

Sag C-332/20**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

22. juli 2020

Forelæggende ret:

Consiglio di Stato (Italien)

Afgørelse af:

13. februar 2020

Appellanter:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Indstævnte:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Hovedsagens genstand

Tvisten vedrører lovligheden af en offentligretlig ordregivende myndigheds afgørelse om at udelukke en sammenslutning bestående af to selskaber fra en udbudsprocedure for udvælgelse af den private partner i et nyt halvoffentligt selskab, som skulle stiftes, fordi myndighedens indirekte deltagelse i et af disse to selskaber ville bevirke, at den højeste grænse på 51% for myndighedens kapitalandel i dette nye halvoffentlige selskab blev overskredet.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Fortolkningen af direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU samt artikel 107 TEUF med henvisning til den italienske lovgivning, som fastsætter grænser for offentlig deltagelse i halvoffentlige selskaber.

Artikel 267 TEUF.

Præjudicielle spørgsmål

1) Er det foreneligt med [EU]-retten og den korrekte fortolkning af 14. og 32. betragtning til samt artikel 12 og 18 i direktiv 2014/24/EU og artikel 30 i direktiv 2014/23/EU, herunder med henvisning til artikel 107 TEUF, at der i forbindelse med fastlæggelse af, at den private partners kapitalandel i et halvoffentligt selskab, som skal stiftes, overholder den minimumsgrænse på 30%, som den nationale lovgiver anser for at være hensigtsmæssig ved gennemførelse af de [EU]-retlige principper, der er fastsat i Domstolens praksis, udelukkende skal tages hensyn til denne partners formelle/dokumenterede kapitalstruktur, eller kan – eller snarere skal – den ordregivende myndighed tage hensyn til sin indirekte deltagelse i den tilbudsgivende private partner?

2) Såfremt det foregående spørgsmål besvares bekræftende, er det da kohærent og foreneligt med de [EU]-retlige principper, navnlig konkurrenceprincippet, proportionalitetsprincippet og hensigtsmæssighedsprincippet, at den ordregivende myndighed fra udbudsproceduren kan udelukke en tilbudsgivende privat partner, hvis reelle kapitalandel i det halvoffentlige selskab, som skal stiftes, som følge af den konstaterede direkte eller indirekte offentlige deltagelse de facto er under 30%?

Anførte EU-retlige forskrifter og anført praksis fra Domstolen

Direktiv 2014/24/EU, især 14. og 32. betragtning samt artikel 12 og 18

Direktiv 2014/23/EU, især artikel 3 og 30

Domstolens dom af 15. oktober 2009, C-196/08, Acoset

Domstolens dom af 22. december 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy

Kommissionens fortolkningsmeddelelse af 12. april 2008

Kommissionens grønbog af 30. april 2004

Artikel 106 TEUF

Anførte nationale forskrifter

Decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175, »Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica« (lovdekret nr. 175 af 19.8.2016 om konsoliderede bestemmelser vedrørende selskaber med offentlig deltagelse), især de nedenfor anførte artikler.

Artikel 4 fastsætter de formål, som offentlige myndigheder kan forfølge, når de stifter selskaber med offentlig deltagelse: For det første skal der være tale om selskaber, hvis aktiviteter er strengt nødvendige for at forfølge myndighedens institutionelle formål; for det andet skal aktiviteterne være omfattet af dem, der udtrykkeligt anføres i bestemmelsens stk. 2, nærmere bestemt bl.a. a) produktion af tjenesteydelser af almen interesse, herunder etablering og forvaltning af netværk og udstyr til brug for disse tjenester, b) projektering og gennemførelse af et offentligt bygge- og anlægsarbejde på grundlag af en programaftale mellem offentlige myndigheder, og c) opførelse og forvaltning af et offentligt bygge- og anlægsarbejde eller organisering og forvaltning af tjenesteydelser af almen interesse gennem en partnerskabsaftale.

Artikel 7, stk. 5, foreskriver, at private partnere forudgående udvælges gennem udbudsprocedurer i henhold til artikel 5, stk. 9, i decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (lovdekret nr. 50 af 18.4.2016, loven om offentlige kontrakter), mens artikel 17, stk. 2, bestemmer, at »[d]en private partner skal opfylde kvalifikationskravene i love eller andre retsfor skrifter i relation til de aktiviteter, som selskabet stiftes for«, idet disse (almindelige og særlige, tekniske og økonomisk-finansielle) kvalifikationskrav skal specificeres i udbudsbekendtgørelsen.

Artikel 17, stk. 1, bestemmer, at »[i] halvoffentlige selskaber må den private partners kapitalandel ikke være under 30%, og udvælgelsen af denne partner finder sted gennem en udbudsprocedure [...], der vedrører på samme tid dels den private partners tegning eller erhvervelse af kapitalandelen, dels tildelingen af den offentlige kontrakt eller koncessionskontrakt, som udgør det halvoffentlige selskabs eneste selskabsformål«.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Roms kommune, som betegnes Roma Capitale, indledte en udbudsprocedure for udvælgelse af den private partner og tildeling af den integrerede skoleservice, som henhører under Roma Capitals ansvarsområde, til et halvoffentligt aktieselskab, idet Roma Capitale fastsatte, at den selv skulle eje en kapitalandel på 51%, mens den private partner skulle eje en kapitalandel på 49% og bære hele driftsrisikoen.
- 2 I udbudsproceduren deltog bl.a. den sammenslutning, som skulle stiftes af Roma Multiservizi s.p.a. sammen med Rekeep s.p.a., men som imidlertid blev udelukket med den begrundelse, at 51% af Roma Multiservizi s.p.a. ejes af selskabet AMA s.p.a., som er helejet af den ordregivende myndighed Roma Capitale. Ved at lægge den direkte og indirekte kapitalandel sammen ville Roma Capitale ende med at eje en reel kapitalandel på 73,5% i det halvoffentlige selskab, som skulle stiftes, og denne kapitalandel ville således overskride den i udbudsbekendtgørelsen fastsatte grænse på 51%.

- 3 Roma Multiservizi s.p.a. og Rekeep s.p.a. anlagde to særskilte søgsmål ved Tribunale amministrativo regionale del Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) med påstand om annullation af foranstaltningen om udelukkelse. Begge selskaber anmodede subsidiært retten om at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål med henblik på at opnå den korrekte fortolkning af den nationale lovgivning om udvælgelse af den private partner i et halvoffentligt selskab, som skal stiftes.
- 4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio forkastede begge søgsmål. De to selskaber har iværksat appel ved den forelæggende ret og igen anmodet om, at sagen forelægges Domstolen.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

Appellanterne har fremsat lignende anbringender. Især har Roma Multiservizi s.p.a. gjort følgende gældende:

- a) Hvad angår den private partner fastsatte udbudsbekendtgørelsen ikke udtrykkeligt, at der i forbindelse med fastlæggelse af, at den private partners kapitalandel på 49% var overholdt, skulle tages højde for den indirekte offentlige deltagelse i denne partner.
- b) Foranstaltningen om udelukkelse var under alle omstændigheder ugyldig som følge af tilsidesættelsen af princippet om, at udelukkelsesgrundene er udtømmende.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 5 Den forelæggende ret har først og fremmest redegjort for den nævnte italienske lovgivning om gennemførelse af direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU, som regulerer bl.a. halvoffentlige selskaber. Denne lovgivning fastsætter, at en offentlig myndighed ved varetagelsen af bestemte aktiviteter kan vælge enten »in house«-forvaltning ved et helejet datterselskab eller stiftelse af et halvoffentligt selskab, og lovgiver har indført detaljerede bestemmelser for den sidstnævnte model, for at den skal være forenelig med EU-retten. Herved har lovgiver taget højde for kritikken rejst i Domstolens praksis mod den tidligere gældende nationale lovgivning, ifølge hvilken en offentlig myndighed, uden at gennemføre udbudsprocedurer, kun kunne indgå aftaler angående udførelse af aktiviteter eller levering af tjenesteydelser med selskaber, der – direkte eller indirekte – overvejende eller fuldt ud ejes af det offentlige. Denne kritik baserede sig på, at direkte tildeling af en tjenesteydelseskontrakt til et halvoffentligt selskab kan resultere i en omgåelse af konkurrenceprincippet, idet undtagelser fra dette princip kun er tilladt, når de på passende måde er begrundet i behovet for at varetage en opgave til gavn for offentligheden, dvs. inden for rammerne af et succesfuldt offentligt-privat partnerskab, såsom anført i Kommissionens »Grønbog« af 30. april 2004.

- 6 I denne forbindelse skal det præciseres, at det formål, som forfølges af det halvoffentlige selskab (økonomisk gevinst), adskiller sig fra den offentlige myndigheds formål, som utvivlsomt er offentligt, hvorfor det halvoffentlige selskabs aktiviteter og tjenesteydelser er omfattet af adgangsbetingelser, som en aktør af udelukkende privatretlig karakter ikke ville anse for fordelagtige. Den højeste grænse på 70% for den offentlige kapitalandel i det halvoffentlige selskab fastsætter således den tærskel, over hvilken dette selskabs aktiviteter ville fordreje konkurrencen på markedet, fordi en sådan grænse ikke alene ville gøre den pågældende markedssektor lidet attraktiv, men også ville gøre det muligt for den private partner i det halvoffentlige selskab at begrænse den økonomiske risiko ved deltagelsen i selskabet til en uforholdsmæssigt lav grænse (under 30%). Desuden er halvoffentlige selskaber, hvis private partner udvælges gennem en dobbelt udbudsprocedure, resultatet af en udvikling i retspraksis ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, den forelæggende ret), som Domstolen fandt korrekt (dom af 15.10.2009, C-196/08, Acoset).
- 7 Endvidere kan følgende antages i lyset af den gældende EU-lovgivning:
- a) En offentlig myndigheds valg om at stifte et halvoffentligt selskab udgør et typisk udtryk for de skønsbeføjelser, som loven tildeler myndigheden med henblik på forfølgelsen af den almene interesse, som myndigheden skal varetage.
 - b) Den private partner, som skal udvælges gennem en udbudsprocedure, skal være en operativ partner, og ikke en simpel kapitalpartner, henset til den særlige rolle, som denne partner skal indtage ved forfølgelsen af selskabsformålet; i øvrigt er involveringen af den private partner for at forfølge almene formål netop begrundet i, at den offentlige myndighed mangler de nødvendige kompetencer, som den private partner har.
 - c) Deltagelsen af den operative private partner skal være hensigtsmæssig, dvs. egnet til at forfølge selskabsformålet; netop for at overholde de EU-retlige principper har den nationale lovgiver fastsat, at denne hensigtsmæssighed opnås ved, at den private partners kapitalandel er på mindst 30%, med den konsekvens, at en kapitalandel under denne grænse i sig selv ikke er egnet til at forfølge selskabsformålet.
 - d) På tilsvarende måde må den offentlige kapitalandel i det halvoffentlige selskab ikke overskride 70%.
- 8 For at løse tvisten er det nødvendigt at afklare, hvorvidt der hvad angår overholdelsen af de korrekte grænser for kapitalandelene i et halvoffentligt selskab, som skal stiftes (en offentlig kapitalandel på ikke over 70% og en privat kapitalandel på ikke under 30%), udelukkende skal tages hensyn til den retlige karakter af den private partner (som »formelt« set er et privatretligt aktieselskab), eller hvorvidt der, såfremt det offentlige ejer kapitalandele i denne private partner, også skal tages hensyn til det »materielle« aspekt af denne deltagelse. I det første

tilfælde – såsom appellanterne har gjort gældende – ville der gives forrang for princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og princippet om forbud mod forskelsbehandling, i tillæg til det mere almindelige princip om frihed til at oprette og drive egen virksomhed; det andet tilfælde, hvor der ikke tages højde for de kapitalandele, som ejes af det offentlige, ville føre til en situation, hvor der er risiko for, at de nationale bestemmelser omgås, og som kan give anledning til markedssvigt samt udgør en tilsidesættelse af konkurrenceprincippet, fordi en privat partner utilbørligt ville kunne drage fordel af offentlig deltagelse. Set ud fra det sidstnævnte aspekt burde afgørelsen fra en offentlig myndighed (i den foreliggende situation *Roma Capitale*), som efter vurderingen af den reelle kapitalstruktur i de partnere, som inden for rammerne af en udbudsprocedure ansøger om at blive udvalgt til partneren i et halvoffentligt selskab, som skal stiftes, beslutter at udelukke en tilbudsgiver, hvori myndigheden ejer en betydelig kapitalandel, opfattes som kohærent med såvel de nationale forfatningsmæssige principper som med de EU-retlige principper, navnlig virkningsprincippet, effektivitetsprincippet, hensigtsmæssighedsprincippet og proportionalitetsprincippet, i relation til konkurrenceprincippet, ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling. Valget af den ene eller den anden mulige fortolkning fører til, at sagen løses i den ene eller i den modsatte retning, således at det er relevant at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse.