DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 6 april 2006 *

I mål C-410/04,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställts av Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italien), genom beslut av den 22 juli 2004 som inkom till domstolen den 27 september 2004, i målet

Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)

mot

Comune di Bari,

AMTAB Servizio SpA,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna J.N. Cunha Rodrigues (referent), K. Lenaerts, M. Ilešič och E. Levits,

* Rättegångsspråk: italienska.

generaladvokat: L.A. Geelhoed,
justitiesekreterare: första handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 27 oktober 2005,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

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

— Comune di Bari, genom R. Verna, B. Capruzzi och R. Cioffi, avvocati,

— AMTAB Servizio SpA, genom G. Notarnicola och V. Caputi Jambrenghi, avvocati,

— Italiens regering, genom I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— Tysklands regering, genom C. Schulze-Bahr, i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Polens regering, genom T. Nowakowski, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom X. Lewis och D. Recchia, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 12 januari 2006 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (nedan kallad ANAV) å ena sidan och Comune di Bari (Bari kommun) och AMTAB Servizio SpA (nedan kallat AMTAB Servizio) å den andra, avseende ett beslut att tilldela sistnämnda bolag driften av den lokala allmänna transporttjänsten inom denna kommun.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 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."

4 I artikel 46 EG föreskrivs följande:

"1. Bestämmelserna i detta kapitel och åtgärder som vidtagits med stöd av dessa skall inte hindra tillämpning av de 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 ovanstående bestämmelserna."

5 I artikel 49 första stycket 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."

6 I artikel 86.1 EG föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall 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."

Den nationella lagstiftningen

7 Avseende den italienska lagstiftningen har artikel 14 i lagdekret nr 269 om brådskande bestämmelser för att främja utvecklingen och för att förbättra

förvaltningen av de offentliga finanserna, av den 30 september 2003 (ordinarie supplement till GURI nr 229 av den 2 oktober 2003) (nedan kallat lagdekret nr 269/2003), inneburit en ändring i artikel 113 i lagstiftningsdekret nr 267, konsoliderad version av lagarna om lokala enheters uppbyggnad, av den 18 augusti 2000 (ordinarie supplement till GURI nr 227 av den 28 september 2000) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 267/2000). I den ändrade lydelsen av artikel 113 femte stycket i det sistnämnda dekretet föreskrivs följande:

"Tjänsten skall tillhandahållas i enlighet med de bestämmelser som gäller för varje sektor och gemenskapsrättsliga bestämmelser. Uppdraget att tillhandahålla tjänsten skall tilldelas

a) bolag med begränsat ansvar, vilka skall väljas 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 konkurrensbestämmelserna iakttagits enligt de riktlinjer som genom beslut och särskilda cirkulär utfärdats av behöriga myndigheter,

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."

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

8 Enligt begäran om förhandsavgörande är AMTAB Servizio ett av Comune di Bari helägt aktiebolag vars enda och uteslutande verksamhet är att tillhandahålla den lokala allmänna transporttjänsten i denna kommun. Det nämnda bolaget kontrolleras helt av Comune di Bari.

9 I enlighet med samma begäran företräder ANAV enligt lag de företag som utför nationella och internationella persontransporter, samt sådana tjänster som hänför sig till transportverksamhet, och ser i denna egenskap bland annat till att de företag som tilldelats den allmänna tjänsten för staden och förorterna utför denna tjänst på ett riktigt sätt.

10 Genom beslut av den 17 juli 2003 inledde Comune di Bari ett förfarande för offentlig anbudsinfordran för tilldelning av driften av den lokala allmänna transporttjänsten inom denna kommun.

11 Till följd av ändringen i artikel 113 femte stycket i lagstiftningsdekret nr 267/2000 genom artikel 14 i lagdekret nr 269/2003 avbröt Comune di Bari detta förfarande för offentlig anbudsinfordran genom beslut av den 9 oktober 2003.

12 Genom beslut av den 18 december 2003 tilldelade Comune di Bari den aktuella drifttjänsten direkt till AMTAB Servizio avseende tidsperioden från den 1 januari 2004 till den 31 december 2012.

13 Stämning delgavs motparten den 1 mars 2004 och ingavs den 9 mars 2004 till Tribunale amministrativo regionale per la Puglia. ANAV yrkade därvid att den sistnämnda domstolen skulle ogiltigförklara det nämnda beslutet liksom varje rättsakt som har samband därmed eller följer därav på den grunden att de utgör ett åsidosättande av gemenskapsrätten och särskilt artiklarna 3 EG, 16 EG, 43 EG, 49 EG, 50 EG, 51 EG, 70 EG–72 EG, 81 EG, 82 EG, 86 EG och 87 EG.

14 Mot bakgrund av dessa argument beslutade Tribunale amministrativo regionale per la Puglia att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

"Är artikel 113 femte stycket i lagstiftningsdekret nr 267/2000, i dess lydelse enligt artikel 14 i lagdekret nr 269/2003, genom att det i denna inte uppställs någon gräns för de allmänna myndigheternas frihet att välja mellan de olika formerna för tilldelning av kontrakt avseende offentliga nyttigheter, och särskilt mellan tilldelning genom förfarande för offentlig anbudsinfordran och direkt tilldelning till bolag som de kontrollerar helt, förenlig med gemenskapsrätten, och särskilt med bestämmelserna om insyn och fri konkurrens enligt artiklarna [43 EG], 49 EG och 86 EG?"

Prövning av tolkningsfrågan

15 Den nationella domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida gemenskapsrätten, särskilt bestämmelserna om insyn och fri konkurrens i artiklarna

43 EG, 49 EG och 86 EG, utgör hinder för en nationell lagstiftning såsom den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, genom att det i denna inte uppställs någon gräns för myndighetens frihet att välja mellan de olika formerna för tilldelning av kontrakt avseende offentliga nyttigheter, och särskilt mellan tilldelning genom förfarande för offentlig anbudsinfordran och direkt tilldelning till bolag som ägs helt av denna myndighet.

16 Det framgår av handlingarna i målet vid den nationella domstolen att ersättning för tillhandahållandet av allmänna transporttjänster i Bari åtminstone till viss del erhålls genom att de som utnyttjar tjänsten köper färdbevis. Detta kännetecknar en koncession avseende offentliga nyttigheter (dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkt 40).

17 Det är fastslaget att koncession avseende offentliga nyttigheter inte omfattas av tillämpningsområdet för rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) (domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 42). Detta direktiv har ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), i vilket det uttryckligen föreskrivs i artikel 17 att direktivet inte tillämpas på tjänstekoncessioner.

18 Trots att avtal om koncession avseende offentliga nyttigheter inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50, som har ersatts av direktiv 2004/18, är de myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta EG-fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 60, och av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkt 16, samt domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 46).

19 Bland de fördragsbestämmelser som särskilt är tillämpliga på koncessioner avseende offentliga nyttigheter finns bland andra artiklarna 43 EG och 49 EG (domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 47).

20 Förutom principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet skall principen om likabehandling mellan anbudsgivare tillämpas på koncessioner avseende offentliga nyttigheter även då det inte skett någon diskriminering på grund av nationalitet (domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 48).

21 Principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet innebär bland annat en skyldighet att lämna insyn, så att den koncessionsgivande myndigheten kan försäkra sig om att principerna iakttas. Denna skyldighet att lämna insyn som åvilar nämnda myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att koncessionen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstekoncessionen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Telaustria och Telefonadress, punkterna 61 och 62, och Parking Brixen, punkt 49).

22 Att inte alls infordra anbud vid tilldelningen av en sådan koncession avseende offentliga nyttigheter som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är i princip inte förenligt med vare sig kraven i artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 50).

23 Det följer vidare av artikel 86.1 EG att medlemsstaterna inte skall behålla nationella bestämmelser i kraft enligt vilka koncessioner avseende offentliga nyttigheter kan tilldelas utan anbudsinfordran, eftersom en sådan tilldelning strider mot artiklarna 43 EG eller 49 EG eller mot principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 52).

24 På området koncessioner avseende offentliga nyttigheter är det emellertid uteslutet att tillämpa artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG, liksom de allmänna principer som dessa särskilt ger uttryck för, om den koncessionsgivande offentliga myndigheten, utövar en kontroll över den enhet som innehar koncessionen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning samtidigt som denna enhet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar den (domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 62).

25 Nationell lagstiftning i vilken de villkor som föreskrivs i den föregående punkten upprepas ordagrant, såsom är fallet med artikel 113 femte stycket i lagstiftningsdekret nr 267/2000, i dess lydelse enligt artikel 14 i lagdekret nr 269/2003, överensstämmer i princip med gemenskapsrätten, under förutsättning att tolkningen av denna lagstiftning också överensstämmer med gemenskapsrättens krav.

26 Vad gäller ett undantag från de allmänna gemenskapsrättsliga bestämmelserna skall det framhållas att de två undantag som anges i punkt 24 i förevarande dom skall tolkas strikt, och att det är den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs (se dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt

Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkt 46, och domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 63).

27 Enligt de skriftliga yttranden som har inkommit till domstolen från AMTAB Servizio beslutade Comune di Bari den 27 december 2002 att överlåta 80 procent av sina aktier i detta bolag och beslutade den 21 maj 2004 i detta syfte att inleda ett förfarande för offentlig anbudsinfordran för att utse en privat majoritetsägare. Dessa uppgifter bekräftades av ANAV vid förhandlingen.

28 Vid samma förhandling har Comune di Bari emellertid gjort gällande att den ändrat uppfattning avseende sin avsikt att överlåta en del av sina aktier i AMTAB Servizio. Kommunen hade den 13 januari 2005 bestämt att inte fullfölja sitt tidigare beslut och att inte längre privatisera detta bolag. Detta beslut har inte lagts till den nationella domstolens handlingar eftersom det fattades efter beslutet om hänskjutande.

29 Det ankommer på den nationella domstolen och inte på EG-domstolen att bedöma frågan huruvida Comune di Bari avser att göra det möjligt för privata investerare att bli aktieägare i AMTAB Servizio. För att förse den nationella domstolen med användbara uppgifter för att bedöma den tvist som den har att avgöra är det emellertid relevant att klargöra följande.

30 Om privata investerare kunde bli aktieägare i AMTAB Servizio under den tid som det aktuella avtalet i tvisten vid den nationella domstolen löpte, skulle följden av en sådan situation bli att ett halvoffentligt företag tilldelades en koncession avseende offentliga nyttigheter utan anbudsinfordran, vilket skulle strida mot gemenskapsrättens syften (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705, punkt 48).

31 Den omständigheten att ett privat företag går in som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter nämligen i alla händelser att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 49).

32 Om ett koncessionsbolag är privatägt, och till och med om bolaget bara till viss del är privatägt, innebär detta att bolaget inte kan anses utgöra en organisation för intern administration av en offentlig nyttighet för den lokala myndigheten som innehar andelar däri (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Coname, punkt 26).

33 Mot bakgrund av det ovanstående skall den ställda frågan besvaras så, att artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG, liksom principerna om likabehandling, om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och om insyn, inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det är tillåtet för en myndighet att direkt tilldela ett kontrakt avseende offentliga nyttigheter till ett bolag som ägs helt av denna myndighet, under förutsättning att myndigheten utövar en kontroll över detta bolag som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning och under förutsättning att bolaget bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar andelar i det.

Rättegångskostnader

34 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

Artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG, liksom principerna om likabehandling, om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och om insyn, utgör inte hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det är tillåtet för en myndighet att direkt tilldela ett kontrakt avseende offentliga nyttigheter till ett bolag som ägs helt av denna myndighet, under förutsättning att myndigheten utövar en kontroll över detta bolag som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning och under förutsättning att bolaget bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar andelar i det.

Underskrifter