



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PEDRO CRUZ VILLALÓN
föredraget den 5 september 2013¹

Mål C-327/12

Ministero dello Sviluppo Economico
Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture
mot
Soa Nazionale Costruttori - Organismo di Attestazione Spa

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Italien))

”Privata företag med ansvar för att kontrollera och intyga att företag som deltar i offentliga upphandlingar av byggentreprenader uppfyller de lagstadgade villkoren — Tvingande minimiavgifter som fastställs av regeringen — Artikel 106 FEUF — Konkurrensregler — Begreppet ’företag’ — Begreppet ’särskilda eller exklusiva rättigheter’ — Etableringsfrihet — Artikel 49 FEUF — Motivering”

1. Consiglio di Stato undrar i denna begäran om förhandsavgörande huruvida de italienska bestämmelserna om tvingande minimiavgifter för certifieringsorgan (nedan kallade SOA) som är behöriga att utfärda genomförbarhetscertifikat för företag som vill delta i offentliga upphandlingar av byggentreprenader är förenliga med unionsrätten.

2. I detta mål ges domstolen tillfälle att än en gång uttala sig om tvingande nationella avgiftsbestämmelser, om än i ett nytt sammanhang. Redan i målet Arduino² fick domstolen möjlighet att pröva det italienska systemet med tvingande minimiavgifter för advokater mot bakgrund av konkurrensreglerna (artiklarna 101 och 106 FEUF). Senare i målet Cipolla m. fl.³ fick domstolen åter möjlighet att pröva dessa bestämmelser, men då med avseende på friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 54 FEUF). Förevarande fall handlar emellertid om halvoffentliga organ som är verksamma på en konkurrensutsatt marknad och som har till uppgift att utfärda certifikat av stor rättslig och ekonomisk betydelse, vilket i sig visar att detta mål är av speciell karaktär.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

3. I artikel 52 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster anges att medlemsstaterna får inrätta offentligrättsliga eller privaträttsliga certifieringsorgan.

¹ — Originalspråk: spanska.

² — Dom av den 19 februari 2002 i mål C-55/99, Arduino (REG 2002, s. I-1529).

³ — Dom av den 5 december 2006 i de förenade målen C-94/04 och C-202/04, Cipolla m.fl. (REG 2006, s. I-11421).

”Artikel 52

Officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ.

1. Medlemsstaterna får införa antingen officiella förteckningar över godkända entreprenörer, varuleverantörer eller tjänsteleverantörer eller en certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga certifieringsorgan.

Medlemsstaterna skall anpassa villkoren för registrering i dessa förteckningar samt villkoren för utfärdande av certifikat genom certifieringsorgan till artikel 45.1, 45.2 a–d och g, artikel 46 samt artikel 47.1, 47.4, 47.5, artikel 48.1, 48.2, 48.5 och 48.6, artikel 49 och i förekommande fall artikel 50.

Medlemsstaterna skall också anpassa villkoren till artiklarna 47.2 och 48.3 när det gäller ansökningar om registrering från ekonomiska aktörer som ingår i en grupp och som gör gällande att de kan utnyttja resurser som ställs till deras förfogande av andra företag i gruppen. Dessa ekonomiska aktörer skall i så fall bevisa för den myndighet som upprättar den officiella förteckningen att de förfogar över dessa resurser under hela den tid som registreringsintyget på den officiella förteckningen är giltigt och dessa bolag under denna tid fortsätter att uppfylla villkoren för kvalitativt urval enligt de artiklar som anges i föregående stycke och som dessa aktörer återoppar för att registreras.

2. De ekonomiska aktörer som är registrerade i officiella förteckningar eller har ett certifikat får vid varje upphandlingstillfälle för den upphandlande myndigheten visa ett registreringsintyg utfärdat av den behöriga myndigheten eller ett certifikat utfärdat av ett behörigt certifieringsorgan. Dessa intyg eller certifikat skall innehålla de referenser som möjliggjort registreringen/certifieringen samt klassificeringen enligt förteckningen.

3. För upphandlande myndigheter i andra medlemsstater skall en registrering i en officiell förteckning eller ett certifikat utfärdat av certifieringsorganet endast innebära en presumtion för lämplighet med avseende på artikel 45.1, artikel 45.2 a–d och g, artikel 46, artikel 47.1 b och c samt artikel 48.2 a i, 48.2 b, 48.2 e, 48.2 g och 48.2 h för byggentreprenörer, artikel 48.2 a ii, 48.2 b, 48.2 c, 48.2 d och 48.2 j för varuleverantörer och artikel 48.2 a ii och 48.2 c–i för tjänsteleverantörer.

4. Information som kan utläsas från registreringen i officiella förteckningar eller certifieringen får inte ifrågasättas utan motivering. När det gäller betalning av obligatoriska socialförsäkringsavgifter, skatter och avgifter får ytterligare ett intyg från registrerade ekonomiska aktörer krävas vid varje upphandlingstillfälle.

Den upphandlande myndigheten i andra medlemsstater skall endast tillämpa punkt 3 och första stycket i denna punkt till förmån för ekonomiska aktörer som är etablerade i den medlemsstat som för den officiella förteckningen.

5. För registrering av ekonomiska aktörer från andra medlemsstater i en officiell förteckning eller för certifiering genom de organ som avses i punkt 1 får det inte krävas ytterligare bevis eller uppgifter utöver vad som krävs av inhemska ekonomiska aktörer och under inga förhållanden andra än dem som anges i artiklarna 45–49 och vid behov 50.

En sådan registrering eller certifiering får dock inte åläggas ekonomiska aktörer i andra medlemsstater för att de skall kunna delta i en offentlig upphandling. Den upphandlande myndigheten skall godkänna likvärdiga certifikat från organ som är etablerade i andra medlemsstater. De skall även godta andra likvärdiga bevismedel.

...

7. De certifieringsorgan som avses i punkt 1 skall uppfylla europeiska standarder för certifiering.

...”

B. Nationella bestämmelser

4. Genom lag nr 109 av den 11 februari 1994 om omarbetning av det italienska regelverket för offentliga byggentreprenader infördes det så kallade enhetliga kvalifikationssystemet, vilket ska tillämpas på alla företag som vill delta i offentliga upphandlingar av byggentreprenader vars värde överstiger 150 000 euro. I enlighet med den behörighet som medlemsstaterna ges genom artikel 52 i direktiv 2004/18, krävs enligt ovannämnda bestämmelser att företagen i fråga ska ha ett certifikat som visar att de har uppfyllt vissa tekniska och ekonomiska minimikrav, ett certifikat som endast får utfärdas av SOA.

5. Av presidentdekret nr 34 av den 25 januari 2000, vilket omarbetades och kompletterades år 2010 genom presidentdekret nr 207 av den 5 oktober 2010, framgår att SOA är privata aktieföretag som omfattas av privaträtten och som är behöriga att verka på marknaden om de beviljats tillstånd av tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. I ovannämnda bestämmelser anges villkoren för att SOA ska beviljas tillstånd, samt de krav på självständighet och oberoende som de ska uppfylla i sin verksamhet. SOA har som enda verksamhetsföremål att certifiera företag som deltar i offentliga upphandlingar av byggentreprenader.

6. Artikel 70.4 och 70.5 i ovannämnda dekret nr 207 innehåller följande regler om SOA:s avgifter:

”4. För varje kvalificeringscertifikat eller förnyelse av sådant certifikat samt för alla kompletterande gransknings- eller ändringsåtgärder, ska en avgift erläggas som fastställs på grundval av det totala värdet samt antalet allmänna eller särskilda kategorier för vilka certifikat söks, i enlighet med de beräkningsmetoder som anges i bilaga C – del I. Beträffande fasta grupper ska den avgift som SOA tar ut för olika åtgärder minskas med 50 procent. Beträffande företag som har erhållit certifiering vid upphandlingsförfaranden rörande klassificering II, ska priset för varje åtgärd som SOA vidtar minskas med 20 procent.

5. De belopp som fastställs enligt punkt 4 ska anses vara minimiavgifter för den tillhandahållna tjänsten. Det debiterade beloppet får inte överstiga ett belopp motsvarande två gånger den avgift som fastställts i enlighet med kriterierna i punkt 4. Varje avtal som strider mot detta ska vara ogiltigt. ...”

7. I ovannämnda dekret nr 207 fastställs även systemet för beräkning av grundavgiften. Avgifterna varierar beroende på värdet av den offentliga upphandling eller de offentliga upphandlingar av byggentreprenader som företaget som ansöker om certifiering deltar i, samt beroende på antalet upphandlingar som företaget har för avsikt att delta i. För detta ändamål indelas byggentreprenaderna i ”kategorier”, vilka i sin tur indelas i ”undergrupper” för att anpassa de olika typerna av förfaranden till de villkor som SOA ska pröva.

8. Av handlingarna i målet framgår att ett trettiotal SOA för närvarande är verksamma i Italien och att de konkurrerar med varandra på marknaden för denna sektor.

II. Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

9. När lagdekret nr 223/2006 om avskaffande av tvingande minimiavgifter i yrkesutövning (även kallat Bersanidekretet) trädde i kraft, förklarade de italienska myndigheterna genom två beslut, varav det ena meddelades av Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori och det andra av Ministero dello Sviluppo Economico, att det ovannämnda lagdekretet inte var tillämpligt på tjänster som tillhandahålls av SOA.

10. SOA Nazionale Costruttori Organismo di Attestazione SpA (nedan kallat SOA Nazionale) överklagade de två besluten till Tribunale Regionale del Lazio. SOA Cqop och Associazione Unionsoa intervenerade till stöd för motparterna.

11. Av handlingarna i målet framgår att klaganden i första instans, SOA Nazionale, nu är i likvidation.

12. Den 18 maj 2011 biföll Tribunale Regionale del Lazio överklagandet och slog fast att lagdekret nr 223/2006 är tillämpligt på de tjänster som SOA tillhandahåller.

13. Såväl Ministero dello Sviluppo Economico som Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, som hade meddelat de upphävda besluten, liksom de parter som intervenerat i målet vid den nationella domstolen, överklagade domen till Consiglio di Stato.

14. Den 6 mars 2012 beslutade Consiglio di Stato att begära ett förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol. I detta beslut prövade den hänskjutande domstolen en del av överklagandet och vilandeförklarade den återstående delen i avvaktan på ett svar från domstolen om huruvida ett system med tvingande minimiavgifter som det som föreskrivs i presidentdekret nr 34 av den 25 januari 2000 och presidentdekret nr 207 av den 5 oktober 2010 är förenligt med unionsrätten.

III. Tolkningsfrågan och förfarandet vid EU-domstolen

15. Den 10 juli 2012 registrerades Consiglio di Statos begäran om förhandsavgörande vid domstolen. Consiglio di Stato har i sin begäran ställt följande tolkningsfråga till domstolen:

”Utgör de gemenskapsrättsliga principerna på konkurrensområdet och artiklarna 101, 102 och 106 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt hinder för tillämpning av de avgifter som, i presidentdekret nr 34 av den 25 januari 2000 och i presidentdekret nr 207 av den 5 oktober 2010, föreskrivs för den certifieringsverksamhet som bedrivs av certifieringsorganen (SOA)?”

16. SOA Nazionale Costruttori Organismo di Attestazione SpA, SOA Cqop, Associazione Unionsoa, Republiken Italien och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

17. Ovannämnda parter yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 16 maj 2013.

IV. Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning

18. UNIONSOA har gjort gällande att tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den är hypotetisk. Eftersom SOA Nazionale Costruttori nu är i likvidation, finns det enligt UNIONSOA anledning att fråga sig vilka de praktiska konsekvenserna skulle bli av ett förhandsavgörande från EU-domstolen i målet vid Consiglio di Stato. Mot detta argument har SOA Nazionale gjort gällande att ett avgörande från EU-domstolen under alla förhållanden skulle vara till nytta i ett framtida skadeståndsförfarande.

19. Enligt fast rättspraxis vid EU-domstolen presumeras nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten, vilka ställs mot bakgrund av den beskrivning av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning som den nationella domstolen har lämnat på eget ansvar, och vilka det inte ankommer på EU-domstolen att pröva riktigheten av, vara relevanta. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas av EU-domstolen då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte förfogar över de uppgifter om sakförhållandena eller de rättsliga förhållandena som är nödvändiga för att kunna besvara frågorna på ett ändamålsenligt sätt.⁴

20. Så är emellertid inte fallet när det gäller Consiglio di Stato begäran. Såsom SOA Nazionale själv har bekräftat kan ett svar från EU-domstolen, oavsett vilken betydelse det får, även tillämpas på SOA Nazionales framtida situation om det blir aktuellt att väcka en skadeståndstalan. Således anser jag att detta förfarande har ett tillräckligt samband med de verkliga omständigheterna och med föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, vilket innebär att det inte kan betecknas som hypotetiskt. Detta bör enligt min uppfattning föranleda domstolen att slå fast att tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning.

V. Prövning i sak

A. Inledande anmärkning

21. Consiglio di Stato frågar domstolen om det italienska systemet med tvingande minimiavgifter för SOA är förenligt med artiklarna 101, 102 och 106 FEUF, vilka alla rör konkurrensordningen på den inre marknaden. Kommissionen har emellertid i såväl sitt skriftliga som sitt muntliga yttrande gjort gällande att det är olämpligt att åberopa dessa bestämmelser och i stället föreslagit att de angripna nationella bestämmelserna ska prövas mot bakgrund av etableringsfriheten. Av skäl som jag ska redovisa nedan, talar mycket för att kommissionen har rätt i denna principiella ståndpunkt. Domstolen har ju också vänt sig skriftligen till de parter som har yttrat sig i förevarande mål och uppmanat dem att i samband med förhandlingen yttra sig över huruvida de omtvistade bestämmelserna är förenliga med artikel 49 FEUF.

22. Som framgår nedan instämmer jag med kommissionens uppfattning. Det innebär att jag anser att tolkningsfrågan i viss mån bör omformuleras. För det första ska jag pröva tillämpligheten av artiklarna 101, 102 och 106 FEUF, i enlighet med Consiglio di Statos förslag. Därefter, sedan jag uteslutit att dessa bestämmelser skulle vara lämpliga vid prövningen i förevarande mål, ska jag behandla systemet med tvingande minimiavgifter mot bakgrund av den etableringsfrihet som föreskrivs i artikel 49 FEUF. Den omständigheten att parterna haft möjlighet att yttra sig över denna sistnämnda fråga i samband med förhandlingen, på domstolens uppmaning, gör att den kan tas upp utan risk för att principen om ett kontradiktoriskt förfarande åsidosätts.

B. De tvingande minimiavgifterna och artiklarna 101, 102 och 106 FEUF.

23. Consiglio di Stato anser att SOA är "företag" i den mening som avses i artiklarna 101, 102 och 106 FEUF. På grundval av detta anser Consiglio di Stato att det är nödvändigt att klargöra om det rör sig om företag som har "särskilda eller exklusiva rättigheter" och, om så är fallet, i vilken mån systemet med tvingande minimiavgifter innebär ett åsidosättande av artiklarna 101, 102 och 106 FEUF i sin helhet.

⁴ — Se bland annat domstolens dom av den 22 juni 2010 i de förenade målen C-188/10 och C-189/10, Melki och Abdeli (REU 2010, s. I-5667), punkt 27, och den praxis som domstolen där hänvisar till.

24. På denna punkt har de parter som yttrat sig i målet intagit motsatta ståndpunkter. UNIONSOA, Cqop och den italienska regeringen har, med vissa smärre skillnader, gjort gällande att SOA mycket riktigt är "företag" med "särskilda eller exklusiva rättigheter", vars system med tvingande minimiavgifter är motiverat för att säkerställa tjänstens oberoende och kvalitet. SOA Nazionale Costruttori däremot har kommit fram till en annan slutsats, även om det håller med om att artiklarna 101, 102 och 106 FEUF är relevanta. SOA Nazionale Costruttori menar att tjänstens oberoende och kvalitet säkerställs genom de regler som SOA är underkastade, vilka innefattar stränga disciplinåtgärder. Enligt SOA Nazionale Costruttori är dessa bestämmelser i sig tillräckliga för att säkerställa tjänstens oberoende och kvalitet.

25. Europeiska kommissionen har förespråkade ett helt annat synsätt. Kommissionen menar att artiklarna 101, 102 och 106 FEUF inte är tillämpliga i detta förfarande, eftersom det handlar om bestämmelser som har införts av en stat (systemet med tvingande minimipriser som godkänts genom dekret). Mot bakgrund av detta är det enligt Europeiska kommissionen artikel 49 FEUF, varigenom etableringsfriheten garanteras, som är den relevanta bestämmelsen.

26. Den omständigheten att SOA utför uppgifter som har anknytning till utövande av offentlig makt har berörts i samtliga parter skriftliga och muntliga yttranden, även om det ibland har rört sig om olika aspekter. Medan UNIONSOA, Cqop och den italienska regeringen anser att dessa certifieringsuppgifter som staten tidigare fullgjorde bekräftar att det finns "särskilda eller exklusiva rättigheter" vilket i sin tur motiverar de omtvistade bestämmelserna, menar kommissionen och SOA Nazionale Costruttori att detta inte påverkar målets utgång, oavsett om det är artikel 106 eller artikel 49 FEUF som ska tolkas.

27. Visserligen ger artikel 106 FEUF, jämförd med artikel 101 eller 102 FEUF, medlemsstaterna möjlighet att ge vissa företag i uppgift att fullgöra ett uppdrag som i princip skulle kunna påverka marknadens funktion. Villkoren för när medlemsstaterna får besluta om den här typen av åtgärder är emellertid mycket stränga och åtgärderna ska underkastas en proportionalitetsprövning. I förevarande fall anser jag att villkoren inte är uppfyllda för att den särskilda ordning som föreskrivs i artikel 106 FEUF ska få tillämpas, vilket innebär att någon prövning av den omtvistade åtgärdens proportionalitet inte behöver göras.

28. För att bedöma huruvida en nationell åtgärd är förenlig med artikel 106 FEUF, jämförd med antingen artikel 101 FEUF eller artikel 102 FEUF, måste åtgärden rikta sig till ett "företag" som har "särskilda eller exklusiva rättigheter". Detta är utgångspunkten för prövningen av huruvida dessa bestämmelser är tillämpliga på en statlig åtgärd.

29. I sin nuvarande utformning utgör SOA otvivelaktigt "företag" i den mening som avses i artikel 106 FEUF. En omfattande praxis vid domstolen ger stöd för detta. Redan på 1990-talet slog domstolen i domen i målet Höfner och Elser fast att begreppet "företag" omfattar varje enhet "som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering".⁵ Med begreppet "ekonomisk verksamhet" avses vidare "all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad".⁶

5 — Dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-135), punkt 21, av den 16 november 1995 i mål C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance m.fl. (REG 1995, s. I-4013), punkt 21, av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851), punkt 36, och av den 12 september 2000 i de förenade målen C-180/98 till C-184/98, Pavlov m.fl. (REG 2000, s. I-6451), punkt 74.

6 — Dom av den 16 juni 1987 i mål 118/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2599), punkt 7, av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851), punkt 36, och av den 12 september 2000 i de förenade målen C-180/98 till C-184/98, Pavel Pavlov m.fl. (REG 2000, s. I-6451), punkt 75.

30. Den omständigheten att "företaget" fullgör uppgifter med anknytning till utövande av offentlig makt innebär inte nödvändigtvis att artikel 106 FEUF inte är tillämplig. I den mån verksamheten innebär att "företaget" deltar aktivt på marknaden och bjuder ut varor och tjänster för vilka det direkt eller indirekt erhåller en ersättning, bör det anses omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 101, 102 och 106 FEUF.⁷

31. Detta är just fallet med SOA, som är privata företag som drivs i vinstsyfte och som tillhandahåller en teknisk certifieringstjänst i utbyte mot en motprestation. Den omständigheten att certifieringen är förknippad med en lagenlighetspresumtion som har direkt inverkan på de offentliga upphandlingsförfarandena, förhindrar inte att SOA är ekonomiska aktörer som är verksamma på en konkurrensutsatt marknad. Således anser jag att de villkor som har fastställts i rättspraxis för att en enhet ska anses vara ett "företag" i den mening som avses i artiklarna 101, 102 och 106 FEUF gott och väl är uppfyllda.

32. Något mer komplicerad är situationen beträffande det andra villkoret, det vill säga att staten beviljar "särskilda eller exklusiva rättigheter". Domstolens praxis är något oklar när det gäller definitionen av dessa rättigheter, men deras viktigaste drag har fastställts tillräckligt väl. I domen i målet *Ambulanz Glöckner*⁸ slog domstolen, i enlighet med generaladvokaten Jacobs förslag, fast att "särskilda eller exklusiva rättigheter" är sådan "lagstiftning" genom vilken "ett begränsat antal företag ... skyddas på ett sätt som väsentligt påverkar möjligheterna för andra företag att på huvudsakligen lika villkor utöva den ifrågavarande ekonomiska verksamheten inom samma geografiska område".

33. Denna definition av "särskilda eller exklusiva rättigheter" är förenlig med den utveckling som har skett i rättspraxis.⁹ I stora drag ska "rättigheterna" beviljas genom ett instrument som i allt väsentligt är av "lagstiftningskaraktär" och som har en viss grad av formalitet och varaktighet. Det ska vidare vara "rättigheter" som har ett inslag av *privilegium*, vilket innebär att de ska ge vissa aktörer konkurrensfördelar i förhållande till andra. Detta kan vara en följd av att flera aktörer har beviljats en begränsad fördel, som då faller inom kategorin "särskild rättighet".¹⁰ Om fördelen har beviljats en enda aktör, handlar det således i stället om en "exklusiv rättighet".

34. SOA karaktäriseras av att de utövar en befogenhet som den italienska staten tidigare hade, nämligen att på förhand göra en bedömning av huruvida företagen har teknisk och ekonomisk förmåga att genomföra en byggentreprenad. Vad beträffar SOA kan denna bedömning resultera i en certifiering i form av en handling som i viss mån är av privaträttslig karaktär, men som har ett särskilt bevisvärde enligt lag. I detta hänseende får SOA anses fullgöra en uppgift som de uttryckligen anförtrots genom "lagstiftning" och som ger företagen särskilda befogenheter som andra ekonomiska aktörer inte har.

35. SOA är emellertid verksamma på en synnerligen avgränsad marknad, eftersom det inte finns någon konkurrens med andra liknande tjänster. Certifieringen av företag som genomför byggentreprenader är alltså en tjänst som i sig varken direkt eller indirekt konkurrerar med någon annan, eftersom det inte finns några liknande tjänster som ett företag kan använda sig av för att kunna delta i en offentlig upphandling av byggentreprenader i Italien. I ett sådant sammanhang, med en marknad som skulle

7 — Som företag betraktas inte miljöskyddsverksamhet (dom av den 18 mars 1997 i mål C-343/95, *Diego Cali & Figli*, REG 1997, s. I-1547, punkt 16) eller flygledningsverksamhet (dom av den 19 januari 1994 i mål C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, REG 1994, s. I-43; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-1, punkt 30, och dom av den 26 mars 2009 i mål C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati* mot kommissionen, REG 2009, s. I-2207, punkterna 91 och 92).

8 — Dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, *Ambulanz Glöckner* (REG 2001, s. I-8089).

9 — Dom av den 13 december 1991 i mål C-18/88, *GB-Inno-BM* (REG 1991, s. I-5941; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-519), av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, *ERT* (REG 1991, s. I-2925; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-209), av den 27 april 1994 i mål C-393/92, *Almelo* (REG s. I-1477; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-89), av den 5 oktober 1994 i mål C-323/93, *Centre d'insémination de la Crespelle* (REG 1994, s. I-5077; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-207), av den 14 december 1995 i mål C-387/93, *Banchero* (REG 1995, s. I-4663), och av den 16 januari 1997 i mål C-134/95, *USSL n. 47 di Biella* (REG 1997, s. I-195).

10 — Buendía Sierra, J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, s. X.

kunna betecknas som ”vattentät”, utesluter den omständigheten att alla SOA fullgör särskilda uppgifter som lagstiftaren har beslutat att anförtro den privata sektorn alla risker för konkurrensfördelar i förhållande till andra aktörer på marknaden. Det finns ingen sektor som lider skada av att SOA ges befogenhet *ex lege* att utfärda certifikat som de här aktuella. Således kan inte slutsatsen dras att italienska staten har beviljat SOA ”särskilda eller exklusiva rättigheter” i den mening som avses i artikel 106 FEUF. Det innebär att denna bestämmelse uppenbarligen inte är tillämplig i förevarande mål.

36. Trots ovannämnda slutsats, och som kommissionen med rätta har påpekat, innebär den omständigheten att artikel 106 FEUF inte är tillämplig inte nödvändigtvis att de statliga åtgärderna, i det här fallet ett system med tvingande minimiavgifter, är immuna mot all slags prövning mot bakgrund av konkurrensbestämmelserna i fördraget. Även när en medlemsstat inte beviljar ett eller flera ”företag” ”särskilda eller exklusiva rättigheter” kan de statliga åtgärderna innebära ett åsidosättande av artikel 101 eller 102 FEUF, jämförda med artikel 4.3 FEU, det vill säga mot bakgrund av principen om lojalt samarbete. Enligt fast praxis vid domstolen innebär konkurrensreglerna och principen om lojalt samarbete tillsammans att medlemsstaterna är skyldiga att avstå från att vidta eller upprätthålla åtgärder genom lag eller annan författning som kan frånta de konkurrensregler som är tillämpliga på företag deras ändamålsenliga verkan. Detta är enligt domstolen fallet ”när en medlemsstat antingen ålägger eller främjar ingåendet av avtal om konkurrensbegränsande samverkan eller berövar de egna bestämmelserna deras statliga karaktär genom att överlåta ansvaret att fatta beslut om åtgärder inom det ekonomiska området på privata aktörer”.¹¹

37. Domstolen har tidigare haft tillfälle att tillämpa denna praxis på ett fall med tvingande minimiavgifter, närmare bestämt avseende arvodestaxor för italienska advokater som godkänts av regeringen på förslag av en yrkesorganisation. I domen i målet *Arduino*, och senare i domen i målet *Cipolla m.fl.*, drog domstolen slutsatsen att regeringens beslut att godkänna ett system med tvingande minimiavgifter på förslag av en yrkesorganisation inte utgjorde en ”överlåtelse av ansvaret att fatta beslut på det ekonomiska området på privata aktörer”, eftersom regeringen hela tiden var fri att frångå förslaget och besluta om det avgiftssystem som den ansåg lämpligast.

38. Till skillnad från det fallet kan det i förevarande mål inte ens göras gällande att SOA eller någon av de organisationer som representerar dem medverkar i förfarandet för att godkänna de tvingande minimiavgifterna. Av handlingarna i målet framgår det att det är ett rent offentligt beslut som det ankommer på regeringen att fatta, på grundval av vissa på förhand fastställda kriterier. Att detta beslut inte föregås av något samråd innebär inte att avgiftssystemet för SOA är en statlig åtgärd som överlåtits på privata aktörer, och det ålägger eller främjar inte heller ”ingåendet av avtal om konkurrensbegränsande samverkan” i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis. Således anser jag inte heller att artiklarna 101 eller 102 FEUF, jämförda med artikel 4 FEU, är tillämpliga.

39. Sammanfattningsvis anser jag att de allmänna föreskrifterna om SOA inte avspeglar något beviljande av ”särskilda eller exklusiva rättigheter”, vilket utesluter en tillämpning av artikel 106.1 FEUF i förevarande mål. Beträffande det konkreta föremålet för denna tvist kan inte heller artiklarna 101 och 102 FEUF, jämförda med artikel 4 FEU, tillämpas, eftersom det italienska systemet med tvingande minimiavgifter för SOA varken ålägger eller främjar ingåendet av avtal om konkurrensbegränsande samverkan, och inte heller berövar det de egna bestämmelserna deras statliga karaktär genom att ansvaret att fatta beslut om åtgärder inom det ekonomiska området överläts på privata aktörer.

11 — Se bland annat dom av den 29 januari 1985 i mål 231/83, *Cullet* (REG 1985, s. 305; svensk specialutgåva, volym 8, s. 17), punkt 16, av den 10 januari 1985 i mål 229/83, *Leclerc* (REG 1985, s. 1; svensk specialutgåva, volym 8, s. 1), punkt 14, av den 21 september 1988 i mål 267/86, *Van Eycke* (REG 1988, s. 4769; svensk specialutgåva, volym 9, s. 587), punkt 16, av den 17 november 1993 i mål C-2/91, *Meng* (REG 1993, s. I-5751; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-407), punkterna 14 och 15, av den 9 september 2003 i mål C-198/01, *CIF* (REG 2003, s. I-8055), punkterna 45 och 46, av den 17 februari 2005 i mål C-250/03, *Mauri* (REG 2005, s. I-1267), punkterna 29–31, och av den 5 oktober 1995 i mål C-96/94, *Centro Servizi Spediporto* (REG 1995, s. I-2883), punkterna 20 och 21.

C. De tvingande minimiavgifterna och artikel 49 FEUF.

40. Trots vad som ovan anförts anser Europeiska kommissionen att målet ska prövas mot bakgrund av etableringsfriheten. Således har kommissionen uppmanat domstolen att uttala sig om hur artikel 49 FEUF ska tolkas i ett fall som det förevarande. Med anledning av detta förslag från kommissionen skickade domstolen, som nämnts, före förhandlingen i målet en skriftlig fråga till parterna där de uppmanades att ta ställning till denna punkt.

41. Vid förhandlingen efterkom endast Europeiska kommissionen och den italienska regeringen denna uppmaning och de intog där motsatta ståndpunkter. Kommissionen ansåg att den verksamhet som SOA bedriver inte har anknytning till utövande av offentlig makt, medan Republiken Italien menade att den har det. Beträffande åsidosättandet av etableringsfriheten gjorde kommissionen gällande att det rör sig om en restriktiv åtgärd som inte är motiverad, eftersom den går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de legitima mål av allmänintresse som eftersträvas. Republiken Italien menade däremot att det utan tvekan var motiverat att införa tvingande minimiavgifter för att säkerställa kvaliteten på och oberoendet hos de tjänster som SOA tillhandahåller.

42. Innan jag går in på frågan i sak är det nödvändigt att behandla en aspekt som Republiken Italien tog upp vid förhandlingen. Enligt Republiken Italien karaktäriseras förevarande mål av att samtliga faktiska omständigheter har förelegat inom en och samma medlemsstat. SOA Nazionale Costruttori, ett företag i likvidation som är etablerat i Italien, vänder sig mot en italiensk åtgärd, och dess direkta konkurrenter är inte företag som är etablerade i andra medlemsstater och tillhandahåller tjänster i Italien. Således finns det enligt den italienska regeringen inte några gränsöverskridande inslag som motiverar en tillämpning av etableringsfriheten.

43. Även om det stämmer att alla omständigheter i detta mål rör en enda medlemsstats territorium, anser jag att domstolen är behörig att uttala sig om etableringsfriheten. Enligt fast rättspraxis får domstolen uttala sig om rent interna frågor om svaret gör det möjligt för den hänskjutande domstolen att pröva en omvänd diskriminering mot bakgrund av den nationella rätten. Denna möjlighet, som har funnits i vår rättspraxis sedan domen i målet Guimont,¹² är endast tillämplig på rätten till fri rörlighet, vilken sedan domarna i målen Cipolla m.fl., Blanco Pérez och Chao Gómez och Duomo innefattar etableringsfriheten.¹³ Således är domstolen vad beträffar just artikel 49 FEUF, behörig att uttala sig om tolkningen av denna bestämmelse i ett fall som det förevarande.

1. Undantaget i artikel 51 FEUF för verksamheter som bygger på utövande av offentlig makt

44. Den italienska regeringen, och indirekt även UNIONSOA och Cqop, anser att den verksamhet som SOA bedriver innebär en delegering av offentliga befogenheter som gör att den inte omfattas av friheternas tillämpningsområde. Den menar att SOA bedriver en verksamhet som väsentligen är administrativ och som omvandlar dem till upphandlande myndigheter, åtminstone vad beträffar bedömningen av om anbudsgivarna uppfyller de tekniska och ekonomiska kraven.

12 — Dom av den 5 december 2000 i mål C-448/98, Guimont (REG 2000, s. I-10663), punkt 23, vilken därefter följts av bland annat dom av den 5 mars 2002 i de förenade målen C-515/99, C-519–C-524/99 och C-526/99–C-540/99, Reisch m.fl. (REG 2002, s. I-2157), punkt 26, av den 11 september 2003 i mål C-6/01, Anomar m.fl. (REG 2003, s. I-8621), punkt 41, och av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (REG 2006, s. I-2941), punkt 29.

13 — Domen i de ovannämnda förenade målen Cipolla m.fl., punkt 30, av den 1 juni 2010 i de förenade målen C-570/07 och C-571/07, Blanco Pérez och Chao Gómez (REU 2010, s. I-4629), punkt 39, och av den 10 maj 2012 i de förenade målen C-357/10 till C-359/10, Duomo m.fl., punkt 28.

45. Det stämmer visserligen att SOA har tagit på sig ett ansvar som tidigare vilade på de italienska offentliga organen, men domstolen har samtidigt flera gånger haft tillfälle att uttala sig om artikel 51 FEUF och hittills inte funnit att den bestämmelsen skulle vara tillämplig på en ekonomisk verksamhet. Domstolen har tolkat nämnda bestämmelse synnerligen restriktivt och ett exempel på det är fallet med notarius publicus, vars verksamhet domstolen inte har betecknat som utövande av offentlig makt.¹⁴

46. Mot bakgrund av detta kan man knappast dra slutsatsen att SOA, som uppenbarligen har ett vinstsyfte och verkar på en konkurrensutsatt marknad, omfattas av artikel 51 FEUF. Att SOA:s verksamhet inte är att betrakta som utövande av offentlig makt i den mening som avses i denna bestämmelse bekräftas av domstolens domar i målen kommissionen mot Portugal¹⁵ och kommissionen mot Tyskland,¹⁶ vilka båda handlade om företag som hade fått i uppdrag *ex lege* att bedriva certifieringsverksamhet.

47. I målet kommissionen mot Portugal prövade domstolen huruvida den verksamhet som bedrevs av besiktningsorganen innebar utövande av ”offentlig makt” i den mening som avses i artikel 51 FEUF. Besiktningsverksamheten är som bekant ett slags certifieringsverksamhet som har överlåtits på privata företag. I det fallet slog domstolen emellertid fast att ”[b]eslutet huruvida kontrollbesiktningen ska godkännas eller ej innebär i huvudsak endast ett konstaterande av resultaten från besiktningen och innefattar inte ett sådant självständigt beslutsfattande som innebär utövande av offentlig makt. Dessa beslut fattas dessutom under direkt statlig övervakning.”¹⁷ Således drog domstolen slutsatsen att besiktningsorganen omfattades av bestämmelserna om fri rörlighet i fördraget.

48. Samma slutsats drog domstolen då den prövade huruvida privata organ som ansvarade för kontrollen av ekologiskt producerade produkter bedrev en verksamhet som hade anknytning till utövande av offentlig makt. Liksom i målet kommissionen mot Portugal framhöll domstolen i domen i målet kommissionen mot Tyskland betydelsen av att staten övervakade de privata certifieringsorganen. Domstolen underströk att ”[d]e privata organen utövar således sin verksamhet under aktiv övervakning av den behöriga offentliga myndigheten vilken, i sista hand, ansvarar för nämnda organs kontroller och beslut, vilket de i punkten ovan nämnda skyldigheterna för den behöriga myndigheten vittnar om”.¹⁸ Det innebär att den verkliga offentliga maktutövningen låg kvar hos staten och inte hos certifieringsföretagen och de omfattades således av principerna om fri rörlighet.

49. Vad beträffar den verksamhet SOA bedriver kan det konstateras att de har till uppgift att utfärda certifikat som visar att vissa i lag föreskrivna tekniska krav är uppfyllda. Även om utfärdandet av dessa certifikat har kvar några av de inslag som tidigare utmärkte verksamheten när den bedrevs av staten, eftersom det handlar om åtgärder som omfattas av en laglighetspresumtion som liknar den som gäller för myndigheternas åtgärder, så handlar det samtidigt om en reglerad teknisk verksamhet. SOA får göra skönsmässiga bedömningar, men de är av teknisk karaktär och görs inom ramen för vissa kriterier som har fastställts på förhand i bestämmelser som antagits av lagstiftaren och regeringen. Den omständigheten att det finns stränga mekanismer för offentlig övervakning av den verksamhet som SOA bedriver, en övervakning med disciplinära följder som även de bygger på att vissa i lag föreskrivna krav är uppfyllda, bekräftar att de offentliga organen fortfarande spelar en viktig roll, om än som övervakare, inom sektorn certifiering av företag som deltar i offentliga upphandlingar av byggentreprenader.

14 — Beträffande notarieyrket, se exempelvis dom av den 24 maj 2011 i mål C-47/08, kommissionen mot Belgien (REU 2011, s. I-4105).

15 — Dom av den 22 oktober 2009 i mål C-438/08, kommissionen mot Portugal (REG 2009, s. I-10219).

16 — Dom av den 29 november 2007 i mål C-393/05, kommissionen mot Österrike (REG 2007, s. I-10195), punkt 29, och i mål C-404/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-10239).

17 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 41.

18 — Ibidem, punkt 44.

50. Mot bakgrund av ovanstående argument anser jag således att SOA inte är företag som har fått i uppdrag att bedriva en verksamhet som har anknytning till utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 51 FEUF.

2. Etableringsfriheten i artikel 49 FEUF

a) Inskränkningen av friheten

51. Kommissionen och den italienska regeringen är eniga om att ett system med tvingande minimiavgifter inskränker etableringsfriheten genom att det handlar om en åtgärd som kan göra det mindre lockande att etablera en ekonomisk verksamhet i en medlemsstat. Det har under förfarandets gång bekräftats att en inskränkning uppenbart föreligger, eftersom den omständigheten att det är omöjligt att sänka priset på en tjänst kan ge upphov till en konkurrensnackdel i förhållande till nationella aktörer som redan är etablerade på marknaden och som uppenbart har en mer gynnsam position. Samma slutsats drog domstolen beträffande de tvingande minimiarvodena för advokater i domen i målet Cipolla m.fl., en åtgärd som domstolen ansåg ”kan göra det svårare för advokater som är etablerade i en annan medlemsstat än Republiken Italien att komma in på den italienska marknaden för juridiska tjänster. Förbudet kan därför begränsa deras tillhandahållande av tjänster i sistnämnda medlemsstat.”¹⁹

b) Huruvida inskränkningen är motiverad

52. Eftersom det rör sig om en restriktiv åtgärd som kan tillämpas på alla företag som bedriver verksamhet som SOA i Italien, återstår det att avgöra om denna åtgärd kan anses motiverad på grund av tvingande skäl av allmänintresse. På denna punkt har såväl UNIONSOA som Cqop och den italienska regeringen gjort gällande att de tvingande minimiavgifterna är ett villkor som är nödvändigt för att säkerställa kvaliteten på och oberoendet hos de tjänster som SOA tillhandahåller. Varken Europeiska kommissionen eller SOA Nazionale Costruttori anser emellertid att detta skäl klarar en proportionalitetsprövning.

53. Domstolen har vid flera tillfällen slagit fast att skyddet för de personer som köper de berörda tjänsterna och tjänsternas kvalitet, kan utgöra ett tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera en inskränkning i den fria rörligheten.²⁰ Det följer även av fast rättspraxis att bestämmelser som har sådana ändamål kan anses gå längre än vad som är nödvändigt om villkoren för att få bedriva yrkesverksamheten i fråga är orimligt stränga. I förevarande fall är syftet med de tvingande minimiavgifterna främst dels att säkerställa kvaliteten på certifieringstjänsten, dels att SOA ska fullgöra sina uppgifter på ett oberoende vis. Jag anser att detta är fullt legitima syften som förekommer vid alla privatiseringsprocesser. När en offentlig verksamhet förs över till den privata sektorn är det logiskt att staten vill säkerställa att tjänsten fortsätter att hålla en nivå beträffande kvalitet och objektivitet som motsvarar den som de offentliga organen tidigare höll. Det är emellertid inte syftets legitimitet som har ifrågasatts i detta mål utan huruvida åtgärden, det vill säga de tvingande minimiavgifterna, är proportionell i förhållande till dessa syften.

54. Vad beträffar tjänstens kvalitet har såväl den italienska regeringen som UNIONSOA och Cqop SOA framhållit konsekvenserna av SOA:s arbete vid genomförandet av byggentreprenader. Enligt dessa parter är det utan tvekan så att om SOA utför sitt arbete på ett effektivt sätt så får det direkta återverkningar på genomförandet av entreprenaderna, eftersom det endast är genom att säkerställa de

19 — Domen i de ovannämnda förenade målen Cipolla m.fl., punkt 58.

20 — Se bland annat dom av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger (REG 1991, s. I-4221), punkt 16: ”Det ska här för det första påpekas att nationella bestämmelser som de som den nationella domstolen har beskrivit uppenbarligen syftar till att skydda de personer som köper tjänsterna i fråga mot skada som de riskerar att lida till följd av att de får juridisk rådgivning av personer som inte besitter den yrkeskompetens eller de personliga kvalifikationer som krävs.”

berörda företagens tekniska och ekonomiska förmåga som ett effektivt genomförande av entreprenaderna kan säkerställas. Skyldigheten att tillämpa vissa minimiavgifter innebär att SOA:s ekonomiska stabilitet säkerställs. Om avgifter som åtminstone täcker kostnaderna för tjänsten tillämpas, innebär det att SOA alltid har de medel som krävs för att utföra sin bedömning på rätt sätt.

55. SOA:s oberoende är det andra skälet som har anförts för att motivera inskränkningen. För att SOA ska kunna tillhandahålla sina tjänster på ett effektivt sätt bör de ha en tillräckligt oberoende ställning i förhållande till sina kunder. Det är inte någon mening med ett certifieringssystem om den som certifierar inte kan garantera opartiskhet vid bedömningen av huruvida ett företag uppfyller villkoren för att bli godkänt. Det är här minimiavgifterna kommer in i bilden. De säkerställer att SOA har tillräckliga ekonomiska medel för att kunna fatta självständiga beslut.

56. För att granska åtgärdens lämplighet i förhållande till de eftersträlvade målen, bör det till att börja med påpekas att domstolen vid flera tillfällen har slagit fast att ett system med tvingande minimiavgifter som är tillämpligt på en yrkesverksamhet, i princip är ett lämpligt medel för att uppnå legitima syften, exempelvis att säkerställa kvaliteten på en tjänst.²¹ Detta är emellertid bara utgångspunkten och det krävs nu en mer ingående granskning av det sammanhang i vilket systemet tillämpas, varvid hänsyn enligt domstolens praxis ska tas till den relevanta marknaden och de omtvistade tjänsternas art. Om bedömningen ska göras i ett mål om förhandsavgörande krävs det dessutom att EU-domstolen och den nationella domstolen gör en gemensam bedömning.

57. Vad beträffar marknaden bör det till att börja med påpekas att SOA verkar i en miljö där det råder fri konkurrens och där det inte finns någon begränsning av hur många SOA som får beviljas tillstånd. Det handlar således om en konkurrensutsatt marknad där alla företag som uppfyller de föreskrivna villkoren får tillhandahålla certifieringstjänsten. Med tanke på verksamhetens karaktär och de stränga villkor som ställs för att ett företag ska få tillhandahålla tjänsten, är det emellertid inte förvånande att antalet SOA är relativt begränsat. Det handlar visserligen inte om en marknad med bara två eller tre aktörer, men det framgår av handlingarna i målet att antalet SOA för närvarande är omkring trettio. Det handlar således inte om en marknad med ett stort antal yrkesutövare och inte heller om någon informationsobalans mellan den som tillhandahåller tjänsten och den som köper den. Dessa två faktorer var avgörande i målet Cipolla m.fl. då domstolen prövade förhållandena på den italienska marknaden för advokater. I det här aktuella fallet föreligger en motsatt situation. Förutom att antalet aktörer är relativt begränsat är de som köper tjänsten skyldiga att hålla ett visst föreskrivet avstånd till SOA för att dessa ska kunna bedriva sin verksamhet på ett fullständigt oberoende sätt. Förhållandet mellan den som tillhandahåller tjänsten och den som köper den är helt annorlunda när det gäller SOA än när det gäller förhållandet mellan advokat och klient, där förtroende och värnande om ett gemensamt intresse utgör avgörande kriterier. När det gäller SOA är det inte bara så att ett sådant förtroende och värnande inte får finnas, utan det skulle undergräva SOA:s själva existens.

58. Följaktligen ska de tvingande minimiavgifternas lämplighet i förevarande fall bedömas mot bakgrund av en marknad av begränsad storlek, där det är nödvändigt att säkerställa att SOA fattar självständiga beslut i förhållande till eventuella krav eller intressen hos deras kunder. Att staten under sådana förhållanden med bindande verkan inför ett system med tvingande minimiavgifter är en åtgärd som är förenlig med syftet att säkerställa tjänstens kvalitet och oberoendet hos de företag som svarar för certifieringen.

59. Huruvida en sådan åtgärd är nödvändig är mer tveksamt. Att de tvingande minimiavgifterna är åtgärder som är lämpliga för att säkerställa att tjänsten tillhandahålls på ett korrekt sätt, innebär inte automatiskt att det inte skulle kunna finnas andra, mindre restriktiva åtgärder som också skulle kunna säkerställa dessa mål. Detta har Europeiska kommissionen gjort gällande i sitt skriftliga och sitt muntliga yttrande och den anser att det finns alltför stränga inslag som inte motiverar en tvingande

21 — Domen i de ovannämnda förenade målen Cipolla m.fl., punkt 67.

minimiavgift. SOA Nazionale Costruttori har i sin tur påpekat att tjänstens kvalitet och SOA:s oberoende säkerställs genom disciplinåtgärder som är synnerligen stränga och som handhas av de offentliga myndigheterna. Dessa åtgärder är enligt SOA Nazionale Costruttori tillräckliga för att de ovannämnda målen ska uppnås.

60. För att föreslå ett svar på denna punkt ska jag börja med att granska det rättsliga sammanhang som SOA verkar i samt de ovannämnda disciplinåtgärderna som kan tillämpas på dessa företag. Enligt vad som framgår av handlingarna i målet föreskrivs i dekreten 34/2000 och 207/2010 disciplinåtgärder som innefattar ekonomiska påföljder och även indragning av tillståndet att bedriva verksamhet som SOA. Det är Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture som svarar för övervakningen och tillämpningen av dessa disciplinåtgärder.

61. Under vissa förhållanden kan ett system med minimiavgifter som kombineras med disciplinåtgärder visserligen vara orimligt betungande för de ekonomiska aktörerna. Fallet med SOA är emellertid mycket speciellt och här måste en noggrann analys göras med tanke på deras oberoende ställning. Det oberoende som krävs av SOA innebär att de måste hålla en sådan distans till den som köper tjänsten att opartiskheten och det självständiga beslutsfattandet säkerställs då tjänsten tillhandahålls. Just på grund av att SOA ska verka i ett sammanhang med *förstärkt* oberoende i förhållande till anbudsgivarna, kan det vara otillräckligt med enbart disciplinåtgärder. Vad detta förstärkta oberoende kräver är just ett system som är tillräckligt heltäckande för att säkerställa tjänsteleverantörens oberoende. Detta kan ta sig uttryck i stränga disciplinåtgärder i kombination med tvingande minimiavgifter.

62. På en marknad där flera SOA konkurrerar med varandra, på grundval av såväl kvalitet som pris, skulle en möjlighet att kunna förhandla om priset med de blivande anbudsgivarna riskera att rubba det föreskrivna oberoende som ska prägla ett företag av det här slaget. Att det finns en möjlighet att förhandla om priset innebär visserligen inte nödvändigtvis att SOA förlorar sitt oberoende eller sitt sken av oberoende organ, men en sådan förhandling skulle kunna få ett sådant resultat om det pris som slutligen avtalas är onormalt lågt. Således anser jag att ett system med tvingande minimiavgifter, som kompletterar disciplinåtgärder som handhas av de offentliga organen, utgör en åtgärd som är nödvändig för att säkerställa det föreskrivna oberoendet för SOA på en marknad som den italienska.

63. Oberoende av detta anser jag att det är nödvändigt med ett ytterligare klagörande. Den omständigheten att systemet med tvingande minimiavgifter generellt sett är nödvändigt, innebär inte att den beräkningsmetod som nu tillämpas är nödvändig i alla avseenden. Som kommissionen med rätta har påpekat är den svaga punkten i det omtvistade systemet beräkningsmetoden för avgifterna, vilken enligt kommissionen inte alltid förefaller vara rimlig.

64. Jag vill erinra om att systemet för att beräkna de tvingande minimiavgifterna är tillämpligt på byggentreprenader vars värde överstiger 150 000 euro. Det innebär att man tillämpar en metod som i stora drag utgår från detta värde, antalet entreprenader som anbudsgivaren avser att lämna anbud på och tillämpning av en konsumentpriskoefficient (ISTAT). Om ett företag deltar i flera offentliga upphandlingar av byggentreprenader höjs den tvingande minimiavgiften automatiskt på grundval av antalet entreprenader. Av handlingarna i målet framgår att det tvingande minimibelopp som räknas fram med hjälp av denna beräkningsmetod inte kan ändras på grundval av något kriterium.

65. Jag anser att detta system väcker allvarliga tvivel mot bakgrund av behovet av åtgärden, just i de fall där certifikatet söks för flera upphandlingar av byggentreprenader. Som jag tidigare påpekat är det motiverat att en anbudsgivare erlägger en obligatorisk minimiavgift för SOA:s certifiering, där en bedömning görs av företagets tekniska och ekonomiska förmåga att genomföra den entreprenad som upphandlingen avser. Vad som inte har blivit tillräckligt klarlagt, eller åtminstone har parterna i detta mål inte kunnat motivera det på ett lämpligt sätt, är varför SOA automatiskt får multiplicera avgiften

när ett företag medverkar i flera upphandlingar. Företagets uppbyggnad, verksamhet, personal, fysiska resurser och andra aspekter är normalt desamma, eftersom det är normalt att ett företag med tillräckliga resurser har förmåga att genomföra flera offentliga entreprenader samtidigt, oavsett om de har ett lägre eller högre värde.

66. Om ett företag medverkar i flera offentliga upphandlingar av byggentreprenader ska SOA visserligen bedöma en enskild situation mot bakgrund av flera offentliga upphandlingar. Den arbetsbörda som faller på SOA blir då logiskt sett större och det är rimligt att den tvingande minimiavgiften avspeglar detta ökade ansvar. Ett system där den tvingande minimiavgiften automatiskt multipliceras med antalet upphandlingar som företaget avser att medverka i, avspeglar emellertid inte objektivt sett denna ökade arbetsbörda för SOA. I stället gör systemet det möjligt för SOA att göra en bedömning av ett enda företag men tillämpa en tvingande minimiavgift som är mycket högre än den som hade tillämpats om företaget i fråga bara hade medverkat i en upphandling.

67. Mot bakgrund av detta går en beräkningsmetod som den här aktuella – som om den tillämpas på en ansökan om certifiering för flera olika offentliga upphandlingar av byggentreprenader innebär att avgiften multipliceras med antalet upphandlingar – utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de eftersträlvade målen rörande kvalitet och oberoende. Följaktligen anser jag på just denna punkt att systemet med tvingande minimiavgifter för SOA och särskilt beräkningsmetoden för dem om certifiering söks för flera olika upphandlingar, inte är motiverat på grund av tvingande skäl av allmänintresse och således inte förenligt med artikel 49 FEUF.

VI. Förslag till avgörande

68. Med hänsyn till vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som ställts av Consiglio di Stato enligt följande:

”Artiklarna 101, 102 och 106 FEUF ska tolkas så, att de inte är tillämpliga på ett system med tvingande minimiavgifter som det som föreskrivs för SOA.

Artikel 49 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för ett system med tvingande minimiavgifter som det som föreskrivs för SOA, eftersom det innehåller en beräkningsmetod som innebär att avgiften automatiskt multipliceras med det antal offentliga upphandlingar som det företag som ansöker om certifiering avser att delta i, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att bekräfta.”