Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 4 juni 2020*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2004/18/EG – Inköpscentraler – Mindre kommuner – Begränsning till endast två organisationsmodeller för inköpscentraler – Förbud mot att använda en privaträttslig och delvis privatägd inköpscentral – Geografisk begränsning av inköpscentralernas verksamhet”

I mål C-3/19,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom beslut av den 20 september 2018, som inkom till domstolen den 3 januari 2019, i målet

Asmel Soc. cons. a r.l.

mot

Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC),

ytterligare deltagare i rättegången:

Associazione Nazionale Aziende Concessinacaponarie Servizi entrate (Anacap),

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Arabadjiev, domstolens ordförande K. Lenaerts (referent), tillika tillförordnad domare på andra avdelningen, samt domarna P.G. Xuereb, T. von Danwitz och A. Kumin,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: handläggaren R. Schiano,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 29 januari 2020,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Asmel Soc. cons. a r.l., genom M. Chiti, A. Sandulli, L. Lentini och B. Cimino, avvocati,

– Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Colelli och C. Pluchino, avvocatesse dello Stato,

* Rättegångsspråk: italienska.

– Europeiska kommissionen, genom G. Gattinara, P. Ondrůšek och L. Haasbeek, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 2 april 2020 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 1.10 och 11 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, 2004, s. 114), i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1336/2013 av den 13 december 2013 (EUT L 335, 2013, s. 17) (nedan kallat direktiv 2004/18), samt principerna om frihet att tillhandahålla tjänster och om att förfaranden för offentlig upphandling av tjänster ska öppnas för konkurrens. Direktiv 2004/18 upphävdes genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling (EUT L 94, 2014, s. 65).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Asmel Soc. cons. a r.l. (nedan kallat Asmel) och Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) (Nationella myndigheten för korruptionsbekämpning, Italien) angående beslut nr 32 antaget av ANAC den 30 april 2015, genom vilket Asmel förbjöds att bedriva verksamhet som mellanhand vid offentlig upphandling och förklarade bolagets anbudsinfordringar rättsstridiga, eftersom de inte följt organisationsmodellerna för inköpscentraler enligt italiensk rätt (nedan kallat det omtvistade beslutet).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 I skäl 2 i direktiv 2004/18, som var tillämpligt vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet, anges följande:

”Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl ovannämnda regler och principer som andra bestämmelser i fördraget.”

4 I skäl 16 i direktivet anges följande:

”För att de olikheter som råder i medlemsstaterna skall kunna beaktas bör medlemsstaterna ges möjlighet att föreskriva att de upphandlande myndigheterna får använda sig av ramavtal, inköpscentraler, dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och konkurrenspräglad dialog i enlighet med definitionerna och bestämmelserna i detta direktiv.”

5 I artikel 1.8–10 i direktivet föreskrivs följande:

”8. *entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör* [är] beteckningar för varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller tillhandahåller byggentreprenader, varor eller tjänster.

Termen ekonomisk aktör betecknar såväl en varuleverantör som en tjänsteleverantör och en entreprenör. Den används enbart i syfte att förenkla texten.

…

9. *offentliga myndigheter* [är] statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller av ett eller flera sådana organ som lyder under offentlig rätt.

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) är en juridisk person, och

c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av medlemmarna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

…

10. Med *inköpscentral* avses en upphandlande myndighet som

– anskaffar varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller

– genomför offentlig upphandling eller ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter.”

6 I artikel 2 i samma direktiv, med rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, föreskrivs följande:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

7 Enligt artikel 7 b första strecksatsen i direktiv 2004/18 ska direktivet bland annat tillämpas på offentliga varu- och tjänstekontrakt till ett värde av minst 207 000 euro (exklusive mervärdesskatt) som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte finns förtecknade i bilaga IV till direktivet. För offentliga byggentreprenadkontrakt fastställer artikel 7 c i direktivet ett tröskelvärde på 5 186 000 euro.

8 Artikel 11 i direktivet, med rubriken ”Offentliga kontrakt som tilldelas och ramavtal som ingås av inköpscentraler”, har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna får fastställa möjlighet för den upphandlande myndigheten att anskaffa byggentreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral.

2. En upphandlande myndighet som anskaffar byggentreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral enligt artikel 1.10 skall anses ha följt detta direktiv, under förutsättning att inköpscentralen har följt bestämmelserna.”

Italiensk rätt

Lagstiftningsdekret nr 267/2000

9 I artikel 30 första stycket i decreto legislativo n. 267 – Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali (lagstiftningsdekret nr 267 – konsoliderad version av lagarna om lokala myndigheter) av den 18 augusti 2000 (GURI nr 227 av den 28 september 2000) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 267/2000) föreskrivs följande:

”Lokala organ får sluta lämpliga avtal sig emellan i syfte att utföra eller tillhandahålla vissa tjänster på ett samordnat sätt.”

10 I artikel 31 första stycket i detta lagstiftningsdekret, med rubriken ”Sammanslutningar (*Consorzi*)”, föreskrivs följande:

”För att säkerställa gemensam förvaltning av en eller flera tjänster och gemensamt utförande av vissa uppgifter kan de lokala myndigheterna bilda en sammanslutning (*consorzio*) i enlighet med bestämmelserna i artikel 114 om särskilda företag, i den utsträckning de är förenliga med reglerna för sammanslutningen. Andra offentligrättsliga juridiska personer får delta i sammanslutningen om de rättsliga bestämmelser som de omfattas av tillåter detta.”

11 Artikel 32 första stycket i lagstiftningsdekretet definierar ett kommunförbund som en ”lokal myndighet som består av minst två, i princip angränsande kommuner, och som har till syfte att gemensamt utföra vissa uppgifter och tillhandahålla vissa tjänster”.

Lagstiftningsdekret nr 163/2006

12 Artikel 3.25 i decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive e 2004/18/EG (lagstiftningsdekret nr 163 om inrättande av lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor, med införlivande av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG) av den 12 april 2006 (ordinarie tillägg till GURI nr 100 av den 2 maj 2006) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163/2006) definierar ”upphandlande myndigheter” som ”statliga, regionala eller lokala myndigheter, andra icke-ekonomiska offentliga organ, offentligrättsliga organ, samt föreningar, förbund och sammanslutningar, oavsett beteckning, som har bildats av dessa”.

13 Enligt artikel 3.34 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 avser en ”inköpscentral” följande:

”En upphandlande myndighet som

– anskaffar varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enhet, eller

– tilldelar kontrakt eller ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.”

14 Artikel 33.3 bis i det lagstiftningsdekretet, vilken infördes genom decreto-legge nr 201, Disposizioni urgenti per la crescita, equità e il consolimento dei conti pubblici (lagdekret nr 201 med brådskande bestämmelser för tillväxt, rättvisa och konsolidering av offentliga räkenskaper) av den 6 december 2011

(ordinarie tillägg till GURI nr 284 av den 6 december 2011), omvandlat till lag, med ändringar, genom lag nr 214 av den 22 december 2011 (ordinarie tillägg till GURI nr 300 av den 27 december 2011), har följande lydelse:

”De kommuner i respektive provins vilkas befolkning inte överstiger 5 000 invånare ska obligatoriskt uppdra åt en enda inköpscentral att upphandla byggentreprenader, tjänster och varor inom ramen för kommunförbund enligt definitionen i artikel 32 i [lagstiftningsdekret nr 267/2000], när sådana finns, eller genom att i detta syfte ingå ett avtal om sammanslutning och använda sig av sina behöriga avdelningar.”

15 Genom artikel 9.4 i lagdekret nr 66 – Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale (lagdekret nr 66 med brådskande åtgärder för konkurrenskraft och social rättvisa) av den 24 april 2014 (GURI nr 95 av den 24 april 2014), som omvandlades till lag, med ändringar, genom lag nr 89 av den 23 juni 2014 (GURI nr 143 av den 23 juni 2014), ändrades artikel 33.3 bis på följande sätt:

”Kommuner som inte är huvudort i sin provins ska upphandla bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster inom ramen för kommunförbund enligt definitionen i artikel 32 i [lagstiftningsdekret nr 267/2000], när sådana finns, eller genom att i detta syfte ingå ett avtal om sammanslutning och använda sig av sina eller provinsens behöriga avdelningar, eller genom att anlita ett centraliserande organ, eller provinsen, i enlighet med lag nr 56 av den 7 april 2014. …”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

16 Asmel, som är ett bolag med begränsat ansvar bildat den 23 januari 2013, ägs till 51 procent av Caggiano kommun (Italien), till 25 procent av den privaträttsliga sammanslutningen Asmel, där en av delägarna är Associazione nazionale piccoli comuni italiani (Nationella förbundet för mindre italienska kommuner), och till 24 procent av Consorzio Asmel, ett konsortium av privata företag och kommuner.

17 Asmel har tidigare bedrivit verksamhet som inköpscentral för olika lokala myndigheter. Bolaget anordnade bland annat en anbudsinfordran för ingående av ramavtal för att tillhandahålla tjänster avseende kontroll av kommunala fastighetsskatter och indrivning av skatter, samt 152 telematiska anbudsförfaranden av olika slag.

18 Asmels verksamhet är upplagd så, att de lokala myndigheterna genom beslut av kommunfullmäktige ansluter sig till sammanslutningen Asmel och därefter, genom beslut av kommunstyrelsen, delegerar sin upphandling till Asmel. Asmels ersättning för de tjänster som tillhandahålls via en telematisk plattform uppgår till 1,5 procent av kontraktets belopp och betalas av den upphandlande myndigheten.

19 Till följd av flera klagomål inledde ANAC en undersökning som ledde till slutsatsen att Asmel inte följde de organisationsmodeller för inköpscentraler som föreskrivs i artikel 33.3 bis i lagstiftningsdekret nr 163/12006.

20 Enligt ANAC var Asmel en privaträttslig enhet, trots att italiensk rätt föreskriver att inköpscentraler ska organisera sin verksamhet i offentliga former, genom offentliga organ eller sammanslutningar av lokala myndigheter, såsom kommunförbund eller andra sammanslutningar av kommuner bildade med stöd av avtal som ingåtts med stöd av artikel 30 i lagstiftningsdekret nr 267/2000. ANAC påpekade också att även om det är möjligt att använda sig av privata enheter, ska dessa under alla omständigheter vara interna organ (*in house*), vilkas verksamhet är begränsad till territoriet för de kommuner som bildat dem. I förevarande fall var kraven på kontroll och geografisk avgränsning av verksamheten inte uppfyllda.

21 ANAC konstaterade dessutom att de lokala myndigheternas deltagande i inköpscentralen endast var indirekt, eftersom dessa till en början anslöt sig till Asmel och därefter, i enlighet med ett beslut av kommunstyrelsen, gav Asmel i uppdrag att sköta upphandlingar.

22 Vad gäller Asmels rättsliga karaktär har ANAC uteslutit att det kan kvalificeras som ett ”organ som lyder under offentlig rätt”, eftersom Asmel endast indirekt bedriver sin verksamhet för de anslutna lokala myndigheternas behov och således inte direkt tillgodoser de behov av allmänintresse som dessa myndigheter är skyldiga att tillgodose.

23 ANAC antog följaktligen det omtvistade beslutet.

24 Asmel överklagade det omtvistade beslutet till Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen för Lazio, Italien). Bolaget gjorde gällande att det, även om det var en privaträttsligt bildad enhet, var en juridisk person, tillgodosåg behov av allmänintresse av annat än industriell eller kommersiell karaktär, finansierades av de lokala organ som anslutit sig och bedrev verksamhet under deras dominerande inflytande. Det var följaktligen ett offentligrättsligt organ, och därmed en upphandlande myndighet som uppfyllde villkoren för att kvalificeras som ”inköpscentral”.

25 Genom dom av den 22 februari 2016 ogillade Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen för Lazio) Asmels talan. Den uteslöt, med hänsyn till hur bolaget finansierades och kontrollerades, att det kunde kvalificeras som ett offentligrättsligt organ, eftersom villkoret om ett dominerande offentligt inflytande inte var uppfyllt. Den konstaterade dessutom att Asmel inte följde de organisatoriska modellerna för inköpscentralerna enligt lagstiftningsdekret nr 163/2006 och att dess verksamhetsområde måste begränsas till grundarkommunernas territorier.

26 Asmel överklagade den domen till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) och gjorde särskilt gällande dels att det var felaktigt att anse att den organisationsmodell som består av ett privaträttsligt konsortium (*consorzio*) i form av ett bolag är oförenlig med bestämmelserna i lagstiftningsdekret nr 163/2006 om inköpscentraler, dels att detta lagstiftningsdekret inte föreskriver någon geografisk begränsning av inköpscentralernas verksamhet.

27 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har påpekat att även om varje upphandlande myndighet enligt bestämmelserna i lagstiftningsdekret nr 163/2006 om inköpscentraler kan fungera som inköpscentral, så utgör artikel 33.3 bis i detta lagstiftningsdekret ett undantag från denna regel genom att föreskriva att mindre kommuner endast får använda inköpscentraler som följer endera av två specifika organisationsmodeller, nämligen den med kommunförbund enligt artikel 32 i lagstiftningsdekret nr 267/2000 eller den med grupperingar (*consorzi*) av lokala myndigheter som avses i artikel 31 i samma dekret. Enligt Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) tycks denna skyldighet för mindre kommuner strida mot möjligheten att använda inköpscentraler utan begränsning vad gäller samarbetsformerna enligt direktiv 2004/18.

28 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) hyser dessutom tvivel beträffande grupperingarna (*consorzi*) av kommuner, vad gäller skyldigheten för mindre kommuner att använda sig av offentligrättsliga organisationsmodeller och att utesluta privata enheter från deltagande. Ett sådant uteslutande skulle kunna strida mot principen om frihet att tillhandahålla tjänster och principen om att förfaranden för offentlig upphandling ska öppnas för konkurrens, vilka slås fast i unionsrätten, genom att förbehålla offentliga italienska offentligrättsliga enheter, som uttömmande räknas upp, rätten att tillhandahålla tjänster som kan kvalificeras som ”ekonomisk verksamhet” och som ur detta perspektiv är bättre lämpade för fri konkurrens på den inre marknaden.

29 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har vidare anfört att även om den nationella lagstiftningen inte definierar inköpscentralernas verksamhetsområde, så föreskriver den att det ska finnas en koppling mellan territorierna för de mindre kommuner som anlitar inköpscentralerna och de sistnämndas verksamhetsområde. Detta verksamhetsområde är således begränsat till de kommuner

som är medlemmar i kommunförbundet eller i sammanslutningen (*consorzio*). Den begränsningen skulle enligt Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) kunna strida mot principerna om frihet att tillhandahålla tjänster och om att förfaranden för offentlig upphandling av tjänster ska öppnas för konkurrens, eftersom den skapar områden där inköpscentralerna har ensamrätt på sin verksamhet.

30 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Utgör unionsrätten hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 33.3 bis i lagstiftningsdekret nr 163 av den 12 april 2006 enligt vilken kommuners självbestämmande vid offentlig upphandling med hjälp av en inköpscentral begränsas till enbart två organisationsmodeller, närmare bestämt ett kommunförbund, om ett sådant redan finns, eller en kommunsammanslutning (*consorzio*), som bildas för ändamålet?

2) Utgör unionsrätten, och i synnerhet principerna om frihet att tillhandahålla tjänster och om att förfaranden för offentlig upphandling av tjänster ska öppnas för konkurrens, hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 33.3 bis i lagstiftningsdekret nr 163 av den 12 april 2006, som jämförd med artikel 3.25 i samma lagstiftningsdekret vad gäller organisationsmodellen i form av kommunsammanslutningar (*consorzi*) utesluter möjligheten att bilda enheter som är privaträttsliga rättssubjekt som till exempel en privaträttslig sammanslutning (*consorzio*) där även privaträttsliga personer deltar?

3) Utgör unionsrätten, och i synnerhet principerna om frihet att tillhandahålla tjänster och om att förfaranden för offentlig upphandling av tjänster ska öppnas för konkurrens, hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 33.3bis, som – om den ska tolkas så, att kommunsammanslutningar (*consorzi*), vilka också utgör inköpscentraler, enbart får bedriva verksamhet på ett område som motsvarar de deltagande kommunernas sammanlagda område, och följaktligen maximalt provinsens område – begränsar de ovannämnda inköpscentralernas verksamhetsområde?”

Upptagande till sakprövning

31 Den italienska regeringen har för det första gjort gällande att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning, eftersom frågeställningen är hypotetisk.

32 Den har gjort gällande att den hänskjutande domstolen grundar sig på två premisser, nämligen dels att en verksamhet som består i att förvärva varor och tjänster för en upphandlande myndighets räkning utgör en ekonomisk verksamhet, det vill säga en tjänst i den mening som avses i artikel 57 FEUF, dels att Asmel, som inte uppfyller villkoren enligt unionsrätten och italiensk rätt för att kvalificeras som inköpscentral, med nödvändighet måste kvalificeras som ekonomisk aktör. Även om domstolen skulle finna att unionsrätten utgör hinder för de bestämmelser i italiensk rätt som är aktuella i det nationella målet, skulle detta svar dock inte göra det möjligt att bifalla överklagandet till den hänskjutande domstolen, eftersom Asmel inte anförtrotts de inköpstjänster som är aktuella i det nationella målet efter ett konkurrensutsatt förfarande som är förenligt med unionsrätten.

33 Domstolen erinrar om att nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten enligt fast rättspraxis presumeras vara relevanta. Dessa frågor ställs mot bakgrund av den beskrivning av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning som den nationella domstolen på eget ansvar har lämnat och vars riktighet det inte ankommer på EU-domstolen att pröva. En tolkningsfråga från en nationell domstol kan bara avvisas om det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller

rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (dom av den 27 november 2019, Tedeschi och Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

34 Det framgår också av fast rättspraxis att en begäran om förhandsavgörande inte är till för att möjliggöra rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor, utan för att tillgodose behov knutna till den faktiska lösningen av en tvist (dom av den 10 december 2018, Wightman m.fl., C-621/18, EU:C:2018:999, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

35 I förevarande fall framgår det av begäran om förhandsavgörande att målet vid den hänskjutande domstolen avser frågan huruvida det var lagenligt att utesluta Asmel från den krets av enheter som får bedriva verksamhet som inköpscentral för mindre lokala myndigheter. Enligt uppgifter från den hänskjutande domstolen motiveras detta undantag av de begränsningar som föreskrivs i bestämmelserna i lagstiftningsdekret nr 163/2006 om inköpscentraler. Den hänskjutande domstolen har genom sina tolkningsfrågor begärt att domstolen ska uttala sig om huruvida unionsrätten utgör hinder för sådana begränsningar.

36 Under dessa omständigheter är det inte uppenbart att den tolkning av unionsrätten som den hänskjutande domstolen har begärt saknar samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller att tolkningsfrågorna avser en hypotetisk frågeställning.

37 Presumtionen att tolkningsfrågorna är relevanta kan i förevarande fall inte kullkastas genom den italienska regeringens argument att EU-domstolens svar inte gör det möjligt för den hänskjutande domstolen att bifalla Asmels överklagande, eftersom verksamheten att förvärva varor och tjänster inte har anförtrotts detta bolag efter ett konkurrensutsatt förfarande som är förenligt med unionsrätten, då det framgår av begäran om förhandsavgörande att det omtvistade beslutet innebär ett allmänt förbud för Asmel – inte ett förbud avseende ett särskilt kontrakt – att bedriva en verksamhet som inköpscentral för lokala myndigheter, vilket enligt det bolaget strider mot unionsrätten.

38 För det andra har Europeiska kommissionen i sitt skriftliga yttrande uttryckt tvivel om huruvida tolkningsfrågorna är relevanta för lösningen av tvisten vid den nationella domstolen, med motiveringen att artikel 33.3 bis i lagstiftningsdekret nr 163/2006, som avses i tolkningsfrågorna, senare har upphävts av den italienska lagstiftaren, vilket innebär att det nationella målet kan ha förlorat sin sak.

39 Det ska i detta avseende påpekas att det i ett förfarande som inletts med stöd av artikel 267 FEUF inte ankommer på EU-domstolen att ange vilka relevanta nationella bestämmelser som är tillämpliga i målet vid den hänskjutande domstolen. Sådan behörighet tillkommer uteslutande den hänskjutande domstolen som, genom att redogöra för vilka nationella bestämmelser som är tillämpliga, ger EU-domstolen möjlighet att tillhandahålla alla uppgifter om unionsrättens tolkning som möjliggör för den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida en nationell lagstiftning är förenlig med unionslagstiftningen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

40 Det kan således inte ifrågasättas att tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning på den grunden att den nationella bestämmelse som den hänskjutande domstolen har angett är tillämplig i det nationella målet sedermera har upphävts.

41 Det kan tilläggas att när den italienska regeringen under förhandlingen tillfrågades om den ståndpunkt som kommissionen gett uttryck för i fråga om tolkningsfrågornas relevans för lösningen av tvisten vid den nationella domstolen, preciserade den att de nya bestämmelserna om inköpscentraler, som upphäver och ersätter artikel 33.3 bis i lagstiftningsdekret nr 163/2006, inte kommer att träda i kraft före den 31 december 2020, vilket innebär att målet vid den nationella domstolen fortfarande regleras av denna bestämmelse, vilket även kommissionen medgav vid förhandlingen.

42 Mot bakgrund av ovanstående kan begäran om förhandsavgörande prövas i sak.

43 Slutligen har den italienska regeringen och kommissionen även uttryckt tvivel om huruvida den tredje tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning, eftersom den geografiska begränsningen av verksamhetsområdet för de inköpscentraler bildade av lokala myndigheter som den hänskjutande domstolen frågat om skulle kunna utgöra en fördel för en inköpscentral, enligt vad som framgår av begäran om förhandsavgörande. Den tyska regeringen har särskilt påpekat att det finns en motsägelse i begäran om förhandsavgörande vad gäller frågan huruvida denna geografiska begränsning utgör en nackdel eller en fördel för inköpscentralen. Dessa omständigheter ska prövas inom ramen för prövningen av den tredje frågan.

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

44 Den hänskjutande domstolen har i sina tolkningsfrågor allmänt hänvisat till unionsrätten och till principen om frihet att tillhandahålla tjänster och principen om att förfaranden för offentlig upphandling av tjänster ska öppnas för konkurrens. Det framgår emellertid av begäran om förhandsavgörande att den hänskjutande domstolen närmare bestämt frågat om artikel 56 FEUF om friheten att tillhandahålla tjänster och om artiklarna 1.10 och 11 i direktiv 2004/18 avseende inköpscentraler.

45 Vad gäller fastställandet av vilka bestämmelser i primärrätten eller sekundärrätten som ska tolkas för att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar, ska det för det första påpekas att tolkningsfrågorna syftar till att göra det möjligt för den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida lagstiftningsdekret nr 163/2006 är förenligt med unionsrätten. Det framgår av själva titeln på det dekretet att det utgör ett genomförande av direktiv 2004/18.

46 För det andra framgår det av begäran om förhandsavgörande att begreppet inköpscentral i artiklarna 1.10 och 11 i direktiv 2004/18 är av central betydelse i det nationella målet.

47 För det tredje har tröskelvärdena för tillämpningen av artikel 7 i direktiv 2004/18 uppnåtts. För det första framgår det av handlingarna i målet att vad gäller ett visst antal av de 152 anbudsförfaranden som Asmel inlett under perioden mellan maj 2013 och februari 2014, vilka var rättsstridiga enligt det omtvistade beslutet, överstiger kontraktets värde de relevanta tröskelvärdena i nämnda bestämmelse. För det andra förbjuder det omtvistade beslutet Asmel att utöva all verksamhet som mellanman i offentliga upphandlingsförfaranden oberoende av värdet av kontrakten.

48 Under dessa omständigheter ska tolkningsfrågorna endast prövas mot bakgrund av direktiv 2004/18 och särskilt mot bakgrund av artiklarna 1.10 och 11 i direktivet.

Prövning i sak

Den första och den andra tolkningsfrågan

49 Den hänskjutande domstolen har ställt den första och den andra frågan, vilka ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida artiklarna 1.10 och 11 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de utgör hinder för en bestämmelse i nationell rätt enligt vilken mindre lokala myndigheter som använder sig av en inköpscentral endast kan välja mellan två, rent offentliga, organisationsmodeller, utan deltagande av privata personer eller företag.

50 För att besvara dessa frågor ska det för det första påpekas att begreppet inköpscentral definieras i artikel 1.10 i direktiv 2004/18 och avser en upphandlande myndighet som anskaffar varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller genomför offentlig upphandling eller ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter.

51 Härav följer att begreppet inköpscentral definieras i direktiv 2004/18 med hänvisning till begreppet upphandlande myndighet.

52 Sistnämnda begrepp definieras för sin del i artikel 1.9 i direktiv 2004/18, och i enlighet med första stycket i denna bestämmelse avses statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

53 Enligt artikel 1.9 andra stycket a–c i direktivet är ett ”offentligrättsligt organ” varje organ som för det första särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär, för det andra är en juridisk person, och, för det tredje till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller andra offentligrättsliga organ, eller organ 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.

54 Domstolen har redan tidigare haft tillfälle att klargöra att begreppet upphandlande myndighet i artikel 1.9 i direktivet ska tolkas funktionellt och ges stor räckvidd, mot bakgrund av direktivets syfte att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, punkt 31 och där angiven rättspraxis). Denna bestämmelse föreskriver inte heller någon skyldighet att iaktta särskilda organisationsmodeller för att motsvara begreppet ”upphandlande myndighet”

55 Det ska för det andra påpekas att skäl 16 i direktiv 2004/18 anger att ”[f]ör att de olikheter som råder i medlemsstaterna skall kunna beaktas bör medlemsstaterna ges möjlighet att föreskriva att de upphandlande myndigheterna får använda sig av … [i]nköpscentraler … i enlighet med definitionerna och bestämmelserna i detta direktiv”. Enligt artikel 11.1 i direktiv 2004/18 får medlemsstaterna således föreskriva en möjlighet för de upphandlande myndigheterna att köpa byggentreprenader, varor och/eller tjänster genom inköpscentraler. Enligt artikel 11.2 i direktivet ska en upphandlande myndighet som anskaffar byggentreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral enligt artikel 1.10 anses ha följt detta direktiv, under förutsättning att inköpscentralen har gjort det.

56 Det framgår av artikel 11 jämförd med artikel 1.9 och 1.10 liksom av skäl 16 i direktivet att den enda begränsning som direktivet ställer upp för valet av inköpscentral är att den ska vara en ”upphandlande myndighet”. Detta stora utrymme för skönsmässig bedömning omfattar även definitionen av organisationsmodellerna för inköpscentralerna, under förutsättning att de åtgärder som medlemsstaterna vidtar för att genomföra artikel 11 i direktiv 2004/18 iakttar den gräns som uppställs i detta direktiv, nämligen att den enhet som de upphandlande myndigheterna avser att anlita som inköpscentral ska vara en upphandlande myndighet. En enhet som inte är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1.9 i direktiv 2004/18 kan således inte i nationell lagstiftning ges ställning som inköpscentral vid tillämpningen av detta direktiv.

57 För det tredje är en sådan tolkning av direktiv 2004/18 dessutom förenlig med de principer som ligger till grund för direktivet, nämligen principen om frihet att tillhandahålla tjänster och principen om öppnanden för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater, som anges i skäl 2 i detta direktiv.

58 Även om artikel 11.2 i direktivet i de fall som anges där undantar själva de upphandlande myndigheter som anlitar en inköpscentral från tillämpningen av de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i direktivet, ålägger den samtidigt inköpscentralen den skyldighet som ankommer på upphandlande myndigheter att iaktta förfarandena enligt direktivet. På detta sätt garanteras huvudsyftet med de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, det vill säga fri rörlighet för varor och tjänster och öppnande för icke-snedvriden konkurrens i alla medlemsstater (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 december 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

59 Den slutsatsen motsägs inte av domen av den 20 oktober 2005, kommissionen/Frankrike (C-264/03, EU:C:2005:620), i vilken domstolen slog fast att ett avtal om delegerade befogenheter, som regleras i den franska lagstiftningen om stadsplanering och enligt vilket rollen som ombud förbehölls vissa begränsade kategorier av franska juridiska personer, utgör ett offentligt tjänstekontrakt i den mening som avses i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) och strider mot det direktivet i den mån det inte föreskriver något förfarande för konkurrensutsättning av ombudet.

60 Den domen avser nämligen inte de bestämmelser i direktiv 2004/18 som uttryckligen föreskriver en möjlighet för de upphandlande myndigheterna att använda sig av inköpscentraler. Under alla omständigheter framgår det av den domen att ombudets befogenheter omfattade olika uppdrag som utgjorde tillhandahållande av tjänster som hade tilldelats utan något anbudsförfarande enligt direktiv 92/50 (dom av den 20 oktober 2005, kommissionen/Frankrike, C-264/03, EU:C:2005:620, punkterna 46, 51 och 55).

61 Med hänsyn till det stora utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har, såsom nämns i punkt 56 ovan, finns det inget i direktiv 2004/18 eller i de principer som ligger till grund för det direktivet som hindrar medlemsstaterna från att anpassa organisationsmodellerna för inköpscentralerna till sina egna behov och till de särskilda förhållanden som råder i en medlemsstat, genom att för detta ändamål föreskriva enbart offentliga organisationsmodeller utan deltagande av privata personer eller företag.

62 Den italienska regeringen har i detta sammanhang preciserat att den italienska lagstiftaren, först genom att uppmuntra lokala myndigheter att använda sig av inköpscentraler som har inrättats enligt fastställda organisationsmodeller och därefter genom att ålägga mindre lokala myndigheter att använda sådana inköpscentraler, har försökt förhindra risken för maffiainfiltration och även att tillhandahålla ett instrument för att kontrollera utgifterna.

63 Under alla omständigheter kan, såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 70–72 i sitt förslag till avgörande, inköpscentralerna inte anses erbjuda tjänster på en marknad som är öppen för konkurrens från privata företag, med hänsyn till det nära sambandet mellan begreppet upphandlande myndighet och begreppet inköpscentral, som framgår av punkterna 51–58 ovan.

64 En inköpscentral agerar nämligen i egenskap av upphandlande myndighet för att tillgodose dess behov i den rollen, och inte i egenskap av ekonomisk aktör i eget affärsintresse.

65 En nationell lagstiftning som begränsar mindre lokala myndigheters frihet att välja inköpscentral genom att föreskriva två, uteslutande offentliga, organisationsmodeller, utan deltagande av privata personer eller företag, strider således inte mot syftet med direktiv 2004/18, det vill säga frihet att tillhandahålla tjänster och öppnande för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater, eftersom den inte ger något privat företag en privilegierad ställning i förhållande till dess konkurrenter.

66 I den nämnda nationella lagstiftningen ges heller inte företräde för något nationellt anbudsgivande företag. Tvärtom bidrar den till att uppnå det mål som anges i punkten ovan, eftersom den skyddar mindre lokala myndigheter mot risken för konkurrensbegränsande samverkan mellan en inköpscentral och ett privat företag som äger en andel av inköpscentralen.

67 Mot denna bakgrund ska den första och den andra frågan besvaras enligt följande. Artiklarna 1.10 och 11 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en bestämmelse i nationell rätt som begränsar mindre lokala myndigheters oberoende när de anlitar en inköpscentral till endast två, uteslutande offentliga, organisationsmodeller utan deltagande av privata personer eller företag.

Den tredje frågan

68 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida artiklarna 1.10 och 11 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de utgör hinder för en bestämmelse i nationell rätt som begränsar verksamhetsområdet för inköpscentraler som inrättats av lokala myndigheter till dessa lokala myndigheters territorium.

69 Det ska i detta hänseende för det första påpekas att eftersom det inte finns någon uttrycklig bestämmelse i direktiv 2004/18 om geografisk begränsning av en inköpscentrals verksamhetsområde, omfattas denna fråga av genomförandet av direktivets bestämmelser om inköpscentraler, med avseende på vilket medlemsstaterna, såsom framgår av punkt 56 ovan, har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning.

70 En åtgärd genom vilken en medlemsstat begränsar det geografiska verksamhetsområdet för inköpscentralerna till respektive territorium för de lokala myndigheter som inrättat dem, i syfte att säkerställa att inköpscentralerna agerar i de lokala myndigheternas allmänna intresse, och inte i sitt eget kommersiella intresse, utöver dessa territorier, ska anses vara förenlig med artikel 1.10 i direktiv 2004/18, som föreskriver att en inköpscentral ska vara en upphandlande myndighet och därför uppfylla villkoren i artikel 1.9 i direktivet. Som domstolen redan har angett är en upphandlande myndighet enligt sistnämnda bestämmelse ett organ som tillgodoser behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär. Ett sådant organ bedriver inte huvudsakligen en vinstgivande verksamhet på marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 38). En bestämmelse i nationell rätt, såsom den i fråga i det nationella målet, ska således anses iaktta gränserna för det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna förfogar över vid genomförandet av direktiv 2004/18.

71 Vad för det andra gäller den hänskjutande domstolens tvivel om huruvida den aktuella geografiska begränsningen, som leder till exklusiva verksamhetsområden för inköpscentralerna, är förenlig med principerna om frihet att tillhandahålla tjänster och om att förfaranden för offentlig upphandling av tjänster ska öppnas för konkurrens, som ligger till grund för direktiv 2004/18, ska – med beaktande av de skäl som angetts i samband med prövningen av den första och den andra frågan – en nationell bestämmelse som begränsar verksamhetsområdet för inköpscentraler till territoriet för de lokala myndigheter som bildat dem inte anses ge något privat företag en priviligierad ställning i förhållande till konkurrenterna i strid med dessa principer.

72 Av vad som har anförts följer att artiklarna 1.10 och 11 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell bestämmelse som begränsar verksamhetsområdet för inköpscentraler upprättade av lokala myndigheter till de myndigheternas territorier.

Rättegångskostnader

73 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 (andra avdelningen) följande:

1) **Artiklarna 1.10 och 11 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, i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1336/2013 av den 13 december 2013, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell bestämmelse som begränsar mindre lokala myndigheters oberoende när de anlitar en inköpscentral till att välja mellan endast två, uteslutande offentliga, organisationsmodeller utan deltagande av privata personer eller företag.**

2) **Artiklarna 1.10 och 11 i direktiv 2004/18, i dess lydelse enligt förordning (EU) nr 1336/2013, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell bestämmelse som begränsar verksamhetsområdet för inköpscentraler upprättade av lokala myndigheter till de myndigheternas territorier.**

Underskrifter