Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 24. februar 2022 [1]

Sag C-332/20

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – koncessionskontrakter – overdragelse af den integrerede skoleservice til et halvoffentligt selskab – udpegelse af den private selskabsdeltager gennem en udbudsprocedure – betingelse om, at den private selskabsdeltager ejer en andel af det halvoffentlige selskabs kapital på mindst 30% – den ordregivende myndigheds indirekte deltagelse i den private selskabsdeltagers kapital«

I. Indledning

1. Den foreliggende præjudicielle forelæggelse giver Domstolen lejlighed til at præcisere sin praksis vedrørende forståelse af det institutionelle offentlig-private partnerskab (IOPP) i EU-retten, som de ordregivende myndigheder til tider indgår i stedet for offentlige kontrakter eller »traditionelle« koncessionskontrakter.

2. Selv om der ikke findes en bindende bestemmelse i EU-retten, der udtrykkeligt regulerer IOPP'er [2], defineres et sådant IOPP ikke desto mindre af Europa-Kommissionen som en form for samarbejde mellem offentlige og private partnere, der opretter en enhed med deltagelse af både offentlig og privat kapital, som skal udføre offentlige kontrakter eller koncessioner [3] og er omfattet af Domstolens praksis. Ifølge Domstolen er EU-retten navnlig i almindelighed ikke til

[1] – Originalsprog: fransk.

[2] – Med hensyn til de forskellige former for offentlig-private partnerskaber, bl.a. IOPP, i henseende til EU-retten, jf. C.H. Bovis, »Chapter 18: Public service partnerships«, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, redigeret af C.H. Bovis, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2016, s. 554 ff.

[3] – Jf. grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner, KOM(2004) 327 endelig udg., punkt 54.

hinder for iværksættelse af en procedure i forbindelse med et IOPP, hvorved der dels udvælges en privat partner, dels tildeles en kontrakt eller koncession til en offentlig-privat enhed, som skal oprettes [4].

3. Det forekommer at være fraværet af EU-retlige bestemmelser om IOPP'er, der er årsagen til den forelæggende rets spørgsmål, hvilket vil blive afspejlet i strukturen og indholdet af dette forslag til afgørelse. I henseende til EU-retten er den retlige problemstilling, der rejses i den foreliggende sag, hverken klart defineret eller sat præcist ind i en sammenhæng.

4. Efter en nøje undersøgelse af den foreliggende præjudicielle forelæggelse kan jeg konkludere, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om den måde, hvorpå den ordregivende myndighed har beregnet den private deltagelse i den offentlig-private enhed, der skulle oprettes, for derefter at udelukke en tilbudsgiver fra udbudsproceduren, er forenelig med direktiv 2014/23/EU [5] og/eller 2014/24/EU [6].

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2014/23

5. Artikel 3 i direktiv 2014/23 bestemmer:

»1. De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Koncessionstildelingsproceduren, herunder den anslåede værdi, udformes ikke med det formål at udelukke denne fra direktivets anvendelsesområde eller uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller visse bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller stille dem mindre gunstigt.

2. De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder sigter mod at sikre gennemsigtighed i forbindelse med tildelingsproceduren og opfyldelsen af kontrakten samtidig med, at artikel 28 overholdes.«

6. Dette direktivs artikel 30, stk. 1 og 2, fastsætter:

»1. Den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed kan frit organisere den procedure, der fører til valget af koncessionshaver, med forbehold af overholdelse af dette direktiv.

2. Udformningen af koncessionstildelingsproceduren skal være i overensstemmelse med principperne i artikel 3. Navnlig må den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed under koncessionstildelingsproceduren ikke forelægge oplysninger på en måde, der er udtryk for forskelsbehandling, og som kan stille nogle ansøgere eller tilbudsgivere bedre end andre.«

[4] – Jf. navnlig dom af 15.10.2009, Acoset (C-196/08, herefter »Acoset-dommen«, EU:C:2009:628).

[5] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1).

[6] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

7. Dette direktivs artikel 38, stk. 1, bestemmer:

»De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder kontrollerer betingelserne for deltagelse vedrørende ansøgernes eller tilbudsgivernes faglige og tekniske formåen samt finansielle og økonomiske situation på grundlag af egenerklæringer, reference eller referencer, der skal fremlægges som bevis i overensstemmelse med kravene i koncessionsbekendtgørelsen, som skal være ikkediskriminerende og stå i et rimeligt forhold til genstanden for koncessionen. Betingelserne for deltagelse skal være relaterede og stå i et rimeligt forhold til behovet for at sikre, at koncessionshaveren er i stand til at gennemføre koncessionen under hensyntagen til genstanden for koncessionen og målet om at sikre en reel konkurrence.«

2. Direktiv 2014/24

8. Artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24 bestemmer:

»De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.«

9. Dette direktivs artikel 58, stk. 1, fastsætter:

»Udvælgelseskriterier kan omhandle

a) egnethed til at udøve det pågældende erhverv

b) økonomisk og finansiel formåen

c) teknisk og faglig formåen.

De ordregivende myndigheder må kun pålægge økonomiske aktører de kriterier, der henvises til i stk. 2, 3 og 4, som krav for deltagelse. De begrænser kravene for deltagelse til de krav, der er relevante for at sikre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har juridisk og finansiel kapacitet samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt. Alle krav skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand.«

B. Italiensk ret

10. I italiensk ret reguleres offentlig-private selskaber af decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (lovdekret nr. 175 om konsoliderede bestemmelser vedrørende selskaber med offentlig deltagelse) af 19. august 2016[7] i den affattelse, der finder anvendelse på tvisterne i hovedsagen (herefter »lovdekret nr. 175«).

[7] – GURI nr. 210 af 8.9.2016, s. 1.

11. Formålet med lovdekret nr. 175 er ifølge dets artikel 1 at sikre en effektiv forvaltning af den offentlige deltagelse, at beskytte og fremme konkurrencen og markedet samt at rationalisere og reducere de offentlige udgifter. Dette lovdekret fastsætter, at den offentlige myndighed kan vælge at forvalte de pågældende i artikel 4 omhandlede aktiviteter internt gennem et selskab, som myndigheden ejer 100%, eller ved at oprette et halvoffentligt selskab, og regulerer sidstnævnte mulighed i detaljer, således at det er foreneligt med EU-retten.

12. For så vidt angår sidstnævnte mulighed præciseres følgende i artikel 17, stk. 1, i lovdekret nr. 175:

»I halvoffentlige selskaber må den private partners kapitalandel ikke være under 30%, og udvælgelsen af denne partner finder sted gennem en udbudsprocedure i henhold til artikel 5, stk. 9, i lovdekret nr. 50 fra 2016[8], der på samme tid vedrører dels den private partners tegning eller erhvervelse af kapitalandelen, dels tildelingen af den offentlige kontrakt eller koncessionskontrakt, som udgør det halvoffentlige selskabs eneste selskabsformål.«

III. De faktiske omstændigheder i hovedsagen

13. Roms kommune, som betegnes Roma Capitale, indledte i 2018 en udbudsprocedure med det formål for det første at udvælge en privat partner med henblik på sammen med denne at stifte et selskab med deltagelse af både offentlig og privat kapital (herefter »det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes«) og for det andet at tildele dette selskab en kontrakt til en anslået værdi af 277 479 616,21 EUR for varetagelsen af den integrerede skoleservice, som henhører under Roma Capitales ansvarsområde. Ifølge udbudsdokumenterne skulle Roma Capitale eje 51% af det nævnte selskabs kapital, mens den resterende kapitalandel på 49% skulle erhverves af den private partner, der skulle bære hele driftsrisikoen.

14. Der indkom et tilbud fra sammenslutningen af selskaberne Roma Multiservizi SpA og Rekeep SpA.

15. Ved afgørelse nr. 435 af 1. marts 2019 (herefter »udelukkelsesafgørelsen«) blev denne sammenslutning udelukket fra den igangværende procedure med den begrundelse, at en andel på 51% af Roma Multiservizis selskabskapital var ejet af selskabet AMA SpA, som igen var 100% ejet af Roma Capitale, og at accepten af den nævnte sammenslutnings tilbud ville føre til, at Roma Capitale de facto ville eje 73,5% af kapitalen i det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes[9], og dermed overskride den tærskel på 51%, der var fastsat i udbudsdokumenterne.

8 – Decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE 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 (lovdekret nr. 50 om gennemførelsesbestemmelser til direktiv 2014/23/EU om tildeling af koncessionskontrakter, til direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud og til direktiv 2014/25/EU om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester samt om omorganisering af de gældende bestemmelser vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter) af 18.4.2016 (almindeligt supplement til GURI nr. 91 af 19.4.2016).

9 – Det fremgik nemlig allerede af udbudsdokumenterne, at der skulle foreligge en reel kapitalandel på 51%. Ifølge disse dokumenter skulle Roma Capitale eje 51% af kapitalen i det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes. Hvad angår resten (73,5% – 51% = 22,5%) kunne en reel deltagelse på 22,5% i dette selskab tilskrives det forhold, at Roma Multiservizis deltagelse i sammenslutningen med Rekeep var på ca. 90%. Følgelig resulterer den andel på 51% af Roma Multiservizis selskabskapital, der var ejet af AMA – som igen var 100% ejet af Roma Capitale – i en reel deltagelse for Roma Capitale på 22,5% af det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes (22,5% = 49% × 90% × 51%). I deres skriftlige indlæg har Rekeep og Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) nemlig anført, at det for det første var bestemt, at denne sammenslutning skulle være 10% ejet af Rekeep i egenskab af fuldmagtsgiver og 90% ejet af Roma Multiservizi i egenskab af hovedfuldmagtshaver, og for det andet, at disse selskaber forholdsmæssigt i forhold til deres deltagelse i denne sammenslutning skulle indskyde kapital sammen med Roma Capitale i det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes.

16. Rekeep og Roma Multiservizi anfægtede hver for sig denne afgørelse for Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien), som ikke gav de nævnte selskaber medhold ved to afgørelser af 18. juni 2019.

17. Rekeep og Roma Multiservizi har iværksat appel ved den forelæggende ret til prøvelse af disse to afgørelser.

18. Det fremgår af disse parters bemærkninger, at Roma Capitale, mens deres appelsager verserer, ved et udbud med forhandling har tildelt CNS leveringen af den omtvistede tjenesteydelse.

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen og de præjudicielle spørgsmål

19. På denne baggrund har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) ved afgørelse af 13. februar 2020, indgået til Domstolen den 22. juli 2020, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Er det foreneligt med [EU]-retten og den korrekte fortolkning af 14. og 32. betragtning til samt artikel 12 og 18 i direktiv 2014/24 og artikel 30 i direktiv 2014/23, herunder med henvisning til artikel 107 TEUF, at der i forbindelse med fastlæggelse af, at den private partners kapitalandel i et halvoffentligt selskab, som skal stiftes, overholder den minimumsgrænse på 30%, som den nationale lovgiver anser for at være hensigtsmæssig ved gennemførelse af de [EU]-retlige principper, der er fastsat i Domstolens praksis, udelukkende skal tages hensyn til denne partners formelle/dokumenterede kapitalstruktur, eller kan – eller snarere skal – den ordregivende myndighed tage hensyn til sin indirekte deltagelse i den tilbudsgivende private partner?

2) Såfremt det foregående spørgsmål besvares bekræftende, er det da kohærent og foreneligt med de [EU]-retlige principper, navnlig konkurrenceprincippet, proportionalitetsprincippet og hensigtsmæssighedsprincippet, at den ordregivende myndighed fra udbudsproceduren kan udelukke en tilbudsgivende privat partner, hvis reelle kapitalandel i det halvoffentlige selskab, som skal stiftes, som følge af den konstaterede direkte eller indirekte offentlige deltagelse de facto er under 30%?«

20. Parterne i hovedsagen og CNS samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Der er ikke blevet afholdt retsmøde.

V. Bedømmelse

A. Genstanden for de præjudicielle spørgsmål

21. Læsningen af anmodningen om præjudiciel afgørelse viser, at den forelæggende ret, henset til omstændighederne i hovedsagen, har taget hensyn til to betingelser for så vidt angår den offentlige og den private deltagelse i det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes.

22. Den første betingelse vedrører den i artikel 17, stk. 1, i lovdekret nr. 175 fastsatte minimumsgrænse på 30% for den private partners kapitalandel i en offentlig-privat enhed, som skal oprettes. Denne minimumsgrænse for den private deltagelse modsvarer logisk en maksimumsgrænse for den offentlige deltagelse på 70%.

23. Den anden betingelse er den, der i den foreliggende sag er fastsat i udbuddet af den ordregivende myndighed selv, nemlig den private partners andel på 49% og den ordregivende myndigheds andel på 51%.

24. De to præjudicielle spørgsmål som formuleret af den forelæggende ret henviser kun til minimumsgrænsen på 30% for den private partners kapitalandel i et halvoffentligt selskab. Jeg må i denne forbindelse påpege, at den forelæggende ret ikke ønsker oplyst, om denne grænse er gyldig i henhold til EU-retten. Formuleringen af disse spørgsmål giver anledning til at tro, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om EU-retten er til hinder for, at der med henblik på at fastsætte en sådan minimumsgrænse på 30% for den private partners kapitalandel tages hensyn til den ordregivende myndigheds indirekte andel af denne private partners selskabskapital.

25. Begrundelsen for anmodningen om præjudiciel afgørelse er imidlertid ikke lige så entydig for så vidt angår genstanden for de præjudicielle spørgsmål.

26. Dels har den forelæggende ret i tråd med formuleringen af de præjudicielle spørgsmål nemlig anført, at det for at afgøre hovedsagen »er nødvendigt at afklare, hvorvidt der hvad angår overholdelsen af grænserne for ejerskabet af det halvoffentlige selskab, som skal stiftes (en offentligt ejet andel på ikke over 70% og en privatejet andel på ikke under 30%), udelukkende skal tages hensyn til den private partners retlige karakter, eller hvorvidt der også skal tages hensyn til en eventuel, offentligt ejet kapitalandel heri«.

27. Dels har den forelæggende ret desuden anført, at lovligheden af grænserne for den offentlige kapitalandel (51%) og den private kapitalandel (49%) ikke er blevet bestridt i tvisten i hovedsagen. Den forelæggende ret er følgelig af den opfattelse, at »denne tvist vedrører lovligheden af den afgørelse, der blev truffet af den ordregivende myndighed, som med henblik på undersøgelsen af overholdelsen af grænsen på 51% for sin kapitalandel i det nye selskab, som skulle stiftes, vurderede, at den også skulle tage hensyn til sin [indirekte deltagelse i dette selskab]«.

28. Da genstanden for de præjudicielle spørgsmål er tvetydig, må jeg for det første påpege, at den forelæggende ret har anført, at udbuddets lex specialis, hvis bestemmelser er »effektive« i hovedsagen, præcist fastsætter den offentlige og den private andel af selskabskapitalen til henholdsvis 51% og 49%[10]. I forbindelse med tvisten i hovedsagen, der vedrører udelukkelsesafgørelsen, synes den forelæggende ret derfor primært at være i tvivl om de i udbudsdokumenterne fastsatte betingelser om den offentlige og den private deltagelse.

29. For det andet har parterne som svar på spørgsmålet om, hvorvidt udelukkelsesafgørelsen formelt var begrundet i en tilsidesættelse af artikel 17, stk. 1, i lovdekret nr. 175 eller i den manglende opfyldelse af den betingelse om kapitalfordeling, der er fastsat i udbudsdokumenterne, hovedsagelig henvist til sidstnævnte mulighed.

30. Roma Multiservizi har kategorisk svaret, at udelukkelsesafgørelsen var begrundet i den angivelige manglende overholdelse af den i udbudsdokumenterne fastsatte fordeling af selskabskapitalen.

[10] – Ifølge oplysningerne i anmodningen om præjudiciel afgørelse har Roma Multiservizi og Rekeep ligeledes anfægtet udelukkelsesafgørelsen under henvisning til navnlig tilsidesættelsen, den forkerte anvendelse og den uacceptable formålsfortolkning af det, som disse parter opfattede som en lex specialis.

31. Roma Capitale anførte først, at sammenslutningens tilbud, der var genstand for udelukkelsesafgørelsen, indeholdt to uregelmæssigheder i forbindelse med de to betingelser om den offentlige og den private kapitalandel. Denne part gengav imidlertid dernæst begrundelsen for udelukkelsen af denne sammenslutning, hvoraf det fremgår, at denne udelukkelse var baseret på den betragtning, at »den risikokapitalandel, der kunne tilskrives private investeringer i det halvoffentlige selskab, som skulle stiftes, var mindre end 49%, hvorfor det var åbenbart, at betingelserne i udbudsdokumenterne og i de af byrådet godkendte akter ikke var overholdt«.

32. I tråd med Roma Capitales svar har Rekeep anført, at der i begrundelsen for udelukkelsesafgørelsen alene henvistes til den manglende overholdelse af den i udbudsdokumenterne fastsatte kapitalfordeling, og tilføjet, at lovdekret nr. 175 var nævnt i de indledende bemærkninger til denne afgørelse.

33. Kommissionens svar synes implicit at gå i samme retning. Denne institution er af den opfattelse, at det er indlysende, at fastsættelsen af den private andel til 49% – og den deraf følgende udelukkelse – alene er baseret på den grænse, der er fastsat i artikel 17 i lovdekret nr. 175. Jeg udleder heraf, at udelukkelsen ifølge Kommissionen *følger* direkte *af* den manglende overholdelse af betingelsen om den private kapitalandel, der i udbudsdokumenterne er fastsat til 49%.

34. Kun CNS har den opfattelse, at udelukkelsesafgørelsen både var baseret på en tilsidesættelse af artikel 17, stk. 1, i lovdekret nr. 175 og på en manglende overholdelse af den betingelse om kapitalfordeling, der er fastsat i udbudsdokumenterne. De passager af denne afgørelse, som CNS har gengivet, vedrører imidlertid alene de betingelser om offentlig og privat deltagelse, der er fastsat i udbuddet.

35. I lyset af disse præciseringer må det antages, at den forelæggende ret med det første præjudicielle spørgsmål ønsker oplyst, om EU-retten er til hinder for, at der med henblik på at bestemme den private kapitalandel i det halvoffentlige selskab, der skal stiftes, tages hensyn til den ordregivende myndigheds indirekte andel af en tilbudsgivende privat partners selskabskapital.

36. Det andet præjudicielle spørgsmål skal følgelig forstås således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om EU-retten er til hinder for, at en ordregivende myndighed udelukker en tilbudsgivende privat partner fra udbuddet, hvis dennes reelle kapitalandel i en offentlig-privat enhed, der skal oprettes, ikke opfylder den betingelse om minimumsgrænse for privat deltagelse, der er fastsat i udbudsdokumenterne.

37. De således omformulerede præjudicielle spørgsmål kræver dog nogle supplerende bemærkninger.

38. Først og fremmest indebærer den oprindelige affattelse af det første spørgsmål, at den forelæggende ret ønsker afklaret, om EU-retten er til hinder for, at en ordregivende myndighed ikke tager hensyn til en hvilken som helst kapitalandel af den tilbudsgivende private partner, der ejes af det offentlige, men alene til »sin egen deltagelse« i dennes selskabskapital (»[den ordregivende myndighed] kan – eller snarere skal – tage hensyn til sin indirekte deltagelse i den […] private partner«). Flere passager i anmodningen om præjudiciel afgørelse underbygger denne

fortolkning af ikke blot de i udbuddet fastsatte betingelser om offentlig og privat deltagelse [11], men tillige, og endnu vigtigere i forbindelse med hovedsagen, af udelukkelsesafgørelsen [12].

39. Det følger endvidere af affattelsen af det første præjudicielle spørgsmål, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om den ordregivende myndighed »kan – eller snarere skal –« tage hensyn til en sådan indirekte deltagelse. Det er imidlertid ubestridt, at den ordregivende myndighed i hovedsagen har taget hensyn til sin indirekte deltagelse. Med henblik på prøvelse af udelukkelsesafgørelsen er det tilstrækkeligt at fastlægge, om EU-retten er til hinder for en sådan hensyntagen.

40. Den forelæggende har desuden anført, at det andet præjudicielle spørgsmål ønskes besvaret, såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende. I den oprindelige affattelse indeholder det første spørgsmål imidlertid to muligheder (»Er det foreneligt med [EU]-retten […], at der […] udelukkende skal tages hensyn til [den direkte deltagelse], eller kan – eller snarere skal – den ordregivende myndighed tage hensyn til [den] indirekte deltagelse i den tilbudsgivende private partner?«). Under alle omstændigheder må det antages, at det andet spørgsmål opstår, såfremt det første spørgsmål besvares således, at EU-retten ikke er til hinder for, at der tages hensyn til den ordregivende myndigheds indirekte deltagelse i den tilbudsgivende private partners selskabskapital.

41. For at svare den forelæggende ret fyldestgørende skal den retlige ordning, der finder anvendelse i hovedsagen, og de bestemmelser heri, som det er nødvendigt at fortolke med henblik på at løse den tvist, der verserer for denne ret, identificeres. Det er nemlig ikke alle de bestemmelser, som den forelæggende ret har nævnt i sin præjudicielle forelæggelse, der forekommer relevante. Visse af parterne har derfor også rejst tvivl om, hvorvidt de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

B. Formaliteten med hensyn til de præjudicielle spørgsmål og spørgsmålet om den retlige ordning, der finder anvendelse

42. Den forelæggende ret har i sit første spørgsmål henvist til flere EU-retlige bestemmelser uden udtrykkeligt at præcisere, hvorfor den nærer tvivl om fortolkningen heraf. I det andet spørgsmål henvises blot til de retlige principper, navnlig princippet om fri konkurrence, proportionalitetsprincippet og hensigtsmæssighedsprincippet, og ikke til retlige bestemmelser.

43. I denne henseende er det Kommissionens opfattelse, at det første præjudicielle spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som det vedrører artikel 107 TEUF, mens CNS har sået tvivl om formaliteten med hensyn til anmodningen om præjudiciel afgørelse som helhed [13]. Jeg vil behandle disse formalitetsindsigelser i forbindelse med min undersøgelse af anmodningen om præjudiciel afgørelse, som jeg foretager for at identificere de for den foreliggende sag relevante EU-retlige bestemmelser.

[11] – Den forelæggende ret har bl.a. anført, at den ordregivende myndighed »fastsatte Roma Capitales kapitalandel til 51% og den private partners til 49%«, og at denne ordregivende myndighed iværksatte et udbud, »idet Roma Capitales andel blev fastsat til 51%«.

[12] – Den forelæggende ret har bl.a. anført, at »Roma Capitale [ville] ende med reelt at eje en kapitalandel på 73,5% i det halvoffentlige selskab, hvorved denne kapitalandel således ville overskride den i udbudsbekendtgørelsen fastsatte grænse på 51%«, og at »Roma Capitales andel af det halvoffentlige selskab[, der skulle stiftes], ville overskride den fastsatte grænse på 51%«.

[13] – Ifølge CNS har den forelæggende ret blot anmodet om en kontrol af den nationale rets forenelighed med EU-rettens almindelige grundsætninger uden konkret at udpege de specifikke bestemmelser, i henseende til hvilke denne forenelighed skulle undersøges. CNS har anført, at det forhold, at der i EU-retten ikke findes specifikke bestemmelser om de forskellige former for offentlig-private partnerskaber, godtgør det præjudicielle spørgsmåls manglende relevans.

1. Direktiv 2014/23 og 2014/24

44. Det første præjudicielle spørgsmål i den forelæggende rets affattelse henviser til såvel direktiv 2014/23 som direktiv 2014/24. Disse direktiver fastsætter regler for henholdsvis koncessionstildelingsprocedurer og udbudsprocedurer.

45. For at identificere det direktiv, der finder anvendelse på den foreliggende sag, er det nødvendigt at undersøge formålet med udbuddet og den kontrakt, som den ordregivende myndighed agtede at indgå efter iværksættelsen af dette udbud.

46. Det i hovedsagen omhandlede udbud har to formål, hvorfor det kan antages, at den kontrakt, der skulle indgås, bestod af to dele, hvoraf den første vedrørte udvælgelsen af en privat partner til det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes, og den anden tildelingen af den integrerede skoleservice til dette selskab.

47. Kan den første del påvirke anvendeligheden af direktiv 2014/23 eller direktiv 2014/24 for så vidt angår de to dele af den i hovedsagen omhandlede kontrakt? Retspraksis indeholder nyttige holdepunkter med henblik på at besvare dette spørgsmål.

a) Relevant retspraksis

48. I den sag, der gav anledning til dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl. [14], fik Domstolen forelagt et analogt spørgsmål. Den pågældende præjudicielle forelæggelse vedrørte en kontrakt indeholdende tre aftaler: en aftale om salg af 49% af aktierne i en offentlig virksomhed med henblik på dens privatisering, en aftale, hvorefter erhververen overtog driften af kasinoet mod betaling, og en aftale om, at erhververen forpligtede sig til at gennemføre en plan for forbedring af kasinoets lokaler.

49. For at afgøre dette spørgsmål undersøgte Domstolen, efter at den havde bekræftet, at det var med rette, at den forelæggende ret havde kvalificeret kontrakten som en »blandet kontrakt« [15], om den pågældende kontrakt udgjorde en udelelig helhed, og i givet fald om den samlet set på grund af sit hovedformål henhørte under anvendelsesområdet for et af de omhandlede direktiver [16]. Domstolen henviste i den forbindelse til den retspraksis, hvorefter »[den omhandlede operation] i tilfælde af en blandet kontrakt, hvor de forskellige dele […] er uadskilleligt forbundne og således udgør en udelelig helhed, skal […] undersøges samlet i sin helhed med henblik på den retlige kvalifikation og skal vurderes på grundlag af de bestemmelser, der regulerer den del, som udgør hovedformålet eller det fremherskende element i kontrakten« [17].

50. Med hensyn til denne retspraksis bemærkede Domstolen for det første, at det drejede sig om en blandet kontrakt, der udgjorde en udelelig helhed, for så vidt som det var nødvendigt at indgå denne kontrakt med en enkelt medkontrahent, som var i besiddelse både af den nødvendige økonomiske kapacitet til at købe de omhandlede aktier og af en professionel erfaring på området for kasinodrift. For det andet fandt Domstolen, at salget af 49% af aktierne i en offentlig virksomhed udgjorde hovedformålet med den omhandlede kontrakt [18]. Dette sluttede Domstolen

[14] – Dom af 6.5.2010 (C-145/08 og C-149/08) (herefter »dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl.«, EU:C:2010:247).

[15] – Dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl., præmis 46.

[16] – Dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl., præmis 50.

[17] – Dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl., præmis 48 og den deri nævnte retspraksis.

[18] – Dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl., præmis 57.

af det forhold, at salget af aktierne faktisk udgjorde en privatiseringstransaktion med tidsubegrænsede virkninger, hvilket satte erhververen i stand til som aktionær at opnå en langt højere indtægt end den betaling, som erhververen skulle modtage for at levere tjenesteydelser [19].

51. I dommen i sagen Mehiläinen og Terveystalo Healthcare [20] undersøgte Domstolen på grundlag af samme retspraksis [21] en ordning, hvorefter der blev indgået en kontrakt mellem en ordregivende myndighed og en privat virksomhed, der var uafhængig af den ordregivende myndighed, om stiftelse af en fælles virksomhed i aktieselskabsform, hos hvilken denne ordregivende myndighed ved denne stiftelse forpligtede sig til i en overgangsperiode på fire år at købe de tjenesteydelser på området for sundhed og trivsel på arbejdspladsen, som det påhvilede den at yde til sine medarbejdere.

52. I Healthcare-dommen såvel som i dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl. bekræftede Domstolen, at den pågældende ordning udgjorde en blandet kontrakt. Domstolen fandt imidlertid, at denne ordning ikke bestod af uadskillelige dele, for så vidt som det ikke var objektivt nødvendigt at indgå den blandede kontrakt med en enkelt medkontrahent. Domstolen var navnlig af den opfattelse, at muligheden for udskillelse af tjenesteydelsesdelen fra resten af den blandede kontrakt blev bekræftet af den omstændighed, at den ordregivende myndighed dels havde givet udtryk for sin hensigt om efter overgangsperioden at indlede en udbudsprocedure med henblik på erhvervelse af sådanne tjenesteydelser, dels at der faktisk var oprettet en fælles virksomhed, der havde fungeret uden tjenesteydelsesdelen [22].

53. I Acoset-dommen, der omhandlede en direkte overdragelse til et halvoffentligt selskab af en kontrakt vedrørende en lokal, offentlig tjeneste om samlet vandforsyning, berørte Domstolen end ikke spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede kontrakt udgjorde en blandet kontrakt, hvor de forskellige dele er uadskilleligt forbundne og således udgør en udelelig helhed. For at fastslå, om denne overdragelse faldt ind under et af de omhandlede direktiver, koncentrerede Domstolen sig om den lokale, offentlige tjeneste om samlet vandforsyning samt de med udførelsen af denne tjeneste forbundne arbejder.

54. Acoset-dommen kan imidlertid ikke fortolkes således, at der i forbindelse med en kontrakt i flere dele, hvoraf den ene vedrører stiftelsen af et halvoffentligt selskab, bør ses bort fra denne del og kun foretages en undersøgelse af de øvrige dele. En sådan fortolkning ville være i strid med den retspraksis siden denne dom, som jeg har omtalt i de foregående punkter i dette forslag til afgørelse.

55. Acoset-dommen bør derfor forstås således, at Domstolen implicit fandt, at der for det første var tale om en blandet kontrakt, hvor de forskellige dele udgjorde en udelelig helhed, og for det andet, at den del, der vedrørte den lokale, offentlige tjeneste, var kontraktens hovedformål.

56. Det følger heraf, at en kontrakt, der indgås i forbindelse med en procedure, som en ordregivende myndighed iværksætter med henblik på udvælgelse af en privat partner til et halvoffentligt selskab og tildeling af en kontrakt eller koncession til dette selskab, er en blandet

19 – Dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl., præmis 55 og 57.

20 – Dom af 22.12.2010 (C-215/09, EU:C:2010:807) (herefter »Healthcare-dommen«).

21 – Healthcare-dommen, præmis 36.

22 – Healthcare-dommen, præmis 43 og 44.

kontrakt bestående af to dele [23]. Hvad endvidere angår en sådan blandet kontrakt bør det for det første fastslås, om kontraktens forskellige dele er uadskilleligt forbundne og således udgør en udelelig helhed, for det andet, hvad hovedformålet eller det fremherskende element i kontrakten er, og for det tredje, hvilken ordning der finder anvendelse på den nævnte kontrakt, henset til dette hovedformål eller dette fremherskende element [24].

b) Praktisk gennemførelse

1) Blandet kontrakt: uadskillelige dele?

57. Efter min opfattelse er de to dele af den i hovedsagen omhandlede kontrakt uadskillelige i lighed med det, der var tilfældet i de sager, der gav anledning til dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl. og Ascot-dommen.

58. Det er nemlig objektivt nødvendigt for at varetage den integrerede skoleservice gennem et halvoffentligt selskab bestående af den ordregivende myndighed og en privat partner at udvælge en partner, der har den nødvendige økonomiske kapacitet til at erhverve 49% af det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes, og som opfylder andre betingelser, der sætter den pågældende partner i stand til i form af et halvoffentligt selskab at påtage sig leveringen af den integrerede skoleservice og samtidig bære hele driftsrisikoen. Kontraktens to dele skal derfor omfatte den samme partner, selv om den første del teknisk set vedrører udvælgelsen af en privat partner, og den anden del overdragelsen af den integrerede skoleservice til et halvoffentligt selskab, hvori denne partner ejer 49% af aktierne [25].

[23] – Visse af parterne synes at rejse tvivl om kvalificeringen af en kontrakt, hvor en af delene vedrører udvælgelsen af en privat partner til en offentlig-privat enhed, der skal oprettes, som en »blandet kontrakt«. Selv om Domstolen ikke anvendte begrebet »blandet kontrakt« i Acoset-dommen, gjorde den det imidlertid i dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl. og i Healthcare-dommen. Selv hvis det i øvrigt antages, at direktiv 2014/24 finder anvendelse på den foreliggende sag, og at den i hovedsagen omhandlede kontrakt ikke falder ind under begrebet »blandet kontrakt« som omhandlet i dette direktivs artikel 3, for så vidt som udvælgelsen af en privat partner til stiftelsen af et halvoffentligt selskab ikke vedrører en kontrakt (jf. fodnote 24), kan denne kontrakt imidlertid henhøre under den bredere kategori af blandede kontrakter, som Domstolen synes at have henvist til i dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl. og i Healthcare-dommen.

[24] – Uafhængigt af den løsning, som Domstolen har uddraget i sin retspraksis, kan man, såfremt det antages, at direktiv 2014/24 finder anvendelse i hovedsagen, umiddelbart nå til samme resultat på grundlag af dette direktivs artikel 3, stk. 6, som fastsætter, at »[h]vis de forskellige dele af en given kontrakt objektivt ikke kan adskilles, afgøres det, hvilken retlig ordning der skal anvendes, ud fra, hvad der er hovedformålet med den pågældende kontrakt«. I overensstemmelse med det nævnte direktiv er kontrakternes formål udførelse af arbejder, levering af varer eller levering af tjenesteydelser. Der opstår derfor det spørgsmål, om udvælgelsen af en privat partner og stiftelsen af et halvoffentligt selskab falder ind under begrebet »kontrakt« som omhandlet i samme direktiv. I retslitteraturen synes der at være enighed om, at dette er tilfældet (jf. i denne retning, for så vidt som forfatteren henviser til artikel 3, stk. 4, i direktiv 2014/24, M. Andrecka, »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*, bind 9, nr. 3, 2014, s. 176). I betragtning af den tvivl, der hersker om, hvilken ordning der finder anvendelse på den foreliggende sag, skal der i øvrigt henvises til forskellen mellem den formulering, der er anvendt i direktiv 2014/24, hvori artikel 3, stk. 6, bestemmer, at »[h]vis de forskellige dele af en given kontrakt objektivt ikke kan adskilles, afgøres det, hvilken retlig ordning der skal anvendes, ud fra, hvad der er hovedformålet med den pågældende [blandede] kontrakt«, og formuleringen i direktiv 2014/23, hvori artikel 20, stk. 5, bestemmer, at »[h]vis de forskellige *dele af en given kontrakt* objektivt ikke kan adskilles, afgøres det, hvilken retlig ordning der skal anvendes, ud fra hvad der er hovedformålet med den pågældende kontrakt« (min fremhævelse), idet sidstnævnte formulering forekommer mig mere fleksibel, i det mindste i visse sprogversioner af disse direktiver, navnlig den franske.

[25] – Jf. analogt præmis 53 i dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl., sammenholdt med samme doms præmis 28, hvorefter den omhandlede blandede kontrakt omfattede »en del vedrørende [selskabet Ellinika Touristika Akinita AE's] salg af aktier til den bydende, der afgav det bedste bud, [og] en del vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt, der [skulle] indgås med den bydende, der afgav det bedste bud, som [skulle] påtage sig forpligtelserne til at drive kasinovirksomheden«, mens det selskab, der skulle oprettes af den bydende (og ikke dette bydende selskab selv), jf. denne doms præmis 25, optrådte som driftsleder og i det mindste indgik en aftale. Jf. ligeledes herom Acoset-dommen, præmis 54 og 61.

59. Til forskel fra den sag, som gav anledning til Healthcare-dommen [26], hvori omstændighederne ved tjenesteydelsesdelen var meget særegne, er der ydermere intet, der gør det muligt at antage, at den del i den foreliggende sag, der vedrører stiftelsen af et halvoffentligt selskab, kan adskilles fra den del, der vedrører den integrerede skoleservice. I mangel af sidstnævnte del ville det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes, objektivt set være frataget sin økonomiske eksistensberettigelse. I italiensk ret udgør den offentlige kontrakt eller koncessionskontrakt i medfør af artikel 17, stk. 1, i lovdekret nr. 175 det halvoffentlige selskabs eneste selskabsformål.

60. Det skal nu fastlægges, om den del, der udgør hovedformålet med den i hovedsagen omhandlede kontrakt, er den del, der vedrører stiftelsen af et halvoffentligt selskab, eller den, der vedrører den integrerede skoleservice.

2) Kontraktens hovedformål

61. Det er min opfattelse, at delen vedrørende den integrerede skoleservice udgør hovedformålet med den i hovedsagen omhandlede blandede kontrakt.

62. Det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes, var blot et middel til at sikre, at den integrerede skoleservice blev leveret af et IOPP, og udgjorde på ingen måde målet med udbuddet. Til forskel fra den sag, som gav anledning til dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl., er der i den foreliggende sag ikke tale om et køb af aktier i en eksisterende offentlig virksomhed med henblik på privatisering heraf, men stiftelsen af et halvoffentligt selskab med henblik på levering af en integreret skoleservice.

63. I førstnævnte sag udgjorde aktieandelen i den eksisterende offentlige virksomhed i sig selv en betydelig indtægtskilde. Der er intet, der taler for, at dette er tilfældet i den foreliggende sag. Der kan derfor ikke hentes inspiration i dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl. med henblik på at konkludere, at stiftelsen i den foreliggende sag af et halvoffentligt selskab var hovedformålet med den i hovedsagen omhandlede kontrakt.

64. Spørgsmålet om, hvilket direktiv der finder anvendelse i forbindelse med hovedsagen, skal følgelig undersøges i henseende til den del, der vedrører den integrerede skoleservice.

3) Offentlige tjenesteydelseskontrakter eller koncessionskontrakter om tjenesteydelser?

65. Anmodningen om præjudiciel afgørelse er mangelfuld hvad angår delen vedrørende den integrerede skoleservice.

[26] – Jf. punkt 52 i dette forslag til afgørelse.

66. Ganske vist har parternes svar på Domstolens skriftlige spørgsmål tilført en vis klarhed med hensyn til den vifte af ydelser, der udgør delen vedrørende den integrerede skoleservice [27]. Disse klarlægninger gør det imidlertid ikke muligt i forbindelse med dette forslag til afgørelse at kvalificere denne del uafkræfteligt som hørende til den »offentlige tjenesteydelseskontrakt« eller »koncessionskontrakten om tjenesteydelser«.

67. Under alle omstændigheder henhører en sådan konkret kvalificering under den nationale rets enekompetence [28]. Domstolen kan i påkommende tilfælde give præciseringer til vejledning for den nationale rets i forbindelse med denne kvalificering.

68. For det første anfører jeg i denne henseende, at en offentlig tjenesteydelseskontrakt som omhandlet i direktiv 2014/24 omfatter et vederlag, der betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen [29]. En koncessionskontrakt om tjenesteydelser som omhandlet i direktiv 2014/23 består derimod i en aftale om overdragelse af ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser, hvor vederlaget herfor enten udelukkende består i retten til at udnytte de pågældende tjenesteydelser eller i denne ret sammen med betaling af en pris [30]. I denne forbindelse har Domstolen fastslået, at der foreligger en koncessionskontrakt om tjenesteydelser navnlig i tilfælde, hvor tjenesteyderens vederlag hidrører fra betalinger gennemført af brugere af en tjenesteydelse [31]. Følgelig kan den omstændighed, at et italiensk halvoffentligt selskab, som anført af den forelæggende ret, reelt udøver en aktivitet mod et vederlag og opnår en indtægt (selv om den ifølge denne ret er beskeden), udgøre et indicium for, at direktiv 2014/23 bør finde anvendelse.

69. For det andet kan en koncessionskontrakt om tjenesteydelser indebære, hvis vederlagsformen således er et af de afgørende elementer for kvalificeringen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenesteydelser [32]. Sondringskriteriet vedrørende overdragelsen af denne risiko er kodificeret i direktiv 2014/23 [33]. I den italienske version af dette direktiv anvendes begrebet »rischio

[27] – Det fremgår af parternes bemærkninger og deres svar på Domstolens skriftlige spørgsmål, at den integrerede skoleservice består i generel service, vare- og postudbringning og rengøring i børnehaver og skoler samt skolekørsel. Det forhold, at der indgår en skolekørselsydelse i denne vifte, synes ikke at have fået den forelæggende ret til at overveje anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26.2.2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT 2014, L 94, s. 243). Under alle omstændigheder skal det anføres dels, at dette direktiv i artikel 4 og 6 ligeledes fastsætter regler om blandede kontrakter, dels er der intet, der tilsiger, at skolekørsel udgør hovedformålet med den i hovedsagen omhandlede kontrakt eller den del heri, der vedrører den integrerede skoleservice.

[28] – Jf. i denne retning dom af 10.11.2011, Norma-A og Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, præmis 57 og 59).

[29] – Jf. artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24. Jf. ligeledes i denne retning Acoset-dommen, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis.

[30] – Jf. artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/23.

[31] – Jf. Acoset-dommen, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis.

[32] – Jf. i denne retning dom af 10.11.2011, Norma-A og Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, præmis 44). Jf. ligeledes i denne retning mit forslag til afgørelse Promoimpresa m.fl. (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:122, punkt 62 og 63), hvori jeg lagde til grund, at en tjenesteydelseskoncession bl.a. er karakteriseret ved den omstændighed, at myndigheden betror koncessionshaveren udøvelsen af en servicevirksomhed, normalt en tjenesteydelse, som det påhviler denne myndighed at levere (samt den tilhørende risiko; min tilføjelse), idet koncessionshaveren således forpligtes til at levere den bestemte tjenesteydelse.

[33] – Jf. artikel 1, stk. 1, i og 18. betragtning til direktiv 2014/23.

operativo« (driftsrisiko) til at beskrive dette kriterium. Det samme begreb blev anvendt i den afgørelse, hvorved Roma Capitale iværksatte et udbud, til at præcisere, at den valgte tilbudsgiver skulle overtage hele denne risiko [34].

70. For det tredje kan Domstolen med henblik på at kunne besvare de præjudicielle spørgsmål på grundlag af de fremlagte elementer tage udgangspunkt i den hypotese, at en kontrakt falder ind under et af de omhandlede direktiver [35]. I mangel af elementer, der gør det muligt at tage stilling til den ordning, der finder anvendelse på den foreliggende sag, bør denne tilgang imidlertid efter min opfattelse ikke vælges i den foreliggende sag. Hvad endnu vigtigere er, mener jeg i lighed med Kommissionen, at en anvendelse af den ordning, som er fastsat i et af disse direktiver, ikke nødvendigvis skal influere på svarene på de præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag. Den ordning, der skal finde anvendelse på delen vedrørende den integrerede skoleservice, vil nemlig kun kunne anvendes på delen vedrørende udvælgelsen af den private partner »i forlængelse heraf«. For så vidt som spørgsmålene kun drejer sig om den sidste del, bliver der i denne forbindelse kun tale om at anvende de generelle principper for disse ordninger, som er fælles for disse to dele. Følgelig vil jeg under iagttagelse af kompetencefordelingen mellem de nationale retsinstanser og Domstolen i dette forslag til afgørelse henvise såvel til direktiv 2014/23 som til direktiv 2014/24 [36].

2. Ordningen for offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor

71. I det første præjudicielle spørgsmål har den forelæggende ret henvist til artikel 12 i og 14. og 32. betragtning til direktiv 2014/24 og i anmodningen om præjudiciel afgørelse gengivet dette direktivs artikel 12, stk. 1, første afsnit. Denne ret har imidlertid på ingen måde gjort rede for grundene til, at den er i tvivl om fortolkningen af sidstnævnte bestemmelse.

72. I denne forbindelse anføres for det første i 14. betragtning til direktiv 2014/24 blot, at begrebet »økonomisk aktør« bør fortolkes i bred forstand, hvilket således bekræfter, at et halvoffentligt selskab kan falde ind under dette begreb. I denne betragtning opsummeres derudover den definition af det nævnte begreb, som er fastsat i dette direktivs artikel 2, stk. 1, nr. 10). Den forelæggende ret har ikke henvist til denne bestemmelse i sit præjudicielle spørgsmål.

73. Det bestemmes for det andet i artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24, at offentlige kontrakter, der tildeles juridiske personer, som kontrolleres af ordregivende myndigheder, ikke bør være underlagt anvendelse af procedurerne i dette direktiv. Denne bestemmelse regulerer et vertikalt samarbejde mellem de berørte enheder eller en traditionel intern tildeling (»inhouse«).

[34] – I hovedsagen skulle risikoen ganske vist overtages af den private partner, som blev udvalgt i forbindelse med den første del af den blandede kontrakt, mens den integrerede skoleservice, som udgjorde denne kontrakts hovedformål, i forbindelse med denne kontrakts anden del skulle tildeles det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes. På baggrund af denne særlige omstændighed kunne det hævdes, at der i forbindelse med den anden del isoleret set ikke var tale om overdragelse af risikoen til den udvalgte tilbudsgiver. I den foreliggende sag havde udbudsproceduren imidlertid under alle omstændigheder til formål at friholde den ordregivende myndighed for driftsrisikoen ved leveringen af den integrerede skoleservice. Jeg udelukker derfor ikke kvalificeringen af denne anden del som en »koncession« trods den nævnte særlige omstændighed. Med hensyn til problematikken vedrørende denne omstændighed, jf. ligeledes punkt 58 i dette forslag til afgørelse.

[35] – Jf. analogt Acoset-dommen, præmis 42.

[36] – For fuldstændighedens skyld påpeger jeg, at direktiv 2014/23 og 2014/24 finder anvendelse ratione temporis, og at kontraktsummen, der anslås til over 277 mio. EUR, overstiger de i disse direktiver fastsatte tærskler. Der henvises til artikel 8 i direktiv 2014/23 og artikel 4 i direktiv 2014/24.

74. Den forelæggende ret har imidlertid klart tilkendegivet, at stiftelsen af et halvoffentligt selskab som det i hovedsagen omhandlede ifølge italiensk ret udgør et alternativ til den interne forvaltning [37].

75. Hvad endnu vigtigere er, forekommer det mig umiddelbart udelukket at anvende undtagelsesbestemmelsen i artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24 i forbindelse med tildeling af tjenesteydelser til et IOPP. Som det anføres i 31. betragtning, tredje afsnit, til dette direktiv, bør det nemlig sikres, at ethvert undtaget samarbejde mellem offentlige organisationer ikke fører til konkurrencefordrejning i forhold til private økonomiske aktører, for så vidt som det stiller en privat tjenesteyder i en mere fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter. I tråd med retspraksis før direktiv 2014/24 [38] klarlægges det endvidere i 32. betragtning til dette direktiv, at den undtagelse, der er fastsat i dette direktivs artikel 12, stk. 1, »[ikke bør] udvides til at omfatte situationer, hvor en privat økonomisk aktør deltager direkte i kapitalandelene i den kontrollerede juridiske person, eftersom tildeling under sådanne omstændigheder af den offentlige kontrakt uden udbudsprocedure ville stille den private økonomiske aktør med en kapitaldeltagelse i den kontrollerede juridiske person mere fordelagtigt end konkurrenterne«.

76. For det tredje kan man endvidere rejse det spørgsmål, om den i hovedsagen omhandlede blandede kontrakt er undtaget fra anvendelsesområdet for direktiv 2014/24 i medfør af dettes artikel 12, stk. 4. Denne bestemmelse omhandler kontrakter, der udelukkende er indgået mellem flere ordregivende myndigheder, når disse kontrakter etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem disse ordregivende myndigheder.

77. Roma Capitale kunne i egenskab af ordregivende myndighed teoretisk set have villet etablere et samarbejde med et halvoffentligt selskab, der skulle stiftes, som også skulle levere den integrerede skoleservice, og hvori Roma Capitale skulle eje en aktieandel på 51%. Følgelig ville dette selskab udgøre et »offentligretligt organ«, jf. artikel 2, stk. 1, nr. 4), i direktiv 2014/24, og ville derfor kunne udgøre en »ordregivende myndighed« som defineret i dette direktivs artikel 2, stk. 1, nr. 1).

78. Selv hvis det antages, at betingelserne for anvendelse af undtagelsen i artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24 er udfyldt i en sådan situation, har Domstolen imidlertid i dommen i sagen Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39] fastslået, at denne bestemmelse betyder, at et samarbejde mellem ordregivende myndigheder i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet ikke må indebære, at en privat virksomhed stilles i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter. Det følger heraf, således som generaladvokat Campos Sánchez-Bordona konstaterede i sit forslag til afgørelse i denne sag [40], at et samarbejde mellem ordregivende myndigheder, hvorved en privat aktør stilles i en mere fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter på markedet, ikke kan falde ind under artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24. I lyset af disse præciseringer og i betragtning af den private kapitalandel i det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes, er jeg af den opfattelse, at det i den foreliggende sag omhandlede samarbejde ikke kan falde ind under denne undtagelsesbestemmelse.

79. Det er følgelig ikke fornødent at fortolke artikel 12 i direktiv 2014/24 for at kunne besvare de præjudicielle spørgsmål.

37 – Jf. punkt 11 i dette forslag til afgørelse.

38 – Jf. dom af 6.4.2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, præmis 31 og 32).

39 – Dom af 28.5.2020 (C-796/18, EU:C:2020:395).

40 – Forslag til afgørelse Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, punkt 109, punkt 3).

3. Ordningen for kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser

80. Artikel 74 i direktiv 2014/24 fastsætter, at de offentlige kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som er opregnet i bilag XIV hertil, tildeles i overensstemmelse med dette direktivs afsnit III, kapitel I. Med undtagelse af CNS har alle parter i deres svar på Domstolens skriftlige spørgsmål anført, at mindst en af de tjenesteydelser, som den integrerede skoleservice er sammensat af, er eller kan være omfattet af dette bilag.

81. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om dette er tilfældet. I bekræftende fald er det tilstrækkeligt, at udbudsproceduren overholder reglerne i den lempelige ordning, der er fastsat i direktiv 2014/24 for indgåelsen af denne type kontrakter. Jeg vil derfor blot tilføje nogle betragtninger, der kan være nyttige for denne ret.

82. For det første indfører afsnit III, kapitel I, i direktiv 2014/24 ganske vist en særlig ordning for kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser. Sådanne kontrakter er derfor undtaget fra reglerne i den almindelige ordning. Dette direktivs artikel 76, stk. 1, bestemmer imidlertid, at medlemsstaterne indfører nationale regler for tildeling af kontrakter, der er omfattet af dette kapitel, for at sikre, at de ordregivende myndigheder overholder principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af økonomiske aktører. Umiddelbart er der derfor tale om de samme principper som dem, der henvises til i det nævnte direktivs artikel 18. Jeg kan derfor ikke afvise, at anvendelsen af afsnit III, kapitel I, i direktiv 2014/24 på hovedsagen ikke vil påvirke svarene på de præjudicielle spørgsmål [41].

83. For det andet bør der ligeledes, inden det konkluderes, at reglerne i afsnit III, kapitel I, i direktiv 2014/24 finder anvendelse på kontrakten i hovedsagen, foretages en sammenligning af de anslåede værdier for henholdsvis de tjenesteydelser, der falder ind under dette kapitel, og dem, der henhører under dette direktivs almindelige ordning, hvorefter hovedformålet med kontrakten fastslås på grundlag af disse værdier [42].

84. I mangel af dokumentation, der kan gøre det muligt at fastslå, at de tjenesteydelser, der falder ind under afsnit III, kapitel I, i direktiv 2014/24, skal anses for at være hovedformålet med den i hovedsagen omhandlede kontrakt, og i betragtning af, at den forelæggende ret på ingen måde har henvist til dette kapitels bestemmelser, antager jeg, at den lempelige ordning ikke finder anvendelse i den foreliggende sag.

4. Artikel 107 TEUF

85. Der er i det første præjudicielle spørgsmål henvist til artikel 107 TEUF. Kommissionen har gjort gældende, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som den vedrører fortolkningen af denne primærretlige bestemmelse.

[41] – Jf. ligeledes i denne henseende punkt 70 i dette forslag til afgørelse.

[42] – Artikel 3, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2014/24 bestemmer, at »[i] forbindelse med blandede kontrakter, der delvis består af tjenesteydelser i henhold til kapitel I i afsnit III og delvis andre tjenesteydelser, eller af blandede kontrakter, der delvis består af tjenesteydelser og delvis af varer, fastsættes hovedformålet i overensstemmelse med, hvilke af de anslåede værdier for de pågældende tjenesteydelser eller varer der er højest«.

86. Jeg er enig med Kommissionen. I anmodningen om præjudiciel afgørelse identificeres den foranstaltning, der i forbindelse med den i hovedsagen omhandlede procedure skulle udgøre statsstøtte, nemlig ikke klart. Den forelæggende ret har heller ikke præciseret, hvorfor det er nødvendigt at fortolke denne bestemmelse med henblik på at løse den tvist, der verserer for den.

87. Anmodningen om præjudiciel afgørelse kan ganske vist forstås således, at den forelæggende ret ikke ønsker Domstolens fortolkning af denne primærretlige bestemmelse, men af direktiv 2014/23 og 2014/24 i lyset heraf (»med henvisning til artikel 107 TEUF«). En sådan fortolkning af anmodningen om præjudiciel afgørelse ændrer dog på ingen måde det forhold, at det under alle omstændigheder er ufornødent at besvare de præjudicielle spørgsmål, for så vidt som de vedrører artikel 107 TEUF.

88. På denne baggrund skal CNS' formalitetsindsigelse ligeledes tages til følge, for så vidt som den vedrører det første præjudicielle spørgsmål og artikel 107 TEUF samt, af de grunde, der er nævnt i punkt 71-79 i dette forslag til afgørelse, artikel 12 i direktiv 2014/24.

C. Realiteten

89. Bortset fra de EU-retlige bestemmelser, som er uden relevans for den foreliggende sag, er der i det første præjudicielle spørgsmål henvist til artikel 30 i direktiv 2014/23 og artikel 18 i direktiv 2014/24. For at kunne udpege alle de relevante bestemmelser i disse direktiver må de i udbudsdokumenterne fastsatte betingelser om offentlig og privat deltagelse først sættes ind i en sammenhæng.

1. Betingelserne om offentlig og privat deltagelse i forbindelse med 2014/23 og 2014/24

90. I artikel 56 i direktiv 2014/24 har EU-lovgiver sondret klart mellem to typer kriterier, nemlig kriterier for kvalitativ udvælgelse, der hovedsageligt omfatter udelukkelsesgrunde, og udvælgelseskriterier, der omhandler de økonomiske aktørers evne til at udføre kontrakten (dette direktivs artikel 57 og 58), og tildelingskriterier, der vedrører selve tilbuddene. I artikel 38 og 41 i direktiv 2014/23 om henholdsvis kriterier for udvælgelse og kvalitativ vurdering af ansøgere og tildelingskriterier anlægges en analog sondring.

91. I denne henseende bør det fastslås, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke klart fremstiller den underliggende logik bag de i udbudsdokumenterne fastsatte betingelser om offentlig og privat deltagelse. For så vidt som disse betingelser udgør en lex specialis i forhold til dem, der er fastsat i lovdekret nr. 175[43], kan denne logik ikke desto mindre udledes af præciseringerne af dette lovdekret. I udbudsdokumenterne synes ejerandelene og karakteren heraf at være nuanceret fastlagt (præcist fastsatte betingelser i stedet for maksimums- og minimumsgrænser), mens dette ikke i samme grad gælder deres formål.

92. I denne henseende forstår jeg den forelæggende rets præciseringer således, at loftet på 70% for den offentlige deltagelse i det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes, har til formål at sikre, at den private ejerandel i dette selskab ikke er mindre end 30%.

[43] – Jf. punkt 28 i dette forslag til afgørelse.

93. For det første vil en privat partner set i et generelt markedsøkonomisk perspektiv følgelig ikke kunne begrænse den økonomiske risiko ved sin deltagelse i et halvoffentligt selskab uforholdsmæssigt (til under 30%) og drage utilbørlig fordel af den offentlige deltagelse ved at gøre det muligt at forhindre andre enheder i at opnå indtjening ved den samme type virksomhed i det pågældende markedssegment. Som den forelæggende ret har anført, er formålet med dette loft således at forebygge en fordrejning af princippet om fri konkurrence.

94. For det andet sikrer dette loft, henset til genstanden for udbudsproceduren og ifølge den ordregivende myndighed, at den private partner er en driftspartner, hvis bidrag til udførelsen af de opgaver, der er overdraget til en offentlig-privat enhed, som skal oprettes, består i et kapitalindskud og tilførsel af de nødvendige kompetencer til at udføre disse opgaver, idet denne partner overtager hele driftsrisikoen ved udførelsen heraf.

95. Jeg må påpege, at spørgsmålet om den private partners faktiske bidrag synes at have stor betydning for så vidt angår hovedsagen og de i udbudsdokumenterne fastsatte betingelser om offentlig og privat deltagelse. I betragtning af de nødvendigvis individualiserede betingelser og kriterier for den økonomiske og finansielle kapacitet og/eller den tekniske og faglige formåen [44] og i tråd med Acoset-dommen [45] er denne observation et indicium for, at de i udbudsdokumenterne fastsatte betingelser om offentlig og privat deltagelse udgør kriterierne for kvalitativ udvælgelse.

96. Det fremgår i øvrigt af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at tilbudsgiverne på grund af beregningsmetoden, hvorved der blev taget hensyn til den ordregivende myndigheds indirekte deltagelse i den private partners selskabskapital, blev udelukket fra udbudsproceduren på grund af manglende overholdelse af disse betingelser. I denne forbindelse er det fast retspraksis, at kriterierne for kvalitativ udvælgelse giver den ordregivende myndighed mulighed for kun at give de økonomiske aktører, hvis formåen tyder på, at de vil være i stand til at gennemføre formålet med udbuddet, adgang til at afgive tilbud [46].

97. Betingelser om offentlig og privat deltagelse som de i hovedsagen omtvistede synes således ikke at vedrøre tilbuddene (kontrakttildelingskriterierne) [47]. De forekommer derimod at udgøre kriterierne for kvalitativ udvælgelse, hvorved en ordregivende myndighed forsøger at sikre sig, at en privat selskabsdeltager råder over den økonomiske og finansielle kapacitet og/eller den tekniske og faglige formåen, der sætter den pågældende selskabsdeltager i stand til at opretholde den af den ordregivende myndighed fastsatte fordeling mellem den offentlige og den private

44 – Artikel 38, stk. 1, andet punktum, i direktiv 2014/23 har følgende ordlyd: »Betingelserne for deltagelse skal være relaterede og stå i et rimeligt forhold til behovet for at sikre, at koncessionshaveren er i stand til at gennemføre koncessionen under hensyntagen til genstanden for koncessionen og målet om at sikre en reel konkurrence.« I denne forbindelse fastsættes det i artikel 58, stk. 1, i direktiv 2014/24 bl.a., at de ordregivende myndigheder begrænser kravene for deltagelse »til de krav, der er relevante for at sikre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har juridisk og finansiel kapacitet samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt. Alle krav skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand«.

45 – Jf. Acoset-dommens præmis 59: »[…] udvælgelsen af den private selskabsdeltager under overholdelse af de krav, der er gengivet i præmis 46-49 i denne dom, og valget af kriterierne for udvælgelsen af den private selskabsdeltager [kan] afhjælpe denne situation, eftersom ansøgerne – ud over at godtgøre deres evne til at blive aktionærer – frem for alt skal godtgøre, at de besidder de tekniske forudsætninger for at udføre tjenesteydelsen, ligesom de skal godtgøre de økonomiske og andre fordele, som deres bud medfører«. Domstolen påpegede i denne dom vigtigheden af kriterierne for kvalitativ udvælgelse med hensyn til kapaciteten til at udføre en tjenesteydelse eller en koncession (jf. i denne retning A. Brown, »Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)«, *Public Procurement Law Review*, bind 2, 2010, s. 4) uden dog at se bort fra kriterierne for kvalitativ udvælgelse med hensyn til kapaciteten til at blive den private selskabsdeltager i et halvoffentligt selskab, der skal stiftes.

46 – Jf. i denne retning dom af 8.7.2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, præmis 62).

47 – Som det anføres i retslitteraturen, er det i forbindelse med en IOPP vigtigt, selv om det er vanskeligt, at sondre mellem kriterierne for kvalitativ udvælgelse og kontrakttildelingskriterierne. Jf. M. Andrecka og M. Kania, »Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice«, *Polish Review of International and European Law*, bind 2, nr. 1, 2013, s. 148.

kapitalandel i det halvoffentlige selskab i kraft af sin ejerandel af dette selskabs kapital og ved at overtage hele driftsrisikoen ved det nævnte selskabs levering af tjenesteydelsen [48]. De betingelser, der er fastsat i udbudsdokumenterne om offentlig og privat deltagelse, som de i hovedsagen omhandlede, udgør derfor betingelser og kriterier som omhandlet i artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23 eller i givet fald som omhandlet i artikel 58, stk. 1, i direktiv 2014/24.

2. Omformulering af de præjudicielle spørgsmål

98. I betragtning af de anførte præciseringer vedrørende genstanden for de præjudicielle spørgsmål [49], den retlige ordning, der skal finde anvendelse i hovedsagen [50], samt kvalificeringen af betingelserne om offentlig og privat deltagelse i denne sag [51] foreslår jeg, at de præjudicielle spørgsmål omformuleres, idet jeg præciserer de EU-retlige bestemmelser, som det er nødvendigt at fortolke med henblik på at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar.

99. Jeg foreslår mere præcist, at det antages, at den forelæggende ret med spørgsmålene, som efter min opfattelse bør behandles samlet, ønsker oplyst, om artikel 30 og artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23 eller i givet fald artikel 18 og artikel 58, stk. 1, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at de er til hinder for, at der med henblik på at bestemme den tilbudsgivende private partners kapitalandel i et halvoffentligt selskab, der skal stiftes, tages hensyn til den ordregivende myndigheds indirekte deltagelse i denne tilbudsgivende private partner, således at denne partner udelukkes fra udbuddet, når indregningen af denne indirekte deltagelse medfører, at den private kapitalandel, som den ordregivende myndighed ifølge udbudsdokumenterne ønsker, ikke bliver opfyldt.

3. Bedømmelse

100. Eftersom de i udbudsdokumenterne fastsatte betingelser om offentlig og privat deltagelse udgør betingelser og kriterier for den økonomiske og finansielle kapacitet og/eller den tekniske og faglige formåen, skal de være relaterede og stå i forhold til genstanden for udbudsproceduren [52]. I overensstemmelse med artikel 30 i direktiv 2014/23 og artikel 18 i direktiv 2014/24 skal den ordregivende myndighed anvende disse betingelser under iagttagelse af principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af tilbudsgiverne, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet.

101. For det første bør det afklares, om disse betingelser og genstanden for udbudsproceduren er relaterede.

102. Ifølge logikken i de i udbudsdokumenterne fastsatte betingelser (51% kapitalandel til Roma Capital og 49% til den private selskabsdeltager) skal en tilbudsgiver for at kunne udvælges være en tredjepart i forhold til den ordregivende myndighed. Hvis den ordregivende myndighed ejer en større andel af det halvoffentlige selskab i kraft af kontrollen med denne tilbudsgiver (ligeledes

48 – Af denne grund er jeg af den opfattelse, at Domstolens kvalificering i dom af 19.5.2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, præmis 21 og 23), for så vidt angår en national lovgivningsforanstaltning, der har til formål at hindre hemmelige aftaler mellem de tilbudsgivere, der deltager i samme procedure om indgåelse af en offentlig kontrakt, og at garantere ligebehandling af tilbudsgiverne og gennemsigtighed i proceduren, ikke kan anvendes i den foreliggende sag med hensyn til de betingelser om offentlig og privat deltagelse, der er omhandlet i sagen, og som i øvrigt er fastsat i udbudsdokumenterne.

49 – Jf. punkt 35 og 36 i dette forslag til afgørelse.

50 – Jf. punkt 70 i dette forslag til afgørelse.

51 – Jf. punkt 97 i dette forslag til afgørelse.

52 – Jf. fodnote 44.

som følge af den indirekte deltagelse), vil det nemlig påvirke den fordeling mellem dette selskabs offentlige og private kapitalandel, der er fastsat af den ordregivende myndighed. Endvidere vil en sådan situation kunne begrænse den private partners rolle og dermed den reelle vægt af tilbudsgiverens økonomiske og finansielle kapacitet og/eller tekniske og faglige formåen til under den af den ordregivende myndighed fastsatte tærskel på 49%. Disse betingelser er således relateret til genstanden for udbudsproceduren.

103. For så vidt som EU-retten i reglen ikke er til hinder for anvendelsen af en udbudsprocedure med direkte overdragelse i forbindelse med et IOPP [53], vil den fortolkning, der må anlægges af betingelsen om, at kriterierne for kvalitativ udvælgelse skal være relateret til genstanden for udbudsproceduren, ydermere ikke kunne forhindre de ordregivende myndigheder i at anvende denne form for samarbejde (herunder den ordregivende myndigheds fastsættelse af fordelingen mellem offentlig og privat kapital i det halvoffentlige selskab). Anvendelsen af et IOPP følger nemlig af medlemsstaternes valgfrihed med hensyn til metoden til levering af de tjenesteydelser, med hvilke de ordregivende myndigheder vil opfylde deres egne behov [54].

104. For det andet påpeger jeg for så vidt angår proportionaliteten i betingelserne om offentlig og privat deltagelse, at disse betingelser, i det mindste på baggrund af min læsning af anmodningen om præjudiciel afgørelse, ikke systematisk udelukker enhver tilbudsgiver med offentligt ejede kapitalandele [55]. I betragtning af den oprindelige affattelse af det første præjudicielle spørgsmål synes disse betingelser derimod at omfatte enhver form for indirekte deltagelse fra den ordregivende myndigheds side i den private selskabsdeltagers kapital.

105. Når dette er sagt, kan en ordregivende myndigheds indirekte kapitalandel i en privat selskabsdeltager antage forskellige former. I øvrigt afhænger den ordregivende myndigheds indflydelse på driften af denne private selskabsdeltager af dennes organisationsstruktur. Det er derfor ikke sikkert, at enhver indirekte deltagelse i den private selskabsdeltagers kapital begrænser den reelle vægt af tilbudsgiverens økonomiske og finansielle kapacitet og/eller tekniske og faglige formåen til under den af den ordregivende myndighed fastsatte tærskel på 49%.

106. Følgelig er det i strid med proportionalitetsprincippet at tage hensyn til enhver indirekte deltagelse fra den ordregivende myndigheds side i den private selskabsdeltagers kapital, for så vidt som det derved overses, at en sådan indirekte deltagelse ikke nødvendigvis begrænser den reelle vægt af denne private selskabsdeltagers økonomiske og finansielle kapacitet og/eller tekniske og faglige formåen til under den af den ordregivende myndighed fastsatte tærskel på 49%. I mangel af en efterprøvelse af, om dette er tilfældet, kan denne tilbudsgivende private partner ikke automatisk udelukkes fra udbuddet på grund af denne indirekte deltagelse.

107. Det er ikke ligetil at fastslå, om den ordregivende myndighed konkret har foretaget en sådan efterprøvelse i den foreliggende sag. Imidlertid kan analysen af kapitalstrukturen i de i udelukkelsesafgørelsen omhandlede enheder give indtryk af, at dette er tilfældet. Dernæst synes den præjudicielle forelæggelse at afspejle denne afgørelse, for så vidt som den forelæggende ret har anført, at »hvis der tages hensyn til det væsentlige forhold, nemlig selskabsstrukturen i [Roma Multiservizi], og navnlig den omstændighed, at det er 51% ejet af [AMA], som igen er 100% ejet af Roma Capitale, […] vil den [offentlige og private] deltagelse i det halvoffentlige selskab[, der

[53] – Jf. Acoset-dommen, præmis 63.

[54] – Jf. ligeledes femte betragtning til direktiv 2014/24, hvori det anføres, at »intet i dette direktiv forpligter medlemsstaterne til at outsource eller eksternalisere levering af tjenesteydelser, som de selv ønsker at levere eller at organisere på anden måde end ved hjælp af offentlige kontrakter i dette direktivs forstand«.

[55] – Jf. punkt 38 i dette forslag til afgørelse.

skulle stiftes], *reelt* udgøre 73,5% og [26,5%]«. Endelig tyder intet på, at beslutningsbeføjelser og driftsrisici ikke er blevet fordelt forholdsmæssigt i forhold til ejerandelene. Den ordregivende myndigheds besiddelse af aktiemajoriteten i en tilbudsgivende privat partner synes derfor at kunne begrænse den reelle vægt af denne private selskabsdeltagers økonomiske og finansielle kapacitet og/eller tekniske og faglige formåen til under den af den ordregivende myndighed fastsatte tærskel på 49%.

108. Jeg er følgelig af den opfattelse, at artikel 30 og artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23 eller i givet fald artikel 18 og artikel 58, stk. 1, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for, at der med henblik på at bestemme den tilbudsgivende private partners kapitalandel i et halvoffentligt selskab, der skal stiftes, tages hensyn til enhver indirekte deltagelse fra den ordregivende myndigheds side i denne tilbudsgivende private partner, således at denne automatisk udelukkes fra udbuddet, når indregningen af denne indirekte deltagelse medfører, at den private kapitalandel, som den ordregivende myndighed ifølge udbudsdokumenterne ønsker, ikke bliver opfyldt.

109. Derimod er artikel 30 og artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23 eller i givet fald artikel 18 og artikel 58, stk. 1, i direktiv 2014/24 ikke til hinder for en sådan hensyntagen, når det ikke sker automatisk. Disse bestemmelser er navnlig ikke til hinder for, at der tages hensyn til en indirekte deltagelse, når det følger af den ordregivende myndigheds efterprøvelse, at denne deltagelse består i, at aktiemajoriteten i den tilbudsgivende private partner ejes af en anden enhed, der igen er 100% ejet af den ordregivende myndighed, forudsat at beslutningsbeføjelser og risici er blevet fordelt forholdsmæssigt i forhold til ejerandelene for så vidt angår denne tilbudsgivende private partner og denne enhed.

110. Hvad angår overholdelsen af proportionalitetsprincippet anfører jeg for fuldstændighedens skyld, at Kommissionen synes at så tvivl om, hvorvidt udelukkelsen af det af Rekeep og Roma Multiservizi afgivne tilbud overholder proportionalitetsprincippet, med den begrundelse, at Roma Capitale burde have givet dem mulighed for i givet fald at godtgøre, at dens indirekte deltagelse i Roma Multiservizis kapital ikke medførte en risiko for interessekonflikt. Hovedformålet med de i udbudsdokumenterne fastsatte betingelser om offentlig og privat deltagelse er imidlertid ikke at begrænse sådanne risici. En interessekonflikt udgør ydermere en udelukkelsesgrund, der er fastsat i direktiv 2014/23 og 2014/24, og der er på ingen måde henvist hertil i anmodningen om præjudiciel afgørelse. Endvidere er artikel 35 i direktiv 2014/23 og artikel 24 i direktiv 2014/24 heller ikke nævnt i denne anmodning.

111. Hvad for det tredje angår gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet må jeg gøre opmærksom på, at Roma Multiservizi og Rekeep i deres skriftlige indlæg har hævdet, at hensyntagen til den ordregivende myndigheds indirekte deltagelse i en tilbudsgivers kapital ikke var omtalt i udbudsdokumenterne.

112. I anmodningen om præjudiciel afgørelse er der ikke henvist til fraværet af denne oplysning i udbudsdokumenterne. I denne forbindelse må jeg påpege, at Roma Capitale i sine svar på Domstolens skriftlige spørgsmål har anført, at ifølge lovdekret nr. 175, som forekommer at udgøre gennemførelsesbestemmelser til direktiv 2014/23 og 2014/24, er offentlig virksomhed defineret som enhver virksomhed, som de ordregivende myndigheder direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på. Ifølge Rekeeps indlæg fastsætter dette dekret også, at »når de gældende bestemmelser tillader stiftelse af halvoffentlige selskaber med henblik på udførelse og forvaltning af offentlige arbejder eller tilrettelæggelse og forvaltning af tjenesteydelser af almen interesse, skal den private selskabsdeltager udvælges ved et offentligt udbud«. Ved en

modsætningsvis fortolkning kan det derfor konstateres, at i forbindelse med et halvoffentligt selskab må der ikke foreligge en direkte eller indirekte bestemmende indflydelse mellem den private selskabsdeltager og den ordregivende myndighed. En indirekte deltagelse i en privat partners kapital, der fører til udøvelse af en bestemmende indflydelse, kan imidlertid ikke sidestilles med en hvilken som helst indirekte deltagelse i denne selskabsdeltagers kapital.

113. Under alle omstændigheder er det alene de nationale retsinstanser, der har kompetence til i givet fald at kontrollere grundlaget for disse udsagn og deres relevans på nuværende tidspunkt i hovedsagen.

114. Når dette er sagt, bør den forelæggende ret, for så vidt som den har henvist til artikel 30 i direktiv 2014/23 og artikel 18 i direktiv 2014/24, gives brugbare præciseringer med hensyn til en efterprøvelse, der foretages i henseende til de i disse bestemmelser omhandlede principper.

115. Det er fast retspraksis, at gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, som finder anvendelse på alle offentlige udbudsprocedurer, kræver, at de materielle og processuelle betingelser vedrørende deltagelse i et udbud skal være klart definerede på forhånd og offentliggjort, navnlig de forpligtelser, der påhviler tilbudsgiverne, for at disse kan have et nøjagtigt kendskab til procedurens krav og være sikre på, at samme krav gælder for alle ansøgere [56].

116. Som illustration og for så vidt angår ordningen i direktiv 2014/24 skal udbudsbekendtgørelsen generelt indeholde en liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier og af kriterier vedrørende de økonomiske aktørers personlige forhold, som kan føre til deres udelukkelse [57].

117. I forlængelse af denne logik skal ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen fortolkes således, at de er til hinder for, at en økonomisk aktør udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt den ikke overholder en forpligtelse, der ikke udtrykkeligt fremgår af udbudsdokumenterne eller af den gældende nationale lov, men af en fortolkning af denne lov og disse dokumenter samt af en udfyldning af mangler, som nævnte dokumenter frembyder, foretaget af de nationale administrative myndigheder eller retsinstanser [58].

118. For så vidt som en ordregivende myndigheds indirekte deltagelse i en privat selskabsdeltagers kapital kan antage forskellige former, og dens indflydelse på driften af denne private selskabsdeltager afhænger af dennes organisationsstruktur, giver det efter min opfattelse ikke sig selv, at enhver form for indirekte deltagelse fra den ordregivende myndigheds side automatisk skulle medføre udelukkelse af en tilbudsgiver fra udbuddet på grund af manglende overholdelse af betingelserne om offentlig og privat deltagelse. En sådan fortolkning af den nationale lovgivning eller udbudsdokumenterne fremstår ikke som tilstrækkeligt indlysende.

119. Uden at det berører ovenstående supplerende bemærkninger vedrørende overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, fastholder jeg den holdning, som jeg gjorde rede for i punkt 108 i dette forslag til afgørelse i henseende til overholdelsen af proportionalitetsprincippet.

56 – Jf. dom af 17.5.2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

57 – Jf. artikel 49 i og bilag V, del C, punkt 11, litra c), til direktiv 2014/24.

58 – Jf. dom af 2.6.2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 51).

VI. Forslag til afgørelse

120. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at svare Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) som følger:

»Artikel 30 og artikel 38, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter eller i givet fald artikel 18 og artikel 58, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF skal fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for, at der med henblik på at bestemme den tilbudsgivende private partners kapitalandel i et halvoffentligt selskab, der skal stiftes, tages hensyn til enhver indirekte deltagelse fra den ordregivende myndigheds side i denne tilbudsgivende private partner, således at denne automatisk udelukkes fra udbuddet, når indregningen af denne indirekte deltagelse medfører, at den private kapitalandel, som den ordregivende myndighed ifølge udbudsdokumenterne ønsker, ikke bliver opfyldt.

Derimod er artikel 30 og artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23 eller i givet fald artikel 18 og artikel 58, stk. 1, i direktiv 2014/24 ikke til hinder for en sådan hensyntagen, når det ikke sker automatisk. Disse bestemmelser er navnlig ikke til hinder for, at der tages hensyn til en indirekte deltagelse, når det følger af den ordregivende myndigheds efterprøvelse, at denne deltagelse består i, at aktiemajoriteten i den tilbudsgivende private partner ejes af en anden enhed, der igen er 100% ejet af den ordregivende myndighed, forudsat at beslutningsbeføjelser og risici er blevet fordelt forholdsmæssigt i forhold til ejerandelene for så vidt angår denne tilbudsgivende private partner og denne enhed.«