Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 3. maj 2017 [1]

Sag C-701/15

Malpensa Logistica Europa S.p.A.
mod
SEA – Società Esercizi Aeroportuali S.p.A.
procesdeltager:
Beta-Trans S.p.A.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (den regionale forvaltningsdomstol for Lombardiet (Italien))

»Offentlige kontrakter – transport – udnyttelse af et geografisk område med henblik på at stille det til rådighed for transportvirksomheder, der operer i luften, i lufthavne eller andre transportterminaler – direktiv 2004/17/EF og direktiv 96/67/EF – nationale bestemmelser, der ikke fastsætter en udbudsprocedure vedrørende tildeling af lufthavnsområder«

1. Den tvist, der er genstand for denne præjudicielle forelæggelse, er opstået inden for rammerne af forholdet mellem forvaltningsorganet i lufthavnen Milano Malpensa [2] og to af de virksomheder, som leverer ground handling-ydelser i denne lufthavn. En af disse virksomheder (Malpensa Logistica Europa S.p.A., herefter »Malpensa Logistica«) har påklaget en afgørelse fra SEA, som direkte tildelte den anden virksomhed (Beta-Trans S.p.A., herefter »Beta-Trans«) retten til midlertidigt at anvende et bestemt lufthavnsområde uden afholdelse af en udbudsprocedure.

2. Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (den regionale forvaltningsdomstol for Lombardiet, Italien), som skal behandle klagen, står over for nationale regler for tildeling af offentlige kontrakter, som efter nævnte rets opfattelse afviger fra reglerne for ground handling-ydelser i lufthavne. Eftersom begge regelsæt gennemfører henholdsvis direktiv 2004/17/EF [3] og direktiv 96/67/EF [4], har den forelæggende ret anmodet Domstolen om en fortolkning af EU-retten for at afklare, om der forud for tildelingen af området til Beta-Trans skulle have været gennemført en udvælgelsesprocedure i henhold til reglerne for indgåelse af offentlige kontrakter.

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Società Esercizi Aeroportuali S.p.A. (herefter »SEA«).

3 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004, L 134, s. 1).

4 – Rådets direktiv af 15.10.1996 om adgang til ground handling-markedet i Fællesskabets lufthavne (EFT 1996, L 272, s. 36).

I. **Retsforskrifter**

A. ***EU-retten***

1. ***Direktiv 2004/17***

3. Artikel 1 (»Definitioner«) bestemmer følgende:

»1. I dette direktiv anvendes definitionerne i denne artikel:

2. a) Ved »vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en eller flere ordregivere, der er omhandlet i artikel 2, stk. 2, og en eller flere entreprenører, leverandører, eller tjenesteydere.

[…]d) Ved »tjenesteydelseskontrakter« forstås kontrakter, bortset fra bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, som vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag XVII.

[…]

3. […]

b) Ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.«

4. Stk. 2 i artikel 2 (»Ordregivere«) har følgende ordlyd:

»Dette direktiv gælder for ordregivere:

a) der er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7.

[…]«

5. Artikel 7 med overskriften »Bestemmelser om efterforskning efter og udvinding af olie, gas, kul og andet fast brændsel samt om havne og lufthavne« bestemmer følgende:

»Dette direktiv gælder også for udnyttelse af et geografisk område med henblik på:

[…]

b) tilrådighedsstillelse af lufthavne […] eller andre transportterminaler for transportvirksomheder, der opererer […] i luften.«

6. Artikel 18 (»Koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder eller om tjenesteydelser«) er affattet således:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på 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«.

2. ***Direktiv 96/67***

7. Betragtningerne til direktivet er affattet som følger:

»(5) åbning af adgang til ground handling-markedet er en foranstaltning, der skal bidrage til at mindske luftfartsselskabernes driftsomkostninger og forbedre kvaliteten af den service, der ydes brugerne

(6) på baggrund af nærhedsprincippet er det nødvendigt, at adgangen til ground handling-markedet gennemføres på fællesskabsplan, idet medlemsstaterne dog skal have mulighed for at tage hensyn til sektorens særlige karakter

(7) Kommissionen har i sin meddelelse af 1. juni 1994 »Vejen frem for den civile luftfart i Europa« givet udtryk for sin vilje til inden udgangen af 1994 at tage initiativ til at gennemføre adgangen til ground handling-markedet i Fællesskabets lufthavne; Rådet har i sin resolution af 24. oktober 1994 om situationen inden for den civile luftfart i Europa […] bekræftet, at det er nødvendigt at tage hensyn til de særlige forhold i lufthavnene ved gennemførelsen af denne åbning

[…]

(11) for visse tjenesteydelseskategorier kan markedsadgangen og udøvelsen af egen-handling skabe problemer med hensyn til sikkerhed, kapacitet og disponibel plads; det er derfor nødvendigt at kunne begrænse antallet af leverandører, der har tilladelse til at levere disse typer tjenesteydelser; det bør af samme grund være muligt at begrænse udøvelsen af egen-handling, og kriterierne for begrænsningen bør i så fald være relevante, objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende

[…]

(14) i nogle tilfælde kan problemerne være så alvorlige, at de kan berettige visse begrænsninger af markedsadgangen eller af udøvelsen af egen-handling, forudsat at disse begrænsninger er relevante, objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende

[…]

(16) begrænses antallet af leverandører, er det af hensyn til en reel og loyal konkurrence nødvendigt, at de udvælges ved hjælp af en relevant, objektiv, gennemsigtig og ikke-diskriminerende procedure; brugerne bør konsulteres i forbindelse med denne udvælgelse, da det først og fremmest er dem, der berøres af kvaliteten og prisen på de tjenesteydelser, de skal anvende

[…]

(25) der bør sikres leverandører, der har tilladelse til at levere ground handling-ydelser, og brugere, der har tilladelse til at anvende egen-handling, adgang til lufthavnens anlæg, i det omfang det er nødvendigt, for at de kan udøve deres rettigheder, og for at der kan sikres reel og loyal konkurrence; der bør dog kunne kræves betaling for denne adgang;«

8. Artikel 2 (»Definitioner«) bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

c) »forvaltningsorgan«: organ, som eventuelt i tilknytning til andre aktiviteter, i henhold til nationale love eller bestemmelser har fået til opgave at administrere og forvalte lufthavnens infrastrukturer og at koordinere og kontrollere de aktiviteter, der udføres af de forskellige virksomheder, der opererer i lufthavnen eller det pågældende lufthavnssystem

[…]

e) »ground handling-ydelser«: de tjenesteydelser i en lufthavn til en bruger, som er beskrevet i bilaget

[…]

g) »leverandør af ground handling-ydelser«: enhver fysisk eller juridisk person, der leverer en eller flere former for ground handling-ydelser til tredjemand.«

9. Stk. 1 og 2 i artikel 6 (»Levering af ground handling-ydelser til tredjemand«) bestemmer:

»1. Medlemsstaterne træffer […] de nødvendige foranstaltninger for at sikre leverandører af ground handling-ydelser fri adgang til markedet for levering af ground handling-ydelser til tredjemand.

[…]

2. Medlemsstaterne kan begrænse antallet af leverandører, som har tilladelse […]«.

10. Stk. 1 i artikel 9 (»Undtagelser«) bestemmer:

»Når specifikke plads- og kapacitetshensyn i en lufthavn, navnlig på grund af pladsmangel og arealets udnyttelsesgrad, umuliggør åbning af markedet og/eller udøvelse af egen-handling i det omfang, der er fastsat i dette direktiv, kan den pågældende medlemsstat beslutte:

a) at begrænse antallet af leverandører […]«.

11. Stk. 1, litra b), i artikel 11 (»Udvælgelse af leverandører«) bestemmer:

»Medlemsstaterne træffer de foranstaltninger, der er nødvendige for at fastlægge en procedure for udvælgelse af leverandører, som har tilladelse til at levere ground handling-ydelser i en lufthavn, hvis deres antal begrænses som omhandlet i artikel 6, stk. 2, eller artikel 9. Proceduren skal baseres på følgende principper:

[…]

b) Der skal iværksættes en udbudsprocedure, som offentliggøres i De Europæiske Fællesskabers Tidende, og som alle interesserede leverandører kan reagere på.

[…]«

12. Artikel 16 (»Adgang til anlæg«) har følgende ordlyd:

[…]

»2. Den disponible ground handling-plads i lufthavnen skal på grundlag af regler og kriterier, der er relevante, objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende, fordeles mellem de forskellige leverandører af tjenesteydelser […], herunder nytilkomne, i det omfang det er nødvendigt for, at de kan udøve deres rettigheder, og for at sikre reel og loyal konkurrence.

3. Skal der betales for adgang til lufthavnsanlæggene, fastsættes denne betaling på grundlag af relevante, objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier«.

B. ***Italiensk ret***

1. ***Lovdekret nr. 163/2006***[5]

13. Artikel 213 (»Havne og lufthavne«) bestemmer:

»Bestemmelserne i dette afsnit finder anvendelse på udnyttelse af et geografisk område med henblik på tilrådighedsstillelse af lufthavne, søhavne eller havne ved indre vandveje eller andre transportterminaler for transportvirksomheder, der opererer til vands eller i luften.«

2. ***Lovdekret nr. 18/1999***[6]

14. Artikel 4, stk. 1, fastsætter som udgangspunkt fri adgang til markedet for leverandører af ground handling-ydelser, udelukkende på baggrund af de i artikel 13 fastsatte krav.

15. Artikel 4, stk. 2, giver mulighed for begrænsning af den fri adgang »af begrundede årsager vedrørende sikkerheden, kapaciteten eller den disponible plads i lufthavnen«.

16. Artikel 12, stk. 1, omhandler undtagelser til den fri adgang, forstået som »specifikke plads- og kapacitetshensyn, navnlig pladsmangel og arealets udnyttelsesgrad, efter forudgående anvisninger fra forvaltningsorganet«.

17. Artikel 11 fastlægger en pligt til at afholde en forudgående offentlig udbudsprocedure »ved fastlæggelsen af udbydere af de kategorier af ground handling-ydelser, hvis adgang er underlagt begrænsninger eller undtagelser«.

II. **Retsforhandlingerne ved Domstolen**

18. Forelæggelsesafgørelsen indgik til Domstolens Justitskontor den 31. december 2015.

19. Malpensa Logistica, Beta-Trans, SEA og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg.

20. Den 25. maj 2016 blev der afholdt et retsmøde, hvor Malpensa Logistica og Beta-Trans valgte ikke at give fremmøde. SEA og Europa-Kommissionen deltog derimod i retsmødet.

III. **Faktiske omstændigheder i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål**

21. Som forvaltningsorgan for lufthavnen Milano Malpensa tildelte SEA Beta-Trans en hangar i nævnte lufthavn på ca. 1 000 m^2 til levering af ground handling-ydelser.

5 – Om gennemførelse af direktiv 2004/17 og direktiv 2004/18 i italiensk ret (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GURI nr. 100 af 2.5.2006)).

6 – Om gennemførelse af direktiv 96/67 i italiensk ret (Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità) (GURI nr. 28 af 4.2.1999)).

22. Det fremgår af de skriftlige indlæg og de i retsmødet afgivne oplysninger, at der forud for tildelingen af hangaren til Beta-Trans var blevet afholdt en udbudsprocedure vedrørende tildeling af bestemte lufthavnsområder til leverandører af ground handling-ydelser. Både Beta-Trans og Malpensa Logistica, som begge har tilladelse til at udføre fysisk håndtering af fragt (*handling*) i denne lufthavn, deltog i denne procedure, hvor førstnævnte blev tildelt et lufthavnsområde.

23. Eftersom Beta-Trans ikke kunne udnytte den plads, som virksomheden fik tildelt, idet den ikke var tilstrækkeligt klargjort (den skulle undergå vedligeholdelsesarbejde), gav SEA Beta-Trans den tilladelse til midlertidigt at anvende en hangar på 1 000 m^2, således at virksomheden øjeblikkeligt kunne påbegynde leveringen af sine ground handling-ydelser. Tildelingen var således udelukkende midlertidig, indtil den »endelige plads« var klar til at blive udnyttet (forventet juli 2017).

24. Den 18. april 2015 anlagde Malpensa Logistica søgsmål med påstand om annullation af afgørelsen om tildeling af hangaren til Beta-Trans. Malpensa Logistica gjorde gældende, at den ligesom Beta-Trans også havde behov for mere plads, og at de to virksomheder derfor burde behandles på lige fod på grundlag af en offentlig udbudsprocedure.

25. Den ret, som skal træffe afgørelse i tvisten, har anført, at lovdekret nr. 163/2006 i princippet finder anvendelse, eftersom den nationale lovgivning vedrørende offentlige kontrakter regulerer koncessioner på lufthavnsområder til udførelse af ground handling-ydelser ifølge retspraksis fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien)[7]. Tildelingen af plads er omfattet af det materielle anvendelsesområde for regelsættet om særlige sektorer, og dermed skal der afholdes en offentlig udbudsprocedure.

26. Den forelæggende ret står over for det problem, at en anden national lov (lovdekret nr. 18/1999 om ground handling-ydelser i lufthavne) når til en anden løsning, eftersom den ikke foreskriver, at der skal afholdes en udbudsprocedure.

27. For så vidt som de to italienske lovtekster gennemfører henholdsvis direktiv 2004/17 og direktiv 96/67, er det efter Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardias (den regionale forvaltningsdomstol for Lombardiet) opfattelse nødvendigt at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 7 i 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 – hvorefter udnyttelse af et geografisk område med henblik på tilrådighedsstillelse af lufthavne for lufttransportvirksomheder, som fastlagt i den i punkt 6.4 og 6.5 anførte nationale retspraksis, er omfattet af EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter – til hinder for nationale bestemmelser, såsom artikel 4 og 11 i lovdekret nr. 18/1999, som ikke fastsætter en forudgående offentlig udbudsprocedure i alle tilfælde af tildeling, selv foreløbig, af hertil beregnede områder?«

7 – Ifølge praksis fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), som den forelæggende ret har citeret (dom nr. 4934/2013 og dom nr. 2026/2014), omfatter artikel 213 i lovdekret nr. 163/2006 aktiviteter, som funktionelt sigter mod ikke blot afgang, ankomst og flydrift i snæver forstand, men også passagertransit og -sikkerhed samt bagagesortering og generelt enhver sædvanligvis komplementær tjenesteydelse. Den har tilføjet, at en koncession på lufthavnsområder til udførelse af ground handling-ydelser som en form for udnyttelse af lufthavnsområder i forbindelse med de aktiviteter, som sædvanligvis udøves af lufttransportvirksomheder, er omfattet af det materielle anvendelsesområde for regelsættet om særlige sektorer.

IV. **Sammenfatning af parternes anbringender**

28. Efter Malpensa Logisticas opfattelse blev direktiv 96/67 inspireret af behovet for at åbne markedet for ground handling-ydelser og fjerne den monopolagtige indflydelse fra lufthavnenes forvaltningsorganer på et tidspunkt, hvor disse forvaltningsorganers tildeling af lufthavnsområder var omfattet af rækkevidden af begrebet »særlige sektorer«, der indgik i lovgivningen om offentlige kontrakter.

29. Direktiv 2004/17, som blev vedtaget efterfølgende, regulerer fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter i forbindelse med de særlige sektorer og bestemmer, at dets principper finder anvendelse på kontrakter vedrørende tilrådighedsstillelse af lufthavne (artikel 7) i et øjemed, der er direkte knyttet til udførelsen af lufthavnsaktiviteter (artikel 20). Direktivets artikel 10 forpligter nærmere bestemt ordregiverne til at overholde principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af virksomheder, og artikel 31 bestemmer, at kontrakter, hvis genstand er de i bilag XVII A anførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med artikel 34-59.

30. I Italien tilkommer det selskaber, som er indehavere af koncessioner på lufthavnsområder, at fordele disse områder, og kontrakterne i denne henseende er direkte knyttet til forvaltningsorganets virksomhed. SEA er således forpligtet til at fordele de områder, der er nødvendige for driften af de tjenesteydelser, der er forbundet med lufthavnsforvaltningen, ved hjælp af fremgangsmåderne i direktiv 2004/17.

31. Denne ordning befinder sig efter Malpensa Logisticas opfattelse på et andet niveau end ordningen i direktiv 96/67, som ikke havde til formål at ophæve forvaltningsorganernes monopol, men at indføre ligebehandling for alle aktører, der ønsker at udnytte et lufthavnsområde. I henhold til fællesskabsprincipperne sikres denne ligebehandling ved hjælp af udvælgelsesprocedurer, der er åbne for konkurrence.

32. Ifølge Malpensa Logistica foreligger der ikke et modsætningsforhold mellem direktiv 96/67 og direktiv 2004/17, hvis anvendelsesområder er forskellige. Efter ikrafttrædelsen af direktiv 2004/17 og direktivets gennemførelsesbestemmelser får leverandører af tjenesteydelser, der er direkte knyttet til lufthavnsaktiviteterne, adgang til udnyttelse af de områder, som de tildeles, ved hjælp af åbne og gennemsigtige udvælgelsesprocedurer.

33. Endelig er det efter Malpensa Logisticas opfattelse irrelevant, at den omtvistede tildeling kun er foreløbig, eftersom Malpensa Logistica selv havde interesse i den foreløbige tildeling af det omtvistede område, som burde være sket ved hjælp af en udbudsprocedure.

34. Beta-Trans har for det første anført, at hangaren blev stillet til virksomhedens rådighed, eftersom den tidligere var blevet tildelt et andet anlæg, der stadig var under opførelse, ved hjælp af en udbudsprocedure. Den omtvistede tildeling var foreløbig og ville gælde, indtil Beta-Trans kunne råde over førnævnte anlæg.

35. Beta-Trans har beskrevet den kommercielle baggrund for forholdet mellem denne virksomhed, Malpensa Logistica og en af sidstnævntes tidligere kunder (Nippon Cargo Airlines) og har konstateret, at Beta-Trans – på trods af at Malpensa Logistica rådede over et lufthavnsområde, der var væsentlig større end Beta-Trans' område – havde formået at etablere en forretningsforbindelse med Nippon Cargo Airlines, hvilket ikke havde været muligt uden den omtvistede tildeling. Efter Beta-Trans' opfattelse sikrer SEA's ageren, at nye aktører kan få adgang til markedet, samt en reel og effektiv konkurrence, eftersom den giver tredjemand mulighed for frit at vælge mellem forskellige lufthavnsaktører. Beta-Trans har i denne henseende fremhævet den store betydning af artikel 16 i direktiv 96/67, der sikrer, at markedet er åbent for nye aktører såsom Beta-Trans.

36. Endelig har Beta-Trans i sin analyse fokuseret på direktiv 96/67 og lovdekret nr. 18/1999, som gennemførte direktivet i italiensk ret, og har fremhævet, at hovedreglen om fri adgang indeholder undtagelser (heriblandt på grund af pladsmangel), som kan begrunde en begrænsning af antallet af tjenesteydere, samt at disse udvælges ved hjælp af konkurrenceprægede udbudsprocedurer.

37. Ifølge SEA finder direktiv 2004/17 ikke anvendelse i denne sag, som er underlagt direktiv 96/67 i medfør af specialitetsprincippet. SEA har gjort gældende, at sektorer såsom lufttransport på tidspunktet for sidstnævnte direktivs vedtagelse allerede var underlagt direktiv 531/90/EØF [8], som senere blev erstattet af direktiv 2004/17, hvis indhold i væsentlig grad er identisk for så vidt angår anvendelsesområdet. Således var fællesskabslovgiver i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 96/67 bevidst om eksistensen af denne lovgivning om indgåelse af kontrakter i særlige sektorer, selv om denne indførte en specifik ordning vedrørende ground handling-ydelser i lufthavne.

38. SEA er desuden af den opfattelse, at direktiv 2004/17 nødvendigvis forudsætter, at den kontrakt, der indgås mellem den ordregivende myndighed og leverandøren [9], hvorved førstnævnte betaler sidstnævnte en godtgørelse for den leverede ydelse, skal være gensidigt bebyrdende. Dette element indgår ikke i hovedsagen, hvor det er den valgte tilbudsgiver, der betaler den anden part en afgift som modydelse for at kunne udnytte det offentlige område. Direktiv 2004/17 finder således ikke anvendelse i sagen.

39. SEA har endvidere fremhævet, at der i henhold til direktiv 96/67 er mulighed for, at der fastsættes begrænsninger vedrørende adgangen for leverandører af ground handling-ydelser, samt at der i så fald bør indledes en offentlig udvælgelsesprocedure. SEA har fremhævet, at denne mulighed ikke nødvendigvis indebærer, at der skal anvendes en udvælgelsesprocedure til tildeling af områder, der er beregnet til dette formål.

40. Kommissionen er ligesom SEA af den opfattelse, at direktiv 2004/17 ikke finder anvendelse, eftersom kriteriet om, at kontrakten skal være gensidigt bebyrdende i henhold til direktivets artikel 1, stk. 2, litra c) og d), ikke er opfyldt, idet der ikke foreligger betaling fra den ordregivende myndighed til kontrahenten som modydelse for, at kontrahenten leverer en tjenesteydelse. Forholdet mellem disse parter er omfattet af koncessionskontrakter om tjenesteydelser, som er udelukket fra direktivets anvendelsesområde i medfør af dets artikel 18.

41. Skulle det medgives, at koncessionen på lufthavnsområdet var underlagt direktiv 2004/17, ville den være omfattet af den i punkt 20 i bilag XVII B nævnte kategori, således at forvaltningsorganet ikke ville være forpligtet til at afholde en udbudsprocedure.

42. Kommissionen har endelig anført, at direktiv 96/67 er udgangspunktet, og at det kun følger heraf, at forvaltningsorganet på grundlag af regler og kriterier, der er relevante, objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende, skal fordele områderne mellem de forskellige operatører, i det omfang det er nødvendigt for, at de kan udøve deres rettigheder, og for at sikre reel og loyal konkurrence. Den nationale ret skal efterprøve, om disse kriterier er blevet overholdt i denne konkrete sag, også selv om der ikke er afholdt en udbudsprocedure.

8 – Rådets direktiv af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1990, L 297, s. 1).

9 – SEA sondrer mellem *passive* offentlige kontrakter (herunder kontrakter, der er underlagt direktiv 2004/17), som medfører udgifter for den ordregivende myndighed, der erhverver varer eller tjenesteydelser, og *aktive* offentlige kontrakter, som omfatter koncessioner vedrørende statsejendom, og som myndigheden modtager indtægt for.

V. **Bedømmelse**

43. Indledningsvis er det efter min opfattelse relevant at bemærke, at Domstolens svar til den forelæggende ret ikke kan tage stilling til diskussionen om fortolkningen af de nationale regler, der ifølge den forelæggende ret »teoretisk set« [10] kan anvendes til at afgøre sagen.

44. Det tilkommer den forelæggende ret (eller eventuelt den ret, der skal foretage prøvelse af dens dom) at afgøre, hvorvidt lovdekret nr. 163/2006 (om indgåelse af offentlige kontrakter) som generel lovgivning finder anvendelse med forrang for bestemmelserne i lovdekret nr. 18/1999 (om ground handling-ydelser i lufthavne) i forbindelse med afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt der forud for tildelingen af lufthavnsområder skal gennemføres en offentlig udbudsprocedure i henhold til italiensk ret og i medfør af disse lovtekster.

45. Den omstændighed, at begge nationale lovtekster »er afledt af EU-retten«, således som den forelæggende ret har anført [11], er ikke til hinder for, at den italienske lovgiver underkaster tildeling af lufthavnsområder såsom det i hovedsagen omhandlede – der, således som jeg vil gøre rede for i det følgende, ikke er omfattet af direktiv 2004/17 – offentlige udbudsprocedurer. Dette direktiv kræver naturligvis, at dets bestemmelser anvendes i forbindelse med tildelinger af de i direktivet fastlagte kontrakter, men intet forhindrer en medlemsstat i på eget initiativ at udvide denne ordning til at omfatte andre retshandler.

46. Uanset de italienske retters ubestridelige kompetence til i henhold til italiensk ret at afgøre, hvorvidt der forud for tildeling af lufthavnsområder altid skal gennemføres en offentlig udbudsprocedure, vil jeg blot give fortolkningsmæssige retningslinjer med hensyn til de to omhandlede direktiver. Når det er fastlagt, hvilket direktiv der set ud fra EU-rettens synspunkt og efter min opfattelse bør finde anvendelse, skal det undersøges, om der var tegn på, at den italienske lovgivning var i uoverensstemmelse hermed.

A. **Spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 2004/17 finder anvendelse**

47. Det første punkt, der skal behandles, vedrører kvalificeringen af forholdet mellem lufthavnens forvaltningsorgan og leverandørerne af ground handling-ydelser, som skal afgøre, om vi står over for en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser med et offentligt element. I tilfælde af sidstnævnte finder direktiv 2004/17 ikke anvendelse i henhold til dets artikel 18.

48. Domstolens praksis [12] har skabt grundlag for en sondring mellem disse kategorier. Selv om Domstolens domme er blevet afsagt i forbindelse med fortolkningen af direktiv 2004/18/EF [13], er jeg af den opfattelse, at de tilsvarende kan finde anvendelse på direktiv 2004/17 på grund af sammenfaldet mellem de relevante bestemmelser i begge direktiver.

49. Domstolen har bemærket, at »det fremgår […] af en sammenligning af definitionerne af en offentlig tjenesteydelseskontrakt og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i henholdsvis stk. 2, litra a) og d), og stk. 4 i artikel 1 i direktiv 2004/18 [som svarer til artikel 1, stk. 2, litra a) og d), og artikel 3, litra b), i direktiv 2004/17], at forskellen mellem en offentlig tjenesteydelseskontrakt og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser bunder i vederlaget for de tjenesteydelser, der skal præsteres. En

10 – Forelæggelsesafgørelsen, afsnit 6.2.

11 – Ibidem.

12 – Dom af 10.3.2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, EU:C:2011:130, præmis 24 og 26), og af 8.9.2016, Politanò (C-225/15, EU:C:2016:645, præmis 29-31).

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

tjenesteydelseskontrakt indebærer en modydelse, som, uden at være den eneste, betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen, mens vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres ved en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris« [14].

50. Domstolen har tilføjet, at kvalificeringen af et forhold som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser »indebærer […], at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenesteydelser, og at dersom den risiko, som er forbundet med leveringen af tjenesteydelsen, ikke overføres på tjenesteyderen, udgør transaktionen en offentlig tjenesteydelseskontrakt og ikke en koncessionskontrakt om tjenesteydelser« [15].

51. I forbindelse med ground handling-ydelser består tilknytningen mellem lufthavnens forvaltningsorgan og leverandøren, som leverer disse tjenesteydelser til luftfartsselskaberne i, at førstnævnte overdrager de relevante lufthavnsområder og -anlæg til sidstnævnte. Til gengæld for denne tilrådighedsstillelse af offentlige goder modtager forvaltningsorganet betaling (som regel i form af en afgift) fra leverandøren. Denne udnytter til gengæld de tildelte områder i forbindelse med sine handelsforbindelser med tredjemand, dvs. med de brugere, der forpligter sig til at betale leverandøren for de udførte tjenesteydelser [16]. Leverandøren bærer risikoen i forbindelse med driften af sin virksomhed.

52. I retsmødet blev det bekræftet, at denne grundlæggende ordning netop svarer til den ordning, der gør sig gældende i lufthavnen Milano Malpensa. Leverandørerne af ground handling-ydelser betaler forvaltningsorganet SEA en årlig afgift, som fastsættes i forhold til arealet af de anlæg, som de råder over. Denne betaling udgør en modydelse for anvendelsen af lufthavnsområderne og er baseret på artikel 16, stk. 3, i direktiv 96/67 [17].

53. Tildeling af lufthavnsområder til en aktør med henblik på, at denne leverer ground handling-ydelser til tredjemand, kan ikke kvalificeres som en offentlig tjenesteydelseskontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a) og d), i direktiv 2004/17, og det i hovedsagen omhandlede forhold er således ikke omfattet af nævnte direktivs anvendelsesområde.

54. En anerkendelse af, at tildelingen af denne form for anlæg, som muliggør ground handling, er omfattet af bestemmelserne i direktiv 2004/17, ville, således som Kommissionen har anført, indebære, at den var omfattet af støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser (kategori 20 i bilag XVII B i direktiv 2004/17). Artikel 32 i direktiv 2004/17 bestemmer, at indgåelsen af kontrakter, hvis genstand er denne kategori af tjenesteydelser, »kun [er] underlagt bestemmelserne i artikel 34 og 43« (henholdsvis tekniske specifikationer og bekendtgørelser om allerede indgåede kontrakter), dvs. ikke de øvrige generelle regler.

14 – Dom af 8.9.2016, Politanò (C-225/15, EU:C:2016:645, præmis 30).

15 – Ibidem, præmis 31. Disse elementer, der kendetegner en koncession vedrørende tjenesteydelser, er blevet indarbejdet af EU-lovgiver i artikel 5, stk. 1, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26.2.2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1).

16 – Det økonomiske indhold af forholdet mellem de omhandlede parter er i visse lande fastlagt i et dokument, som godkendes af forvaltningsorganet. I dette dokument præciseres ofte afgiftsbeløbet (eller den tilsvarende økonomiske ydelse af offentlig karakter), som aktøren skal betale, og hvis størrelse afhænger af de tildelte områder og evt. de forskellige former for ground handling, der leveres. Der kan ligeledes fastsættes en takst eller maksimal pris, som aktøren opkræver sine kunder alt efter karakteren af de efterspurgte tjenesteydelser, herunder ground handling-ydelser.

17 – Domstolen fastslog i sin dom af 16.10.2003, Flughafen Hannover-Langenhagen (C-363/01, EU:C:2003:548), at artikel 16, stk. 3, i direktiv 96/67 muliggør, at lufthavnens forvaltningsorgan opkræver et vederlag, hvis størrelse fastsættes i overensstemmelse med kriterierne fastsat i denne artikel, og som tager hensyn til dette organs interesse i at opnå fortjeneste for brug af lufthavnsanlæggene.

B. **Spørgsmålet om, hvorvidt både direktiv 2004/17 og direktiv 96/67 finder anvendelse**

55. Hvis tildelingen af lufthavnsområder til leverandører af ground handling-ydelser i teorien havde samme karakter som en kontrakt om tjenesteydelser (hvilket ikke er tilfældet), ville både direktiv 2004/17 og direktiv 96/67 finde anvendelse på de samme faktiske omstændigheder. Førstnævnte bestemmer, at tildelingen skal ske efter en formel udbudsbekendtgørelse, og sidstnævnte stiller ikke krav herom, og dermed opstår konflikten.

56. Således som Kommissionen har fremhævet i sit skriftlige indlæg og i retsmødet, har forvaltningsorganer, heriblandt SEA, en særlig opbygning, der gør det muligt for dem at agere enten som ordregivende myndigheder, der er omfattet af direktiv 2004/17, eller som forvaltere af lufthavnsinfrastrukturer, hvilket i henhold til direktiv 96/67 giver dem mulighed for at koordinere og kontrollere aktiviteterne hos de forskellige aktører, der er til stede i lufthavnen. Som følge af denne dobbeltrolle må det undersøges, hvilke opgaver de udfører i hvert enkelt tilfælde.

57. Tildelinger såsom den i hovedsagen omtvistede svarer til den anden kategori af funktioner, som er omfattet af direktiv 96/67 og ikke af fremgangsmåderne i direktiv 2004/17, hvilket jeg netop har gjort opmærksom på. Denne løsning følger efter min opfattelse ganske enkelt af de respektive anvendelsesområder, uden at der er behov for at anvende fortolkningskriterierne, der er baseret på lex generalis/lex specialis-forholdet.

58. Såfremt disse kriterier skal anvendes, findes svaret på konflikten mellem de to retsakter i Domstolens praksis: I disse tilfælde har Domstolen afhjulpet den lovgivningsmæssige gnidning ved at henvise til specialitetsprincippet, sammenholdt med retssikkerhedsprincippet, som »kræver […], at retsreglerne er klare, præcise og forudsigelige i deres retsvirkninger, således at de berørte kan orientere sig i situationer og retsforhold, der henhører under EU-retten« [18].

59. Særlig relevant er henvisningen til den nylige dom af 27. oktober 2016, Hörmann Reisen [19], hvor der var tale om en klar overlapning mellem forordning (EF) nr. 1370/2007 [20] og direktiverne om offentlige indkøb [21], ligeledes på transportområdet.

60. Som begrundelse for sin afgørelse udtalte Domstolen i denne dom, at »direktiv 2004/18 […] finder generel anvendelse, mens forordning nr. 1370/2007 kun vedrører offentlig personbefordring med jernbane og ad vej«. På baggrund af denne konstatering og i betragtning af, at både forordning nr. 1370/2007 og direktiv 2004/18 »indeholder regler om underentreprise, skal det fastslås, at den førstnævnte bestemmelse udgør en særregel i forhold til reglerne i den anden bestemmelse, og at den som *lex specialis* har forrang for disse«.

61. Malpensa Logistica har imidlertid anført, at direktiv 2004/17 finder anvendelse, eftersom det er af senere dato end direktiv 96/67. Analysen af det kronologiske forløb fører imidlertid nærmere til den modsatte konklusion, eftersom ordlyden af direktiv 2004/17 på dette punkt er sammenfaldende med ordlyden af dens forgænger, direktiv 90/531/EØF [22], hvis anvendelsesområde omfattede lufthavne

18 – Dom af 12.2.2015, Parlamentet mod Rådet (C-48/14, EU:C:2015:91, præmis 45), med henvisning til dom af 8.12.2011, France Télécom mod Kommissionen (C-81/10 P, EU:C:2011:811, præmis 100), og af 31.1.2013, LVK-56 (C-643/11, EU:C:2013:55, præmis 51).

19 – Sag C-292/15 (EU:C:2016:817).

20 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 23.10.2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT 2007, L 315, s. 1).

21 – Problemet opstod på grund af omfanget af underentreprise, der var forskelligt, alt efter om direktiv 2004/18 eller forordning nr. 1370/2007 fandt anvendelse.

22 – Rådets direktiv af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1990, L 297, s. 1).

[artikel 2, stk. 2, litra b), nr. ii)] på samme vilkår som artikel 7, litra b), i direktiv 2004/17. Dermed var fællesskabslovgiver i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 96/67 fuldt ud bevidst om den specifikke karakter, som direktivet indførte, og som adskilte sig fra bestemmelserne i direktivet om indgåelse af kontrakter inden for særlige sektorer.

62. Den særlige karakter af lovgivningen om lufthavne begrundes i direktiv 96/67, i hvis betragtninger [23] det fremhæves, at direktivet har til formål at bidrage til at mindske luftfartsselskabernes driftsomkostninger og forbedre kvaliteten af den service, der ydes brugerne ved at åbne adgangen til ground handling-markedet [24], idet medlemsstaterne dog skal have mulighed for at tage hensyn til sektorens særlige karakter, samt at det er nødvendigt at tage hensyn til de særlige forhold i lufthavnene ved gennemførelsen af denne åbning.

63. Også på denne baggrund er anvendelsen af direktiv 2004/17 udelukket til fordel for anvendelsen af direktiv 96/67.

C. **Disse bedømmelsers konsekvenser for det præjudicielle spørgsmål**

64. Den forelæggende rets spørgsmål er begrænset til udelukkende at vedrøre, hvorvidt artikel 7 i direktiv 2004/17 er »til hinder« for nationale regler (artikel 4 og 11 i lovdekret nr. 18/1999), som ikke fastsætter en offentlig udbudsprocedure i tilfælde af tildeling af lufthavnsområder.

65. På baggrund af det ovenstående er jeg af den opfattelse, at dette spørgsmål i sin nuværende form bør besvares benægtende. I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at anføre, at direktiv 2004/17 ikke finder anvendelse på denne form for tildelinger, uden at dette berører den nationale lovgivers mulighed for, såfremt denne finder det relevant, af egen drift at underkaste den forpligtelser svarende til dem, der gør sig gældende for offentlige kontrakter i de særlige sektorer. For så vidt som lovdekret nr. 18/1999 ikke foreskriver en formel udbudsordning i forbindelse med tildeling af de nævnte områder, er det ikke i strid med direktiv 2004/17.

66. Dette svar risikerer imidlertid at være utilstrækkeligt og forringe værdien af den præjudicielle dialog, eftersom den forelæggende ret i sin omhyggelige beskrivelse af den gældende ret ligeledes har nævnt direktiv 96/67 og den lovgivning, som gennemfører dette direktiv i italiensk ret. Et svar, som ikke behandler dette direktivs indvirkning på hovedsagen, ville efter min opfattelse være ufuldstændigt.

67. I henhold til Domstolens faste praksis er »den omstændighed, at den forelæggende ret har udformet det præjudicielle spørgsmål under henvisning til bestemte EU-retlige bestemmelser, ikke […] til hinder for, at Domstolen oplyser denne ret om alle de fortolkningsmomenter, der kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne, uanset om den henviser til dem i sine spørgsmål« [25].

68. Det synes således hensigtsmæssigt, at problemerne i forelæggelsesafgørelsen også behandles på baggrund af direktiv 96/67.

23 – Femte til syvende betragtning, gengivet i punkt 7 i dette forslag til afgørelse.

24 – Domstolen har fremhævet dette formål i sin dom af 11.9.2014, Kommissionen mod Portugal (C-277/13, EU:C:2014:2208, præmis 48).

25 – Dom af 22.10.2015, Impresa Edilux og SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

D. **Tildeling af lufthavnsområder i direktiv 96/67**

69. Ifølge direktiv 96/67 har leverandører af ground handling-ydelser fri adgang til markedet for levering af ground handling-ydelser til tredjemand (artikel 6). I overensstemmelse med betragtningerne til dette direktiv[26] giver det under fastsatte omstændigheder mulighed for, at medlemsstaterne begrænser antallet af leverandører, der har en tilladelse (artikel 6, stk. 2, sammenholdt med artikel 9). I denne situation skal der indledes en konkurrencebaseret procedure for udvælgelse af leverandører, som er reguleret i direktivet (artikel 11).

70. I begge tilfælde (adgang uden begrænsninger eller selektiv adgang)[27] skal de leverandører, der har en tilladelse, naturligvis have adgang til de lufthavnsanlæg, som forvaltningsorganet giver dem. Ifølge artikel 16, stk. 2, i direktiv 96/67 skal den disponible plads i lufthavnen »på grundlag af regler og kriterier, der er relevante, objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende«, fordeles mellem de forskellige leverandører, »i det omfang det er nødvendigt for, at de kan udøve deres rettigheder, og for at sikre reel og loyal konkurrence«.

71. I henhold til bestemmelsen skal forvaltningsorganet i forbindelse med tildelingen af lufthavnsområderne eller -anlæggene således overholde de nævnte »regler og kriterier, der er relevante, objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende«, men det pålægges ikke at afholde en formaliseret offentlig udbudsprocedure, som svarer til den procedure, der gør sig gældende for indgåelse af kontrakter, som er omfattet af direktiv 2004/17.

72. Den omstændighed, at direktiv 96/67 ikke kræver, at forvaltningsorganet indleder en udbudsprocedure for at tildele lufthavnsområder til leverandørerne, indebærer naturligvis ikke, at dette organ ikke har mulighed for at gøre dette. Desuden kan et offentligt udbud mellem operatører, som har tilladelse, utvivlsomt være en af de (men ikke nødvendigvis den eneste) mest ideelle tildelingsmekanismer, hvis det gennemføres på et objektivt, gennemsigtigt og ikke-diskriminerende grundlag som omhandlet i direktivets artikel 16, stk. 2.

73. Ifølge oplysninger fra sagsakterne og retsmødet tildelte SEA det *endelige* lufthavnsanlæg til Beta-Trans som følge af et udbud på konkurrencevilkår, som også Malpensa Logistica deltog i[28]. Tildelingen af den midlertidige hangar, som er det eneste punkt, der er omtvistet, skyldtes, således som det allerede er nævnt, at det endeligt tildelte anlæg endnu ikke var klargjort.

74. Disse omstændigheder (den midlertidige karakter og forudgående gennemførelse af en udbudsprocedure) kan være en relevant faktor i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt SEA overholdt artikel 16, stk. 2, i direktiv 96/67. Eftersom denne bestemmelse tillægger forvaltningsorganet en vid skønsbeføjelse inden for de førnævnte rammer, tilkommer det den nationale ret at foretage denne vurdering.

75. Der må desuden ikke ses bort fra, at et af direktivets formål er at sikre, at nye leverandører af ground handling-ydelser er til stede, samt at et af kriterierne for tildeling af disponible områder i lufthavnen er at sikre »reel og loyal konkurrence« mellem leverandørerne, »herunder nytilkomne«. En reel konkurrence kræver netop, at der fjernes hindringer for markedsadgang for nye leverandører. Ud

26 – 11., 14. og 16. betragtning omhandler begrænsning af antallet af leverandører med hensyn til sikkerhed, kapacitet og disponibel plads, såfremt begrænsningerne er relevante, objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende, og kræver i så fald, at leverandørerne udvælges ved hjælp af en gennemsigtig og ikke-diskriminerende procedure.

27 – Ifølge de af SEA fremlagte oplysninger i retsmødet er adgangen for leverandører af ground handling-ydelser til lufthavnen Milano Malpensa ikke betinget af en forhåndsudvælgelse.

28 – Det fremgår ikke, at Malpensa Logistica har anfægtet denne tildeling.

fra dette synspunkt kan objektivitetsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling således begrunde afgørelser om tildeling af områder, der tager højde for situationen for allerede etablerede leverandører og deres eventuelle dominerende stilling i forbindelse med leveringen af disse tjenesteydelser i en given lufthavn [29].

76. Jeg foreslår dermed et todelt svar på den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål:

– Det skal på den ene side anerkendes, at artikel 7 i direktiv 2004/17 er forenelig med den nationale bestemmelse, som ikke fastsætter en forudgående offentlig udbudsprocedure i alle tilfælde af tildeling, selv foreløbig, af lufthavnsområder til leverandører af ground handling-ydelser (artikel 4 og 11 i lovdekret nr. 18/1999).

– Den forelæggende ret skal på den anden side mindes om, at artikel 16, stk. 2, i direktiv 96/67 kræver, at forvaltningsorganet fordeler de tilgængelige områder på de vilkår, som tidligere er blevet behandlet.

VI. **Forslag til afgørelse**

77. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (den regionale forvaltningsdomstol for Lombardiet) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 7 i 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 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for nationale bestemmelser, såsom artikel 4 og 11 i lovdekret nr. 18/1999, som ikke fastsætter en forudgående offentlig udbudsprocedure i alle tilfælde af tildeling, selv foreløbig, af lufthavnsområder til leverandører af ground handling-ydelser.

2) Tildelingen skal ske i overensstemmelse med artikel 16, stk. 2, i Rådets direktiv 96/67/EF af 15. oktober 1996 om adgang til ground handling-markedet i Fællesskabets lufthavne, således at de nævnte områder på grundlag af regler og kriterier, der er relevante, objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende, fordeles mellem de forskellige leverandører af tjenesteydelser, herunder nytilkomne, for så vidt som det er nødvendigt for, at de kan udøve deres rettigheder, og for at sikre reel og loyal konkurrence, hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve.«

29 – Ifølge forelæggelsesafgørelsen (afsnit 3) havde SEA og Beta-Trans gjort gældende, at Malpensa Logistica allerede rådede over lagerområder på ca. 18 000 m^2 og overdækkede områder på 2 700 m^2, samt at SEA med henblik på at opfylde behovene hos Malpensa Logistica lod opføre yderligere en overdækning med et område på 3 327 m^2 til opbevaring af varer »i ly for vejr og vind«.