

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

10. september 2009*

I sag C-573/07,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) ved afgørelse af 11. oktober 2007, indgået til Domstolen den 28. december 2007, i sagen:

Sea Srl

mod

Comune di Ponte Nossa,

intervenient:

Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA,

har

* Processprog: italiensk.

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Rosas, og dommerne A. Ó Caoimh, J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), J. Klučka og A. Arabadjiev,

generaladvokat: J. Mazák,
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 1. april 2009,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Sea Srl ved avvocatessa L. Nola

— Comune di Ponte Nossa ved avvocati A. Di Lascio og S. Monzani

— Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA ved avvocati M. Mazzarelli og S. Sonzogni

— den italienske regering ved R. Adam, derefter ved I. Bruni, som befuldmægtigede, bistået af avvocato dello Stato G. Fiengo

- den tjekkiske regering ved M. Smolek, som befuldmægtiget
- den nederlandske regering ved C. Wissels og C. ten Dam, som befuldmægtigede
- den østrigske regering ved M. Fruhmenn, som befuldmægtiget
- den polske regering ved A. Ratajczak, som befuldmægtiget
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Konstantinidis og C. Zadra, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

¹ Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 12 EF, 43 EF, 45 EF, 46 EF, 49 EF og 86 EF.

- ² Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Sea Srl (herefter »Sea«) mod Comune di Ponte Nossa (Ponte Nossa-kommune) vedrørende sidstnævntes tildeling af en kontrakt om indsamling, transport og bortskaffelse af byaffald til Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA (herefter »Setco«).

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

- 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 følgende ordlyd:

»[...]

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. 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.«

⁴ Direktivets artikel 20 lyder som følger:

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

⁵ I direktivets artikel 28 bestemmes, at kontrakterne uden undtagelse indgås ved anvendelse af offentlige eller begrænsede udbud.

⁶ Ifølge artikel 80 i direktiv 2004/18 skulle medlemsstaterne senest den 31. januar 2006 sætte de nødvendige bestemmelser i kraft for at efterkomme direktivet.

- 7 Bilag II A til dette direktiv indeholder en kategori 16 om »Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser«.

Nationale bestemmelser og de vedtægtsmæssige rammer

- 8 Artikel 2341 a i den italienske civillovbog har følgende ordlyd:

»Aftalerne, uanset deres form, som med det mål at gøre den økonomiske situation eller selskabets ledelse mere stabil:

- a) har udøvelsen af stemmerettighed i aktieselskaberne eller i disses moderselskaber som formål
- b) begrænser overførslen af aktier eller kapitalandele i moderselskaberne
- c) har til formål eller til følge, at udøvelsen af selv en fælles afgørende indflydelse på disse selskaber ikke kan have en varighed på mere end fem år og betragtes som fastsat for denne periode, selv om parterne har fastsat en længere frist. Aftalerne kan fornys ved deres udløb.

Hvis varigheden af aftalen ikke er præciseret, har hver af kontrahenterne ret til at udtræde med 180 dages skriftligt varsel.

Bestemmelserne i denne artikel finder ikke anvendelse på aftaler i form af samarbejdsaftaler inden for fremstilling af eller handel med varer og tjenesteydelser vedrørende selskaber, der ejes 100% af aftalens parter.«

9 Civillovbogens artikel 2355 a fastsætter:

»Når aktierne er noteret på navn eller ikke er blevet udstedt, kan selskabsvedtægterne gøre deres overdragelse betinget af særlige vilkår og kan forbyde overdragelse i en periode, der ikke overstiger fem år fra datoen for stiftelsen af selskabet eller fra indførelsen af dette forbud.

Selskabsvedtægternes bestemmelser, som ganske enkelt betinger overdragelsen af aktier af selskabsorganernes eller andre selskabers samtykke, er ugyldige, hvis de ikke pålægger selskabet eller andre selskabsdeltagere en forpligtelse til tilbagekøb eller ikke anerkender sælgerens ret til at udtræde. Bestemmelserne i artikel 2357 finder fortsat anvendelse. Salgsprisen eller betalingen af likvidationsdividende fastsættes i overensstemmelse med de fremgangsmåder og i det omfang, der er angivet i artikel 2437 b.

Bestemmelserne i det foregående stykke finder anvendelse i alle de tilfælde, hvor aftalens bestemmelser pålægger overdragelsen af aktier som følge af dødsfald særlige vilkår, undtagen hvis forudgående samtykket er aftalt.

Begrænsningerne for overdragelse af aktier skal fremgå af selve dokumentet.«

- 10 Artikel 113, stk. 5, i lovdekret nr. 267, som sammenskriver bestemmelserne i lovene om organiseringen af lokale enheder (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), af 18. august 2000 (almindeligt tillæg til GURI nr. 227 af 28.9.2000), som ændret ved lovdekret nr. 269 af 30. september 2003 om hasteforanstaltninger til fremme af udviklingen og ændring af offentlige kontis anvendelse (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) (almindeligt tillæg til GURI nr. 229 af 2.10.2003), efter ændring ophøjet til lov nr. 326 af 24. november 2003 (almindeligt tillæg til GURI nr. 274 af 25.11.2003, herefter »lovdekret nr. 267/2000«), har følgende ordlyd:

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

- a) kapitalselskaber, som udpeges efter en udbudsprocedure

- b) kapitalselskaber med en blandet offentlig-privat kapital, hvori den private selskabsdeltager udvælges under anvendelse af en udbudsprocedure, som sikrer overholdelse af de nationale og fællesskabsretlige konkurrenceregler i henhold til de retningslinjer, som er vedtaget af de kompetente myndigheder i retsakter 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 offentlige myndigheder, det ejes af.«

11 Artikel 1, stk. 3, i Setcos vedtægter har følgende ordlyd:

»Afhængigt af selskabets form kan lokale offentlige myndigheder være selskabsdeltagere, således som det fremgår af artikel 2, stk. 1, i lovdekret nr. 267/2000, ligesom andre offentlige myndigheder og offentlige selskaber, der er juridiske personer, og hvis virksomhed og sagkundskab bidrager til den fulde gennemførelse af selskabsformålene.«

12 Artikel 1, stk. 4, i de nævnte vedtægter lyder som følger:

»Private virksomheder eller andre former for virksomheder kan ikke deltage i udbudsproceduren, og heller ikke andre aktører, uanset om deres andel af kapitalen kvalitativt og/eller kvantitativt udgør en mindretalspost, der ville kunne medføre en ændring af ordningen med »tilsvarende kontrol« (således som defineret i de efterfølgende bestemmelser, fællesskabsbestemmelserne og de nationale bestemmelser) eller en forvaltningsordning, som er i strid gældende bestemmelser.«

13 Artikel 3 i Setcos vedtægter fastsætter:

»1. Selskabet har driften af den offentlige serviceforvaltning i lokalområder og den offentlige serviceforvaltning i kommuneområder, som udelukkende vedrører de lokale offentlige myndigheder, der tildeler de nævnte tjenesteydelser i henhold til artikel 113 ff. i lovdekret nr. 267/2000, som formål [...], ligeledes ved kontrakt mellem de lokale myndigheder.

[...]

3. De ovennævnte tjenesteydelser og arbejder:

- kan ligeledes udføres for privatpersoner, når dette ikke er i strid med selskabets formål eller bidrager til den optimale gennemførelse af disse

[...]«

¹⁴ Vedtægternes artikel 6, stk. 4, i lyder som følger:

»Med henblik på eventuelt at fremme en spredning i aktiebesiddelsen på lokalt plan (borgere og/eller erhvervsdrivende) eller [aktiebesiddelsen] på medarbejderniveau kan selskabet udstede præferenceaktier [...]«

¹⁵ De nævnte vedtægters artikel 8a fastsætter:

»1. Lokale offentlige tjenesteydelser kan tildeles direkte i overensstemmelse med gældende national ret og fællesskabsret af selskabsdeltagere, der repræsenterer lokale myndigheder (»ordregivende selskabsdeltagere«), for alle eller for nogle af de sektorer, der er opregnet i artikel 3, og som svarer til følgende afsnit: første afsnit: affald, andet afsnit: vand, tredje afsnit: gas, fjerde afsnit: turisme, femte afsnit: energi, sjette afsnit: almenyttige offentlige ydelser.

2. Selskabet udfører udelukkende tjenesteydelserne for de ordregivende parter, og i hvert enkelt tilfælde inden for disse myndigheders kompetenceområder.

3. Selskabsdeltagerne udøver tilsammen og/eller hver for sig ledelse over, koordinering og overvågning af selskabers organer og agenturer, og de kan navnlig: indkalde selskabets organer med henblik på afklaringer af, hvordan de lokale tjenesteydelser udøves, og kan regelmæssigt, og i hvert fald mindst to gange om året, anmode om rapporter over forvaltningen af tjenesteydelserne og om den økonomiske og finansielle udvikling; de skal føre den overordnede kontrol i henhold til de interne forskrifter, der er fastsat af de kontraherende parter; de skal afgive et forudgående samtykke, som skal være en forudsætning for enhver vedtægtsændring, der vedrører forvaltningen af de lokale offentlige tjenesteydelser.

4. Afdelingerne udfører enten den tilsvarende kontrol i fællesskab eller selvstændigt i overensstemmelse med bestemmelserne i disse vedtægter og i de relevante tjenesteydelsesaftaler.

5. De ordregivende selskabsdeltagere udøver deres beføjelser over for de afdelinger, som de har besluttet direkte at tildele tjenesteydelsesaftalerne. Med henblik på en effektiv forvaltning af denne virksomhed er selskabets organer og ansatte ligeledes ansvarlige for den virksomhed, der udføres for de organer, der er anført i disse vedtægter.

6. De ordregivende kontraherende selskabsdeltagere udfører ikke alene kontrol i henhold til de beføjelser, de som aktionærer har i henhold til de selskabsretlige bestemmelser, men også ved hjælp af: et fælles tilsyns- og rådgivende udvalg for udøvelse af offentlig myndighed (herefter »den fælles tilsynsmyndighed«) samt et teknisk kontroludvalg (herefter »det tekniske udvalg«) i hver afdeling.

7. De ikke-ordregivende selskabsdeltagere kan deltage i møderne hos den fælles tilsynsmyndighed [...] og det tekniske udvalg [...] i hver afdeling, dog uden at være berettiget til at stemme. Et absolut flertal af disse udvalgs medlemmer kan vedtage at udelukke ikke-ordregivende selskabsdeltagere fra visse møder eller dele af møder, og er forpligtet til at begrunde dette i alle mødereferater.«

16 Artikel 8 b i Setcos vedtægter har følgende ordlyd:

»1. Den fælles tilsynsmyndighed [...] består af: en repræsentant for hver ordregivende selskabsdeltager, som udpeges af myndighedens repræsentant efter loven, et bemyndiget medlem af den lokale myndighed eller en midlertidig befuldmægtiget administrator samt af en leder, der har en støttefunktion, og som har til opgave at tage referat, og som ikke har nogen stemmeret, og som udpeges i fællesskab af de ordregivende selskabsdeltagere under det første møde, og udvælges blandt de sekretærer, administrerende direktører eller ledere (eller de ansvarlige for afdelingernes tjenestegrene, som ikke har nogen ledende stilling), som er ansat ved mindst et af de ordregivende selskaber.

2. Den fælles tilsynsmyndighed har rådgivende, tilsynsførende og beslutningsmæssige beføjelser til at udføre en tilsvarende kontrol, og navnlig over for: a) selskabets forskellige organer, kontorer og agenturer kan det udøve de kompetencer og særrettigheder, som bestyrelsen, regionalregeringen og borgmesteren har for så vidt angår kontrollen med disse instansers kontorer og tjenestegrene. Den skal føre kontrol med alle aspekter af tilrettelæggelsen og udførelse af de tjenesteydelser, som kontrakten er tildelt til udøvelse af; b) den angiver retningslinjer til underafdelingerne med henblik på at sikre en samordnet og ensartet forvaltning af tjenesteydelserne, herunder på områder, og hvad angår de aspekter, der dækker flere afdelinger; c) den skal udpege repræsentanter for lokale enheder til selskabets bestyrelse; d) den skal udpege formanden for bestyrelsen og bestyrelsesmedlemmerne, og kan afskedige dem i de i vedtægterne omhandlede tilfælde; e) den angiver retningslinjerne for udnævnelse af selskabets bestyrelsesmedlemmer og administrerende direktør; f) den skal stille forslag til handlingsplanen, det flerårigt budget, det årlige budgetforslag og det endelige årsregnskab; g) den mødes med selskabets øverste ledelse og indkalder mindst én gang om året bestyrelsesformanden og/eller den administrerende direktør til møde; h) den modtager regelmæssigt eller i det mindste hvert halvår fra selskabets øverste ledelse rapporter om driften af lokal offentlig tjenesteydelsesvirksomhed; i) den kan delegere

visse af sine beføjelser til et eller flere tekniske udvalg, hvilket kan variere afhængigt af den omhandlede beføjelse; l) den skal give sin forudgående indstilling til de foranstaltninger, som direktørerne har vedtaget, og som skal godkendes på generalforsamlingen i de i disse vedtægters angivne tilfælde.

3. Den fælles tilsynsmyndighed mødes regelmæssigt en gang om året, og i særlige tilfælde efter anmodning: a) fra en af de ordregivende selskabsdeltagere; b) fra selskabets repræsentant efter loven.«

17 De nævnte vedtægters artikel 8 c lyder som følger:

»1. Der nedsættes et teknisk [...] udvalg i hver af de følgende afdelinger: første afdeling: affald, anden afdeling: vand, tredje afdeling: gas, fjerde afdeling: turisme, femte afdeling: energi, sjette afdeling: almennyttige offentlige ydelser.

2. Det tekniske udvalg [...] består af: en repræsentant for hvert af de ordregivende selskaber, som udpeges blandt de sekretærer, administrerende direktører eller direktører (eller de ansvarlige for myndighedernes tjenestegrene, som ikke har nogen ledende stilling), som er ansat i mindst et af de selskaber, der har fået tildelt kontrakten [...]

3. Den samme person kan være medlem af et teknisk udvalg i flere afdelinger.

4. Det tekniske udvalg skal navnlig: a) over for selskabets organer og agenturer udøve de beføjelser og særrettigheder, som svarer til den kontrol, som myndighedens tekniske organer udøver over deres egne tjenestegrene. Der skal føres kontrol med alle aspekter af tilrettelæggelsen og udførelsen af de i kontrakten omhandlede tjenesteydelser, der

hører under afdelingens kompetenceområder, og de af den fælles tilsynsmyndigheds udstukne retningslinjer skal overholdes; b) bistå tilsynsmyndigheden ved afgørelser om tilrettelæggelsen og udførelsen af de tjenester, som afdelingen er ansvarlig for; c) udføre de beføjelser, der er uddelegeret af tilsynsmyndigheden; d) koordinere systemerne til kontrol af selskabets ledelse; e) stille forslag til tilsynsmyndigheden eller til selskabets organer med henblik på vedtagelse af foranstaltninger, der er nødvendige med henblik på at bringe selskabets virksomhed i overensstemmelse med den ordregivende myndigheds målsætninger, således som det følger af ledelsens gennemførelsesstrategi og af målsætningerne; f) yde teknisk og administrativ bistand til selskabets virksomhed i overensstemmelse med de retningslinjer, der er udstukket af den ordregivende myndighed og/eller følger af den aftale, der danner grundlaget for forbindelsen til denne myndighed; g) angive eventuelle problemer i forbindelse med forvaltningen af tjenesteydelserne, og stille forslag til korrigerende foranstaltninger for så vidt angår kommunale regulativer og generelle retsakter vedrørende lokale offentlige tjenesteydelser.«

18 De samme vedtægters artikel 14 fastsætter:

»1. Uden at det berører de beføjelser, der tilkommer organerne for tilsvarende, samlet og forskellig kontrol, der er omfattet af førnævnte artikel 8a, 8b og 8c, træffer den ordinære generalforsamling beslutning på alle områder, der er omfattet af loven og af disse vedtægter, under hensyntagen til direktiver, retningslinjer og eventuelle instrukser, der er givet af de nævnte organer med hensyn til tilrettelæggelsen og forvaltningen af offentlige tjenesteydelser, som er overdraget direkte til selskabet.

[...]

3. Efter forudgående samstemmende indstilling fra den fælles tilsynsmyndighed nævnt i førnævnte artikel 8 b skal der — for så vidt angår dele, der henhører under tilrettelæggelsen og udførelsen af de lokale offentlige tjenesteydelser — indhentes forudgående tilladelse fra den ordinære generalforsamling til de følgende af direktørernes vedtagne foranstaltninger:

- a) programmæssig planlægning, foreløbige flerårige og årlige opgørelser og korrigeret midtvejsstatus af den foreløbige opgørelse
- b) stiftelse af kapitalselskaber, der som formål har støtte- eller supplerende aktiviteter i forhold til selskabets aktiviteter; erhvervelse af andele — selv minoriteter — i disse selskaber og afståelsen af disse andele
- c) igangsættelse af nye tjenester omfattet af vedtægterne eller ophør af de allerede eksisterende tjenester
- d) erhvervelse eller afhændelse af ejendomme og faciliteter, realkreditlån og andre lignende transaktioner, uanset hvilken type eller art der er tale om, som indebærer et finansielt engagement til en værdi, der overstiger 20% af nettoformuen fra den senest godkendte opgørelse
- e) retningslinjer for fastlæggelse af takster og priser for de tjenesteydelser, der leveres, når de ikke er undergivet lovkrav eller ikke er fastsat af de kompetente organer eller myndigheder.

[...]

5. Generalforsamlingen og den fælles tilsynsmyndighed kan selv på betingelse af visse instruktioner, forpligtelser eller handlinger give deres samtykke til foretagelsen af de handlinger, som er anført i de foregående punkter, der måtte være foretaget af direktørerne. I så fald udarbejder direktørerne en redegørelse om overholdelsen af

instruktionerne inden for den i godkendelsen fastsatte frist eller, såfremt en sådan ikke er fastsat, inden 30 dage regnet fra foretagelsen af den pågældende handling.

6. De lokale myndigheder, som har aktier i selskabet og som minimum repræsenterer en tyvendedel af selskabskapitalen, og hver ordregivende aktionær kan, såfremt de vurderer, at selskabet ikke har udført eller ikke er ved at udføre handlingen i overensstemmelse med tilladelsen, ved hjælp af den fælles tilsynsmyndighed kræve omgående indkaldelse af generalforsamlingen i overensstemmelse med artikel 2367, stk. 1, i civillovbogen, for at generalforsamlingen i selskabets interesse kan vedtage de foranstaltninger, som den finder passende.

7. Udførelsen af handlinger, der er omfattet af en forudgående tilladelse, uden at have anmodet om og opnået generalforsamlingens samtykke eller en samstemmende indstilling fra den fælles tilsynsmyndighed i de tilfælde, hvor det i henhold til vedtægterne er påkrævet, eller endog manglende udførelse af en handling i overensstemmelse med den meddelte godkendelse, kan udgøre en rimelig grund til at afskedige direktørerne.

8. En bestyrelse, der ikke agter at gennemføre en handling, som er godkendt af generalforsamlingen, vedtager inden for en frist på 15 dage, regnet fra dagen for generalforsamlingens godkendelse, en begrundet ad hoc-beslutning, som omgående skal meddeles de lokale myndigheder, der har aktier i selskabet, og, for så vidt angår de områder, der vedrører driften af lokale offentlige tjenesteydelser, den fælles tilsynsmyndighed. Den fælles tilsynsmyndighed kan for så vidt angår beslutningerne vedrørende tilrettelæggelsen og/eller forvaltningen af de lokale offentlige tjenesteydelser inden 30 dage, regnet fra modtagelsen af bestyrelsens meddelelse, vedtage en beslutning, der bekræfter den fælles tilsynsmyndigheds beslutning og/eller dens instruktioner. Den handling, der vedtages, bliver obligatorisk for administrationsorganet.

[...]

19 De nævnte vedtægters artikel 16 fastsætter:

»1. Selskabet ledes af en bestyrelse, der har ordinære og ekstraordinære bestyrelsesbeføjelser, uden at dette berører de beføjelser, der i henhold til lov eller til vedtægterne:

a) er forbeholdt generalforsamlingen

b) hører under en forudgående tilladelse fra generalforsamlingen

c) er forbeholdt organerne for tilsvarende kontrol, der hører under vedtægternes artikel 8 a ff.

2. Bestyrelsen består af mellem 3 (tre) og 7 (syv) medlemmer, der udnævnes af generalforsamlingen efter indstilling fra den fælles tilsynsmyndighed nævnt i artikel 8 b. Det tilkommer under alle omstændigheder de dividendemodtagende aktionærer direkte at udnævne, afsætte og erstatte et antal bestyrelsesmedlemmer (deriblandt bestyrelsesformanden) proportionelt med omfanget af aktionærernes deltagelse og under alle omstændigheder mere end halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne.

[...]

6. Bestyrelsen vedtager beslutningerne vedrørende tilrettelæggelsen og/eller forvaltningen af de lokale offentlige tjenesteydelser, der er omfattet af en direkte tildeling, under overholdelse af retningslinierne, der er vedtaget af kontrolorganerne nævnt i disse vedtægters artikel 8 a ff.

[...]«

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

- 20 Sea blev efter afholdelse af offentligt udbud tildelt udførelse af tjenesteydelsen bestående i indsamling, transport og bortskaffelse af fast byaffald i Comune di Ponte Nossa, hvilket selskabet udførte gennem en periode på tre år fra den 1. januar 2004 til den 31. december 2006.
- 21 Setco er et aktieselskab, der ejes af en række kommuner i Val Seriana, og hvori Comune di Clusone er den største aktionær.
- 22 Ved beslutning af 16. december 2006 besluttede Comune di Ponte Nossa at blive minoritetsdeltager i Setco med henblik på, at kontrakten vedrørende de pågældende tjenesteydelser kunne tildeles direkte til dette selskab fra den 1. januar 2007.
- 23 Den 23. december 2006 ændrede de kommuner, der var aktionærer i Setco, deriblandt Comune di Ponte Nossa, vedtægterne for dette selskab med henblik på at underkaste selskabet en kontrol, der svarede til den kontrol, kommunerne fører med deres egne tjenestegrene i henhold til artikel 113, stk. 5, litra c), i lovdekret nr. 267/2000.

- 24 Ved beslutning af 30. december 2006 tildelte Comune di Ponte Nossa tjenesteydelsen bestående i indsamling, transport og bortskaffelse af fast byaffald i kommunens område direkte til Setco fra den 1. januar 2007 uden forudgående afholdelse af offentligt udbud.
- 25 Den 2. januar 2007 anlagde Sea sag ved Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (den regionale forvaltningsdomstol for regionen Lombardiet) til prøvelse af Comune di Ponte Nossas beslutninger af 16. og 30. december 2006.
- 26 Sea har særligt gjort gældende, at Comune di Ponte Nossa ved direkte at tildele den pågældende tjenesteydelse til Setco har overtrådt artikel 113, stk. 5, i lovdekret nr. 267/2000 såvel som artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF, for så vidt som kommunen ikke over for Setco har udført en kontrol svarende til den, som den fører med sine egne tjenestegrene, og som er påkrævet ved direkte tildeling af en kontrakt til en virksomhed, der ejes af den ordregivende myndighed.
- 27 Den forelæggende ret har vurderet, at visse faktorer kan rejse tvivl med hensyn til spørgsmålet, om Comune di Ponte Nossa over for Setco har udført kontrol svarende til den, som den fører med sine egne tjenestegrene.
- 28 For det første er private personers deltagelse i Setcos kapital, skønt den på nuværende tidspunkt er ikke-eksisterende, potentielt mulig. Den forelæggende ret har i denne forbindelse præciseret, at en sådan deltagelse — uanset den udtrykkelige udelukkelse af private deltagere i Setcos kapital fastsat i artikel 1, stk. 4, i selskabets vedtægter — forekommer at være mulig i henhold til de samme vedtægters artikel 6, stk. 4, såvel som i henhold til artikel 2355 a i den italienske civillovbog.
- 29 For det andet har den forelæggende ret angående de kontrolbeføjelser, der er tildelt Comune di Ponte Nossa med hensyn til Setco, spurgt, om en kontrol som den,

kommunen fører med sine egne tjenestegrene, er mulig, eftersom kommunen kun ejer en minoritetsaktiepost i det nævnte selskab.

- 30 På denne baggrund har Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er en direkte tildeling af en kontrakt vedrørende en tjenesteydelse bestående i indsamling, transport og bortskaffelse af fast byaffald til et 100% offentligt ejet aktieselskab, hvis vedtægter for at efterkomme artikel 113 i lovdekret nr. 267/2000 er blevet ændret som angivet ovenfor, forenelig med fællesskabsretten, og navnlig med etableringsfriheden eller den frie udveksling af tjenesteydelser, med forbuddet mod forskelsbehandling og med forpligtelserne vedrørende ligebehandling, gennemsigtighed og fri konkurrence som omhandlet i artikel 12 EF, 43 EF, 45 EF, 46 EF, 49 EF og 86 EF?«

Om det præjudicielle spørgsmål

- 31 Indledningsvis bemærkes, at tildeling af en kontrakt vedrørende en tjenesteydelse bestående i indsamling, transport og bortskaffelse af byaffald som den i hovedsagen omhandlede kan — alt efter de nærmere forhold vedrørende vederlaget vedrørende denne ydelse — henhøre under definitionen af offentlige tjenesteydelseskontrakter eller definitionen af koncessionskontrakt om tjenesteydelser i den forstand, hvori disse udtryk er anvendt i henholdsvis artikel 1, stk. 2, litra d), og artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18.
- 32 Ud fra de oplysninger, der fremgår af forelæggelsesafgørelsen og af sagens akter, som den forelæggende ret har fremsendt til Domstolen, kan kontrakten i hovedsagen udgøre en offentlig tjenesteydelseskontrakt, særligt henset til, at kontrakten mellem Setco og Comune di Ponte Nossa om udførelsen den pågældende tjenesteydelse fastsætter, at Comune di Ponte Nossa betaler vederlaget for den af Setco udførte ydelse til selskabet.

- 33 En sådan kontrakt kan henhøre under direktiv 2004/18 i sin egenskab af affaldsbortskaffelseskontrakt omfattet af kategori 16 i bilag II A til dette direktiv.
- 34 Forelæggelsesafgørelsen indeholder dog ikke de oplysninger, der er nødvendige for at afgøre, om det drejer sig om en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller om en offentlig tjenesteydelseskontrakt, og i sidstnævnte tilfælde, om alle betingelserne for anvendelse af det nævnte direktiv er opfyldt. Forlæggelsesafgørelsen præciserer særligt ikke, om værdien af kontrakten i hovedsagen overstiger tærskelværdien for anvendelsen af direktivet.
- 35 Under alle omstændigheder har spørgsmålet om, hvorvidt det i hovedsagen drejer sig om en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller en offentlig tjenesteydelseskontrakt, såvel som i sidstnævnte tilfælde spørgsmålet, om en sådan tjenesteydelseskontrakt henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18, ikke indflydelse på det svar, som Domstolen skal give på det forelagte præjudicielle spørgsmål.
- 36 Ifølge Domstolens praksis er der nemlig i tilfælde af en gensidigt bebyrdende aftale indgået med en enhed, som er juridisk forskellig fra den lokale myndighed, som er den ordregivende myndighed, i det tilfælde hvor denne myndighed udfører en kontrol med den nævnte enhed, ikke pligt til at iværksætte et udbud, selv om medkontrahenten er en i forhold til den ordregivende myndighed juridisk særskilt enhed, i det tilfælde, hvor den lokale myndighed, som er ordregivende myndighed, fører en kontrol med en fra denne myndighed forskellig enhed, som svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene, og hvor denne enhed udfører hovedparten af sin virksomhed med den eller de offentlige myndigheder, som den ejes af (jf. i denne retning dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 50).
- 37 Denne retspraksis er desuden relevant for fortolkningen af både direktiv 2004/18 og artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF såvel som de almindelige principper, som disse bestemmelser er et specifikt udtryk for (jf. i denne retning dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 49, og af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 62).

- 38 Det bemærkes, at til trods for den omstændighed, at visse kontrakter ikke henhører under anvendelsesområdet for EF-direktiverne på området for offentlige kontrakter, er de ordregivende myndigheder, der indgår dem, forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler (jf. i denne retning dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60, og kendelse af 3.12.2001, sag C-59/00, Vestergaard, Sml. I, s. 9505, præmis 20).
- 39 Hvad angår indgåelsen af offentlige tjenesteydelseskontrakter skal de ordregivende myndigheder overholde artikel 43 EF og 49 EF såvel som ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet samt den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf (jf. i denne retning Parking Brixen-dommen, præmis 47-49, og dom af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 19-21).
- 40 Anvendelsen af bestemmelserne i artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF samt de almindelige principper, som disse bestemmelser er et specifikt udtryk for, er imidlertid udelukket, hvis den lokale myndighed, som er den ordregivende myndighed, fører en kontrol med den kontraherende enhed, som svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene, og hvis denne enhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, den ejes af (jf. i denne retning Teckal-dommen, præmis 50, og Parking Brixen-dommen, præmis 62, samt dom af 9.6.2009, sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 4747, præmis 34).
- 41 Den omstændighed, at den kontraherende enhed udgør et kapitalselskab, udelukker på ingen måde anvendelsen af den undtagelse, der er anerkendt i den retspraksis, der er henvist til i foregående præmis. I ANAV-dommen udtalte Domstolen, at denne retspraksis kan anvendes, når det drejer sig om et aktieselskab.
- 42 Den forelæggende ret har anført, at til trods for den omstændighed, at artikel 1, stk. 3 og 4, i Setcos vedtægter begrænser adgangen til kapitalen i selskabet til offentlige

enheder, bestemmer vedtægternes artikel 6, stk. 4, at Setco for eventuelt at fremme aktiebesiddelsen på lokalt plan kan udstede præferenceaktier til borgere og erhvervsdrivende eller medarbejderaktier.

- 43 Under retsmødet har Comune di Ponte Nossa gjort gældende, at den nævnte artikel 6, stk. 4, skulle have været ophævet i forbindelse med den ændring af Setcos vedtægter, der fandt sted den 23. december 2006, men at artiklen ved en fejl er forblevet i vedtægterne. Denne artikel 6, stk. 4, er dog ifølge Comune di Ponte Nossa senere blevet ophævet. Det tilkommer den nationale ret at efterprøve rigtigheden af disse forhold, som kan føre til at udelukke muligheden for, at Setcos kapital er åben for private investorer.
- 44 Forelæggelsesafgørelsen rejser det spørgsmål, om en ordregivende myndighed kan føre en kontrol, der svarer til den, som myndigheden fører med sine egne tjenestegrene, med et selskab, hvori myndigheden selv er aktionær, og med hvilket myndigheden påtænker at indgå en kontrakt, i det tilfælde, hvor muligheden for, at private investorer indtræder i det pågældende selskabs kapital, er til stede, selv om muligheden ikke er blevet udnyttet.
- 45 For at besvare dette spørgsmål skal det bemærkes, at den omstændighed, at den ordregivende myndighed sammen med andre offentlige myndigheder besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, uden at være afgørende, tyder på, at den ordregivende myndighed fører en kontrol med dette selskab, der svarer til den kontrol, som den fører med sine egne tjenestegrene (jf. i denne retning dom af 11.5.2006, sag C-340/04, Carbotermo og Consorzio Alisei, Sml. I, s. 4137, præmis 37, og af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, Sml. I, s. 8457, præmis 31).
- 46 Til gengæld udelukker det forhold, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed kan føre en kontrol med dette selskab, som svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel (jf. i denne retning dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 49, og Coditel Brabantdommen, præmis 30).

- 47 Som hovedregel skal der på det tidspunkt, hvor tildelingen af den pågældende offentlige kontrakt finder sted, foretages omhyggelig kontrol af, om der foreligger privat deltagelse i det kontraherende selskabs kapital (jf. i denne retning dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 15 og 52). Det kan ligeledes være relevant at tage hensyn til den omstændighed, at den gældende nationale lovgivning, på det tidspunkt, hvor en ordregivende myndighed tildeler en kontrakt til et selskab, i hvilket myndigheden ejer den samlede kapital, bestemmer, at der skal foretages en snarlig forestående åbning af selskabet for fremmedkapital (jf. i denne retning Parking Brixen-dommen, præmis 67 og 72).
- 48 Undtagelsesvis kan særlige omstændigheder kræve, at begivenheder, som er indtruffet efter datoen for tildelingen af den pågældende kontrakt, tages i betragtning. Dette gælder særligt, når dele af det kontraherende selskab, der tidligere var ejet fuldstændigt af den ordregivende myndighed, er overdraget til en privat virksomhed i en kunstig selskabskonstruktion, der er dannet med henblik på at omgå fællesskabsreglerne på dette område, kort tid efter, at den pågældende kontrakt er blevet tildelt dette selskab (jf. i denne retning dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 38-41).
- 49 Det kan ganske vist ikke udelukkes, at et selskabs andele til enhver tid kan blive solgt til tredjemand. Anerkendelsen af, at den blotte mulighed herfor på ubestemt tid kan suspendere skønnet om, hvorvidt kapitalen i et selskab, der har fået tildelt en offentlig kontrakt, har offentlig karakter eller ej, vil imidlertid ikke være i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet.
- 50 Hvis et selskabs kapital er fuldstændigt ejet af den ordregivende myndighed enten alene eller sammen med andre offentlige myndigheder på det tidspunkt, hvor den pågældende kontrakt bliver tildelt dette selskab, kan dette selskabs åbning for kapital fra private investorer kun tages i betragtning, såfremt der på det pågældende tidspunkt er en konkret udsigt til en sådan åbning, og den er snarligt forestående.
- 51 Det følger heraf, at i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor det kontraherende selskabs kapital er fuldstændigt offentlig, og hvor der ikke er noget konkret tegn på dette selskabs snarlige åbning for kapital fra private aktionærer, er den

blotte mulighed for, at privatpersoner kan deltage i det pågældende selskabs kapital, ikke tilstrækkelig til at konkludere, at betingelsen om den offentlige myndigheds kontrol ikke er opfyldt.

- 52 Denne konklusion anfægtes ikke af betragtningerne i præmis 26 i dom af 21. juli 2005, Coname (sag C-231/03, Sml. I, s. 7287), ifølge hvilke den omstændighed, at et selskab såsom selskabet i den sag, der gav anledning til den nævnte dom, er åbent for privat kapital, forhindrer, at det kan betragtes som et organ til intern drift af en offentlig tjenesteydelse for de kommuner, der ejer selskabet. I den nævnte sag blev en offentlig tjenesteydelse tildelt et selskab, i hvilket kapitalen ikke var fuldstændigt offentlig, men overvejende offentlig og derfor blandet, på tidspunktet for denne tildeling (jf. Coname-dommen, præmis 5 og 28).
- 53 Det skal dog præciseres, at i det tilfælde, hvor en kontrakt uden afholdelse af en udbudsprocedure bliver tildelt et offentligt kapitalselskab under de omstændigheder, der er angivet i denne doms præmis 51, udgør den omstændighed, at private aktionærer senere, men stadig i løbet af denne kontrakts varighed, får adgang til at deltage i det nævnte selskabs kapital, en ændring af en grundlæggende kontraktbetingelse, som gør det nødvendigt at afholde en udbudsprocedure.
- 54 I det tilfælde, hvor en offentlig myndighed bliver minoritetsdeltager i et offentligt ejet aktieselskab med henblik på at tildele dette selskab driften af en offentlig tjenesteydelse, er spørgsmålet dernæst, om den kontrol, som de offentlige myndigheder, der er tilsluttet dette selskab, fører med selskabet, for at kunne betegnes som svarende til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, skal føres individuelt af hver af disse myndigheder eller kan føres i fællesskab af dem.
- 55 Retspraksis kræver ikke, at den kontrol, der føres med det kontraherende selskab, i et sådan tilfælde er individuel (jf. i denne retning Coditel Brabant-dommen, præmis 46).

- 56 I det tilfælde, hvor flere offentlige myndigheder vælger at udføre visse af deres public service-opgaver under anvendelse af et selskab, som de ejer sammen, er det nemlig normalt udelukket, at en af disse myndigheder, som kun ejer en mindre del af dette selskab, alene fører en afgørende kontrol med sidstnævntes afgørelser. At kræve i et sådant tilfælde, at den kontrol, der føres af en offentlig myndighed, skal være individuel, vil bevirke, at der pålægges en konkurrence i de fleste af de tilfælde, hvor en sådan myndighed har til hensigt at slutte sig til et selskab ejet af andre offentlige myndigheder med henblik på at tildele dette selskab driften af en offentlig tjenesteydelse (jf. i denne retning Coditel Brabant-dommen, præmis 47).
- 57 Et sådant resultat ville ikke være i overensstemmelse med systemet af fællesskabsregler på området for offentlige kontrakter eller koncessioner. Det erkendes således, at en offentlig myndighed kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne administrative, tekniske eller andre ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke hører til dens tjenestegrene (dommen i sagen Stadt Halle og Lochau, præmis 48, Coditel Brabant-dommen, præmis 48, og dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 45).
- 58 De offentlige myndigheder kan gøre brug af denne mulighed for at anvende deres egne ressourcer for at opfylde deres public service-opgaver i samarbejde med andre offentlige myndigheder (jf. i denne retning dom af 19.4.2007, sag C-295/05, Asemfo, Sml. I, s. 2999, præmis 57, og Coditel Brabant-dommen, præmis 49).
- 59 Det tiltrædes derfor, at såfremt flere offentlige myndigheder ejer et selskab, til hvilken de overdrager udførelsen af en af deres public service-opgaver, kan de offentlige myndigheders kontrol med dette selskab føres i fællesskab af dem (jf. i denne retning Coditel Brabant-dommen, præmis 50).
- 60 Når det drejer sig om et kollegialt sammensat organ, er den procedure, der anvendes til at træffe afgørelse, bl.a. anvendelse af flertal, uden betydning (jf. Coditel Brabant-dommen, præmis 51).

- 61 Denne konklusion modsiges heller ikke af Coname-dommen. Domstolen har ganske vist — i præmis 24 i denne — fastslået, at en selskabsdeltagelse på 0,97% er så lille, at den ikke giver en kommune mulighed for at føre kontrol med den koncessionshaver, som varetager en public service-opgave. Domstolen berørte imidlertid ikke i denne passus i dommen spørgsmålet om, hvorvidt en sådan kontrol kunne føres samlet (jf. Coditel Brabant-dommen, præmis 52).
- 62 I øvrigt har Domstolen senere, i Asemfo-dommen, fastslået (præmis 56-61), at betingelsen vedrørende den kontrol, der føres af den ordregivende offentlige myndighed, under visse omstændigheder kunne være opfyldt i det tilfælde, hvor myndigheden kun ejede 0,25% af en offentlig virksomheds kapital (jf. Coditel Brabant-dommen, præmis 53).
- 63 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.
- 64 Med spørgsmålet ønsker den forelæggende ret desuden afgjort, om beslutningsprocesser som dem, der er fastlagt i Setcos vedtægter, er af en sådan art, at de gør det muligt for de kommuner, der har aktier i selskabet, at udføre en kontrol med det selskab, som de ejer, svarende til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene.
- 65 Bedømmelsen af, om den kontrol, som den ordregivende myndighed fører med det kontraherende selskab, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, skal tage samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning. Det skal fremgå af undersøgelsen, at det kontraherende selskab er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende myndighed at påvirke selskabets beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til dette selskabs vigtige beslutninger for (jf. i denne retning dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, præmis 36, og Coditel Brabant-dommen, præmis 28).

- ⁶⁶ Blandt de relevante faktorer, som kan udledes af forelæggelsesafgørelsen, skal først den gældende lovgivning, derefter spørgsmålet, om det pågældende selskab har en kontraktmæssig status, og endelig kontrolmekanismen, der er fastlagt i Setcos vedtægter, undersøges.
- ⁶⁷ For så vidt angår den gældende lovgivning bestemmer artikel 113, stk. 5, litra c), i lovdekret nr. 267/2000, at tildeling af kontrakter under overholdelse af Den Europæiske Unions retsforordninger kan ske til 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 offentlige myndigheder, det ejes af«.
- ⁶⁸ Med anvendelsen af denne ordlyd har den italienske lovgiver ordret gentaget ordlyden af de betingelser, der er fastsat i Teckal-dommens præmis 50, og som er bekræftet i flere af Domstolens senere domme. En sådan national lovgivning er i princippet forenelig med fællesskabsretten, idet det præciseres, at fortolkningen af denne lovgivning ligeledes skal være forenelig med fællesskabsrettens krav (jf. i denne retning ANAV-dommen, præmis 25).
- ⁶⁹ Desuden fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at de kommuner, der har aktier i Setco, den 23. december 2006 ændrede selskabets vedtægter med henblik på at underkaste dette en kontrol, der svarer til den kontrol, som kommunerne fører med deres egne tjenestegrene i henhold til artikel 113, stk. 5, litra c), i lovdekret nr. 267/2000.
- ⁷⁰ Den omstændighed, at denne ændring af Setcos vedtægter tager sigte på at sikre overholdelsen af fællesskabsretten på området, fremgår ligeledes af vedtægternes artikel 8a, stk. 1.

- 71 I øvrigt tyder ingen af sagens akter på, at de omtalte vedtægter kun er blevet ændret med den hensigt at omgå fællesskabsreglerne på området for offentlige kontrakter.
- 72 Endelig fremgår det såvel af forelæggelsesafgørelsen som af de lovgivningsmæssige rammer, at den relevante vedtægtsbestemmelse kun giver mindre lokale myndigheder mulighed for at tildele kontrakter på driften af lokale offentlige tjenesteydelser af økonomisk interesse til kapitalselskaber, som er 100% offentligt ejet, hvis disse myndigheder udøver en kontrol med selskabet, der svarer til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i fællesskabsretten. Ifølge den nationale ret er udtrykket »tilsvarende kontrol« dog ikke defineret.
- 73 For så vidt angår spørgsmålet, om det pågældende selskab har en kontraktmæssig status, der gør kontrollen udført af de myndigheder, der er aktionærer, tvivlsom, skal den geografiske og faktiske rækkevidde af dette selskabs virksomhed såvel som selskabets mulighed for at etablere forbindelser med virksomheder i den private sektor undersøges.
- 74 Artikel 3 i Setcos vedtægter med overskriften »Selskabets formål« bestemmer, at Setco udfører offentlige serviceforvaltning i lokalområder, som udelukkende vedrører de lokale offentlige myndigheder, der tildeler de nævnte tjenesteydelser.
- 75 Desuden fastsætter vedtægternes artikel 8a, stk. 2, at Setco udelukkende udfører tjenesteydelserne for de ordregivende selskabsdeltagere, og inden for disse myndigheders kompetenceområder.
- 76 Sådanne bestemmelser tyder dels på, at det geografiske område for det i hovedsagen kontraherende selskabs virksomhed ikke rækker ud over områderne for de kommuner,

der er aktionærer, dels på, at dette selskab har som formål kun at udføre offentlige tjenesteydelser for disse kommuner.

- 77 De nævnte vedtægters artikel 3, stk. 3, bestemmer imidlertid, at Setco ligeledes kan udføre tjenesteydelser for privatpersoner, når dette ikke er i strid med selskabets formål, eller når det bidrager til den optimale gennemførelse af dette.
- 78 Under retsmødet har Setco hævdet, at den beføjelse, som selskabet har til at handle med virksomheder i den private sektor, er et nødvendigt accessorium for udførelsen af selskabets public service-opgaver. Som eksempel har selskabet nævnt sortering af affald, som kan gøre det nødvendigt at videresælge visse kategorier af genbrugs-materialer til virksomheder, der er specialiserede i at genanvende disse. Ifølge Setco drejer det sig om accessoriske aktiviteter for indsamling af affald og ikke om aktiviteter, der er hovedaktiviteten uvedkommende.
- 79 Det må fastslås, at hvis beføjelsen til at udføre tjenesteydelser for private erhvervsdrivende, der er tillagt det i hovedsagen kontraherende selskab, blot er accessorisk til selskabets hovedaktivitet, tilkommer det den forelæggende ret at efterprøve, at eksistensen af denne beføjelse ikke hindrer, at dette selskabs primære formål fortsat er udførelsen af offentlige tjenesteydelser. Eksistensen af en sådan beføjelse er således ikke tilstrækkelig til at antage, at det nævnte selskab har en kontraktmæssig status, der gør den kontrol, som er udført af de myndigheder, der ejer det, tvivlsom.
- 80 Denne konklusion bekræftes af den omstændighed, at den anden betingelse, der stilles i Teckal-dommens præmis 50, ifølge hvilken det kontraherende selskab skal udføre hovedparten af sin virksomhed med de offentlige myndigheder, som det ejes af, gør det muligt for dette selskab at udføre en aktivitet, der har en marginal karakter, med andre erhvervsdrivende end disse myndigheder (jf. i denne retning dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, præmis 63). Denne betingelse bliver formålsløs, såfremt den første betingelse, der stilles i Teckal-dommens præmis 50, bliver fortolket, som om den forbyder al accessorisk aktivitet, herunder med den private sektor.

- 81 For så vidt angår de kontrolmekanismer, der er fastlagt i Setcos vedtægter, fremgår det af sagen, at selskabsdeltagerne ved de den 23. december 2006 foretagne ændringer af disse vedtægter havde til hensigt at tillægge generalforsamlingen og bestyrelsen, sådan som det er fastsat i italiensk selskabsret, beslutningsprocesser, som ikke udtrykkeligt er fastsat ved italiensk selskabsret, og som har til formål at sikre en kontrol med Setco, der svarer til den kontrol, selskabsdeltagerne fører med deres egne tjenestegrene. Det drejer sig særligt om at sikre en styrket kontrol dels via den fælles tilsynsmyndighed, dels via et teknisk udvalg i hver afdeling, der er ansvarlig for Setcos forskellige aktiviteter.
- 82 Som det fremgår af de nævnte vedtægters artikel 8b og 8c, består den fælles tilsynsmyndighed og de tekniske udvalg af repræsentanter fra de deltagende myndigheder. Hver af disse myndigheder har en stemme i denne tilsynsmyndighed og disse udvalg uanset størrelsen af den pågældende myndighed eller antallet af aktier, som myndigheden ejer.
- 83 Artikel 8 a- 8 c i Setcos vedtægter tildeler desuden den fælles tilsynsmyndighed og de tekniske udvalg vide kontrol- og beslutningsbeføjelser.
- 84 Tilsvarende begrænser disse vedtægters artikel 14 generalforsamlingens beføjelser ved at pålægge denne at tage hensyn til retningslinjer og instrukser, der er vedtaget af den ovennævnte tilsynsmyndighed og de ovennævnte udvalg, og ved at kræve en forudgående indstilling fra den fælles tilsynsmyndighed, før generalforsamlingen kan give tilladelse til, at selskabets direktører udfører visse handlinger.
- 85 På samme måde begrænser de nævnte vedtægters artikel 16 bestyrelsens beslutnings-autonomi ved at pålægge den at overholde de beføjelser, der er forbeholdt den nævnte tilsynsmyndighed og de nævnte udvalg, og ved at undergive dens beslutninger overholdelsen af de instrukser, der hidrører fra disse.
- 86 Henset til omfanget af de kontrol- og beslutningsbeføjelser, som de tildeler den tilsynsmyndighed og de udvalg, som de opretter, såvel som den omstændighed, at denne tilsynsmyndighed og disse udvalg består af repræsentanter fra de deltagende

myndigheder, skal vedtægtsbestemmelser som dem, der gælder for det i hovedsagen kontraherende selskab, anses for at gøre det muligt for de deltagende myndigheder — ved hjælp af denne tilsynsmyndighed og disse udvalg — at udføre en bestemmende indflydelse såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til dette selskabs vigtige beslutninger.

- 87 Den forelæggende ret er dog af den opfattelse, at artikel 8 a-8 c i Setcos vedtægter, idet de angår den fælles tilsynsmyndighed og de tekniske udvalg, kan sidestilles med aftaler mellem aktionærer, der er omfattet af artikel 2341 a i den italienske civillovbog. Heraf følger, at den kontrol, der svarer til den kontrol, de deltagende myndigheder fører med deres egne tjenestegrene, og som er omfattet af ordningen med den nævnte tilsynsmyndighed og de nævnte udvalg, kan være virkningsløs.
- 88 Der er tale om et spørgsmål vedrørende fortolkning af nationale normer, som det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.
- 89 Med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse af relevansen af de pågældende vedtægtsbestemmelser, følger det heraf, at under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende kan den kontrol, som de myndigheder, der har aktier i selskabet, gennem vedtægtsmæssige organer fører med det kontraherende selskab, anses for at gøre det muligt for disse myndigheder at føre en kontrol med dette selskab, der svarer til den, de fører med deres egne tjenestegrene.
- 90 På baggrund af det ovenfor anførte skal det stillede spørgsmål besvares således:

Artikel 43 EF og 49 EF, ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet såvel som den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er ikke til hinder for en direkte tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt til et 100% offentligt ejet aktieselskab, når den offentlige myndighed, som er ordregivende myndighed, fører en kontrol med dette selskab, som

svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene, og dette selskab udfører hovedparten af sin virksomhed med den eller de offentlige myndigheder, som det ejes af.

Med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse af relevansen af de omhandlede vedtægtsbestemmelser kan den kontrol, som de myndigheder, der har aktier i selskabet, fører med det nævnte selskab, under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende anses for at svare til den kontrol, myndighederne fører med deres egne tjenestegrene, når:

- det nævnte selskabs aktivitet er begrænset til de nævnte myndigheders område og i det væsentligste udføres til fordel for disse, og
- kontrollen udføres gennem vedtægtsmæssige organer, der består af repræsentanter fra de nævnte myndigheder, som udøver en bestemmende indflydelse såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til det nævnte selskabs vigtige beslutninger.

Sagens omkostninger

- ⁹¹ 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 (Tredje Afdeling) for ret:

Artikel 43 EF og 49 EF, ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet såvel som den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er ikke til hinder for en direkte tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt til et 100% offentligt ejet aktieselskab, når den offentlige myndighed, som er ordregivende myndighed, fører en kontrol med dette selskab, som svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene, og dette selskab udfører hovedparten af sin virksomhed med den eller de offentlige myndigheder, som det ejes af.

Med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse af relevansen af de omhandlede vedtægtsbestemmelser kan den kontrol, som de myndigheder, der har aktier i selskabet, fører med det nævnte selskab, under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende anses for at svare til den kontrol, myndighederne fører med deres egne tjenestegrene, når:

- **det nævnte selskabs aktivitet er begrænset til de nævnte myndigheders område og i det væsentligste udføres til fordel for disse, og**
- **kontrollen udføres gennem vedtægtsmæssige organer, der består af repræsentanter fra de nævnte myndigheder, som udøver en bestemmende indflydelse såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til det nævnte selskabs vigtige beslutninger.**

Underskrifter