Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 29 november 2012 *

”Offentlig upphandling av tjänster — Direktiv 2004/18/EG — En upphandlande myndighet som utövar kontroll över en juridiskt fristående enhet som tilldelas ett upphandlingskontrakt, vilken kontroll motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning — Undantag från skyldigheten att anordna en upphandling i enlighet med de unionsrättsliga bestämmelserna (så kallad in house-tilldelning) — Den enhet som tilldelas kontraktet kontrolleras gemensamt av flera lokala organ — Villkoren för att tilldela kontrakt ’in house’”

I de förenade målen C-182/11 och C-183/11,

angående två beslut att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, från Consiglio di Stato (Italien), av den 23 februari 2011, som inkom till domstolen den 18 april 2011, i målen

**Econord SpA**

mot

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

**Comune di Varese,**

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

**Comune di Varese,**

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av R. Silva de Lapuerta, tillförordnad avdelningsordförande på tredje avdelningen, samt domarna K. Lenaerts, E. Juhász (referent), T. von Danwitz och D. Šváby,

generaladvokat: P. Cruz Villalón,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Comune di Cagno och Comune di Solbiate, genom C. Colombo, avvocatessa,

* Rättegångsspråk: italienska.

— Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili, avvocato dello Stato,

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

— Polens regering, genom M. Szpunar, i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom C. Zadra och P. Manzini, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 19 juli 2012 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

## Dom

1 Respektive begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av de unionsrättsliga undantagsbestämmelserna om en offentlig serviceverksamhets direkta tilldelning av kontrakt ”in house”.

2 Respektive begäran har framställts i mål mellan Econord SpA och Comune di Varese, Comune di Cagno och Comune di Solbiate. Målen rör frågan huruvida de två sistnämnda kommunernas direkta tilldelning av tjänstekontrakt till ASPEM SpA (nedan kallat ASPEM), utan att de anordnat en upphandling i enlighet med de unionsrättsliga bestämmelserna, är lagenlig.

### Tillämpliga bestämmelser

*Unionsrätten*

3 Följande föreskrivs i artikel 1.2 i 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), under rubriken ”Definitioner”:

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

…

d) *offentliga tjänstekontrakt*: andra offentliga kontrakt än offentliga byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

…”

4 I artikel 1.4 i direktivet föreskrivs följande:

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

5 Artikel 20 i direktivet har följande lydelse:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II A skall tilldelas enligt artiklarna 23–55.”

6 I punkt 16 i bilaga II A till direktivet nämns ”Avlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster”.

*Italiensk rätt*

7 I artikel 30 i lagstiftningsdekret nr 267 av den 18 augusti 2000 (den konsoliderade lagen med bestämmelser om kommuner och andra lokala organ) (GURI nr 227 av den 28 september 2000, ordinarie tillägg nr 162) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 267/2000), anges följande:

”1. Lokala organ får sluta lämpliga avtal sig emellan i syfte att utföra eller tillhandahålla vissa tjänster på ett samordnat sätt.

2. Avtalen ska fastställa målen, tidsperioden, formerna för konsultation mellan de avtalsslutande organen, deras ekonomiska mellanhavanden samt ömsesidiga förpliktelser och garantier.

3. För ett tidsbegränsat tillhandahållande av en viss tjänst eller för genomförandet av ett arbete får staten och regionen på de områden där de är behöriga föreskriva avtalsformer som är obligatoriska mellan lokala organ, efter att först ha fastställt standardbestämmelser.

4. I de avtal som avses i förevarande artikel får även föreskrivas att gemensamma kontor ska inrättas. Verksamheten i dessa kontor ska utövas med personal som är fristående i förhållande till de deltagande organen. Kontoren ska utöva offentlig verksamhet i stället för de avtalsslutande organen. I avtalen får alternativt föreskrivas att de avtalsslutande organen bemyndigar ett av organen att bedriva verksamhet i stället för de bemyndigande organen och för deras räkning.”

8 I artikel 113 i lagstiftningsdekret nr 267/2000, vilken har rubriken ”Drift av näten och tillhandahållande av lokala offentliga tjänster av ekonomisk betydelse”, föreskrivs följande i punkt 5:

”[En lokal offentlig tjänst] ska tillhandahållas [av ett lokalt organ] i enlighet med de bestämmelser som gäller för varje område och unionsrättsliga bestämmelser. Uppdraget att tillhandahålla tjänsten ska tilldelas

…

c) bolag som helt ägs av det allmänna, under förutsättning att det eller de offentliga organ som äger bolaget utövar en kontroll över bolaget motsvarande den kontroll som organet eller organen utövar över sin egen förvaltning och att huvuddelen av bolagets verksamhet bedrivs tillsammans med det eller de offentliga organ som kontrollerar bolaget.”

**Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan**

9 Det framgår av de handlingar som ingetts till domstolen att Comune di Varese bildade ASPEM för att via ett så kallat in house-bolag tillhandahålla offentliga tjänster inom kommunen, huvudsakligen bestående av renhållningstjänster. Bolaget ägdes vid den aktuella tiden näst intill i sin helhet av Comune di Varese, som därigenom hade kontroll över detta bolag.

10 Genom ett antal beslut under år 2005 samordnade Comune di Cagno och Comune di Solbiate så långt möjligt sina renhållningstjänster, i synnerhet vad avsåg disponering av sopor, med andra kommuner, i enlighet med artiklarna 30 och 113.5 c i lagstiftningsdekret nr 267/2000. De godkände ingåendet av ett avtal med Comune di Varese om att ASPEM mot ersättning skulle tillhandahålla renhållningstjänster. De beslutade även att var och en av dessa kommuner skulle bli offentliga aktieägare i ASPEM, genom att förvärva en aktie vardera i bolaget.

11 Det framgår av de handlingar som ingetts till domstolen att aktiekapitalet i ASPEM uppgår till 173 785 euro, vilket motsvaras av ett lika stort antal aktier med ett nominellt värde av 1 euro styck. Comune di Varese var vid den aktuella tiden majoritetsägare genom att inneha 173 467 aktier. De återstående 318 aktierna var fördelade mellan 36 kommuner i Varese-provinsen, vilkas innehav varierade mellan 1 och 19 aktier.

12 Utöver aktieförvärvet ingick Comune di Cagno och Comune di Solbiate ett aktieägaravtal med andra berörda kommuner, i vilket det stadgades att de hade rätt att bli konsulterade, utse en revisor och utse en styrelseledamot i samråd med övriga kommuner som var parter i samordningsavtalet.

13 Dessa två kommuner ansåg härvid att villkoren var uppfyllda för att tilldela kontraktet som avsåg offentliga tjänster in house, eftersom ASPEM kontrollerades gemensamt av lokala organ. Kommunerna tilldelade därför kontraktet direkt till ASPEM. Econord SpA bestred att den direkta tilldelningen var lagenlig, och gjorde gällande att de två kommunerna inte kontrollerade ASPEM och att tilldelningen av kontraktet borde ha skett i enlighet med de unionsrättsliga bestämmelserna.

14 Consiglio di Stato har påpekat att domstolens dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121) var utgångspunkten när villkoren för direkt tilldelning inom offentlig upphandling har förtydligats i praxis. Det följer av punkt 50 i denna dom att direkt tilldelning är tillåten, även till en juridisk person som formellt och rättsligt sett är fristående från den upphandlande myndigheten, under förutsättning att den lokala myndigheten utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, och att den ifrågavarande juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som äger denna. Under sådana omständigheter kan den ifrågavarande juridiska personen inte betraktas som utomstående i förhållande till den upphandlande myndigheten. Consiglio di Stato har framhållit att av de två kumulativa villkoren som anges i punkt 50 i domen i det ovannämnda målet Teckal gäller frågan i målet vid den nationella domstolen endast huruvida kravet på utövande av ”motsvarande kontroll” är uppfyllt.

15 Consiglio di Stato har påpekat att domstolen, i dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), uppställde tämligen strikta kriterier för fastställandet av att det är fråga om ”motsvarande kontroll” och angav ett stort antal konkreta omständigheter som är relevanta i detta avseende.

16 I de senare domarna av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo (REG 2007, s. I-2999), av den 17 juli 2008 i mål C-371/05, kommissionen mot Italien, och av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant (REG 2008, s. I-8457) har domstolen emellertid visat sig öppen för en mildare bedömning av de villkor som måste vara uppfyllda för att det ska anses att en ”motsvarande kontroll” utövas. Consiglio di Stato har särskilt på grundval av den sistnämnda domen slutit sig till att ett bolag får betraktas som ett in house-bolag när flera offentliga organ gemensamt kontrollerar bolaget, samt att vilken kontroll som utövas individuellt av de enskilda offentliga organen över detta bolag saknar relevans.

17 Den nationella domstolen har konstaterat att i det aktuella fallet utövar Comune di Varese full kontroll över ASPEM, till skillnad från Comune di Cagno och Comune di Solbiate. Innehav av en enda aktie och ett synnerligen svagt aktieägaravtal innebär nämligen inte att en faktisk gemensam kontroll över

bolaget i fråga uppstår. Dessa två kommuner kan inte påverka beslutsfattandet i ASPEM och uppfyller inte kravet på ”motsvarande kontroll”. Enligt domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant saknar dock de enskilda offentliga organens individuella utövande av kontrollen relevans.

18 Mot bakgrund härav beslutade Consiglio di Stato att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska principen om att det saknar relevans vilken ställning ett offentligt organ som är delägare i servicebolaget har tillämpas även i ett fall såsom det i förevarande mål, där en av de kommuner som är delägare endast innehar en enda aktie i servicebolaget och de aktieägaravtal som ingåtts mellan de offentliga organen inte innebär att den kommun som är delägare utövar någon faktisk kontroll över bolaget och aktieinnehavet följaktligen endast kan betraktas som ett formellt underlag för ett kontrakt för tillhandahållande av tjänster?”

## Prövning av tolkningsfrågan

*Inledande anmärkningar*

19 Comune di Cagno och Comune di Solbiate har anfört att, de efter de händelser som föranledde den nationella domstolens beslut att hänskjuta förevarande tolkningsfråga till EU-domstolen, beslutade de att genomföra en öppen anbudsinfordran. Denna resulterade i att ASPEM slutgiltigt tilldelades kontraktet. De har gjort gällande att denna händelseutveckling påverkar nyttan för den nationella domstolen att få tolkningsfrågan besvarad.

20 Den italienska regeringen anser att tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning på grund av att den inte innehåller en tillräcklig beskrivning av den rättsliga och faktiska ramen för målen vid den nationella domstolen.

21 EU-domstolen erinrar i detta hänseende om att det i ett förfarande enligt artikel 267 FEUF, som vilar på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen, enligt fast rättspraxis är den nationella domstolen som är ensam behörig att fastställa och bedöma omständigheterna i målet samt att tolka och tillämpa den nationella lagstiftningen. Det ankommer också uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken tvisten anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl nödvändigheten som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. Följaktligen är EU-domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av unionsrätten (dom av den 25 oktober 2012 i mål C-553/11, Rintisch, punkt 15 och där angiven rättspraxis).

22 En begäran om förhandsavgörande från en nationell domstol kan således bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen, eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (domen i det ovannämnda målet Rintisch, punkt 16 och där angiven rättspraxis).

23 Så är emellertid inte fallet i förevarande mål. Den nationella domstolen har hänskjutit sin fråga för att domstolen ska förtydliga rättspraxis i fråga om kontroll som upphandlande myndigheter gemensamt utövar över ett bolag som tilldelats ett kontrakt och vars aktiekapital dessa myndigheter äger tillsammans, samt villkoren för att ”motsvarande kontroll” ska anses utövas i en sådan situation. Detta

är en fråga som obestridligen har ett samband med föremålet för tvisten i målen vid den nationella domstolen. Vidare finner domstolen att begäran innehåller tillräckliga uppgifter om den rättsliga och faktiska bakgrunden för att domstolen ska kunna besvara frågan på ett ändamålsenligt sätt.

24 Härav följer att respektive begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning.

*Prövning i sak*

25 Enligt fast rättspraxis är en upphandlande myndighet, exempelvis ett lokalt organ, undantagen från kravet att genomföra ett förfarande för offentlig upphandling när myndigheten utövar en kontroll över det bolag som tilldelas kontraktet, motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och detta bolag bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som äger bolaget (domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 50). Det står klart att denna rättspraxis, som ursprungligen gällde tolkningen och tillämpningen av rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), även är tillämplig på förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader och tjänster.

26 Det följer även av domstolens fasta praxis att frågan huruvida det rör sig om en tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt och, i det senare fallet, om detta överstiger det tröskelvärde som gäller enligt unionsrättens regler, saknar betydelse för hur tolkningsfrågan ska besvaras, eftersom det undantag från skyldigheten att genomföra en upphandling i enlighet med unionsrättens regler som gäller om villkoret att motsvarande kontroll utövas är uppfyllt, är tillämpligt i samtliga dessa fall (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 september 2009 i mål C-573/07, Sea, REG 2009, s. I-8127, punkterna 31–40).

27 Enligt fast rättspraxis är det fråga om en ”motsvarande kontroll” när enheten i fråga är underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas av denna enhet. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut (se domarna i de ovannämnda målen Parking Brixen, punkt 65, Coditel Brabant, punkt 28, och Sea, punkt 65). Den upphandlande myndigheten ska med andra ord utöva strukturell och funktionell kontroll (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 26). Det krävs även att det är fråga om en faktisk kontroll (domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant, punkt 46).

28 Det följer av rättspraxis att, i en situation där en offentlig myndighet innehar andelar i enheten tillsammans med andra myndigheter, ”motsvarande kontroll” kan utövas gemensamt med dessa myndigheter, utan att det är nödvändigt att var och en av dessa myndigheter utövar en individuell kontroll (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Coditel Brabant, punkterna 47 och 50, och Sea, punkt 59).

29 Av detta följer att om en offentlig myndighet blir minoritetsägare i ett helt offentligägt aktiebolag i avsikt att anförtro det att utföra en offentlig tjänst, kan den kontroll som de offentliga myndigheter som äger bolaget utövar över detta anses motsvara den kontroll som de utövar över sina egna förvaltningar när denna kontroll utövas gemensamt av dessa myndigheter (domen i det ovannämnda målet Sea, punkt 63).

30 När flera offentliga myndigheter använder sig av en gemensam enhet för att utföra ett gemensamt offentligt tjänsteuppdrag, är det visserligen inte nödvändigt att var och en av dessa myndigheter har möjlighet att utöva en individuell kontroll över enheten. Däremot får den kontroll som utövas inte enbart bestå i den majoritetsägande offentliga myndighetens inflytande, eftersom detta skulle urholka innebörden av begreppet gemensamt utövad kontroll.

31 En upphandlande myndighets ställning inom den gemensamt ägda enheten som tilldelas kontraktet, som inte innebär någon möjlighet att vara delaktig i kontrollen över denna enhet, skulle nämligen öppna för ett kringgående av unionsrättens regler om offentlig upphandling eller tjänstekoncession, om det var så att ett rent formellt ägande av en andel i en sådan enhet eller deltagande i ett gemensamt styrande organ i enheten skulle undanta den upphandlande myndigheten från skyldigheten att genomföra ett förfarande för offentlig upphandling enligt unionsrättens regler, trots att myndigheten inte utövar någon ”motsvarande kontroll” över denna enhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkt 24).

32 I målen vid den nationella domstolen måste den nationella domstolen följaktligen undersöka huruvida de aktieägaravtal som Comune di Cagno och Comune di Solbiate undertecknat – vilka gav dem rätt att bli konsulterade, utse en revisor och utse en styrelseledamot i samråd med övriga organ som berörs av samordningsavtalet – innebär att dessa kommuner kan utöva en faktisk kontroll över ASPEM.

33 Mot bakgrund av vad som anförts ovan, ska den ställda frågan besvaras enligt följande. När flera offentliga myndigheter gemensamt bildar en enhet för att utföra en offentlig tjänst, eller när en offentlig myndighet förvärvar andelar i en sådan enhet, ska kravet som uppställs i domstolens praxis för att myndigheterna ska vara undantagna från skyldigheten att genomföra ett förfarande för offentlig upphandling i enlighet med unionsrättens regler, enligt vilket dessa myndigheter gemensamt ska utöva en kontroll över denna enhet som motsvarar den som de utövar över sina egna förvaltningar, anses uppfyllt när var och en av dessa myndigheter både äger en andel i enheten och deltar i dess styrande organ.

**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 (tredje avdelningen) följande:

**När flera offentliga myndigheter gemensamt bildar en enhet för att utföra en offentlig tjänst, eller när en offentlig myndighet förvärvar andelar i en sådan enhet, ska kravet som uppställs i Europeiska unionens domstols praxis för att myndigheterna ska vara undantagna från skyldigheten att genomföra ett förfarande för offentlig upphandling i enlighet med unionsrättens regler, enligt vilket dessa myndigheter gemensamt ska utöva en kontroll över denna enhet som motsvarar den som de utövar över sina egna förvaltningar, anses uppfyllt när var och en av dessa myndigheter både äger en andel i enheten och deltar i dess styrande organ.**

Underskrifter