Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 2. april 2020 [1]

Sag C-3/19

Asmel società consortile a r.l.
mod
A.N.A.C. – Autorità Nazionale Anticorruzione,
procesdeltager:
A.N.A.C.A.P. – Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi entrate

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

»Præjudiciel forelæggelse – indgåelse af offentlige kontrakter – indkøbscentraler – små kommuner – begrænsning til udelukkende to organisationsmodeller for indkøbscentraler – forbud mod deltagelse af privat kapital – medlemsstaternes skønsbeføjelser – territorial begrænsning af deres virksomhed«

1. Den gældende italienske lovgivning på tidspunktet for de faktiske omstændigheder tillader ifølge den af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) foretagne fortolkning heraf, at små lokale organer gør brug af indkøbscentraler i forbindelse med anskaffelse af bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser, så længe det finder sted under anvendelse af rent offentligretlige organisationsmodeller, såsom et kommunekonsortium eller en kommuneforening.

2. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt denne foranstaltning er forenelig med EU-retten, eftersom den muligvis kan begrænse anvendelsen af indkøbscentraler på en måde, der er uforenelig med direktiv 2004/18/EF [2], som finder anvendelse ratione temporis på de tidspunkter, som det præjudicielle spørgsmål vedrører, og med »princippet om fri udveksling af tjenesteydelser og princippet om sikring af en så bred konkurrence som muligt på markedet for offentlige […]kontrakter«.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten. Direktiv 2004/18

3. Følgende fremgår af 15. betragtning:

»I medlemsstaterne har der udviklet sig visse centrale indkøbsteknikker. Flere ordregivende myndigheder har til opgave at forestå indkøb eller indgå offentlige kontrakter/rammeaftaler for andre ordregivende myndigheder. På grund af de store mængder, der indkøbes, vil disse teknikker bidrage til at øge konkurrencen og forenkle de offentlige indkøb. Der bør derfor indføres en fællesskabsdefinition

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

af indkøbscentraler til brug for de ordregivende myndigheder. Det bør ligeledes fastlægges, på hvilke betingelser under iagttagelse af principperne om ikke-forskelsbehandling og ligebehandling de ordregivende myndigheder, der anskaffer sig bygge- og anlægsarbejder, varer og/eller tjenesteydelser gennem en indkøbscentral, kan anses for at have overholdt bestemmelserne i dette direktiv.«

4. Det bemærkes i 16. betragtning:

»For at tage hensyn til de forskellige forhold i medlemsstaterne skal det overlades til medlemsstaterne at give de ordregivende myndigheder mulighed for at anvende rammeaftaler, indkøbscentraler, dynamiske indkøbssystemer, elektroniske auktioner og konkurrencepræget dialog som defineret og reguleret i dette direktiv.«

5. Artikel 1 (»definitioner«) bestemmer:

»[…]

9. Som »ordregivende myndigheder« betragtes staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

a) der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter,

b) som er en juridisk person og

c) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Ikke-udtømmende fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af organer, der opfylder kriterierne i andet afsnit, litra a), b) og c), findes i bilag III. Medlemsstaterne underretter jævnligt Kommissionen om ændringer, der er foretaget i deres fortegnelser over organer og sammenslutninger af organer.

10. Ved »indkøbscentral« forstås en ordregivende myndighed, der:

– indkøber varer og/eller tjenesteydelser for andre ordregivende myndigheder, eller

– indgår offentlige kontrakter eller rammeaftaler om bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser for andre ordregivende myndigheder.

[…]«

6. Artikel 11 (»offentlige kontrakter og rammeaftaler indgået af indkøbscentraler«) er affattet som følger:

»1. Medlemsstaterne kan fastsætte bestemmelser, der giver de ordregivende myndigheder mulighed for at anskaffe bygge- og anlægsarbejder, varer og/eller tjenesteydelser gennem indkøbscentraler.

2. De ordregivende myndigheder, der anskaffer bygge- og anlægsarbejder, varer og/eller tjenesteydelser gennem en indkøbscentral under de i artikel 1, stk. 10, nævnte forudsætninger, anses for at have overholdt bestemmelserne i dette direktiv, forudsat at indkøbscentralen har overholdt dette.«

B. Italiensk ret

1. Testo unico degli enti locali (konsolideret lov vedrørende ordningen for de lokale organer)[3]

7. Det hedder i artikel 30, stk. 1:

»Med henblik på koordineret udførelse af bestemte funktioner og tjenesteydelser kan de lokale organer indgå indbyrdes aftaler.«

8. Artikel 31, stk. 1, bestemmer:

»De lokale organer, der har til opgave i associeret form at tilvejebringe en eller flere tjenesteydelser eller udføre bestemte funktioner, kan stifte et konsortium i henhold til bestemmelserne om særlige virksomheder i artikel 114, for så vidt som de er forenelige. Andre offentlige organer kan deltage i konsortiet, såfremt de er beføjet hertil, i overensstemmelse med de love, som finder anvendelse på dem.«

9. Det bestemmes i artikel 32, stk. 1:

»Kommuneforeningen er et lokalt organ, der er oprettet af to eller flere kommuner, i reglen nabokommuner, med det formål at udføre funktioner og tilvejebringe tjenesteydelser i associeret form.«

2. Codice dei contratti pubblici (lov om offentlige kontrakter)[4]

10. I henhold til artikel 3, stk. 25, omfatter ordregivende myndigheder:

»Statslige myndigheder, regionale eller lokale organer, øvrige ikke-erhvervsdrivende offentlige virksomheder, offentligretlige organer, foreninger, sammenslutninger, konsortier, uanset benævnelse, af et eller flere af disse retssubjekter.«

11. I henhold til artikel 3, stk. 34, forstås ved indkøbscentral:

»En ordregivende myndighed, der:

– indkøber varer eller tjenesteydelser for andre ordregivende myndigheder eller andre ordregivere, eller

– indgår offentlige kontrakter eller rammeaftaler om bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser for andre ordregivende myndigheder eller andre ordregivere.«

3 – Lovdekret nr. 267 af 18.8.2000 (herefter »TUEL«).

4 – Lovdekret nr. 163 af 12.4.2006 (herefter »CCP«).

12. Det bestemtes i den oprindelige udgave af artikel 33, stk. 3a[5]:

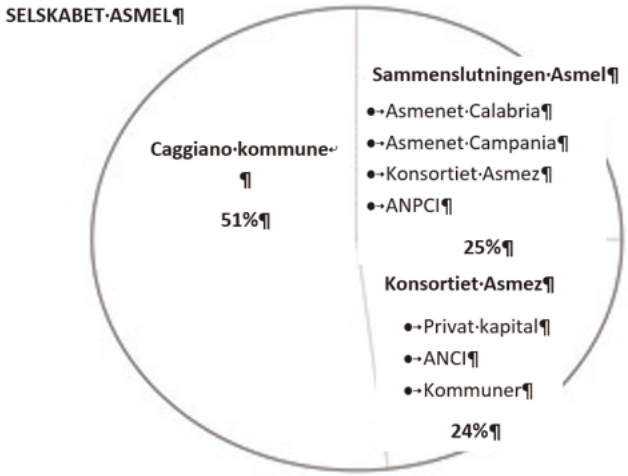
»Kommuner med en befolkning på højst 5 000 indbyggere i en enkelt provins har pligt til at anskaffe sig bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og varer gennem en fælles indkøbscentral for kommuneforeningerne som omhandlet i artikel 32 i den konsoliderede lovtekst i lovdekret nr. 267 af 18. august 2000, såfremt de foreligger, eller ved at indgå en særlig aftale om kommunekonsortium og gøre brug af de kompetente kontorer.«

13. Det fremgår af den ændrede version[6] (i 2014) af samme artikel 33, stk. 3a:

»Kommuner, der ikke er provinshovedstad, anskaffer sig bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser inden for kommuneforeningerne som omhandlet i artikel 32 i lovdekret nr. 267 af 18. august 2000, såfremt de foreligger, ved at indgå en særlig aftale om kommunekonsortium og gøre brug af de kompetente kontorer, eller ved at henvende sig til et samordningsorgan eller til provinserne i overensstemmelse med lov nr. 56 af 7. april 2014. Som et alternativ kan disse kommuner foretage anskaffelser gennem de elektroniske indkøbsinstrumenter, der tilvejebringes af Consip S.p.A. eller et andet referencesamordningsorgan.«

II. Faktiske omstændigheder og det præjudicielle spørgsmål

14. Asmel società consortile a.r.l. (herefter »Asmel s.c.a.r.l.«) er et konsortieselskab med begrænset ansvar, som blev stiftet den 23. januar 2013, og som er ejet af konsortiet Asmez (24%)[7], den private sammenslutning Asmel (25%)[8] og Caggiano kommune (51%).



15. Gennem årene har Asmel s.c.a.r.l. udøvet virksomhed som indkøbscentral for de lokale organer[9].

5 – Indført ved artikel 23, stk. 4, i lovdekret nr. 201 af 6.12.2011, ratificeret ved lov nr. 214 af 22.12.2011.

6 – Artikel 9, stk. 4, i lovdekret nr. 66 af 24.4.2014, ratificeret ved lov nr. 89 af 23.6.2014. CCP's artikel 33, stk. 3a, blev efterfølgende ophævet ved artikel 217 i lovdekret nr. 50 af 18.4.2016.

7 – Konsortiet Asmez blev oprettet i Napoli den 25.3.1994 af private virksomheder. Det blev operativt efter tilslutningen af Selene service s.c.a.r.l. som medlem, som er et selskab, der har indgået aftale med Associazione Nazionale Comuni Italiani (den nationale sammenslutning af italienske kommuner). Sidenhen har Basilicata kommune og Calabria kommune tilsluttet sig konsortiet.

8 – Sammenslutningen Asmel blev oprettet den 26.5.2010 af Asmenet Campania og Asmenet Calabria, som begge er konsortieselskaber med begrænset ansvar, samt af Consorzio Asmez og Associazione Nazionale Piccoli Comuni Italiani (den nationale sammenslutning af italienske små kommuner).

9 – Nærmere bestemt iværksatte den ifølge forelæggelsesafgørelsen en udbudsprocedure vedrørende indgåelse af rammeaftaler med henblik på tildeling af opgaven med opgørelse og kontrol af den kommunale beskatning af fast ejendom og tvangsinddrivelse af skatterestancer, samt 152 elektroniske udbudsprocedurer af forskellig art for kommuner, som var tilknyttet Asmel s.c.a.r.l.

16. Forholdet mellem Asmel s.c.a.r.l. og de ikke-deltagende kommuner bestod i, at disses kommunalbestyrelser traf beslutninger om at indgå aftale, hvori:

– der blev henvist til en tidligere beslutning om at tilslutte sig sammenslutningen Asmel og oprette et konsortium som omhandlet i CCP's artikel 33, stk. 3a, og

– opgaven med at varetage proceduren for offentlige indkøb på en IT-platform blev overladt til Asmel s.c.a.r.l. [10].

17. Som følge af flere anmeldelser indledte Autorità Nazionale Anticorruzione (det nationale agentur til bekæmpelse af korruption, herefter »ANAC«) en undersøgelse, hvori det fastslog, at Asmel s.c.a.r.l. og konsortiet Asmez ikke overholdt organisationsmodellerne for indkøbscentraler i CCP.

18. Efter ANAC's opfattelse var Asmel s.c.a.r.l. en enhed af privatretlig karakter, nærmere bestemt et privatretligt selskab stiftet af andre sammenslutninger. Den kunne derfor ikke være en indkøbscentral, eftersom der i den italienske retsorden kræves offentligretlige handlemåder gennem offentlige enheder eller sammenslutninger af lokale enheder, såsom en kommuneforening eller et konsortium stiftet af kommuner ved aftaler i henhold til TUEL's artikel 30. Endvidere præciserede ANAC, at selv om der indrømmes brug af private aktører, skal disse udgøres af in house-organer, hvis aktiviteter er begrænset til de stiftende kommuners område, hvorimod hverken kravet om tilsvarende kontrol eller den territoriale begrænsning af den udførte aktivitet var opfyldt i det foreliggende tilfælde.

19. ANAC vurderede, at Asmel s.c.a.r.l. erhvervede varer til de tilknyttede enheder, men at disse kun deltog indirekte i denne indkøbscentral. Agenturet forklarede, at de lokale organer til at begynde med deltog i sammenslutningen Asmel, og efterfølgende, ved afgørelse truffet af kommunens politiske udvalg, tildelte Asmel s.c.a.r.l. opgaven med at foretage anskaffelserne.

20. Ved afgørelse nr. 32 af 30. april 2015 udelukkede ANAC, at selskabet Asmel s.c.a.r.l. kunne kvalificeres som offentligretligt organ, fastlagde et forbud mod udøvelse af virksomhed med formidling i forbindelse med offentlige kontrakter og erklærede, at de af konsortiet gennemførte udbudsprocedurer var ulovlige.

21. Asmel s.c.a.r.l. anfægtede ANAC's afgørelse ved Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien). Selskabet var af den opfattelse, at det ganske vist var en privatretlig enhed, men at det var en juridisk person, at det imødekom almenhedens behov, at det ikke var af industriel eller kommerciel karakter, at dets drift blev finansieret af de deltagende lokale organer, og at det var underlagt deres bestemmende indflydelse. Følgelig var selskabet efter dets egen opfattelse en ordregivende myndighed, som opfyldte betingelserne for at blive kvalificeret som en »indkøbscentral«.

22. Førsteinstansretten forkastede det af Asmel s.c.a.r.l. anlagte søgsmål ved dom nr. 2339 af 22. februar 2016. I betragtning af dets finansieringsmåde og kontrollen med dets drift udelukkede retten, at selskabet var et offentligretligt organ. Retten fastslog, at selskabet ikke havde overholdt de i CCP fastsatte organisationsmodeller for indkøbscentraler, og at dets kompetenceområde skulle begrænses til de stiftende kommuners område.

10 – Vederlaget for disse ydelser udgjorde 1,5% af aftalesummen og skulle betales af den valgte tilbudsgiver i enhver af de kontrakter, der blev indgået gennem den nævnte platform.

23. Asmel s.c.a.r.l. appellerede dommen i første instans til Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) under påberåbelse af flere forskellige grunde, hvoraf de to efter den forelæggende rets opfattelse er relevante for denne sag:

– at det er forkert at fastslå, at den organisationsmodel, der består i et konsortium i selskabsform, er uforenelig med CCP's bestemmelser vedrørende indkøbscentraler, og

– at CCP ikke fastsætter nogen territoriale grænser for sådanne indkøbscentralers kompetenceområde.

24. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har bemærket, at de regionale eller lokale offentlige organer henhører under de i CCP's artikel 3, stk. 25, omhandlede ordregivende myndigheder. Enhver af disse enheder kan som udgangspunkt påtage sig funktionen som indkøbscentral (CCP's artikel 3, stk. 34). De små kommuner skal imidlertid gennemføre dette ved hjælp af en »bestemt organisationsmodel« (CCP's artikel 33, stk. 3a), som adskiller sig fra den generelle model, der gælder for andre myndigheder.

25. I henhold til denne »bestemte model« må de små kommuner [11] alene anvende indkøbscentraler, som er kendetegnet ved en af disse to modeller: a) de i TUEL's artikel 32 omhandlede foreninger og b) de i TUEL's artikel 31 omhandlede konsortier af lokale enheder [12].

26. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) er af den opfattelse, at denne pligt for små kommuner lader til at være i strid med muligheden for at gøre brug af indkøbscentraler uden begrænsning af samarbejdsform.

27. Den har ligeledes peget på en yderligere hindring i den nationale lovgivning i forbindelse med kommunekonsortier, som udelukker deltagelsen af private enheder [13]. Denne udelukkelse kan være i strid med princippet om fri udveksling af tjenesteydelser og princippet om sikring af en så bred konkurrence som muligt i EU-retten, eftersom levering af tjenesteydelser, som kan kvalificeres som økonomisk virksomhed og set ud fra dette perspektiv bedre kunne udføres under fri konkurrence på det indre marked, er forbeholdt italienske offentlige retssubjekter, der er udtømmende opregnet.

28. Det er endvidere dens opfattelse, at den nationale lovgivning ganske vist ikke definerer indkøbscentralernes kompetenceområde, men at den foreskriver et sammenfald mellem kommunernes territoriale område og deres kompetenceområde. Således er kompetenceområdet begrænset til området for de kommuner, som deltager i kommuneforeningen eller har stiftet konsortiet. Efter dens opfattelse strider også denne begrænsning mod princippet om fri udveksling af tjenesteydelser og princippet om sikring af en så bred konkurrence som muligt, eftersom den indfører områder, hvor indkøbscentraler har eneret.

11 – Oprindeligt kommuner med en befolkning på under 5 000 indbyggere, jf. den første udgave af retsforskriften, og sidenhen alle kommuner, der ikke er provinshovedstad, jf. affattelsen fra 2014.

12 – Som påpeget af den italienske regering bør det imidlertid tilføjes, at den omtvistede retsforskrift efter ændringen heraf i 2014 tillader, at »disse kommuner [som et alternativ kan] foretage anskaffelser gennem de elektroniske indkøbsinstrumenter, der tilvejebringes af Consip S.p.A. eller et andet referencesamordningsorgan.«. ANAC henviste i sin afgørelse af 30.4.2015 til disse to muligheder, idet den fremhævede, at de små kommuner ligeledes kan anvende den indkøbscentral, der er oprettet på nationalt plan til offentlige myndigheders indkøb (Consip), eller andre »referencesamordningsorganer«, herunder de regionale indkøbscentraler.

13 – Ifølge definitionen af »ordregivende myndighed« i CCP's artikel 3, stk. 25, oprettes de konsortier, som har denne karakter, alene mellem offentlige enheder.

29. I denne forbindelse har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) forelagt Domstolen disse præjudicielle spørgsmål:

»Er EU-retten til hinder for en national bestemmelse såsom artikel 33, stk. 3a, i lovdekret nr. 163 af 12. april 2006, hvorefter kommuners selvbestemmelse i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter gennem en indkøbscentral begrænses til udelukkende to organisationsmodeller, nemlig kommuneforeningen, såfremt en sådan allerede foreligger, eller et kommunekonsortium, der skal stiftes?

Er EU-retten, og navnlig princippet om fri udveksling af tjenesteydelser og princippet om sikring af en så bred konkurrence som muligt på markedet for offentlige tjenesteydelseskontrakter, til hinder for en national bestemmelse såsom artikel 33, stk. 3a, i lovdekret nr. 163 af 12. april 2006, der, sammenholdt med artikel 3, stk. 25, i lovdekret nr. 163 af 12. april 2006, hvad angår organisationsmodellen i form af kommunekonsortier udelukker muligheden for at stifte privatretlige retssubjekter såsom eksempelvis et privatretligt konsortium med deltagelse også af private aktører?

Er EU-retten, og navnlig princippet om fri udveksling af tjenesteydelser og princippet om sikring af en så bred konkurrence som muligt på markedet for offentlige tjenesteydelseskontrakter, til hinder for en national bestemmelse såsom artikel 33, stk. 3a, der – såfremt den skal fortolkes således, at kommunekonsortier, der også udgør indkøbscentraler, kun må udføre aktiviteter på et område svarende til området for de deltagende kommuner samlet set, og således højst svarende til provinsens område – begrænser de nævnte indkøbscentralers kompetenceområde?«

III. Retsforhandlingerne ved Domstolen

30. Forelæggelsesafgørelsen indgik til Domstolen den 3. januar 2019.

31. Asmel s.c.a.r.l., den italienske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg og deltog i retsmødet den 29. januar 2020.

IV. Bedømmelse

A. De præjudicielle spørgsmåls antagelse til realitetsbehandling

32. Såvel Kommissionen som den italienske regering har rejst indsigelser med hensyn til, om de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

33. Efter den italienske regerings opfattelse kan spørgsmålene samlet set ikke antages til realitetsbehandling, eftersom de er hypotetiske. Den har gjort gældende, at det, uanset hvordan Domstolen besvarer spørgsmålene, ikke vil være muligt at give medhold i den appel, der er iværksat ved den forelæggende ret, eftersom Asmel s.c.a.r.l. ikke er blevet tildelt nogen indkøbstjeneste på baggrund af en konkurrencebaseret procedure.

34. Indsigelsen kan ikke tages til følge, eftersom det tilkommer den forelæggende ret at vurdere, om det præjudicielle spørgsmål er nødvendigt for at kunne træffe afgørelse i sagen, og Domstolen kan således kun nægte at besvare spørgsmålet, såfremt det modsatte helt entydigt kan påvises (hvilket ikke er tilfældet her).

35. Denne indsigelse fra den italienske regering vedrører snarere tvistens baggrund end muligheden for at antage selve anmodningen om forelæggelse til realitetsbehandling. En afklaring af, hvilke typer indkøbscentraler – offentlige eller med privat deltagelse – de små kommuner kan anvende, udgør ikke en hypotetisk, men derimod en reel problemstilling, hvis løsning forudsætter en sammenholdelse af de i den italienske lovgivning fastsatte begrænsninger og EU-retten.

36. Kommissionen har i første omgang anført, at den af ANAC anvendte retsforskrift, hvis forenelighed med EU-retten betvivles af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), *tilsyneladende* er blevet ophævet, hvorfor de eventuelle ulemper for Asmel s.c.a.r.l., som forespørgslen omhandler, er forsvundet. Denne omstændighed kan indebære, at tvisten mister sin genstand.

37. Den ophævelse, som Kommissionen henviser til, er den, der fandt sted i 2016, og som påvirkede indholdet af artikel 33, stk. 3a, i CCP, efter ændringen heraf i 2014. Det tilkommer den nationale ret at efterprøve, om den nævnte ophævelse har indvirkning på den foreliggende sag, om end der for så vidt angår denne sag ikke kan være tale om, at den præjudicielle forespørgsel har mistet sin genstand, navnlig såfremt tvisten skal afgøres under hensyntagen til den retsforskrift, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder [14].

38. For så vidt angår den af Kommissionen rejste formalitetsindsigelse angående det tredje præjudicielle spørgsmål vil jeg behandle denne i forbindelse med analysen af dette spørgsmål.

B. Indledende bemærkninger

39. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) ønsker i det væsentlige oplyst, om en *organisationsmodel* er i overensstemmelse med EU-retten, når den alene tillader [15] små lokale enheder at anvende to typer indkøbscentraler (kommuneforeninger og -konsortier).

40. I forelæggelsesafgørelsen nævnes den frie udveksling af tjenesteydelser (artikel 56 TEUF) som et princip, der tilsidesættes af den italienske lovgivning, samtidig med, at der udtrykkeligt henvises til bestemmelserne om indkøbscentraler i direktiv 2004/18.

41. På området for indgåelse af offentlige kontrakter henviser Domstolens praksis til EUF-traktatens grundlæggende frihedsrettigheder, når det direktiv, der regulerer det pågældende område, ikke er anvendeligt. Det direktiv, der i den foreliggende sag regulerede indgåelsen af offentlige kontrakter (og følgelig de juridiske rammer for indkøbscentraler i EU-retten) ratione temporis, var direktiv 2004/18.

42. Endvidere gengiver CCP i sin artikel 3, stk. 34, definitionen af indkøbscentraler i artikel 1, stk. 10, i direktiv 2004/18, hvilket er udtryk for, at den nævnte nationale bestemmelse gennemfører dette direktiv i national ret.

43. Jeg deler således Kommissionens standpunkt med hensyn til, at de præjudicielle spørgsmål bør besvares inden for rammerne af direktiv 2004/18.

14 – Den italienske regering har under retsmødet gjort gældende, at den nye regulering af indkøbscentraler (artikel 37, stk. 4, i lovdekret nr. 50 af 18.4.2016), som skulle erstatte reguleringen i den ophævede artikel 33, stk. 3a, i CCP, ikke træder i kraft før den 31.12.2020; jf. artikel 1 i lov nr. 55 af 2019. På grundlag af denne oplysning har Kommissionen anerkendt, at besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål i forbindelse med tvistens afgørelse, på trods af lovændringen i 2016, er nyttig.

15 – Forelæggelsesafgørelsen tager udgangspunkt i denne antagelse. Der skal imidlertid henvises til den italienske regerings præcisering af, at små kommuner ligeledes har mulighed for at anvende statslige eller regionale indkøbscentraler (jf. fodnote 12).

44. Det er således uden betydning, at forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder nogen specifik angivelse af beløbet på nogen af de i hovedsagen anfægtede offentlige kontrakter, med henblik på at afgøre, om tærskelværdien for anvendelsen af direktiv 2004/18 er nået. Beskrivelsen af Asmel s.c.a.r.l.'s samlede aktiviteter kan tjene som grundlag for en formodning om, at de ligger over det minimum, der er fastsat i artikel 7 i direktiv 2004/18 [16], og det er disse aktiviteter, som anmodningen om præjudiciel afgørelse overordnet set omhandler.

45. Selv om min endelige besvarelse af de tre præjudicielle spørgsmål vil være enslydende, finder jeg det mest hensigtsmæssigt at foretage en særskilt analyse af spørgsmålene i den af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) foreslåede rækkefølge.

C. Det første præjudicielle spørgsmål

46. Efter den forelæggende rets opfattelse indebærer CCP's artikel 33, stk. 3a, at »kommuners selvbestemmelse i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter gennem en indkøbscentral begrænses til udelukkende to organisationsmodeller, nemlig kommuneforeningen, såfremt en sådan allerede foreligger, eller et kommunekonsortium, der skal stiftes«. Den ønsker oplyst, om denne bestemmelse er i strid med EU-retten (uden yderligere præciseringer) [17].

47. Den større eller mindre udstrækning af de lokale enheders selvbestemmelse i de enkelte medlemsstater, som den forelæggende ret nævner, skal defineres af de pågældende medlemsstaters oprindelige forfatningsgivere eller almindelige lovgivere, uden at EU-retten fastsætter konkrete regler herom.

48. Jeg vil derfor koncentrere mig om direktiv 2004/18, der indførte begrebet »indkøbscentraler« i EU-retten som en afspejling af en almindelig praksis i visse medlemsstater, hvorefter offentlige myndigheder kan indkøbe varer eller tjenesteydelser gennem en sådan central ordning [18].

49. Om end det ikke finder anvendelse ratione temporis, er denne centrale indkøbsteknik blevet opretholdt i direktiv 2014/24/EU [19], endda i mere specifikke vendinger end det foregående direktiv [20].

50. I henhold til definitionen i artikel 1, stk. 10, i direktiv 2004/18 forstås ved »indkøbscentral« »en ordregivende myndighed, der […] indkøber varer og/eller tjenesteydelser for andre ordregivende myndigheder, eller […] indgår offentlige kontrakter eller rammeaftaler om bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser for andre ordregivende myndigheder«.

51. Det fremgår af artikel 11 i direktiv 2004/18, at medlemsstaterne *kan* fastsætte bestemmelser, der giver de ordregivende myndigheder mulighed for at »anskaffe bygge- og anlægsarbejder, varer og/eller tjenesteydelser gennem indkøbscentraler« [21].

16 – I forelæggelsesafgørelsens præmis 1.4, hvortil Kommissionen har henvist i punkt 34 i sit skriftlige indlæg, bemærkes, at de udbudsprocedurer, som Asmel s.c.a.r.l. har gennemført på vegne af forskellige lokale enheder, udgør mindst 152 (jf. fodnote 9 i dette forslag til afgørelse).

17 – Jf. fodnote 12 vedrørende de øvrige muligheder, som kommunerne kan benytte sig af.

18 – 15. betragtning til direktiv 2004/18.

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

20 – 59. betragtning til direktiv 2014/24: »Der er ved at udvikle sig en kraftig tendens på EU-markederne for offentlige udbud i retning af koncentration af offentlige indkøberes efterspørgsel med henblik på at opnå stordriftsfordele, herunder lavere priser og transaktionsomkostninger, og at forbedre og professionalisere indkøbsforvaltningen.«

21 – Det fremgår af den engelske udgave af bestemmelsen, at »contracting authorities may purchase works, suplies and/or services *from* or *through* a central purchasing body« (min fremhævelse). Anvendelsen af dette dobbelte udtryk (*from or through*) lod til at tage forskud på indkøbscentralernes forskellige kategorier og funktioner, som blev præciseret tydeligere i det senere direktiv 2014/24: De kan fungere såvel som *grossister*, der køber, oplagrer eller videresælger, eller som *formidlere* for de ordregivende myndigheder, for hvilke de kan tildele kontrakter, anvende dynamiske indkøbssystemer eller indgå rammeaftaler til brug for disse ordregivende myndigheder (jf. 69. betragtning i direktiv 2014/24).

52. I artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 fastsættes, hvilke enheder der anses for ordregivende myndigheder: »staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer«.

53. Der er i henhold til direktiv 2004/18 intet til hinder for, at et offentligretligt organ – under strenge betingelser – bl.a. kan bestå af private retssubjekter. I henhold til artikel 1, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2004/18 afhænger en enheds status af offentligretligt organ dels af bestemte faktorer vedrørende dens oprindelse og retlige status [22] og dels af, om den er underlagt og kontrolleres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer [23].

54. Et privat retssubjekt ville således i princippet kunne udgøre en del af et offentligt organ, der er kvalificeret som en ordregivende myndighed, så længe det pågældende organ opfylder de ovennævnte betingelser [24].

55. Når der er tale om små lokale enheder, skal disse ifølge forelæggelsesafgørelsen oprettes ud fra modeller med udelukkende offentlig deltagelse, såsom kommuneforeninger eller kommunekonsortier, for at kunne oprette lokale indkøbscentraler. Disse indkøbscentraler, som de små lokale enheder kan anvende til anskaffelse af bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser, tillader således ikke deltagelse af private retssubjekter.

56. Selv om direktiv 2004/18 ganske vist fastsætter, at indkøbscentraler skal udgøre en ordregivende myndighed, forpligter direktivet ikke medlemsstaterne til, at ethvert offentligretligt organ (med eller uden privat deltagelse), der har status af ordregivende myndighed, skal anvende disse.

57. Direktiv 2004/18 indrømmer medlemsstaterne vide skønsmæssige beføjelser på dette område. Ifølge dets 16. betragtning er det »for at tage hensyn til de forskellige forhold i medlemsstaterne« formålstjenligt, at det »overlades til medlemsstaterne at give de ordregivende myndigheder mulighed for at anvende […] indkøbscentraler, […] som defineret og reguleret i dette direktiv«.

58. Denne betragtning kommer lovgivningsmæssigt til udtryk i artikel 11, stk. 1, i direktiv 2004/18, hvortil jeg tidligere har henvist. I henhold til denne bestemmelse kan medlemsstaterne *vælge* at tillade deres ordregivende myndigheder (i dette tilfælde de lokale enheder) at anvende indkøbscentraler.

59. Efter min opfattelse omfatter denne valgmulighed ligeledes en stillingtagen til, hvilken regulering der bedst tilgodeser offentlighedens interesse, eftersom direktiv 2004/18 ikke indfører specifikke regler med hensyn til at tillade private retssubjekters deltagelse i indkøbscentraler. Det er således tilstrækkeligt, at den nationale retsforskrift ikke ændrer denne institutions væsentlige kendetegn, og at den pålægger disse centraler at overholde bestemmelserne i direktiv 2004/18 (artikel 11, stk. 2, in fine).

22 – Der skal være tale om organer, som er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og som er juridiske personer.

23 – Der skal være tale om organer, »hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet«.

24 – For så vidt angår Asmel s.c.a.r.l. var afvisningen af at anerkende selskabets *status* som offentligretligt organ baseret på dets finansieringsform og på deltagelsen i dets ledelse af private virksomheder og andre private enheder, i forbindelse med hvis ledelse eller forvaltning staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer ikke kan udøve den i bestemmelsen foreskrevne kontrol. Det tilkommer den forelæggende ret at be- eller afkræfte denne bedømmelse fra førsteinstansretten.

60. Den nyligt afsagte Irgita-dom [25] tilbyder nogle fortolkningsredskaber, som ligeledes er anvendelige i forbindelse med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse. Selv om den blev afsagt i en anden kontekst [26], som dog ligger inden for området for indgåelse af offentlige kontrakter, og vedrørte en retsforskrift (artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24), som ikke omhandler indkøbscentraler, blev det i denne dom bemærket, at den pågældende retsforskrift ikke fratager medlemsstaterne »friheden til at foretrække én metode til levering af tjenesteydelser, til gennemførelse af bygge- og anlægsarbejder eller til leveringer frem for andre« [27].

61. I Irgita-dommen:

– bemærkede Domstolen, at »[m]edlemsstaternes valgfrihed med hensyn til metoden til levering af de tjenesteydelser, med hvilke de ordregivende myndigheder vil opfylde deres egne behov, følger […] af femte betragtning til direktiv 2014/24« [28]

– henviste Domstolen som et supplerende argument til direktiv 2014/23/EU [29], hvoraf det fremgår, at myndighederne frit kan afgøre, hvordan udførelsen af bygge- og anlægsarbejder og leveringen af tjenesteydelser bedst forvaltes [30]. Til støtte for dette standpunkt henviste den til det pågældende direktivs artikel 2, stk. 1 [31].

62. Med udgangspunkt i denne valgfrihed for medlemsstaterne er det således min opfattelse, at direktiv 2004/18 ikke er til hinder for, at en medlemsstat vælger at pålægge sine små lokale enheder at anvende rent offentligretlige samarbejdsformer, såsom kommuneforeninger og -konsortier, såfremt de ønsker at gøre brug af en egen indkøbscentral.

63. Medlemsstaterne har som nævnt frihed til at indføre modeller og teknikker til centralisering af offentlige indkøb (som både kan være på nationalt, provinsielt, regionalt og lokalt plan) alt afhængig af deres egne interesser og de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde [32]. Som det sidenhen er blevet bekræftet i artikel 37, stk. 1, in fine, i direktiv 2014/24, kan de ligeledes »bestemme, at visse indkøb skal foretages ved anvendelse af indkøbscentraler eller en eller flere specifikke indkøbscentraler«.

64. Kommuneforeninger og -konsortier er *organisationsmodeller* for de lokale enheder, der ligesom disse er af offentligretlig karakter. Der er derfor intet mærkeligt i, at den nationale lov, der regulerer disse *modeller*, som er indført med henblik på en samlet forvaltning af tjenesteydelser eller en fælles udøvelse af offentlige funktioner, ikke tillader private personers eller virksomheders deltagelse heri.

25 – Dom af 3.10.2019 (C-285/18, EU:C:2019:829, herefter »Irgita-dommen«).

26 – I denne sag blev det diskuteret, om de nationale restriktioner var mere vidtrækkende end »[…] de betingelser, som den ordregivende myndighed skal overholde, når den ønsker at indgå en in house-aftale«.

27 – Irgita-dommen, præmis 44.

28 – Ibidem, præmis 45. Selv om der henvises til direktiv 2014/24, som ikke finder anvendelse ratione temporis på den foreliggende sag, bemærkes det imidlertid i den nævnte præmis 45, at »Domstolens praksis før det nævnte direktiv forankres« i femte betragtning. Det fremgår af den nævnte betragtning, 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«.

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

30 – Irgita-dommen, præmis 47.

31 – »I dette direktiv anerkendes princippet om nationale, regionale og lokale myndigheders ret til frit at træffe beslutninger i overensstemmelse med national lovgivning og EU-retten. Disse myndigheder kan frit afgøre, hvordan udførelsen af bygge- og anlægsarbejder og leveringen af tjenesteydelser bedst forvaltes, for at sikre især et højt niveau af kvalitet, sikkerhed og overkommelige priser, ligebehandling og fremme af universel adgang og brugerrettigheder i forbindelse med offentlige tjenesteydelser. Disse myndigheder kan vælge at udføre deres opgaver af almen interesse med egne midler eller i samarbejde med andre ordregivende myndigheder eller at uddelegere dem til andre økonomiske aktører.«

32 – Med en gengivelse af dele af ANAC's afgørelse af 30.4.2015 har den italienske regering bemærket, at den omtvistede retsforskrift blev indført for at forebygge risikoen for mafiøs infiltration (artikel 13 i lov nr. 136/2010, »ekstraordinær mafiabekæmpelsesplan«). Ved det senere dekret »*Salva-Italia*« (artikel 23, stk. 4, i lovdekret nr. 201 af 6.12.2011, ratificeret ved lov nr. 214 af 22.12.2011) blev centraliseringen af de mindste kommuners indkøb ændret til en pligt og et instrument til udgiftskontrol i forbindelse med den nye affattelse af CCP's artikel 33, stk. 3a.

65. Den nationale lovgiver kan enten vælge en decentraliseret ordning for lokale offentlige indkøb (hvor den enkelte kommune selv indgår aftaler om anskaffelse af varer, bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser) eller en centraliseret eller samordnet ordning (dvs. en model med fælles indkøb foretaget af flere forskellige kommuner eller af indkøbscentraler, der anvendes af disse kommuner) [33].

66. Med hensyn til denne sidstnævnte ordning indrømmer direktiv 2004/18 som nævnt den nationale lovgiver frihed i forbindelse med udformningen heraf. Denne frihed omfatter bl.a. en beføjelse til at gøre ordningen obligatorisk for bestemte ordregivende myndigheder, også selv om det ikke udtrykkeligt fremgår af det pågældende direktiv (men derimod fremgår af direktiv 2014/24).

67. Der er intet til hinder for at tillade privatpersoners deltagelse i indkøbscentraler. Jeg forstår imidlertid ikke, hvorfor det skulle være i strid med direktiv 2004/18 eller en hvilken som helst anden EU-retlig forskrift, at en offentlig organisationsmodel, der gælder for kommuneforeninger og -konsortier, overføres til de indkøbscentraler, som oprettes inden for rammerne af disse foreninger og konsortier som redskab for de respektive kommuner til at anskaffe bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og varer.

68. Det er derimod korrekt, at den nationale lovgivers frihed ikke er ubegrænset, således som det blev fastslået i Irgita-dommen i en lignende sammenhæng, og at det valg, som denne træffer, hverken må være i strid med bestemmelserne og principperne i EUF-traktaten eller med de frihedsrettigheder, der er fastsat heri [34].

69. På dette punkt har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) begrænset sig til at bemærke, at eftersom »indkøbscentralerne er virksomheder, der tilbyder anskaffelse af varer og forsyninger til ordregivende myndigheder« [35], kan den af den italienske lovgiver indførte restriktion krænke den frie udveksling af tjenesteydelser, som er anerkendt ved artikel 57 TEUF.

70. Den omstændighed, at en indkøbscentral skulle kunne kvalificeres som en økonomisk aktør i sit forhold til tredjemand [36], er ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at artikel 56 TEUF og artikel 57 TEUF finder anvendelse, når dette begreb ikke kan adskilles fra begrebet ordregivende myndighed, og når sidstnævnte begreb i henhold til direktiv 2004/18 alene kan udgøres af »staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer«.

71. Jeg er således enig med den italienske regering, når den gør gældende, at den nationale lovgiver kan forbeholde deltagelsen i de indkøbscentraler, som på permanent vis varetager funktioner, der kendetegner ordregivende myndigheder, på vegne af de offentlige myndigheder, til offentligretlige personer [37].

33 – De begrænsninger, som hver enkelt medlemsstats forfatning kan pålægge den lovgivende magt for så vidt angår de regionale eller lokale organers selvbestemmelse (dvs. deres evne til at organisere sig selv), falder uden for de her rejste spørgsmål.

34 – Irgita-dommen, præmis 48: »Den valgfrihed, som medlemsstaterne har med hensyn til den forvaltningsmetode, som de finder egnet til gennemførelse af bygge- og anlægsarbejdet eller til leveringen af tjenesteydelserne, er imidlertid ikke ubegrænset. Den skal derimod udøves under overholdelse af EUF-traktatens grundlæggende regler, bl.a. de frie varebevægelser, etableringsfriheden og den frie bevægelighed for tjenesteydelser samt de deraf følgende principper som ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om gensidig anerkendelse, proportionalitetsprincippet og princippet om gennemsigtighed.«

35 – Forelæggelsesafgørelsen, præmis 10.3.

36 – Dette er tilfældet med Asmel s.c.a.r.l., som modtager vederlag af sine kunder for sine tjenesteydelser.

37 – Den italienske regerings skriftlige indlæg, punkt 70 ff.

72. Disse indkøbscentraler konkurrerede under direktiv 2004/18 ikke på et ikkeeksisterende *marked for tjenesteydelser leveret af indkøbscentraler* med private retssubjekter, som tilbød samme tjenesteydelser til de offentlige myndigheder. Noget andet er, at private virksomheder eller enheder, for så vidt angår rent accessoriske aktiviteter, herunder støtteydelser i forbindelse med de ordregivende myndigheders indkøbsaktiviteter, mod vederlag kan tilbyde de ordregivende myndigheder deres samarbejde (f.eks. i form af rådgivning).

73. Situationen kan have ændret sig efter direktiv 2014/24, hvis artikel 37, stk. 4, tillader tildeling af en »offentlig tjenesteydelseskontrakt om levering af centraliserede indkøbsaktiviteter til en indkøbscentral«.

74. Det forhold, at en sådan tildeling kan finde sted »uden at anvende procedurerne i dette direktiv«, således som det udtrykkeligt fastsættes i den nævnte bestemmelse, kan muligvis finde sin forklaring i, at den skal være til fordel for offentligretlige indkøbscentraler (i givet fald med privat deltagelse, som er begrænset og underlagt offentlig kontrol). I modsat fald, dvs. såfremt kontrakten ville kunne tildeles en privatperson, vil det være vanskeligt at forstå, hvordan kontrakten kan tildeles denne person uden på forhånd at have været underlagt de i direktiv 2014/24 omhandlede procedurer.

75. På denne baggrund mener jeg ikke, at der er grundlag for, at artikel 56 TEUF og 57 TEUF kan finde direkte anvendelse på den foreliggende sag. Uagtet at samtlige elementer af tvisten er begrænset til Italiens nationale område, uden at der er konstateret nogen grænseoverskridende forbindelser [38], er det, som har afgørende betydning, at fortolkningen af de EU-retlige forskrifter, som skal anses for at have forrang (direktiv 2004/18), ikke kræver, at de indkøbscentraler, der oprettes af små lokale enheder, nødvendigvis skal have deltagelse af privatpersoner.

76. Jeg vurderer ikke, at den italienske retsforskrift, set ud fra et konkurrenceretligt synspunkt [39] inden for området for offentlige kontrakter, som sådan er i strid hermed. Den konkurrence, som EU-retten sigter mod at beskytte på dette område, er først og fremmest konkurrencen mellem de økonomiske aktører, som tilbyder bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser til de ordregivende myndigheder. Så længe disse sidstnævnte (i dette tilfælde de indkøbscentraler, der oprettes inden for rammerne af kommuneforeninger og -konsortier) overholder procedurerne i direktiv 2004/18 i forbindelse med anskaffelsen af disse forsyninger, opretholdes konkurrencen mellem disse økonomiske aktører.

77. Med andre ord betyder de små lokale enheders obligatoriske adgang til deres egne indkøbscentraler (gennem kommuneforeninger og -konsortier) ikke, at det konkurrenceprægede marked lukkes for de interesserede økonomiske aktørers forsyning af disse offentlige myndigheder med de efterspurgte varer, bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser.

D. Det andet præjudicielle spørgsmål

78. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) ønsker oplyst, om EU-retten (»navnlig princippet om fri udveksling af tjenesteydelser og princippet om sikring af en så bred konkurrence som muligt på markedet for offentlige tjenesteydelseskontrakter«) er til hinder for en national bestemmelse, som »udelukker muligheden for at stifte privatretlige retssubjekter såsom eksempelvis et privatretligt konsortium med deltagelse også af private aktører«.

38 – Dom af 15.11.2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, præmis 47) og den deri nævnte tidligere retspraksis: »Bestemmelserne i EUF-traktaten vedrørende […] den frie udveksling af tjenesteydelser […] finder [ikke] anvendelse på en situation, hvor samtlige elementer er begrænset til en enkelt medlemsstat.«

39 – Ud fra dette perspektiv kan risikoen for konkurrenceforvridning snarere hidrøre fra aggregeringen og centraliseringen af indkøb, der, som det bemærkes i 59. betragtning til direktiv 2014/24, vil kunne medføre en »uforholdsmæssig stor koncentration af købekraft og ulovlig samordning«.

79. Indledningsvis skal jeg nævne, at det andet præjudicielle spørgsmål på trods af dets affattelse ikke omhandler kommunekonsortiernes pligt til overordnet set at tillade private retssubjekters deltagelse. Omstændighederne taget i betragtning omhandler den forelæggende rets tvivl snarere spørgsmålet om, hvorvidt forbuddet mod den private sektors deltagelse i de indkøbscentraler, der oprettes af disse konsortier, er i overensstemmelse med EU-retten.

80. Fortolket på denne måde kan besvarelsen af dette tvivlsspørgsmål efter min opfattelse findes i besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål, hvorfor der ikke er yderligere at tilføje hertil.

81. Kommissionen har imidlertid anført [40], at ANAC's afgørelse, som ligger til grund for tvisten, går ud over, hvad der er passende, når den i absolutte vendinger forbyder Asmel s.c.a.r.l. under nogen som helst omstændigheder at udøve virksomhed som »samordningsorgan«, og nægter den status som ordregivende myndighed [41].

82. Efter Kommissionens opfattelse er en national retsforskrift som den her omtvistede, der udelukker enheder, som er oprettet ud fra en bestemt juridisk model og med deltagelse af private retssubjekter, forenelig med EU-retten, så længe disse retssubjekter for så vidt angår *andre* beføjelser [42] end dem, der er genstand for den pågældende retsforskrift, kan kvalificeres som offentligretlige organer i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18.

83. Kommissionen præciserede sit standpunkt under retsmødet: Efter at have bekræftet, at artikel 11, stk. 1, i direktiv 2004/18 er forenelig med en national retsforskrift som den her omtvistede, hvorefter organisationsmodellerne for de indkøbscentraler, som de mindre lokale enheder kan anvende, begrænses til to, forklarede den, at dens indsigelse alene var begrænset til andre metoder til indgåelse af offentlige kontrakter end dem, der omfatter anvendelse af disse centraler.

84. Efter min opfattelse er det imidlertid ikke Domstolens opgave at tage stilling til denne bemærkning fra Kommissionen, eftersom spørgsmålet fra den forelæggende ret er begrænset til kommuneforeningers og -konsortiers *specifikke* beføjelser til at oprette permanente indkøbscentraler og ikke til *andre* beføjelser. Spørgsmålet om, hvorvidt de lokale enheder har beføjelser til at indgå aftaler på egne vegne inden for rammerne af en ikke-centraliseret indkøbsordning, går ud over anmodningen om præjudiciel afgørelse.

E. Det tredje præjudicielle spørgsmål

85. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har taget udgangspunkt i en fortolkning af den omtvistede nationale retsforskrift, hvorefter »kommunekonsortier, der også udgør indkøbscentraler, kun må udføre aktiviteter på et område svarende til området for de deltagende kommuner samlet set, og således højst svarende til provinsens område«.

86. På baggrund af denne fortolkning ønsker den forelæggende ret oplyst, om den nationale retsforskrift er i strid med princippet om fri udveksling af tjenesteydelser og princippet om sikring af en så bred konkurrence som muligt på markedet for offentlige tjenesteydelseskontrakter.

40 – Punkt 60-63 i dens skriftlige indlæg.

41 – Kommissionen har medgivet, at det alene tilkommer den nationale ret at tage stilling til, om Asmel s.c.a.r.l. har status som offentligretligt organ, til hvilket formål det bl.a. er nødvendigt at vurdere, om de offentlige myndigheder udøver en bestemmende indflydelse i dette selskab. Asmel s.c.a.r.l er enig i dette udgangspunkt.

42 – Fremhævet i den originale udgave.

87. Såvel den italienske regering som Kommissionen har visse betænkeligheder ved den måde, hvorpå denne tvivl præsenteres:

– Den italienske regering har bemærket, at den ikke har en klar forståelse af de af den forelæggende ret anførte grunde, hvorfor den ikke har mulighed for at indtage et standpunkt vedrørende dette spørgsmål. Efter dens opfattelse har retten fremsat modstridende argumenter ved dels [43] at bemærke, at retsforskriften indfører »områder, hvor indkøbscentraler, der handler på vegne af små kommuner, har eneret« (hvilket efter den italienske regerings opfattelse lader til at indebære en fordel for kommunekonsortierne), og dels at fastslå, at den territoriale begrænsning indebærer en ulempe for indkøbscentralerne.

– Ifølge Kommissionen er spørgsmålet hypotetisk, eftersom den territoriale begrænsning ikke skader, men derimod begunstiger en indkøbscentral som Asmel s.c.a.r.l., for så vidt som den udvider (og ikke begrænser) dennes kompetenceområde, som adskiller sig fra kommuneforeningernes og -konsortiernes kompetenceområde.

88. Spørgsmålet er efter min opfattelse ikke hypotetisk. Den problemstilling, der rejses, hvis der ses ud over forelæggelsesafgørelsens direkte ordlyd, er, om EU-retten (dvs. de ovennævnte principper) er til hinder for en begrænsning af det territoriale kompetenceområde for bestemte indkøbscentraler, nemlig dem, der oprettes af kommuneforeninger og -konsortier.

89. Det er korrekt, at denne tvivl ville give fuld mening i forbindelse med afgørelsen af en potentiel fremtidig tvist vedrørende oprettelsen af et (offentligretligt) kommunekonsortium som indkøbscentral, hvilket ikke er den direkte genstand for tvisten i hovedsagen. Da denne genstand er begrænset til ANAC's afgørelse vedrørende Asmel s.c.a.r.l.'s kompetence som indkøbscentral for enhver kommune, uden geografiske begrænsninger som sådan, må de af Kommissionen rejste indsigelser tillægges en vis vægt.

90. Det må imidlertid atter være formodningen om relevans i det præjudicielle spørgsmål – i den af den forelæggende ret fremsatte form – som har forrang. Såfremt den forelæggende ret finder det tvingende nødvendigt, at Domstolen tager stilling til et retligt spørgsmål, som efter den forelæggende rets opfattelse kræver en fortolkning af en EU-retlig forskrift, skal Domstolen forsyne den med en besvarelse, medmindre det med al tydelighed er unødvendigt for hovedsagen, hvilket ikke er tilfældet her.

91. For så vidt angår sagens realitet kan jeg ikke finde nogen bestemmelse i direktiv 2004/18, som pålægger medlemsstaterne ufravigelige regler i forbindelse med fastsættelsen af de territoriale kompetenceområder for indkøbscentraler oprettet af kommuneforeninger og -konsortier.

92. Endvidere er det ligeledes min opfattelse, at det er i overensstemmelse med udformningen af disse samarbejdsmodeller mellem lokale enheder, at de indkøbscentraler, der oprettes af disse, begrænser sig til et område svarende til de deltagende enheders respektive geografiske område samlet set. Tages der udgangspunkt i de kommuner, der modtager tjenesteydelser fra indkøbscentralen, kan virkningerne af det forhold, der forbinder disse to parter, alene komme til udtryk inden for deres egne territoriale områder.

43 – Forelæggelsesafgørelsen. præmis 11.3.

93. De eventuelle vanskeligheder med at efterprøve disse modeller kan muligvis atter begrundes i pligten til at respektere de grundlæggende friheder, der er fastsat i traktaterne. Af de samme grunde, som jeg har fremført i forbindelse med det første spørgsmål, mener jeg imidlertid ikke, at hverken artikel 56 TEUF eller de konkurrenceretlige bestemmelser er blevet tilsidesat. Under alle omstændigheder fremgår det ikke med tydelighed af forelæggelsesafgørelsens ordlyd, hvorfor en eller flere af disse friheder skulle være blevet begrænset.

94. Det skal tilføjes, at der med hensyn til de enheder, der leverer bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og varer til kommunerne gennem de af kommunerne oprettede indkøbscentraler, ikke er noget, der indikerer, at disse bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser skal hidrøre fra virksomheder beliggende i de deltagende kommuners territoriale område. Der er med andre ord intet grundlag for at formode, at markedet er lukket for virksomheder uden for dette område, hverken fra det øvrige Italien eller fra en hvilken som helst anden medlemsstat.

V. Forslag til afgørelse

95. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) forelagte spørgsmål således:

»EU-retten, og navnlig artikel 11 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, er ikke til hinder for en national retsforskrift, hvorefter små lokale enheder ifølge den forelæggende rets fortolkning skal anskaffe bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser gennem indkøbscentraler oprettet i overensstemmelse med to specifikke organisationsmodeller, såsom kommuneforeninger eller kommunekonsortier, hvis kompetenceområde er begrænset til de pågældende kommuners område samlet set.«