FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED fremsat den 12. januar 2006 [1]

I — Indledning

1. Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italien) ønsker med nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse, at Domstolen skal tage stilling til, hvorvidt en national ordning, der gør det muligt at tildele en kontrakt vedrørende driften af en offentlig, lokal transport direkte til et selskab, som ejes og kontrolleres af den offentlige myndighed, der tildeler kontrakten. Det drejer sig om en ny sag, hvor Domstolen anmodes om at klarlægge rækkevidden af Teckal-dommen [2].

2. I nævnte doms præmis 49 har Domstolen fastslået, at der bl.a. skal være en aftale mellem to forskellige personer, for at der foreligger en offentlig indkøbsaftale i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Rådets direktiv 93/36/EØF [3].

3. Domstolen præciserede i denne forbindelse følgende i dommens præmis 50:

»Det er herved [...] principielt tilstrækkeligt, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person. Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.«

II — Retsforskrifter

4. I den italienske lovgivning blev artikel 113 i lovdekret nr. 267/00 ændret ved artikel 14 i ministerielt dekret nr. 269/03. Den ændrede

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/97, Sml. I, s. 8121.

3 — Direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).

affattelse af artikel 113, stk. V, har følgende ordlyd:

»Tjenesteydelseskontrakten tildeles i overensstemmelse med bestemmelserne inden for sektoren og under overholdelse af Den Europæiske Unions retsforskrifter, idet kontrakten kan tildeles følgende selskaber:

a) kapitalselskaber, som udpeges efter iværksættelse af en offentlig udbudsprocedure

b) kapitalselskaber med en blandet offentlig-privat kapital, hvori den private selskabsdeltager udvælges under anvendelse af offentlige udbudsprocedurer, som sikrer overholdelse af de nationale og fællesskabsretlige konkurrenceregler i overensstemmelse med de retningslinjer, som er fastsat af de kompetente myndigheder i beslutninger eller særlige cirkulærer

c) kapitalselskaber, som er 100% offentligt ejet, såfremt den eller de offentlige myndigheder, der er indehaver af selskabskapitalen, udøver en kontrol med selskabet, der svarer til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, og såfremt selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, det ejes af.«

III — Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

5. Ved afgørelse af 17. juli 2003 iværksatte kommunalbestyrelsen i Bari en offentlig udbudsprocedure med henblik på tildeling af en kontrakt vedrørende offentlig lokal transport inden for Bari kommunes område. Siden besluttede kommunalbestyrelsen, ved afgørelse af 18. december 2003, at den ikke ville fortsætte den iværksatte udbudsprocedure, og tildelte underhånden den omhandlede kontrakt til selskabet AMTAB Servizio SpA.

6. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Bari kommunes nye beslutning blev truffet efter ikrafttrædelsen af artikel 14 i ministerielt dekret nr. 269/03, som ændrede artikel 113, stk. V, i lovdekret nr. 267/00.

7. Den nye bestemmelse i artikel 113, stk. V, litra c), som beskriver den »interne« admi-

nistration af en offentlig tjeneste efter den definition, Domstolen har givet i Teckaldommens præmis 50, og hvoraf det fremgår, at den »interne« administration af en offentlig tjeneste ikke falder ind under anvendelsesområdet for de fællesskabsretlige bestemmelser vedrørende udbud, tilskyndede Bari kommune til ikke at fortsætte udbudsproceduren.

8. Ifølge forelæggelsesafgørelsen er koncessionsselskabet AMTAB Servizio SpA et selskab, hvis kapital for 100%'s vedkommende ejes af Bari kommune, og hvis eneste virksomhed består i at udføre offentlig, lokal transport i Bari by. Selskabet er fuldstændigt underlagt Baris kommunalbestyrelse i medfør af tjenesteydelseskontrakten, der er bindende for begge organer.

9. Sagsøgeren i hovedsagen, Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori, har anlagt sag ved den forelæggende ret med påstand om annullation af Bari kommunes afgørelse af 18. december 2003, hvorved den omhandlede tjeneste blev tildelt selskabet AMTAB Servizio SpA, med den begrundelse, at den er i strid med fællesskabsretten og navnlig artikel 3 EF, 16 EF, 43 EF, 49 EF, 50 EF, 51 EF, 70 EF, 71 EF, 81 EF, 82 EF, 86 EF og 87 EF.

10. Tribunale amministrativo regionale di Puglia har henset til denne argumentation besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 113, stk. V, i decreto legislativo nr. 267/00, som ændret ved artikel 14 i decreto legge nr. 269/03, forenelig med fællesskabsretten og navnlig med kravene om gennemskuelighed og fri konkurrence i henhold til artikel 46 EF, 49 EF og 86 EF, for så vidt som den ikke fastsætter nogen begrænsning i den offentlige forvaltnings frihed til at vælge mellem forskellige metoder for tildeling af en kontrakt vedrørende offentlige tjenesteydelser, navnlig mellem tildeling efter en offentlig udbudsprocedure og direkte tildeling til et af forvaltningen fuldt ud kontrolleret selskab?«

IV — Stillingtagen

11. Er artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF til hinder for en ordning som den, der er omhandlet i det præjudicielle spørgsmål, som giver de lokale myndigheder et valg mellem at tildele forvaltningen af en tjeneste, som f.eks. offentlig transport, til et selskab, som hører under den pågældende lokale forvaltning, eller at iværksætte en offentlig udbudsprocedure med henblik på tildeling af en koncession vedrørende denne tjeneste til en privat part?

12. Dette er nærmere bestemt det spørgsmål, som den forelæggende ret har rejst, og som i lyset af Domstolens nyere og seneste retspraksis [4] er forholdsvis ligetil at besvare.

13. Det fremgår af sagsakterne i hovedsagen, som er indgivet til Domstolens Justitskontor, at den omhandlede tjeneste i hvert fald delvist honoreres gennem brugernes køb af billetter, således at der er tale om en koncession af en tjeneste, som ikke falder ind under fællesskabsdirektiverne om udbud, men direkte under bestemmelser i primærretten, og nærmere bestemt EF-traktatens grundlæggende frihedsrettigheder [5]. Den forelæggende ret synes at være kommet frem til samme konstatering, idet der i det præjudicielle spørgsmål alene henvises til artikel 43 EF [6], 49 EF og 86 EF og ikke til direktiv 92/50/EØF [7].

14. De vigtigste dele af besvarelsen findes i Teckal-dommens præmis 50 samt i præmis 49 i dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau. Det fremgår heraf, at afholdelse af et udbud ikke er obligatorisk, også selv om medkontrahenten er en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig person, såfremt den offentlige myndighed, som er en ordregivende myndighed, underkaster det selvstændige organ en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og såfremt det selvstændige organ udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, det ejes af [8].

15. En sammenligning af ordlyden af den nye affattelse af artikel 113, stk. V, litra c), i lovdekret nr. 277/00 [»kapitalselskaber, som er 100% offentligt ejet, såfremt den eller de offentlige myndigheder, der er indehaver af selskabskapitalen, udøver en kontrol med selskabet, der svarer til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, og såfremt selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, det ejes af«] med de passager i Domstolens retspraksis, som er citeret i foregående punkt, viser, at den italienske lovgiver klart har handlet i overensstemmelse med retspraksis.

16. Dette er bekræftet af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, der i sine skriftlige indlæg har anført, at den gældende affattelse af artikel 113, stk. V, litra c), er en følge af en traktatbrudsprocedure, som

4 — Teckal-dommen, dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287,, af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585,, og af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705.

5 — Coname-dommen (præmis 16).

6 — I det præjudicielle spørgsmål har retten alene henvist til artikel 46 EF og ikke til artikel 43 EF. Det må udledes af en samlet læsning af forelæggelsesafgørelsen, at der er tale om en skrivefejl.

7 — Rådets direktiv af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

8 — Jf. ligeledes dommen i sagen Kommissionen mod Østrig (præmis 34).

Kommissionen havde indledt mod Den Italienske Republik.

17. Henset til den nationale ordnings overensstemmelse med Domstolens praksis, vil enhver afgørelse fra en lokal forvaltning, som er i overensstemmelse med ordningen, ligeledes blive betragtet som forenelig med fællesskabsretten.

18. I denne forbindelse skal det imidlertid bemærkes, at tildelingskriterierne i »interne« situationer skal anvendes strengt. Det fremgår navnlig af Parking Brixen-dommen og dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, for det første, at den kontrol, som den ordregivende myndighed udøver, ikke må være udvandet som følge af, at et privat selskab ejer en andel »om end kun en minoritetsandel« af kapitalen i det selskab, som har fået tildelt forvaltningen af den omhandlede tjeneste, og for det andet, at selskabet skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, det ejes af.

19. Henset til hovedsagens faktiske omstændigheder, forekommer disse to kriterier mig at være opfyldt, således at jeg kunne have afsluttet min vurdering med denne konstatering, hvis ikke der fremgik et tredje kriterium af dommen i sagen Kommissionen mod Østrig [9], vedrørende kravet om, at de to nævnte kriterier til stadighed skal være opfyldt.

20. I det tilfælde, hvor den kompetente forvaltning — efter at have opfyldt de to første kriterier ved tildelingen af forvaltningen af den pågældende tjeneste — gennemfører en afståelse af en del, »om end kun en minoritetsandel«, af kapitalen i det omhandlede selskab til et privat selskab, ville der følgelig være tale om, at en koncession med hensyn til en offentlig tjeneste via en kunstig konstruktion omfattende flere særskilte faser, nemlig oprettelse af et selskab, tildelingen af en tjenesteydelseskontrakt vedrørende offentlig transport til dette selskab og afståelsen af en del af kapitalen til et privat selskab, ville blive tildelt et kapitalselskab med en blandet offentlig-privat kapital uden forudgående udbud.

21. Samme argumentation vil være gældende for den situation, hvor det oprindelige koncessionsselskab bliver tildelt andre offentlige tjenester uden forudgående udbud af andre offentlige myndigheder end den, som ejer selskabet.

22. I de to ovenfor beskrevne tilfælde vil principperne om ligebehandling, forbud mod forskelsbehandling og om gennemskuelighed, således som Domstolen har beskrevet dem i Coname-dommen og Parking Brixen-dommen, ikke længere være opfyldt.

9 — Jf. præmis 38-42.

V — Forslag til afgørelse

23. Henset til ovenstående bemærkninger skal jeg foreslå Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål, som Tribunale amministativo regionale per la Puglia har forelagt, således:

»Artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for anvendelsen af en bestemmelse som artikel 113, stk. V, i det italienske lovdekret nr. 267/00 i dens nugældende affattelse, under forudsætning af, at de to kriterier, den fastsætter, nemlig at koncessionsselskabet skal være underlagt en kontrol, der svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene, og at selskabet skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, det ejes af, fortsat er opfyldt efter tildelingen af forvaltningen af den offentlige tjeneste til dette selskab.«