DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

6. april 2006 *

I sag C-410/04,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italien) ved afgørelse af 22. juli 2004, indgået til Domstolen den 27. september 2004, i sagen

Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)

mod

Comune di Bari,

AMTAB Servizio SpA,

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), K. Lenaerts, M. Ilešič og E. Levits,

* Processprog: italiensk.

generaladvokat: L.A. Geelhoed
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. oktober 2005,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) ved avvocato C. Colapinto

— Comune di Bari ved avvocati R. Verna, B. Capruzzi og R. Cioffi

— AMTAB Servizio SpA ved avvocati G. Notarnicola og V. Caputi Jambrenghi

— den italienske regering ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato G. Fiengo

— den tyske regering ved C. Schulze-Bahr, som befuldmægtiget

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den polske regering ved T. Nowakowski, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved X. Lewis og D. Recchia, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 12. januar 2006,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF.

2 Spørgsmålet er blevet rejst under en sag mellem Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (herefter »ANAV«) på den ene side og Comune di Bari og AMTAB Servizio SpA (herefter »AMTAB Servizio«) på den anden side vedrørende sidstnævntes tildeling af en kontrakt om offentlig transport inden for kommunen.

Retsforskrifter

De fællesskabsretlige bestemmelser

3 Artikel 43 EF har følgende ordlyd:

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

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

4 Det bestemmes i artikel 46 EF:

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

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

5 Artikel 49, stk. 1, EF har følgende ordlyd:

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

6 Det bestemmes i artikel 86, stk. 1, EF:

»Medlemsstaterne afstår for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne traktats bestemmelser, navnlig de i artiklerne 12 og 81-89 nævnte.«

De nationale bestemmelser

7 Hvad angår den italienske lovgivning blev der med artikel 14 i decreto legge (herefter »ministerielt dekret«) nr. 269 af 30. september 2003 om hasteforanstalt-

ninger til fremme af udviklingen og ændring af offentlige kontis anvendelse (almindeligt tillæg til GURI nr. 229 af 2.10.2003, herefter »ministerielt dekret nr. 269/2003«) gennemført en ændring af artikel 113 i decreto legislativo (herefter »lovdekret«) nr. 267 af 18. august 2000, som sammenskriver bestemmelserne om organiseringen af lokale enheder (almindeligt tillæg til GURI nr. 227 af 28.9.2000, herefter »lovdekret nr. 267/2000«). Den nye affattelse af lovdekretets artikel 113, stk. 5, har følgende ordlyd:

»Tjenesteydelseskontrakten tildeles i overensstemmelse med bestemmelserne inden for sektoren og under overholdelse af Den Europæiske Unions retsforskrifter, idet kontrakten kan tildeles følgende selskaber:

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

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

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

Hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

8 Ifølge forelæggelsesafgørelsen er koncessionsselskabet AMTAB Servizio et aktieselskab, hvis kapital for 100%'s vedkommende ejes af Bari kommune, og hvis eneste virksomhed består i at udføre offentlig, lokal transport i kommunen. Selskabet er fuldstændigt underlagt Bari kommunes kontrol.

9 Det følger endvidere af forelæggelsesafgørelsen, at ANAV ifølge sine vedtægter repræsenterer virksomheder, der udfører nationale og internationale persontransporter og tjenesteydelser i forbindelse med transportvirksomhed, og sikrer i denne egenskab bl.a., at transporten udføres korrekt af hensyn til de selskaber, som udfører offentlig transport inden og uden for byområdet.

10 Ved afgørelse af 17. juli 2003 iværksatte kommunalbestyrelsen i Bari en offentlig udbudsprocedure med henblik på tildeling af en kontrakt vedrørende offentlig lokal transport inden for Bari kommunes område.

11 Efter ændringen af artikel 113, stk. 5, i lovdekret nr. 267/2000 ved artikel 14 i ministerielt dekret nr. 269/2003 besluttede Baris kommunalbestyrelse ved afgørelse af 9. oktober 2003 at bringe udbudsproceduren til ophør.

12 Ved afgørelse af 18. december 2003 tildelte kommunalbestyrelsen den omhandlede kontrakt direkte til AMTAB Servizio for perioden fra den 1. januar 2004 til den 31. december 2012.

13 ANAV anlagde med stævning forkyndt den 1. marts 2004 og indgivet den 9. marts 2004 sag ved Tribunale amministrativo regionale per la Puglia med påstand om, at den omhandlede afgørelse samt alle akter, der har forbindelse hermed eller følger heraf, annulleres, med den begrundelse, at de er i strid med fællesskabsretten og navnlig artikel 3 EF, 16 EF, 43 EF, 49 EF — 51 EF, 70 EF — 72 EF, 81 EF, 82 EF, 86 EF og 87 EF.

14 Tribunale amministrativo regionale per la Puglia har under hensyn til denne argumentation besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 113, stk. 5, i decreto legislativo nr. 267/2000, som ændret ved artikel 14 i decreto legge nr. 269/2003, forenelig med fællesskabsretten og navnlig med kravene om gennemskuelighed og fri konkurrence i henhold til artikel [43 EF], 49 EF og 86 EF, for så vidt som den ikke fastsætter nogen begrænsning i den offentlige forvaltnings frihed til at vælge mellem forskellige metoder for tildeling af en kontrakt vedrørende offentlige tjenesteydelser, navnlig mellem tildeling efter en offentlig udbudsprocedure og direkte tildeling til et af forvaltningen fuldt ud kontrolleret selskab?«

Om det præjudicielle spørgsmål

15 Med spørgsmålet ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt fællesskabsretten, bl.a. kravene om gennemskuelighed og fri konkurrence i henhold

til artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF, er til hinder for en national ordning som den i hovedsagen omhandlede, der ikke fastsætter nogen begrænsning i den offentlige forvaltnings frihed til at vælge mellem forskellige metoder for tildeling af en kontrakt vedrørende offentlige tjenesteydelser, navnlig mellem tildeling efter en offentlig udbudsprocedure og direkte tildeling til et selskab, som ejes 100% af forvaltningen.

16 Det fremgår af sagsakterne i hovedsagen, at den offentlige transport i Bari kommune i hvert fald delvist betales gennem brugernes køb af billetter. Denne form for vederlag er kendetegnende for en offentlig tjenesteydelseskoncession (dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 40).

17 Det er ubestridt, at offentlige tjenesteydelseskoncessioner ikke er omfattet af anvendelsesområdet for Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) (Parking Brixen-dommen, præmis 42). Dette direktiv er blevet erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114), hvis artikel 17 udtrykkeligt bestemmer, at direktivet ikke finder anvendelse på koncessionskontrakter om tjenesteydelser.

18 Selv om koncessionsaftaler er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50, som er erstattet af direktiv 2004/18, er de offentlige myndigheder, der indgår aftalerne, ikke desto mindre forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed (jf. i denne retning dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60, og af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16, samt Parking Brixen-dommen, præmis 46).

19 De af traktatens bestemmelser, der specifikt finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, er navnlig artikel 43 EF og 49 EF (Parking Brixen-dommen, præmis 47).

20 Foruden princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, finder princippet om ligebehandling af tilbudsgivere tillige anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, også selv om der ikke foreligger forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (Parking Brixen-dommen, præmis 48).

21 Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet indebærer navnlig et krav om gennemskuelighed, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes. Dette krav om gennemskuelighed, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelseskoncessioner for konkurrence, og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i denne retning dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, præmis 61 og 62, og Parking Brixen-dommen, præmis 49).

22 Den totale mangel på afholdelse af offentligt udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig tjenesteydelseskoncession som den i hovedsagen omhandlede er ikke forenelig med de i artikel 43 EF og 49 EF fastsatte krav og heller ikke med principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemskuelighed (Parking Brixen-dommen, præmis 50).

23 Det fremgår endvidere af artikel 86, stk. 1, EF, at medlemsstaterne ikke må opretholde en national lovgivning, der tillader tildeling af offentlige tjenesteydelseskoncessioner uden at afholde offentligt udbud, da en sådan tildeling er i strid med artikel 43 EF og 49 EF samt principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemskuelighed (Parking Brixen-dommen, præmis 52).

24 Anvendelsen af artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF samt de almindelige principper, som disse bestemmelser er et specifikt udtryk for, er imidlertid udelukket på området for offentlige tjenesteydelseskoncessioner, hvis den kontrol, den offentlige myndighed fører med den kontraherende virksomhed, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og hvis virksomheden udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, den ejes af (Parking Brixen-dommen, præmis 62).

25 En national lovgivning, som ordret gengiver betingelserne i foregående præmis, således som det er tilfældet med artikel 113, stk. 5, i lovdekret nr. 267/2000, som ændret ved artikel 14 i ministerielt dekret nr. 269/2003, er i princippet forenelig med fællesskabsretten, idet det præciseres, at fortolkningen af denne lovgivning ligeledes skal være forenelig med fællesskabsrettens krav.

26 Det skal understreges, at for så vidt som der er tale om en undtagelse til de almindelige fællesskabsretlige regler, skal de to betingelser, som er anført i denne doms præmis 24, fortolkes strengt, og bevisbyrden påhviler den part, der påberåber sig ekstraordinære omstændigheder, som berettigeren undtagelse fra de allerede

eksisterende regler (jf. dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 46, og Parking Brixen-dommen, præmis 63).

27 Ifølge AMTAB Servizios indlæg for Domstolen besluttede kommunalbestyrelsen i Bari den 27. december 2002 at afstå en andel svarende til 80% af de aktier, kommunen ejede i selskabet, og besluttede derfor den 21. maj 2004 at indlede en udbudsprocedure med henblik på udvælgelsen af den private majoritetsindehaver. Disse oplysninger er blevet bekræftet over for Domstolen af ANAV under retsmødet.

28 Under samme retsmøde gjorde Bari kommune imidlertid gældende, at den havde taget sin beslutning om at afstå en del af aktierne i AMTAB Servizio op til fornyet overvejelse. Kommunalbestyrelsen besluttede den 13. januar 2005 at trække sin tidligere beslutning tilbage og ikke længere privatisere selskabet. Denne beslutning er ikke blevet tilført den forelæggende rets sagsakter, idet den er blevet truffet efter forelæggelsesafgørelsen.

29 Det tilkommer den forelæggende ret og ikke Domstolen at afgøre spørgsmålet om, hvorvidt Bari kommune har til hensigt at give private aktionærer adgang til AMTAB's kapital. Følgende skal imidlertid præciseres for at give den forelæggende ret relevante oplysninger med henblik på afgørelsen af sagen.

30 Hvis private aktionærer i den periode, der er omfattet af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, havde adgang til AMTAB Servizios kapital, ville dette betyde, at en offentlig kontrakt blev tildelt til en halvoffentlig virksomhed uden afholdelse af et udbud, hvilket er i strid med de formål, som fællesskabsretten forfølger (jf. i denne retning dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 48).

31 Den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel — om end kun en minoritetsandel — af kapitalen i et selskab, som den pågældende offentlige myndighed også ejer en andel af, udelukker under alle omstændigheder, at den offentlige myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene (jf. i denne retning dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 49).

32 For så vidt som koncessionsselskabet er et selskab, der i hvert fald delvist er åbent for privat kapital, er denne omstændighed til hinder for at anse det for et organ til »intern« drift af en offentlig tjenesteydelse for den kommune, der ejer selskabet (jf. i denne retning Coname-dommen, præmis 26).

33 Herefter skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF samt ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og princippet om gennemskuelighed ikke er til hinder for en national ordning, som giver en offentlig myndighed mulighed for at tildele en offentlig tjenesteydelseskontrakt direkte til et selskab, som myndigheden ejer 100%, hvis den kontrol, som myndigheden fører med dette selskab, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og hvis selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, det ejes af.

Sagens omkostninger

34 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Første Afdeling) for ret:

Artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF samt ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og princippet om gennemskuelighed er ikke til hinder for en national ordning, som giver en offentlig myndighed mulighed for at tildele en offentlig tjenesteydelseskontrakt direkte til et selskab, som myndigheden ejer 100%, hvis den kontrol, som myndigheden fører med dette selskab, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og hvis selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, det ejes af.

Underskrifter