Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 24 februari 2022 [1]

Mål C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
mot
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentliga kontrakt – Koncessionskontrakt – Tilldelning av driften av en integrerad skoltjänst till ett halvoffentligt bolag – Utseende av den privata delägaren genom ett anbudsförfarande – Krav på att den privata delägaren ska inneha minst 30 procent av kapitalandelarna i det halvoffentliga bolaget – Den upphandlande myndighetens indirekta ägarandel i den privata delägaren”

I. Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande ger domstolen tillfälle att förtydliga sin praxis i fråga om unionsrättens förhållande till det offentlig–privata partnerskap (OPP) som upphandlande myndigheter ibland använder sig av i stället för offentliga kontrakt eller ”traditionella” koncessionskontrakt.

2. Det offentlig–privata partnerskapet regleras visserligen inte av någon tvingande bestämmelse i unionsrätten, [2] men Europeiska kommissionen har definierat begreppet som en form av samarbete mellan offentliga och privata partner genom vilket inrättas en enhet som förfogar över blandat kapital och som utför offentliga kontrakt eller koncessioner [3] och är föremål för domstolens praxis. Domstolen har bland annat funnit att unionsrätten i allmänhet inte utgör hinder för att man i samband med ett offentlig–privat partnerskap tillämpar ett förfarande genom vilket en privat partner väljs ut och ett kontrakt eller en koncession tilldelas en offentlig-privat enhet som ska bildas. [4]

1 Originalspråk: franska.

2 Se, beträffande olika former av samarbete mellan offentliga och privata partner, i synnerhet offentlig-privata partnerskap, mot bakgrund av unionsrätten, Bovis, Ch., ”Chapter 18: Public service partnerships”, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, under ledning av Bovis, Ch., Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2016, s. 554 och följande sidor.

3 Se grönboken om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2004) 327 slutlig), punkt 54.

4 Se, bland annat, dom av den 15 oktober 2009, Acoset (C-196/08, EU:C:2009:628) (nedan kallad domen Acoset).

3. Den omständigheten att det inte finns några unionsrättsliga bestämmelser som reglerar det offentlig–privata partnerskapet tycks vara orsaken till de svårigheter som har tagits upp i den nu aktuella begäran om förhandsavgörande. Strukturen och innehållet i detta förslag till avgörande återspeglar dessa svårigheter. Ur ett unionsrättsligt perspektiv är det rättsliga problemet i det nu aktuella fallet varken väldefinierat eller satt i ett exakt sammanhang.

4. Min slutsats, efter en ingående granskning av den nu aktuella begäran om förhandsavgörande, är att den hänskjutande domstolen har ställt sina frågor för att få klarhet i huruvida den upphandlande myndighetens sätt att beräkna den privata ägarandelen i den enhet med blandat kapital som ska bildas, för att sedan utesluta en anbudsgivare från anbudsförfarandet, är förenligt med direktiv 2014/23/EU[5] och/eller 2014/24/EU.[6]

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2014/23

5. I artikel 3 i direktiv 2014/23 anges följande:

”1. Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Förfarandet för tilldelning av koncessioner, inklusive uppskattningen av värdet, ska inte utformas i syfte att undanta det från detta direktivs tillämpningsområde eller att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer eller vissa byggentreprenader, varor eller tjänster.

2. Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska sträva efter att säkerställa öppenhet i tilldelningsförfarandet och vid kontraktets fullgörande, samtidigt som artikel 28 iakttas.”

6. Artikel 30.1 och 30.2 i direktivet har följande lydelse:

”1. En upphandlande myndighet eller upphandlande enhet ska vara fri att organisera förfarandet för val av koncessionshavare förutsatt att detta direktiv följs.

2. Utformningen av koncessionstilldelningsförfarandet ska följa principerna i artikel 3. Den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten får inte, särskilt inte under koncessionstilldelningsförfarandet, särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudssökande eller anbudsgivare i förhållande till andra.”

[5] Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1).

[6] Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014, om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18 (EUT L 94, 2014, s. 65).

7. I artikel 38.1 i direktivet anges följande:

”Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska kontrollera villkoren för deltagande i fråga om anbudssökandenas och anbudsgivarnas yrkesmässiga och tekniska kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning, på grundval av egen försäkran eller referenser som ska lämnas in som bevis enligt kraven i koncessionsmeddelandet, vilka ska vara icke-diskriminerande och stå i proportion till föremålet för koncessionen. Villkoren för deltagande ska ha samband med och vara proportionerliga till behovet av att se till att koncessionshavaren har förmåga att utföra koncessionen, med hänsyn till föremålet för koncessionen och syftet att säkerställa verklig konkurrens.”

2. Direktiv 2014/24

8. I artikel 18.1 i direktiv 2014/24 anges följande:

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”

9. I artikel 58.1 i direktivet anges följande:

”Urvalskriterierna kan avse

a) behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga,

b) ekonomisk och finansiell ställning,

c) teknisk och yrkesmässig kapacitet.

De upphandlande myndigheterna får endast tillämpa kriterierna i punkterna 2, 3 och 4 på ekonomiska aktörer som krav för deltagande. De ska begränsa eventuella krav till sådana som är lämpliga för att se till att anbudssökanden eller anbudsgivaren har den rättsliga och finansiella förmåga samt att de besitter den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.”

B. Italiensk rätt

10. I italiensk rätt finns bestämmelser om halvoffentliga bolag i Decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (lagstiftningsdekret nr 175 om en konsoliderad rättsakt för offentligägda bolag) av den 19 augusti 2016,[7] i den version som är tillämplig i målen i den nationella domstolen (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 175).

[7] GURI nr 210 av den 8 september 2016, s. 1.

11. Enligt artikel 1 i lagstiftningsdekret nr 175 är syftet med dekretet att säkerställa en effektiv förvaltning av offentliga ägarintressen, skydda och främja konkurrensen och marknaden samt att rationalisera och minska de offentliga utgifterna. I dekretet anges att en offentlig förvaltning för att driva de verksamheter som avses i artikel 4 kan välja att driva dem internt, genom ett av förvaltningen helägt bolag, eller att bilda ett halvoffentligt bolag. Det sistnämnda alternativet regleras ingående i dekretet, så att det ska vara förenligt med unionsrätten.

12. I artikel 17.1 i lagstiftningsdekret nr 175 anges följande vad beträffar det sistnämnda alternativet:

”I bolag med både offentliga och privata ägarintressen får den privata delägarens andel inte understiga 30 procent, och denna delägare ska väljas ut genom ett offentligt anbudsförfarande i enlighet med artikel 5.9 i lagstiftningsdekret nr 50 från 2016[8]. Föremålet för anbudsförfarandet ska vara såväl den privata delägarens tecknande eller förvärv av ägarandelar och tilldelning av det kontrakt eller den koncession som ska vara det enda föremålet för det halvoffentliga bolaget.”

III. De faktiska omständigheterna i det nationella målet

13. Roma Capitale (staden Rom) inledde år 2018 ett anbudsförfarande med två föremål, dels att välja ut en privat delägare med vilken staden Rom skulle bilda ett halvoffentligt bolag (nedan kallat det blivande halvoffentliga bolaget), dels att tilldela detta bolag den integrerade skoltjänst som faller inom staden Roms behörighetsområde och har ett uppskattat värde på 277 479 616,21 euro. Enligt upphandlingsdokumenten skulle staden Rom inneha 51 procent av aktiekapitalet i nämnda bolag, medan resterande 49 procent skulle förvärvas av den privata delägaren, varvid denne skulle bära hela verksamhetsrisken.

14. Ett anbud lämnades in av en företagssammanslutning som bestod av bolagen Roma Multiservizi SpA och Rekeep SpA.

15. Genom beslut nr 435 av den 1 mars 2019 (nedan kallat beslutet om uteslutning), uteslöts denna sammanslutning från det pågående förfarandet på grund av att 51 procent av kapitalandelarna i Roma Multiservizi ägdes av bolaget AMA SpA, i vilket staden Rom ägde alla kapitalandelar och på grund av att staden Roms faktiska ägarandel i det blivande halvoffentliga bolaget i praktiken skulle uppgå till 73,5 procent om sammanslutningens anbud antogs,[9] varvid den högsta gräns på 51 procent som fastställts i upphandlingsdokumenten skulle överskridas.

8 Decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/EU, 2014/24/EU e 2014/25/EU sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (lagstiftningsdekret nr 50 om införlivande av direktiv 2014/23/EU, direktiv 2014/24/EU och direktiv 2014/25/EU om tilldelning av koncessionskontrakt, offentliga kontrakt och upphandlingsförfaranden för enheter inom vatten-, energi-, transport- och posttjänstesektorn samt omstrukturering av gällande bestämmelser om upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor) av den 18 april 2016 (ordinarie tillägg till GURI nr 91 av den 19 april 2016).

9 En faktisk ägarandel på 51 procent angavs nämligen redan i upphandlingsdokumenten. Enligt upphandlingsdokumenten skulle staden Rom äga 51 procent av andelarna i det blivande gemensamma bolaget. Vad beträffar den återstående delen (73,5 - 51 = 22,5 procent), skulle en faktisk ägarandel på 22,5 procent i detta bolag följa av den omständigheten att Roma Multiservizis ägarandel i sammanslutningen med Rekeep uppgick till ungefär 90 procent. Den omständigheten att AMA – vars hela aktiekapital ägs av staden Rom – äger 51 procent av aktiekapitalet i Roma Multiservizi innebär följaktligen att staden Rom i praktiken skulle äga 22,5-procent i det blivande gemensamma bolaget (22,5 procent = 49 % × 90 % × 51 %). Rekeep och Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) har angett i sina skriftliga yttranden att meningen var dels att Rekeep i egenskap av huvudman skulle äga 10 procent av sammanslutningen, och att Roma Multiservizi skulle äga 90 procent, i egenskap av bemyndigad företrädare, dels att dessa bolag skulle teckna kapital i det gemensamma bolag som skulle bildas med staden Rom i proportion till sina andelar i sammanslutningen.

16. Rekeep och Roma Multiservizi överklagade beslutet till Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien), vilken ogillade överklagandena genom två domar som meddelades den 18 juni 2019.

17. Rekeep och Roma Multiservizi har överklagat dessa två domar till den hänskjutande domstolen.

18. Det framgår av dessa parters yttranden att staden Rom, samtidigt som prövningen av deras överklaganden pågick, efter ett förhandlat förfarande beslutade att tilldela CNS uppdraget att utföra den aktuella tjänsten.

IV. Förfarandet vid domstolen och tolkningsfrågorna

19. Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom beslut av den 13 februari 2020, som inkom till domstolen den 22 juli 2020, att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Är det förenligt med unionsrätten och med en korrekt tolkning av skälen 14 och 32 samt artiklarna 12 och 18 i direktiv 2014/24/EU och artikel 30 i direktiv 2014/23/EU, även jämförda med artikel 107 FEUF, att vid tillämpningen av tröskelvärdet på 30 procent av den privata delägarens ägarandel i ett offentligt-privat företag – ett tröskelvärde som den nationella lagstiftaren funnit lämpligt utifrån unionsrättens principer fastställda i unionens rättspraxis – enbart beakta den formella ägarstrukturen, eller får, eller rentav måste, den upphandlande myndigheten ta hänsyn även till sitt indirekta ägande i det privata delägande företaget?

2) Om den första frågan besvaras jakande, är det då förenligt med unionsrättens principer, särskilt med konkurrens-, proportionalitets- och lämplighetsprinciperna, att den upphandlande myndigheten får utesluta den privata delägaren, vars faktiska ägarandel i det offentlig-privata företaget till följd av det konstaterade direkta eller indirekta offentliga ägandet är mindre än 30 procent, från upphandlingen?”

20. Skriftliga yttranden har inkommit från parterna i det nationella målet, CNS och kommissionen. Förhandling har inte ägt rum.

V. Bedömning

A. Föremålet för tolkningsfrågorna

21. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att den hänskjutande domstolen, med hänsyn till omständigheterna i det nationella målet, har beaktat två krav i fråga om offentliga och privata ägarandelar i det blivande halvoffentliga bolaget.

22. Det första kravet är att en privat delägare för att kunna gå in i en blivande enhet med blandat kapital måste inneha minst 30 procent av kapitalandelarna, i enlighet med artikel 17.1 i lagstiftningsdekret nr 175. Denna lägsta gräns för det privata ägandet motsvaras helt logiskt av en högsta gräns för det offentliga ägandet på 70 procent.

23. Det andra kravet är det som den upphandlande myndigheten själv fastställt i anbudsinfordran, nämligen att den privata delägarens ägarandel ska motsvara 49 procent av aktiekapitalet och den upphandlande myndighetens ägarandel 51 procent av aktiekapitalet.

24. De båda tolkningsfrågorna, såsom de har formulerats av den hänskjutande domstolen, hänför sig endast till det lägsta föreskrivna andelsinnehavet på 30 procent som krävs för att den privata delägaren ska kunna gå in i ett halvoffentligt bolag. Här ser jag mig nödgad att påpeka att den hänskjutande domstolen inte har frågat EU-domstolen om detta gränsvärde är giltigt mot bakgrund av unionsrätten. Såsom tolkningsfrågorna har formulerats tycks den hänskjutande domstolen vilja få klarhet i huruvida unionsrätten utgör hinder för att den upphandlande myndighetens indirekta ägarandel i den privata delägaren beaktas när det gäller att fastställa ett sådant lägsta andelsinnehav på 30 procent.

25. Motiveringen till begäran om förhandsavgörande är emellertid inte lika entydig vad gäller föremålet för tolkningsfrågorna.

26. Å ena sidan har den hänskjutande domstolen nämligen angett, i linje med hur tolkningsfrågorna har formulerats, att den för att avgöra det nationella målet behöver få klarhet i huruvida man ”när det gäller att avgöra om gränsen för det offentlig-privata bolagets ägande (högst 70 procent offentligt och minst 30 procent privat ägande) har iakttagits, … enbart ska ta hänsyn till den privata delägarens rättsliga ställning … eller om man, när det företaget delvis är offentligt ägt, även ska beakta [de offentliga ägarandelarna].”

27. Å andra sidan har den hänskjutande domstolen även angett att lagenligheten av gränserna för det offentliga ägandet (51 procent) och det privata ägandet (49 procent) inte har bestridits i det nationella målet. Den hänskjutande domstolen anser följaktligen att ”[t]visten avser lagenligheten av den upphandlande myndighetens beslut, vilken fann att den för att kunna avgöra huruvida den högsta gränsen på 51 procent för dess andelsinnehav i det nya bolag som skulle bildas även var tvungen att beakta sitt [indirekta andelsinnehav i detta bolag]”.

28. Vad gäller tvetydigheten i fråga om föremålet för tolkningsfrågorna, vill jag först påpeka att den hänskjutande domstolen har angett att det fastställs klart och tydligt i den *lex specialis* som anbudsinfordran utgör och vars bestämmelser är ”faktiska” i det nationella målet, att den offentliga och den privata ägarandelen ska vara 51 procent respektive 49 procent.[10] Den hänskjutande domstolen tycks alltså i det nationella målet, som avser beslutet om uteslutning, huvudsakligen vilja få klarhet i fråga om kraven på den offentliga och den privata ägarandelen i upphandlingsdokumenten.

29. På frågan om det formella skälet till beslutet om uteslutning var att artikel 17.1 i lagstiftningsdekret nr 175 hade åsidosatts eller att kravet på aktiekapitalets fördelning i upphandlingsdokumentet inte hade iakttagits, svarade de flesta av parterna att skälet var det sistnämnda alternativet.

30. Roma Multiservizi svarade kategoriskt att det angavs i beslutet om uteslutning att den fördelning av aktiekapitalet som angavs i upphandlingsdokumenten inte hade iakttagits.

[10] Enligt vad som anges i begäran om förhandsavgörande har även Roma Multiservizi och Rekeep bestritt beslutet om uteslutning med hänvisning till bland annat åsidosättande, oriktig tillämpning och otillåten teleologisk tolkning av vad som dessa parter har betraktat som *lex specialis*.

31. Staden Rom angav först att anbudet från den sammanslutning som avses i beslutet om uteslutning innehöll två felaktigheter avseende de två kraven på offentligt och privat ägande. I ett senare skede redogjorde staden Rom emellertid för skälen till att denna sammanslutning hade uteslutits, av vilka det framgår att uteslutningen grundade sig på bedömningen att ”den andel av riskkapitalet i [det blivande gemensamma bolaget] som kan tillskrivas privata investeringar underskrider 49 procent vilket uppenbarligen strider mot villkoren i upphandlingsdokumenten och i de handlingar som godkänts av kommunfullmäktige”.

32. Rekeep angav, i linje med staden Roms svar, att det endast angavs i motiveringen till beslutet om uteslutning att de ägarandelar som angavs i upphandlingsdokumenten inte iakttogs och tillade att lagstiftningsdekret nr 175 berördes i beslutets inledning.

33. Innebörden av kommissionens svar tycks underförstått vara densamma. Kommissionen anser att det är uppenbart att fastställandet av en privat ägarandel på 49 procent – och den uteslutning som följer därav – enbart grundar sig på den gräns som fastställts i artikel 17 i lagstiftningsdekret nr 175. Av detta drar jag slutsatsen att kommissionen anser att uteslutningen är en direkt *följd* av att kravet på privat ägande, som i upphandlingsdokumenten fastställts till 49 procent, inte har iakttagits.

34. Endast CNS anser att beslutet om uteslutning grundar sig på såväl åsidosättande av artikel 17.1 i lagstiftningsdekret nr 175 som åsidosättande av kravet på kapitalfördelning i upphandlingsdokumenten. De avsnitt i detta beslut som CNS har redogjort för avser emellertid endast de krav på offentligt och privat ägande som anges i anbudsinfordran.

35. Den hänskjutande domstolen får mot bakgrund av dessa förtydliganden anses ha ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida unionsrätten utgör hinder för att man beaktar den upphandlande myndighetens indirekta innehav av kapitalandelar i en privat delägare som lämnat ett anbud när det gäller att fastställa det privata andelsinnehavet i ett blivande halvoffentligt bolag.

36. Den andra tolkningsfrågan ska därmed förstås så, att den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida unionsrätten utgör hinder för att en upphandlande myndighet utesluter en privat delägare som lämnat anbud från upphandlingen och vars faktiska ägarandel i en blivande enhet med blandat kapital inte uppfyller det krav på lägsta privata ägarandel som fastställts i upphandlingsdokumenten.

37. Jag vill göra ytterligare några anmärkningar om de sålunda omformulerade tolkningsfrågorna.

38. Den första frågans ursprungliga formulering innebär först och främst att den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida unionsrätten utgör hinder för att en upphandlande myndighet i stället för att beakta alla former av offentliga ägarandelar i en privat delägare som lämnat ett anbud, enbart beaktar ”sina egna ägarandelar” i denna delägare (”får, eller rentav måste, den upphandlande myndigheten ta hänsyn även till sitt indirekta ägande i det privata delägande företaget”). Flera avsnitt i begäran om förhandsavgörande stöder en sådan tolkning inte bara av

kraven på offentligt och privat ägande i anbudsinfordran, [11] utan även av beslutet om uteslutning [12] vilket har ännu större betydelse mot bakgrund av det nationella målet.

39. Vidare framgår det av formuleringen av den första tolkningsfrågan att den hänskjutande domstolen vill veta om den upphandlande myndigheten ”får, eller rentav måste” ta hänsyn till ett sådant indirekt ägande. Det är utrett i det nationella målet att den upphandlande myndigheten tog hänsyn till sitt indirekta ägande. För att kontrollera beslutet om uteslutning räcker det att fastställa huruvida unionsrätten utgör hinder för ett sådant beaktande.

40. Den hänskjutande domstolen har också angett att den andra tolkningsfrågan har ställts för det fall den första frågan besvaras jakande. Den första tolkningsfrågan innehåller, såsom den först formulerades, två alternativ (”är det förenligt med [unionsrättens bestämmelser] att … enbart beakta [det direkta ägandet] eller får, eller rentav måste, den upphandlande myndigheten ta hänsyn även till [det indirekta andelsinnehavet] i det privata delägande företaget?”). Under alla omständigheter ska den andra frågan anses ha ställts för det fall den första frågan besvaras så, att unionsrätten inte utgör hinder för att hänsyn tas till den upphandlande myndighetens indirekta ägarandelar i den privata delägaren och anbudsgivaren.

41. För att den hänskjutande domstolen ska kunna få ett ändamålsenligt svar finns det slutligen anledning att fastställa vilka bestämmelser som är tillämpliga i det nationella målet och vilka bestämmelser som behöver tolkas för att det nationella målet ska kunna avgöras. Alla bestämmelser som den hänskjutande domstolen har berört i sin begäran om förhandsavgörande tycks nämligen inte vara relevanta. Några parter har av detta skäl ifrågasatt att tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning.

B. Upptagande till sakprövning och tillämpliga bestämmelser

42. I den första frågan har den hänskjutande domstolen berört flera bestämmelser i unionsrätten utan att uttryckligen ange varför den vill få klarhet i hur de ska tolkas. I den andra frågan har den endast nämnt vissa rättsprinciper, bland annat principerna om konkurrens, proportionalitet och rimlighet, men inte hänvisat till någon unionsrättslig bestämmelse.

43. Kommissionen anser inte att den första tolkningsfrågan kan tas upp till prövning, eftersom den rör artikel 107 FUEF, medan CNS har ifrågasatt huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning över huvud taget. [13] Dessa invändningar om rättegångshinder granskas nedan i samband med att jag undersöker begäran om förhandsavgörande för att fastställa vilka unionsrättsliga bestämmelser som är relevanta i detta mål.

[11] Den hänskjutande domstolen har bland annat angett att den upphandlande myndigheten ”fastställde att staden Rom skulle inneha 51 procent av andelarna och den privata delägaren 49 procent” och att denna upphandlande myndighet anordnade ett upphandlingsförfarande ”och fastställde staden Roms andelsinnehav till 51 procent”.

[12] Den hänskjutande domstolen har bland annat angett att ”staden Rom … till slut skulle ha fått ett faktiskt andelsinnehav på 73,5 procent i det offentlig-privata bolaget, varvid den gräns på 51 procent som fastställts i upphandlingsdokumenten skulle överskridas” och att ”staden Roms andelsinnehav i [det blivande gemensamma bolaget] skulle ha överskridit gränsen 51 procent”.

[13] CNS menar att den hänskjutande domstolens begäran endast avser en kontroll av den nationella rättens förenlighet mot bakgrund av allmänna unionsrättsliga principer, och att den hänskjutande domstolen inte har fastställt konkret mot vilka specifika bestämmelser denna förenlighet ska prövas. CNS menar att den omständigheten att unionsrätten inte innehåller några särskilda bestämmelser om offentlig-privata partnerskap också visar att tolkningsfrågan saknar relevans.

1. Direktiv 2014/23 och direktiv 2014/24

44. Den första tolkningsfrågan, såsom den har formulerats av den hänskjutande domstolen, hänför sig både till direktiv 2014/23 och till direktiv 2014/24. I dessa direktiv fastställs tillämpliga bestämmelser för tilldelning av koncessioner respektive offentliga kontrakt.

45. För att fastställa vilket direktiv som är tillämpligt i det nu aktuella fallet, är det nödvändigt att granska föremålet för anbudsinfordran och det kontrakt som den upphandlande myndigheten avsåg att ingå efter detta anbudsförfarande.

46. Den aktuella anbudsinfordran i det nationella målet har två föremål, och därmed kan det kontrakt som ska ingås anses bestå av två delar, en som rör valet av en privat delägare till det blivande halvoffentliga bolaget och en annan som rör detta bolags tilldelning av den integrerade skoltjänsten.

47. Kan den första delen påverka tillämpligheten av direktiv 2014/23 eller av direktiv 2014/24 vad gäller de två delarna av det aktuella kontraktet i det nationella målet? Rättspraxis ger några hållpunkter som kan vara användbara för att besvara denna fråga.

a) Relevant rättspraxis

48. I det mål som avgjordes genom domen Club Hotel Loutraki m.fl. [14] ställdes domstolen inför en liknande fråga. Begäran om förhandsavgörande avsåg ett kontrakt som bestod av tre avtal. Ett avtal avsåg överlåtelse av 49 procent av aktierna i ett offentligt företag som skulle privatiseras, ett avtal som innebar att förvärvaren mot ersättning skulle överta driften av ett kasinoföretag och ett avtal enligt vilket förvärvaren åtog sig att genomföra en plan för förbättring av kasinolokalerna.

49. För att avgöra denna fråga bekräftade domstolen först att den hänskjutande domstolen hade gjorde en riktig bedömning när den fann att kontraktet var av ”blandad karaktär”, [15] för att sedan undersöka huruvida det aktuella kontraktet utgjorde en odelbar enhet och i så fall om det, betraktat i sin helhet, på grund av sitt huvudföremål omfattades av något av de aktuella direktiven. [16] Domstolen hänvisade till rättspraxis av vilken framgick att ”i fall där det är fråga om ett blandat kontrakt, vars olika delar … är sammanbundna så att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet ska transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga kvalificeringen och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel”. [17]

50. Vad gäller denna rättspraxis framhöll domstolen först att det rörde sig om ett blandat kontrakt som utgjorde en odelbar enhet, eftersom det var nödvändigt att ingå detta kontrakt med en enda entreprenör som hade både den ekonomiska kapaciteten att köpa aktierna i fråga och tidigare erfarenhet av kasinoverksamhet. Därefter fann domstolen att det aktuella kontraktets huvudsakliga föremål var överlåtelsen av 49 procent av aktierna i ett offentligt företag. [18] Detta övervägande var en följd av att överlåtelsen av aktierna i själva verket utgjorde en

[14] Dom av den 6 maj 2010 (C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247) (nedan kallad domen Club Hotel Loutraki m.fl.).

[15] Domen Club Hotel Loutraki m.fl. (punkt 46).

[16] Domen Club Hotel Loutraki m.fl. (punkt 50).

[17] Domen Club Hotel Loutraki m.fl. (punkt 48 och där angiven rättspraxis).

[18] Domen Club Hotel Loutraki m.fl. (punkt 57).

privatiseringstransaktion och fick verkningar utan några begränsningar i tiden, vilket gjorde det möjligt för förvärvaren att i egenskap av aktieägare uppbära en inkomst som var klart större än dess ersättning i egenskap av tjänsteleverantör. [19]

51. I domen Mehiläinen och Terveystalo Healthcare [20] granskade domstolen, med stöd av samma rättspraxis, [21] ett arrangemang genom vilket en upphandlande myndighet ingick ett avtal med en från myndigheten fristående privat aktör. Avtalet avsåg bildande av ett gemensamt företag, i form av ett aktiebolag, från vilket den upphandlande myndigheten i samband med bildandet förband sig att under en fyraårig övergångsperiod köpa företagshälsovårdstjänster till sina anställda.

52. I domen Healthcare, precis som i domen Club Hotel Loutraki m.fl., uttalade domstolen att arrangemanget i fråga utgjorde ett blandat kontrakt. Domstolen ansåg emellertid inte att delarna i överenskommelsen var oskiljaktiga, eftersom det inte var objektivt nödvändigt att ingå ett blandat kontrakt med en enda partner. Domstolen ansåg i synnerhet att slutsatsen att den del som avsåg tjänster var avskiljbar från resten av det blandade avtalet hade stöd i det förhållandet att den upphandlande myndigheten hade uttryckt sin avsikt att efter övergångsperiodens slut genomföra ett anbudsförfarande avseende köp av sådana tjänster och att ett gemensamt företag faktiskt hade bildats och varit i drift utan den del som avsåg tjänsterna. [22]

53. I domen i målet Acoset, där frågan avsåg en direkttilldelning av en lokal offentlig integrerad vattenförsörjningstjänst till ett bolag med både offentliga och privata ägare, berörde domstolen över huvud taget inte frågan huruvida det aktuella kontraktet var ett blandat kontrakt vars olika delar var oskiljbara och således bildade en odelbar enhet. För att avgöra om denna tilldelning omfattades av något av de aktuella direktiven, inriktade sig domstolen på den lokala offentliga vattenförsörjningstjänsten och på de bygg- och anläggningsarbeten som var förenade med driften av denna tjänst.

54. Domen i målet Acoset kan emellertid inte tolkas så, att man när det gäller ett kontrakt som består av flera delar varav den ena avser bildande av ett halvoffentligt bolag ska bortse från denna del och endast pröva de övriga delarna. En sådan tolkning skulle strida mot senare rättspraxis som anges ovan i de föregående punkterna.

55. Domen i målet Acoset ska således förstås så, att domstolen underförstått ansåg dels att det rörde sig om ett blandat kontrakt där delarna bildade en odelbar enhet, dels att den del som avsåg den lokala offentliga tjänsten utgjorde kontraktets huvudföremål.

56. Av detta följer att ett kontrakt som ingås inom ramen för ett förfarande som en upphandlande myndighet har inlett för att välja ut en privat delägare till ett bolag med gemensamt kapital och för att tilldela detta bolag ett kontrakt eller en koncession är ett blandat kontrakt bestående av två delar. [23] I fråga om ett sådant blandat kontrakt ska det vidare fastställas huruvida de olika delarna

19 Domen Club Hotel Loutraki m.fl. (punkterna 55 och 57).

20 Dom av den 22 december 2010 (C-215/09, EU:C:2010:807) (nedan kallad domen Healthcare).

21 Domen Healthcare (punkt 36).

22 Domen Healthcare (punkterna 43 och 44).

23 Vissa parter tycks ifrågasätta huruvida ett kontrakt där en del avser valet av en privat delägare till en blivande enhet som förfogar över blandat kapital ska kvalificeras som ett blandat kontrakt. Domstolen använde visserligen inte begreppet blandat kontrakt i domen Acoset, men däremot i domen Club Hotel Loutraki m.fl. och i domen Healthcare. Även om direktiv 2014/24 är tillämpligt i det nu aktuella fallet och det aktuella kontraktet i det nationella målet inte omfattas av begreppet blandat kontrakt, i den mening som avses i artikel 3 i detta direktiv, i och med att det inte rör sig om ett kontrakt när man väljer ut en privat delägare till ett blivande blandat bolag (se fotnot 24), kan kontraktet ändå ingå i den bredare kategori av blandade kontrakt som domstolen tycks ha avsett i domen Club Hotel Loutraki m.fl. och i dom Healthcare.

i kontraktet är fast förbundna (inte kan särskiljas) och bildar en odelbar enhet. Därefter ska det huvudsakliga föremålet eller den dominerande beståndsdelen fastställas, och sedan vilka bestämmelser som är tillämpliga på kontraktet mot bakgrund av detta huvudsakliga föremål eller denna dominerande beståndsdel. [24]

b) Tillämpning

1) Blandat kontrakt: oskiljaktiga delar?

57. Jag menar att de två delarna av det aktuella kontraktet i det nationella målet är oskiljaktiga, på samma sätt som var fallet i de mål som avgjordes genom domen Club Hotel Loutraki m.fl. respektive domen Acoset.

58. För att säkerställa att den integrerade skoltjänsten tillhandahålls av ett halvoffentligt bolag som består av den upphandlande myndigheten och en privat partner, är det objektivt nödvändigt att välja ut en partner som har den nödvändiga ekonomiska kapaciteten för att förvärva 49 procent av kapitalet i det blivande halvoffentliga bolaget och som uppfyller andra villkor för att i form av ett halvoffentligt bolag kunna tillhandahålla den integrerade skoltjänsten och bära hela verksamhetsrisken. Kontraktets båda delar ska således avse samma partner, även om den första delen av kontraktet tekniskt sett avser valet av en privat delägare och den andra delen avser tilldelningen av den integrerade skoltjänsten till ett halvoffentligt bolag i vilket denna delägare innehar 49 procent av aktierna. [25]

59. Till skillnad från det mål som avgjordes genom domen Healthcare, [26] där omständigheterna kring den del som avsåg tjänster var mycket speciella, finns det ingenting i det nu aktuella målet som talar för att den del som avser bildandet av ett halvoffentligt bolag kan särskiljas från den del som avser den integrerade skoltjänsten. Utan den sistnämnda delen skulle det blivande halvoffentliga bolaget objektivt sett förlora sitt ekonomiska existensberättigande. I italiensk rätt är ett avtal om upphandling eller om överlåtelse enligt artikel 17.1 i lagstiftningsdekret nr 175 det enda verksamhetsföremålet för ett halvoffentligt bolag.

[24] Oavsett vilken lösning som domstolen funnit i sin praxis skulle man, förutsatt att direktiv 2014/24 är tillämpligt i det nationella målet, i princip kunna dra samma slutsats med stöd av artikel 3.6 i detta direktiv, enligt vilken de tillämpliga rättsreglerna ”[o]m de olika delarna av ett visst kontrakt objektivt sett inte kan särskiljas ska … fastställas på grundval av huvudföremålet för kontraktet.” Föremålet för ett kontrakt enligt detta direktiv ska vara utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster. Frågan är alltså huruvida val av en privat delägare och bildandet av ett blandat bolag omfattas av begreppet kontrakt i den mening som avses i samma direktiv. I doktrinen tycks man anse att så är fallet (se, för ett liknande resonemang, i den mån författaren hänför sig till artikel 3.4 i direktiv 2014/24, Andrecka, M., ”Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 9, nr 3, 2014, s. 176). Med hänsyn till de tvivel som råder i fråga om tillämpliga bestämmelser i det nu aktuella fallet, finns det också skäl att framhålla skillnaden mellan formuleringen i direktiv 2014/24, där det i artikel 3.6 föreskrivs att ”[o]m de olika delarna av ett visst kontrakt ['marché'] objektivt sett inte kan särskiljas ska de tillämpliga rättsreglerna fastställas på grundval av huvudföremålet för [det blandade] kontraktet”, och formuleringen i direktiv 2014/23, där det i artikel 20.5 föreskrivs att ”[o]m de olika delarna av *ett visst kontrakt* ['contrat'] objektivt sett inte kan särskiljas ska de tillämpliga rättsreglerna fastställas på grundval av huvudföremålet för kontraktet” (min kursivering), där jag uppfattar den sistnämnda som mer flexibel, åtminstone vad gäller vissa språkversioner av direktiven, bland annat den franska versionen.

[25] Se, analogt, punkt 53 i domen Club Hotel Loutraki m.fl., jämförd med punkt 28 i samma dom, enligt vilken det aktuella blandade kontraktet omfattade ”en del som avser [bolaget Ellinika Touristika Akinita AE:s] aktieförsäljning till den bästa anbudsgivaren [och] en del som avser ett tjänstekontrakt som tilldelas den bästa anbudsgivaren, vilken åtar sig skyldigheterna avseende driften av kasinoföretaget”), samtidigt som det bolag som anbudsgivaren skulle bilda (och inte anbudsgivaren själv), som framgår av punkt 25 i denna dom, skulle svara för driften och åtminstone ingå ett avtal. Se även, i detta avseende, domen Acoset (punkterna 54 och 61).

[26] Se ovan punkt 52.

60. Det ska nu fastställas huruvida huvudföremålet för det aktuella kontraktet i det nationella målet är den del som avser bildandet av ett halvoffentligt bolag eller den som avser den integrerade skoltjänsten.

2) Kontraktets huvudföremål

61. Jag anser att den del som avser den integrerade skoltjänsten utgör huvudföremålet för det aktuella blandade kontraktet i det nationella målet.

62. Det blivande halvoffentliga bolaget var endast ett sätt att för att kunna säkerställa att den integrerade skoltjänsten skulle tillhandahållas genom ett offentlig–privat partnerskap och utgjorde inte syftet med upphandlingen. Till skillnad mot det mål som avgjordes genom domen Club Hotel Loutraki m.fl., rör det sig i det nu aktuella fallet inte om förvärv av aktier i ett redan befintligt offentligt företag inför dess privatisering, utan om att bilda ett halvoffentligt bolag för att tillhandahålla en integrerad skoltjänst.

63. I det målet var dessutom aktieinnehavet i det befintliga offentliga företaget i sig en ansenlig inkomstkälla. Det finns ingenting som tyder på att så är fallet i det nu aktuella målet. Domen Club Hotel Loutraki m.fl. kan alltså inte tas till intäkt för att i det nu aktuella fallet slå fast att bildandet av det blandade bolaget är huvudföremålet för det aktuella kontraktet i det nationella målet.

64. Frågan om vilket direktiv som är tillämpligt i det nationella målet ska således prövas mot bakgrund av den del som avser den integrerade skoltjänsten.

3) Offentliga tjänstekontrakt eller tjänstekoncessioner?

65. Begäran om förhandsavgörande är knapphändig i den del som avser den integrerade skoltjänsten.

66. Parternas svar på domstolens skriftliga frågor innehåller visserligen några klargöranden om de olika tjänster som ingår i den del som avser den integrerade skoltjänsten.[27] Dessa klargöranden innebär emellertid inte att det är möjligt att i detta förslag till avgörande entydigt avgöra om denna del ska kvalificeras som ett offentligt tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

67. I varje fall ankommer det enbart på den nationella domstolen att göra en sådan konkret kvalificering.[28] Domstolen kan vid behov bidra med preciseringar i syfte att vägleda den nationella domstolen i denna kvalificering.

[27] Det framgår av parternas yttranden och av deras svar på domstolens skriftliga frågor att den integrerade skoltjänsten består av allmänt stöd, underhåll, postutdelning och städning vid förskolor och skolor samt skolskjuts. Den omständigheten att tjänsten omfattar skolskjutsverksamhet tycks inte ha föranlett den hänskjutande domstolen att överväga tillämpning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 2014, s. 243). I artiklarna 4 och 6 i detta direktiv föreskrivs i varje fall bestämmelser för blandade kontrakt, och det finns ingenting som ger stöd för att anse att skolskjutsverksamhet utgör huvudföremålet för det aktuella kontraktet i det nationella målet eller för den del som avser den integrerade skoltjänsten.

[28] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 november 2011, Norma-A och Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punkterna 57 och 59).

68. I detta avseende vill jag först framhålla att ett offentligt tjänstekontrakt enligt direktiv 2014/24 innebär att ersättningen betalas direkt av den upphandlande myndigheten till tjänsteleverantören.[29] En tjänstekoncession består däremot, enligt direktiv 2014/23, av handlingen att anförtro tillhandahållande och förvaltning av tjänster, där ersättningen utgörs av endast rätten att utnyttja de aktuella tjänsterna eller av dels en sådan rätt, dels betalning.[30] Domstolen har genom ett liknande resonemang slagit fast att det är fråga om en tjänstekoncession bland annat när tjänsteleverantörens ersättning kom från de avgifter som erläggs av dem som utnyttjar en tjänst.[31] Den omständigheten att ett halvoffentligt bolag bildat enligt italiensk rätt, som den hänskjutande domstolen har angett, faktiskt bedriver en verksamhet mot ersättning som genererar vinst (även om vinsten enligt den hänskjutande domstolen är blygsam) kan tala för att direktiv 2014/23 ska tillämpas.

69. För det andra förutsätter en tjänstekoncession, även om ersättningsmetoden visserligen är en av de avgörande faktorerna för kvalificeringen av en tjänstekoncession, att koncessionshavaren tar på sig den risk som är förenad med driften av de aktuella tjänsterna.[32] Distinktionskriteriet för överföring av en sådan risk har kodifierats i direktiv 2014/23.[33] I den italienska versionen används begreppet ”rischio operativo” (verksamhetsrisk) för att beskriva detta kriterium. Samma begrepp används i det beslut genom vilket staden Rom gick ut med en anbudsinfordran för att precisera att den valda anbudsgivaren skulle behöva bära en sådan risk i sin helhet.[34]

70. För det tredje kan domstolen, utifrån de indicier som har lagts fram, utgå från antagandet att ett kontrakt omfattas av något av de aktuella direktiven för att kunna besvara tolkningsfrågorna.[35] I det nu aktuella målet tycks det emellertid inte vara möjligt med ett sådant förhållningssätt, i avsaknad av indicier som gör det möjligt att uttala sig om det tillämpliga regelverket. Framför allt anser jag, i likhet med kommissionen, att den omständigheten att man tillämpar det regelverk som fastställts genom det ena eller det andra direktivet inte nödvändigtvis behöver påverka svaren på tolkningsfrågorna i det nu aktuella fallet. Det regelverk som är tillämpligt på den del som avser den integrerade skoltjänsten kommer endast att vara tillämpligt på den del som avser urvalet av en privat delägare ”i förlängningen”. Eftersom tolkningsfrågorna endast avser den sistnämnda delen är det i detta sammanhang endast fråga om att tillämpa de allmänna principerna i dessa regelverk, vilka är gemensamma för de båda delarna. I detta förslag till avgörande hänvisar jag följaktligen till såväl direktiv 2014/23 som till direktiv 2014/24, med iakttagande av behörighetsfördelningen mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen.[36]

[29] Se artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24. Se även, för ett liknande resonemang, domen Acoset (punkt 39 och där angiven rättspraxis).

[30] Se artikel 5.1 b i direktiv 2014/23.

[31] Se domen Acoset (punkt 43 och där angiven rättspraxis).

[32] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 november 2011, Norma-A och Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punkt 44). Se även, för ett liknande resonemang, mitt förslag till avgörande i de förenade målen Promoimpresa m.fl. (C-458/14 och C-67/15, EU:C:2016:122, punkterna 62 och 63), där jag ansåg att en tjänstekoncession bland annat kännetecknas av att en myndighet överlåter åt en koncessionshavare att bedriva en tjänsteverksamhet, normalt en tjänst som myndigheten annars skulle ha tillhandahållit (och därmed förenad risk), och därvid ålägger koncessionshavaren att tillhandahålla den aktuella tjänsten.

[33] Se artikel 1.1 och skäl 18 i direktiv 2014/23.

[34] I det nationella målet skulle risken visserligen ha burits av den privata delägare som valts ut inom ramen för den första delen av det blandade kontraktet, medan den integrerade skoltjänsten, vilken utgjorde huvudföremålet för detta kontrakt, inom ramen för den andra delen av detta kontrakt, skulle ha tilldelats det blandade bolag som skulle bildas. Denna särskilda omständighet särdrag skulle kunna tala för att det inte rör sig om någon risköverföring till den utvalda anbudsgivaren, sett enbart till den andra delen. Syftet med upphandlingsförfarandet i det nu aktuella fallet var emellertid i varje fall att befria den upphandlande myndigheten från den risk som var förenad med utförandet av den integrerade skoltjänsten. Av detta skäl ser jag det inte som omöjligt att kvalificera den andra delen som en koncession, trots denna omständighet. Se även, beträffande samma omständighet, punkt 58 i detta förslag till avgörande.

[35] Se, analogt, domen i målet Acoset (punkt 42).

[36] För fullständighetens skull vill jag påpeka att direktiv 2014/23 och direktiv 2014/24 är tillämpliga i tiden *(ratione temporis)* och att kontraktets värde, uppskattat till mer än 277 miljoner euro, överstiger de föreskriva tröskelvärdena i dessa direktiv. Se artikel 8 i direktiv 2014/23 och artikel 4 i direktiv 2014/24.

2. Regelverket för offentliga kontrakt mellan enheter inom den offentliga sektorn

71. Den hänskjutande domstolen har hänvisat till artikel 12 och skälen 14 och 32 i direktiv 2014/24 i den första tolkningsfrågan och i begäran om förhandsavgörande redogjort för artikel 12.1 första stycket i detta direktiv. Den hänskjutande domstolen har emellertid inte angett varför den vill få klarhet i hur den sistnämnda bestämmelsen ska tolkas.

72. I skäl 14 i direktiv 2014/24 anges endast att begreppet ekonomisk aktör bör ges en vid tolkning, vilket bekräftar att ett halvoffentligt bolag kan omfattas av detta begrepp. I övrigt innehåller detta skäl i huvudsak samma definition av begreppet som i artikel 2.1 led 10 i direktivet. Den hänskjutande domstolen har inte åberopat denna bestämmelse i sin tolkningsfråga.

73. I artikel 12.1 i direktiv 2014/24 anges att offentliga kontrakt som tilldelas juridiska personer som kontrolleras av upphandlande myndigheter inte bör omfattas av de förfaranden som fastställs i detta direktiv. Bestämmelsen reglerar ett vertikalt samarbete mellan de berörda enheterna eller en traditionell intern tilldelning (in house).

74. Den hänskjutande domstolen har emellertid angett klart och tydligt att ett alternativ till intern drift enligt italiensk rätt är att bilda ett halvoffentligt bolag, såsom det som är i fråga i det nationella målet. [37]

75. Framför allt tycks det i princip uteslutet att undantaget i artikel 12.1 i direktiv 2014/24 kan tillämpas i samband med tilldelning av tjänster till ett offentlig–privat partnerskap. Som det anges i skäl 31 tredje stycket i detta direktiv bör det nämligen säkerställas att undantag för samarbete mellan myndigheter inte leder till att konkurrensen snedvrids i förhållande till privata ekonomiska aktörer i den mån det gynnar en privat tjänsteleverantör i förhållande till dess konkurrenter. I linje med rättspraxis från tiden före direktiv 2014/24 [38] klargörs det vidare i skäl 32 i direktivet att undantaget enligt artikel 12.1 i direktivet ”[inte bör] utvidgas till situationer där en privat ekonomisk aktör har ett direkt ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital, eftersom tilldelning av ett offentligt kontrakt utan ett förfarande under konkurrens under sådana omständigheter skulle ge den privata ekonomiska aktör som har en kapitalandel i den kontrollerade juridiska personen en otillbörlig förmån gentemot dess konkurrenter.”

76. Det finns också skäl att fråga sig om det aktuella blandade kontraktet i det nationella målet faller utanför tillämpningsområdet för direktiv 2014/24 enligt artikel 12.4 i direktivet. Denna bestämmelse rör kontrakt som ingås uteslutande mellan flera upphandlande myndigheter, om kontrakten inrättar eller genomför ett samarbete mellan dessa upphandlande myndigheter.

77. Staden Rom kan rent teoretiskt, i egenskap av upphandlande myndighet, anses ha velat inrätta ett samarbete med ett blivande halvoffentligt bolag som också skulle svara för den integrerade skoltjänsten och i vilket 51 procent av aktierna skulle innehas av staden Rom. Detta bolag skulle följaktligen utgöra ett ”offentligrättsligt organ” i den mening som avses i artikel 2.1 led 4 i direktiv 2014/24 och följaktligen kunna utgöra en ”upphandlande myndighet” i den mening som avses i artikel 2.1 led 1 i direktivet.

[37] Se ovan punkt 11.

[38] Se dom av den 6 april 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, punkterna 31 och 32).

78. Även om så vore, att villkoren för att undantaget i artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ska vara tillämpligt är uppfyllda i en sådan situation, har domstolen i domen Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39] slagit fast att denna bestämmelse innebär att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter, i enlighet med principen om likabehandling, inte får leda till att ett privat företag gynnas i förhållande till sina konkurrenter. Av detta följer, som generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona konstaterade i sitt förslag till avgörande i det målet, [40] att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter som gynnar en privat aktör i förhållande till dess konkurrenter på marknaden, inte kan omfattas av artikel 12.4 i direktiv 2014/24. Mot bakgrund av dessa klargöranden anser jag, med hänsyn till det privata ägarintresset i det blivande halvoffentliga bolaget, att det aktuella samarbetet i det nu aktuella målet inte kan omfattas av undantaget i denna bestämmelse.

79. Artikel 12 i direktiv 2014/24 behöver följaktligen inte tolkas för att tolkningsfrågorna ska kunna besvaras.

3. Regelverket för kontrakt avseende sociala tjänster och andra särskilda tjänster

80. I artikel 74 i direktiv 2014/24 föreskrivs att offentliga kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga XIV till direktivet ska tilldelas i enlighet med kapitel I i avdelning III i direktivet. Samtliga parter utom CNS har i svaren på domstolens skriftliga frågor angett att åtminstone en av de tjänster som ingår i den integrerade skoltjänsten ska eller kan hänföras till denna bilaga.

81. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera om så är fallet. I så fall är det tillräckligt att upphandlingsförfarandet genomförs enligt de flexiblare regler som föreskrivs i direktiv 2014/24 för tilldelning av sådana kontrakt. Jag vill därför bara föra fram några överväganden som kan vara användbara för den hänskjutande domstolen.

82. Först och främst är det visserligen riktigt att man genom kapitel I i avdelning III i direktiv 2014/24 har inrättat ett särskilt system för offentlig upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Sådana kontrakt omfattas således inte av det vanliga regelverket. I artikel 76.1 i direktivet anges emellertid att medlemsstaterna ska införa nationella regler för tilldelning av kontrakt som omfattas av detta kapitel för att se till att de upphandlande myndigheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer. Det rör sig således i princip om samma principer som dem som anges i artikel 18 i nämnda direktiv. Det är således inte uteslutet att svaren på tolkningsfrågorna kan påverkas beroende på om kapitel I i avdelning III i direktiv 2014/24 tillämpas i det nationella målet. [41]

83. Innan det slås fast att bestämmelserna i kapitel I i avdelning III i direktiv 2014/24 ska tillämpas på det aktuella kontraktet i det nationella målet, finns det även anledning att jämföra de uppskattade värdena för de tjänster som är hänförliga till detta kapitel med värdena för de tjänster som är hänförliga till det vanliga regelverket i detta direktiv, för att sedan, utifrån dessa värden, fastställa huvudföremålet för kontraktet. [42]

[39] Dom av den 28 maj 2020 (C-796/18, EU:C:2020:395).

[40] Förslag till avgörande i målet Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, punkt 109 tredje punkten).

[41] Se även punkt 70 ovan.

[42] I artikel 3.2 andra stycket i direktiv 2014/24 anges följande: ”För blandade kontrakt bestående delvis av tjänster i den mening som avses i avdelning III kapitel I och delvis av andra tjänster, eller blandade kontrakt bestående delvis av tjänster och delvis av varor, ska huvudföremålet bestämmas utifrån vilket av de uppskattade värdena för tjänster respektive varor som är det högsta.”

84. Jag utgår från antagandet att de flexiblare reglerna inte ska tillämpas i det nu aktuella fallet, eftersom det inte finns några uppgifter som ger stöd för att de tjänster som är hänförliga till kapitel I i avdelning III i direktiv 2014/24 ska betraktas som huvudföremålet för det aktuella kontraktet i det nationella målet och med hänsyn till att den hänskjutande domstolen inte har hänvisat till bestämmelserna i detta kapitel.

4. Artikel 107 FEUF

85. I den första tolkningsfrågan berörs artikel 107 FEUF. Kommissionen har anfört att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till prövning i den mån den avser tolkningen av denna primärrättsliga bestämmelse.

86. Jag delar kommissionens uppfattning. Det anges nämligen inte tydligt i begäran om förhandsavgörande vilken åtgärd som utgör statligt stöd i det nationella målet. Den hänskjutande domstolen har inte heller angett varför det behöver en tolkning av denna bestämmelse för att avgöra det aktuella målet.

87. Begäran om förhandsavgörande kan visserligen tolkas så, att den hänskjutande domstolen inte begär att domstolen ska tolka en av bestämmelserna i primärrätten, utan direktiven 2014/23 och 2014/24 mot bakgrund av denna (”jämförda med artikel 107 FEUF”). En sådan tolkning av begäran om förhandsavgörande påverkar emellertid inte den omständigheten att det i varje fall saknas anledning att besvara tolkningsfrågorna såvitt de avser artikel 107 FEUF.

88. Under dessa förutsättningar ska även CNS:s invändning om rättegångshinder godtas, i den mån den rör den första tolkningsfrågan och artikel 107 FEUF samt, av de skäl som anförs ovan i punkterna 71–79, artikel 12 i direktiv 2014/24.

C. Prövning i sak

89. Den första tolkningsfrågan hänför sig, utöver till de unionsrättsliga bestämmelser vars irrelevans i det nu aktuella målet är utredd, till artikel 30 i direktiv 2014/23 och artikel 18 i direktiv 2014/24. För att kunna identifiera alla relevanta bestämmelser i dessa direktiv, finns det anledning att först sätta kraven på offentligt och privat ägande i upphandlingsdokumenten i sitt sammanhang.

1. Kraven på offentligt och privat ägande inom ramen för direktiv 2014/23 och direktiv 2014/24

90. I artikel 56 i direktiv 2014/24 har unionslagstiftaren gjort uttrycklig åtskillnad mellan två typer av kriterier, dels kvalitativa urvalskriterier som i synnerhet omfattar skäl för uteslutning och urvalskriterier utifrån vilka de ekonomiska aktörernas förmåga att verkställa kontraktet ska kontrolleras (artiklarna 57 och 58 i direktivet), dels tilldelningskriterier som hänför sig till anbuden i sig. I artiklarna 38 och 41 i direktiv 2014/23, vilka avser kriterier för urval och utvärdering av anbudssökande respektive tilldelningskriterier, görs en liknande åtskillnad.

91. Begäran om förhandsavgörande innehåller ingen klar redogörelse för tanken bakom kraven på offentligt och privat ägande i upphandlingsdokumenten. Den bakomliggande tanken kan emellertid härledas ur de klargöranden som avser lagstiftningsdekret nr 175, eftersom dessa krav

utgör *lex specialis* i förhållande till kraven enligt lagstiftningsdekretet.[43] Upphandlingsdokumenten tycks nyansera procentandelarna och deras egenskaper (exakt fastställa krav, i stället för högsta eller lägsta andelsinnehav), utan att för den skull påverka syftena i sak.

92. Jag uppfattar den hänskjutande domstolens klargöranden så, att den övre gränsen på 70 procent för den offentliga ägarandelen i det blivande halvoffentliga bolaget är avsedd att säkerställa att den privata ägarandelen i bolaget inte understiger 30 procent.

93. Rent allmänt, sett till kontraktet och de ekonomiska aktörerna, kan en privat delägare följaktligen inte begränsa den ekonomiska risken med sin ägarandel i ett halvoffentligt bolag på ett orimligt sätt (under 30 procent) och dra otillbörlig nytta av fördelarna med de offentliga ägarandelarna genom att göra det möjligt att hindra andra enheter från att med vinst få åtkomst till samma ekonomiska verksamhet i det berörda marknadssegmentet. Denna övre gräns är, som den hänskjutande domstolen har angett, i detta syfte avsedd att förhindra att principen om fri konkurrens kringgås.

94. Sett till föremålet för upphandlingsförfarandet och den upphandlande myndigheten, säkerställer denna övre gräns att den privata delägaren är en operativ partner som bidrar till utförandet av de uppgifter som tilldelas en blivande enhet med blandat kapital genom att tillföra kapital och den nödvändiga kompetensen för att utföra dessa uppgifter och samtidigt ta på sig hela verksamhetsrisken för utförandet.

95. Den privata delägarens bidrag tycks vara en viktig aspekt vad beträffar det nationella målet och kraven på offentligt och privat ägande i upphandlingsdokumenten. Denna iakttagelse utgör, med hänsyn till att villkoren och kriterierna om ekonomisk och finansiell ställning och/eller teknisk och yrkesmässig kapacitet[44] ofrånkomligen är av individuell karaktär och i enlighet med domen Acoset,[45] ett indicium på att kraven på offentligt och privat ägande i upphandlingsdokumenten utgör de kvalitativa urvalskriterierna.

96. Det framgår vidare av begäran om förhandsavgörande att beräkningsmetoden, i vilken hänsyn tas till den upphandlande myndighetens indirekta ägarandel i denna delägares aktiekapital, fick till följd att anbudsgivarna uteslöts från det förfarande som inleddes efter anbudsinfordran på grund av att dessa krav inte var uppfyllda. De kvalitativa urvalskriterierna gör det enligt fast rättspraxis möjligt för den upphandlande myndigheten att endast acceptera anbud som lämnas in av ekonomiska aktörer vars kapacitet vittnar om att de har kapacitet att fullgöra det aktuella kontraktet.[46]

[43] Se ovan punkt 28.

[44] I artikel 38.1 andra meningen i direktiv 2014/23 anges följande: ”Villkoren för deltagande ska ha samband med och vara proportionerliga till behovet av att se till att koncessionshavaren har förmåga att utföra koncessionen, med hänsyn till föremålet för koncessionen och syftet att säkerställa verklig konkurrens.” I artikel 58.1 i direktiv 2014/24 anges bland annat, enligt samma tankegångar, att de upphandlande myndigheterna ska begränsa eventuella krav ”till sådana som är lämpliga för att se till att anbudssökanden eller anbudsgivaren har den rättsliga och finansiella förmåga samt att de besitter den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.”

[45] Se punkt 59 i domen Acoset, där det anges att ”… valet av den privata delägaren, om det sker med iakttagande av de kraven 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.” I den domen underströk domstolen vikten av kvalitativa urvalskriterier avseende förmågan att utföra en tjänst eller en koncession (se, för ett liknande resonemang, Brown, A., ”Selection of the Private participation in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)”, *Public Procurement Law Review*, vol. 2, 2010, s. 4), utan att för den skull bortse från de kvalitativa urvalskriterierna avseende förmågan att bli en privat delägare i det halvoffentliga bolag som skulle bildas.

[46] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 juli 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, punkt 62).

97. Krav avseende offentligt och privat ägande, såsom de aktuella i det nationella målet, tycks således inte avse anbuden (kriterier för kontraktstilldelning).[47] De tycks i stället utgöra kvalitativa urvalskriterier som en upphandlande myndighet använder sig av för att försäkra sig om att en privat delägare har den ekonomiska och finansiella ställning och/eller den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som gör att delägaren kan upprätthålla den fördelning mellan offentligt och privat kapital i det halvoffentliga bolaget som fastställts av den upphandlande myndighet, genom att bidra till detta bolags kapital och genom att bära hela verksamhetsrisken för nämnda bolags utförande av tjänsten.[48] Krav avseende offentligt och privat ägande i upphandlingsdokument, såsom de aktuella i det nationella målet, utgör således kriterier och villkor i den mening som avses i artikel 38.1 i direktiv 2014/23 eller, i förekommande fall, i den mening som avses i artikel 58.1 i direktiv 2014/24.

2. Omformulering av tolkningsfrågorna

98. Jag föreslår att tolkningsfrågorna omformuleras, med hänsyn till preciseringarna ovan avseende föremålet för tolkningsfrågorna,[49] de tillämpliga bestämmelser i det nationella målet[50] och kvalificeringen av de tillämpliga kraven på offentligt och privat ägande i detta mål,[51] så att det tydligare framgår vilka bestämmelser i unionsrätten som behöver tolkas för att den hänskjutande domstolen ska kunna få ett användbart svar.

99. Jag föreslår närmare bestämt att den hänskjutande domstolen ska anses ha ställt sina tolkningsfrågor, som jag föreslår ska bedömas tillsammans, för att få klarhet i huruvida artikel 30 och artikel 38.1 i direktiv 2014/23 eller, i förekommande fall, artikel 18 och artikel 58.1 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att de utgör hinder för att man, vid bestämningen av den ägarandel som en privat delägare och anbudsgivare kommer att ha i ett blivande halvoffentligt bolag, beaktar den upphandlande myndighetens indirekta ägarandel i den privata delägaren och anbudsgivaren, varvid denna delägare utesluts från anbudsförfarandet om följden av att detta indirekta ägande beaktas blir att den privata ägarandel som enligt upphandlingsdokumenten eftersträvas av den upphandlande myndigheten inte iakttas.

3. Bedömning

100. Kraven på offentligt och privat ägande i upphandlingsdokumenten utgör villkor och kriterier avseende ekonomisk och finansiell ställning och/eller teknisk och yrkesmässig kapacitet, och därför ska de ha samband med anbudsförfarandet och stå i proportion till detta.[52] Den upphandlande myndigheten ska i enlighet med artikel 30 i direktiv 2014/23 och artikel 18 i

47 Som man har påpekat i doktrinen är det, trots svårigheterna, viktigt att göra åtskillnad mellan kvalitativa urvalskriterier och tilldelningskriterier när det gäller ett offentlig-privat partnerskap. Andrecka, M. och Kania, M. ”Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice”, *Polish Review of International and European Law*, vol. 2, 2013, nr 1, s. 148.

48 Av detta skäl anser jag inte att domstolen i det nu aktuella fallet kan kvalificera de nu aktuella kraven på offentligt och privat ägande, vilka för övrigt fastställts i upphandlingsdokumenten, på samma sätt som i domen av den 19 maj 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punkterna 21 och 23), vilken rörde en nationell bestämmelse avsedd att stävja all potentiell samverkan mellan deltagare i samma förfarande för offentlig upphandling och att värna om likabehandlingen av anbudssökande och insynen i förfarandet, kan göras i det nu aktuella fallet i fråga om de nu aktuella kraven på offentligt och privat ägande som för övrigt fastställts i upphandlingsdokumenten.

49 Se ovan punkterna 35 och 36.

50 Se ovan punkt 70.

51 Se ovan punkt 97.

52 Se fotnot 44.

direktiv 2014/24 tillämpa dessa krav under iakttagande av principerna om likvärdighet och icke-diskriminering mellan anbudsgivare liksom av principerna om öppenhet och proportionalitet.

101. Det ska för det första prövas huruvida det finns ett samband mellan dessa krav och föremålet för anbudsförfarandet.

102. För att bli utvald ska en anbudsgivare i enlighet med tankegångarna bakom de krav som fastställts i upphandlingsdokumenten (51 procents ägarandel för staden Rom och 49 procent för den privata delägaren), vara en fristående enhet i förhållande till den upphandlande myndigheten. Om den upphandlande myndigheten hade en större ägarandel i det halvoffentliga bolaget genom att den kontrollerar denna anbudsgivare (även till följd av ett indirekt ägande), skulle den fördelning mellan offentligt och privat kapital i detta bolag som fastställts av den upphandlande myndigheten nämligen påverkas. En sådan situation skulle också kunna begränsa den privata partnerns roll och, som en följd av detta, det faktiska ianspråktagandet av anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning och/eller tekniska och yrkesmässiga kapacitet som skulle kunna hamna under de 49 procent som fastställts av den upphandlande myndigheten. Kraven har således samband med föremålet för anbudsförfarandet.

103. I och med att unionsrätten i allmänhet inte utgör hinder för att man använder sig av ett enda förfarande i samband med ett offentlig–privat partnerskap, [53] får kravet på ett samband mellan de kvalitativa urvalskriterierna och föremålet för anbudsförfarandet inte tolkas så, att det hindrar de upphandlande myndigheterna från att använda sig av denna form av samarbete (däribland den upphandlande myndighetens fastställande av fördelningen mellan offentligt och privat kapital i det halvoffentliga bolaget). Att medlemsstaternas kan använda sig av offentlig–privata partnerskap är nämligen en följd av deras frihet att välja genom vilken form av tillhandahållande av tjänster de upphandlande myndigheterna kan tillgodose sina behov. [54]

104. När det för det andra gäller frågan huruvida kraven på offentligt och privat ägande är proportionerliga, vill jag erinra om att dessa krav inte systematiskt utesluter alla anbudsgivare vars aktiekapital är av offentligt ursprung, åtminstone inte mot bakgrund av min tolkning av begäran om förhandsavgörande. [55] Däremot tycks dessa krav, med hänsyn till den ursprungliga formuleringen av den första tolkningsfrågan, avse alla former av indirekta ägarandelar som den upphandlande myndigheten kan ha i den privata delägaren.

105. En upphandlande myndighets indirekta ägarandel i en privat delägare kan emellertid ta sig olika uttryck. Vilken inverkan det har på denna privata delägares funktion beror vidare på delägarens organisatoriska struktur. Det kan alltså inte med säkerhet slås fast att allt indirekt ägande i den privata delägaren begränsar det faktiska ianspråktagandet av anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning och/eller den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten under de 49 procent som fastställts av den upphandlande myndigheten.

106. Det är följaktligen inte förenligt med proportionalitetsprincipen att beakta den upphandlande myndighetens alla indirekta ägarandelar i den privata delägaren, eftersom man då bortser från den omständigheten att ett sådant indirekt ägande inte nödvändigtvis begränsar det

[53] Se domen i målet Acoset (punkt 63).

[54] Se även skäl 5 i direktiv 2014/24 där det anges att ”ingenting i detta direktiv ålägger medlemsstaterna att använda underleverantörer eller lägga ut tillhandahållandet av tjänster som de själva önskar tillhandahålla på entreprenad eller organisera på annat sätt än genom offentliga kontrakt i den mening som avses i detta direktiv.”

[55] Se ovan punkt 38.

faktiska ianspråktagandet av den privata delägarens ekonomiska och finansiella ställning och/eller tekniska och yrkesmässiga kapacitet under de 49 procent som fastställts av den upphandlande myndigheten. Såvida det inte genom kontroller har kunnat fastställas att så är fallet, får den privata delägare som lämnat anbud inte automatiskt uteslutas från anbudsförfarandet på grund av detta indirekta ägande.

107. Det är inte uppenbart att den upphandlande myndigheten faktiskt har företagit sådana kontroller i det nu aktuella målet. En analys av kapitalstrukturen i de berörda enheter som anges i beslutet om uteslutning kan emellertid tyda på att så är fallet. Detta tycks vidare återspeglas i begäran om förhandsavgörande, i den del den hänskjutande domstolen har framhållit att ”med hänsyn till den materiella aspekten, det vill säga fördelningen av andelsinnehavet i [Roma Multiservizi] och i synnerhet den omständigheten att 51 procent av dess aktiekapital ägs av [AMA], som i sig är ett helägt bolag till staden Rom, … blir det [offentliga och privata] ägandet i det halvoffentliga bolag [som ska bildas] *faktiskt* 73,5 procent respektive [26,5 procent]”. Slutligen finns det inga uppgifter som tyder på att beslutsbefogenheter och verksamhetsrisker inte har fördelats i proportion till ägarandelarna. Den omständigheten att den upphandlande myndigheten är majoritetsägare i en privat delägare som lämnat anbud tycks således kunna begränsa det faktiska ianspråktagandet av denna privata delägares ekonomiska och finansiella ställning och/eller tekniska och yrkesmässiga kapacitet under de 49 procent som fastställts av den upphandlande myndigheten.

108. Jag anser följaktligen att artikel 30 och artikel 38.1 i direktiv 2014/23 eller, i förekommande fall, artikel 18 och artikel 58.1 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att dessa bestämmelser utgör hinder för att man, vid bestämningen av den ägarandel som en privat delägare och anbudsgivare kommer att ha i ett halvoffentligt bolag som ska bildas, beaktar den upphandlande myndighetens hela indirekta ägarandel i denna privata delägare och anbudsgivare, varvid denna delägare automatiskt utesluts från anbudsförfarandet om följden av att detta indirekta ägande beaktas blir att den privata ägarandel som enligt upphandlingsdokumenten eftersträvas av den upphandlande myndigheten inte iakttas.

109. Artikel 30 och artikel 38.1 i direktiv 2014/23 eller, i förekommande fall, artikel 18 och artikel 58.1 i direktiv 2014/24, utgör däremot inte hinder för att sådan hänsyn tas såvida det inte sker automatiskt. Bestämmelserna hindrar i synnerhet inte att hänsyn tas till ett indirekt ägande om det sker till följd av att den upphandlande myndigheten har kontrollerat att detta ägande består i att en annan enhet är majoritetsägare i en privat delägare som lämnat anbud, vilken enhet i sin tur är helägd av den upphandlande myndigheten, förutsatt att beslutsbefogenheter och risker har fördelats i proportion till ägarandelen med avseende på denna privata delägare som lämnat anbud och denna enhet.

110. I frågan om iakttagandet av proportionalitetsprincipen vill jag för fullständighetens skull påpeka att kommissionen tycks ha ifrågasatt att det var förenligt med proportionalitetsprincipen att utesluta anbudet från Rekeep och Roma Multiservizi, av det skälet att staden Rom borde ha berett dem möjlighet att i förekommande fall visa att dess indirekta ägarandel i Roma Multiservizi inte medförde någon risk för intressekonflikter. Huvudföremålet för kraven avseende offentliga och privata ägarandelar i upphandlingsdokumenten var inte att undanröja sådana risker. En intressekonflikt utgör vidare en grund för uteslutning enligt direktiven 2014/23 och 2014/24 vilken inte anges i begäran om förhandsavgörande. Den hänskjutande domstolen har inte heller åberopat vare sig artikel 35 i direktiv 2014/23 eller artikel 24 i direktiv 2014/24.

111. När det för det tredje gäller principerna om öppenhet och likabehandling, har Roma Multiservizi och Rekeep anfört i sina skriftliga yttranden att det inte angavs i upphandlingsdokumenten att den upphandlande myndighetens indirekta andel av en anbudsgivares kapital skulle beaktas.

112. Det anges inte i begäran om förhandsavgörande att denna uppgift saknades i upphandlingsdokumenten. Jag vill i detta sammanhang påpeka att staden Rom i sina svar på domstolens skriftliga frågor har angett att ett offentligt företag enligt lagstiftningsdekret nr 175, som tycks innehålla tillämpningsföreskrifter till direktiv 2014/23 och direktiv 2014/24, definieras som ett företag över vilket de upphandlande myndigheterna direkt eller indirekt kan utöva ett dominerande inflytande. Rekeep menar i sitt skriftliga yttrande att dekretet även föreskriver att ”den privata delägaren, om gällande bestämmelser tillåter att halvoffentliga bolag bildas för att förverkliga och driva en offentlig byggentreprenad eller för att organisera och driva en allmännyttig tjänst, ska väljas ut med hjälp av ett offentligt upphandlingsförfarande”. Genom en tolkning *e contrario* kan det således fastställas att en privat delägare i ett halvoffentligt bolag inte får ha ett dominerande inflytande, direkt eller indirekt, i förhållande till den upphandlande myndigheten. Ett indirekt andelsinnehav i en privat delägare som leder till ett dominerande inflytande kan emellertid inte jämställas med ett indirekt andelsinnehav i denna privata delägare.

113. Under alla omständigheter ankommer det enbart på de nationella domstolarna att vid behov pröva huruvida påståendena är välgrundade och relevanta i det aktuella skedet av det nationella målet.

114. Eftersom den hänskjutande domstolen har hänfört sig till artikel 30 i direktiv 2014/23 och artikel 18 i direktiv 2014/24, har den ändå behov av några användbara klargöranden vad beträffar en kontroll mot bakgrund av principerna i dessa bestämmelser.

115. Det framgår av fast rättspraxis att principerna om öppenhet och likabehandling, vilka styr samtliga förfaranden för offentlig upphandling, kräver att de materiella och formella villkoren rörande deltagande i en upphandling är klart definierade i förväg och offentliggörs, särskilt de skyldigheter som anbudsgivarna ska uppfylla så att de kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet och vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter. [56]

116. Vad beträffar regelverket i direktiv 2014/24 ska meddelanden om upphandling exempelvis som en allmän regel innehålla en förteckning över och en kortfattad beskrivning av kriterier för de ekonomiska aktörernas personliga ställning som kan medföra att de utesluts från förfarandet. [57]

117. I förlängningen av detta resonemang ska likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet tolkas så, att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och av dessa dokument samt av en mekanism som består i att nationella myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument. [58]

118. I och med att en upphandlande myndighets indirekta ägande i en privat delägare kan ta olika former och dess inverkan på denna privata delägares funktion beror på dess organisatoriska struktur, anser jag inte att det är självklart att alla former av indirekt ägande från den

[56] Se dom av den 17 maj 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

[57] Se artikel 49 och bilaga V, del C, punkt 11 c i direktiv 2014/24.

[58] Dom av den 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 51).

upphandlande myndighetens sida automatiskt ska leda till att en anbudsgivare utesluts på grund av att kraven på offentligt och privat ägande inte är uppfyllda. En sådan tolkning av den nationella lagstiftningen eller av upphandlingsdokumenten framstår inte som tillräckligt uppenbar.

119. Jag vidhåller min ståndpunkt ovan i punkt 108 angående iakttagandet av proportionalitetsprincipen, utan att det påverkar giltigheten av ovan angivna kompletterande anmärkningar om iakttagandet av principerna om öppenhet och likabehandling.

VI. Förslag till avgörande

120. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska svara Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) på följande sätt:

Artikel 30 och artikel 38.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner eller, i förekommande fall, artikel 18 och artikel 58.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas så, att dessa bestämmelser utgör hinder för att man, vid bestämningen av den ägarandel som en privat delägare och anbudsgivare kommer att ha i ett halvoffentligt bolag som ska bildas, beaktar den upphandlande myndighetens hela indirekta ägarandel i denna privata delägare och anbudsgivare, varvid denna delägare automatiskt utesluts från anbudsförfarandet om följden av att detta indirekta ägande beaktas blir att den privata ägarandel som enligt upphandlingsdokumenten eftersträvas av den upphandlande myndigheten inte iakttas.

Artikel 30 och artikel 38.1 i direktiv 2014/23 eller, i förekommande fall, artikel 18 och artikel 58.1 i direktiv 2014/24, utgör däremot inte hinder för att sådan hänsyn tas om det inte sker automatiskt. Bestämmelserna hindrar i synnerhet inte att hänsyn tas till ett indirekt ägande om det sker till följd av att den upphandlande myndigheten har kontrollerat att detta ägande består i att en annan enhet är majoritetsägare i en privat delägare som lämnat anbud, vilken enhet i sin tur i sin helhet ägs av den upphandlande myndigheten, förutsatt att beslutsbefogenheter och risker har fördelats i proportion till ägarandelen med avseende på denna privata delägare som lämnat anbud och denna enhet.