FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT D. RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 2. juni 2009 [1]

I — Indledning

1. Anmodningen om præjudiciel afgørelse, som forelægges af Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (regional forvaltningsret), giver Domstolen mulighed for at undersøge den gældende lovgivning vedrørende mekanismerne for »offentlig-private partnerskaber« [2] på området for driften af offentlige tjenesteydelser samt dens forenelighed med artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF.

2. Direkte tildeling af sådanne tjenesteydelser til et halvoffentligt selskab er i strid med fællesskabsretten, hvis mekanismerne i udbudsdirektiverne omgås. Klagepunktet omfatter modellen for tildeling af tjenesteydelser, i det omfang denne er i strid med artikel 43 EF og 49 EF, samt ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og principippet om forbud mod forskelsbehandling [3], med undtagelse af de tilfælde, hvor bestillinger på rimelig vis foretages med egne eller operationelle midler [4].

3. Nærværende sag har et særligt islæt, der adskiller den fra de sager om tildelinger af kontrakter, som Domstolen tidligere har afgjort. Den italienske domstol redegør nemlig for en direkte tildeling af den samlede vandforsyning til ét enkelt selskab, som både har offentlige og private interesser, men fremhæver samtidig, at der er foretaget et forudgående udbud, hvis traditionelle formål imidlertid synes at være blevet ændret.

4. Udvælgelsen af tilslagsmodtageren eller koncessionsmodtageren blev faktisk ændret til en metode til at udpege den private partner

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Jeg benytter undertiden akronymet »CPP« [på dansk »OPP«] til at referere til den spanske betegnelse. På engelsk og fransk anvendes akronymet »PPP« til at beskrive henholdsvis »public private partnership« og »partenariat public privat«.

3 — Dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 48, af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 33, og af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 52.

4 — Såfremt vilkårene for »in house providing« er opfyldt.

i handelsselskabet, som skal påtage sig kontrakten eller koncessionen. Ud over den økonomiske godtgørelse, der er forbundet hermed, indebærer udpegningen også selve udførelsen af tjenesteydelserne.

5. Til forskel fra sagen Kommissionen mod Østrig [5], hvor Domstolen konstaterede en kunstig konstruktion, der omfattede »flere særskilte faser«, og derved afslørede, at en tildeling til en halvoffentlig virksomhed under påskud af, at der forelå et *in house*-forhold [6], var retsstridig, indeholder denne sag visse konkurrenceaspekter, der viser nogle hidtil usete muligheder i en procedure, hvor der ikke lægges skjul på de økonomiske hensyn, idet man i én enkelt handling opretter selskabet, tildeler det en opgave og iværksætter de nødvendige kriterier for engagementet af en privat industriel partner. Kan man kræve mere?

6. Således opstår behovet for at undersøge, om denne forenklede fremgangsmåde opfylder kravene i fællesskabsretten [7].

5 — Dom nævnt ovenfor i fodnote 3.

6 — De faktiske forhold, som Kommissionen fremførte for Domstolen i henhold til artikel 226 EF, indicerede klart, at påstanden om traktatbrud måtte tages til følge, idet kommunen i Mödling indledningsvis, uden nogen form for udbud, tildelte selskabet AbfallGmbH, som den var eneejer af, opgaven at indsamle og behandle affaldet i kommunen, men kort tid efter besluttede at overdrage 49% af sine aktier til Saubermacher AG, hvilket i øvrigt var en afgørende faktor for, at AbfallGmbH kunne udføre arbejdet. Dette betød, når alt kommer til alt, at der var tale om en direkte tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt til et halvoffentligt selskab, som var 49% ejet af en privat virksomhed.

7 — Denne forelæggelse minder mig om de sarkastiske betragtninger i C. Dossi, *Note Azurre,* Ed. Adelphi, Milano, 1964, bind I, s. 248, hvor forfatteren ironiserer over, hvor tåbeligt det er at bryde loven for at snyde, når det er mere bekvemt at snyde *inden* for lovens rammer.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

1. Romtraktaten

7. Artikel 43 EF bestemmer:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. […]

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 48 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

8. Artikel 46 EF bestemmer:

»1. Bestemmelserne i dette kapitel og de forholdsregler, der træffes i medfør heraf, udelukker ikke anvendelse af love eller administrativt fastsatte bestemmelser, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

2. Rådet udsteder efter fremgangsmåden i artikel 251 direktiver om samordning af ovennævnte love og bestemmelser.«

9. Artikel 49 EF, stk. 1, bestemmer:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.«

10. I artikel 86 EF, stk. 1, opfordres medlemsstaterne til at afstå, »[…] for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne traktats bestemmelser, navnlig de i artikel 12 og 81-89 nævnte«.

2. Udbudsdirektiverne

a) De traditionelle sektorer

11. Mængden af regler vedrørende aspekter såsom udvælgelseskriterierne i forbindelse med kontraktens formål eller den gradvise reduktion af den ordregivende myndigheds muligheder for skønsmæssig vurdering talte for en reform, og efter nogle forsigtige forsøg [8] blev en sådan gennemført via den kodificering, der blev indført ved 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 [9].

8 — Bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 328, s. 1).

9 — EFT L 134, s. 114.

12. Reglerne for indgåelse af kontrakter er imidlertid underlagt principperne i Romtraktaten, navnlig princippet om frie varebevægelser, etableringsfriheden, den frie udveksling af tjenesteydelser samt de mere overordnede principper om ligebehandling, forbud mod forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.

13. For at sikre deres virkninger og garantere en effektiv konkurrence blev det for offentlige kontrakter over en vis værdi fastsat, at der skal skulle udarbejdes »[…] bestemmelser om fællesskabssamordning af nationale procedurer for indgåelse af sådanne kontrakter, der bygger på disse principper […]« (anden betragtning til direktiv 2004/18).

14. Af hensyn til retssikkerheden gives i artikel 1 i direktiv 2004/18 et arsenal af definitioner, blandt hvilke jeg for nærværende — for at tydeliggøre den hårfine grænse mellem kontrakt og koncession — skal fremhæve følgende:

— offentlige kontrakter: »[…] gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv«

— koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder: »[…] en kontrakt med samme karakteristika som offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris«

— koncessionskontrakt om tjenesteydelser: »[…] en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris«.

b) Udelukkede sektorer

15. På grund af de særlige forhold på markederne for vandforsyning, energiforsyning, transport og posttjenester kunne den generelle ordning ikke finde anvendelse på disse uden at blive tilpasset deres forskellige særegenheder.

16. Dette blev afhjulpet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af

31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester [10], der bygger på principper, som er identiske med de ovenfor nævnte [11], om end med en anden ånd end den, der lå til grund for direktiv 2004/18. Det afgørende element ligger nemlig ikke i den enhed, der foreslår kontrakten, men i karakteren af den aktivitet, som den vedrører [12].

17. Direktiv 2004/17 omhandler vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter [artikel 1, stk. 2, litra b), c) og d)]. Disse stilles over for koncessionerne [artikel 1, stk. 3, litra a) og b)], og det fastslås, at direktivet finder anvendelse i forbindelse med »tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af drikkevand« [artikel 4, stk. 1, litra a)] samt i forbindelse med »forsyning af disse net med drikkevand« [artikel 4, stk. 1, litra b)].

B — *De italienske bestemmelser*

18. Artikel 113, stk. 5, i lovdekret nr. 267/2000 af 18. august 2000 om godkendelse af bekendtgørelse af lovene om en ordning for de lokale myndigheder (herefter »lovdekret nr. 267/2000«) [13], giver i den version, der i tidsmæssig henseende finder anvendelse [14], disse institutioner [15] tre forskellige måder at forvalte deres offentlige tjenesteydelser på, alt afhængig af om kontrakten tildeles:

»[…]

a) kapitalselskaber, som udpeges efter iværksættelse af en offentlig udbudsprocedure

b) kapitalselskaber med en blandet offentlig-privat kapital, hvori den private selskabsdeltager udvælges ved offentlige udbudsprocedurer, som sikrer overholdelse af de nationale og fællesskabsretlige konkurrenceregler i overensstemmelse med de retningslinjer, der er fastsat af de kompetente myndigheder i beslutninger eller særlige cirkulærer

10 — EFT L 134, s. 1.

11 — Artikel 10 og niende betragtning til direktiv 2004/17.

12 — Jf. punkt 41 i mit forslag til afgørelse af 22.11.2007 i Aignersagen, som blev afgjort ved Domstolens dom af 10.4.2008, sag C-393/06, Sml. I, s. 2339.

13 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (herefter »GURI«) af 28.9.2000, almindeligt tillæg nr. 227.

14 — Bestemmelsen blev erstattet af artikel 35 i lov nr. 448/2001 (almindeligt tillæg til GURI nr. 285 af 29.12.2001) og ændret ved artikel 14 i lovdekret nr. 269 af 30.9.2003 om hasteforanstaltninger til fremme af udviklingen og ændring af offentlige kontis anvendelse (almindeligt tillæg til GURI nr. 229 af 2.10.2003).

15 — Med behørig påmindelse om at overholde såvel den sektorbestemte lovgivning som fællesskabslovgivningen.

c) kapitalselskaber, som er 100% offentligt ejet, såfremt den eller de offentlige myndigheder, der er indehaver af selskabskapitalen, udøver en kontrol med selskabet, der svarer til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, og såfremt selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, det ejes af.«

19. Litra a) omhandler den kontraktmæssige løsning, litra c) vedrører selvudførte ydelser eller »in house providing« [16], mens litra b) vedrører det komplicerede område for »offentlig-private partnerskaber«.

III — Hovedsagens faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

20. Via en samarbejdsaftale oprettede Provincia Regionale de Ragusa og dens kommuner den 10. juli 2002 »Ambiti Territoriali Ottimali« (herefter »ATO«) for vand, hvis hovedformål var at varetage organisationen af »Servizio Idrico Integrato«.

21. Den 26. marts 2004 tildelte Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa (konferencen af borgmestre og provinsformanden) [17] forvaltningen af den samlede vandforsyning til et »halvoffentligt selskab med overvejende offentlig kapital« i henhold til artikel 113, stk. 5, litra b), i lovdekret nr. 267/2000. Den 7. juni 2005 godkendte konferencen et udkast til aktieselskabets oprettelsesakt og vedtægter, hvori det blev bestemt, at selskabet skulle have eneretten.

22. I *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT S 195 af 8.10.2005) blev der offentliggjort en udbudsbekendtgørelse med henblik på at udvælge en virksomhed, der skulle fungere som privat minoritetspartner, og som desuden skulle varetage driften af tjenesteydelsen og udføre de hermed forbundne bygge- og anlægsarbejder.

23. I udbudskonkurrencen deltog tre midlertidige konsortier: Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA og Aqualia SpA.

24. Udbudskomitéen udelukkede Aqualia SpA og godkendte de andre to, men efter at have anmodet disse om at tilkendegive deres fortsatte interesse var det kun Acoset SpA, der svarede bekræftende.

16 — I ANAV-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 3, undersøgte Domstolen, om artikel 113, stk. 5, i lovdekret nr. 267/2000 var forenelig med fællesskabsbestemmelserne, men den behandlede ikke vanskelighederne i artiklens litra b), eftersom Tribunale amministrativo regionale per la Puglia alene havde spurgt Domstolen om de meget frie beføjelser, som den nævnte bestemmelse angiveligt gav den administrative myndighed til at tildele forvaltningen af den offentlige transport til et selskab, der var kontrolleret af den lokale myndighed [litra c)] eller ved en offentlig udbudsprocedure [litra a)], således som generaladvokat Geelhoed opsummerer i punkt 11 i sit forslag til afgørelse af 12.1.2006.

17 — Styrelsesorganet i ATO.

25. Ikke desto mindre blev der den 26. februar 2007 iværksat foranstaltninger til annullering af proceduren, idet man befrygtede, at den kunne være i strid med fællesskabsretten. Proceduren blev endelig annulleret af konferencen af borgmestre og provinsformanden ved protokol af 2. oktober 2007, i hvilken det desuden blev besluttet, at tjenesteydelsen skulle varetages af et konsortium [18].

26. Acoset SpA ankede den nævnte forvaltningsakt og de forudgående akter, der havde ligget til grund herfor, idet selskabet gjorde gældende, at det var berettiget til at få tildelt kontrakten eller til at modtage erstatning for sine tab. Selskabet anmodede således om midlertidig udsættelse af de anfægtede afgørelser.

27. På denne baggrund har Tribunale amministrativo regionale della Sicilia forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Er en model med et halvoffentligt selskab, som er oprettet særligt med henblik på at udføre en bestemt industriel, offentlig tjenesteydelse og alene med dette ene selskabsformål, og som modtager direkte tilslag på den pågældende tjenesteydelse, hvorunder den private partner, der er »industriel« og »operativ«, udvælges ved en offentlig procedure, efter at der er foretaget kontrol af såvel de finansielle og tekniske krav som de rent operative og driftsmæssige i forbindelse med den ønskede tjenesteydelse og de konkrete ydelser, der skal leveres, i overensstemmelse med fællesskabsretten, herunder særligt forpligtelserne til gennemsigtighed og fri konkurrence i henhold til traktatens artikel 43, 49 og 86?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

28. Den præjudicielle anmodning blev registreret på Domstolens Justitskontor den 14. maj 2008.

29. Konferencen af borgmestre og provinsformanden samt kommunen i Vittoria påstår i deres skriftlige indlæg, at udbudsproceduren erklæres for uforenelig med fællesskabsretten, idet tjenesteydelsen blev direkte tildelt det halvoffentlige selskab, selv om den private partner blev fundet ved offentligt udbud. Kommunerne i Comiso og Modica anmoder om en indledende stillingtagen til konsekvenserne af, at Acoset SpA ikke har nogen retlig interesse i søgsmålet, eftersom udbudskonkurrencen er blevet annulleret.

30. Acoset SpA, Kommissionen og den italienske, østrigske og polske regering hævder til gengæld, at artikel 43 EF, 49 EF

18 — Jf. artikel 31, stk. 8, i lovdekret nr. 267/2000.

og 86 EF ikke er til hinder for den nævnte tildeling, så længe garantierne i fællesskabslovgivningen opfyldes.

31. På retsmødet, som blev afholdt den 2. april 2008, blev der givet møde og afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for Acoset SpA, den italienske regering samt Kommissionen.

V — Formaliteten

A — *En indledende betragtning*

32. Selv om ingen af parterne har bragt det på bane, skal jeg mane enhver tvivl om, hvorvidt det af Tribunale amministrativo regionale della Sicilia forelagte præjudicielle spørgsmål har fællesskabsinteresse, i jorden og således fjerne enhver mistanke om, at der måtte være tale om et rent nationalt forhold, der kun vedrører en enkelt medlemsstat, idet alle de involverede virksomheder er hjemmehørende i Italien.

33. Henset til omfanget af de omstridte tjenesteydelser, kan det ikke udelukkes, at virksomheder i andre medlemsstater kan have været interesserede i opgaven, og denne omstændighed indebærer, at der foreligger en fællesskabsinteresse (Domstolens dom af 25.4.1996 i sagen Kommissionen mod Belgien [19] samt Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3), hvilket yderligere forstærkes af fortolkningen af traktatens principper og bestemmelser.

34. Selv om OPP'erne — hvilket jeg senere skal behandle — ikke er blevet harmoniseret, er det desuden vigtigt at undersøge de ensartede bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter og sammenholde disse med dem, der vedrører koncession, om ikke andet så for at belyse karakteren af tjenesteydelserne og den forvaltning, de i hvert enkelt tilfælde omfatter.

B — *Det præjudicielle spørgsmåls ufuldstændighed*

35. Den østrigske regering hævder, at den præjudicielle anmodning om fortolkning, som både er forståelig og fortjener et svar, imidlertid ikke er tilstrækkelig klar til at kunne anvendes i tvisten i Italien, idet der ikke er fremlagt oplysninger om hverken tjenesteydelsens nærmere udformning, indholdet af licitationen eller rammerne for den »forudgående kontrol af vilkårene«.

36. Behovet for en fortolkning af fællesskabslovgivningen, som er anvendelig for den

19 — Sag C-87/94, Sml. I, s. 2043, præmis 33 og 54.

nationale domstol, og som samtidig gør det muligt for de parter, der giver møde i den præjudicielle proces, at indgive skriftlige indlæg [20], kræver en redegørelse for den faktiske og retlige baggrund for de forelagte spørgsmål eller i det mindste en forklaring af de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for spørgsmålet [21].

37. Domstolen har fastslået, at den kun kan afvise at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten eller med hovedsagens genstand, samt når problemet er af hypotetisk karakter [22].

38. Da forelæggelseskendelsen giver et minimum af forklaringer hvad angår forbindelsen mellem artikel 113, stk. 5, i lovdekret nr. 267/2000, den udbudsprocedure, der blev iværksat i henhold hertil, samt de modstridende fællesskabsretlige principper og bestemmelser, er Domstolen forpligtet til at træffe afgørelse herom [23], idet ingen af grundene til umiddelbar afvisning kan påberåbes.

20 — Domstolens dom af 1.4.1982, forenede sager 141/81-143/81, Holdijk m.fl., Sml. s. 1299, præmis 6.

21 — Domstolens dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 6, og kendelse af 19.3.1993, sag C-157/92, Banchero, Sml. I, s. 1085, præmis 4, af 7.4.1995, sag C-167/94, Grau Gomis m.fl., Sml. I, s. 1023, præmis 8, og af 20.3.1996, sag C-2/96, Sunino og Data, Sml. I, s. 1543, præmis 4.

22 — Dom af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 19.

23 — Dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 38.

C — *Acoset SpA's søgsmålskompetence*

39. Konferencen og kommunerne i Comiso og Modica har anført, at Acoset ikke har nogen retlig interesse i nærværende præjudicielle sag, idet selskabet kun ønsker at anfægte annulleringen af proceduren for udvælgelsen af den private partner.

40. Der er absolut intet grundlag for denne påstand, som uden videre afvises.

41. Det fremgår af artikel 234 EF, at forelæggelsen af et præjudicielt spørgsmål [24] udelukkende tilkommer den nationale domstol og ikke parterne i sagen, om end disse har mulighed for at ytre sig herom [25]. For at betragte nogen som part i sagen er det for Domstolen tilstrækkeligt, at vedkommende er part i den nationale sag, hvilket klart er tilfældet for Acoset SpA [26].

24 — Angående dets betydning som samarbejdsinstrument i Fællesskabets retsorden henvises til Domstolens dom af 1.12.1965, sag 16/65, Schwarze, Sml. 1965-1968, s. 131; org. ref.: Rec. s. 265, og af 16.1.1974, sag 166/73, Rheinmühlen, Sml. s. 33.

25 — Artikel 23 i Domstolens statut.

26 — Under alle omstændigheder er det bemærkelsesværdigt, at påstanden om Acosets manglende retlige interesse er baseret på annulleringen af licitationen, når det netop er denne annullering, der er årsag til sagens anlæggelse.

VI — Gennemgangen af det præjudicielle spørgsmål

A — *Det selvstændige begreb »offentlig-private partnerskaber«*

1. De nationale perspektiver

42. De offentlige myndigheders økonomiske og forvaltningsmæssige aktiviteter har gennemgået en voldsom forandring i løbet af det seneste århundrede. Efter en indledende passiv liberalisme med det ene formål at opretholde den offentlige ro og orden ved hjælp af traditionelle midler til ordenshåndhævelse, såsom påbud og forbud, skete der en udvikling hen imod at tilbyde tjenesteydelser til borgerne [27], indtil man endelig nåede frem til idéen om staten som forsørger på baggrund af solidaritetstanken [28].

43. Ved slutningen af dette forløb er den traditionelle opfattelse af de offentlige ydelser gået tabt, for graden af åbenhed mellem myndigheder og borgere betyder i dag, at deres gensidige funktioner ikke kan holdes klart adskilt fra hinanden.

44. Selv om myndighedernes anstrengelser er rettet mod den almene interesse, er der mange måder at opfylde denne på. Særligt interessante er de metoder, der giver borgerne mulighed for at udøve aktiviteter af offentlig karakter og dermed medfører en tydelig grad af samarbejde [29].

45. Som eksponenter for dette sammenfald indtager den såkaldte indirekte forvaltning af de offentlige tjenesteydelser eller de offentlige kontrakter — som begge har dybe rødder i retshistorien — en unik position.

46. Når en privat virksomhed påtager sig ansvaret for levering af en ydelse og — drevet af udsigten til en fortjeneste — sætter sin formue på spil for at sikre, at den leveres og fungerer korrekt, skabes der således en tæt forbindelse til den offentlige formue. Det samme er tilfældet, når myndighederne er bevidste om deres tekniske og økonomiske begrænsninger og beslutter, at en ekstern leverandør vil være bedst egnet til at varetage en given opgave eller tjenesteydelse.

27 — E. Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger,* Kohlhammer, Stuttgart, 1938, henførte disse ydelser under begrebet *Daseinsvorsorge,* altså »eksistentiel ydelse«, med henblik på at dække samfundets vitale behov, og forudså et stærkt og dynamisk statsapparat, som var i stand til at imødekomme dette behov. For en korrekt forståelse af denne teori henvises til L. Martín Retortillo, »La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge«, i *Revista de Administración Pública,* nr. 38, maj-august, 1962, s. 35-65.

28 — En af de største pionerer for denne tanke, L. Duguit, *Leçons de Droit public général,* Ed. Boccard, Paris, 1926, s. 36, afviser, at magten skulle være en uadskillelig del af staten, idet han tildeler denne opgaven at fremme den sociale solidaritet.

29 — Omvendt er staten underlagt den privatretlige lovgivning, når den opererer på det erhvervsmæssige område på lige fod med andre aktører.

47. Den private kapital fungerer som mellemled mellem det organ, der er ansvarligt for opgaven eller tjenesteydelsen, og modtagerne heraf, og med forbehold af de typemæssige varianter er arketypen af det fælles samarbejde i denne henseende allestedsnærværende og regulerer samtlige aspekter heri.

48. Ud over de tilfælde, hvor der anvendes kontrakter eller koncessioner, er det desuden hverken usædvanligt eller nyt, at myndighederne udfører offentlige funktioner i samarbejde med private aktører, som imidlertid ikke udgør en integreret del af deres struktur [30].

49. For at kunne identificere »offentlig-private partnerskaber« som en selvstændig kategori var det derfor nødvendigt at definere begrebet med udgangspunkt i den samling af gensidige påvirkninger, der kendetegner visse retlige institutioner.

50. Sporene fra den angelsaksiske oprindelse kan fornemmes i de offentlige debatter om »New Public Management«, som i den grad har skabt grobund for OPP'erne, idet de banede vejen for, at den offentlige administration kunne anvende erhvervslivets ledelseskriterier, som kræver private økonomiske indskud (»Private Finance Iniciative«).

30 — J.A. Santamaría Pastor beskriver i *Principios de derecho administrativo,* bind I, 3. udg., Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, s. 460, dette samarbejde, idet han hævder, at der ved siden af den ægte offentlige administration altid har eksisteret en form for administration, som han benævner »uægte«.

51. Herefter har fremgangsmåden dog bevæget sig i forskellige retninger: Mens man i visse nationale retssystemer har afprøvet modeller med »partnerskabskontrakter« [31], er disse metoder fortsat yderst usædvanlige i andre retssystemer [32].

2. En splittet fællesskabsvision

52. Fællesskabsretten tilstræber en harmonisering af de nationale retsordener på området for offentlige kontrakter, om end denne proces er stagneret, efter at »OPP-fænomenet« er opstået [33].

53. Medlemsstaterne presser imidlertid på for en regulering på fællesskabsplan, idet OPP'erne bliver mere og mere udbredte i den offentlige sektor. De tydelige fordele, der

31 — I Frankrig illustreres denne fremgangsmåde i kendelse nr. 2004/559 af 17.6.2004 og lov nr. 2008-735 af 28.7.2008 om partnerskabskontrakter. I Spanien fastslås det i lov nr. 30/2007 af 30.10.2007 om kontrakter i den offentlige sektor (BOE nr. 261 af 31.10.2007, s. 44336), at et »offentlig-privat partnerskab« har status af kontrakt.

32 — Som eksempel på debatten om, hvorvidt metoderne er usædvanlige, henvises til J. González García, *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado,* som udgives om kort tid. Efter at forfatteren har forudset indførelsen af en ny type kontrakt, når han frem til den overbevisning, at der er tale om et middel »til i den administrative praksis at indlemme alle de atypiske samarbejdsmekanismer, der anvendes i de økonomiske forhold mellem privatpersoner« [frit oversat]. Han foretrækker således det atypiske, idet dette giver bedre muligheder for fleksibilitet og for at tilføre fantasi til forsyningen af tjenesteydelser.

33 — I »Grønbogen om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner« af 30.4.2004, KOM(2004) 327 endelig udg.(herefter »grønbogen«), anvender Kommissionen — i det mindste på det pågældende tidspunkt — denne benævnelse om »OPP'erne«.

er forbundet hermed, er nemlig ikke upåagtede.

54. Ud over at fungere som sikkerhedsventil for de budgetmæssige begrænsninger fremmer disse instrumenter den private finansiering samt udnyttelsen af den viden, der findes i virksomhederne uden for den offentlige sektor. De kan således bidrage til at rette op på de nederlag, som staten har lidt på grund af liberaliseringen. Dennes status som direkte aktør har nemlig udviklet sig til en rolle, hvor den regulerer adfærden, for hvilken den fungerer som en sidste sikring, når denne påvirker den almene interesse.

55. På et område, hvor der ikke findes nogen specifik, bindende ordning for denne adfærd, hersker der en retlig usikkerhed, særligt hvad angår deltagelsen af de private partnere og midlerne til deres integration i denne form for økonomisk modvægt.

56. Således opstod behovet for at opstille fortolkningsmæssige retningslinjer for disse fremgangsmåder, således at de kunne tilpasses principperne i traktaten, og dette blev løst ved hjælp af Kommissionens fortolkningsmeddelelse [34] af 5. februar 2008 om anvendelsen af fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner på institutionelle offentlig-private partnerskaber [35].

57. Den manglende harmonisering [36] på fællesskabsplan er i mine øjne en hindring for, at OPP'et kan godkendes som en ægte kontrakt. Det er dog ikke til hinder for en anerkendelse af, at disse nyopfundne instrumenter til samarbejde kan indeholde visse klausuler, der er kontraktmæssige eller minder om vilkårene for en koncession.

58. En fuldstændig regulering ville fjerne visse hindringer og lede de offentlige myndigheder og private virksomheder på rette vej. Den uvished, der hersker i øjeblikket, afholder dem nemlig ofte fra at indgå et OPP (hvilket erkendes i meddelelsen) [37] — til skade for infrastrukturen og de offentlige tjenesteydelser — på grund af risikoen for, at dette ville være uforeneligt med den retsorden, der tilstræbes af Den Europæiske Union.

34 — Ifølge R. Alonso García, *El soft law comunitario,* »Revista de Administración Pública«, nr. 154, januar-april, 2001, s. 79, har instrumenterne i artikel 249 EF bl.a. til formål at opstille klare og sammenhængende rammer for myndighederne og de private aktører, således at deres adfærd styres i en retning, der er forenelig med fællesskabsretten.

35 — K(2007) 6661, som jeg herefter benævner »meddelelsen«.

36 — I sin udtalelse ved førstebehandlingen den 10.5.2002 anmodede Europa-Parlamentet imidlertid Kommissionen om at undersøge muligheden for at udarbejde et direktivforslag, KOM(2000) 275. Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg mente på sin side, at der var behov for en lovgivningsprocedure (EØSU's udtalelse (EFT C 14, af 16.1.2001), ordfører: Philippe Levaux, punkt 4.1.3, og EØSU's udtalelse (EFT C 193, af 10.7.2001), ordfører: Bo Green, punkt 3.5).

37 — Denne reaktion, som er naturlig blandt lovens udøvere, bekræftes af J. Carbonnier i »Sociologie juridique«, Quadrige, PUF, Paris, 1994, s. 331, som henviser til forskellen i juristernes og sociologernes opfattelse af juraens kompleksitet. Mens de førstnævnte anser denne kompleksitet som negativt, eller tilmed en sygdom, og ønsker at vende tilbage til det enkle, begrænser de sidstnævnte sig til, uden i øvrigt at fremkomme med nogen vurderinger, at registrere tilstanden som en afvigelse, der bør analyseres.

59. Dette tomrum tilfører en relativisme til forsøgene på at klassificere den offentlige forvaltnings aktiviteter inden for ordenshåndhævelse, udvikling og offentlige tjenesteydelser [38], og hertil kan tilføjes, at hver enkelt af disse elementer i et globaliseret retligt Fællesskab afspejler de enkelte landes forskellige opfattelser.

60. Særligt inden for de offentlige tjenesteydelser kommer uensartetheden tydeligt til udtryk [39], for mens dette begreb i nogle lande fungerer som hjørnestenen i deres forvaltningsretlige systemer [40], udgør det i andre lande ikke grundlaget for »régime administratif«, ligesom »publicatio« heller ikke indtager en hovedrolle [41].

61. Heri ligger, efter min mening, en af årsagerne til den uensartede udformning af OPP'erne, som står over for et endnu større problem, nemlig at fællesskabslovgiveren har harmoniseret de offentlige kontrakter, men ikke virvaret af hverken koncessioner [42] eller offentlige tjenesteydelser. Da disse kategorier ligger latent i temmelig mange OPP'er, er det ikke tilfældigt, at der mangler lovgivning på området.

38 — Eksempler herpå kan ses i E. Presutti, *»Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione«*, Società Editrice, Milano, 1903.

39 — Dette fastslås i Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse af 22.5.2003 vedrørende grønbogen om forsyningspligtydelser (KOM(2003) 270 endelig (EFT C 76)).

40 — Det ses tydeligt i Frankrig, Italien og Spanien i modsætning til de opfattelser, der har vundet indpas i f.eks. Storbritannien, Tyskland og Danmark.

41 — Undertiden afviger terminologien, men grundlaget og essensen i de offentlige tjenesteydelser er klar: S. González-Varas Ibáñez, *»El derecho administrativo privado«*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, s. 398.

42 — Dette skønt Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen (EFT C 121, s. 6) indeholder en selvstændig definition i forhold til de nationale definitioner.

B — *Katalogisering af OPP'erne*

62. Trods den manglende definition af begrebet blev der i grønbogen lagt op til en klassifikation, idet det på empirisk vis blev konstateret, at OPP'ernes forskelligartethed i de enkelte medlemsstater kan inddeles i to overordnede grupper, alt efter om partnerskabet udelukkende bygger på et konventionelt aftaleforhold (kontraktuelle OPP'er), eller om det finder sted gennem en særskilt enhed (institutionelle OPP'er eller »IOPP«).

63. Denne opdeling kan genkendes i Kommissionens meddelelse, som kun beskæftiger sig med den sidstnævnte type, sandsynligvis fordi det er sværere at systematisere de mange former for kontraktuelle OPP'er, der er opstået på grund af en tydeligt udbredt partsautonomi [43].

64. I IOPP'erne samles den offentlige og den private partners opgaver i en særskilt enhed med selvstændig retsevne, hvorved der overvåges, at bygge- eller anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen udføres til gavn for offentligheden.

43 — Ifølge grønbogen dækker begrebet faktisk »[…] forskellige modeller, hvor en eller flere mere eller mindre omfattende opgaver overdrages til den private partner, herunder udformning, finansiering, gennemførelse, renovering eller udnyttelse af et bygge- eller anlægsarbejde eller en tjenesteydelse«.

65. Til forskel fra visse andre konventionelle instrumenter, hvor der skabes en direkte tilknytning mellem den private partner, der udfører tjenesteydelsen på vegne af myndighederne, og slutbrugeren, er selskabet, når der er tale om et IOPP, i kraft af sin rolle som tilslagsmodtager eller koncessionshaver den »officielle« forbindelse til modtageren, selv om opgaven rent »fysisk« udføres af den private partner. Det giver således mening, at repræsentanten for Acoset på retsmødet i nærværende præjudicielle sag bekræftede, at den private partner i virkeligheden udøver sine tjenesteydelser for det halvoffentlige selskab.

66. Ud over de nævnte fordele sikrer IOPP'erne, at den offentlige forvaltning kan varetage en forholdsvis høj grad af kontrol med opgavernes udførelse ved dens tilstedeværelse i aktionærkredsen og i de beslutningsdygtige organer.

67. Erfaringen viser i alt væsentligt, at der findes to måder at indgå et IOPP på: Man kan enten oprette et helt nyt selskab eller ændre kapitalsammensætningen i et eksisterende selskab, således at det går fra at være 100% offentligt ejet til at blive delvist privatejet. Det er indlysende, at en korrekt anvendelse af sidstnævnte metode kræver, at den private sektors majoritet fastslås inden eller samtidig med tildelingen af kontrakten, og ikke efterfølgende [44] .

68. Artikel 113, stk. 5, litra b), i lovdekret nr. 267/2000 omhandler et IOPP, der følger den førstnævnte metode, eftersom der oprettes et selskab med blandet kapital, hvis private partner påtager sig den samlede kommunale vandforsyning [45], efter at denne er blevet udvalgt gennem offentligt udbud.

69. Endelig involverer IOPP'erne anvendelsen af en kontrakt eller en koncession, hvilket betyder, at der atter skal sondres mellem dets grundlæggende formål, hvilket er afgørende for at kunne fastslå, hvilke regler der finder anvendelse herpå på fællesskabsområdet.

C — Afgrænsningen mellem kontrakt og koncession

70. I lyset af ovennævnte klassifikation skal jeg definere begreberne kontrakt og koncession, inden jeg fastslår, hvilken retsorden der er gældende for IOPP'et i Ragusa.

44 — Således konkluderes i præmis 42 i dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, og formålet hermed er at undgå omgåelser af fællesskabslovgivningen, idet de ordregivende myndigheder ikke må »gennemføre foranstaltninger til sløring af tildelingen af offentlige tjenesteydelseskontrakter til halvoffentlige virksomheder«.

45 — Meget illustrativt erkendes det i grønbogen, at der i medlemsstaterne sandsynligvis anvendes lignende konstruktioner »med henblik på præstering af lokale offentlige tjenesteydelser (f.eks. i forbindelse med vandforsyning eller indsamling af affald)«.

71. Jeg tilslutter mig Kommissionens vurdering af, at tildelingen af en lokal offentlig tjenesteydelse, såsom den samlede vandforsyning, kan ske i form af en kontrakt eller en koncession, og at de utilstrækkelige oplysninger i forelæggelseskendelsen gør det vanskeligt at fastslå, om man har valgt den ene eller den anden type.

72. Følgende omstændigheder bør imidlertid tages i betragtning: For det første baserer Tribunale amministrativo regionale della Sicilia udelukkende sit spørgsmål på bestemmelserne og principperne i traktaten uden nogen henvisning til udbudsdirektiverne [46]. For det andet anvender den nationale domstol udtrykket halvoffentligt selskab, »der gives koncession«. Og for det tredje stemmer den fastsatte varighed på 30 år bedre overens med en koncession [47].

73. Forskellen er ikke uden betydning. Hvis det halvoffentlige selskab nemlig får tildelt en offentlig kontrakt, skal retningslinjerne for offentliggørelsen samt fremgangsmåden for udvælgelsen af den private partner, der skal udføre opgaven, ske efter i direktiv 2004/17 eller 2004/18**,** såfremt kontraktsummen overstiger de beløbsgrænser, der er fastsat i disse bestemmelser. Er der derimod tale om en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller en offentlig kontrakt, der ikke er omfattet af nævnte direktiver (f.eks. hvis kontraktsummen ikke overstiger de fastsatte grænser), gælder alene principperne og frihedsrettighederne i traktaten.

74. Det er derfor absolut nødvendigt at præcisere de kriterier, der definerer de diffuse grænseskel mellem kontrakt og koncession [48], og i mangel af de nødvendige oplysninger må det i sidste instans påhvile den nationale domstol at foretage dette ud fra en vurdering af »driftsrisikoen« og »vederlaget for tjenesteydelsen« som fortolket af Domstolen.

75. Nærværende præjudicielle anmodning angiver de indledende vanskeligheder med at afgrænse »en offentlig tjenesteydelseskontrakt« fra »en koncession på offentlige tjenesteydelser«.

76. En kontrakt om tjenesteydelser kræver en modydelse, som skal betales direkte fra den ordregivende enhed til leverandøren. Når dette vederlag ikke afholdes af den offentlige myndighed, men stammer fra de beløb, der er indbetalt af de tredjeparter, der har gavn af

46 — Den sicilianske domstol udviser en beundringsværdig forsigtighed, når den, skønt det enorme opbud af regler og ordninger, der kan anvendes til at puste juridisk liv i et IOPP, kun henviser til frihedsrettighederne og principperne i traktaten, hvilket udgør den mindste fællesnævner for kontrakterne og koncessionerne. Dermed følger den F. Bacons råd i *Essays*, Ed. Cosimo, 2007, kapitel LVI, of Judicatory, s. 137, »Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws«.

47 — Den Italienske Republik og Acoset støtter sig til denne omstændighed og tøver ikke med at klassificere fænomenet som en koncession. Som det blev klarlagt under retsmødet, afhænger varigheden desuden af investeringens størrelse, eftersom denne omkostning skal afskrives.

48 — R. Passerieux og J.M. Thouvenin anfører i Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession, i »Revue du Marché commun et de l'Union européenne«, nr. 487, april, 2005, s. 237, den glidende overgang mellem disse kategorier som den primære årsag til den juridiske usikkerhed, idet der er risiko for, at de kategorier, der henhører under den fleksible ordning for koncessioner (»PPP concessions«), bliver klassificeret som »PPP marchés«.

tjenesteydelsen, er der derimod tale om en koncession på offentlige tjenesteydelser [49].

77. Desuden er »driftsrisikoens« overgang [50] et af de mest værdifulde kendetegn i forbindelse med denne sondring. Den udgør nemlig en central del af koncessionen [51], mens den ikke findes i kontrakten [52].

78. Domstolen i Catania bør dog endnu ikke sænke paraderne, for der findes måske flere forhindringer, der skal overvindes i forbindelse med udarbejdelsen af en definition i den foreliggende sag. Ud over forvaltningen af tjenesteydelsen skal der nemlig også tages stilling til de bygge- og anlægsarbejder, der ligger forud herfor, og derfor er den nationale domstol også nødt til at analysere forskellene mellem »tjenesteydelseskontrakt«, »koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder« og »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« [53].

79. Artikel 18 i direktiv 2004/17 udelukker de »koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der tildeles af ordregivere, som udøver en eller flere af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 3-7, når disse koncessionskontrakter indgås med henblik på udøvelsen af disse aktiviteter«. Jeg skal bemærke, at direktiv 2004/18 i artikel 17 alene udelukker koncessionskontrakter om tjenesteydelser, mens direktiv 2004/17 også udelukker dem, der vedrører bygge- og anlægsarbejder. Ud fra en systematisk fortolkning af artikel 12 i direktiv 2004/18 er denne omstændighed et udtryk for, at koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder, selv når de vedrører specielle sektorer (såsom vandforsyning), kun er underlagt reglerne for de traditionelle sektorer [54].

80. For at fjerne den forvirring, der kan opstå på baggrund af de kontrakter, der omhandler flere forskellige aktiviteter (f.eks. en aftale om vandforsyning, som kræver et forudgående bygge- og anlægsarbejde), opstiller direktiv 2004/17 en objektiv regel om at følge normerne for den aktivitet, der udgør kontraktens hovedgenstand (artikel 9, stk. 1). Dette stemmer overens med retspraksis, ifølge hvilken benævnelsen »kontrakt om bygge- og anlægsarbejde« ikke kan anvendes, når dette arbejde kun udgør en underordnet del i forhold til tjenesteydelserne eller forsyningerne [55].

81. Herefter ligger det klart, at koncessionskontrakter om tjenesteydelser er underlagt de grundlæggende regler og principper i trak-

49 — Dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, og af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585.

50 — Jeg skal herved nævne, at Acosets repræsentant på retsmødet kategorisk fastholdt, at denne risiko påhvilede den private partner.

51 — Dom af 18.7.2007, sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6657, præmis 34, og af 13.11.2008, sag C-437/07, Kommissionen mod Italien, præmis 29.

52 — Dom af 27.10.2005, sag C-234/03, Contse m.fl., Sml. I, s. 9315, præmis 22.

53 — Til løsning af denne svære opgave kan man med fordel henvise til J.M. Gimeno Feliús betragtninger i *»La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma«*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, s. 151-175, som er baseret på en begrebsmæssig analyse af de forskellige kategorier.

54 — Udelukkelsen af koncessionerne fra udbudsdirektivernes anvendelsesområde blev gennemført ved Domstolens kendelse af 30.5.2002, sag C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Sml. I, s. 4685, men ved dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria y Telefonadress, Sml. I, s. 10745, blev koncessionskontrakterne om offentlige bygge- og anlægsarbejder underlagt bestemmelserne for de traditionelle sektorer.

55 — Domstolens dom af 19.4.2004, sag C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, Sml. I, s. 1329.

taten, mens koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejde desuden er underlagt bestemmelserne i direktiv 2004/18, idet disse finder anvendelse, hvis kontraktsummen er over en vis størrelse.

D — *Kontrolparametrene for IOPP'erne*

82. Den tvivl, der opstår på baggrund af artikel 113, stk. 5, litra b), i det italienske lovdekret nr. 267/2000, kan mindskes ved en undersøgelse af, om der, ud over det offentlige udbud, der blev afholdt med henblik på udvælgelsen af den private partner, også kræves en udbudsprocedure i forbindelse med tildelingen af selve tjenesteydelseskontrakten [56]. Hvis resultatet heraf viser, at der kun kræves én enkelt licitation, vil det være nødvendigt at foretage en dyberegående undersøgelse af det lovgrundlag, der understøtter lovligheden heraf, i overensstemmelse med såvel etableringsfriheden (artikel 43 EF) og den frie udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 EF) som konkurrencefriheden (artikel 86 EF).

1. Én enkelt licitation med to forskellige formål

83. Kommissionen vurderer i sin meddelelse, at »det […] er upraktisk at gennemføre en udvælgelsesprocedure to gange (først for at udvælge den private part til IOPP'et og dernæst for at tildele den offentlige kontrakt eller koncession til den offentlig-private enhed)«.

84. Det er ikke hensigtsmæssigt at anvende pragmatisme — som ellers er en logisk ambition i enhver retsorden — som eneste grundlag for et juridisk ræsonnement. Med dette forbehold deler jeg Kommissionens holdning. Det er imidlertid også nødvendigt at foretage en undersøgelse af de krav, som Fællesskabet stiller til kontrakter og koncessioner, og som sammen opstiller rammerne for anvendelsen af IOPP'erne.

85. Indførelsen af en dobbelt udbudsprocedure stemmer ikke overens med den lettelse af de administrative formaliteter, som ligger til grund for IOPP'erne. Deres konstruktion indebærer nemlig anvendelsen af den samme procedure til såvel udvælgelsen af den private økonomiske deltager som tildelingen af den offentlige kontrakt eller koncession til det halvoffentlige selskab.

86. Strengt taget kan effektiviteten ikke være i strid med legalitetsprincippet, idet den netop er en del af dette princip. Det er således kun en ineffektiv forvaltning, der kan anses for retsstridig.

87. Når der tages hensyn til deres begrænsninger [57], må IOPP'erne fungere som trovær-

56 — Således som konferencen af borgmestre og provinsformanden samt kommunen i Vittoria fastholder.

57 — Herunder de begrænsninger, der udspringer af retten til god forvaltning, som fastsat i artikel 41, i kapitel V om borgerne i Unionens medlemsstater, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som jeg vedrørende forbuddet mod at fratage borgerne muligheden for at forsvare deres interesser henviser til i mit forslag til afgørelse af 27.11.2007, som Domstolen delvis tog til følge i dom af 15.5.2008, forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP, Sml. I, s. 3565.

dige indikatorer for en vurdering baseret på de principper om fornuft, motivation, samordning og økonomi, der stimulerer en ansvarlig myndighed i bestræbelserne på at opnå kollektiv velfærd, samtidig med at de distancerer den pågældende myndighed fra udelukkende at være en »drivrem« [58] for loven.

88. En af de centrale årsager til problemet er, at den virksomhed, der bliver indlemmet i den nye enhed, i virkeligheden fungerer som en kontrahent eller koncessionshaver, idet den påtager sig udførelsen af tjenesteydelsen. Dette lægges der ikke skjul på, idet der blandt kriterierne for tildelingen af kontrakten fremhæves — ud over de, der vedrører den administrative ledelse af selskabet — evnen til at udføre selve tjenesteydelsen [59].

89. På denne måde foregår udvælgelsen af tilslagsmodtageren eller koncessionshaveren indirekte ved udvælgelsen af den private partner, og derfor er dennes aktiviteter af afgørende betydning. En præcis definition af IOPP'ernes omfang ville forhindre, at de blev manipuleret med henblik på undgå nye udbudsprocedurer.

90. Denne omstændighed er helt i overensstemmelse med IOPP'ernes eksistensberettigelse, som i dette tilfælde er centreret omkring den samlede vandforsyning, hvilket fremgår af det præjudicielle spørgsmål, hvori det anføres, at selskabet kun må have »dette ene selskabsformål«.

91. Derudover skal formålet med IOPP'et forblive uændret, så længe opgaven udføres [60], selv om intet er til hinder for, at det tilpasses udviklingen eller den private partners erfaring, så længe de væsentlige betingelser [61] for licitationen [62] ikke ændres.

92. Redegørelsen fra Tribunale amministrativo regionale della Sicilia stemmer tilsyneladende overens med denne grundlæggende opfattelse, idet det fremgik af licitationsmaterialet, at tildelingen af det bygge- og anlægsarbejde [63], som ikke direkte skulle udføres af den private partner, skulle reguleres af »de i henhold til loven offentlige udbudsprocedurer«.

93. Med støtte i *ius variandi* peger Den Italienske Republik i sit skriftlige indlæg (punkt 8) ikke desto mindre på, at den betingelse, der var opstillet i det nævnte

58 — Udtrykket »transmission belt« stammer fra det klassiske værk af R.B. Stewart, *»The reformation of American Administrative Law«*, Harvard Law Review, bind 88, nr. 8, 1975, s. 1675.

59 — Da der ved anvendelsen af kun én procedure skal tages hensyn til alle de omstridte kriterier, udvandes Vittoria kommunes påstand om, at licitationen i forbindelse med udvælgelsen af den private partner ikke må overlappe tildelingen af tjenesteydelsen på grund af forskellene i deres indhold og formål.

60 — Denne oplysning er af afgørende betydning for denne sag, idet der er blevet fastsat en varighed på 30 år.

61 — Ifølge Domstolens dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA, Sml. I, s. 3801, præmis 116, betyder det faktum, at en betingelse er væsentlig, at den, hvis den havde været medtaget i licitationsbekendtgørelsen eller i licitationsmaterialet, ville have gjort det muligt for de bydende at afgive et væsentligt andet bud.

62 — Med forbehold af de undtagelser, der nævnes i artikel 31 og 61 i direktiv 2004/18 og i artikel 40, stk. 3, litra f) og g), i direktiv 2004/17/EF, kræver enhver ændring af de væsentlige kontraktbetingelser, som ikke har fremgået af licitationsmaterialet, at der iværksættes en ny licitationsprocedure, således som det fastslås i dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 50.

63 — Oprindeligt de arbejder, der fremgik af den treårige driftsplan, som blev vedtaget af konferencen af borgmestre på mødet den 15.12.2003.

licitationsmateriale, tager hensyn til en eventuel delvis børsnotering af den kapital, som ejes af de offentlige aktionærer.

94. Ud fra et kontraktmæssigt perspektiv bør det være muligt at tillade visse mindre væsentlige ændringer i løbet af udførelsesfasen, om end der af hensyn til gennemsigtigheden og for ikke at hindre kontraktens gennemførelse kræves en udtrykkelig bemyndigelse [64].

95. Uanset om et sådant salg på børsen medfører en ændring i betingelsernes ensartethed, advarede den italienske regering i sit skriftlige indlæg om, at en sådan kapitalbevægelse ville resultere i selskabets ophør, idet selskabet ifølge dets vedtægter skal være »overvejende offentligt ejet«. Ud over at bringe selskabet i en lovstridig situation ville dette således også bringe det til ophør. Avvocato di Stato præciserede imidlertid dette standpunkt på retsmødet, idet han henviste til »andre alternative kontrolformer«, som ikke er baseret på kapitalejerskabet. Jeg er enig i denne påstand, så længe den øgede private tilstedeværelse ikke ændrer ved, at der foreligger en dominerende offentlig ejerandel i selskabet, som enten skyldes, at det offentlige har aktiemajoriteten, eller i det mindste, at det har en ubestridelig indflydelse i de strategiske beslutninger vedrørende selskabets aktiviteter på vandforsyningsområdet [65].

64 — Domstolens dom i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA, nævnt ovenfor i fodnote 61.

65 — Under alle omstændigheder skal jeg understrege, at det halvoffentlige selskabs vedtægter refererer til et »overvejende offentligt ejet« selskab, og selv om formålet er at sikre selskabets fortsatte virke, vil en nedsættelse af den offentlige ejerandel til under 50% således betyde, at en af de væsentligste betingelser for selskabets oprettelse er forsvundet.

2. Halvoffentligt selskab og *in house*-tjenesteydelser: to modstridende forhold

96. I størstedelen af de skriftlige indlæg, der er indgivet i denne præjudicielle proces, gives eksempler på situationer, hvor aktiviteten udføres ved hjælp af egne midler, selv om der er forskellige fortolkninger af, hvad dette indebærer. Mens nogen benytter disse eksempler til at fremføre, at de ikke stemmer overens med den planlagte »Servizio Idrico Integrato«, nævner andre dem med henblik på at vise forskellene i forhold til IOPP'erne.

97. Efter min mening er licitationen berettiget i de tilfælde, der vedrører *in house*-tjenesteydelser, men også i visse IOPP'er, som respekterer princippet om gennemsigtighed og opfylder principperne om ligebehandling og ikke-diskriminering.

98. Ifølge retspraksis finder artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF samt de generelle principper, der er afledt heraf, ikke anvendelse, hvis den ordregivende offentlige myndighed fører en kontrol med den enhed, der har fået tildelt koncessionen, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, forudsat at sidstnævnte selskab udfører hovedparten af sin virksomhed for den offentlige enhed, der kontrollerer det [66].

66 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 50, Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49, præmis 62, og dom af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant SA, Sml. s. 8457, præmis 26.

99. En forvaltning, der varetages af et selskab, hvis kapitalsammensætning også omfatter visse indskud fra den private sektor, befinder sig pr. definition uden for *in house*-modellen, idet deltagelsen af en privat virksomhed fratager den offentlige myndighed muligheden for at føre en sådan »tilsvarende kontrol« [67].

100. Jeg er bevidst om, at der ikke foreligger nogen regler vedrørende de procentsatser, der skal til for at opnå denne dominans, men ikke desto mindre ville det være særdeles nyttigt, hvis Domstolen præciserede sin holdning på området.

101. På den ene side vurderes det i visse domme, at den omstændighed, at den offentlige ordregivende myndighed ejer 100% af kapitalen i et koncessionshavende selskab, antyder — om end ikke definitivt — at den pågældende offentlige myndighed kontrollerer dette selskab på samme måde som den kontrollerer sine egne tjenestegrene [68].

102. I modsat fald hindrer den private deltagelse, at doktrinen om *in house*-opgaver kan finde anvendelse, hvilket kan udledes af de nævnte domme i Stadt Halle-sagen og Coname-sagen, hvori det blev fastslået, at en sådan kontrol ikke er mulig, selv i de tilfælde hvor den private deltagelse er i mindretal.

103. På den anden side bliver denne retspraksis uklar, når Domstolen under henvisning til Asemfo-dommen fremfører, at »betingelsen om den kontrol, der føres af den offentlige myndighed, under visse omstændigheder kunne opfyldes i det tilfælde, hvor en sådan myndighed kun ejede 0,25% af en offentlig virksomheds kapital« [69].

104. I det samarbejde, som konferencen af borgmestre og provinsformanden samt kommunerne i Ragusa planlagde, skulle den private partner tegne sig for 49% af aktiekapitalen i det nye selskab [70], og med en så høj kapitalandel kan aktiviteterne derfor ikke anses for at have *in house*-karakter. Det må nemlig da påvises over for den nationale domstol, at den offentlige del af aktiekapitalen har tilstrækkelig dominans til at hindre den private andel i at have indflydelse på selskabets strategiske målsætninger [71].

3. En øvelse i juridisk opdeling

105. Efter at have fastslået, at det blandede selskab ikke kan have karakter af et instrument, står nu tilbage at undersøge, om oprettelsen af selskabet retfærdiggør, at der ikke foretages offentligt udbud om vandforsyningen.

67 — Dette kan udledes af Domstolens dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle y RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 49, og af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 26.

68 — Dom i sag C-340/04, Carbotermo, Sml. I, s. 4137, præmis 37, og af 19.4.2007, sag C-295/05, Asemfo, Sml. I, s. 2999, præmis 57.

69 — Coditel-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 66, præmis 53, hvori der henvises til præmis 56-61 i Asemfo-dommen, hvori denne procentvise ejerandel imidlertid ikke nævnes.

70 — Punkt II. 7 i Acosets skriftlige indlæg og punkt 5 i den italienske regerings indlæg.

71 — Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49, og Carbotermo-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 68.

106. Det er ikke min hensigt at underminere den juridiske kategori »institutionelle offentlig-private partnerskaber«, men jeg mener imidlertid, at der er behov for at foretage en opdeling i dens forskellige bestanddele.

107. Der er intet til hinder for, at de offentlige regionale institutioner stifter en juridisk person og udfører de opgaver, der er forbundet med udarbejdelsen af vedtægter, tegning af kapital og indgåelse af samarbejde med de parter, som de måtte finde hensigtsmæssige.

108. Man kan heller ikke på nogen måde kritisere bekendtgørelsen af en udbudsrunde, der har til hensigt at finde de private investorer, der er villige til at indskyde den kapital, som er nødvendig for at sikre selskabets drift.

109. Den fuldstændige mangel på licitation ved tildelingen af en kontrakt om tjenesteydelser harmonerer dårligt med artikel 43 EF og 49 EF og principperne om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling og er derfor til skade for »Servizio Idrico Integrato«, men modstykket hertil skal findes i de kriterier, der ligger til grund for selve udvælgelsen af den private partner.

110. Ansøgerne skal godtgøre deres personlige og økonomiske kapacitet til at fungere som aktionærer, men deres tekniske færdigheder og de fordele af økonomisk og anden art, som fremføres i deres tilbud, bør indtage en fremtrædende rolle blandt de aspekter, der skal vurderes.

111. Faktisk gøres der i meddelelsen om IOPP'erne opmærksom på, at »den omstændighed, at en privat enhed og en ordregiver samarbejder i en offentlig-privat enhed, ikke kan begrunde nogen afvigelse fra reglerne om offentlige kontrakter og om koncessioner, når der tildeles offentlige kontrakter eller koncessioner til denne private eller offentlig-private enhed«.

112. IOPP'ernes materielle gyldighed afhænger således af, om kravet om rimelighed og forudsigelighed er opfyldt, således at alle tilbudsgivere, hvad enten de har udvist åbenlys interesse eller ej, har adgang til fyldestgørende oplysninger om den ordregivende myndigheds planer om at oprette en halvoffentlig enhed med henblik på at tildele denne en offentlig kontrakt eller en koncession.

113. Kravet om offentlighed udledes for kontrakternes vedkommende af artikel 41 ff. i direktiv 2004/17/EF og af artikel 35, 36 og 58 i direktiv 2004/18/EF. Hvad angår koncessioner på offentlige tjenesteydelser er kravet blevet indført ved retspraksis [72] som middel til

72 — Dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria y Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60-62; og Coname-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 16-19.

at sikre principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-diskriminering på grundlag af nationalitet [73].

114. Domstolen har fastslået, at artikel 43 EF og 49 EF afspejler princippet om ligebehandling [74] og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet [75].

115. Hvad angår konkurrencen opfordrer jeg i mit forslag til afgørelse i Ing. Aigner-sagen til at ændre den snæversynede holdning hos dem, der mener, at fællesskabsretten om offentlige kontrakter kun har til hensigt at samordne fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter, idet der i virkeligheden er tale om et redskab til at nå et formål af større betydning, nemlig udviklingen af en objektiv konkurrence i denne sektor, med henblik på gennemførelse af de grundlæggende friheder i den europæiske integrationsproces [76].

116. Skønt den nævnte retspraksis omhandler indgåelsen af kontrakter, er det også nødvendigt at bremse denne konkurrenceforvridning ved koncessioner på offentlige tjenesteydelser [77]. Begge områder er nemlig underlagt de samme principper i traktaten, selv om de mange forskellige nationale opfattelser af begreberne »koncession«, »offentlige tjenesteydelser af almen interesse«, »særlige rettigheder« og »eksklusive rettigheder« gør det vanskelligt at få øje på deres relation til artikel 81 EF, 82 EF og 86 EF [78].

4. Følgeslutning

117. Ud fra et grundlæggende kriterium om effektivitet i den offentlige forvaltning vil et bekræftende svar på det forelagte præjudici-

73 — De forskellige tilbudsgivere skal have lige chancer uanset deres nationalitet. Dette fastslås i Domstolens dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 33 og 54.

74 — Dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 8.

75 — Dom af 8.10.1980, sag 810/79, Überschär, Sml. s. 2747, præmis 16.

76 — Dette kan udledes af anden betragtning til direktiv 2004/18 og niende betragtning til direktiv 2004/17 samt af Domstolens dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 18 *in fine*, af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, præmis 41, af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16, og af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 41, Stadt Halle y RPL Lochau-dommen, præmis 44, og Carbotermo-dommen, præmis 58.

77 — S. Muñoz Machado beroliger os i *»Servicio público y mercado. Los fundamentos«,* bind I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, s. 40, idet han forklarer, at Europa ikke tager afstand fra offentlige tjenesteydelser, men blot ønsker at tilpasse dem til konkurrencebetingelserne, samt at dette indebærer en ny udfordring og ikke deres afskaffelse.

78 — U. Neergaard sammenfatter disse synspunkter i »The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and national Law«, *The new EU public procurement Directives,* Ruth Nielsen & Steen Treumer (ed), Djøf Publishing, 2005, s. 149-181.

elle spørgsmål være uomtvisteligt, så længe det ikke går ud over de garantier, der udspringer af fællesskabslovgivningen.

118. De grundlæggende frihedsrettigheder i traktaten kræver, at gennemsigtigheden og forbuddet mod forskelsbehandling allerede er opfyldt på tidspunktet for det offentlige udbud vedrørende udvælgelsen af den private partner i enheden. Med forbehold af enkelte mindre væsentlige ændringer knyttes dennes skæbne således til udførelsen af tjenesteydelsen, idet det halvoffentlige selskab formelt får tildelt denne opgave, mens den private virksomhed står for selve udførelsen.

119. Kriterierne for udvælgelsen af den private partner skal ikke kun bygge på den kapital, vedkommende kan tilføre, men også på ansøgernes erfaring samt udformningen af deres tilbud hvad angår de specifikke tjenesteydelser, der skal leveres.

120. Den sicilianske domstol skal vurdere, om bekendtgørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende* er egnet til at sikre dels konkurrencen, den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden, og dels interesserne hos de parter, der bliver berørt heraf.

121. For at undgå, at den private partner opnår urimelige fordele i forhold til sine konkurrenter [79], skal den nationale domstol undersøge, om udvælgelsen er sket i overensstemmelse med proceduren for tildeling af kontrakter i direktiv 2004/17 og 2004/18, forudsat at betingelserne for en kontrakt om tjenesteydelser eller for en koncession på bygge- og anlægsarbejde ligger skjult i IOPP'et.

122. Med henblik på sin dom må den nationale domstol afgøre, om IOPP'et i Ragusa dækker over en kontrakt eller en koncession, og om den, i lyset af ovenstående betragtninger, alene vedrører visse bygge- og anlægsarbejder eller en offentlig tjenesteydelse. Den vil herved kunne fastslå, hvilken ufravigelig retsorden der kræves for at opnå en korrekt tildelingsprocedure og en fuldkommen offentlighed.

79 — Meddelelsen indeholder visse pålidelige retningslinjer, idet det hævdes, at der i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne skal anføres oplysninger om den offentlige kontrakt eller koncession, der skal tildeles den kommende offentlig-private enhed, samt dennes vedtægter. Den nævner ligeledes aktionæraftaler, kontraktforholdet mellem ordregiveren og den private part og på den anden side forholdet mellem ordregiveren og det offentlig-private selskab, uden dermed at negligere mulighederne for fornyelse eller ændring af den offentlige kontrakt eller koncessionen samt mulighederne for tildeling af nye opgaver.

VII — Forslag til afgørelse

123. På baggrund af det anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål fra Tribunale amministrativo regionale della Sicilia således:

»Traktatens artikel 43, 49 og 86, 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 og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester er ikke til hinder for, at en offentlig tjenesteydelseskontrakt, som omfatter udførelsen af et forudgående bygge- og anlægsarbejde, tildeles direkte til et halvoffentligt selskab, der er oprettet specielt til dette formål, når følgende omstændigheder foreligger:

— Selskabet fortsætter med kun at have dette ene formål i hele sin levetid.

— Den private partner udvælges ved en offentlig udbudsprocedure, efter at der er foretaget kontrol af opfyldelsen af de finansielle, tekniske, driftsmæssige og ledelsesmæssige krav såvel som af tilbuddets karakteristika hvad angår den tjenesteydelse, der skal leveres.

— Den private partner, i sin egenskab af erhvervsdrivende, påtager sig udførelsen af tjenesteydelsen og bygge- og anlægsarbejdet.

— Den nævnte licitation opfylder princippet om fri konkurrence og overholder den gennemsigtighed og ligebehandling, der kræves af fællesskabslovgivningen ved koncessioner samt, om fornødent, reglerne om offentlighed og tildeling af offentlige kontrakter.«