DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 15 oktober 2009 *

I mål C-196/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Italien) genom beslut av den 13 mars 2008, som inkom till domstolen den 14 maj 2008, i målet

Acoset SpA

mot

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Rättegångsspråk: italienska.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

ytterligare deltagare i rättegången:

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden på andra avdelningen J. N. Cunha Rodrigues (referent), tillförordnad ordförande på tredje avdelningen, samt domarna P. Lindh, A. Rosasm, U. Lõhmus och A. Ó Caoimh,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 2 april 2009,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Acoset SpA, genom A. Scuderi och G. Bonaventura, avvocati,

— Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa m.fl., genom N. Gentile, avvocato,

— Comune di Vittoria (RG), genom A. Bruno och C. Giurdanella, avvocati,

— Italiens regering, genom R. Adam, i egenskap av ombud, biträdd av G. Fiengo, avvocato dello Stato,

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

— Polens regering, genom M. Dowgielewicz, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom C. Zadra och D. Kukovec, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 2 juni 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Acoset SpA (nedan kallat Acoset) och Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (konferensen mellan borgmästarna i och ordföranden för den regionala provinsen Ragusa, nedan kallad konferensen) m.fl. angående konferensens ogiltigförklaring av anbudsförfarandet för val av en privat näringsidkare som skulle vara minoritetsägare i ett bolag med både privata och offentliga ägare (nedan även kallat det halvoffentliga bolaget) som skulle ges i uppdrag att tillhandahålla den integrerade vattenförsörjningstjänsten (”servizio idrico integrato”) i provinsen Ragusa.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

Direktiv 2004/18

3 I artikel 1 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, s. 114) anges följande:

”…

2. a) *offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

…

d) *offentliga tjänstekontrakt*: andra offentliga kontrakt än offentliga byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

…

4. *tjänstekoncession*: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

…”

4 Artikel 3 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Om en upphandlande myndighet beviljar någon annan enhet än en sådan upphandlande myndighet särskilda eller exklusiva rättigheter att utöva en offentlig tjänsteverksamhet, skall den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse om att den aktuella enheten i fråga om varukontrakt som den tilldelar tredje man skall iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet.”

5 Enligt artikel 7 i direktivet gäller följande:

”Detta direktiv skall tillämpas på offentliga kontrakt … vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

…

b) 249 000 euro:

— för offentliga varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte finns förtecknade i bilaga IV [centrala statliga myndigheter],

…”

6 Artikel 7 b i direktiv 2004/18 i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1874/2004 av den 28 oktober 2004 (EUT L 326, s. 17) har ändrats genom kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 av den 19 december 2005 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 333, s. 28). Ändringen innebär att beloppet 236 000 euro har ersatts av beloppet 211 000 euro för perioden den 1 januari 2006 till den 1 januari 2007.

7 Genom artikel 2 i kommissionens förordning (EG) nr 1422/2007 av den 4 december 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 317, s. 34) har detta belopp ändrats till 206 000 euro från och med den 1 januari 2008.

8 I artikel 17 i direktiv 2004/18 anges följande:

”Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i artikel 3 skall detta direktiv inte tillämpas på tjänstekoncessioner enligt artikel 1.4.”

9 Enligt artikel 21 i direktiv 2004/18 gäller följande:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II B omfattas endast av bestämmelserna i artikel 23 och artikel 35.4.”

10 De tjänster som omfattas av kategori 27 i bilaga II B till detta direktiv är ”övriga tjänster”, med undantag av anställningskontrakt, kontrakt som avser förvärv, utveckling, produktion eller samproduktion av program som utförs av radio- och TV-bolag samt kontrakt om sändningstid.

Direktiv 2004/17

11 Enligt artikel 1.2 och 1.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, s. 1) gäller följande:

”2. …

b) *byggentreprenadkontrakt*: kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser verksamheter som omfattas av bilaga XII, eller av en byggentreprenad eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande enheten har specificerat. Med *byggentreprenad* avses ett [resultat] av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en ekonomisk eller teknisk funktion.

c) *varukontrakt*: andra kontrakt än de som avses i b vilka avser köp, leasing, hyra eller hyrköp, med eller utan möjlighet till köp, av varor.

Ett kontrakt som avser leverans av varor och som dessutom som ett underordnat inslag omfattar monterings- och installationsarbeten skall betraktas som ett *varukontrakt*.

d) *tjänstekontrakt*: andra kontrakt än byggentreprenad- eller varukontrakt som avser tillhandahållande av sådana tjänster som anges i bilaga XVII.

Ett kontrakt som avser både varor och tjänster enligt bilaga XVII skall anses vara ett *tjänstekontrakt* om värdet av tjänsterna ifråga är högre än värdet av de varor som kontraktet omfattar.

Ett kontrakt som avser tjänster enligt bilaga XVII och omfattar sådan verksamhet enligt bilaga XII som endast är underordnad verksamhet i förhållande till kontraktets huvudändamål skall betraktas som ett tjänstekontrakt.

3. a *byggkoncession*: ett kontrakt av samma typ som ett byggentreprenadkontrakt, med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

b) *tjänstekoncession*: ett kontrakt av samma typ som ett tjänstekontrakt men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.”

12 I artikel 4 i direktiv 2004/17 föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv omfattar följande typer av verksamhet:

a) Tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten.

b) Leverans av dricksvatten till dylika nät.

…”

13 Enligt artikel 9.1 i nämnda direktiv gäller följande:

”För ett kontrakt som omfattar flera typer av verksamhet gäller de regler som är tillämpliga på det som kontraktet huvudsakligen är avsett för.

Valet mellan att tilldela ett enda kontrakt eller att tilldela ett antal separata kontrakt får dock inte göras i syfte att undanta detta från räckvidden för detta direktiv eller, i tillämpliga fall, direktiv 2004/18/EG.”

14 I artikel 18 i direktiv 2004/17 föreskrivs följande:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på sådana byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner som beviljas av upphandlande enheter som utför en eller flera av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7, om dessa koncessioner tilldelas för utövande av dessa verksamheter.”

Den nationella lagstiftningen

15 I artikel 113.5 i lagstiftningsdekret nr 267 av den 18 augusti 2000 med konsoliderad version av lagstiftningen om lokala myndigheters organisation (testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) (ordinarie tillägg till GURI nr 227 av den 28 september 2000), i dess lydelse enligt lagdekret nr 269 av den 30 september 2003

med brådskande bestämmelser till stöd för utvecklingen och för att korrigera läget i de offentliga finanserna (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) (ordinarie tillägg till GURI nr 229 av den 2 oktober 2003), efter ändring omvandlat till lag genom lag nr 326 av den 24 november 2003 (ordinarie tillägg till GURI nr 274 av den 25 november 2003) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 267/2000), föreskrivs följande:

”Tillhandahållande av [en lokal offentlig tjänst för vilken en lokal eller regional myndighet är ansvarig] ska ske i enlighet med lagstiftningen på området och med iakttagande av Europeiska unionens lagstiftning genom att tjänster får utföras

a) av aktiebolag och andra bolag med begränsat ansvar som valts ut genom ett anbudsförfarande,

b) av bolag med blandat offentligt och privat ägande, där de privata aktörerna valts ut genom ett offentligt anbudsförfarande som säkerställer att de nationella bestämmelserna och gemenskapsbestämmelserna om konkurrens iakttas i enlighet med de riktlinjer som antagits av behöriga myndigheter i rättsakter eller specifika cirkulär, och

c) av bolag som helt ägs av det allmänna, under förutsättning att den eller de lokala eller regionala myndigheter som äger andelarna i bolaget utövar en kontroll över detta motsvarande den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning och att bolaget utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de myndigheter som kontrollerar det.”

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

16 Den 10 juli 2002 slöt Provincia Regionale di Ragusa (regionala provinsen Ragusa) och kommunerna belägna i området Iblei ett samarbetsavtal som innebar bildandet av ”l’Ambito Territoriale Ottimale idrico di Ragusa”, en lokal myndighet med ansvar för den integrerade vattenförsörjningen i Ragusa (nedan kallad ATO).

17 ATO:s styrande organ, konferensen, beslutade den 26 mars 2004 att tjänsten i fråga skulle tillhandahållas av ett ”bolag som har både privata och offentliga ägare i vilket det allmänna är majoritetsägare” såsom föreskrivs i artikel 113.5 b i lagstiftningsdekret nr 267/2000.

18 Den 7 juni 2005 godkände konferensen utkastet till aktiebolagets stiftelseurkund, dess bolagsordning och utkastet till överenskommelse om hur tjänsten skulle tillhandahållas. I artikel 1 i den sistnämnda angavs att tillhandahållandet av tjänsten, genom direkt tilldelning och med ensamrätt, skulle anförtros det bolag med både privata och offentliga ägare som skulle bildas (operatören av den integrerade vattenförsörjningstjänsten).

19 Därefter offentliggjordes ett meddelande om anbudsinfordran i bland annat *Europeiska unionens officiella tidning* den 8 oktober 2005 (EUT S 195) för val av en näringsidkare som privat minoritetsägare, som med ensamrätt skulle anförtros uppdraget att driva den integrerade vattenförsörjningstjänsten och utföra därmed sammanhängande arbeten, varmed avsågs bland annat de arbeten som angavs i den treåriga verksamhetsplan som antagits av konferensen den 15 december 2003.

20 Enligt artikel 1.8 i kravspecifikationerna föreskrevs att ”de arbeten som ska utföras är de som omfattas av den treåriga verksamhetsplanen, i dess i anbudet ändrade och/eller kompletterade lydelse, och av det i områdesplanen tidigare planerade informations-

utkastet …” och ”arbeten som inte utförs direkt av den privata delägaren ska tilldelas genom ett sådant konkurrensutsatt anbudsförfarande som föreskrivs i lag”.

21 I anbudsförfarandet deltog tre tillfälliga konsortier vilka representerades av de befullmäktigade företagen Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset och Aqualia SpA. Upphandlingskommittén beslutade att utesluta konsortiet Aqualia SpA från upphandlingen och att godkänna de övriga. Den upphandlande myndigheten frågade därefter de kvarvarande konsortierna huruvida de alltjämt var intresserade av att delta i upphandlingen. Endast Acoset SpA bekräftade sitt intresse.

22 Det framgår vidare av beslutet om hänskjutande att konferensen i detta skede beslutade att inte avsluta upphandlingen och att inte bilda det halvoffentliga bolaget, vilket annars skulle ha inneburit att tjänsten skulle ha börjat tillhandahållas och att gemenskapsmedlen skulle ha tagits i anspråk. Konferensen befarade att förfarandet att välja Acoset som avtalspart var rättsstridigt på grund av att det stred mot gemenskapsrätten och beslutade därför vid sitt sammanträde den 26 februari 2007 att vidta åtgärder i syfte att ogiltigförklara förfarandet. ATO:s kansli underrättade i enlighet härmed, genom skrivelse av den 28 februari 2007, bolaget Acoset om att ett förfarande för ogiltigförklaring inletts varefter bolaget inkom med yttrande häröver den 26 mars 2007.

23 Den 2 oktober 2007 beslutade konferensen att ogiltigförklara det aktuella anbudsförfarandet samt att den integrerade vattenförsörjningstjänsten i Ragusa skulle tillhandahållas genom ett konsortium. Genom skrivelse av den 9 oktober 2007 underrättades Acoset om att anbudsförfarandet hade ogiltigförklarats.

24 I sin talan i målet vid den nationella domstolen mot beslutet den 2 oktober 2007 och de rättsakter som hör samman med beslutet har Acoset yrkat att det tilldelas det aktuella kontraktet och att Acoset beviljas ersättning för den skada som bolaget lidit genom de angripna rättsakterna. Acoset har även yrkat att domstolen förordnar att dessa rättsakter tills vidare inte ska gälla.

25 Enligt Acoset strider en direkt tilldelning enligt artikel 113.5 b i lagstiftningsdekret nr 267/2000 av ett kontrakt avseende tillhandahållande av lokala offentliga tjänster till bolag som har både privata och offentliga ägare, i vilka den privata delägaren har valts ut genom ett anbudsförfarande med iakttagande av gemenskapens konkurrensregler, inte mot gemenskapsrätten.

26 Motparterna i målet vid den nationella domstolen anser å andra sidan att en sådan direkt tilldelning av sådana projekt och tjänster utan anbudsinfordran inte är tillåten enligt gemenskapsrätten annat än till bolag som helt ägs av det allmänna och som utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de lokala eller regionala myndigheter som kontrollerar bolagen och över vilka dessa myndigheter utövar en kontroll som är jämförbar med den som de utövar över sin egen förvaltning. Omständigheten att ett privat bolag är delägare, även minoritetsägare, i samma bolag som den aktuella upphandlande myndigheten utesluter att den upphandlande myndigheten kan utöva en kontroll över detta bolag jämförbar med den myndigheten kan utöva över sin egen förvaltning (se bland annat domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1).

27 Tribunale amministrativo regionale della Sicilia anser att frågan som lyfts fram av Acoset, om huruvida den direkta tilldelningen av den ifrågavarande marknaden är i överensstämmelse med gemenskapsrätten, är relevant och att svaret på frågan inte klart kan härledas ur domstolens rättspraxis.

28 Tribunale amministrativo regionale della Sicilia beslutade mot denna bakgrund att bifalla yrkandet om inhibition och att ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Är det förenligt med gemenskapsrätten, och i synnerhet med de i artiklarna [43 EG, 49 EG och 86 EG] föreskrivna skyldigheterna avseende insyn och fri konkurrens, att bolag som har både privata och offentliga ägare och som har bildats för att tillhandahålla en offentlig tjänst som har industriell betydelse, vilket utgör bolagets enda verksamhetsföremål, direkt tilldelas kontraktet avseende tillhandahållande av tjänsten i fråga, när den privata delägaren som kan betecknas som ’industriell delägare’ och ’operativ delägare’ väljs ut genom ett offentligt förfarande, efter att det kontrollerats att denne

uppfyller de finansiella och tekniska kraven samt de egentliga operativa och administrativa kraven med avseende på den tjänst som ska tillhandahållas och de specifika prestationer som ska utföras?”

Upptagande till sakprövning

29 Den österrikiska regeringen anser att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning eftersom det i begäran om förhandsavgörande inte lämnas tillräckligt med information om den faktiska och rättsliga bakgrunden till målet vid den nationella domstolen, för att domstolen ska kunna lämna ett användbart svar på tolkningsfrågan. Särskilt saknas uppgifter om tjänstens eller tjänsternas närmare utformning, innehållet i anbudsinfordran, upphandlingsförfarandet och information om vad som avses med vissa begrepp som används i tolkningsfrågan.

30 Domstolen erinrar om att de uppgifter som ska lämnas i en begäran om förhandsavgörande inte bara har till syfte att göra det möjligt för domstolen att lämna användbara svar utan också att ge såväl medlemsstaternas regeringar som andra berörda parter möjlighet att avge yttranden i enlighet med artikel 23 i domstolens stadga. Av fast rättspraxis följer att det för detta krävs att den nationella domstolen klargör den faktiska och rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs, eller att den åtminstone förklarar de faktiska omständigheter som ligger till grund för dessa frågor. Den nationella domstolen ska vidare i begäran om förhandsavgörande ange de närmare skälen till att den anser det vara oklart hur gemenskapsrätten ska tolkas och till att den anser det nödvändigt att ställa frågor till domstolen. I samband härmed är det nödvändigt att den nationella domstolen i någon mån förklarar varför den begär tolkning av just dessa regler i gemenskapsrätten och att den förklarar vilket samband den anser att det finns mellan dessa bestämmelser och de nationella bestämmelser som är tillämpliga i målen vid de nationella domstolarna (se bland annat domstolens dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., REG 2007, s. I-1891, punkt 34).

31 Begäran om förhandsavgörande från Tribunale amministrativo regionale della Sicilia uppfyller dessa krav.

32 Den nationella domstolen har nämligen förklarat vilka de tillämpliga nationella bestämmelserna är, och beslutet om hänskjutande innehåller en beskrivning av de faktiska omständigheterna vilken, trots att den är kortfattad, är tillräcklig för att möjliggöra för domstolen att meddela dom. Dessutom har den hänskjutande domstolen redogjort för varför den anser det nödvändigt att ställa en tolkningsfråga till domstolen, genom att beslutet om hänskjutande innehåller en detaljerad beskrivning av parternas olika uppfattningar i målet vid den nationella domstolen vad gäller tolkningen av de gemenskapsrättsliga bestämmelser som är föremål för tolkningsfrågan och genom att svaret på frågan, enligt den hänskjutande domstolen, inte klart kan härledas ur domstolens rättspraxis.

33 Konferensen har vidare anfört att eftersom det omtvistade urvalsförfarandet i målet vid den nationella domstolen, som lett till valet av den privata delägaren, har ogiltigförklarats, har Acoset inget legitimt intresse av ett svar på tolkningsfrågan.

34 Domstolen erinrar i detta hänseende om att det genom artikel 234 EG har inrättats ett system för direkt samverkan mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna, i form av ett förfarande som är oberoende av parternas initiativ och under vilket parterna endast får tillfälle att yttra sig över de frågor som den nationella domstolen självständigt beslutar om (se, för ett liknande resonemang, bland annat domstolens dom av den 9 december 1965 i mål 44/65, Singer, REG 1965, s. I-1191).

35 Under dessa omständigheter ska den fråga som ställts av den hänskjutande domstolen prövas.

Prövning av tolkningsfrågan

36 Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG utgör hinder för direkt tilldelning av uppdraget att tillhandahålla en offentlig tjänst som förutsätter att vissa bygg- och anläggningsarbeten utförs dessförinnan, såsom är fallet i målet vid den nationella domstolen, till ett bolag som har både privata och offentliga ägare och som har bildats för att tillhandahålla denna tjänst, vilket utgör bolagets enda verksamhetsföremål, och den privata delägaren väljs ut genom ett offentligt anbudsförfarande, efter att det kontrollerats att denne uppfyller de finansiella, tekniska, operativa och administrativa kraven med avseende på den tjänst som ska tillhandahållas och innehållet i ansökan avseende de specifika prestationer som ska utföras har beaktats.

37 Inledningsvis kan påpekas att tilldelningen av uppdraget att ansvara för den lokala offentliga tjänsten att administrera den integrerade vattenförsörjningstjänsten, såsom är fallet i målet vid den nationella domstolen, till ett bolag som har både privata och offentliga ägare kan, beroende på ersättningens särskilda karaktär för dessa tjänster, omfattas av definitionen av ”offentliga tjänstekontrakt” och ”tjänstekoncession” enligt artikel 1.2 d respektive 1.4 i direktiv 2004/18 eller i förekommande fall artikel 1.2 d respektive 1.3 b i direktiv 2004/17. Enligt artikel 4.1 a i sistnämnda direktiv gäller direktivet för tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten.

38 Prövningen av frågan huruvida en verksamhet ska kvalificeras som ”tjänstekoncession” eller ”offentligt tjänstekontrakt” ska således uteslutande ske enligt gemenskapsrätten (se bland annat domstolens dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, kommissionen mot Italien, REG 2005, s. I-6657, punkt 31).

39 Skillnaden mellan ett offentligt tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i ersättningen för att tillhandahålla tjänsterna (se bland annat domstolens dom av den 10 november 2009 i mål C-206/08, WAZY Gotha, REG 2009, s. I-8377, punkt 51). ”Ett offentligt tjänstekontrakt” enligt direktiven 2004/18 och 2004/17 innebär att ersättningen betalas direkt av den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören (se bland annat domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål 458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkt 39). En tjänstekoncession föreligger när ersättningen består i rätten att utnyttja tjänsten och leverantören bär risken som är förbunden med att

tillhandahålla de aktuella tjänsterna (se bland annat domstolens dom av den 13 november 2008 i mål C-437/07, kommissionen mot Italien, punkterna 29 och 31, och domen i det ovannämnda målet WAZT Gotha, punkterna 59 och 68).

40 Den hänskjutande domstolen har hänvisat till det halvoffentliga bolaget som ”koncessionshavare” för den integrerade vattenförsörjningstjänsten. Det framgår av handlingarna att verksamhetsperioden är fastställd till 30 år.

41 På samma sätt anser den italienska regeringen att det aktuella förfarandet uppenbarligen avser en tilldelning av ett uppdrag att administrera en offentlig tjänst genom en koncession på 30 år, i fråga om vilken den huvudsakliga ersättningen består i möjligheten att ta ut en avgift från användarna, vilken i anbudsförfarandet anges som ersättning för den tjänst som tillhandahålls.

42 Domstolen ska därmed utgå från att det i målet är fråga om en koncession.

43 Domstolen har slagit fast att det är fråga om en tjänstekoncession bland annat när tjänsteleverantörens ersättning kommer från de avgifter som erläggs av dem som utnyttjar en allmän parkeringsplats, allmänna transporttjänster, eller ett kabel-tv-nät (se domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 40, samt dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV, REG 2006, s. I-3303, punkt 16, och av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant, REG 2008, s. I-8457, punkt 24).

44 Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna som anges i artikel 3 i direktiv 2004/18 ska enligt artikel 17 i direktivet detta inte tillämpas på tjänstekoncessioner. På samma sätt är enligt artikel 18 i direktiv 2004/17 en tillämpning av direktivet utesluten på sådana tjänstekoncessioner som beviljas av upphandlande

enheter som utför en eller flera av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7, om dessa koncessioner tilldelas för utövande av dessa verksamheter.

45 Det är ostridigt att utförandet av arbeten i anslutning till administrationen, med ensamrätt, av den integrerade vattenförsörjningstjänsten i målet vid den nationella domstolen har en underordnad karaktär i förhållande till det huvudsakliga syftet med koncessionen, vilket är att tillhandahålla den nämnda tjänsten varför denna inte kan kvalificeras som ”byggkoncession” (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 19 april 1994 i mål C-331/92, Gestíon Hotelera International, REG 1994, s. I-1329, punkterna 26–28, och artikel 9.1 i direktiv 2004/17).

46 Visserligen är inte direktiven 2004/18 och 2004/17 tillämpliga på avtal om tjänstekoncessioner, men de myndigheter som ingår sådana avtal är ändå skyldiga att beakta EG-fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (se bland annat domen i det ovannämnda målet ANAV, punkt 18).

47 Till de fördragsbestämmelser som särskilt är tillämpliga på tjänstekoncessioner hör artiklarna 43 EG och 49 EG (se bland annat domen i det ovannämnda målet ANAV, punkt 19).

48 Förutom principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet ska principen om likabehandling av anbudsgivare tillämpas på tjänstekoncessioner även då det inte skett någon diskriminering på grund av nationalitet (se bland annat domen i det ovannämnda målet ANAV, punkt 20).

49 Principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet innebär bland annat en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principerna iakttas. Denna skyldighet att lämna insyn, som åligger den nämnda myndigheten, syftar till att garantera varje potentiell

anbudsgivare att sådan offentlighet föreligger att upphandlingen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska (se bland annat domen i det ovannämnda målet ANAV, punkt 21).

50 Det följer vidare av artikel 86.1 EG att medlemsstaterna inte ska behålla nationella bestämmelser i kraft enligt vilka tjänstekoncessioner kan tilldelas utan anbudsinfordran, eftersom en sådan tilldelning strider mot artiklarna 43 EG eller 49 EG eller mot principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (se bland annat domen i det ovannämnda målet ANAV, punkt 23).

51 Det är emellertid inte möjligt att tillämpa artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG, eller de allmänna principer som dessa artiklar särskilt ger uttryck för, om den koncessionsgivande offentliga myndigheten utövar en kontroll över den enhet som innehar koncessionen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning samtidigt som denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den myndighet som innehar den (se bland annat domen i det ovannämnda målet ANAV, punkt 24). I ett sådant fall är en anbudsinfordran inte obligatorisk även om medkontrahenten är en juridisk person fristående från den upphandlande myndigheten (se bland annat domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-573/07, Sea, REG 2009, s. I-8127, punkt 36).

52 Denna rättspraxis är relevant för tolkningen av såväl direktiven 2004/17 och 2004/18, artiklarna 43 EG och 49 EG som de allmänna principer som de nämnda artiklarna särskilt ger uttryck för (se bland annat domen i det ovannämnda målet Sea, punkt 37).

53 Att ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (se bland annat domen i det ovannämnda målet Sea).

54 Detta är fallet med koncessionen i målet vid den nationella domstolen då den privata delägaren ska inneha 49 procent av aktiekapitalet i det bolag med både privata och offentliga ägare som har tilldelats den aktuella koncessionen.

55 Under dessa förutsättningar ska det fastställas om tilldelningen av den aktuella offentliga tjänsten till det halvoffentliga bolaget utan anbudsinfordran är i överensstämmelse med gemenskapsrätten, när anbudsförfarandet för att välja den privata delägare som ska administrera den integrerade vattenförsörjningstjänsten har genomförts med iakttagande av artiklarna 43 EG och 49 EG, principerna om likabehandling och icke-diskriminering på grund av nationalitet och skyldigheten att lämna insyn som följer härav.

56 Det framgår av rättspraxis att tilldelningen av ett offentligt upphandlingskontrakt till ett bolag som har både privata och offentliga ägare utan anbudsinfordran skulle undergräva målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling, eftersom ett sådant tillvägagångssätt skulle ge ett privat företag som äger en del av detta bolag en fördel gentemot sina konkurrenter (domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 51, och dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705, punkt 48).

57 Det framgår vidare av punkt 2.1 i kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP) (EUT C 91, 2008, s. 4) att det faktum att en privat aktör och en upphandlande enhet samarbetar inom ramen för ett bolag som har både privata och offentliga ägare inte kan motivera att reglerna om koncessioner åsidosätts vid tilldelning av koncessioner till denna privata aktör eller till det halvoffentliga bolaget.

58 Såsom generaladvokaten har anfört i punkt 85 i sitt förslag till avgörande skulle användningen av dubbla anbudsinfordringar stämma dåligt överens med de förenklingar i förfarandehänseende som ligger till grund för institutionella offentlig-privata partnerskap, av det slag som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen.

Beträffande dessa partnerskap görs nämligen valet av privat ekonomisk partner och tilldelningen av koncessionen, till det halvoffentliga bolaget, genom en enda åtgärd.

59 Även om en tilldelning av tjänsterna utan anbudsinfordran framstår som oförenlig med artiklarna 43 EG och 49 EG och med principerna om likabehandling och icke-diskriminering, kan detta vara tillåtet genom valet av den privata delägaren, om det sker med iakttagande av de krav som nämns i punkterna 46–49 i denna dom, och valet av kriterier för att välja den privata delägaren, eftersom de intresserade näringsidkarna, utöver sin förmåga att bli delägare, framför allt ska visa sin tekniska kapacitet att tillhandahålla tjänsterna och de fördelar av ekonomiskt och annat slag som följer av deras anbud.

60 I den mån som kriterierna för valet av den privata delägaren inte endast avser tillfört kapital utan även avser delägarens tekniska kapacitet och innehållet i dennes anbud avseende de specifika prestationer som ska utföras, och delägaren, som i det aktuella fallet, anförtros den operativa verksamheten avseende den aktuella tjänsten och således administrationen av denna, kan valet av koncessionshavare anses följa indirekt av valet av den nämnda delägaren, vilket har skett med iakttagande av gemenskapsrättens principer. Ett andra anbudsförfarande för att välja koncessionshavare är därmed inte motiverat.

61 Användningen av ett förfarande i två steg för att utse först den privata delägaren i det halvoffentliga bolaget och därefter tilldela bolaget den aktuella koncessionen skulle kunna avhålla privata aktörer och myndigheter från att bilda institutionella offentlig-privata partnerskap som det som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen, på grund av den tid det tar att genomföra sådana förfaranden och den rättsliga osäkerheten vad beträffar tilldelningen av koncessionen till den privata delägaren, som utsetts dessförinnan.

62 Det bör förtydligas att ett bolag som har både privata och offentliga ägare, som det som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen, ska behålla samma verksamhets-

föremål under hela koncessionstiden och alla väsentliga förändringar av kontraktet medför att anbud måste inhämtas (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, REG 2008, s. I-4401, punkt 34).

63 Av det ovan anförda följer att frågan ska besvaras så att artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG inte utgör hinder för en direkt tilldelning av uppdraget att tillhandahålla en offentlig tjänst som förutsätter att vissa bygg- och anläggningsarbeten utförs dessförinnan, såsom är fallet i målet vid den nationella domstolen, till ett bolag som har både privata och offentliga ägare och som har bildats specifikt för att tillhandahålla en offentlig tjänst, vilket utgör bolagets enda verksamhetsföremål, och vars privata delägare väljs ut genom ett offentligt anbudsförfarande, efter att det kontrollerats att denne uppfyller de finansiella, tekniska, operativa och administrativa kraven med avseende på den tjänst som ska tillhandahållas och efter att innehållet i anbudet avseende de specifika prestationer som ska utföras har beaktats, under förutsättning att anbudsförfarandet överensstämmer med principerna om fri konkurrens, insyn och likabehandling som enligt fördraget gäller för koncessioner.

Rättegångskostnader

64 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 (tredje avdelningen) följande:

Artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG utgör inte hinder för en direkt tilldelning av uppdraget att tillhandahålla en offentlig tjänst som förutsätter att vissa bygg- och anläggningsarbeten utförs dessförinnan, såsom är fallet i målet vid den nationella domstolen, till ett bolag som har både privata och offentliga ägare och som har bildats specifikt för att tillhandahålla en offentlig tjänst, vilket utgör bolagets enda verksamhetsföremål, och vars privata delägare väljs ut genom ett offentligt anbudsförfarande, efter att det kontrollerats att denne uppfyller de finansiella,

tekniska, operativa och administrativa kraven med avseende på den tjänst som ska tillhandahållas och efter att innehållet i anbudet avseende de specifika prestationer som ska utföras har beaktats, under förutsättning att anbudsförfarandet överensstämmer med principerna om fri konkurrens, insyn och likabehandling som enligt fördraget gäller för koncessioner.

Underskrifter