



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 12 maj 2022*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Avfallshantering – Tilldelning ’*in house*’ – Direktiv 2014/24/EU – Artiklarna 12 och 72 – Villkoren för ’motsvarande kontroll’ är inte längre uppfyllda till följd av en företagssammanslagning – Möjlighet för den aktör som övertar verksamheten att fortsätta tillhandahållandet av tjänsten”

I mål C-719/20,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien), genom beslut av den 18 november 2020, som inkom till domstolen den 30 december 2020, i målet

Comune di Lerici

mot

Provincia di La Spezia,

ytterligare deltagare i rättegången:

IREN SpA,

ACAM Ambiente SpA.

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C. Lycourgos (referent) samt domarna S. Rodin, J.-C. Bonichot, L.S. Rossi och O. Spineanu-Matei,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

* Rättegångsspråk: italienska.

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Comune di Lerici, genom A. Fantappié och M. Clarich, avvocati,
- Provincia di La Spezia, genom P. Piciocchi, avvocato,
- ACAM Ambiente SpA och IREN SpA, genom D. Anselmi, avvocatessa, och A. Lolli, avvocato,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S.L. Vitale, avvocato dello Stato,
- Österrikes regering, genom J. Schmoll, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom G. Wils, G. Gattinara och P. Ondrůšek, samtliga i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 12 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Comune di Lerici (Lerici kommun, Italien) och Provincia di La Spezia (provinsen La Spezia, Italien) angående den sistnämndas godkännande av en plan enligt vilken ACAM Ambiente SpA tilldelades kontraktet att ombesörja kommunens avfallshantering till och med år 2028.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 I artikel 12 i direktiv 2014/24 föreskrivs följande:

”1. Ett offentligt kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

 - a) Den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.
 - b) Den kontrollerade juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utövar kontroll över.

- c) Det finns inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

En upphandlande myndighet ska anses utöva kontroll över en juridisk person motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning i den mening som avses i första stycket a om myndigheten har ett avgörande inflytande över både den kontrollerade juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut. Sådan kontroll kan också utövas av en annan juridisk person, som själv kontrolleras på samma sätt av den upphandlande myndigheten.

2. Punkt 1 gäller också när den kontrollerade juridiska personen är en upphandlande myndighet, och myndigheten tilldelar ett kontrakt till den kontrollerande upphandlande myndigheten eller till en annan juridisk person som kontrolleras av samma upphandlande myndighet, förutsatt att det inte finns något direkt privat ägarintresse i kapitalet i den juridiska person som tilldelas det offentliga kontraktet med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

3. En upphandlande myndighet som inte utövar kontroll över en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person i den mening som avses i punkt 1 kan emellertid tilldela ett offentligt kontrakt till denna juridiska person utan att tillämpa detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Den upphandlande myndigheten utövar tillsammans med andra upphandlande myndigheter kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar.
- b) Den juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning eller för andra juridiska personer som samma upphandlande myndigheter utövar kontroll över.
- c) Det finns inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

För tillämpningen av första stycket a ska de upphandlande myndigheterna anses utöva gemensam kontroll över en juridisk person om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- i) Den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan består av representanter från samtliga deltagande upphandlande myndigheter. Enskilda representanter får företräda flera eller samtliga av de deltagande upphandlande myndigheterna.
- ii) Dessa upphandlande myndigheter har tillsammans ett avgörande inflytande såväl över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål som över dess viktiga beslut.
- iii) Den kontrollerade juridiska personen har inget eget intresse som strider mot de kontrollerande upphandlande myndigheternas intressen.

4. Ett kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv, om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.
- b) Genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.
- c) De deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet.

5. När procentsatsen för de verksamheter som avses i punkt 1 första stycket b, punkt 3 första stycket b och punkt 4 c fastställs ska man beakta den genomsnittliga totala omsättningen eller ett lämpligt alternativt verksamhetsbaserat mått, såsom kostnader som uppstått hos den berörda juridiska personen eller upphandlande myndigheten i fråga om tjänster, varor och byggtreprenader under de tre åren som föregår kontraktets tilldelning.

När omsättningen, eller det alternativa verksamhetsbaserade måttet såsom kostnader, för de föregående tre åren inte är tillgängliga eller inte längre är relevanta på grund av tidpunkten för den berörda juridiska personens eller upphandlande myndighetens etablering eller inledandet av verksamheten eller en omorganisation av dess verksamheter, är det tillräckligt att företaget kan påvisa att verksamhetsmålet är trovärdigt, särskilt genom prognoser för verksamheten.”

4 Artikel 18.1 i detta direktiv har följande lydelse:

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”

5 I artikel 67.4 i direktivet föreskrivs följande:

”Tilldelningskriterierna får inte ha den effekten att de ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet. De ska garantera en effektiv och rättvis konkurrens och kompletteras med specifikationer som gör det möjligt att effektivt kontrollera de uppgifter som lämnas av anbudsgivarna med tanke på en bedömning av hur väl anbuden uppfyller tilldelningskriterierna. I tveksamma fall ska den upphandlande myndigheten effektivt kontrollera om de uppgifter och bevis som har lämnats av anbudsgivarna är korrekta.”

6 I artikel 72 i samma direktiv föreskrivs följande:

”1. Kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande enligt detta direktiv i följande fall:

...

d) Om den entreprenör som den upphandlande myndigheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny entreprenör, till följd av antingen

...

ii) att en annan ekonomisk aktör som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen faststälts helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av detta direktiv, eller

...

4. En ändring av ett kontrakt eller ett ramavtal under dess löptid ska anses vara väsentlig i den mening som avses i punkt 1 e om ändringen innebär att kontraktet eller ramavtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt eller ramavtal som ursprungligen ingicks. Utan att det påverkar punkterna 1 och 2 ska en ändring i alla händelser anses vara väsentlig om ett eller flera av följande villkor är uppfyllt:

a) I och med ändringen införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha medfört att andra anbudssökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet.

...”

7 I artikel 90.1 i direktiv 2014/24 anges följande:

”Medlemsstaterna ska sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 18 april 2016. De ska genast överlämna texten till dessa bestämmelser till kommissionen.”

Italiensk rätt

8 Artikel 1.611 och 1.612 i legge n. 190 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015) (lag nr 190 innehållande bestämmelser om upprättandet av statens årliga och fleråriga budget (2015 års stabilitetslag)), av den 23 december 2014 (GURI nr 300 av den 29 december 2014 – Ordinarie tillägg nr 99, s. 1) har följande lydelse:

”611. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 3.27–3.29 i lag nr 244 av den 24 december 2007, i ändrad lydelse, och artikel 1.569 i lag nr 147 av den 27 december 2013, i ändrad lydelse, ska regionerna, provinserna Trento och Bolzano, lokala myndigheter, handels-, industri-, hantverks- och jordbrukskammare, universitet och allmänna högre läroanstalter samt hamnmyndigheter från och med den 1 januari 2015 – i syfte att säkerställa samordning av offentliga finanser, minskade utgifter, god förvaltning och skydd för konkurrensen och

marknaden – inleda ett förfarande för att effektivisera företag och direkt eller indirekt ägande av dessa, i syfte att få till stånd en minskning härav senast den 31 december 2015. Härvid ska följande kriterier beaktas:

...

d) sammanslagning av lokala allmännyttiga företag av ekonomisk betydelse.

...

612. Ordförandena för regionerna och de autonoma provinserna Trento och Bolzanos, ordförandena för provinserna, borgmästarna och andra beslutande förvaltningsorgan som avses i punkt 611 ska, senast den 31 mars 2015, inom sina respektive behörighetsområden, fastställa och godkänna en verksamhetsplan för effektivisering av bolag och andelar som direkt eller indirekt innehas i bolag, villkoren och tidsfristerna för genomförandet samt en detaljerad redogörelse för de besparingar som ska genomföras. Denna verksamhetsplan, åtföljd av en särskild teknisk rapport, ska översändas till revisionsrättens behöriga regionala kontrollavdelning och offentliggöras på den berörda förvaltningens institutionella webbplats. Före den 31 mars 2016 ska de organ som anges i första meningen upprätta en rapport om de resultat som uppnåtts, vilken ska överlämnas till revisionsrättens behöriga regionala kontrollavdelning och offentliggöras på den berörda förvaltningens institutionella webbplats. Offentliggörande av planen och rapporten är obligatoriskt enligt dekret nr 33 av den 14 mars 2013.”

- 9 I artikel 3bis.2bis i decreto-legge n. 138 – Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo (lagdekret nr 138 om andra brådskande åtgärder för finansiell stabilisering och utveckling) av den 13 augusti 2011 (GURI nr 216 av den 16 september 2011, s. 89, nedan kallat lagdekret nr 138/2011):

”Den ekonomiska aktör som helt eller delvis har efterträtt den ursprungliga koncessionshavaren, till följd av transaktioner mellan bolag som genomförts enligt öppna förfaranden, inbegripet fusioner och förvärv, ska, utan att det påverkar efterlevnaden av de kvalitativa kriterier som ursprungligen fastställts, fortsätta att tillhandahålla tjänsterna fram till förfalldagen ...”

- 10 Artikel 7.5 i decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (lagstiftningsdekret nr 175, konsoliderad version av bestämmelserna om offentligägda bolag) av den 19 augusti 2016 (GURI nr 210 av den 8 september 2016, s. 1) har följande lydelse:

”När det enligt stiftelseurkunden krävs att privata andelsägare deltar, ska urvalet av dessa ske genom ett offentligt upphandlingsförfarande i enlighet med artikel 5.9 i lagstiftningsdekret nr 50 från år 2016.”

Twisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 11 Den 15 juni 2005 tilldelade LERICI kommun, genom ett beslut som uttryckligen betecknades som ”*in house*-tilldelning” ACAM ett kontrakt avseende kommunal avfallshantering i denna kommun till och med den 31 december 2028. Själva avfallshanteringen anförtroddes mer specifikt dess dotterbolag, ACAM Ambiente. Vid denna tidpunkt var ACAM ett aktiebolag vars ägarkrets uteslutande bestod av ett antal kommuner, däribland LERICI kommun.

- 12 Den 12 juli 2013 tvingades ACAM att ingå ett avtal om omstrukturering av skulder med sina borgenärer. Inom ramen för detta avtal sökte ACAM, bland andra offentligägda bolag som tillhandahåller offentliga tjänster på den italienska marknaden, ett lämpligt bolag för att genomföra en företagssammanslagning. Efter det offentliga upphandlingsförfarande som inletts i detta syfte valde ACAM att genomföra en sammanslagning med IREN SpA, som är verksamt i hela Italien, står under offentlig kontroll och är börsnoterat.
- 13 Med tillämpning av ett särskilt investeringsavtal som ingicks den 29 december 2017, överlät de kommuner som var andelsägare i ACAM sina aktier i ACAM till IREN och förvärvade en motsvarande andel av aktierna i IREN genom att samtycka till en för dem reserverad kapitalökning. Genom ACAM:s dotterbolag – som således kom att bli IREN:s dotterbolag – fortsatte IREN att tillhandahålla de tjänster som dotterbolagen ursprungligen hade anförtrotts.
- 14 Efter att den 21 februari 2017 ha uttryckt sin avsikt att inte godkänna sammanslagningen av ACAM och IREN, beslutade Lerici kommun den 19 januari 2018 att godta investeringsavtalet endast såvitt avsåg överlåtelsen av dess aktier i ACAM till IREN. Nämnda kommun överlät dessa till bolaget den 11 april 2018.
- 15 Genom beslut av den 6 augusti 2018 godkände nämligen Provinsen La Spezia, som numera är behörig att tillhandahålla tjänsten för kommunal avfallshantering i de kommuner som finns inom dess geografiska upptagningsområde, däribland Lerici kommun, en uppdatering av områdesplanen för tillhandahållande av tjänsten för kommunal avfallshantering i provinsen, genom att utse ACAM Ambiente till tjänsteleverantör i denna kommun, till och med den 31 december 2028, med stöd av en *in house*-tilldelning.
- 16 Lerici kommun väckte talan mot detta beslut och gjorde gällande att villkoren för *in house*-undantaget inte längre var uppfyllda. Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Regionala förvaltningsdomstolen i Ligurien, Italien) ogillade talan genom dom 847/2019.
- 17 Lerici kommun överklagade denna dom till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien).
- 18 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har för det första understrukit att även om denna kommun var behörig att under år 2005 tilldela ACAM det omtvistade kontraktet, har denna behörighet numera överförts till provinserna, vilka för närvarande ansvarar för den kommunala avfallshanteringen i samtliga kommuner inom sina respektive geografiska upptagningsområden.
- 19 För det andra har samma domstol påpekat att den i det nationella målet aktuella företagssammanslagningen genomfördes med stöd av artikel 1.611 och 1.612 i lag nr 190 av den 23 december 2014, vars syfte är att minska de offentliga utgifterna genom att begränsa de offentliga organens ägande i bolag. Denna åtgärd var för övrigt motiverad med hänsyn till att ACAM hade ingått ett avtal om omstrukturering av sina skulder. I ett sådant fall föreskrivs i artikel 3bis.2bis i lagdekret nr 138/2011 att den ekonomiska aktör som efterträder den initiala tjänsteleverantören ska fortsätta att tillhandahålla tjänsterna fram till de föreskrivna förfallodagarna.
- 20 För det tredje anser den hänskjutande domstolen att det är oklart huruvida denna lagstiftning är förenlig med artikel 12 i direktiv 2014/24, som rör *in house*-undantaget vid tilldelning av offentliga kontrakt.

- 21 Den sammanslagning som genomfördes i förevarande fall fick nämligen till följd att kontraktet för den kommunala avfallshanteringstjänsten i Lerici, som ursprungligen hade tilldelats ACAM utan anbudsinfordran – och beträffande vilken enhet det inte har bestritts att denna kommun tillsammans med andra kommuner utövade en kontroll som motsvarade den kontroll som den utövar över sina egna förvaltningar i den mening som avses i domstolens rättspraxis – numera har tilldelats IREN, och härigenom, till IREN:s dotterbolag ACAM Ambiente, utan att Lerici kommun fortsätter att utöva någon sådan kontroll i förhållande till det ena eller det andra av dessa bolag. Det innehav i IREN som kommunen hade förvärvat var nämligen inte bara helt försumbart; sedan nämnda kommun överlätit andelarna har dessutom allt samband mellan denna kommun och IREN försvunnit.
- 22 Provinsen La Spezia beslutade emellertid om direkt tilldelning, utan anbudsinfordran, av kontraktet avseende den tjänst som skulle tillhandahållas Lericis kommun. Det ska således fastställas huruvida denna direkta tilldelning är förenlig med unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling.
- 23 Enligt den hänskjutande domstolen ska det närmare bestämt prövas om det i ett sådant sammanhang ska beaktas huruvida ACAM:s val att fusionera med IREN föregicks av ett offentligt upphandlingsförfarande.
- 24 Den hänskjutande domstolen anser att det slutliga målet med de relevanta unionsrättsliga bestämmelserna är att främja konkurrensen och att detta resultat, vid tilldelning av offentliga tjänstekontrakt, uppnås när flera aktörer konkurrerar eller har möjlighet att konkurrera med varandra för att tilldelas det aktuella kontraktet, oavsett hur det instrument som gör det möjligt att uppnå detta mål rättsligt kvalificeras. Under dessa omständigheter är den hänskjutande domstolen benägen att anse att det saknar betydelse huruvida tilldelningen av ett visst tjänstekontrakt sker genom ett upphandlingsförfarande som just avser tilldelningen av detta tjänstekontrakt, eller genom ett anbudsförfarande som syftar till att förvärva aktier i det bolag som tillhandahåller tjänsterna, eftersom konkurrensen i båda fallen garanteras.
- 25 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

”Utgör artikel 12 i [direktiv 2014/24] hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver en sammanslagning av lokala allmännyttiga företag av ekonomisk betydelse, till följd av vilken den ekonomiska aktör som inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe till följd av bolagstransaktioner som har skett genom transparenta förfaranden, däribland fusioner eller förvärv, fortsätter att tillhandahålla tjänsterna till dess att kontraktet löper ut, när

- a) den ursprungliga koncessionshavaren är ett bolag som tilldelades kontraktet *in house* på grundval av en motsvarande kontroll av flera myndigheter tillsammans,
- b) den efterföljande ekonomiska aktören har valts ut genom en offentlig upphandling, och
- c) villkoren för en motsvarande kontroll av flera myndigheter tillsammans, till följd av bolagstransaktionen i form av sammanslagning, inte längre är uppfyllda med avseende på någon av de lokala myndigheter som ursprungligen tilldelade kontraktet för den aktuella tjänsten?”

Prövning av tolkningsfrågan

Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till prövning

- 26 Enligt artikel 94 i domstolens rättegångsregler ska en begäran om förhandsavgörande innehålla "[s]aken och en sammanfattning av de relevanta omständigheterna, såsom dessa har utretts av den hänskjutande domstolen eller, i vart fall, en redogörelse för de faktauppgifter som ligger till grund för frågorna", "[l]ydelsen av de nationella bestämmelser som kan vara tillämpliga och, i förekommande fall, relevant nationell rättspraxis", samt "[e]n redogörelse för de skäl som fått den hänskjutande domstolen att undra över tolkningen eller giltigheten av de aktuella unionsrättsliga bestämmelserna, och för det samband som den hänskjutande domstolen har funnit föreligga mellan de unionsrättsliga bestämmelserna och den nationella lagstiftning som är tillämplig i det nationella målet".
- 27 I förevarande fall innehåller beslutet om hänskjutande, i motsats till vad den österrikiska regeringen har hävdad, en beskrivning av de faktiska och rättsliga omständigheterna i det nationella målet som är tillräcklig för att uppfylla kraven i artikel 94 i domstolens rättegångsregler.
- 28 I beslutet om hänskjutande återges således lydelsen av de nationella bestämmelser som är tillämpliga i det nationella målet. Vidare är den hänskjutande domstolens beskrivning av besluten av den 15 juni 2005 och den 6 augusti 2018 samt av det upphandlingsförfarande som ACAM inlett tillräcklig för att förstå skälen till valet av de unionsrättsliga bestämmelser som den hänskjutande domstolen har begärt tolkning av samt det samband som den hänskjutande domstolen har funnit föreligga mellan dessa bestämmelser och den nationella lagstiftning som är tillämplig i det nationella målet.
- 29 Den fråga som har ställts till domstolen kan följaktligen tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

- 30 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida direktiv 2014/24 ska tolkas så, att det utgör hinder för en nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken fullgörandet av ett offentligt kontrakt – som ursprungligen tilldelats en *in house*-enhet utan upphandlingsförfarande och över vilken enhet den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövade en kontroll som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning – automatiskt fullföljs av den ekonomiska aktör som har förvärvat denna enhet efter ett upphandlingsförfarande, när den aktuella upphandlande myndigheten inte har sådan kontroll över denna ekonomiska aktör.
- 31 Det framgår för det första av beslutet om hänskjutande att Lericis kommun under år 2005 och fram till år 2028 anförtrott ACAM att tillhandahålla den kommunala avfallshanteringstjänsten och att driften av den rent operativa verksamheten för att tillhandahålla denna tjänst anförtroddes dess dotterbolag ACAM Ambiente. Vid tidpunkten för tilldelningen innehades ACAM:s aktiekapital uteslutande av vissa kommuner, däribland Lericis kommun.
- 32 Enligt den hänskjutande domstolen utgjorde det kontrakt som tilldelades ACAM således ett offentligt tjänstekontrakt och denna tilldelning kunde genomföras utan anbudsinfordran, bland annat på grund av att Lericis kommun tillsammans med övriga aktieägarkommuner hade gemensam kontroll över ACAM motsvarande den kontroll som dessa kommuner utövade över

sina egna förvaltningar, i den mening som avses i domstolens praxis (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punkt 50). Tolkningsfrågan ska besvaras med utgångspunkt i detta antagande.

- 33 Det ska i detta hänseende erinras om att rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), som var tillämpligt när avtalet ingicks mellan Lerici kommun och ACAM, inte innebar att en upphandlande myndighet var skyldig att inleda ett förfarande för offentlig upphandling när den utövade en kontroll över den enhet som tilldelats kontraktet motsvarande den som myndigheten utövade över sin egen förvaltning och denna enhet bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande ägarmyndigheterna. Vid en *in house*-tilldelning anses den upphandlande myndigheten nämligen använda sig av sina egna resurser. Detta gäller när den enhet som tilldelas kontraktet förvisso juridiskt sett är fristående i förhållande till myndigheten, men i praktiken kan anses utgöra en del av den upphandlande myndighetens interna förvaltning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 49, och dom av den 18 juni 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, punkt 66).
- 34 När en enhet som ägs gemensamt av flera myndigheter anlitas, har domstolen slagit fast att ”motsvarande kontroll”, i den mening som avses i föregående punkt, kan utövas gemensamt av dessa myndigheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punkt 50, och dom av den 8 maj 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punkt 27).
- 35 För det andra framgår det även av beslutet om hänskjutande att ACAM, efter att under år 2013 ha ingått ett avtal om omstrukturering av sina skulder med sina borgenärer, beslutade att inleda en offentlig anbudsinfordran för att välja ut en ekonomisk aktör med vilken bolaget kunde slå sig samman. Detta förfarande utmynnade i att IREN valdes ut och förvärvade samtliga aktier i ACAM som innehades av de aktieägande kommunerna. Nämnda kommuner förvärvade en motsvarande andel av aktierna i IREN i samband med en kapitalökning i detta bolag som var reserverad för dem. Lericis kommun beslutade för sin del att godta ovannämnda avtal endast i den mån det innebar en överlåtelse av ACAM:s aktier.
- 36 ACAM Ambiente, som numera helt ägs av IREN, fortsatte i enlighet med artikel 3bis.2 bis i lagstiftningsdekret nr 138/2011 att tillhandahålla avfallshanterings tjänster för de kommuner som tidigare var aktieägare i ACAM, däribland Lerici kommun.
- 37 Efter dessa inledande preciseringar ska det för det första påpekas att när ett offentligt kontrakt, såsom i förevarande fall, har tilldelats ett offentligägt bolag utan föregående uppmaning till anbudsgivning, i enlighet med den rättspraxis som nämns i punkterna 33 och 34 ovan, kan det förhållandet att en annan ekonomisk aktör förvärvar detta bolag, under kontraktets giltighetstid, utgöra en ändring av ett grundläggande villkor för kontraktet vilket då fordrar att ett upphandlingsförfarande anordnas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 april 2006, ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237, punkterna 30–32, och dom av den 10 september 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punkt 53).

- 38 En sådan ändring kan nämligen leda till att den enhet som tilldelats kontraktet i praktiken inte längre kan likställas med den upphandlande myndighetens interna förvaltning, i den mening som avses i punkt 34 ovan, och följaktligen till att fullgörandet av det aktuella kontraktet inte längre kan fullföljas utan ett upphandlingsförfarande, eftersom den upphandlande myndigheten inte längre kan anses använda sig av sina egna resurser.
- 39 Eftersom IREN:s förvärv av ACAM ägde rum under år 2017, det vill säga sedan medlemsstaternas frist för att införliva direktiv 2014/24 hade löpt ut, såsom denna fastställs i artikel 90.1 i direktivet, är det mot bakgrund av bestämmelserna i sistnämnda direktiv som det ska prövas huruvida en sådan ändring krävde ett upphandlingsförfarande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 september 2021, Sisal m.fl., C-721/19 och C-722/19, EU:C:2021:672, punkt 28 och där angiven rättspraxis).
- 40 I detta avseende föreskrivs för det första i artikel 72.1 d ii i direktiv 2014/24 att ett offentligt kontrakt får ändras utan att ett nytt upphandlingsförfarande genomförs i enlighet med kraven i detta direktiv, om den entreprenör som den upphandlande myndigheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny entreprenör, förutsatt att den sistnämnda uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen faststälts och under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av detta direktiv.
- 41 Det framgår således av ordalydelsen i artikel 72.1 att dess tillämpningsområde är begränsat till det fall att den ursprungliga entreprenören fortsätter att fullgöra ett offentligt kontrakt som varit föremål för ett initialt upphandlingsförfarande som uppfyller kraven i direktiv 2014/24. Bland dessa krav återfinns iakttagande av principerna om icke-diskriminering, likabehandling och effektiv konkurrens mellan de ekonomiska aktörerna, enligt vad som framgår av och föreskrivs i artikel 18.1 och artikel 67.4 i direktivet.
- 42 En sådan tolkning stöds av artikel 72.4, enligt vilken en ändring av ett kontrakt anses vara väsentlig om den innebär att det införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha medfört att andra anbudssökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet eller skulle ha lockat fler deltagare i upphandlingsförfarandet. Nämnda tolkning stöds även av målet att öppna upp tilldelningen av offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt som eftersträvas enligt direktiven om offentlig upphandling, inte bara till förmån för ekonomiska aktörer utan även för de upphandlande myndigheterna (dom av den 27 november 2019, Tedeschi och Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, punkt 39).
- 43 En sådan ändring av entreprenör, såsom den som är aktuell i det nationella målet, kan således, i motsats till vad den österrikiska regeringen har hävdats, inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 72 i direktiv 2014/24 då det offentliga kontrakt som är i fråga i det nationella målet ursprungligen tilldelades en *in house*-enhet utan anbudsinfördran.
- 44 För det andra ska det påpekas att artikel 12.1–12.3 i direktiv 2014/24 bland annat återger de principer som det erinras om i punkterna 33 och 34 ovan, samtidigt som det preciseras under vilka villkor *in house*-tilldelningar inte ska omfattas av direktivets tillämpningsområde.

- 45 Enligt artikel 12.3 i direktiv 2014/24 får ett offentligt kontrakt tilldelas utan tillämpning av de upphandlingsförfaranden som föreskrivs i detta direktiv, under förutsättning att den upphandlande myndigheten tillsammans med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över den enhet som tilldelats kontraktet motsvarande den som de utövar över sin egen förvaltning, att den enhet som tilldelats kontraktet utför mer än 80 % av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning eller för andra juridiska personer som samma upphandlande myndigheter utövar kontroll över och slutligen att det inte finns något direkt privat ägarintresse i den nämnda enhetens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelserna i den berörda medlemsstatens lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade enheten.
- 46 Det framgår dessutom av sista stycket i artikel 12.3 att för att det ska föreligga gemensam kontroll, i den mening som avses i denna bestämmelse, förutsätts bland annat att samtliga upphandlande myndigheter representeras i den kontrollerade enhetens beslutande organ och gemensamt kan utöva ett avgörande inflytande över enhetens strategiska mål och viktiga beslut.
- 47 Det framgår emellertid av de handlingar som ingetts till domstolen att LERICI kommun vid tidpunkten för det beslut som är föremål för talan vid den hänskjutande domstolen inte hade någon andel i IREN:s kapital, vilket för övrigt i stor utsträckning är öppet för privat ägande. För det andra förefaller LERICI kommun inte vara representerad i bolagets beslutande organ och kan inte heller påverka IREN:s strategiska mål eller viktiga beslut, ens tillsammans med de andra kommuner som innehade andelar i ACAM.
- 48 Av detta följer att de villkor som föreskrivs i artikel 12.3 i direktiv 2014/24, angående när tilldelning av ett offentligt kontrakt kan anses falla utanför tillämpningsområdet för de upphandlingsförfaranden som föreskrivs i detta direktiv, inte förefaller vara uppfyllda, vilket det emellertid ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.
- 49 Det framgår inte heller av de handlingar som ingetts till domstolen att IREN skulle ha sådana relationer med LERICI kommun att villkoren i artikel 12.1 eller 12.2 i direktivet för att ett sådant kontrakt ska kunna kvalificeras som en *in house*-transaktion skulle vara uppfyllda.
- 50 Med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning ska det förhållandet att IREN fortsatt att fullgöra det offentliga kontraktet således anses ske till följd av en ändring av ett grundläggande villkor för kontraktet, vilket fordrar att ett upphandlingsförfarande anordnas. IREN har således rätt att fortsätta fullgörandet av kontraktet enligt direktiv 2014/24 först sedan bolaget tilldelats kontraktet efter ett upphandlingsförfarande som genomförts i enlighet med kraven i direktivet.
- 51 Den omständigheten att IREN valdes ut av ACAM, och följaktligen av de kommuner som ägde detta bolag, efter ett offentligt upphandlingsförfarande, ändrar inte denna slutsats.
- 52 Det räcker nämligen att konstatera, såsom påpekats i punkt 47 ovan, att LERICI kommun vid tidpunkten för det beslut som är föremål för talan vid den hänskjutande domstolen inte innehade någon, ens indirekt, ägandeandel i IREN.

- 53 Vid fullgörandet av det offentliga kontrakt som är i fråga i det nationella målet kan IREN således inte likställas med ett halvoffentligt bolag, som ägs både av den upphandlande myndigheten, om än indirekt, och av en enhet som valts ut av myndigheten efter ett öppet och tydligt konkurrensutsatt förfarande, i den mening som avses i dom av den 15 oktober 2009, Acoset (C-196/08, EU:C:2009:628).
- 54 Utan att det är nödvändigt att undersöka särdragen i det offentliga upphandlingsförfarande varigenom IREN valdes ut, kan detta förfarande under alla omständigheter inte – såvitt gäller det offentliga kontrakt som är aktuellt i det nationella målet – likställas med ett upphandlingsförfarande som uppfyller kraven i direktiv 2014/24, eftersom IREN, såväl före sammanslagningen med ACAM som efter det att de andra kommunerna blivit delägare i bolaget, är ett organ som är skilt från Lerici kommun.
- 55 Mot bakgrund av det ovan anförda finner domstolen att direktiv 2014/24 utgör hinder för att genomförandet av ett offentligt kontrakt som har blivit föremål för en *in house*-tilldelning fortsätter, utan upphandlingsförfarande, när den upphandlande myndigheten inte längre äger någon andel, inte ens indirekt, i den enhet som tilldelats kontraktet och inte längre har någon kontroll över denna.
- 56 Det ska även tilläggas att en sådan slutsats gäller även för det fall att provinsen La Spezia, såsom beslutet om hänskjutande ger intryck av, ska anses ha gjort en ny tilldelning av det kontrakt som är aktuellt i det nationella målet.
- 57 Det framgår nämligen av beslutet om hänskjutande att provinsen, som blev behörig att tillhandahålla den kommunala avfallshanteringstjänsten i de kommuner som ingår i dess geografiska område, den 6 augusti 2018 godkände en uppdatering av områdesplanen för tillhandahållande av tjänsten för kommunal avfallshantering i provinsen, genom att utse ACAM Ambiente till tjänsteleverantör i denna kommun, till och med år 2028.
- 58 Även om beslutet av den 6 augusti 2018 ska förstås så, att kontraktet att tillhandahålla en sådan avfallstjänst tilldelades ACAM Ambiente, ett helägt dotterbolag till IREN, uppfyller en sådan direkttilldelning inte heller de krav som ställs i direktiv 2014/24.
- 59 Det framgår nämligen inte av de handlingar som ingetts till domstolen att provinsen La Spezia och ACAM Ambiente befinner sig i någon av de situationer som räknas upp i artikel 12 i direktivet. Det ska bland annat påpekas att denna provins varken förefaller inneha några ägarandelar i IREN, och följaktligen inte heller i ACAM Ambiente, eller utöva någon kontroll över dessa enheter.
- 60 Härav följer, med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning, att artikel 12 i direktiv 2014/24 inte kan motivera att provinsen La Spezia, utan upphandlingsförfarande, tilldelade ACAM Ambiente ett offentligt tjänstekontrakt.
- 61 Mot bakgrund av de handlingar som ingetts till domstolen förefaller en sådan tilldelning inte heller kunna likställas med tilldelning av ett offentligt kontrakt till ett halvoffentligt bolag på de villkor som domstolen erinrat om i punkt 53 ovan. Det är således tillräckligt att erinra om att provinsen La Spezia, såsom har påpekats i punkt 59 ovan, inte tycks inneha någon ägarandel i IREN och följaktligen inte heller i ACAM Ambiente.

- 62 Mot denna bakgrund ska direktiv 2014/24 tolkas så, att det utgör hinder för en nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken fullgörandet av ett offentligt kontrakt – som ursprungligen tilldelats en *in house*-enhet utan upphandlingsförfarande och över vilken enhet den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövade en kontroll som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning – automatiskt fullföljs av den ekonomiska aktör som har förvärvat denna enhet efter ett upphandlingsförfarande, när den aktuella upphandlande myndigheten inte har sådan kontroll över denna ekonomiska aktör och inte innehar någon ägarandel i dess kapital.

Rättegångskostnader

- 63 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas så, att det utgör hinder för en nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken fullgörandet av ett offentligt kontrakt – som ursprungligen tilldelats en *in house*-enhet utan upphandlingsförfarande och över vilken enhet den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövade en kontroll som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning – automatiskt fullföljs av den ekonomiska aktör som har förvärvat denna enhet efter ett upphandlingsförfarande, när den aktuella upphandlande myndigheten inte har sådan kontroll över denna ekonomiska aktör och inte innehar någon ägarandel i dess kapital.

Underskrifter