procent av kapitalet i företaget, om denna tilldelning inte uppfyller de krav på insyn som, utan att de nödvändigtvis innebär en skyldighet att göra en anbudsinfordran, bland annat möjliggör för ett företag i en annan medlemsstat än den där nämnda kommun är belägen att få tillgång till de uppgifter som krävs med avseende på nämnda koncession innan tilldelning sker, för att ge detta företag möjlighet, om det så önskar, att tillkännage sitt intresse av att tilldelas koncessionen.

Underskrifter