



# Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

1. august 2022\*

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – koncessionskontrakter – stiftelse af et halvoffentligt selskab – overdragelse til dette selskab af ansvaret for forvaltningen af »en integreret skoleservice« – udpegelse af den private selskabsdeltager gennem en udbudsprocedure – direktiv 2014/23/EU – artikel 38 – direktiv 2014/24/EU – artikel 58 – anvendelighed – *in house*-kriterier – betingelse om, at den private selskabsdeltager ejer en minimumsandel af det halvoffentlige selskab – den ordregivende myndigheds indirekte deltagelse i den private selskabsdeltagers kapital – udvælgelseskriterier«

I sag C-332/20,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) ved afgørelse af 13. februar 2020, indgået til Domstolen den 22. juli 2020, i sagen

**Roma Multiservizi SpA,**

**Rekeep SpA**

mod

**Roma Capitale,**

**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,**

proceddeltager:

**Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. (CNS),**

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, C. Lycourgos (refererende dommer), og dommerne S. Rodin, J.-C. Bonichot, L.S. Rossi og O. Spineanu-Matei,

generaladvokat: M. Szpunar,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

\* Processprog: italiensk.

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Roma Multiservizi SpA ved avvocati F. Baglivo, T. Frosini, P. Leozappa, D. Lipani og F. Sbrana,
- Rekeep SpA ved avvocati A. Lirosi, M. Martinelli, G. Vercillo, og A. Zoppini,
- Roma Capitale ved avvocato L. D'Ottavi,
- Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) ved avvocati F. Cintioli, G. Notarnicola og A. Police,
- Europa-Kommissionen ved G. Gattinara, P. Ondrůšek og K. Talabér-Ritz, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 24. februar 2022,

afsagt følgende

### **Dom**

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 30 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1), som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2017/2366 af 18. december 2017 (EUT 2017, L 337, s. 21) (herefter »direktiv 2014/23«), samt artikel 12 og 18 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65), som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2017/2365 af 18. december 2017 (EUT 2017, L 337, s. 19) (herefter »direktiv 2014/24«), sammenholdt med artikel 107 TEUF.
- 2 Denne anmodning er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem på den ene side Roma Multiservizi SpA og Rekeep SpA og på den anden side Roma Capitale (byen Rom, Italien) og Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (konkurrence- og markedstilsynsmyndighed, Italien) vedrørende denne bys beslutning om at udelukke den virksomhedssammenslutning, som Roma Multiservizi og Rekeep havde planlagt, fra proceduren for tildelingen af en kontrakt.

## Retsforskrifter

### *EU-retten*

#### *Direktiv 2014/23*

3 Artikel 3 i direktiv 2014/23 bestemmer:

»1. De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Koncessionstildelingsproceduren, herunder den anslåede værdi, udformes ikke med det formål at udelukke denne fra direktivets anvendelsesområde eller uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller visse bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller stille dem mindre gunstigt.

2. De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder sigter mod at sikre gennemsigtighed i forbindelse med tildelingsproceduren og opfyldelsen af kontrakten samtidig med, at artikel 28 overholdes.«

4 Dette direktivs artikel 5 fastsætter:

»I dette direktiv forstås ved:

1) »koncessioner«: koncessioner på bygge- og anlægsarbejder eller på tjenesteydelser som defineret i litra a) og b):

[...]

b) »koncession på tjenesteydelser«: en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt, hvorved en eller flere ordregivende myndigheder eller kontraherende enheder overdrager ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser, som ikke omfatter de i litra a) omhandlede bygge- og anlægsarbejder, til en eller flere økonomiske aktører, hvor vederlaget for denne overdragelse enten udelukkende består i retten til at udnytte de tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

Tildeling af en koncession på bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser indebærer, at der overføres en driftsrisiko til koncessionshaver ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som omfatter en efterspørgsels- eller en udbudsrisiko eller begge dele. Koncessionshaveren anses for at påtage sig driftsrisikoen, hvis han under normale driftsbetingelser ikke er garanteret at tjene de foretagne investeringer og de afholdte omkostninger i forbindelse med driften af de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er genstand for koncessionen, ind igen. Den del af risikoen, der overføres til koncessionshaveren, indebærer en reel eksponering for markedets omskiftelighed således, at ethvert potentielt anslået tab, som koncessionshaveren måtte lide, ikke blot er rent nominelt eller ubetydeligt

[...]«

5 Det nævnte direktivs artikel 8, stk. 1, bestemmer følgende:

»Dette direktiv finder anvendelse på koncessioner, hvis værdi er mindst 5 548 000 EUR.«

6 Direktivets artikel 10, stk. 3, har følgende ordlyd:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på koncessioner, som vedrører lufttrafiktjenester på grundlag af en licens efter Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1008/2008 [af 24. september 2008 om fælles regler for driften af lufttrafiktjenester i Fællesskabet (EUT 2008, L 293, s. 3)], eller på koncessioner, som vedrører offentlig personbefordring efter [Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23. oktober 2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT 2007, L 315, s. 1)].«

7 Artikel 17 i direktiv 2014/23 er affattet således:

»1. En koncession, som en ordregivende myndighed eller en ordregivende enhed, jf. artikel 7, stk. 1, litra a), tildeler en anden privatretlig eller offentligretlig juridisk person, falder uden for dette direktivs anvendelsesområde, når alle de følgende betingelser alle er opfyldt:

- a) [D]en ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed underkaster den pågældende juridiske person en kontrol, der svarer til den kontrol, den udøver over sine egne tjenestegrene[...]
- b) [M]ere end 80% af aktiviteterne i den kontrollerede juridiske person udføres i forbindelse med gennemførelsen af opgaver, den har fået betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed eller ordregivende enhed eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af den pågældende ordregivende myndighed eller ordregivende enhed[...]
- c) [D]er er ikke nogen direkte privat kapitalandel i den kontrollerede juridiske person med undtagelse af ikkekontrollerende eller ikkeblokerende former for private kapitalandele krævet i henhold til nationale lovbestemmelser, jf. traktaterne, som ikke udøver en afgørende indflydelse på den kontrollerede juridiske person.

En ordregivende myndighed eller ordregivende enhed, jf. artikel 7, stk. 1, litra a), anses for at udøve en kontrol over en juridisk person, der svarer til den kontrol, den udøver over sine egne tjenestegrene, som omhandlet i nærværende stykkes første afsnit, litra a), hvis den udøver en bestemmende indflydelse på både strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger, der træffes af den kontrollerede juridiske person. Denne kontrol kan også foretages af en anden juridisk person, der selv kontrolleres på samme måde af den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed.

[...]

4. En aftale, der udelukkende er indgået mellem to eller flere ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder, jf. artikel 7, stk. 1, litra a), falder uden for dette direktivs anvendelsesområde, når alle de følgende betingelser er opfyldt:

- a) [K]ontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem de deltagende ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udøve, leveres med henblik på at opfylde mål, som de er fælles om.

- b) [G]ennemførelsen af dette samarbejde er udelukkende underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser [...]
- c) [D]e deltagende ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder udfører på det åbne marked mindre end 20% af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet.

[...]«

- 8 Dette direktivs artikel 19 bestemmer:

»Koncessioner vedrørende sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser, der er anført i bilag IV, og som er omfattet af dette direktiv, er kun underlagt forpligtelsen i artikel 31, stk. 3, artikel 32, 46 og 47.«

- 9 Det nævnte direktivs artikel 20, stk. 1, fastsætter:

»Koncessioner, der både vedrører bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser, tildeles i henhold til de bestemmelser, der gælder for den type koncessioner, der kendetegner den pågældende kontrakts hovedformål.

I forbindelse med blandede koncessioner, der delvis består af sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser, som omhandlet i bilag IV, og delvis andre tjenesteydelser, fastsættes hovedformålet på grundlag af hvilke af de anslåede værdier for de pågældende tjenesteydelser eller varer, der er højest.«

- 10 Artikel 30 i direktiv 2014/23 bestemmer følgende:

»1. Den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed kan frit organisere den procedure, der fører til valget af koncessionshaver, med forbehold af overholdelse af dette direktiv.

2. Udformningen af koncessionstildelingsproceduren skal være i overensstemmelse med principperne i artikel 3. Navnlige må den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed under koncessionstildelingsproceduren ikke forelægge oplysninger på en måde, der er udtryk for forskelsbehandling, og som kan stille nogle ansøgere eller tilbudsgivere bedre end andre.

[...]«

- 11 Artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23 har følgende ordlyd:

»De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder kontrollerer betingelserne for deltagelse vedrørende ansøgernes eller tilbudsgivernes faglige og tekniske formåen samt finansielle og økonomiske situation på grundlag af egenerklæringer, reference eller referencer, der skal fremlægges som bevis i overensstemmelse med kravene i koncessionsbekendtgørelsen, som skal være ikkediskriminerende og stå i et rimeligt forhold til genstanden for koncessionen. Betingelserne for deltagelse skal være relaterede og stå i et rimeligt forhold til behovet for at sikre, at koncessionshaveren er i stand til at gennemføre koncessionen under hensyntagen til genstanden for koncessionen og målet om at sikre en reel konkurrence.«

*Direktiv 2014/24*

- 12 32. betragtning til direktiv 2014/24 har følgende ordlyd:

»Offentlige kontrakter, der tildeles kontrollerede juridiske personer, bør ikke være underlagt anvendelse af procedurerne i dette direktiv, hvis den ordregivende myndighed udøver en kontrol over den berørte juridiske person, som svarer til den kontrol, den udøver over sine egne afdelinger, forudsat at den kontrollerede juridiske person udfører mere end 80% af sine aktiviteter som gennemførelse af opgaver, som den er blevet betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af den pågældende ordregivende myndighed, uanset hvem der er modtager af kontraktydelsen.

Undtagelsen bør ikke udvides til at omfatte situationer, hvor en privat økonomisk aktør deltager direkte i kapitalandelene i den kontrollerede juridiske person, eftersom tildeling under sådanne omstændigheder af den offentlige kontrakt uden udbudsprocedure ville stille den private økonomiske aktør med en kapitaldeltagelse i den kontrollerede juridiske person mere fordelagtigt end konkurrenterne. I betragtning af de særlige kendetegn ved offentlige organer med tvungent medlemskab, såsom organisationer med ansvar for forvaltning eller udførelse af visse offentlige tjenesteydelser, bør dette dog ikke gælde tilfælde, hvor en bestemt privat økonomisk aktørs deltagelse i kapitalandelene i den kontrollerede juridiske person er tvungen i henhold til national lovgivning i overensstemmelse med traktaterne, forudsat at en sådan deltagelse ikke er kontrollerende, ikke er blokerende og ikke har afgørende indflydelse på den kontrollerede juridiske persons beslutninger. Det bør endvidere præciseres, at det afgørende element kun gælder direkte privat deltagelse i den kontrollerede juridiske person. Privat kapitaldeltagelse i den eller de kontrollerende ordregivende myndigheder udelukker derfor ikke tildeling af offentlige kontrakter til den kontrollerede juridiske person uden anvendelse af procedurerne i dette direktiv, da en sådan deltagelse ikke skader konkurrencen mellem private økonomiske aktører.

Det bør også præciseres, at ordregivende myndigheder, såsom offentligretlige organer, der kan have private kapitalandele, bør være i stand til at henholde sig til undtagelsen fra horisontalt samarbejde. Hvis alle andre betingelser i forbindelse med horisontalt samarbejde er opfyldt, bør undtagelsen fra horisontalt samarbejde således udvides til også at omfatte sådanne ordregivende myndigheder, hvis kontrakten udelukkende er indgået mellem ordregivende myndigheder.«

- 13 Direktivets artikel 2, stk. 1, bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

9) »offentlige tjenesteydelseskontrakter«: offentlige kontrakter, der vedrører levering af tjenesteydelser, bortset fra de i nr. 6) nævnte

[...]«

- 14 Det nævnte direktivs artikel 3 fastsætter:

»1. Stk. 2 finder anvendelse på blandede kontrakter, der vedrører forskellige udbudstyper, som alle er omfattet af dette direktiv.

Stk. 3-5 finder anvendelse på blandede kontrakter, der vedrører udbud, der er omfattet af dette direktiv, samt udbud, der er omfattet af andre retlige ordninger.

2. Kontrakter, der vedrører mindst to udbudstyper (bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller varer), tildeles i overensstemmelse med de bestemmelser, der finder anvendelse på den udbudstype, der kendetegner den pågældende kontrakts hovedformål.

I forbindelse med blandede kontrakter, der delvis består af tjenesteydelser i henhold til kapitel I i afsnit III og delvis andre tjenesteydelser, eller af blandede kontrakter, der delvis består af tjenesteydelser og delvis af varer, fastsættes hovedformålet i overensstemmelse med, hvilke af de anslåede værdier for de pågældende tjenesteydelser eller varer der er højest.

3. Hvis de forskellige dele af en given kontrakt objektivt kan adskilles, finder stk. 4 anvendelse. Hvis de forskellige dele af en given kontrakt objektivt ikke kan adskilles, finder stk. 6 anvendelse.

Hvis dele af en given kontrakt er omfattet af artikel 346 [TEUF] eller [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (EUT 2009, L 216, s. 76)], finder artikel 16 i nærværende direktiv anvendelse.

4. I forbindelse med kontrakter, der både vedrører udbud, der er omfattet af dette direktiv, og udbud, der ikke er omfattet af dette direktiv, kan de ordregivende myndigheder vælge at tildele særskilte kontrakter for de særskilte dele eller tildele en enkelt kontrakt. Når de ordregivende myndigheder vælger at tildele særskilte kontrakter for særskilte dele, træffes afgørelsen om, hvilken retlig ordning der skal gælde for hver af de særskilte kontrakter, på grundlag af kendetegnene ved den pågældende særskilte del.

Når de ordregivende myndigheder vælger at tildele en enkelt kontrakt, finder dette direktiv, medmindre andet bestemmes i artikel 16, anvendelse for den deraf følgende blandede kontrakt, uanset værdien af de dele, der ellers ville falde ind under en anden retlig ordning, og uanset hvilken retlig ordning disse dele ellers ville have været underlagt.

I forbindelse med blandede kontrakter, der indeholder elementer af kontrakter vedrørende varer, bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser og af koncessioner, tildeles den blandede kontrakt i henhold til dette direktiv, forudsat at den anslåede værdi af den del af kontrakten, der udgør en kontrakt som omfattet af dette direktiv, beregnet i overensstemmelse med artikel 5, svarer til eller overstiger tærsklerne i artikel 4.

5. I forbindelse med kontrakter, der både vedrører udbud, der er omfattet af dette direktiv, og udbud med henblik på en aktivitet, der er omfattet af [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT 2014, L 94, s. 243)], fastlægges de regler, der skal anvendes, uanset denne artikels stk. 4, i henhold til artikel 5 og artikel 6 i direktiv [2014/25].

6. Hvis de forskellige dele af en given kontrakt objektivt ikke kan adskilles, afgøres det, hvilken retlig ordning der skal anvendes, ud fra, hvad der er hovedformålet med den pågældende kontrakt.«

15 Samme direktivs artikel 4 bestemmer:

»Dette direktiv gælder for udbud, hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger følgende tærskler:

[...]

- b) 144 000 EUR for offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, der tildeles af statslige myndigheder, samt projektkonkurrencer, der afholdes af disse myndigheder. Når offentlige vareindkøbskontrakter tildeles af ordregivende myndigheder, der opererer på forsvarsområdet, gælder denne tærskel kun for kontrakter vedrørende varer omfattet af bilag III.
- c) 221 000 EUR for offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, der tildeles af ikkestatslige myndigheder, samt projektkonkurrencer, der afholdes af disse myndigheder; denne tærskel gælder også for offentlige vareindkøbskontrakter, der tildeles af statslige myndigheder, som opererer på forsvarsområdet, når disse kontrakter vedrører varer, der ikke er omfattet af bilag III
- d) 750 000 EUR for offentlige tjenesteydelseskontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser, der er anført i bilag XIV.«

16 Artikel 7 i direktiv 2014/24 er affattet således:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige kontrakter og projektkonkurrencer, som i henhold til direktiv [2014/25] tildeles eller afholdes af ordregivende myndigheder, der udfører en eller flere af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 8-14 i nævnte direktiv og er tildelt med henblik på gennemførelse af disse aktiviteter [...].«

17 Direktivets artikel 12 har følgende ordlyd:

»1. En offentlig kontrakt, som en ordregivende myndighed tildeler en privatretlig eller offentligretlig juridisk person, falder uden for direktivets anvendelsesområde, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

- a) [D]en ordregivende myndighed underkaster den pågældende juridiske person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.
- b) [M]ere end 80% af aktiviteterne i den kontrollerede juridiske person udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, den har fået betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af den pågældende ordregivende myndighed[...]
- c) [D]er er ikke nogen direkte privat kapitalandel i den kontrollerede juridiske person med undtagelse af ikkekontrollerende eller ikkeblokerende former for private kapitalandele krævet i henhold til nationale lovbestemmelser, jf. traktaterne, som ikke udøver en afgørende indflydelse på den kontrollerede juridiske person.

En ordregivende myndighed anses for at udøve en kontrol over en juridisk person, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, jf. første afsnit, litra a), hvis den udøver en



bestemmende indflydelse på både strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den kontrollerede juridiske person. En sådan kontrol kan også foretages af en anden juridisk person, der selv kontrolleres på samme måde af den ordregivende myndighed.

[...]

4. En kontrakt, der udelukkende er indgået mellem to eller flere ordregivende myndigheder, falder uden for dette direktivs anvendelsesområde, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

- a) [K]ontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem de deltagende ordregivende myndigheder med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udøve, leveres med henblik på at opfylde mål, som de er fælles om.
- b) [G]ennemførelsen af dette samarbejde er udelukkende underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser [...]
- c) [D]e deltagende ordregivende myndigheder udfører på det åbne marked mindre end 20% af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet.

[...]«

18 Dette direktivs artikel 18 bestemmer:

»1. De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.

2. Medlemsstaterne træffer passende forholdsregler for at sikre, at økonomiske aktører i forbindelse med gennemførelsen af offentlige kontrakter overholder gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning i henhold til EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivningsbestemmelser, der er nævnt i bilag X.«

19 Det nævnte direktivs artikel 57 fastsætter:

»1. De ordregivende myndigheder skal udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis de har fastslået ved en verifikation i henhold til artikel 59, 60 og 61, eller på anden vis er bekendt med, at den økonomiske aktør ved en endelig dom er dømt for et af følgende forhold:

- a) deltagelse i en kriminel organisation som defineret i artikel 2 i Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA [af 24. oktober 2008 om bekæmpelse af organiseret kriminalitet (EUT 2008, L 300, s. 42)]

- b) bestikkelse som defineret i artikel 3 i konventionen om bekæmpelse af bestikkelse, som involverer tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber eller i Den Europæiske Unions medlemsstater og artikel 2, stk. 1, i Rådets rammeafgørelse 2003/568/RIA [af 22. juli 2003 om bekæmpelse af bestikkelse i den private sektor (EUT 2003, L 192, s. 54)] og bestikkelse som defineret i den nationale ret gældende for den ordregivende myndighed eller den økonomiske operatør
- c) svig, som omhandlet i artikel 1 i konventionen om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser [...]
- d) terrorhandlinger eller strafbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet som defineret i henholdsvis artikel 1 og 3 i Rådets rammeafgørelse 2002/475/RIA [af 13. juni 2002 om bekæmpelse af terrorisme (EFT 2002, L 164, s. 3)] og anstiftelse, medvirken og forsøg på at begå sådanne handlinger som omhandlet i nævnte rammeafgørelses artikel 4
- e) hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme, som defineret i artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/60/EF [af 26. oktober 2005 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme (EUT 2005, L 309, s. 15)]
- f) børnearbejde og andre former for menneskehandel, som defineret i artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/36/EU [af 5. april 2011 om forebyggelse og bekæmpelse af menneskehandel og beskyttelse af ofrene herfor, og om erstatning af Rådets rammeafgørelse 2002/629/RIA (EUT 2011, L 101, s. 1)].

Forpligtelsen til at udelukke en økonomisk aktør gælder også, når en person, der er dømt ved endelig dom, er medlem af den økonomiske aktørs administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan eller har beføjelse til at repræsentere eller kontrollere eller til at træffe beslutninger heri.

2. En økonomisk aktør udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis den ordregivende myndighed er bekendt med, at den økonomiske aktør har undladt at opfylde sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, og hvis dette er blevet fastslået ved en retlig eller administrativ afgørelse, der har endelig og bindende virkning i henhold til retsfor skrifterne i det land, hvor denne er etableret, eller i den ordregivende myndigheds medlemsstat.

Endvidere kan de ordregivende myndigheder udelukke eller af medlemsstaterne blive anmodet om at udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan vise, at den økonomiske aktør har undladt at opfylde sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger.

Dette stykke finder ikke længere anvendelse, når den økonomiske aktør har opfyldt sine forpligtelser ved at betale eller indgå i en bindende ordning med henblik på at betale skyldige skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, herunder eventuelle påløbne renter eller bøder, hvis relevant.

[...]

4. De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:

- a) hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan påvise en tilsidesættelse af de gældende forpligtelser, der er omhandlet i artikel 18, stk. 2
- b) hvis den økonomiske aktør er konkurs eller er under insolvens- eller likvidationsbehandling, hvis dennes aktiver administreres af en kurator eller af retten, hvis denne er under tvangsakkord uden for konkurs, hvis dennes erhvervsvirksomhed er blevet indstillet eller denne befinder sig i en lignende situation i henhold til en tilsvarende procedure, der er fastsat i national lovgivning
- c) hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan vise, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet
- d) hvis den ordregivende myndighed har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning
- e) hvis en interessekonflikt som defineret i artikel 24 ikke kan afhjælpes effektivt med andre mindre indgribende foranstaltninger
- f) hvis en forvridding af konkurrencen fra den forudgående inddragelse af de økonomiske aktører i forberedelsen af udbudsproceduren, som omhandlet i artikel 41, ikke kan afhjælpes med andre mindre indgribende foranstaltninger
- g) hvis den økonomiske aktør har udvist betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt eller en tidligere kontrakt med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt, der har medført den pågældende tidligere kontrakts forfald før aftalt tid, skader eller andre sammenlignelige sanktioner
- h) hvis den økonomiske aktør har givet groft urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kræves til verifikation af, at der ikke er grundlag for udelukkelse, eller af at udvælgelseskriterierne er opfyldt, har tilbageholdt sådanne oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter i henhold til artikel 59 eller
- i) hvis den økonomiske aktør uretmæssigt har påvirket den ordregivende myndigheds beslutningsproces for at indhente fortrolige oplysninger, der kan give dem uretmæssige fordele i forbindelse med udbudsproceduren, eller uagtsomt givet vildledende oplysninger, der kan have væsentlig indflydelse på beslutninger vedrørende udelukkelse, udvælgelse eller tildeling.

Uanset første afsnit, litra b), kan medlemsstaterne kræve eller give mulighed for, at den ordregivende myndighed ikke udelukker en økonomisk aktør, der befinder sig i en af situationer, der er omhandlet i nævnte litra, når den ordregivende myndighed har fastslået, at den pågældende økonomiske aktør vil være i stand til at gennemføre kontrakten, under hensyn til de gældende

ationale regler og foranstaltninger vedrørende fortsættelse af erhvervsaktiviteterne i de i litra b) omhandlede tilfælde.

[...]«

20 Samme direktivs artikel 58 bestemmer:

»1. Udvalgelseskriterier kan omhandle

a) egnethed til at udøve det pågældende erhverv

b) økonomisk og finansiell formåen

c) teknisk og faglig formåen.

De ordregivende myndigheder må kun pålægge økonomiske aktører de kriterier, der henvises til i stk. 2, 3 og 4, som krav for deltagelse. De begrænser kravene for deltagelse til de krav, der er relevante for at sikre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har juridisk og finansiell kapacitet samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt. Alle krav skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand.

[...]

3. Hvad angår økonomisk og finansiell formåen kan de ordregivende myndigheder pålægge krav, så det sikres, at de økonomiske aktører har tilstrækkelig økonomisk og finansiell kapacitet til at opfylde kontrakten. Med henblik herpå kan de ordregivende myndigheder navnlig kræve, at de økonomiske aktører har en vis minimumsårsomsætning, herunder en vis minimumsomsætning inden for det område, som kontrakten dækker. Ordregivende myndigheder kan desuden kræve, at de økonomiske aktører fremlægger oplysninger om deres årsregnskab, der viser forholdet mellem f.eks. aktiver og passiver. De kan endvidere kræve et tilstrækkeligt niveau af erhvervsansvarsforsikring.

Den minimumsårsomsætning, som de økonomiske aktører skal have, må ikke være højere end den dobbelte anslåede værdi af kontrakten, undtagen i behørigt begrundede tilfælde, hvor der er særlige risici forbundet med bygge- og anlægsarbejderne, tjenesteydelserne eller vareleverancerne. Den ordregivende myndighed angiver de vigtigste grunde til et sådant krav i udbudsdokumenterne eller den individuelle rapport, der er omhandlet i artikel 84.

Der kan f.eks. tages hensyn til forholdet mellem aktiver og passiver, når den ordregivende myndighed angiver de metoder og kriterier, der skal anvendes, i udbudsdokumenterne. Disse metoder og kriterier skal være gennemsigtige, objektive og ikkediskriminerende.

Når en kontrakt er opdelt i delkontrakter, gælder denne artikel for hvert enkelt del. Den ordregivende myndighed kan dog fastsætte den minimumsårsomsætning, som de økonomiske aktører skal have, i forbindelse med grupper af delkontrakter med henblik på den situation, at den valgte tilbudsgiver tildeles flere delkontrakter, som skal udføres samtidig.

Når kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, indgås ved en fornyet konkurrence, beregnes det i andet afsnit i dette stykke omhandlede maksimale årsomsætningskrav på grundlag af den forventede maksimale størrelse af specifikke kontrakter, som vil blive gennemført samtidig, eller,

hvis denne ikke er kendt, på grundlag af den anslåede værdi af rammeaftalen. I tilfælde af dynamiske indkøbssystemer beregnes det i andet afsnit omhandlede maksimale årsomsætningskrav på grundlag af den forventede maksimale størrelse af specifikke kontrakter, der tildeles på grundlag af dette system.

[...]«

21 Artikel 74 i direktiv 2014/24 er affattet således:

»Offentlige kontrakter vedrørende sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser, der er anført i bilag XIV, tildeles i overensstemmelse med dette kapitel, når kontraktens værdi svarer til eller overstiger tærskelværdien i artikel 4, litra d).«

*Direktiv 2014/25*

22 Artikel 6, stk. 2, i direktiv 2014/25 har følgende ordlyd:

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

23 Dette direktivs artikel 11 bestemmer:

»Dette direktiv gælder for tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.

For transportydelser anses et net for at bestå, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat.«

***Italiensk ret***

24 Artikel 5, stk. 9, i decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (lovdekret nr. 50 om gennemførelsesbestemmelser til direktiv 2014/23/EU om tildeling af koncessionskontrakter, til direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud og til direktiv 2014/25/EU om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester samt om omorganisering af de gældende bestemmelser vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter) af 18. april 2016 (det almindelige tillæg til GURI nr. 91 af 19.4.2016, herefter »lovdekret nr. 50/2016«) bestemmer følgende:

»Når de gældende bestemmelser tillader stiftelse af halvoffentlige selskaber med henblik på udførelse og forvaltning af offentlige arbejder eller tilrettelæggelse og forvaltning af tjenesteydelser af almen interesse, skal den private selskabsdeltager udvælges ved et offentligt udbud.«

25 Artikel 4 i decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (lovdekret nr. 175 om konsoliderede bestemmelser vedrørende selskaber med offentlig deltagelse) af 19. august 2016 (GURI nr. 210 af 8.9.2016, herefter »lovdekret nr. 175/2016«) bestemmer, at de formål, som de offentlige myndigheder forfølger, når de stifter selskaber, hvoraf de ejer en del, er

undergivet et dobbelt formålskrav. Der skal for det første være tale om selskaber, som udøver aktiviteter, der er strengt nødvendige med henblik på at forfølge den pågældende myndigheds institutionelle formål. For det andet skal de aktiviteter, der skal udføres, henhøre under dem, der er udtrykkeligt omhandlet i denne artikels stk. 2, dvs. bl.a. fremstilling af en tjenesteydelse af almen interesse, herunder gennemførelsen og forvaltningen af net eller faciliteter til de nævnte tjenesteydelser og tilrettelæggelsen og forvaltningen af en tjenesteydelse af almen interesse med en partnerskabsaftale som omhandlet i artikel 180 i lovdekret nr. 50/2016 med en entreprenør, der er udvalgt efter reglerne i artikel 17, stk. 1 og 2, i lovdekret nr. 175/2016.

26 I henhold til artikel 7, stk. 5, i lovdekret nr. 175/2016 skal de private selskabsdeltagere udvælges på forhånd efter en offentlig udbudsprocedure i overensstemmelse med artikel 5, stk. 9, i lovdekret nr. 50/2016.

27 Artikel 17, stk. 1, i lovdekret nr. 175/2016 har følgende ordlyd:

»I halvoftentlige selskaber må den private partners kapitalandel ikke være under 30%, og udvælgelsen af denne partner finder sted gennem en udbudsprocedure i henhold til artikel 5, stk. 9, i [lovdekret nr. 50/2016], der på samme tid vedrører dels den private partners tegning eller erhvervelse af kapitalandelen, dels tildelingen af den offentlige kontrakt eller koncessionskontrakt, som udgør det halvoftentlige selskabs eneste selskabsformål.«

28 Artikel 17, stk. 2, i direktiv 175/2016 er affattet således:

»Den private selskabsdeltager skal opfylde de kriterier for kvalificering, der er fastsat i love eller administrative bestemmelser vedrørende den ydelse, til hvilket formål selskabet er blevet stiftet [...]«

### **Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

29 Den 4. september 2018 iværksatte byen Rom en udbudsprocedure med henblik på dels at udpege en partner til at stifte et halvoftentligt selskab, dels at overdrage dette selskab ansvaret for forvaltningen af den »integrerede skoleservice« for en anslået værdi af 277 479 616,21 EUR. Ifølge udbudsdokumenterne skulle byen Rom eje 51% af det nævnte selskabs kapital, mens den resterende kapitalandel på 49% skulle erhverves af dens private partner, der ligeledes skulle bære hele driftsrisikoen.

30 Der blev afgivet et enkelt tilbud fra en virksomhedssammenslutning under etablering, som bestod af Roma Multiservizi og Rekeep. Det var bestemt, at denne sammenslutning skulle være ca. 10% ejet af Rekeep i egenskab af fuldmagtsgiver og 90% ejet af Roma Multiservizi i egenskab af hovedfuldmagtshaver, og at de to selskaber forholdsmæssigt i forhold til deres deltagelse i sammenslutningen skulle indskyde kapital sammen med byen Rom i det halvoftentlige selskab, der skulle stiftes.

31 Roma Multiservizi, der blev stiftet af byen Rom i 1994, er 51% ejet af AMA SpA, idet resten af kapitalen ejes af Rekeep og La Veneta Servizi SpA. AMA er for sin del helejet af denne by.

32 Den 1. marts 2019 blev den virksomhedssammenslutning under etablering, som bestod af Roma Multiservizi og Rekeep, udelukket fra den igangværende procedure, idet byen Rom, henset til AMA's deltagelse i kapitalen i Roma Multiservizi, de facto ville have ejet 73,5% af kapitalen i det

halvoffentlige selskab, som ville blive stiftet med denne sammenslutning, hvilket således oversteg den grænse på 51%, der var fastsat i udbuddet, hvorved den risikokapitalandel, der ejedes af private aktører i dette selskab, ville blive lavere end tærsklen på 49%.

- 33 Roma Multiservizi og Rekeep anfægtede denne afgørelse om udelukkelse for Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien). Denne domstol frifandt sagsøgte ved to domme afsagt den 18. juni 2019.
- 34 Roma Multiservizi og Rekeep har iværksat appel til prøvelse af disse to domme for den forelæggende ret.
- 35 Mens appelsagen har verseret, har byen Rom efter en procedure med forhandling givet Consorzio Nazionale Servizi Società coop. (CNS) ansvaret for gennemførelsen af den »integrerede skoleservice«. Den forelæggende ret har udsat denne tildeling.
- 36 I anmodningen om præjudiciel afgørelse har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) i første række anført, at det følger af gældende national ret, at når halvoffentlige selskaber har til formål at udføre offentlige arbejder eller tilrettelægge og forvalte en tjenesteydelse af almen interesse gennem en partnerskabsaftale med den entreprenør, der er udvalgt efter reglerne i artikel 17, stk. 1 og 2, i lovdekret nr. 175/2016, må den private aktørs andel ikke være lavere end 30%, og udvælgelsen af denne private selskabsdeltager skal ske efter en udbudsprocedure.
- 37 Den forelæggende ret har i denne henseende anført, at det for denne ret ikke er bestridt, at den ordregivende myndigheds maksimale andel i et halvoffentligt selskab er lovlig, og denne ret skal kun undersøge, om der skal tages hensyn til byen Roms indirekte andel i kapitalen i Roma Multiservizi med henblik på at afgøre, om denne grænse er overholdt.
- 38 I anden række har denne ret anført, at den direkte tildeling af en tjenesteydelse til et halvoffentligt selskab ikke i sig selv er uforenelig med EU-retten, forudsat for det første at den udbudsprocedure, der er iværksat med henblik på den ordregivende myndigheds udvælgelse af den private deltager i det selskab, der tildeles kontrakten, afvikles under overholdelse af artikel 49 TEUF og 56 TEUF samt ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet, og for det andet at kriterierne for udvælgelse af denne private selskabsdeltager ikke alene er knyttet til sidstnævntes kapitalindsud, men ligeledes til den pågældendes tekniske formåen og kendetegnene ved dennes tilbud, henset til de specifikke ydelser, der skal leveres, således at udvælgelsen af det selskab, der tildeles kontrakten, kan anses for indirekte at følge af den ordregivende myndigheds udvælgelse af selskabsdeltageren. Denne selskabsdeltager skal følgelig være en passende driftspartner og ikke blot en aktionær, idet den pågældendes deltagelse netop begrundes med, at der inden for den offentlige forvaltning ikke findes de nødvendige kompetencer, som den private selskabsdeltager råder over.
- 39 Ifølge den forelæggende ret har den italienske lovgiver fastsat minimumstærsklen for privat deltagelse i halvoffentlige selskaber til 30% for at sikre en sådan overensstemmelse. Denne ret har præciseret, at loftet på 70% for offentlig deltagelse i sådanne selskaber svarer til tærsklen for, at disse selskabers aktiviteter kan fordreje konkurrencen ved at gøre det pågældende marked uattraktivt og ved at give den private selskabsdeltager mulighed for i uforholdsmæssig grad at begrænse den økonomiske risiko ved sin deltagelse i de nævnte selskaber.

- 40 I tredje række har den forelæggende ret anført, at såfremt den ordregivende myndigheds procentdel i deltagelsen i det halvoftentlige selskabs kapital skal beregnes under hensyntagen til denne selskabsdeltagers retlige form, er udelukkelsen af den virksomhedssammenslutning, som Roma Multiservizi og Rekeep planlagde, fra den i hovedsagen omhandlede tildelingsprocedure ikke begrundet. Såfremt der skulle tages hensyn til byen Roms indirekte deltagelse i kapitalen i Roma Multiservizi, ville den private selskabsdeltagers andel, der følger af den af Roma Multiservizi og Rekeep planlagte sammenslutnings deltagelse i det halvoftentlige selskab, og som formelt er fastsat til 49%, derimod i virkeligheden være 26,5%, hvilket ville give anledning til en situation, hvor markedet ikke er effektivt, og det ville udgøre en tilsidesættelse af princippet om fri konkurrence, for så vidt som den private selskabsdeltager ville kunne begunstiges uberettiget af fordelene ved den offentlige deltagelse og således sikre sig en væsentlig gevinst.
- 41 På denne baggrund har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er det foreneligt med [EU]-retten og den korrekte fortolkning af 14. og 32. betragtning til samt artikel 12 og 18 i direktiv 2014/24/EU og artikel 30 i direktiv 2014/23/EU, herunder med henvisning til artikel 107 TEUF, at der i forbindelse med fastlæggelse af, at den private partners kapitalandel i et halvoftentligt selskab, som skal stiftes, overholder den minimumsgrænse på 30%, som den nationale lovgiver anser for at være hensigtsmæssig ved gennemførelse af de [EU]-retlige principper, der er fastsat i [Unionens retsinstansers] praksis, udelukkende skal tages hensyn til denne partners formelle/dokumenterede kapitalstruktur, eller kan – eller snarere skal – den ordregivende myndighed tage hensyn til sin indirekte deltagelse i den tilbudsgivende private partner?
- 2) Såfremt det foregående spørgsmål besvares bekræftende, er det da kohærent og foreneligt med de [EU]-retlige principper, navnlig konkurrenceprincippet, proportionalitetsprincippet og hensigtsmæssighedsprincippet, at den ordregivende myndighed fra udbudsproceduren kan udelukke en tilbudsgivende privat partner, hvis reelle kapitalandel i det halvoftentlige selskab, som skal stiftes, som følge af den konstaterede direkte eller indirekte offentlige deltagelse de facto er under 30%?«

## Om de præjudicielle spørgsmål

### *Formaliteten vedrørende de præjudicielle spørgsmål*

- 42 Ifølge fast retspraksis foreligger der en formodning for, at spørgsmål om EU-retten er relevante. Domstolen kan kun afvise at træffe afgørelse om et præjudicielt spørgsmål fremsat af en national ret, hvis det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, såfremt problemet er af hypotetisk karakter, eller såfremt Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en hensigtsmæssig besvarelse af de forelagte spørgsmål (dom af 15.12.1995, Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463, præmis 59 og 61, og af 25.11.2021, État luxembourgeois (Oplysninger om en gruppe af skattepligtige personer), C-437/19, EU:C:2021:953, præmis 81).
- 43 For at opnå en fortolkning af EU-retten, som den nationale ret kan bruge, er det påkrævet, at denne giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i al fald forklarer de faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål. Forelæggelsesafgørelsen skal endvidere angive de nøjagtige grunde til, at den



nationale ret har rejst spørgsmål om fortolkningen af EU-retten og har fundet det nødvendigt at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål (dom af 10.3.2022, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Fuld sygesikring), C-247/20, EU:C:2022:177, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis).

- 44 Den forelæggende ret har hverken angivet grundene til, at den finder, at artikel 107 TEUF skal fortolkes, eller den forbindelse, den har fastlagt, mellem denne bestemmelse og den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning.
- 45 I modsætning til, hvad CNS har gjort gældende, har den forelæggende ret derimod for det første identificeret de bestemmelser i direktiv 2014/23 og 2014/24, som den ønsker fortolket, tilstrækkeligt præcist, og har for det andet ikke anmodet Domstolen om at anvende EU-retten på tvisten i hovedsagen.
- 46 Det følger af det ovenstående, at de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, med undtagelse af det første spørgsmål, for så vidt som det vedrører fortolkningen af artikel 107 TEUF.

### ***Realiteten***

- 47 Tvisten i hovedsagen vedrører den omstændighed, at den virksomhedssammenslutning, som Roma Multiservizi og Rekeep havde planlagt, blev udelukket fra den procedure, som blev indledt den 4. september 2018, og som – inden byen Rom opgav proceduren, netop på grund af udelukkelsen af denne sammenslutning, der var den eneste, der havde afgivet et tilbud – skulle føre til indgåelsen af en aftale om for det første at stifte et halvoffentligt selskab med en af denne by udvalgt økonomisk aktør og for det andet overdrage dette selskab ansvaret for at levere alle accessoriske tjenesteydelser til skolevirksomhed i egentlig forstand, hvilke tjenesteydelser i det væsentlige bestod af hjælpetjenester, vedligeholdelse, rengøring, fragtkørsel og bistand til særlig skoletransport. Det følger heraf, at formålet med en sådan procedure var indgåelsen af en blandet kontrakt.
- 48 Det fremgår endvidere af forelæggelsesafgørelsen, at byen Rom fandt, at såfremt den havde stiftet det i hovedsagen omhandlede halvoffentlige selskab med den virksomhedssammenslutning, som Roma Multiservizi og Rekeep havde planlagt, ville den de facto have ejet 73,5% af kapitalen i dette selskab, selv om den maksimale andel, som den ordregivende myndighed kan eje af kapitalen i et sådant selskab, i henhold til relevant national lovgivning var begrænset til 70%, og de udbudsdokumenter, som denne by havde udarbejdet, fastsatte byens deltagelse i nævnte selskabs kapital til 51%.
- 49 Byen Rom nåede imidlertid alene til den konstatering, at den de facto ville have ejet 73,5% af kapitalen i det halvoffentlige selskab, der skulle stiftes, fordi den tog hensyn til den omstændighed, at et af dens helejede datterselskaber, nemlig AMA, ejede 51% af kapitalandelen i Roma Multiservizi.
- 50 Det fremgår desuden af anmodningen om præjudiciel afgørelse og af svarene på Domstolens spørgsmål, at udelukkelsen af den virksomhedssammenslutning, som Roma Multiservizi og Rekeep havde planlagt, fra den i hovedsagen omhandlede procedure i det mindste var begrundet med, såvel at det, såfremt byen Rom valgte denne sammenslutning, ikke ville være muligt at

overholde den maksimale grænse for byens deltagelse i det halvoftentlige selskabs kapital, der er fastsat i den relevante nationale lovgivning, som at det ikke var muligt at overholde den strengere grænse for en sådan deltagelse, der var fastsat i udbudsdokumenterne.

- 51 Med henblik på at give den forelæggende ret en hensigtsmæssig besvarelse er det følgelig tilstrækkeligt at undersøge, om EU-retten er til hinder for, at en ordregivende myndighed med henblik på at undersøge, om sidstnævnte grænse er overholdt, ligeledes tager hensyn til sin indirekte deltagelse i kapitalen i en økonomisk aktør, som har tilkendegivet sin interesse i at blive dens partner.
- 52 I lyset af disse betragtninger skal det fastslås, at den forelæggende ret med sine to præjudicielle spørgsmål, som skal undersøges samlet, nærmere bestemt ønsker oplyst, om direktiv 2014/24 og 2014/23 skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed ikke kan udelukke en økonomisk aktør fra en procedure, som tilsigter dels at stifte et halvoftentligt selskab, dels at tildele dette selskab en tjenesteydelseskontrakt, når udelukkelsen begrundes med, at den ordregivende myndigheds maksimale deltagelse i kapitalen i dette selskab, sådan som den er fastsat i udbudsdokumenterne, som følge af dens indirekte deltagelse i denne økonomiske aktør de facto overskrides, hvis denne myndighed vælger denne økonomiske aktør som sin partner.

*Den gældende retlige ordning, der finder anvendelse på den i hovedsagen omhandlede kontrakt*

- 53 Det skal i første række indledningsvis bemærkes, at det forhold, at en ordregivende myndighed og en privat økonomisk aktør stifter en fælles virksomhed, ikke som sådan henhører under de EU-retlige regler om offentlige tjenesteydelseskontrakter eller -koncessioner. Når dette er sagt, skal det kontrolleres, at en kapitaltransaktion ikke i realiteten dækker over tildeling til en privat partner af kontrakter, der kan betegnes som »offentlige kontrakter« eller »koncessioner«. Desuden kan den omstændighed, at en privat enhed og en ordregivende myndighed samarbejder i en halvoftentlig enhed, ikke begrunde nogen afvigelse fra disse regler, når der tildeles en sådan tjenesteydelseskontrakt eller -koncession til denne private eller halvoftentlige enhed (jf. i denne retning dom af 22.12.2010, Mehiläinen og Terveystalo Healthcare, C-215/09, EU:C:2010:807, præmis 33 og 34).
- 54 Som generaladvokaten i det væsentlige har fremhævet i punkt 57-59 i forslaget til afgørelse, fremgår det af forelæggelsesafgørelsen og af svarene på Domstolens spørgsmål, at de særlige kendetegn ved den i hovedsagen omhandlede blandede kontrakt krævede, at de to dele heraf blev indgået med en enkelt partner, der, sådan som det foreskrives i udbudsdokumenterne, havde såvel den nødvendige finansielle formåen til at erhverve 49% af kapitalandelene i det halvoftentlige selskab, der skulle stiftes, som den nødvendige finansielle og tekniske formåen til i praksis at påtage sig alle leveringer af tjenesteydelser, der var accessoriske i forhold til byen Roms skolevirksomhed. Det følger heraf, at disse to dele af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse, synes uadskilleligt forbundet, således at de danner en udelelig helhed (jf. i denne retning dom af 6.5.2010, Club Hotel Loutraki m.fl., C-145/08 og C-149/08, EU:C:2010:247, præmis 53 og 54).
- 55 I et sådant tilfælde skal den omhandlede transaktion undersøges samlet i sin helhed med henblik på dens retlige kvalifikation og skal vurderes på grundlag af de bestemmelser, der regulerer den del, som udgør hovedformålet eller det fremherskende element i kontrakten (dom af 6.5.2010, Club Hotel Loutraki m.fl., C-145/08 og C-149/08, EU:C:2010:247, præmis 48, og af 22.12.2010, Mehiläinen og Terveystalo Healthcare, C-215/09, EU:C:2010:807, præmis 36).

- 56 Det fremgår i denne henseende af forelæggelsesafgørelsen og af svarene på Domstolens spørgsmål, at hovedformålet med den i hovedsagen omhandlede procedure ikke var at stifte et halvoftentligt selskab, men at pålægge byen Roms partner i dette selskab hele driftsrisikoen knyttet til leveringen af de accessoriske tjenesteydelser til byens skolevirksomhed, idet nævnte selskab alene skulle stiftes som det middel, hvormed nævnte by fandt, at ydelsernes kvalitet blev sikret bedst muligt.
- 57 Der er endvidere intet, der indikerer, at den blotte besiddelse af en kapitalandel i samme halvoftentlige selskab kunne være en betydelig indtægtskilde for byen Roms partner.
- 58 Med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse ses det således, at den del, der vedrører leveringen af accessoriske tjenesteydelser til skolevirksomheden i egentlig forstand, er hovedformålet og det fremherskende element i den i hovedsagen omhandlede kontrakt.
- 59 På denne baggrund skal de præjudicielle spørgsmål besvares med udgangspunkt i den forudsætning, at de to dele af den i hovedsagen omhandlede kontrakt udgør en udelelig helhed, og at dens fremherskende del er formålet om, at det halvoftentlige selskab skal overdrages ansvaret for leveringen af accessoriske tjenesteydelser til byen Roms skolevirksomhed. Den retlige ordning, der finder anvendelse på den i hovedsagen omhandlede kontrakt, betragtet i sin helhed, er følgelig den, hvorunder denne del hører.
- 60 I anden række skal det bemærkes, at den forelæggende ret ikke har udtalt sig om, hvorvidt den i hovedsagen omhandlede kontrakt tilsigtede at tildele det halvoftentlige selskab en koncession på tjenesteydelser, der kan henhøre under direktiv 2014/23, eller en offentlig tjenesteydelseskontrakt, der kan henhøre under direktiv 2014/24. Det første præjudicielle spørgsmål vedrører nemlig i lige høj grad begge direktiver, hvis anvendelsesområder imidlertid gensidigt udelukker hinanden.
- 61 Det skal i denne henseende for det første bemærkes, at en offentlig tjenesteydelseskontrakt adskiller sig fra en koncession på tjenesteydelser som følge af arten af det vederlag, som den, der har fået tildelt kontrakten, indrømmes for de tjenesteydelser, som den pågældende leverer. Vederlaget til den person, der har fået tildelt en offentlig kontrakt, består således i en pris, som den ordregivende myndighed betaler, hvorimod koncessionshavers vederlag består i retten til at udnytte den tjenesteydelse, der er genstand for koncessionen, idet denne ret eventuelt ledsages af en pris. Tildelingen af en koncession indebærer således, at en driftsrisiko overføres til koncessionshaveren (jf. i denne retning dom af 10.9.2009, Eurawasser, C-206/08, EU:C:2009:540, præmis 51, og af 15.10.2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, præmis 39).
- 62 Det tilkommer den forelæggende ret i lyset af ovenstående betragtninger at afgøre, om overdragelsen af ansvaret for forvaltningen af de accessoriske tjenesteydelser til byen Roms skolevirksomhed til det i hovedsagen omhandlede halvoftentlige selskab udgør en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en koncession på tjenesteydelser. Med henblik på at give den forelæggende ret en hensigtsmæssig besvarelse skal de præjudicielle spørgsmål i denne dom imidlertid undersøges under hensyn til hver af disse tilfælde.
- 63 For det andet skal det, for så vidt som tjenesteydelser med bistand til særlige skoletransport indgår i de tjenesteydelser, der er omfattet af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, som det er fremhævet i nærværende doms præmis 47, undersøges, om en sådan omstændighed kan påvirke anvendeligheden af direktiv 2014/23 eller direktiv 2014/24 på proceduren for tildeling af den i hovedsagen omhandlede kontrakt.

- 64 Det skal i denne henseende fremhæves, at det følger af artikel 7 i direktiv 2014/24, at direktivets anvendelsesområde ikke omfatter offentlige kontrakter i sektoren for transporttjenester som defineret i artikel 11 i direktiv 2014/25.
- 65 Når dette er sagt, fremgår det ikke af sagsakterne for Domstolen, at de i hovedsagen omhandlede tjenesteydelser med bistand til skoletransport består i driften af et net til levering af en transporttjeneste med navnlig bus på betingelser fastsat af den kompetente nationale myndighed, såsom betingelserne vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed som omhandlet i denne artikel 11.
- 66 Det følger under alle omstændigheder af artikel 3, stk. 5, i direktiv 2014/24, at når kontrakter vedrører udbud, der er omfattet af dette direktiv, og udbud med henblik på en aktivitet, der er omfattet af direktiv 2014/25, skal der tages hensyn til sidstnævnte direktivs artikel 5 og 6. Dette direktivs artikel 6, stk. 2, fastsætter for sin del, at en kontrakt, der indgås med henblik på udøvelse af flere aktiviteter, er underlagt reglerne for den aktivitet, der udgør kontraktens hovedgenstand.
- 67 Det fremgår ikke af sagsakterne for Domstolen, at ydelserne med bistand til særlig skoletransport, der er fastsat i den i hovedsagen omhandlede kontrakt, selv hvis de antages at opfylde betingelserne i artikel 11 i direktiv 2014/25, udgør den hovedaktivitet, for hvilken en sådan kontrakt er blevet indgået.
- 68 Det følger desuden af artikel 10, stk. 3, i direktiv 2014/23, at dette direktiv ikke finder anvendelse på koncessioner, som vedrører offentlig personbefordring efter forordning nr. 1370/2007.
- 69 Når dette er sagt, fremgår det så meget desto mindre af nævnte sagsakter, at de ydelser med bistand til særlig skoletransport, der er omhandlet i den i hovedsagen omhandlede kontrakt, skal anses for at være offentlig personbefordring, hvorpå forordning nr. 1370/2007 finder anvendelse.

#### *Direktiv 2014/24*

- 70 Såfremt den i hovedsagen omhandlede kontrakts del vedrørende overdragelse af ansvaret for accessoriske tjenesteydelser til skolevirksomheden skal kvalificeres som en »offentlig tjenesteydelseskontrakt« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 9), i direktiv 2014/24, skal der indledningsvis anføres følgende bemærkninger.
- 71 For det første fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at den anslåede værdi af en sådan kontrakt, og dermed af den i hovedsagen omhandlede kontrakt i sin helhed, er væsentligt højere end tærskelværdierne for, at offentlige tjenesteydelseskontrakter i henhold til artikel 4 i direktiv 2014/24 henhører under anvendelsesområdet for dette direktiv.
- 72 For det andet skal det, som den forelæggende ret i nævnte afgørelse har anmodet om, undersøges, om den i hovedsagen omhandlede kontrakt alligevel falder uden for anvendelsesområdet for dette direktiv i medfør af dets artikel 12.
- 73 Det skal i denne henseende bemærkes, at artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24 foreskriver, at en kontrakt, der udelukkende er indgået mellem to eller flere ordregivende myndigheder, falder uden for dette direktivs anvendelsesområde, når samtlige betingelser i denne bestemmelse er opfyldt.

- 74 Uden at det er fornødent at undersøge, om det i hovedsagen omhandlede halvoftentlige selskab i det foreliggende tilfælde kunne anses for ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 1), i direktiv 2014/24, er det tilstrækkeligt at bemærke, at en samarbejdsaftale, for at den er omfattet af dette direktivs artikel 12, stk. 4, ikke må indebære, at en privat virksomhed stilles i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter (dom af 28.5.2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, præmis 76). Som generaladvokaten har anført i punkt 78 i forslaget til afgørelse, var dette nødvendigvis tilfældet i denne sag, henset til de private kapitalandele i det halvoftentlige selskab, der skulle stiftes, hvorfor denne bestemmelse ikke giver den i hovedsagen omhandlede procedure mulighed for at falde uden for anvendelsesområdet for direktiv 2014/24.
- 75 Desuden ses det heller ikke, at det i hovedsagen omhandlede halvoftentlige selskab kunne opfylde betingelserne i artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24, som gør det muligt at anse det for byen Roms *in house*-enhed.
- 76 Selv om det er korrekt, at det følger af denne bestemmelse, at en *in house*-enhed kan indebære former for private kapitalandele, skal disse også være ikkekontrollerende eller ikkeblokerende, være krævet i henhold til nationale lovbestemmelser, jf. traktaterne, og må ikke udøve en afgørende indflydelse på dette selskab, idet den ordregivende myndighed derimod skal bevare en sådan indflydelse.
- 77 Med hensyn til betingelsen om, at disse former for kapitalandele skal være krævet i henhold til nationale lovbestemmelser, skal det konstateres, at oprettelsen af det i hovedsagen omhandlede halvoftentlige selskab, og dermed en privat partners deltagelse i kapitalen heri, ikke ses at følge af en lovbestemt forpligtelse, som gælder for byen Rom, men af denne ordregivende myndigheds frie valg om at anvende en procedure for offentlig-privat partnerskab med henblik på at forvalte de accessoriske tjenesteydelser til skolevirksomheden.
- 78 For det tredje skal det bemærkes, at artikel 74-77 i direktiv 2014/24 fastsætter en forenklet ordning for indgåelse af offentlige kontrakter vedrørende de sociale og særlige tjenesteydelser, der er opregnet i bilag XIV til dette direktiv. Det fremgår af svarene på Domstolens spørgsmål, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt ses delvist at have haft til formål at overdrage ansvaret for de tjenesteydelser, der er opregnet i dette bilag.
- 79 I henhold til artikel 3, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2014/24 er de regler, der finder anvendelse på denne form for blandede offentlige kontrakter, dem, der regulerer hovedformålet med den pågældende kontrakt, idet dette hovedformål i sig selv fastsættes i overensstemmelse med, hvilke af de anslåede værdier for de pågældende tjenesteydelser der er højest.
- 80 Henset til svarene på Domstolens spørgsmål ses det, at den anslåede værdi af de i hovedsagen omhandlede tjenesteydelser, der kan henhøre under bilag XIV til direktiv 2014/24, muligvis er lavere end den anslåede værdi af de andre tjenesteydelser, der er genstand for den i hovedsagen omhandlede kontrakt. Der skal således tages udgangspunkt i forudsætningen om, at dette direktivs artikel 74-77 ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.
- 81 I lyset af disse betragtninger skal det afgøres, om de almindelige regler for indgåelse af offentlige kontrakter, sådan som de er fastsat i direktiv 2014/24, er til hinder for, at en økonomisk aktør udelukkes fra en procedure for indgåelse af en blandet kontrakt som den i hovedsagen omhandlede, med den begrundelse, at den ordregivende myndighed efter at have taget hensyn til

sin indirekte deltagelse i denne økonomiske aktørs kapital har fundet, at dens kapitalindskud i kapitalen i det halvoftentlige selskab, der skal stiftes, de facto ville overstige det i udbudsdokumenterne fastsatte, såfremt den valgte denne økonomiske aktør som sin partner.

- 82 I første række skal det fremhæves, at i forbindelse med en blandet kontrakt som den i hovedsagen omhandlede tildeles den offentlige tjenesteydelseskontrakt, uden at den som sådan har været genstand for en udbudsprocedure i overensstemmelse med kravene i direktiv 2014/24.
- 83 Når dette er sagt, skal disse krav anses for at være opfyldt ved tildelingen af en sådan offentlig kontrakt, når den økonomiske aktør, med hvilken den ordregivende myndighed skal stifte det halvoftentlige selskab, som får tildelt kontrakten, er blevet udvalgt efter en procedure, som overholder de nævnte krav. Det følger heraf, at denne procedure navnlig skal gøre det muligt at udvælge den ordregivende myndigheds partner, til hvilken driften og forvaltningen af den tjenesteydelse, der er genstand for den offentlige kontrakt, overdrages, under overholdelse af ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om fri konkurrence og gennemsigtighedsprincippet. Kriterierne til udvælgelse af denne partner kan følgelig ikke kun baseres på den kapital, som denne bidrager med, men skal give ansøgerne mulighed for – ud over at godtgøre deres evne til at blive aktionærer – frem for alt at godtgøre, at de har den tekniske formåen til at levere den tjenesteydelse, der er genstand for den offentlige kontrakt, samt de økonomiske og andre fordele ved deres tilbud (jf. analogt dom af 15.10.2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, præmis 59 og 60).
- 84 I anden række fremgår det af artikel 58, stk. 1 og 3, i direktiv 2014/24, at en ordregivende myndighed kan anvende udvælgelseskriterier, der navnlig tilsigter at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, som ikke fremlægger tilstrækkelige garantier for deres økonomiske og finansielle kapacitet til at opfylde den pågældende offentlige kontrakt, forudsat for det første at disse kriterier er egnede til at sikre, at en ansøger eller tilbudsgiver har en sådan kapacitet, og for det andet at de er relaterede og står i forhold til kontraktens genstand.
- 85 Det skal i denne henseende for det første bemærkes, at det følger af selve arten af en blandet kontrakt som den i hovedsagen omhandlede, at den ordregivende myndighed fastsætter fordelingen af kapitalen mellem sig selv og selskabsdeltageren i det halvoftentlige selskab, der skal stiftes.
- 86 Det følger heraf, at artikel 58, stk. 1 og 3, i direktiv 2014/24 med henblik på anvendelsen heraf på en sådan blandet kontrakt tillader den ordregivende myndighed at kræve, at de økonomiske aktører, der har udtrykt interesse i at blive dens partner og at påtage sig den effektive gennemførelse af den tjenesteydelseskontrakt, som det således stiftede selskab tildeles, godtgør, at de har den nødvendige økonomiske og finansielle formåen til såvel stiftelsen af dette selskab som til gennemførelsen af denne kontrakt.
- 87 For det andet skal den ordregivende myndighed, for så vidt som anvendelsen af et halvoftentligt selskab navnlig kan forklares med denne myndigheds ønske om at begrænse såvel sin investering i kapitalen i dette selskab som de heraf følgende økonomiske risici, have mulighed for at tage hensyn til sin deltagelse, selv om den er indirekte, i kapitalen i de økonomiske aktører, der har udtrykt interesse i at blive dens partner. Selv om deltagelsen er indirekte, udsætter denne nemlig principielt den ordregivende myndighed for en yderligere risiko i forhold til den, som den ville have båret, hvis den hverken direkte eller indirekte havde ejet en kapitalandel i sin partner.

- 88 Den ordregivende myndighed skal med henblik på den kvalitative udvælgelse af den økonomiske aktør, der skal være dens partner, følgelig kunne udelukke enhver ansøger, hvori den ejer kapitalandele, selv indirekte, når denne deltagelse fører til, at fordelingen af kapitalandele i det halvoftentlige selskab mellem den ordregivende myndighed og dennes partner, sådan som den er fastsat i udbudsdokumenterne, de facto tilsidesættes, og der herved rejses tvivl om dens partners økonomiske og finansielle formåen til uden den ordregivende myndigheds indgriben at påtage sig forpligtelserne i henhold til den blandede kontrakt.
- 89 Et sådant krav gør det således muligt at sikre, sådan som det kræves i medfør af artikel 58, stk. 1, i direktiv 2014/24, at de økonomiske aktører har den nødvendige økonomiske og finansielle formåen til at gennemføre de forpligtelser, der følger af den pågældende blandede kontrakt.
- 90 Med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse ses dette krav endvidere ikke at gå videre end nødvendigt med henblik på at sikre det formål, som den ordregivende myndighed forfølger, og som består i ikke at påtage sig et økonomisk ansvar, selv indirekte, der går ud over kapitalandelen i det halvoftentlige selskab, som denne ordregivende myndighed i udbudsdokumenterne har udtrykt hensigt om at erhverve. Et tilsvarende krav kunne kun anses for uforholdsmæssigt, såfremt det i medfør af de gældende nationale bestemmelser eller de relevante kontraktlige bestemmelser var udelukket, at den ordregivende myndighed i forbindelse med aktiviteter, der udøves af et halvoftentligt selskab, som er stiftet af nævnte ordregivende myndighed og en økonomisk aktør, hvori denne myndighed direkte eller indirekte ejer en kapitalandel, udsættes for nogen form for yderligere økonomisk risiko, selv indirekte, som følge af en sådan deltagelse i partnerens kapital.
- 91 I tredje række skal det tilføjes, at ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling, som er nævnt i nærværende doms præmis 83, ligeledes indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsdokumenterne, for det første således, at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige ansøgere og tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde, og for det andet således, at den ordregivende myndighed behørigt kan kontrollere, om tilbudsgivernes profil og tilbud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt (jf. i denne retning dom af 19.12.2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust og Coopservice*, C-216/17, EU:C:2018:1034, præmis 63, og af 17.6.2021, *Simonsen & Weel*, C-23/20, EU:C:2021:490, præmis 61).
- 92 Det tilkommer følgelig den forelæggende ret at efterprøve, om det i det foreliggende tilfælde klart, præcist og utvetydigt kunne udledes af udbudsdokumenterne, at byen Roms indirekte deltagelse i kapitalandelene i de økonomiske aktører, som havde ansøgt om at blive dens partner, ville blive taget i betragtning med henblik på at afgøre, om disse havde en tilstrækkelig økonomisk og finansiell formåen.
- 93 Det følger af ovenstående betragtninger, at artikel 58 i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed kan udelukke en økonomisk aktør fra en procedure, som tilsigter dels at stifte et halvoftentligt selskab, dels at tildele dette selskab en offentlig tjenesteydelseskontrakt, når udelukkelsen begrundes med, at den ordregivende myndigheds maksimale deltagelse i kapitalen i dette selskab, sådan som den er fastsat i udbudsdokumenterne, som følge af dens indirekte deltagelse i denne økonomiske aktør de facto overskrides, hvis denne ordregivende myndighed vælger nævnte økonomiske aktør som sin partner, for så vidt som en sådan overskridelse fører til, at den økonomiske risiko, som samme ordregivende myndighed skal bære, øges.

### *Direktiv 2014/23*

- 94 Såfremt den i hovedsagen omhandlede kontrakts del vedrørende overdragelsen af ansvaret for accessoriske tjenesteydelser til skolevirksomheden skal kvalificeres som en »koncession på tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/23, skal det i første række bemærkes, at den anslåede værdi af denne del og dermed af den i hovedsagen omhandlede kontrakt i sin helhed er væsentligt højere end tærskelværdien for, at dette direktiv finder anvendelse i medfør af dets artikel 8.
- 95 I anden række ses dette direktivs artikel 17, stk. 1 og 4, af tilsvarende årsager som de i nærværende doms præmis 73-77 anførte ikke at finde anvendelse på den i hovedsagen omhandlede procedure.
- 96 I tredje række skal der af tilsvarende årsager som de i nærværende doms præmis 78-80 anførte tages udgangspunkt i den forudsætning, som det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, at den i hovedsagen omhandlede koncession på tjenesteydelser i medfør af artikel 20, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/23 ikke er underlagt den forenklede ordning for indgåelse heraf, der er fastsat i dette direktivs artikel 19, idet den anslåede værdi af de i hovedsagen omhandlede tjenesteydelser, som kan henhøre under nævnte direktivs bilag IV, ikke ses at overstige værdien af de øvrige tjenesteydelser, der er genstand for koncessionen.
- 97 I fjerde række skal det af tilsvarende årsager som de i nærværende doms præmis 82-93 anførte fastslås, at den ordregivende myndighed i henhold til artikel 38 i direktiv 2014/23 har beføjelse til at tage hensyn til sin eventuelle indirekte deltagelse i kapitalen i økonomiske aktører, der har udtrykt interesse i at blive dens partner, når den skal afgøre, om stiftelsen af et halvoffentligt selskab med sådanne aktører hindrer den i de facto at overholde den grænse for deltagelsen i kapitalen i dette selskab, som den har pålagt sig selv. I henhold til denne artikel 38 kan enhver økonomisk aktør endvidere principielt udelukkes fra en procedure for indgåelse af en koncession, når denne aktør, fordi den ordregivende myndighed, selv blot indirekte, ejer af del af kapitalen i nævnte operatør, ikke kan blive denne ordregivende myndigheds partner, uden at den maksimale deltagelse i kapitalen i dette halvoffentlige selskab, som den ordregivende myndighed har fastsat, de facto tilsidesættes.
- 98 Det følger af ovenstående betragtninger, at artikel 38 i direktiv 2014/23 skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed kan udelukke en økonomisk aktør fra en procedure, som tilsigter dels at stifte et halvoffentligt selskab, dels at tildele dette selskab en koncession på tjenesteydelser, når udelukkelsen begrundes med, at den ordregivende myndigheds maksimale deltagelse i kapitalen i dette selskab, sådan som den er fastsat i udbudsdokumenterne, som følge af dens indirekte deltagelse i denne økonomiske aktør de facto overskrides, hvis denne ordregivende myndighed vælger nævnte økonomiske aktør som sin partner, for så vidt som en sådan overskridelse fører til, at den økonomiske risiko, som samme ordregivende myndighed skal bære, øges.

### **Sagsomkostninger**

- 99 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 sagsomkostningerne. Bortset fra de 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 (Fjerde Afdeling) for ret:

- 1) **Artikel 58 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2017/2365 af 18. december 2017, skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed kan udelukke en økonomisk aktør fra en procedure, som tilsigter dels at stifte et halvoftentligt selskab, dels at tildele dette selskab en offentlig tjenesteydelseskontrakt, når udelukkelsen begrundes med, at den ordregivende myndigheds maksimale deltagelse i kapitalen i dette selskab, sådan som den er fastsat i udbudsdokumenterne, som følge af dens indirekte deltagelse i denne økonomiske aktør de facto overskrides, hvis denne ordregivende myndighed vælger nævnte økonomiske aktør som sin partner, for så vidt som en sådan overskridelse fører til, at den økonomiske risiko, som samme ordregivende myndighed skal bære, øges.**
- 2) **Artikel 38 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter, som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2017/2366 af 18. december 2017, skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed kan udelukke en økonomisk aktør fra en procedure, som tilsigter dels at stifte et halvoftentligt selskab, dels at tildele dette selskab en koncession på tjenesteydelser, når udelukkelsen begrundes med, at den ordregivende myndigheds maksimale deltagelse i kapitalen i dette selskab, sådan som den er fastsat i udbudsdokumenterne, som følge af dens indirekte deltagelse i denne økonomiske aktør de facto overskrides, hvis denne ordregivende myndighed vælger nævnte økonomiske aktør som sin partner, for så vidt som en sådan overskridelse fører til, at den økonomiske risiko, som samme ordregivende myndighed skal bære, øges.**

Underskrifter