

**Mål C-441/02**

**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler**

**Datum för ingivande:**

22 juli 2020

**Domstol som begär förhandsavgörande:**

Consiglio di Stato (Italia)

**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

13 februari 2020

**Klagande:**

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

**Motparter:**

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

---

**Saken i det nationella målet**

Twisten avser lagenligheten av ett beslut som fattats av en offentligrättslig upphandlande myndighet, genom vilket en grupp bestående av två bolag uteslöts från ett anbudsförfarande för val av en privat delägare till ett nybildat offentligt-privat bolag. Frågan är huruvida det indirekta ägandet i ett av dessa två bolag ledde till den upphandlande myndighetens egen ägarandel i det nya offentligt-privata bolaget överskred den fastställda övre gränsen på 51 procent.

**Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande**

Tolkning av direktiven 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU samt artikel 107 FEUF mot bakgrund av den italienska lagstiftningen om gränser för offentligt ägande i offentlig-privata företag.

Artikel 267 FEUF.

## Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

1) Är det förenligt med unionsrätten och med en korrekt tolkning av skälen 14 och 32 samt artiklarna 12 och 18 i direktiv 2014/24/EU och artikel 30 i direktiv 2014/23/EU, även jämförda med artikel 107 FEUF, att vid tillämpningen av tröskelvärdet på 30 procent av den privata delägarens ägarandel i ett offentligt-privat företag – ett tröskelvärde som den nationella lagstiftaren funnit lämpligt utifrån unionsrättens principer fastställda i unionens rättspraxis – enbart beakta den formella ägarstrukturen, eller får, eller rentav måste, den upphandlande myndigheten ta hänsyn även till sitt indirekta ägande i det privata delägande företaget?

2) Om den första frågan besvaras jakande, är det då förenligt med unionsrättens principer, särskilt med konkurrens-, proportionalitets- och lämplighetsprinciperna, att den upphandlande myndigheten får utesluta den privata delägaren, vars faktiska ägarandel i det offentlig-privata företaget till följd av det konstaterade direkta eller indirekta offentliga ägandet är mindre än 30 procent, från upphandlingen?

### Anförda unionsbestämmelser

Direktiv 2014/24/EU, särskilt skälen 14 och 32 samt artiklarna 12 och 18.

Direktiv 23/2014/EU, särskilt artiklarna 3 och 30.

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

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

Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande av den 12 april 2008.

Europeiska kommissionens grönbok av den 30 april 2004.

Artikel 106 FEUF.

### Anförda nationella bestämmelser

Decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175, "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" (lagstiftningsdekret nr 175 av den 19 augusti 2016, "konsoliderad version om offentligägda bolag"), särskilt följande artiklar:

Artikel 4 fastställer de syften som myndigheterna får eftersträva genom att bilda ett bolag där de är ägare. För det första ska bolagets verksamhet vara strikt nödvändig för att nå myndighetens institutionella syften. För det andra ska verksamheten ingå bland de verksamheter som anges i artikel 4.2 i lagstiftningsdekretet, det vill säga i synnerhet a) tillhandahållande av allmännyttiga tjänster, inbegripet upprättande och drift av ändamålsenliga nät och anläggningar för dessa tjänster, b) planering och utförande av offentliga anläggningsarbeten enligt programavtal mellan myndigheter, eller c) uppförande

och drift av offentliga anläggningar eller organisering och tillhandahållande av allmännyttiga tjänster genom avtal om gemensamt ägande.

Artikel 7.5 föreskriver att de privata delägarna ska väljas ut på förhand genom ett offentligt anbudsförfarande i enlighet med artikel 5.9 i decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016 (lag om offentlig upphandling)), medan artikel 17.2 föreskriver att "[p]rivata delägare ska uppfylla de kvalifikationer som föreskrivs i lagar och förordningar avseende den verksamhet för vilken bolaget har bildats". De (allmänna och särskilda, tekniska och ekonomisk-finansiella) kvalifikationer som krävs ska preciseras i meddelandet om upphandling.

Artikel 17.1 föreskriver att "[i] bolag med både offentligt och privata ägande får den privata delägarans andel inte understiga 30 procent, och urvalet av denna delägare ska ske genom ett offentligt anbudsförfarande ... och ska samtidigt omfatta både tecknande eller förvärv av andelar från den privata delägarans sida och tilldelning av det kontrakt eller den koncession som är det offentlig-privata bolagets enda syfte".

#### **Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet**

- 1 Roms kommun (nedan kallad staden Rom) inledde ett anbudsförfarande för val av en privat delägare och tilldelning av den integrerade skoltjänst som omfattas av staden Roms behörighet till ett offentlig-privat aktiebolag. Staden Roms ägarandel bestämdes till 51 procent och den privata delägarans andel till 49 procent. Det fastställdes också att den privata delägarans skulle stå för hela verksamhetsrisken.
- 2 I anbudsinfordran deltog bland annat en grupp av företag bestående av Roma Multiservizi s.p.a. och Rekeep s.p.a., vilken emellertid uteslöts med motiveringen att Rom Multiservizi ägde 51 procent av bolaget AMA s.p.a., vilket var helägt av den upphandlande myndigheten själv, det vill säga staden Rom. Lade man samman det direkta och det indirekta ägandet uppgick alltså staden Roms andel av det offentlig-privata bolaget till 75,3 procent, det vill säga mer än den övre gräns på 51 procent som fastställts för upphandlingsförfarande.
- 3 Genom två separata ansökningar yrkade Roma Multiservizi och Rekeep att Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen för Lazio) skulle ogiltigförklara uteslutningsbeslutet. Båda dessa bolag yrkade även, i andra hand, att rätten skulle begära att EU-domstolen redogjorde för den korrekta tolkningen av de nationella bestämmelserna om val av privata delägare i offentlig-privata bolag.
- 4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen för Lazio) ogillade talan i båda målen. Båda bolagen har överklagat till den hänskjutande domstolen och vidhållit sin begäran om hänskjutande till EU-domstolen.

## Parternas huvudargument

De båda klagandena har åberopat liknande grunder. I synnerhet har Rom Multiservizi gjort gällande följande:

- a) Vad gäller den privata delägaren framgick det inte uttryckligen av meddelandet om upphandling att ägarandelen på 49 procent för den privata delägaren inte heller kunde uppnås genom indirekt offentligt ägande.
- b) Uteslutningsbeslutet är i alla händelser ogiltigt på grund av åsidosättande av principen att uteslutningsklausulerna ska vara uttömmande.

## Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 5 Den hänskjutande domstolen har inledningsvis redogjort för de italienska bestämmelser som införlivar de ovannämnda direktiven 2014/23, 2014/24 och 2014/25, vilka bland annat reglerar offentlig-privata bolag. De bestämmelserna föreskriver att myndigheterna för driften av viss verksamhet får välja mellan att sköta verksamheten ”in house” genom ett helägt bolag och att bilda ett offentligt-privat bolag. För den sistnämnda modellen föreskrivs ett analytiskt regelverk för att se till att den är förenlig med unionsrätten. Således har hänsyn tagits till de anmärkningar som gjorts i unionens rättspraxis angående den tidigare nationella lagstiftningen, som förbehöll bolag som direkt eller indirekt var helt eller huvudsakligen statligt eller offentligt ägda rätten att ingå avtal om verksamheter eller tjänster med myndigheterna utan anbudsförfarande. Till grund för anmärkningarna låg den observationen att det kan strida mot principen om fri konkurrens att upphandla tjänster direkt från ett offentligt-privat bolag. Undantag får göras för bolaget bara om detta är tillräckligt motiverat av behovet att fullgöra uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse. Det ska alltså vara fråga om ett nyttigt samarbete mellan det offentliga och det privata, såsom anges i Europeiska kommissionens ”grönbok” av den 30 april 2004.
- 6 Man måste i detta avseende precisera och skilja mellan offentlig-privata bolagets (vinstdrivande) syfte och den offentliga förvaltningen, vilken obestridligen är offentlig, vilket innebär att det offentlig-privata bolagets verksamhet och de tjänster som det tillhandahåller omfattas av villkor avseende tillgänglighet som en rent privat aktör skulle anse ofördelaktiga. Den övre gränsen på 70 procent av offentligt ägande i det offentlig-privata bolaget representerar således den punkt bortom vilken bolagets verksamhet skulle påverka konkurrensen på marknaden, eftersom den delen av marknaden inte bara skulle bli föga attraktiv, utan även göra det möjligt för den privata delägaren i det offentlig-privata bolaget att i alltför hög grad (till mindre än 30 procent) begränsa den ekonomiska risken för att delta i nämnda bolag. Samtidigt är det offentlig-privata bolaget där den privata delägaren valts ut genom ett anbudsförfarande med dubbla syften utkomsten av den rättspraxis som utvecklats av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen), den hänskjutande domstolen i detta mål, vilken EU-domstolen funnit korrekt (dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08, Acoset).

- 7 Vidare kan följande antas, mot bakgrund av gällande unionsrätt:
- a) En myndighets val av att bilda ett offentligt-privat bolag är ett typiskt uttryck för det utrymme för skönsmässig bedömning som den har enligt lag för att uppnå de mål av allmänintresse som den ansvarar för.
  - b) Den privata delägaren, som ska väljas ut genom ett offentligt anbudsförfarande, ska bedriva faktisk verksamhet och inte vara ett rent holdingbolag, med hänsyn till den roll som denne har att spela i uppnåendet av det bolagets syfte. Den privata delägarens medverkan i att arbeta för målen av allmänintresse är motiverad av att nödvändig kompetens som saknas internt inom myndigheten finns hos den privata delägaren.
  - c) Den operativa privata delägarens medverkan ska vara adekvat, det vill säga ägnad att göra det möjligt att nå bolagets syfte. Denna adekvans har preciserats av den nationella lagstiftaren, just för att unionsrättens principer ska iakttas, till ett tröskelvärde på 30 procents ägande. En mindre ägarandel än så betyder i sig att den inte är ägnad att på ett effektivt sätt göra det möjligt att nå bolagets syfte.
  - d) på motsvarande sätt får den offentliga ägarandelen i det offentlig-privata bolaget inte överstiga 70 procent.
- 8 För att lösa tvisten måste det avgöras huruvida man enbart ska ta hänsyn till den privata delägarens rättsliga ställning ("formellt" sett ett privaträttsligt aktiebolag) eller om man, när det företaget delvis är offentligt ägt, även ska beakta denna "väsentliga" ägarandel, när det gäller att avgöra om gränsen för det offentlig-privata bolagets ägande (högst 70 procent offentligt och minst 30 procent privat ägande) har iakttagits. I det första fallet gynnar, såsom klagandena har anfört, likabehandlingen av konkurrenter och icke-diskrimineringsprincipen samt den mer allmänna principen om frihet att ta privata ekonomiska initiativ. I det andra fallet skulle man, genom att inte beakta det offentliga aktieinnehavet, riskera att kringgå den nationella lagstiftningen, vilket skulle kunna leda till ineffektivitet på marknaden och åsidosätta konkurrensprincipen, eftersom det skulle vara möjligt för en privat delägare att orättmätigt dra nytta av fördelarna med det offentliga ägandet. I det sistnämnda fallet ska ett beslut av en myndighet (i förevarande fall staden Rom) där det görs en konkret bedömning av sammansättningen av vilka som får vara med och konkurrera om att bli delägare i ett offentligt-privat bolag, och ett företag som till väsentlig del ägs av myndigheten själv utestängs, anses vara förenligt med de nationella konstitutionella principerna och med de unionsrättsliga principerna om effektivitet, lämplighet och proportionalitet, mot bakgrund av principerna om konkurrens, likabehandling och icke-diskriminering. Valet av den ena eller den andra tolkningsmöjligheten torde avgöra tvisten i den ena eller i den andra, motsatta riktningen. Den tolkningsfråga som ska ställas till EU-domstolen är därför relevant.