Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

29. november 2012 *

»Offentlige tjenesteydelseskontrakter — direktiv 2004/18/EF — ordregivende myndigheder, der i forhold til en af dem juridisk uafhængig enhed, som er tilslagsmodtager, udøver en kontrol svarende til den, de fører med deres egne tjenestegrene — ingen pligt til at afholde en tildelingsprocedure efter EU-retlige regler (en såkaldt tildeling »in house«) — enhed, som er tilslagsmodtager og kontrolleret af flere lokale myndigheder i fællesskab — betingelser for at foretage en »in house«-tildeling«

I de forenede sager C-182/11 og C-183/11,

angående to anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (Italien) ved afgørelser af 23. februar 2011, indgået til Domstolen den 18. april 2011, i sagerne

Econord SpA

mod

Comune di Cagno (sag C-182/11),

Comune di Varese,

Comune di Solbiate (sag C-183/11),

Comune di Varese,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af dommerne R. Silva de Lapuerta, som fungerende formand for Tredje Afdeling, K. Lenaerts, E. Juhász (refererende dommer), T. von Danwitz og D. Šváby,

generaladvokat: P. Cruz Villalón

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Comune di Cagno og Comune di Solbiate ved avvocatessa C. Colombo

* Processprog: italiensk.

— den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato P. Gentili

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den polske regering ved M. Szpunar, som befuldmægtiget

— Europa-Kommissionen ved C. Zadra og P. Manzini, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 19. juli 2012,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af EU-rettens bestemmelser om betingelserne for anvendelse af undtagelsen om direkte tildeling, kaldet »in house«, af en offentlig tjenesteydelse.

2 Disse anmodninger er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem Econord SpA på den ene side og Comune di Varese, Comune di Cagno og Comune di Solbiate på den anden side vedrørende lovligheden af de to sidstnævnte kommuners direkte tildeling af en tjenesteydelseskontrakt til ASPEM SpA (herefter »ASPEM«) uden afholdelse af en offentlig udbudsprocedure i henhold til de EU-retlige regler.

Retsforskrifter

EU-retten

3 Artikel 1 i 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) har overskriften »Definitioner« og følgende ordlyd i stk. 2:

»a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.

[…]

d) Ved »offentlige tjenesteydelseskontrakter« forstås offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II.

[…]«

4 Direktivets artikel 1, stk. 4, fastsætter:

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

5 Nævnte direktivs artikel 20 har følgende ordlyd:

»Kontrakter, der vedrører de i bilag II A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 23-55.«

6 I punkt 16 i bilag II A til samme direktiv nævnes »Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser«.

Italiensk ret

7 Artikel 30 i lovdekret nr. 267 af 18. august 2000 (konsolideret lov vedrørende ordningen for de lokale myndigheder) (GURI nr. 227 af 28.9.2000 – almindeligt tillæg nr. 162, herefter »lovdekret nr. 267/2000«) bestemmer:

»1. Med henblik på koordineret udførelse af bestemte funktioner og tjenesteydelser kan de lokale myndigheder indgå indbyrdes aftaler.

2. Aftalerne skal fastlægge formålet, varigheden, de kontraherende myndigheders samråd, myndighedernes økonomiske forhold samt indbyrdes forpligtelser og garantier.

3. Med hensyn til tidsbegrænset drift af en specifik tjenesteydelse eller udførelsen af et bygge- og anlægsarbejde kan staten eller regionen på områder henhørende under deres kompetence fastlægge obligatoriske aftaleformer mellem lokale myndigheder efter at have udarbejdet et standardudbudsmateriale.

4. De af denne artikel omfattede aftaler kan også fastlægge etableringen af fælles kontorer, som drives med udstationeret personale uden tilknytning til de deltagende myndigheder. Disse kontorer, og ikke de deltagende myndigheder, tildeles de offentlige funktioner, således at de deltagende myndigheder delegerer enkelte funktioner til en af de andre deltagende myndigheder, der herved opererer i stedet for og på vegne af de delegerende myndigheder.«

8 Artikel 113 i lovdekret nr. 267, som har overskriften »Drift af net og udførelse af lokale offentlige tjenesteydelser af økonomisk interesse«, fastsætter følgende i stk. 5:

»[Lokale offentlige tjenesteydelser] tildeles [af en lokal myndighed] ifølge sektorbestemmelserne og under overholdelse af Den Europæiske Unions retsforskrifter, idet kontrakten kan tildeles følgende selskaber:

[…]

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

Tvisten i hovedsagerne og det præjudicielle spørgsmål

9 Det fremgår af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at Comune di Varese oprettede ASPEM til at varetage driften af offentlige tjenesteydelsesopgaver på kommunens område, hovedsageligt den offentlige renovation, som »in house«-tjenesteudbyder. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder ejede Comune di Varese næsten samtlige andele af dette selskab, hvilket sikrede den kontrollen med det.

10 Ved et antal beslutninger truffet i løbet af 2005 valgte Comune di Cagno og Comune di Solbiate den sammen med andre kommuner koordinerede drift som den foretrukne driftsform vedrørende renovationen, nærmere bestemt bortskaffelse af fast byaffald, jf. artikel 30 og artikel 113, stk. 5, litra c), i lovdekret nr. 267/2000, og de godkendte en aftale med Comune di Varese om, at ASPEM skulle varetage driften af renovationen mod betaling samt blev offentlige aktionærer i selskabet, idet de fik andel i selskabskapitalen ved at erhverve en aktie pr. kommune.

11 Det fremgår af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at ASPEM's selskabskapital udgjorde 173 785 EUR fordelt på et tilsvarende antal aktier a nominelt én euro. Comune di Varese ejede 173 467 af aktierne og dermed aktiemajoriteten. De resterende 318 aktier var fordelt mellem 36 kommuner i Varese-provinsen, som hver især ejede mellem én og 19 aktier.

12 Samtidig med erhvervelsen af disse selskabsandele underskrev Comune di Cagno og Comune di Solbiate sammen med flere andre interesserede kommuner en aktionæraftale, hvorefter de havde ret til at blive taget i samråd, udnævne en repræsentant til tilsynsrådet og udpege et bestyrelsesmedlem efter fælles overenskomst med de øvrige kommuner, der var parter i aftalen.

13 På denne baggrund fandt disse to kommuner, at betingelserne for en in house-tildeling af den omhandlede tjenesteydelseskontrakt til ASPEM var opfyldt, idet selskabet kontrolleredes af de lokale myndigheder i fællesskab. De tildelte derfor denne kontrakt direkte til ASPEM. Econord SpA anfægtede imidlertid denne direkte tildeling med henvisning til, at de to kommuner ikke var garanter for kontrollen med ASPEM i det foreliggende tilfælde, og at tildelingen af kontrakten derfor skulle have været foretaget i henhold til de EU-retlige regler.

14 Consiglio di Stato har anført, at den retspraksis, hvorved betingelserne for direkte tildeling af en offentlig kontrakt er præciseret, har sit udgangspunkt i dom af 18. november 1999, Teckal (sag C-107/98, Sml. I, s. 8121). En direkte tildeling af en kontrakt, selv til en person, der er formelt og juridisk forskellig fra den ordregivende myndighed, er ifølge præmis 50 i nævnte dom begrundet, såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af. I så fald skal den pågældende person nemlig ikke betragtes som udenforstående i forhold til den ordregivende myndighed. Consiglio di Stato har påpeget, at af de to kumulative betingelser, der er anført i Teckal-dommens præmis 50, er kun betingelsen vedrørende udøvelse af en »tilsvarende kontrol« omhandlet i hovedsagerne.

15 Consiglio di Stato har anført, at Domstolen i dom af 13. oktober 2005, Parking Brixen (sag C-458/03, Sml. I, s. 8585), opstillede ret strenge betingelser for, hvornår der foreligger en »tilsvarende kontrol«, og i denne forbindelse angav et betydeligt antal konkrete indicier.

16 I de senere domme af 19. april 2007, Asemfo (sag C-295/05, Sml. I, s. 2999), af 17. juli 2008, Kommissionen mod Italien (sag C-371/05), og af 13. november 2008, Coditel Brabant (sag C-324/07, Sml. I, s. 8457), lempede Domstolen dog de betingelser, der skal være opfyldt, for at en »tilsvarende kontrol« kan anses for at foreligge. Consiglio di Stato har nærmere bestemt udledt af sidstnævnte dom, at et in house-selskab kan tillades, såfremt kontrollen med det føres af flere offentlige myndigheder i fællesskab, og at det ikke har relevans, om de enkelte offentlige myndigheder fører kontrol individuelt med dette selskab.

17 Den forelæggende ret har henledt opmærksomheden på, at Comune di Varese i det foreliggende tilfælde udøver fuld kontrol med ASPEM, hvilket Comune di Cagno og Comune di Solbiate ikke gør. Erhvervelsen af én eneste aktie og en meget svag aktionæraftale bevirker nemlig ikke en effektiv fælles kontrol med det pågældende selskab, eftersom de to sidstnævnte kommuner ikke vil kunne påvirke ASPEM's beslutninger eller opfylde betingelsen om en »tilsvarende kontrol«. I lyset af Coditel Brabant-dommen er det uden betydning, om hver enkelt af de deltagende offentlige myndigheder fører kontrol individuelt.

18 Under disse omstændigheder har Consiglio di Stato besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal princippet om den manglende relevans af den individuelle situation for hver offentlig myndighed, der er tilsluttet serviceselskabet, også finde anvendelse i tilfælde som i de foreliggende sager, hvor en af de tilsluttede kommuner blot ejer én aktie i serviceselskabet, og aftalerne mellem aktionærer indgået mellem offentlige myndigheder er uegnede til at give den deltagende kommune en effektiv kontrol med selskabet, og hvor erhvervelsen af en andel i selskabet udelukkende kan betragtes som formelt grundlag for en tjenesteydelseskontrakt?«

Om det præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

19 Comune di Cagno og Comune di Solbiate har gjort gældende, at de efter de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for de foreliggende anmodninger om præjudiciel afgørelse, iværksatte et offentligt udbud, på grundlag af hvilket den omhandlede kontrakt endeligt blev tildelt ASPEM. Denne efterfølgende udvikling har betydning for formålstjenligheden af besvarelsen af det spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet Domstolen.

20 Den italienske regering har nedlagt påstand om afvisning af det præjudicielle spørgsmål på grund af en utilstrækkelig beskrivelse af de retlige og faktiske omstændigheder i hovedsagerne.

21 Herved bemærkes, at det i henhold til fast retspraksis, hvorefter det inden for rammerne af proceduren i henhold til artikel 267 TEUF, som er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, alene er den nationale ret, der har kompetence til at fastlægge og vurdere hovedsagens faktiske omstændigheder og til at fortolke og anvende den nationale ret. Det tilkommer ligeledes udelukkende den nationale ret, som tvisten er indbragt for, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere såvel nødvendigheden som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse (dom af 25.10.2012, sag C-553/11, Rintisch, præmis 15 og den deri nævnte retspraksis).

22 Domstolen kan således kun afvise en anmodning om præjudiciel afgørelse fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (Rintisch-dommen, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis).

23 Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag. Den forelæggende ret har nemlig opfordret Domstolen til at forklare sin retspraksis vedrørende kontrol udøvet af flere ordregivende myndigheder i fællesskab med en enhed, som er tilslagsmodtager, og som de ejer sammen, og betingelserne for, om »en tilsvarende kontrol« kan anses for at være udøvet i et sådant tilfælde, hvilket utvivlsomt er et spørgsmål, der har forbindelse til hovedsagernes genstand. Desuden er Domstolen af den opfattelse, at de retlige og faktiske oplysninger, der er fremlagt i de foreliggende anmodninger, er tilstrækkelige til, at den kan give et formålstjenligt svar på det forelagte spørgsmål.

24 Følgelig kan anmodningerne om præjudiciel afgørelse antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

25 Ifølge fast retspraksis er en ordregivende myndighed, herunder en lokal myndighed, fritaget for at iværksætte en udbudsprocedure, når myndigheden udøver en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, med den enhed, som er tilslagsmodtager, og denne enhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de ordregivende myndigheder, den ejes af (Teckal-dommen, præmis 50). Det er ubestridt, at denne retspraksis, der oprindeligt blev fastlagt med henblik på fortolkningen og anvendelsen af Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), også finder anvendelse på fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter.

26 Endvidere bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt det drejer sig om en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller en tjenesteydelseskontrakt, og hvorvidt kontraktens værdi i sidstnævnte tilfælde overstiger den tærskel, der er fastsat ved EU-reglerne, ifølge Domstolens retspraksis er uden betydning for Domstolens besvarelse af det præjudicielle spørgsmål, eftersom den undtagelse, der gælder fra EU-reglerne, finder anvendelse i alle disse situationer, når betingelserne om udøvelse af en »tilsvarende kontrol« er opfyldt (jf. i denne retning dom af 10.9.2009, sag C-573/07, Sea, Sml. I, s. 8127, præmis 31-40).

27 Ifølge fast retspraksis foreligger der en »tilsvarende kontrol«, når den pågældende enhed er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende myndighed at påvirke dens beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til denne enheds vigtige beslutninger (Parking Brixen-dommen, præmis 65, Coditel Brabant-dommen, præmis 28, og Sea-dommen, præmis 65). Med andre ord skal den ordregivende myndighed være i stand til at udøve en strukturel og funktionel kontrol med denne enhed (dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 26). Derudover er det ifølge Domstolen et krav, at denne kontrol er effektiv (Coditel Brabant-dommen, præmis 46).

28 Såfremt flere offentlige myndigheder ejer en enhed sammen, kan den »tilsvarende kontrol« ifølge retspraksis føres af disse myndigheder i fællesskab, uden at det er nødvendigt, at kontrollen føres individuelt af hver af dem (jf. i denne retning Coditel Brabant-dommen, præmis 47 og 50, og Sea-dommen, præmis 59).

29 Det følger heraf, at hvis en offentlig myndighed bliver minoritetsdeltager i et offentligt ejet aktieselskab med henblik på at tildele dette selskab driften af en offentlig tjenesteydelse, kan den kontrol, som de offentlige myndigheder, der er tilsluttet dette selskab, fører med dette, betegnes som svarende til den kontrol, som de fører med deres egne tjenestegrene, når den er udført i fællesskab af disse myndigheder (jf. Sea-dommen, præmis 63).

30 Under disse omstændigheder bemærkes, at selv om det ganske vist ikke i tilfælde, hvor flere offentlige myndigheder gennem en fælles enhed sammen varetager en offentlig tjenesteydelsesopgave, er nødvendigt, at hver af disse myndigheder har sin egen individuelle kontrolbeføjelse, kan kontrollen med enheden dog ikke blot bestå i den kontrolbeføjelse, der tilkommer den offentlige myndighed, som har aktiemajoriteten i den berørte enhed, uden risiko for, at begrebet fælles kontrol mister sin betydning.

31 Hvis en ordregivende myndighed indtog en sådan stilling i en enhed, som er tilslagsmodtager og ejet sammen med andre myndigheder, at den ingen mulighed havde for at medvirke til kontrollen med enheden, ville det nemlig åbne mulighed for en omgåelse af de EU-retlige regler om offentlige kontrakter eller koncessionskontrakter om tjenesteydelser, eftersom en rent formel tilslutning til en sådan enhed eller dennes fælles ledelsesorgan ville fritage denne ordregivende myndighed for

forpligtelsen til at iværksætte en offentlig udbudsprocedure i henhold til EU-retten, selv om sidstnævnte på igen måde tog del i den »tilsvarende kontrol« med denne enhed (jf. i denne retning dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 24).

32 Heraf følger, at det i hovedsagerne tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om Comune di Cagno og Comune di Solbiate i kraft af deres underskrivelse af en aktionæraftale, hvorefter de har ret til at blive taget i samråd, udnævne en repræsentant til tilsynsrådet og udpege et bestyrelsesmedlem efter fælles overenskomst med de øvrige kommuner, der er parter i aftalen, har mulighed for effektivt at tage del i kontrollen med ASPEM.

33 Henset til de foregående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares således, at når flere offentlige myndigheder i deres egenskab af ordregivende myndigheder sammen opretter en enhed til varetagelse af en af deres offentlige tjenesteydelsesopgaver, eller når en offentlig myndighed tilslutter sig en sådan enhed, er den i Domstolens retspraksis fastsatte betingelse, hvorefter disse myndigheder for at være fritaget for deres pligt til at iværksætte en offentlig udbudsprocedure i henhold til EU-retten i fællesskab skal udøve en kontrol med denne enhed, der svarer til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, opfyldt, når hver af disse myndigheder har en andel i nævnte enheds kapital og ledelsesorganer.

Sagsomkostningerne

34 Da sagens behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. 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 (Tredje Afdeling) for ret:

Når flere offentlige myndigheder i deres egenskab af ordregivende myndigheder sammen opretter en enhed til varetagelse af en af deres offentlige tjenesteydelsesopgaver, eller når en offentlig myndighed tilslutter sig en sådan enhed, er den i Den Europæiske Unions Domstols retspraksis fastsatte betingelse, hvorefter disse myndigheder for at være fritaget for deres pligt til at iværksætte en offentlig udbudsprocedure i henhold til EU-retten i fællesskab skal udøve en kontrol med denne enhed, der svarer til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, opfyldt, når hver af disse myndigheder har en andel i nævnte enheds kapital og ledelsesorganer.

Underskrifter