FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

föredraget den 12 januari 2006 [1]

I — Inledning

1. Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italien) har ställt förevarande tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida en nationell bestämmelse genom vilken direkt tilldelning av ett kontrakt avseende en lokal allmän transporttjänst till ett bolag som innehas och kontrolleras av det tilldelande offentliga organet är förenlig med gemenskapsrätten. Det är fråga om ytterligare ett mål där domstolen ombeds klargöra räckvidden av domen i målet Teckal. [2]

2. I punkt 49 i denna dom har domstolen slagit fast att det bland annat skall finnas en överenskommelse mellan två skilda personer för att det skall anses föreligga en offentlig upphandling av varor i den mening som avses i direktiv 93/36/EEG [3].

3. Domstolen har härvid preciserat följande i punkt 50 i nämnda dom:

"... [Det är] i princip tillräckligt att avtalet har slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla."

II — Tillämpliga bestämmelser

4. I den italienska lagstiftningen har artikel 14 i lagdekret nr 269/03 inneburit en ändring av artikel 113 i lagstiftningsdekret

1 — Originalspråk: franska.

2 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121).

3 — Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126).

nr 267/00. I den ändrade lydelsen av artikel 113 femte stycket anges följande:

"Tjänsten skall tillhandahållas i enlighet med de bestämmelser som gäller för varje sektor och gemenskapsrättsliga bestämmelser. Uppdraget att tillhandahålla tjänsten skall tilldelas

a) bolag med begränsat ansvar, vilka skall väljas ut genom anbudsförfaranden inom ramen för särskilda offentliga förfaranden (procedure ad evidenza pubblica),

b) bolag med begränsat ansvar som ägs av både offentligrättsliga och privaträttsliga subjekt där den privata delägaren har valts ut genom ett särskilt offentligt förfarande (procedura ad evidenza pubblica) som inneburit garantier för att de nationella och de gemenskapsrättsliga konkurrensbestämmelserna iakttagits enligt de riktlinjer som genom beslut och särskilda cirkulär utfärdats av behöriga myndigheter,

c) bolag som helt ägs av det allmänna, under förutsättning att den eller de offentliga myndigheter som äger aktiekapitalet utövar en kontroll över bolaget motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och att detta bolag utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de myndigheter som äger det."

III — Tvisten i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

5. Kommunförvaltningen i Bari inledde, genom beslut av den 17 juli 2003, ett förfarande för offentlig upphandling för tilldelning av ett kontrakt avseende den lokala allmänna transporttjänsten i Bari kommun. Det fastslogs därefter genom beslut av den 18 december 2003 att det förfarande för offentlig upphandling som hade inletts inte skulle fullföljas och att kontraktet i fråga skulle tilldelas direkt till bolaget AMTAB Servizio SpA.

6. Det framgår av beslutet om hänskjutande att Bari kommuns senare beslut fattades som en följd av artikel 14 i lagdekret nr 269/03 om ändring av artikel 113 femte stycket i lagstiftningsdekret nr 267/00.

7. Särskilt den nya bestämmelsen i artikel 113 femte stycket c skall ha gett upphov till

Baris kommunförvaltnings beslut att inte fullfölja upphandlingsförfarandet. Enligt ovannämnda artikel skall en offentlig tjänst anses tillhandahållas av en myndighet när de kriterier är uppfyllda som domstolen ställt upp i punkt 50 i domen i det ovannämnda målet Teckal. I denna punkt anges att det fall då en myndighet själv tillhandahåller en offentlig tjänst inte omfattas av tillämpningsområdet för de gemenskapsrättsliga bestämmelserna avseende anbudsinfordran.

8. Enligt beslutet om hänskjutande är det bolag som tilldelats kontraktet i fråga, AMTAB Servizio SpA, ett bolag som helt ägs av Bari kommun och vars enda verksamhet består i att tillhandahålla en lokal allmän transporttjänst i staden Bari. Bolaget kontrolleras fullt ut av Baris kommunförvaltning i enlighet med det uppdragsavtal som binder kommunförvaltningen respektive bolaget.

9. Klaganden i målet vid den nationella domstolen, Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori, väckte talan vid den hänskjutande domstolen och yrkade ogiltigförklaring av Bari kommuns beslut av den 18 december 2003, genom vilket ett kontrakt avseende tjänsten i fråga hade tilldelats bolaget AMTAB Servizio SpA, på den grunden att gemenskapsrätten och särskilt artiklarna 3 EG, 16 EG, 43 EG, 49 EG, 50 EG, 51 EG, 70 EG, 71 EG, 72 EG, 81 EG, 82 EG, 86 EG och 87 EG hade åsidosatts.

10. Mot bakgrund av detta resonemang vilandeförklarade Tribunale amministrativo regionale di Puglia målet och beslutade att ombe domstolen att lämna ett förhandsavgörande avseende följande tolkningsfråga:

"Är artikel 113 femte stycket i lagstiftningsdekret nr 267/00, i dess ändrade lydelse enligt artikel 14 i lagdekret nr 269/03, genom att det i denna inte uppställs någon gräns för den offentliga förvaltningens frihet att välja mellan de olika formerna för tilldelning av kontrakt avseende offentlig tjänst, och särskilt mellan tilldelning genom anbudsförfaranden inom ramen för särskilda offentliga förfaranden och direkt tilldelning till bolag som den kontrollerar helt, förenlig med gemenskapsrätten, och särskilt med bestämmelserna om insyn och fri konkurrens enligt artiklarna 46 EG, 49 EG och 86 EG?"

IV — Bedömning

11. Utgör artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG hinder mot en lagstiftning, såsom den som avses i tolkningsfrågan, enligt vilken lokala myndigheter ges möjlighet att välja mellan att tilldela ett kontrakt avseende en tjänst, såsom allmänna transporter, till ett bolag som hör till den berörda lokala myndigheten och att inleda ett offentligt anbudsförfarande i syfte att tilldela en koncession avseende denna tjänst till ett privat rättssubjekt?

12. Detta är i huvudsak den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt och som mot bakgrund av senare rättspraxis från domstolen [4] är relativt lätt att besvara.

13. Det framgår av handlingarna i målet vid den nationella domstolen, som ingetts till domstolens kansli, att ersättning för tjänsten i fråga åtminstone till viss del erhålls genom att de som utnyttjar tjänsten köper färdbevis. Det är således fråga om en koncession av tjänster som inte omfattas av gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling, utan direkt av bestämmelserna i primärrätten, och särskilt av de grundläggande rättigheter som återfinns i EG-fördraget. [5] Den hänskjutande domstolen förefaller ha dragit samma slutsats, eftersom tolkningsfrågan endast avser artiklarna 43 EG [6], 49 EG och 86 EG och inte direktiv 92/50/EEG [7].

14. Av störst betydelse vid besvarandet av tolkningsfrågan är punkt 50 i domen i det ovannämnda målet Teckal och punkt 49 i domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau. Härav följer att en anbudsinfordran inte är obligatorisk även om avtalsparten är en från den upphandlande myndigheten fristående juridisk person, under förutsättning att den offentliga myndigheten, som är en upphandlande myndighet, utövar kontroll över den fristående enheten i fråga som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning och denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten. [8]

15. Vid en jämförelse av ordalydelsen i den nya versionen av artikel 113 femte stycket c i lagstiftningsdekret nr 267/00 ("bolag som helt ägs av det allmänna, under förutsättning att den eller de offentliga myndigheter som äger aktiekapitalet utövar en kontroll över bolaget motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och att detta bolag utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de myndigheter som äger det") och de delar av domstolens rättspraxis som återgetts i föregående punkt, står det klart att den italienska lagstiftaren har beaktat denna rättspraxis.

16. Europeiska gemenskapernas kommission har bekräftat detta och har i sitt skriftliga yttrande påpekat att gällande lydelse av nämnda artikel 113 femte stycket c är en följd av det överträdelseförfarande

4 — Domen i det ovannämnda målet Teckal, dom av den 11 juni 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), och av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-9705).

5 — Domen i det ovannämnda målet Coname, punkt 16.

6 — Den hänskjutande domstolen har i tolkningsfrågan hänvisat till artikel 46 EG och inte till artikel 43 EG. Det framgår av en samlad bedömning av beslutet om hänskjutande att det är fråga om ett sakfel.

7 — 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).

8 — Se även domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Österrike, punkt 34.

som kommissionen hade inlett mot Republiken Italien.

17. Mot bakgrund av att den nationella lagstiftningen är förenlig med domstolens rättspraxis, skall de beslut som en lokal myndighet fattar i enlighet med denna lagstiftning anses vara förenliga med gemenskapsrätten.

18. Det skall härvid emellertid framhållas att de kriterier som skall vara uppfyllda för att det skall anses föreligga ett internt förhållande, skall tolkas restriktivt. Det framgår bland annat av domarna i de ovannämnda målen Parking Brixen och kommissionen mot Österrike att den kontroll som den upphandlande myndigheten utövar inte får urholkas på grund av den omständigheten att ett privat företag ingår som delägare, "om än i minoritetsställning", i det bolag som tilldelats kontraktet avseende den ifrågavarande tjänsten och vidare att nämnda bolag skall utföra huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som äger det.

19. Mot bakgrund av de faktiska omständigheter som ligger till grund för tvisten i målet vid den nationella domstolen, skall dessa två kriterier anses vara uppfyllda. Bedömningen skulle ha kunnat avslutas på detta sätt om det inte var så att det anges ett tredje kriterium i domen i målet kommissionen mot Österrike [9], nämligen att nämnda två kriterier ständigt skall vara uppfyllda.

20. För den händelse den behöriga myndigheten, efter det att de två första kriterierna uppfyllts vid tilldelningen av kontraktet avseende den berörda tjänsten, överlåter en del av andelarna till ett privat företag som går in som delägare i det berörda bolaget, "om än i minoritetsställning", leder detta nämligen till att en koncession avseende en offentlig tjänst tilldelas ett bolag med begränsat ansvar som ägs av både offentligrättsliga och privaträttsliga subjekt utan föregående uppmaning till anbudsgivning, genom en konstlad konstruktion i flera etapper, nämligen bildande av bolaget, tilldelning av kontraktet avseende den allmänna transporttjänsten till detta bolag och överlåtelse av en del av dess andelar till ett privat bolag.

21. Samma resonemang är relevant vid det förhållandet att den enhet som ursprungligen hade tilldelats kontraktet tilldelas kontrakt avseende andra offentliga tjänster, utan föregående uppmaning till anbudsgivning, av andra offentliga organ än det som innehar det.

22. Under sådana förhållanden som de båda som beskrivits ovan iakttas inte principen om likabehandling, icke-diskrimineringsprincipen och principen om insyn, såsom de har beskrivits av domstolen i domarna i de ovannämnda målen Coname och Parking Brixen.

9 — Se punkterna 38–42.

V — Förslag till avgörande

23. Mot bakgrund av det ovanstående föreslås att domstolen besvarar den tolkningsfråga som ställts av Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia på följande sätt:

"Artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG skall tolkas på så sätt att de inte utgör hinder för tillämpningen av en sådan bestämmelse som artikel 113 femte stycket i lagstiftningsdekret nr 267/00, i nu gällande lydelse, under förutsättning att de två kriterier som däri föreskrivs, nämligen att kontrollen över det bolag som tilldelats ett kontrakt skall motsvara den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning och bolaget i fråga skall utföra huvuddelen av sin verksamhet för den myndighet som äger det, varaktigt är uppfyllda efter det att ett kontrakt avseende en offentlig tjänst har tilldelats detta bolag."