

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

15. oktober 2009*

I sag C-196/08,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Italien) ved afgørelse af 13. marts 2008, indgået til Domstolen den 14. maj 2008, i sagen:

Acoset SpA

mod

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Processprog: italiensk.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

procesdeltagere:

Depurazioni Sacede SpA,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af formanden for Anden Afdeling, J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), som fungerende formand for Tredje Afdeling, og dommerne P. Lindh, A. Rosas, U. Löhmus og A. Ó Caoimh,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 2. april 2009,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Acoset SpA ved avvocati A. Scuderi og G. Bonaventura

- Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa m.fl. ved avvocato N. Gentile

- Comune di Vittoria (RG) ved avvocati A. Bruno og C. Giurdanella

- den italienske regering ved R. Adam, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato G. Fiengo

- den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

- den polske regering ved M. Dowgielewicz, som befuldmægtiget

- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved C. Zadra og D. Kukovec, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 2. juni 2009,

afsagt følgende

Dom

- ¹ Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF.
- ² Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en sag mellem Acoset SpA (herefter »Acoset«) på den ene side og la Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (forsamling af borgmestre og den regionale provinsformand for den regionale provins Ragusa, herefter »Conferenza«) m.fl. på den anden side vedrørende sidstnævntes annullation af en udbudsprocedure med henblik på udvælgelse af en privat selskabsdeltager som minoritetsdeltager i et halvoffentligt selskab, der skal varetage den samlede vandforsyning (»servizio idrico integrato«) i Ragusa-provinsen.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

Direktiv 2004/18

- ³ Artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 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) bestemmer:

»[...]

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 Artikel 3 i direktiv 2004/18 bestemmer:

»Hvis en ordregivende myndighed tildeler en enhed, der ikke er en ordregivende myndighed, særlige eller eksklusive rettigheder til at udføre en offentlig servicefunktion, skal det ved den retsakt, hvorved denne rettighed tildeles, fastsættes, at den pågældende enhed ved indgåelse af vareindkøbskontrakter med tredjemand i forbindelse med denne servicefunktion skal overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet.«

5 Direktivets artikel 7 bestemmer:

»Dette direktiv gælder for offentlige kontrakter, [...] hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger følgende tærskelværdier:

[...]

b) 249 000 EUR:

- for offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter, der indgås af andre ordregivende myndigheder end dem, der er omfattet af bilag IV (»statslige myndigheder«)

[...]«

⁶ Kommissionens forordning (EF) nr. 2083/2005 af 19. december 2005 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter (EUT L 333, s. 28) ændrede artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18, som affattet ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1874/2004 af 28. oktober 2004 (EUT L 326, s. 17), idet beløbet på 236 000 EUR blev erstattet af beløbet 211 000 EUR for perioden fra den 1. januar 2006 til den 1. januar 2007.

⁷ I henhold til artikel 2 i Kommissionens forordning (EF) nr. 1422/2007 af 4. december 2007 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter (EUT L 317, s. 34) blev dette beløb fastsat til 206 000 EUR fra den 1. januar 2008.

8 Artikel 17 i direktiv 2004/18 bestemmer:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på koncessionskontrakter om tjenesteydelser som defineret i artikel 1, stk. 4, jf. dog artikel 3.«

9 Artikel 21 i direktiv 2004/18 bestemmer:

»Kontrakter, der vedrører de i bilag II B anførte tjenesteydelser, er udelukkende underlagt artikel 23 og artikel 35, stk. 4.«

10 Direktivets bilag II, kategori 27, omhandler »andre tjenesteydelser« med undtagelse af arbejdsaftaler, aftaler om indkøb, om radio- og tv-selskabers indkøb, udvikling, produktion eller koproduktion af programmateriale og aftaler om sendetid.

Direktiv 2004/17

11 I artikel 1, stk. 2 og 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter

inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 134, s. 1) bestemmes følgende:

»2. [...].

- b) Ved »bygge- og anlægskontrakter« forstås kontrakter angående enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder, vedrørende en af de aktiviteter, der er defineret i bilag XII, eller bygge- og anlægsarbejde, eller vedrørende udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til et behov, som ordregiveren har præciseret. Ved »bygge- og anlægsarbejde« forstås resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.
- c) Ved »vareindkøbskontrakter« forstås andre kontrakter end dem, der er omhandlet i litra b), og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer.

En kontrakt, som vedrører levering af varer, og som accessorisk omfatter monterings- og installationsarbejde, betragtes som en »vareindkøbskontrakt«.

- d) Ved »tjenesteydelsesktrakter« forstås kontrakter, bortset fra bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, som vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag XVII.

En kontrakt, der vedrører både varer og tjenesteydelser som defineret i bilag XVII, betragtes som en »tjenesteydelsesktrakt«, hvis værdien af de pågældende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, kontrakten omfatter.

En kontrakt, som vedrører de tjenesteydelser, der er defineret i bilag XVII, og som kun accessorisk i forhold til kontraktens hovedgenstand omfatter de aktiviteter, der er defineret i bilag XII, betragtes som en offentlig tjenesteydelseskontrakt.

3. a) Ved »koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder« forstås en kontrakt med samme karakteristika som bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.
- b) Ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.«

¹² I artikel 4 i direktiv 2004/17 bestemmes:

»1. Dette direktiv gælder også for følgende former for virksomhed:

- a) tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af drikkevand, eller
- b) forsyning af disse net med drikkevand.

[...]«

13 Samme direktivs artikel 9, stk. 1, bestemmer:

»En kontrakt, der indgås med henblik på udøvelse af flere aktiviteter, er underlagt reglerne for den aktivitet, der udgør kontraktens hovedgenstand.

Valget mellem at indgå en enkelt kontrakt og at indgå flere særskilte kontrakter må dog ikke foretages med det formål at udelukke kontrakten fra dette direktiv eller i givet fald direktiv 2004/18/EF.«

14 Artikel 18 i direktiv 2004/17 bestemmer:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der tildeles af ordregivere, som udøver en eller flere af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 3-7, når disse koncessionskontrakter indgås med henblik på udøvelsen af disse aktiviteter.«

Nationale bestemmelser

15 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 ved 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 (vedrørende en offentlig lokal tjeneste, der skal udføres af en lokal myndighed) tildeles ifølge bestemmelserne inden for sektoren og under overholdelse af Den Europæiske Unions retsfor skrifter, 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 offentlig 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 myndigheder, det ejes af.«

Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

- 16 Den 10. juli 2002 indgik Provincia Regionale di Ragusa (den regionale provins Ragusa) og de ibleiske kommuner en samarbejdsaftale om oprettelsen af Ambito Territoriale Ottimale (område af optimal størrelse, herefter »ATO«) idrico di Ragusa (ATO for Ragusas vand), den lokale myndighed med ansvar for Ragusas samlede vandforsyning.
- 17 Den 26. marts 2004 udvalgte Conferenza, ATO's forvaltningsorgan, driftsformen for den omhandlede tjeneste, som blev fastsat til et »halvoffentligt selskab med overvejende offentlig kapital« i henhold til artikel 113, stk. 5, litra b), i lovdekret nr. 267/2000.
- 18 Den 7. juni 2005 godkendte Conferenza udkastene til stiftelsesakten vedrørende det aktieselskab, som skulle stiftes, og dets vedtægter, samt driftsaftalen vedrørende udførelsen af den nævnte tjeneste, som i artikel 1 bestemte, at kontrakten vedrørende udførelsen af tjenesten skulle tildeles direkte med eneret til det stiftede halvoffentlige selskab (forvalteren af den samlede vandforsyning).
- 19 Dernæst blev en udbudsbekendtgørelse offentliggjort i bl.a. *Den Europæiske Unions Tidende* den 8. oktober 2005 (EUT S 195) med henblik på udvælgelse af en privat erhvervsdrivende med minoritetsandel, som skulle tildeles den operative virksomhed i forbindelse med den samlede vandforsyning, og udføre de med den eksklusive udførelse af denne tjeneste forbundne arbejder, nemlig de arbejder, der bl.a. er fastlagt i den treårige driftsplan, som var godkendt på borgmesterkonferencen den 15. december 2003.
- 20 I udbudsbetingelsernes artikel 1, punkt 8, bestemmes, at »det arbejde, der skal udføres, er det, der er omfattet af den treårige driftsplan, som ændret eller indarbejdet i budet samt i det efterfølgende oplysningsprojekt i henhold til områdeplanen [...]« samt, at

»ved tildelingen af kontrakter om arbejder, som ikke udføres direkte af private erhvervsdrivende, skal de i henhold til loven fastsatte offentlige procedurer anvendes«.

- 21 Tre midlertidige konsortier, nemlig henholdsvis hovedselskabet Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset og Aqualia SpA, deltog i udbudsproceduren. Udbudskommis-sionen besluttede at udelukke Aqualia SpA, men godkendte de to andre. Den ansvarlige for proceduren opfordrede de sidstnævnte til at tilkendegive, om de ønskede at deltage. Kun Acoset besvarede opfordringen bekræftende.
- 22 Det fremgår endvidere af forelæggelsesafgørelsen, at Conferenza — i stedet for at tildele kontrakten og iværksætte oprettelsen af det halvoffentlige selskab til driften med henblik på at påbegynde den omhandlede tjeneste og at udnytte fællesskabsmidlerne — på et møde den 26. februar 2007 besluttede at tage skridt til annullation af proceduren om udvælgelse af Acoset, idet Conferanza befrygtede, at proceduren var i strid med fællesskabsretten. Det teknisk-operative sekretariat i ATO meddelte således ved skrivelse af 28. februar 2007 Acoset, at annullationsproceduren var indledt, og ved skrivelse af 26. marts 2007 fremsatte Acoset sine bemærkninger hertil.
- 23 Den 2. oktober 2007 besluttede Conferenza at annullere den omhandlede udbuds-procedure og valgte konsortiumsformen for driften af Ragusas samlede vandforsyning. Acoset blev efterfølgende ved skrivelse af 9. oktober 2007 underrettet om, at udbudsproceduren var blevet annulleret.
- 24 Acoset har under sit søgsmål i hovedsagen til prøvelse af beslutningen af 2. oktober 2007 samt de akter, der er knyttet hertil, nedlagt påstand om erstatning i form af tildelingen af en kontrakt og en erstatning svarende til de tab, som selskabet har lidt som følge af de anfægtede akter. Acoset har som foreløbig forholdsregel endvidere nedlagt påstand om foreløbig udsættelse af disse akters gennemførelse.

- 25 Ifølge Acoset er den direkte tildeling af kontrakten om udførelse af lokale, offentlige tjenesteydelser til halvoffentlige selskaber i overensstemmelse med artikel 113, stk. 5, litra b), i lovdekret nr. 267/2000, hvorved en privat selskabsdeltager er udvalgt ved en udbudsprocedure, der overholder fællesskabsbestemmelserne på konkurrenceområdet, forenelig med fællesskabsretten.
- 26 De sagsøgte i hovedsagen finder derimod, at fællesskabsretten kun tillader en sådan direkte tildeling af en kontrakt om bygge- og anlægsarbejder uden afholdelse af udbud til selskaber, der fuldt ud ejes af det offentlige, og som udfører hovedparten af deres virksomhed sammen med det offentlige selskab, der kontrollerer dem, og over hvilke dette udøver en kontrol svarende til den, det fører med sine egne tjenestegrene. Den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, vil under alle omstændigheder udelukke, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel (jf. bl.a. dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1).
- 27 Tribunale amministrativo regionale della Sicilia er af den opfattelse, at spørgsmålet om, hvorvidt den direkte tildeling af den omhandlede kontrakt er forenelig med fællesskabsretten, således som Acoset har hævdet, er relevant, og at besvarelsen af dette spørgsmål ikke klart fremgår af Domstolens praksis.
- 28 På denne baggrund har Tribunale amministrativo regionale della Sicilia besluttet at udsætte sin afgørelse vedrørende den begæring om udsættelse af gennemførelse, der er fremsat i hovedsagen, og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er en model med et halvoffentligt selskab, som er oprettet særligt med henblik på at udføre en bestemt industriel, offentlig tjenesteydelse og alene med dette ene selskabsformål, og som direkte får overdraget udførelsen af den pågældende tjeneste-

ydelse, hvorunder den private selskabsdeltager, der er »industriel« og »operativ«, udvælges ved en offentlig procedure, efter prøvelse af såvel de finansielle og tekniske krav som de rent operative og driftsmæssige krav i forbindelse med den ønskede tjenesteydelse og de konkrete ydelser, der skal leveres, i overensstemmelse med fællesskabsretten, herunder særligt forpligtelserne til gennemsigtighed og fri konkurrence i henhold til artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF?»

Formaliteten

29 Den østrigske regering har anført, at anmodningen om præjudiciel afgørelse må afvises, da forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder tilstrækkelige oplysninger om de faktiske og retlige forhold i hovedsagen til, at det er muligt for Domstolen at svare sagligt korrekt på det forelagte spørgsmål. Særligt savnes oplysninger om den omhandlede tjenestes eller de omhandlede tjenesters særlige karakter, udbuddets indhold, udbudsproceduren samt om visse begreber, der anvendes i det forelagte spørgsmål.

30 Hvad angår de oplysninger, der skal afgives til Domstolen inden for rammerne af en forelæggelsesafgørelse, bemærkes, at disse oplysninger ikke blot tjener til at sætte Domstolen i stand til at give hensigtsmæssige svar, men også skal give medlemsstaternes regeringer samt andre berørte parter mulighed for at afgive indlæg i henhold til artikel 23 i statuten for Domstolen. Det fremgår af fast retspraksis, at det med henblik herpå er nødvendigt, at den nationale ret for det første afgrænser den faktiske og retlige baggrund, som spørgsmålene er omfattet af, eller i det mindste forklarer de faktiske situationer, som de nævnte spørgsmål har grundlag i. Forelæggelsesafgørelsen skal dernæst angive de nøjagtige grunde til, at den nationale ret har rejst spørgsmål om fortolkningen af fællesskabsretten og har fundet det nødvendigt at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål. Det er herved nødvendigt, at den nationale ret i det mindste i et vist omfang angiver begrundelsen for udvælgelsen af de fællesskabsbestemmelser, som den ønsker fortolket, og angiver den forbindelse, som efter rettens opfattelse består mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, der finder anvendelse i hovedsagen (jf. bl.a. dom af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 34).

- 31 Tribunale amministrativo regionale della Sicilia's forelæggelsesafgørelse opfylder disse krav.
- 32 Den nationale ret har nemlig angivet de gældende nationale bestemmelser, og forelæggelsesafgørelsen indeholder en beskrivelse af faktiske omstændigheder, der, selv om den er kortfattet, er tilstrækkelig til, at Domstolen kan træffe afgørelse. Desuden har den nationale ret anført de grunde, der har bevirket, at den har anset det for nødvendigt at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål, for så vidt som den har angivet en detaljeret beskrivelse af parternes forskellige synspunkter hvad angår fortolkningen af de fællesskabsbestemmelser, der er genstand for den præjudicielle forelæggelse, og for så vidt som besvarelsen af spørgsmålet ifølge den forelæggende ret ikke klart fremgår af Domstolens praksis.
- 33 Conferenza har desuden anført, at for så vidt som proceduren til udvælgelse af den omhandlede private selskabsdeltager i hovedsagen er annulleret, har Acoaset ingen interesse i besvarelsen af det forelagte spørgsmål.
- 34 Herved skal alene henvises til, at artikel 234 EF indfører et direkte samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter inden for rammerne af en procedure, hvor parterne ikke kan gribe ind i sagsbehandlingen, og hvor parterne kun opfordres til at fremsætte deres synspunkter i forhold til spørgsmål, som kun den nationale ret tager initiativ til (jf. i denne retning dom af 9.12.1965, sag 44/65, Singer, Sml. 1965-1968, s. 137, org.ref.: Rec. s. 1191).
- 35 Under disse omstændigheder skal der således foretages en gennemgang af spørgsmålet fra den forelæggende ret.

Om det præjudicielle spørgsmål

- 36 Den forelæggende ret ønsker med sit spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF er til hinder for, at udførelsen af en offentlig tjenesteydelse som den i hovedsagen omhandlede tjenesteydelse, der indebærer, at visse arbejder skal udføres forudgående, overdrages direkte til et selskab med en blandet offentlig-privat kapital, som er stiftet særligt med henblik på udførelse af denne tjenesteydelse, der udelukkende har et samfundsmæssigt formål, og hvor den private selskabsdeltager udvælges ved et offentligt udbud efter prøvelse af de finansielle, tekniske, operative og driftsmæssige krav i forbindelse med den ønskede tjenesteydelse og udbuddets karakteristika med hensyn til de ydelser, der skal leveres.
- 37 Det bemærkes indledningsvis, at tildelingen af en kontrakt vedrørende en lokal, offentlig tjeneste om samlet vandforsyning som den i hovedsagen omhandlede — alt efter de nærmere forhold vedrørende vederlaget vedrørende denne ydelse — kan 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, eller i givet fald under henholdsvis artikel 1, stk. 2, litra d), og artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17, hvis artikel 4, stk. 1, litra a), bestemmer, at direktivet finder anvendelse på tilrådgighedsstilling eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af drikkevand, eller forsyning af disse net med drikkevand.
- 38 Spørgsmålet, om en transaktion anses for »tjenesteydelseskoncession« eller en »offentlig tjenesteydelseskontrakt«, skal udelukkende vurderes efter fællesskabsretten (jf. bl.a. dom af 18.7.2007, sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6657, præmis 31).
- 39 Forskellen mellem en tjenesteydelseskontrakt og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser beror på vederlaget for de tjenesteydelser, der skal præsteres (jf. bl.a. dom af 10.9.2009, sag C-206/08, WAZV Gotha, Sml. I, s. 8377, præmis 51). En »offentlig tjenesteydelseskontrakt« som omhandlet i direktiv 2004/18 og 2004/17 omfatter et vederlag, som betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen (jf. bl.a. dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 39). Der er tale om en tjenesteydelseskoncession, når den aftalte godtgørelsesform består i en ret til at udnytte tjenesteydelsen, og når tjenesteyderen påtager sig risikoen forbundet med

driften af de omhandlede tjenesteydelser (jf. bl.a. dom af 13.11.2008, sag C-437/07, Kommissionen mod Italien, præmis 29 og 31, samt WAZV Gotha-dommen, præmis 59 og 68).

40 Den forelæggende ret henviser til et halvoffentligt selskab, der skal stiftes som »koncessionshaver« for driften af den samlede vandforsyning. Det fremgår af sagens akter, at transaktionen var berammet til at vare 30 år.

41 Endvidere har den italienske regering anført, at der klart er tale om tildelingen af en kontrakt om en offentlig tjenesteydelse ved en trediveårig koncession, hvis primære vederlag består i muligheden for at opkræve den vandtarif af brugerne, som udbudsproceduren har angivet som kompensation for den udførte tjenesteydelse.

42 Domstolen antager således, at der er tale om en koncession.

43 Domstolen har fastslået, at der foreligger en koncessionskontrakt om tjenesteydelser navnlig i tilfælde, hvor tjenesteyderens vederlag hidrører fra betalinger gennemført af brugere af en offentlig parkering, en offentlig transportydelse og et teledistributionsnet (jf. Parking Brixen-dommen, præmis 40, dom af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 16, og af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, Sml. I, s. 8457, præmis 24).

44 Artikel 17. i direktiv 2004/18 bestemmer, at direktivet ikke finder anvendelse på koncessionskontrakter om tjenesteydelser, jf. dog artikel 3. På samme måde udelukker artikel 18 i direktiv 2004/17, at dette direktiv finder anvendelse på koncessionskontrakter om tjenesteydelser, der tildeles af ordregivere, som udøver en eller flere af de

aktiviteter, der er omhandlet i direktivets artikel 3-7, når disse koncessionskontrakter tildeles med henblik på udøvelsen af disse aktiviteter.

- 45 Det er i øvrigt ubestridt, at de arbejder, der er forbundet med den eksklusive udførelse af den omhandlede samlede vandforsyning i hovedsagen, er accessoriske i forhold til hovedformålet med den omhandlede koncession, som består i udførelsen af denne tjenesteydelse, hvorfor denne ikke kan betegnes som en »koncessionskontrakt vedrørende offentlige arbejder« (jf. i denne retning dom af 19.4.1994, sag C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, Sml. I, s. 1329, præmis 26-28, og artikel 9, stk. 1, i direktiv 2004/17).
- 46 Selv om offentlige koncessionskontrakter om tjenesteydelser er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 og 2004/17, er de offentlige myndigheder, der indgår aftalerne, ikke desto mindre forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed (jf. bl.a. ANAV-dommen, præmis 18).
- 47 De af traktatens bestemmelser, der specifikt finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, er navnlig artikel 43 EF og 49 EF (jf. bl.a. ANAV-dommen, præmis 19).
- 48 Foruden princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet finder princippet om ligebehandling af tilbudsgivere tillige anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, også selv om der ikke foreligger forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (jf. bl.a. ANAV-dommen, præmis 20).
- 49 Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet indebærer navnlig et krav om gennemsækelighed, således at den offentlige myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes. Dette krav om gennemsækelighed, der påhviler den nævnte myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne

tjenesteydelseskoncessioner for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. ANAV-dommen, præmis 21).

- 50 Det fremgår endvidere af artikel 86, stk. 1, EF, at medlemsstaterne ikke må opretholde en national lovgivning, der tillader tildeling af offentlige tjenesteydelseskoncessioner, uden at afholde offentligt udbud, da en sådan tildeling er i strid med artikel 43 EF og 49 EF samt principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsækelighed (jf. ANAV-dommen, præmis 23).
- 51 Imidlertid vil anvendelsen af artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF samt de almindelige principper, som disse bestemmelser er et specifikt udtryk for, være udelukket, hvis den kontrol, den offentlige myndighed fører med den kontraherende virksomhed, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og hvis virksomheden realiserer hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, den ejes af (jf. ANAV-dommen, præmis 24). I et sådant tilfælde er afholdelse af offentligt udbud ikke obligatorisk, selv om medkontrahenten er en i forhold til den ordregivende myndighed juridisk særskilt enhed (jf. bl.a. dom af 10.9.2009, sag C-573/07, Sea, Sml. I, s. 8127, præmis 36).
- 52 Denne retspraksis er relevant både for fortolkningen af direktiv 2004/18 og 2004/17 og for fortolkningen af artikel 43 EF og 49 EF såvel som de almindelige principper, som disse bestemmelser er et specifikt udtryk for (jf. bl.a. Sea-dommen, præmis 37).
- 53 Det forhold, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, udelukker, 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. bl.a. Sea-dommen, præmis 46).

- 54 Dette er tilfældet med den i hovedsagen omhandlede koncession, eftersom den private selskabsdeltager skal stille 49% af aktiekapitalen i selskabet med blandet kapital, som skal tildeles koncession.
- 55 Under disse omstændigheder skal det fastlægges mere præcist, om tildelingen af den omhandlede kontrakt om offentlige tjenesteydelser til et halvoftentligt selskab uden afholdelse af offentligt udbud er forenelig med fællesskabsretten, eftersom udbudsproceduren med henblik på udvælgelsen af den private selskabsdeltager, der skal forestå driften af den samlede vandforsyning, blev afholdt under overholdelse af artikel 43 EF og 49 EF samt principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet og den forpligtelse til at sikre gennemsækelighed, der følger heraf.
- 56 Det følger af retspraksis, at tildelingen af en offentlig kontrakt til en halvoftentlig virksomhed uden afholdelse af et udbud er i strid med målsætningen om en fri og ufordrejet konkurrence samt med princippet om ligebehandling, for så vidt som en sådan fremgangsmåde giver den private virksomhed, som ejer en andel af den halvoftentlige virksomhed, en konkurrencefordel (dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 51, samt dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 48).
- 57 Som det desuden fremgår af punkt 2.1 i Kommissionens fortolkningsmeddelelse om anvendelsen af fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner på institutionelle offentlig-private partnerskaber (IOPP'er) (EUT 2008 C 91, s. 4), kan den omstændighed, at en privat enhed og en ordregiver samarbejder i en offentlig-privat enhed, ikke begrunde nogen afvigelse fra reglerne om koncessioner, når der tildeles offentlige kontrakter til denne private eller offentlig-private enhed.
- 58 Som generaladvokaten har bemærket i punkt 85 i forslaget til afgørelse, er indførelsen af en dobbelt udbudsprocedure vanskeligt forenelig med de procesøkonomiske hensyn, som ligger til grund for de institutionelle offentlig-private partnerskaber som den i hovedsagen omhandlede, der ved et enkelt skridt forener valget af den private

økonomiske samarbejdspartner og tildelingen af koncessionen til den offentlig-private enhed, der stiftes med dette ene formål.

- 59 Selv om den manglende afholdelse af udbud ved tildelingen af en kontrakt om tjenesteydelser forekommer uforenelig med artikel 43 EF og 49 EF og principperne om ligebehandling om forbud mod forskelsbehandling, kan udvælgelsen af den private selskabsdeltager under overholdelse af de krav, der er gengivet i præmis 46-49 i denne dom, og valget af kriterierne for udvælgelsen af den private selskabsdeltager afhjælpe denne situation, eftersom ansøgerne — ud over at godtgøre deres evne til at blive aktionærer — frem for alt skal godtgøre, at de besidder de tekniske forudsætninger for at udføre tjenesteydelsen, ligesom de skal godtgøre de økonomiske og andre fordele, som deres bud medfører.
- 60 Da kriterierne til udvælgelse af den private selskabsdeltager ikke kun er baseret på den kapital, som denne selskabsdeltager bidrager med, men også på dennes tekniske færdigheder og de særlige karakteristika ved dennes bud med hensyn til de konkrete tjenesteydelser, der skal udføres, og når denne selskabsdeltager, som tilfældet er i hovedsagen, får overdraget den operative virksomhed forbundet med tjenesten og dermed driften heraf, kan man hævde, at udvælgelsen af koncessionshaveren følger indirekte af valget af den nævnte selskabsdeltager, der fandt sted i henhold til en procedure, der overholder de fællesskabsretlige principper, hvorfor der ikke er grundlag for at afholde en yderligere udbudsprocedure med henblik på udvælgelse af koncessionshaveren.
- 61 Indførelsen af en dobbelt procedure med en indledende udvælgelse af den private partner til det halvoffentlige selskab og dernæst tildelingen af koncessionen til det nævnte selskab kan bevirke, at private enheder og offentlige myndigheder vil afholde sig fra at danne institutionelle offentlig-private partnerskaber som den i hovedsagen omhandlede, på grund af den tid, der medgår til gennemførelsen af sådanne procedurer, og den retlige usikkerhed for så vidt angår tildelingen af koncessionen til den på forhånd udvalgte private partner.
- 62 Det skal præciseres, at et selskab med en blandet offentlig-privat kapital som det i hovedsagen omhandlede skal bevare det samme samfundsmæssige formål gennem hele

koncessionens varighed, og at enhver væsentlig ændring af kontrakten medfører en pligt til at afholde udbud (jf. i denne retning dom af 19.6.2008, sag C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, Sml. I, s. 4401, præmis 34).

- ⁶³ På baggrund af det anførte skal det forelagte spørgsmål besvares således, at artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF ikke er til hinder for, at udførelsen af en offentlig tjenesteydelse som den i hovedsagen omhandlede tjenesteydelse, der indebærer, at visse arbejder skal udføres forudgående, overdrages direkte til selskab med en blandet offentlig-privat kapital, som er stiftet særligt med henblik på udførelse af denne tjenesteydelse, der udelukkende har et samfundsmæssigt formål, og hvor den private selskabsdeltager udvælges ved et offentligt udbud efter prøvelse af de finansielle, tekniske, operative og driftsmæssige krav i forbindelse med den ønskede tjenesteydelse og udbuddets karakteristika med hensyn til de ydelser, der skal leveres, såfremt den omhandlede udbudsprocedure er i overensstemmelse med princippet om fri konkurrence, gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, som ifølge traktaten gælder for koncessioner.

Sagens omkostninger

- ⁶⁴ 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, 49 EF og 86 EF ikke er til hinder for, at udførelsen af en offentlig tjenesteydelse som den i hovedsagen omhandlede tjenesteydelse, der indebærer, at visse arbejder skal udføres forudgående, overdrages direkte til selskab med en blandet offentlig-privat kapital, som er stiftet særligt med henblik på udførelse af denne tjenesteydelse, og som alene har dette selskabsformål, og hvor den private selskabsdeltager udvælges ved et offentligt udbud efter prøvelse af de finansielle,

tekniske, operative og driftsmæssige krav i forbindelse med den ønskede tjenesteydelse og udbuddets karakteristika med hensyn til de ydelser, der skal leveres, såfremt den omhandlede udbudsprocedure er i overensstemmelse med princippet om fri konkurrence, gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, som ifølge traktaten gælder for koncessioner.

Underskrifter