FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 2 juni 2009 [1]

I — Inledning

1. Genom begäran om förhandsavgörande från Tribunale Amministrativo Regionale (regional förvaltningsdomstol) på Sicilien får domstolen tillfälle att analysera det rättsliga systemet med mekanismer för ”offentlig-privat partnerskap” [2] vid förvaltning av offentliga tjänster och dess förenlighet med artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG.

2. Direkt tilldelning av sådana tjänster till ett halvoffentligt företag strider mot gemenskapsrätten om föreskrifterna i upphandlingsdirektiven kringgås. Enligt kritiken strider sättet att tilldela tjänstekoncessionen mot artiklarna 43 EG och 49 EG samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet, [3] med undantag för när beställningar utförs på ett rimligt sätt med en förvaltnings egna medel. [4]

3. Detta mål är speciellt i ett avseende och skiljer sig därigenom från de tilldelningar som domstolen hittills har bedömt, eftersom den italienska domstolens fråga rör direkt tilldelning av hela förvaltningen av vattenförsörjningen till ett företag i vilket det finns såväl offentliga som privata intressen, men den nationella domstolen har även betonat den centrala rollen för ett föregående upphandlingsförfarande vars klassiska ändamålsenlighet dock förefaller ha ändrats.

4. Valet av anbudsgivare som tilldelas kontrakt eller av koncessionshavare har förvandlats till en metod för att utse den

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Initialförkortningen ”CPP” [OPP på svenska], som jag använder ibland, motsvarar den spanska beteckningen. På engelska och franska används ”PPP” för att beskriva ”public private partnership” och ”partenariat public privat”.

3 — Dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-9705), punkt 48, av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 33, och av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 52.

4 — Om villkoren för ”in house providing” är uppfyllda.

privata delägaren i det bolag som åtar sig kontraktet eller koncessionen, vilket utnämnande, förutom den ekonomiska ersättning som det medför, innebär att tjänster ska tillhandahållas.

5. Till skillnad från i målet kommissionen mot Österrike, [5] i vilket domstolen bedömde en artificiell konstruktion bestående av ”flera faser” och kom fram till att en tilldelning till ett halvoffentligt företag, vilken tilldelning skulle framstå som ett *in house*-förhållande, [6] var rättsstridig, kommer i denna tvist konkurrensaspekter in och ger upphov till en ny frågeställning i ett förfarande som inte döljer ett visst inslag av återhållsamhet, eftersom bolaget bildas, ges ett uppdrag och kriterier antas för att engagera en privat industriell partner genom en enda åtgärd. Kan det krävas mer?

6. Därvid uppkommer frågan om denna genväg i fråga om metod överensstämmer med kraven i gemenskapsrätten. [7]

5 — Ovannämnd dom.

6 — De faktiska förhållandena, som kommissionen redovisat för domstolen i enlighet med artikel 226 EG, talade tydligt för att fördragsbrottstalan skulle bifallas. Kommunen Mödling innehade nämligen i ett första skede 100 procent av bolaget Abfall GmbH och kommunen anförtrodde då utan något som helst upphandlingsförfarande bolaget insamlingen och återvinningen av kommunens avfall. En kort tid därefter överlät kommunen 49 procent av sina aktier till Saubermacher AG, vilket dessutom var avgörande för Abfall GmbH:s verksamhet. Detta innebar en direkt tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt till ett halvoffentligt bolag i vilket ett privat företag ägde 49 procent.

7 — Denna frågeställning får mig att tänka på den sarkastiska reflektionen i Dossi, C., i *Note Azurre,* Adelphi, Milano, 1964, vol. I, s. 248, när författaren ironiserar över behovet av att fuska utanför lagen när det är bekvämare att göra det innanför.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

1. Romfördraget

7. I artikel 43 EG föreskrivs följande:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. […]

Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 48 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.”

8. Enligt artikel 46 EG gäller följande:

”1. Bestämmelserna i detta kapitel och åtgärder som vidtagits med stöd av dessa skall inte hindra tillämpning av bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.

2. Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 utfärda direktiv för samordning av de ovan nämnda bestämmelserna.”

9. I artikel 49.1 EG föreskrivs följande:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.”

10. I artikel 86.1 EG anmodas medlemsstaterna att ”beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet reglerna i artiklarna 12 samt 81–89”.

2. Direktiven om offentlig upphandling

a) Traditionella sektorer

11. Det förhållandet att det fanns många regler beträffande kriterierna för att göra urvalet i förhållande till föremålet för kontraktet eller beträffande den progressiva minskningen av den upphandlande myndighetens utrymme för skönsmässig bedömning talade för en reform som efter några försiktiga försök [8] genomfördes genom kodifieringen genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (nedan kallat direktiv 2004/18). [9]

8 — Såsom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 328, s. 1).

9 — EGT L 134, s. 114.

12. Reglerna om offentlig upphandling omfattas emellertid av kravet på respekt för principerna i Romfördraget, särskilt principerna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de mer allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.

13. För att säkerställa nämnda principers fulla verkan samt öppning för konkurrens föreskrevs för offentliga kontrakt över ett visst värde ”bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer” (skäl 2 i direktiv 2004/18).

14. I rättssäkerhetssyfte ges i artikel 1 i direktiv 2004/18 en rad definitioner, bland vilka jag för närvarande, för att klargöra den fina gränsen mellan kontrakt och koncession, vill framhålla följande:

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

— Byggkoncession: ”ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning.”

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

b) Uteslutna sektorer

15. Med hänsyn till att marknaderna för vatten, energi, transporter och posttjänster har speciella särdrag kunde den allmänna ordningen inte tillämpas på dessa marknader utan att anpassas efter särdragen.

16. Detta avhjälptes genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten,

energi, transporter och posttjänster (nedan kallat direktiv 2004/17) [10] till grund för vilket ligger samma principer som de tidigare nämnda, [11] om än i en annan anda än den som är bakgrunden till direktiv 2004/18, eftersom det avgörande förhållandet inte är vilken enhet som ingår kontraktet utan arten av den verksamhet som avses. [12]

17. Direktiv 2004/17 avser varu-, byggentreprenad- och tjänstekontrakt (artikel 1.2 b, c och d). I direktivet ställs dessa kontrakt mot koncessioner (artikel 1.3 a och b) och föreskrivs att direktivet omfattar ”[t]illhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten” (artikel 4.1 a), samt ”[l]everans av dricksvatten till dylika nät” (artikel 4.1 b).

B — *Den italienska rätten*

18. I artikel 113.5 i lagstiftningsdekret nr 267/2000 av den 18 augusti 2000, genom vilket en konsoliderad version av lagarna om lokala enheters uppbyggnad antogs (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 267/2000), [13] i dess av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) tillämpliga lydelse, [14] erbjuds dessa sammanslutningar [15] tre sätt att förvalta sina offentliga tjänster. Tilldelningen kan nämligen ske till:

”…

a) bolag som väljs ut genom förfaranden för offentlig anbudsinfordran,

b) bolag som ägs av både det allmänna och privaträttsliga subjekt där den privata delägaren har valts ut genom ett förfarande för offentlig anbudsinfordran som inneburit garantier för att de nationella och de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna iakttagits enligt de riktlinjer som genom beslut och särskilda cirkulär utfärdats av behöriga myndigheter;

10 — EGT L 134, s. 1.

11 — Artikel 10 och skäl 9 i direktiv 2004/17.

12 — Jag beskrev detta i punkt 41 i mitt förslag till avgörande av den 22 november 2007 i mål C-393/06, Aigner, i vilket mål domstolen meddelade dom den 10 april 2008 (REG 2008, s. I-2339).

13 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (nedan kallad GURI) av den 28 september 2000, ordinarie supplementet nr 227.

14 — Denna bestämmelse har ersatts genom artikel 35 i lag nr 448/2001 (ordinarie supplementet till GURI nr 285 av den 29 december 2001) och ändrats genom artikel 14 i lagdekret nr 269 av den 30 september 2003 om brådskande bestämmelser för att främja utvecklingen och för att förbättra förvaltningen av de offentliga finanserna (ordinarie supplementet till GURI nr 229 av den 2 oktober 2003).

15 — Med en påpasslig påminnelse om att den ska vara förenlig med sektorslagstiftningen och Europeiska unionens lagstiftning.

c) bolag som helt ägs av det allmänna, under förutsättning att den eller de offentliga myndigheter som äger aktiekapitalet utövar en kontroll över bolaget motsvarande den som den eller de utövar över sin egen förvaltning samtidigt som detta bolag bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar det."

19. Artikel 113.5 a motsvarar upphandlingsfallet och artikel 113.5 c tillhandahållande inom förvaltningen eller "in house providing" [16] medan artikel 113.5 b faller helt innanför den sliriga världen för "offentligprivat partnerskap".

III — De faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

20. Genom ett samarbetsavtal upprättade Provincia Regionale Ragusa och dess kommuner den 10 juli 2002 "Ambiti Territoriali Ottimali" (nedan kallade ATO) för vatten, med den huvudsakliga uppgiften att svara för organisationen av "Servizio Idrico Integrato".

21. Den 26 mars 2004 anförtrodde Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa (konferensen mellan borgmästarna i och ordföranden för provinsen Ragusa) [17] förvaltningen av hela vattenförsörjningstjänsten åt ett "halvoffentligt bolag i vilket det allmänna var majoritetsägare", såsom föreskrivs i artikel 113.5 b i lagstiftningsdekret nr 267/2000. Den 7 juni 2005 godkände konferensen ett utkast till aktiebolagets stiftelseurkund och bolagsordning, enligt vilka bolaget skulle ha ett rent kommersiellt syfte.

22. I *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT S 195 av den 8 oktober 2005) offentliggjordes ett meddelande om upphandling för att välja ut ett företag som privat minoritetsägare, som dessutom skulle anförtros uppgiften att driva vattenförsörjningstjänsten och utföra därmed sammanhängande bygg- och anläggningsarbeten.

23. I anbudsförfarandet deltog tre tillfälliga företagsgrupper: Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA och Aqualia SpA.

24. Upphandlingskommittén uteslöt Aqualia SpA men godkände övriga två. Sedan dessa båda tillfrågats om de fortfarande var intresserade bekräftade endast Acoset SpA sitt intresse.

16 — I det redan nämnda målet ANAV bedömde domstolen om artikel 113.5 i lagstiftningsdekret nr 267/2000 var förenlig med gemenskapsrätten, men domstolen kom inte in på artikel 113.5 b eftersom Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia hade ställt frågor om den behörighet som föreföll ges i denna bestämmelse åt myndigheterna att anförtro förvaltningen av allmänna transporter till ett bolag som kontrollerades av den lokala administrationen (artikel 113.5 c) eller genom en offentlig anbudsinfordran (artikel 113.5 a), vilket generaladvokaten Geelhoed riktigt påpekade i punkt 11 i sitt förslag till avgörande av den 12 januari 2006.

17 — ATO:s regeringsorgan.

25. Den 26 februari 2007 inleddes emellertid en procedur för att ogiltigförklara förfarandet, eftersom detta kunde strida mot gemenskapsrätten. Av skäl som redovisades ogiltigförklarades förfarandet slutligen av konferensen mellan borgmästarna i och ordföranden för provinsen genom protokoll av den 2 oktober 2007, i vilket det dessutom beslutades att tjänsten skulle tillhandahållas av ett konsortium. [18]

26. Acoset SpA väckte talan mot denna förvaltningsåtgärd och mot de föregående som var i fråga, gjorde gällande att bolaget hade rätt till tilldelning av kontraktet eller skadestånd och begärde att de kritiserade åtgärderna skulle inhiberas.

27. Mot denna bakgrund ställde Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia följande fråga till domstolen:

”Är det förenligt med gemenskapsrätten, i synnerhet med de i artiklarna 43, 49 och 86 i fördraget föreskrivna skyldigheterna avseende insyn och fri konkurrens, att bolag som har både privata och offentliga ägare och som har bildats enbart för att tillhandahålla en offentlig tjänst som har industriell betydelse, vilket utgör bolagets enda verksamhetsändamål, direkt tilldelas kontraktet avseende tillhandahållande av tjänsten i fråga, när den privata delägaren som kan betecknas som ’industriell delägare’ och ’operativ delägare’ väljs ut genom ett offentligt förfarande, efter att det kontrollerats att denne uppfyller de finansiella och tekniska kraven samt de egentliga operativa och administrativa kraven med avseende på den tjänst som ska tillhandahållas och de specifika prestationer som ska utföras?”

IV — Förfarandet vid domstolen

28. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 14 maj 2008.

29. Konferensen mellan borgmästarna i och ordföranden för provinsen samt kommunen Vittoria har i sina skriftliga yttranden yrkat att det slås fast att förfarandet för anbudsinfordran strider mot EG-rätten, eftersom tjänsten tilldelades direkt till det halvoffentliga bolaget, trots att det genomfördes ett upphandlingsförfarande för att utse den privata delägaren. Kommunerna Comiso och Modica har begärt ett inledande ställningstagande beträffande följderna av att Acoset SpA inte har något berättigat intresse av att få saken prövad, eftersom upphandlingsförfarandet har ogiltigförklarats.

30. Acoset SpA, kommissionen samt den italienska, den österrikiska och den polska regeringen har däremot hävdat att tilldel-

18 — Föreskrifter om detta finns i artikel 31.8 i lagstiftningsdekret nr 267/2000.

ningen inte strider mot artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG så länge som gemenskapsrättens garantier är uppfyllda.

31. Vid förhandlingen den 2 april 2008 närvarade ombud för Acoset SpA, den italienska regeringen och kommissionen för att yttra sig muntligen.

V — Upptagande till sakprövning

A — *En inledande reflektion*

32. Även om ingen har gjort det gällande, skulle jag vilja skingra eventuella tvivel beträffande om frågan från Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia har ett gemenskapsintresse, för att undanröja eventuella tankar om att det skulle kunna vara fråga om en rent intern situation inom en medlemsstat, eftersom alla berörda företag har säte i Italien.

33. Mot bakgrund av de omtvistade tjänsternas betydelse kan det inte uteslutas att något företag som är etablerat i en annan medlemsstat skulle vara intresserat av att tillhandahålla dem, vilken omständighet innebär att det finns ett gemenskapsintresse (domstolens dom av den 25 april 1996 i målet kommissionen mot Belgien [19] och domen i det ovannämnda målet Parking Brixen), vilket styrks av en tolkning av principerna och bestämmelserna i fördraget.

34. Även om OPP, vilket jag kommer att redogöra för mer i detalj nedan, inte har harmoniserats ska dessutom det homogena regelverk som gäller för offentliga kontrakt undersökas och ställas mot koncessioner, åtminstone som ett sätt för att beskriva tjänsternas och förvaltningens karaktär i varje fall.

B — *Huruvida tolkningsfrågan är ofullständig*

35. Den österrikiska regeringen har hävdat att den begärda tolkningen, som är förståelig och värd ett svar, dock inte är tillräckligt klar för att vara användbar i tvisten i Italien, eftersom det inte lämnas uppgifter om vare sig tjänstens närmare utformning, innehållet i anbudsinfordran eller ramen för ”den föregående kontrollen av villkoren”.

36. Behovet av en tolkning av gemenskapsrätten som är användbar för den nationella

19 — Dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), punkterna 33 och 54.

domstolen och som samtidigt gör det möjligt för dem som deltar i förfarandet om förhandsavgörande att lämna yttranden [20] kräver att den nationella domstolen klargör den faktiska och rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs eller att den åtminstone förklarar de faktiska omständigheter som ligger till grund för dess frågor. [21]

37. Domstolen har slagit fast att den kan vägra att besvara en tolkningsfråga endast när det är uppenbart att den begärda tolkningen inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen samt när frågan är hypotetisk. [22]

38. I begäran om förhandsavgörande lämnas ett minimum av förklaringar beträffande förhållandet mellan å ena sidan artikel 113.5 i lagstiftningsdekret nr 267/2000 och å andra sidan upphandlingsförfarandet som uppkom med stöd av detta och de aktuella bestämmelserna och principerna i gemenskapsrätten. Domstolen ska därför besvara begäran, [23] eftersom inga av grunderna för att omedelbart avvisa den föreligger.

20 — Domstolens dom av den 1 april 1982 i de förenade målen 141/81–143/81, Holdijk m.fl. (REG 1982, s. 1299; svensk specialutgåva, volym 6, s. 359), punkt 6.

21 — Domstolens dom av den 26 januari 1993 i de förenade målen C-320/90, C-321/90 och C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl. (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1), punkt 6, och beslut av den 19 mars 1993 i mål C-157/92, Banchero (REG 1993, s. I-1085), punkt 4, av den 7 april 1995 i mål C-167/94, Grau Gomis m.fl. (REG 1995, s. I-1023), punkt 8, och av den 20 mars 1996 i mål C-2/96, Sunino och Data (REG 1996, s. I-1543), punkt 4.

22 — Dom av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital (REG 2002, s. I-607), punkt 19.

23 — Dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 38.

C — *Acoset SpA:s saklegitimation*

39. Konferensen och kommunerna Comiso och Modica har vid domstolen påtalat att Acoset inte har något intresse av att få saken prövad i detta förfarande om förhandsavgörande, eftersom bolaget endast har invänt mot ogiltigförklaringen av förfarandet för att välja den privata delägaren.

40. Detta påstående saknar all grund och ska utan vidare avfärdas.

41. Av artikel 234 i fördraget följer att det ankommer endast på den nationella domstolen att ställa en tolkningsfråga [24] och inte på parterna i förfarandet, vilka dock ska få yttra sig. [25] För domstolen är det tillräckligt att någon är part i det nationella förfarandet för att denne ska få yttra sig, vilket villkor Acoset SpA uppfyller. [26]

24 — Beträffande medvetandegörandet om dess väsentlighet såsom ett samverkansverktyg inom gemenskapen, se domstolens dom av den 1 december 1965 i mål 16/65, Schwarze (REG 1965, s. 265), och av den 16 januari 1974 i mål 166/73, Rheinmühlen (REG 1974, s. 33).

25 — Artikel 23 i domstolens stadgar.

26 — Under alla förhållanden förtjänar argumentet beträffande ogiltigförklaringen av anbudsinfordran för att neka Acoset saklegitimation uppmärksamhet, när ogiltigförklaringen är skälet till processens uppkomst.

VI — Prövning i sak av tolkningsfrågorna

A — *Mot ett självständigt ”offentlig-privat partnerskapsbegrepp”*

1. De nationella perspektiven

42. Ekonomisk verksamhet och myndighetsförvaltningen har genomgått en omvandling i grunden under det senaste århundradet. Efter en inledande avhållsam liberalism, med det enda syftet att upprätthålla allmän ordning genom traditionella ordningsåtgärder, såsom påbud och förbud, utvecklades denna mot att tjänster erbjuds medborgarna, [27] tills det slutligen uppkom en statlig biståndsmodell som föddes ur solidaritet. [28]

43. Till följd av denna utveckling har den klassiska innebörden av offentlig tjänst gått förlorad, eftersom graden av öppenhet mellan administrationen och medborgarna förhindrar att deras ömsesidiga funktioner skiljs helt från varandra.

44. Fastän administrationens strävan styrs av allmänintresset, ökar sätten att uppfylla detta, varvid de sätt som bygger på en uppenbar grad av samverkan gör sig gällande genom att det genom dessa överlåts på enskilda att bedriva verksamhet av offentlig karaktär. [29]

45. Som representanter för denna konvergens har den så kallade indirekta förvaltningen av offentliga tjänster och kontrakt en framträdande roll, vilka former har sina rötter i rättshistorien.

46. När ett privat företag påtar sig ansvaret att tillhandahålla varor eller tjänster och, i syfte att göra vinst, satsar sitt kapital för att säkerställa dess rättsenlighet och dess goda genomförande, skapas ett nära förhållande med den allmänna egendomen. Detsamma händer när administrationen, medveten om sina tekniska och ekonomiska begränsningar, i avtalsparten hittar någon att utföra ett byggnadsarbete eller en tjänst.

27 — Forsthoff, E., *Die verwaltung als Leistungsträger,* Kohlhammer, Stuttgart, 1938, innefattade dem i vad som han kallade ”existentiell fullmakt” och, genom att skapa begreppet *Daseinsvorsorge* om samhällets vitala behov, förespråkade han en stark och dynamisk statsapparat som kunde uppfylla dessa behov. För en riktig förståelse av denna uppfattning, se Martín Retortillo, L., ”La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge”, i *Revista de Administración Pública*, nr 38, maj–augusti, 1962, s. 35–65.

28 — En av dess stora föregångare, Duguit, L., *Leçons de Droit public général*, Boccard, Paris, 1926, s. 36, ser ner på kraften som en inneboende beståndsdel i staten, genom att ge den uppgiften att kanalisera den sociala solidariteten.

29 — En annan inriktning är att staten underkastas den privaträttsliga ordningen, när den konkurrerar i näringssektorn och jämbördigt med andra aktörer.

47. Privat kapital blir ett led mellan det organ som innehar verksamheten eller tjänsten och dem som utnyttjar dessa. Detta medför, med bortseende från nyanserna i varje enskilt fall, att urbilden för ett delat arbete gör sig gällande för alla dessa strukturer och reglerar dem i alla avseenden.

48. Utöver kontraktsfallet eller koncession är det dessutom för administrationen varken underligt eller nytt att privata rättssubjekt anförtros att genomföra offentliga uppgifter som dock inte integreras i dess struktur. [30]

49. Följaktligen krävde identifieringen av ”offentlig-privat partnerskap” såsom en självständig kategori att begreppet gavs en innebörd med utgångspunkt i samtliga ömsesidiga influenser som är kännetecknande för vissa rättsinstitut.

50. Reflexerna från dess anglosaxiska ursprung visar sig i de öppna debatterna kring ”New Public Management”, den verkliga grogrunden för OPP, när administrationens portar öppnas för företagarkriterier för förvaltning, som kräver privata ekonomiska insatser (”Private Finance Iniciative”).

30 — Santamaría Pastor, J.A., *Principios de derecho administrativo*, vol. I, 3:e utgåvan, Colección Ceura, Centro de Estudios Ramón Areces, s. 460, beskriver detta samarbete och anför därvid att vid sidan om administrationen i strikt betydelse har det alltid funnits ett slags ”oegentlig administration”.

51. Metodvalet skiljer sig emellertid därefter, för även om det i viss nationell rätt har prövats modeller med ”partnerskapskontrakt” [31] är sådana metoder ovanliga i andra nationella rättsordningar. [32]

2. En spridd gemenskapsvision

52. Gemenskapsrätten syftar till harmonisering av de nationella rättsordningarna när det gäller offentlig upphandling, om än med mindre kraft när det gäller ”begreppet” OPP. [33]

53. Medlemsstaterna ger emellertid incitament till en ny reglering i gemenskapen med

31 — I Frankrike utgör beslut nr 2004/559 av den 17 juni 2004 och lag nr 2008-735 av den 28 juli 2008 om *contrats de partenariat* en illustration av detta. I Spanien ger lag 30/2007 av den 30 oktober om den offentliga sektorns kontrakt (BOE nr 261 av den 31 oktober 2007, s. 44336) grunden för kontrakt om ”offentlig-privat partnerskap”.

32 — För ett prov på diskussionen kring vad som är typiskt, se González García, J., *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, för publicering inom kort, som efter att ha fått kännedom om ett nytt avtalssätt, redogör för sina reflektioner med övertygelse om att det är fråga om ett sätt ”för att i praxisen inom administrationen inkorporera alla mekanismer för atypiska relationer som finns i världen för ekonomiska relationer mellan enskilda”, varvid han lovordar atypiskhet för att överskyla den bättre med flexibilitet och med bidraget med fantasi för prestationen.

33 — I ”Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner” av den 30 april 2004, KOM(2004) 327 slutlig (nedan kallad grönboken) anges att åtminstone vid den tiden betecknades offentlig-privata partnerskap av kommissionen som ett begrepp.

hänsyn till att det förekommer allt fler OPP i den offentliga sektorn, eftersom den möjlighet som dessa innebär inte går obemärkt förbi.

54. Utöver att vara en ventil för att komma förbi budgetrestriktioner främjar dessa instrument privat finansiering och utnyttjande av kunnandet hos företag utanför den offentliga sektorn, såsom ett svar på kursändring som liberaliseringsvindarna inneburit för staten, eftersom dess förutsättning som direkt operatör har utvecklats mot rollen att reglera uppförande, för vilket den är den slutgiltiga garanten när uppförandet påverkar allmänintresset.

55. I ett sammanhang utan någon särskild bindande ordning som omfattar dem råder rättsosäkerhet framför allt beträffande privata delägares deltagande och medlen för att integrera sådana delägare i dessa ekonomiska motvikter.

56. Härifrån härrör behovet av att fastställa tolkningsregler för att få denna praxis i överensstämmelse med fördragets principer, vilket är syftet med kommissionens tolkningsmeddelande [34] av den 5 februari 2008 om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap. [35]

57. Enligt min uppfattning kan OPP inte betraktas som verkliga kontrakt eftersom det inte finns någon gemenskapsharmonisering. [36] Detta utgör dock inte hinder för att erkänna att det i dessa nya samarbetsarrangemang finns vissa inslag av överenskommelser som är av detta slag eller som liknar en koncession.

58. En fullständig reglering skulle förhindra vissa olägenheter och skulle ge myndigheterna och privata företag vägledning, eftersom den rådande osäkerheten ofta avskräcker dem från att bilda ett OPP (vilket anförs i meddelandet) [37] till men för infrastruktur och offentliga tjänster med hänsyn till att det är troligt att de inte anpassar sig efter den ordning som Europeiska unionen eftersträvar.

34 — Alonso, García, R., i *El soft lawcomunitario*, "Revista de Administración Pública", nr 154, januari–april, 2001, s. 79, placerar bland de positiva sidorna av artikel 249 EG den att administrationerna och de privata aktörerna ges en ram som präglas av klarhet och konsekvens för att styra deras agerande i en riktning som är förenlig med gemenskapsrätten.

35 — C(2007)6661, som jag nedan kallar meddelandet.

36 — I yttrandet från den första behandlingen den 10 maj 2002 framhärdade Europaparlamentet i att kommissionen skulle undersöka möjligheten att anta ett förslag till direktiv KOM (2000) 275. Ekonomiska och sociala kommittén ansåg i sin tur att det var nödvändigt att tas initiativ till lagstiftning (ESK:s yttrande (EGT C 14, 16.1.2001), föredragande Philippe Levaux, punkt 4.1.3, och ESK:s yttrande (EGT C 193, 10.7.2001), föredragande Bo Green, punkt 3.5).

37 — Denna reaktion, som är naturlig när lagen tillämpas, bekräftar Carbonnier, J., i "Sociologie juridique", Quadrige, PUF, Paris, 1994, s. 331, när han uppmärksammar juristers och sociologers olika känslighet för rättens komplexitet, för medan denna komplexitet för de förstnämnda är en fatalitet, till och med en sjukdom, som medför strävan att återgå till det enkla, begränsar sig de senare, utan att göra några värderingar, till att registrera den som något omväxlande som ska analyseras.

59. Denna tomhet gör försöken att beteckna administrationens verksamhet som kontroll, utveckling och offentlig tjänst, [38] relativa, till vilket kommer att i en globaliserad rättslig gemenskap återspeglar var och en av dessa komponenter olika uppfattningar i länderna.

60. Närmare bestämt visar sig heterogeniteten med kraft vid offentliga tjänster, [39] för även om detta begrepp är en grundsten i vissa systems administrativa ordningar [40] är så inte fallet i andra systems ”régime administratif”, och begreppet *publicatio* har inte en ledande roll. [41]

61. Detta är enligt min uppfattning ett av skälen till spridningen i utformningen av OPP, som ska ställas mot ett djupare problem: gemenskapslagstiftaren har harmoniserat offentlig upphandling men inte de komplexa områdena för vare sig koncessioner [42] eller offentliga tjänster. Eftersom dessa kategorier ligger dolda i ett inte ringa antal OPP är det därför inte en tillfällighet att det saknas reglering.

38 — Såsom dem som visats av Presutti, E., ”Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione”, Società Editrice, Milano, 1903.

39 — Detta anförs i Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande av den 22 maj 2003 om grönboken om tjänster i allmänhetens intresse (KOM(2003) 270 slutlig (EGT C 76)).

40 — Helt klart i Frankrike, Italien och Spanien till skillnad från de uppfattningar som har triumferat i exempelvis Förenade kungariket, Tyskland och Danmark.

41 — Ibland avviker terminologin även om föremålet för och det väsentliga i den allmänna tjänsten inte gör det: González-Varas Ibáñez, S., ”El derecho administrativo privado”, Montecorvo, Madrid, 1996, s. 398.

42 — Trots att kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner i gemenskapsrätten (EGT C 121, s. 6) innehåller ett begrepp som är oberoende av de nationella begreppen.

B — *En katalogisering av OPP*

62. Trots att begreppet inte är definierat föreslogs i grönboken en klassificering genom att det empiriskt konstaterades att två stora modeller fångar upp mångfalden hos OPP i medlemsstaterna, utifrån om samverkan grundas på band som är endast avtalsmässiga (avtalsmässiga OPP) eller konkretiseras genom en enhet (institutionella OPP eller IOPP).

63. Denna dubbelhet noteras i kommissionens meddelande. I detta behandlas endast de sistnämnda, vilket kan bero på att avtalsmässiga OPP är svåra att systematisera på grund av att de har så många uttryck, säkerligen beroende på självständigheten hos en utvecklad vilja. [43]

64. Vid IOPP organiseras uppgifterna för den offentlige och den private partnern i en enhet som är en särskild juridisk person, från vilken det tillses att ett byggnadsarbete eller en tjänst utförs till förmån för kollektivet.

43 — Enligt grönboken ”omfattar [det] olika uppläggningar som tilldelar den privata partnern en eller flera mer eller mindre omfattande uppgifter som omfattar utformning, finansiering, genomförande, underhåll eller utnyttjande av ett arbete eller en tjänst”.

65. Till skillnad från några avtalsfigurer, vid vilka uppkommer en direkt förbindelse mellan det privata företag som utför tjänsten i stället för administrationen och slutanvändaren, har företaget vid IOPP, såsom företag som tilldelats kontrakt eller såsom koncessionshavare, ”officiellt” en relation till mottagaren, även om den privata partnern utför uppgiften rent faktiskt. Därigenom får det klargörande som Acosets ombud gjorde vid förhandlingen i detta förfarande mening. Denne bekräftade nämligen att i själva verket tillhandahåller den private partnern sina tjänster till det halvoffentliga bolaget.

66. Vid sidan om de fördelar som har beskrivits talar IOPP för att till det offentliga inslaget koncentrera en ganska hög nivå på kontrollen över hur verksamheten bedrivs genom närvaron i ägarledet och i de beslutsfattande organen.

67. Erfarenheten visar huvudsakligen på två vägar för att bilda ett IOPP: att skapa ett nytt företag eller att ändra kapitalet i ett befintligt företag så att det från att vara rent offentligt delvis övergår i privata händer. En korrekt tolkning av denna andra väg kräver uppenbarligen att den privata dominansen visar sig före eller samtidigt med tilldelningen, men inte därefter. [44]

68. Artikel 113.5 b i lagstiftningsdekret nr 267/2000 avser IOPP av det första slaget, eftersom det bildas ett halvoffentligt bolag, vars privata delägare åtar sig hela förvaltningen av den kommunala vattenförsörjningen, [45] efter en offentlig upphandling för att välja den private delägaren.

69. Slutligen ger IOPP upphov till ett kontrakt eller en koncession, varvid det görs en annan distinktion utifrån dess föremål, vilket är avgörande för att klargöra vilken reglering som gäller för denna samverkan på gemenskapens område.

C — Avgränsningen mellan kontrakt och koncession

70. I enlighet med den klassificering som gjorts i den föregående punkten är det nödvändigt att göra en avgränsning mellan kontrakt och koncession innan regelverket för IOPP i Ragusa redovisas.

44 — Detta följer av punkt 42 i domen i målet kommissionen mot Österrike och syftar till att undvika undanmanövrar som faller utanför gemenskapsrätten, eftersom de upphandlande myndigheterna inte får ”tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelades halvoffentliga bolag”.

45 — Det är mycket illustrativt att det i grönboken anförs att medlemsstaterna använder liknande enheter ”för förvaltning av offentliga tjänster på lokal nivå (t.ex. vattenförsörjningstjänster eller avfallsinsamling)”.

71. Jag ansluter mig till kommissionens bedömningar att tilldelning av en lokal offentlig tjänst, såsom hela vattenförsörjningstjänsten, kan ske i form av ett kontrakt eller en koncession och att det på grund av att den information som tillhandahållits i begäran om förhandsavgörande är mycket knapphändig inte är möjligt att avgöra om den ena eller andra formen valts.

72. Följande måste emellertid beaktas. För det första har Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia ställt sin fråga endast med avseende på bestämmelserna och principerna i fördraget utan någon hänvisning till upphandlingsdirektiven. [46] För det andra använder den nationella domstolen uttrycket halvoffentliga bolag ”som fått koncession”. För det tredje överensstämmer den varaktighet som beräknats till trettio år bättre med en koncession. [47]

73. Skillnaden är inte utan betydelse, för om det halvoffentliga bolaget anförtros genomförandet av ett offentligt kontrakt, finns i direktiven 2004/17 eller 2004/18 regler om offentlighet och bestämmelser om valet av den privata partner som ska utföra det, när kontrakten överstiger de beloppsmässiga gränser som föreskrivs i dessa bestämmelser. Om det däremot handlar om en tjänstekoncession eller om ett offentligt kontrakt som inte omfattas av dessa direktiv (exempelvis eftersom de fastställda tröskelvärdena understigs), är det endast principerna och friheterna i fördraget som ska iakttas.

74. Därvid märks vikten av att precisera kriterierna för att fastställa de oklara gränserna mellan ett kontrakt och en koncession, [48] vilket, eftersom det saknas nödvändiga uppgifter, i slutändan ankommer på den nationella domstolen, på grundval av ”verksamhetsrisken” och ”ersättningen för tjänsten”, vilka begrepp tolkats av domstolen.

75. Ramen för denna begäran om förhandsavgörande visar på de första svårigheterna med att avgränsa ”kontrakt om offentlig tjänst” från ”koncession för offentlig tjänst”.

76. I ett kontrakt om offentliga tjänster krävs en ersättning som betalas direkt av den upphandlande enheten till den som tillhandahåller tjänsten. När ersättningen inte kommer från myndigheten utan består av belopp som

46 — Den sicilianska domstolen visar prov på försiktighet, vilket är värt beröm, eftersom den beträffande det gytter av bestämmelser och ordningar som skulle kunna gälla för ett IOPP hänvisar endast till friheterna och principerna i fördraget, som är den minsta gemensamma nämnaren för kontrakt och koncessioner, om man följer rådet från Bacon, F., *Essays*, Cosimo, 2007, kapitel LVI, i *Judicatory*, s. 137, ”Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws”.

47 — Med stöd i detta förhållande tvekar Republiken Italien och Acoset inte att beteckna företeelsen som en koncession. Såsom visade sig vid förhandlingen beror dessutom varaktigheten på investeringskostnaden, eftersom utgiften ska amorteras av.

48 — Passerieux, R., och Thouvenin, J. M., 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, anger dessa kategoriers glidning som den huvudsakliga källan till rättsosäkerhet med hänsyn till risken för att konstruktionen som gjordes inom den flexibla ordningen med koncessioner (”PPP concessions”) omklassificeras som ”PPP marchés”.

utomstående användare betalar är det fråga om en koncession för offentliga tjänster. [49]

77. Dessutom är överföringen av ”verksamhetsrisken” [50] ett av de viktigaste tecknen för att göra denna distinktion, eftersom den utgör ett väsentligt inslag i en koncession [51] medan den inte finns med vid kontrakt. [52]

78. Domstolen i Catania måste emellertid vara på sin vakt, eftersom det kanske finns fler hinder som den ska ta sig an i sin uppgift att dra gränsen i det aktuella målet, i vilket utöver förvaltningen av tjänsten märks de bygg- och anläggningsarbeten som möjliggör denna, vilket kräver att den nationella domstolen studerar skillnaderna mellan ”tjänstekontrakt”, ”byggkoncession” och ”tjänstekoncession”. [53]

79. I artikel 18 i direktiv 2004/17 utesluts ”byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner som beviljas av upphandlande enheter som utför en eller flera av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7, om dessa koncessioner tilldelas för utövande av dessa verksamheter”. Det kan noteras att till skillnad från direktiv 2004/18, i vars artikel 17 utesluts endast tjänstekoncessioner, utesluts i direktiv 2004/17 även byggentreprenader. Med en systematisk tolkning av artikel 12 i direktiv 2004/18 kan man av denna omständighet ana att byggkoncessioner, även om de avser särskilda sektorer (såsom vattensektorn), är underkastade endast reglerna för de traditionella sektorerna. [54]

80. För att komma till rätta med den förvirring som kontrakt avseende olika verksamheter kan ge upphov till (exempelvis en vattenförsörjningstjänst som kräver att bygg- och anläggningsarbeten utförs), anges i direktiv 2004/17 den objektiva regeln att reglerna för den huvudsakliga verksamheten ska iakttas (artikel 9.1), i överensstämmelse med rättspraxis, enligt vilken verksamhet inte ska anses som kontrakt om ”bygg- och anläggningsarbeten” när dessa arbeten är underordnade i förhållande till tjänsterna eller varorna. [55]

81. Sedan vägen röjts framgår det att tjänstekoncessioner är underkastade de grundläggande bestämmelserna och principerna

49 — Dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821), och av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585).

50 — I detta avseende ska framhållas att Acosets ombud vid förhandlingen tydligt framhöll att den privata partnern påtog sig denna risk.

51 — Dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, kommissionen mot Italien (REG 2007, s. I-6657), punkt 34, och av den 13 november 2008 i mål C-437/07, kommissionen mot Italien, punkt 29.

52 — Dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, Contse m.fl. (REG 2005, s. I-9315), punkt 22.

53 — Till detta svåra arbete bidrar reflektionerna från Gimeno Feliú, J. M., ”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”, Thomson Civitas, Madrid, 2006, s. 151–175, med klarhet, vilka reflektioner grundades på en begreppsmässig renodling av olika tillhörigheter.

54 — Att koncessioner ska uteslutas från upphandlingsdirektivens område slogs fast i domstolens beslut av den 30 maj 2002 i mål C-358/00, Buchhändler-Vereinigung (REG 2002, s. I-4685), men i dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), placerades koncessioner avseende bygg- och anläggningsarbeten under reglerna för de traditionella sektorerna.

55 — Domstolens dom av den 19 april 1994 i mål C-331/92, Gestión Hotelera Internacional (REG 2004, s. I-1329).

i fördraget och att koncessioner för bygg- och anläggningsarbeten dessutom är underkastade bestämmelserna i direktiv 2004/18, i vilka det föreskrivs att direktivet är tillämpligt om tröskelvärdena överskrids.

84. Man kan inte tillgripa pragmatism, vilket är en logisk ambition i varje rättsordning, som enda grund för ett rättsligt resonemang. Med denna reservation ansluter jag mig till kommissionens uppfattning, som måste anses riktig när det gäller de krav som gemenskapen ställer på kontrakt och koncessioner och som, genom ömsesidig påverkan, utgör ramen för användningen av IOPP.

D — *Parametrarna för kontroll av IOPP*

82. Det tvivel som artikel 113.5 b i det italienska lagstiftningsdekretet nr 267/2000 ger upphov till innebär att det måste avgöras om det, utöver det publicerade meddelandet för att söka efter den privata partnern, krävs ett annat meddelande beträffande tilldelningen av tjänsten. [56] Om denna fråga besvaras så, att det ska ske en enda anbudsinfordran, måste man fördjupa sig i de rättsregler som ska följas för att anbudsinfordran ska vara lagenlig, det vill säga reglerna om etableringsfrihet (artikel 43 EG) och frihet att tillhandahålla tjänster (artikel 49 EG) samt fri konkurrens (artikel 86).

85. Att införa dubbla anbudsinfordringar skulle stämma dåligt överens med den sparsamhet med instanser som systemet med IOPP bygger på. Genom att ett IOPP skapas görs nämligen valet av privat ekonomisk partner och tilldelning av det offentliga kontraktet eller koncessionen till det halvoffentliga bolaget genom en enda åtgärd.

86. Effektivitetsskäl medger inte utan vidare att legalitetsprincipen åsidosätts, eftersom effektiviteten är en del av denna princip, så att endast ineffektiv förvaltning ska anses rättsstridig.

1. En enda anbudsinfordran med två syften

83. I sitt meddelande anser kommissionen att ”ett dubbelt förfarande (ett första för valet av privat partner i det institutionella offentligprivata partnerskapet och ett andra för tilldelningen av det offentliga upphandlingskontraktet eller koncessionen till den blandekonomiska enheten) är svårgenomförbart”.

87. När dess gränser iakttas, [57] måste IOPP bli till pålitliga indikatorer för överväganden som grundas på kraven på rationalitet, motivering,

56 — Såsom konferensen mellan borgmästarna i och presidenten för Provincia samt kommunen i Vittoria har hävdat.

57 — Däribland de som härrör från rätten till god förvaltning, som slås fast i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna i artikel 41 i kapitel V, som rör medborgarskap, till vilken jag beträffande förbudet mot att frånta enskilda deras rätt att försvara sig hänförde mig i mitt förslag till avgörande av den 27 november 2007 i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP, i vilket mål domstolen meddelade dom den 15 maj 2008 (REG 2008, s. I-3565).

samverkan och ekonomi, som gäller för en administration som ansvarar för att säkerställa det kollektiva välbefinnandet, samtidigt som de avlägsnar administrationen från dess funktion som endast lagens ”drivrem” [58].

88. En avgörande omständighet är att det företag som inkorporeras i den nya enheten i själva verket agerar som en avtalspart eller som en koncessionshavare genom att det påtar sig ansvaret för att faktiskt tillhandahålla tjänsten. Detta döljs inte, eftersom en av variablerna för att utse företaget, vid sidan om dem avseende dess förvaltning, är dess förmåga att utföra tjänsten. [59]

89. På detta sätt sker valet av företag som tilldelas kontrakt eller koncessionshavare indirekt genom valet av privat partner, varför dess verksamhet är av stor betydelse. Genom att exakt definiera dess gränser skulle man förhindra att IOPP manipuleras för att undvika nya upphandlingsförfaranden.

90. Häri ligger med rätta dess existensberättigande, som i detta fall är hela vattenförsörjningstjänsten, enligt vad som anges i tolkningsfrågan när det hänvisas till ”bolagets enda verksamhetsändamål”.

91. Dessutom måste syftet med IOPP vara oförändrat medan det genomförs, [60] även om inget hindrar att det anpassas efter utvecklingen eller den enskilda partners skarpsinne, under förutsättning att de grundläggande villkoren [61] för upphandlingen inte ändras. [62]

92. Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilias redogörelse förefaller överensstämma med denna centrala nyans, eftersom det i kontraktshandlingarna angavs att tilldelningen av bygg- och anläggningsarbeten [63] som inte den privata partnern genomför personligen ska regleras av ”de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i lag”.

93. I Republiken Italiens yttrande (punkt 8) hävdas med stöd av *ius variandi* att i den

58 — ”Transmission belt”, vilket uttryck härrör från det redan klassiska verket av Stewart, R. B., ”The reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, vol. 88, nr 8, 1975, s. 1675.

59 — Med hänsyn till att alla kriterier i fråga ska beaktas genom ett enda förfarande, faller påståendet från kommunen Vittoria att anbudsinfordran för att välja partner inte behöver ge ramen för tilldelningen av tjänsten med hänsyn till skillnaderna i dess innehåll och syfte.

60 — En avgörande uppgift i det förevarande målet med hänsyn till den period om 30 år som hade fastställts.

61 — Enligt domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA (REG 2004, s. I-03801), punkt 116, medför det förhållandet att ett villkor är grundläggande att det, om det hade förekommit i anbudsinfordran eller kontraktshandlingarna, skulle ha möjliggjort för anbudsgivarna att ge in ett väsentligt annorlunda anbud.

62 — Utan att det påverkar undantagen i artiklarna 31 och 61 i direktiv 2004/18 och i artikel 40.3 f och g i direktiv 2004/17/EG, krävs för varje ändring av de grundläggande villkoren för upphandlingen som inte har föreskrivits i kontraktshandlingarna ett nytt upphandlingsförfarande, såsom anges i dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-8377), punkt 50.

63 — Inledningsvis de som angavs i Plan Operativo Trienal som antogs av borgmästarkonferensen vid dess sammanträde den 15 december 2003.

klausul som togs med i dessa kontraktshandlingar kan skymtas en eventuell börsnotering av det kapital som de offentliga ägarna innehar.

94. När det gäller offentliga kontrakt måste vissa icke grundläggande ändringar under utförandefasen tillåtas även om det för att uppnå insyn och inte förfela dess genomförande krävs en uttrycklig befogenhet för detta. [64]

95. Oberoende av att denna aktieförsäljning ändrar villkorens enhetlighet har den italienska regeringen i sitt skriftliga yttrande uppmärksammat att en sådan överföring av kapital skulle medföra att företaget skulle upphöra, eftersom det i dess bolagsordning föreskrivs ”ett offentligt majoritetsägande”, varför, utöver att företaget inte skulle vara lagenligt, det skulle upphöra att finnas. Medlemsstatens ombud nyanserade emellertid denna uppfattning vid förhandlingen och hänvisade till ”andra alternativa kontrollformer” som inte grundas på kapitalinnehav, vilken framställning jag instämmer i, under förutsättning att det större privata ägandet inte förfelar den övervägande tyngden hos det offentliga inslaget i bolaget, vilket inslag härrör från majoritetsägandet eller åtminstone dess odiskutabla inflytande på de strategiska besluten avseende vattenförsörjningsverksamheten. [65]

64 — Domstolens dom i det ovannämnda målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA.

65 — Under alla förhållanden kan man inte bortse från att det i det halvoffentliga bolagets bolagsordning hänvisas till ett ”majoritetsägande av det allmänna”, varför, hur mycket man än försöker rädda det ifrågavarande företagets kontinuitet för det fall det offentliga ägandet sjunker under 50 procent, ett av de väsentliga villkoren för företagets uppkomst inte längre skulle vara uppfyllt.

2. Halvoffentligt bolag och *in house*-tjänster: två motsatta verkligheter

96. I majoriteten av de yttranden som getts in i detta förfarande hänvisas till de fall i vilka uppdragen utförs med egna medel, även om det görs olika tolkningar av vad som menas därmed. Vissa hänvisar till sådant utförande och anför att det inte är tillämpligt på den föreslagna ”Servizio Idrico Integrato”, medan andra nämner det för att markera skillnaderna i förhållande till IOPP.

97. Enligt min uppfattning krävs inte upphandling vid *in house*-lösningar, och inte heller vid vissa IOPP som, om de uppfyller kraven på öppenhet, uppfyller likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen.

98. I rättspraxis har artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG samt de allmänna principer som följer av dessa inte tillämpats när den tilldelande myndigheten utövar en kontroll över den enhet som innehar koncessionen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, under förutsättning att denna enhet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den enhet som kontrollerar den. [66]

66 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 50, av den 13 oktober 2005 i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 62, och av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant SA (REG 2008, s. I-8457), punkt 26.

99. En förvaltning som utförs av ett bolag vars kapital även består av vissa insatser som inte kommer från administrationen befinner sig per definition utanför de formella kraven på *in house*, eftersom ett privat företags deltagande medför att myndigheterna inte har denna ”jämförbara kontroll”. [67]

100. Även om man är medveten om den kasuistiska prägeln hos de procentsatser som kan ge denna dominans, skulle det sammanfattningsvis vara till nytta att domstolen förfinar sin inställning i detta avseende.

101. Å ena sidan slås i några domar fast att den omständigheten att den offentliga tilldelande myndigheten äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet tyder på, om än inte definitivt, att denna offentliga upphandlande myndighet kontrollerar detta bolag på ett sätt som liknar det på vilket den kontrollerar sin egen förvaltning. [68]

102. *A contrario sensu* utesluter privat ägande tillämpning av principerna om egna uppdrag, enligt domarna i de ovannämnda målen Stadt Halle och Coname i vilka det uttalades att även ett privat minoritetsägande förhindrar sådan kontroll.

103. Å andra sidan blir denna rättspraxis mindre klar när domstolen, med hänvisning till domen i målet Asemfo, anför att ”villkoret avseende kontrollen som den offentliga myndigheten utövar, under vissa omständigheter, kan vara uppfyllt i det fall en sådan myndighet endast innehar 0,25 procent av kapitalet i ett offentligt företag”. [69]

104. Vid den samverkan som konferensen mellan borgmästarna i och ordföranden för provinsen och kommunerna i Ragusa förespråkat var den privata delägaren skyldig att inneha 49 procent av kapitalet i det nya bolaget. [70] Åtgärderna kan därför inte anses vara av *in house*-karaktär med hänsyn till detta stora ägande, eftersom det vid den nationella domstolen måste påvisas ett inflytande från den offentliga ägaren som kan undanröja den privata ägarens inverkan på organisationens strategiska mål. [71]

3. Uppdelning av de rättsliga aspekterna

105. Sedan det konstaterats att verksamheten i detta hybridbolag inte kontrolleras på samma sätt som verksamheten inom en offentlig förvaltning återstår att undersöka om dess tillblivelse tillåter att det inte görs någon offentlig anbudsinfordran beträffande vattenförsörjningstjänsten.

67 — Såsom följer av domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), punkt 49, och av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), punkt 26.

68 — Domen i mål C-340/04, Carbotermo (REG 2006, s. I-4137), punkt 37, och av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo (REG 2007, s. I-2999), punkt 57.

69 — Domen i det ovannämnda målet Coditel, punkt 53, i vilken hänvisas till punkterna 56–61 i domen i målet Asemfo, av vilken emellertid inte framgår att det var fråga om en sådan ägarandel.

70 — Punkt II. 7 i Acosets yttrande och punkt 5 i den italienska regeringens yttrande.

71 — Domen i det ovannämnda målet Parking Brixen och i det ovannämnda målet Carbotermo.

106. Utan att vilja göra våld på den rättsliga kategorin ”offentlig-privat partnerskap” anser jag att dess olika beståndsdelar måste delas upp.

107. Det finns ingen olägenhet i att territoriella offentliga sammanslutningar bildar en juridisk person och utför därmed förenade uppgifter att utforma bolagsordningen, teckna kapitalet och ingå förbund med den som den anser lämpligt.

108. Inte heller kan man kritisera ett meddelande med ett erbjudande för att i detta bolag få med enskilda aktörer som är redo att betala ett belopp som bidrar till dess verksamhet.

109. Det förhållandet att det inte alls görs någon anbudsinfordran vid tilldelning av några tjänster överensstämmer dåligt med artiklarna 43 EG och 49 EG samt principerna om likabehandling och icke-diskriminering, vilket är fallet med ”Servizio Idrico Integrato”, men lösningen för att komma till rätta med denna situation finns i de kriterier som ligger till grund för själva valet av privat partner.

110. Kandidaterna ska styrka sin personliga och ekonomiska kapacitet för att träda in som aktieägare, men deras tekniska skicklighet och de fördelar av ekonomiskt och annat slag som deras anbud innebär måste ha en framträdande plats bland de aspekter som ska värderas.

111. I meddelandet om IOPP anges nämligen att ”[d]et faktum att en privat aktör och en upphandlande enhet... samarbetar inom ramen för en blandekonomisk enhet kan inte motivera att reglerna om offentlig upphandling och koncessioner inte efterlevs vid tilldelning av offentliga kontrakt eller koncessioner till denna privata aktör eller till den blandekonomiska enheten”.

112. Avgörande för om ett IOPP är godtagbart är således att kraven på rimlighet och förutsebarhet är uppfyllda, så att alla anbudsgivare, faktiska eller potentiella, har tillgång till adekvat information om den upphandlande myndighetens projekt, som består i att bilda ett halvoffentligt bolag som ska anförtros ett offentligt kontrakt eller en koncession.

113. Kravet på offentliggörande härrör när det gäller kontrakt från artikel 41 och följande artiklar i direktiv 2004/17 och artiklarna 35, 36 och 58 i direktiv 2004/18/EG. För koncessioner för offentliga tjänster har i rättspraxis [72] detta krav uppställts som ett medel för att uppfylla öppenhetsprincipen, likabehand-

72 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), punkterna 60–62, och domen i det ovannämnda målet Coname, punkterna 16–19.

lingsprincipen och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. [73]

114. Domstolen har ansett att artiklarna 43 EG och 49 EG återpeglar likabehandlingsprincipen [74] och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet. [75]

115. När det gäller frågan om konkurrens ansåg jag i mitt förslag till avgörande i målet Ing. Aigner att närsyntheten hos dem som förvisar gemenskapsrätten om kontrakt till en roll som enbart koordinatör för tilldelningsförfaranden måste korrigeras, eftersom denna faktiskt har ett större syfte: att införa objektiv konkurrens i denna sektor för att genomföra de friheter som är väsentliga för den europeiska integrationen. [76]

116. Även om denna rättspraxis avser upphandling måste snedvridning av konkurrensen förhindras också vid koncessioner för offentliga tjänster, [77] eftersom samma principer i fördraget gäller för dem, även om de många nationella uppfattningarna beträffande ”koncession”, ”offentliga tjänster av allmänt intresse”, ”särskilda rättigheter” och ”exklusiva rättigheter” gör deras förhållande till artiklarna 81 EG, 82 EG och 86 EG oklart. [78]

4. Slutsats

117. Ett jakande svar på den ställda tolkningsfrågan förefaller inte kunna undvikas om hänsyn tas till det grundläggande kriteriet att

73 — De olika anbudsgivarna måste ha samma möjligheter, oberoende av nationalitet, såsom visades i domstolens dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), punkterna 33 och 54.

74 — Dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (REG 1989, s. 4035; svensk specialutgåva, volym 10, s. 269), punkt 8.

75 — Dom av den 8 oktober 1980 i mål 810/79, Überschär (REG 1980, s. 2747), punkt 16.

76 — Såsom följer av skäl 2 i direktiv 2004/18 och skäl 9 i direktiv 2004/17 samt av domstolens dom av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Costanzo (REG 1989, s. 1839), punkt 18 in fine, av den 10 november 1998 i målet BFI Holding, punkt 41, av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge (REG 2000, s. I-8035), punkt 16, och av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-939), punkt 41, samt i domen i målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 44, och i målet Carbotermo, punkt 58, med flera.

77 — Muñoz Machado, S., i ”Servicio público y mercado. Los fundamentos”, vol. I, Civitas, Madrid, 1998, s. 40, lugnar genom att förklara att Europa inte ogillar den offentliga sektorn utan endast önskar anpassa den till ett sammanhang med konkurrens, vilket innebär en ny utmaning men inte att den ska avvecklas.

78 — Neergaard, U., sammanfattar dessa aspekter i ”The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and nacional Law”, *The new EU public procurement Directives*, Ruth Nielsen & Steen Treumer (red.), Djøf Publishing, 2005, s. 149–181.

administrationen ska vara effektiv, under förutsättning att de garantier som följer av gemenskapsrätten inte åsidosätts.

118. De grundläggande friheterna i fördraget kräver att öppenhet och förbud mot diskriminering gäller vid en offentlig anbudsinfordran beträffande den privata partnern i ett företag, som – med bortseende från några icke grundläggande ändringar – ska förvalta en tjänst, vilken uppgift det halvoffentliga bolaget i formellt hänseende tilldelas men det privata företaget utför rent faktiskt.

119. Reglerna för att välja ut den privata partnern ska grundas inte endast på det kapital som den tillför utan även på dess erfarenhet och karaktären av dess anbud beträffande de särskilda tjänster som det ska tillhandahålla.

120. Den sicilianska domstolen ska bedöma om meddelandet i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* var lämpligt för att skydda konkurrensen, friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten samt eventuella berörda intressen.

121. För att undvika att den privata partnern får orättmätiga fördelar i förhållande till sina konkurrenter, [79] ska den nationella domstolen undersöka om valet överensstämde med det förfarande som föreskrivs i direktiven 2004/17 och 2004/18 för tilldelning, med hänsyn till att ett IOPP omfattas av villkor enligt ett tjänstekontrakt eller en koncession avseende bygg- och anläggningsarbeten.

122. För att fatta sitt beslut måste den nationella domstolen klargöra om ifrågavarande IOPP i Ragusa omfattar ett kontrakt eller en koncession och om det mot bakgrund av det redovisade begränsas till bygg- och anläggningsarbeten eller en offentlig tjänst och därvid tillämpa den rättsliga ordning som en korrekt tilldelning och ett komplett offentliggörande kräver.

79 — Några användbara ledtrådar ges i meddelandet genom att det i detta begärs att det i meddelandet om upphandling eller i de tekniska specifikationerna lämnas information om det offentliga kontraktet eller den koncession som ska tilldelas den halvoffentliga enhet som ska skapas och om dess stadgar. I meddelandet om upphandling ska också redovisas aktieägaravtalen, avtalsförhållandet mellan den upphandlande enheten och den privata partnern och avtalsförhållandet mellan den privata partnern och det halvoffentliga bolaget, utan att bortse från möjligheten att förnya eller ändra det offentliga kontraktet eller koncessionen eller möjligheten att tilldela andra uppgifter.

VII — Förslag till avgörande

123. Av ovan anförda skäl föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågan från Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia enligt följande:

Artiklarna 43, 49 och 86 i fördraget, Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster utgör inte något hinder för direkt tilldelning av en offentlig tjänst bestående i ett föregående utförande av bygg- och anläggningsarbeten till ett halvoffentligt bolag som bildats särskilt i detta syfte, under förutsättning att följande omständigheter föreligger:

— Att föremålet för bolagets verksamhet är endast detta under hela bolagets existens.

— Att den privata partnern väljs genom ett förfarande för offentlig anbudsinfordran efter kontroll av ekonomiska, tekniska, operativa och förvaltningsmässiga krav samt karaktären av dess anbud beträffande den tjänst som ska tillhandahållas.

— Att den privata partnern, såsom näringsidkare, åtar sig att utföra tjänsten och bygg- och anläggningsarbetena.

— Att denna anbudsinfordran överensstämmer med principen om fri konkurrens och uppfyller gemenskapsrättens krav på öppenhet och likabehandling för koncessioner och i förekommande fall de regler om offentliggörande och tilldelning som gäller vid offentlig upphandling.