

Mål C-719/20

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

30 december 2020

Domstol som begär förhandsavgörande:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

18 november 2020

Klagande:

Comune di Lerici

Motparter:

Provincia di La Spezia, IREN S.p.a., ACAM Ambiente S.p.a.

Saken i det nationella målet

Överklagande av dom nr 847 som meddelades av TAR Liguria den 6 november 2019, genom vilken nämnda domstol ogillade Lerici kommuns överklagande med yrkande om upphävande av beslutet av Consiglio provinciale di La Spezia (Provinsstyrelsen i La Spezia), i vilket bolaget Acam Ambiente S.p.a. angavs som tillhandahållare av tjänsten för hantering av kommunalt avfall åt nämnda kommun genom in house-tilldelning.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Mot bakgrund av artikel 267 FEUF begär den hänskjutande domstolen att få klargöranden om huruvida bestämmelserna om att tilldela juridiska personer offentliga kontrakt är förenliga med unionsrätten, särskilt med hänsyn till begreppet ”motsvarande kontroll”.

Fråga som har hänskjutits för förhandsavgörande

Utgör artikel 12 i direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 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?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG; särskilt artikel 12 ("Offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn"), som föreskriver villkoren för att göra en in house-tilldelning, det vill säga en tilldelning direkt och utan upphandlingsförfarande.

Anförd praxis från EU-domstolen

EU-domstolens dom av den 18 november 1999, Teckal, C-107/98 (villkoren för huvuddelen av verksamheten och den motsvarande kontrollen).

EU-domstolens dom av den 13 november 2008, Coditel Brabant SA, C-324/07 (motsvarande kontroll av flera myndigheter tillsammans).

EU-domstolens dom av den 17 juli 2008, kommissionen/Italien, C-371/05 ("avgörande inflytande").

EU-domstolens dom av den 10 september 2009, Sea Srl/Comune di Ponte Nossa, C-573/07 (för att behålla den motsvarande kontrollen bör strukturen på andelarna i det bolag som tilldelas kontraktet förbli densamma under referensperioden)

EU-domstolens dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle, C-26/03 (i princip är en motsvarande kontroll utesluten när det vid sidan av offentliga delägare finns en privat delägare).

Anförda nationella bestämmelser

Decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (lagdekret nr 138 av den 13 augusti 2011) (offentliggjort i *Gazzetta Ufficiale* – allmänna serien – nr 188 av den 13 augusti 2011); särskilt artikel 3 bis punkt 2 bis, som har följande lydelse: ”Den ekonomiska aktör som helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe till följd av bolagstransaktioner som har skett genom transparenta förfaranden, däribland fusioner eller förvärv, ska fortsätta att tillhandahålla tjänsterna till dess att kontraktet löper ut, under förutsättning att de kvalitativa kriterier som ursprungligen fastställdes iakttas.”

Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ”Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali” (lagstiftningsdekret nr 267 av den 18 augusti 2000, ”Konsoliderad version av lagstiftningen om lokala myndigheters organisation”) (offentliggjort i *Gazzetta Ufficiale* nr 227 av den 28 september 2000 – ordinarie tillägg nr 162); särskilt artikel 113

Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ”Norme in materia ambientale” (lagstiftningsdekret nr 152 av den 3 april 2006, ”Miljöbestämmelser”) (offentliggjort i *Gazzetta Ufficiale* nr 88 av den 14 april 2006 – ordinarie tillägg nr 96); särskilt artikel 200

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ”Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture” (lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016, ”Genomförande av direktiven 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU om tilldelning av koncessioner, om offentlig upphandling och om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, samt om anpassning av gällande bestämmelser om offentliga byggentreprenad-, tjänste- och varukontrakt”) (offentliggjort i *Gazzetta Ufficiale* nr 91 av den 19 april [2016], allmänna serien – ordinarie tillägg nr 10); särskilt artikel 5

Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, ”Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (lagstiftningsdekret nr 175 av den 19 augusti 2016, ”Konsoliderad version av bestämmelserna om offentligägda bolag”) (offentliggjort i *Gazzetta Ufficiale* nr 210 av den 8 september 2016, allmänna serien); särskilt artikel 2.1 c och d

Legge 23 dicembre 2014, n. 190, ”Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)” (lag nr 190 av den 23 december 2014, ”Bestämmelser om upprättandet av statens årliga och fleråriga budget (2015 års stabilitetslag)”) (offentliggjord i *Gazzetta Ufficiale* nr 300 av den 29 december 2014 – allmänna serien, ordinarie tillägg nr 99); särskilt artikel 1 punkterna 611 och 612

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

- 1 ACAM, ett helt offentligägt aktiebolag vars andelar var fördelade mellan vissa kommuner i provinsen La Spezia, tillhandahöll genom sina egna dotterbolag offentliga tjänster i dessa kommuner.
- 2 I synnerhet skötte ACAM avfallshanteringen i Lerici kommun genom dotterbolaget ACAM Ambiente S.p.a., på grundval av en in house-tilldelning (genom beslut av den 15 juni 2005), och kontraktet skulle löpa ut år 2028.
- 3 På grund av en krissituation var ACAM tvunget att ingå ett avtal om omstrukturering av skulder med sina borgenärer, vilket föreskrivs i den italienska konkurslagen. Inom ramen för detta avtal inledde bolaget, för att genomföra en transaktion för sammanslagning, en offentlig upphandling riktad till de andra offentligägda bolag som tillhandahåller offentliga tjänster på den italienska marknaden, och valde ut IREN, ett offentligt kontrollerat bolag som var börsnoterat.
- 4 I sådana fall föreskriver nämnda artikel 3 bis punkt 2 bis i lagdekret nr 138 av den 13 augusti 2011 att verksamheten ska fortsätta att utföras utan avbrott av den som ursprungligen tilldelades kontraktet och den enhet som trätt i dennes ställe.
- 5 För att genomföra ett investeringsavtal som ingicks den 29 december 2017, sålde de anslutna kommuner som var delägare sina aktier i ACAM till IREN och förvärvade en motsvarande andel av aktierna i IREN genom att samtycka till en reserverad kapitalökning. På så sätt omvandlades aktierna i ACAM till aktier i IREN, och IREN fortsatte, genom ACAM:s dotterbolag – som således kom att bli IREN:s dotterbolag – att tillhandahålla de tjänster som dotterbolagen ursprungligen hade tilldelats.
- 6 Lerici kommun motsatte sig sammanslagningen och anslöt sig till investeringsavtalet endast vad beträffade avyttringen av dess aktier i ACAM till IREN, och den avyttrade därefter aktierna den 11 april 2018. Eftersom den på så sätt inte längre var delägare i IREN, som fick i uppdrag att tillhandahålla tjänsten, ansåg kommunen att förutsättningarna för en in house-tilldelning inte längre förelåg.
- 7 Parallellt angav provinsen La Spezia, genom beslut av den 6 augusti 2018, att Acam Ambiente S.p.a. skulle tillhandahålla tjänsten för avfallshantering i Lerici kommun, till och med den 31 december 2028, genom in house-tilldelning.
- 8 Lerici kommun överklagade detta beslut, som den ansåg var rättsstridigt, till TAR Liguria.
- 9 TAR Liguria ogillade Lerici kommuns överklagande genom dom av den 6 november 2019, och slog fast att in house-tilldelningen avseende den aktuella tjänsten var lagenlig både vid den tidpunkt då den beslutades, och även efter det

att kommunen upphörde att vara delägare i det bolag som kom att tilldelas kontraktet.

- 10 Lerici kommun har överklagat nämnda dom till den hänskjutande domstolen, och har för det syftet framställt olika invändningar. Den första av dessa avser åsidosättande av artikel 12 i direktiv 2014/24/EU och artikel 4 i lagstiftningsdekret nr 175 av den 19 augusti 2016.

Parternas huvudargument

- 11 Lerici kommun hävdar att beslutet av provinsen La Spezia är rättsstridigt på grund av att provinsen beslutade direkt om tilldelning av tjänstekontraktet för avfallshantering utan att genomföra någon upphandling, eftersom förutsättningarna för den ursprungliga direkta in house-tilldelningen av tjänstekontraktet till ACAM Ambiente S.p.a. (ursprungligen dotterbolag till ACAM) inte längre föreligger.
- 12 Efter att Lerici kommun hade överlåtit sina aktier i ACAM till IREN, avyttrade den nämligen sitt innehav i IREN som på så sätt hade förvärvats, och följaktligen är den inte delägare i IREN. I den meningen upphörde kommunens anknnytning till bolaget – och därmed all möjlig kontroll över detta – vilket gör att de nödvändiga förutsättningarna för en in house-tilldelning inte föreligger, särskilt vad gäller den motsvarande kontrollen.
- 13 Motparterna hävdar att beslutet av provinsen La Spezia är lagenligt, genom att påpeka att IREN valdes ut som ”ekonomisk aktör”, med vilken sammanslagningen skulle göras, till följd av en offentlig upphandling. Slutresultatet av transaktionen (tilldelningen av tjänstekontraktet) följde redan av utgången i den upphandling som genomfördes, i full överensstämmelse med principerna i unionsrätten, och inte av den tilldelning som beslutades av provinsen La Spezia. I den meningen har det inte skett någon rättsstridig direkt tilldelning.
- 14 Den omständigheten att upphandlingen för att välja ut den ekonomiska aktören i syfte att genomföra sammanslagningen inte avsåg tilldelningen av det aktuella tjänstekontraktet, eller i själva verket inte tilldelningen av något tjänstekontrakt, är inte relevant, med hänsyn till att upphandlingen indirekt hade detta syfte.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 15 Den hänskjutande domstolen påpekar att det i italiensk rätt för närvarande är regionerna som handhar tjänsten för hantering av kommunalt avfall, i den mening som avses i artikel 200 i lagstiftningsdekret nr 152 av 3 april 2006, och de gör detta genom att fastställa lämpliga territoriella områden. I regionen Ligurien, där de omdiskuterade faktiska omständigheterna inträffade, sammanfaller de territoriella områdena med provinserna, vilka handhar tjänsten åt de kommuner som ingår i provinsen, och eftersom de i sin tur är upphandlande myndigheter ska de alltid

genomföra offentliga upphandlingar eller in house-tilldelningar i de fall där detta är tillåtet.

- 16 Den hänskjutande domstolen påpekar att enligt nationell lagstiftning får de lokala myndigheterna (såsom kommunerna) tilldela tjänstekontraktet för avfallshantering genom att för det syftet bilda ett offentligt aktiebolag.
- 17 Vidare beslutade den nationella lagstiftaren år 2014, avseende myndigheters aktieinnehav i bolag, att lokala myndigheter bör eftersträva att minska antalet bolag och aktieinnehav som de direkt eller indirekt äger, för att begränsa de offentliga utgifterna. Ett av de kriterier som uttryckligen föreskrivs är sammanslagning av lokala allmännyttiga företag av ekonomisk betydelse.
- 18 Den hänskjutande domstolen påpekar att i förevarande fall hade förutsättningarna för en motsvarande gemensam kontroll redan upphört vid tidpunkten för sammanslagningen, eftersom det innehav i IREN som därigenom förvärvades var av försumbar betydelse och inte kunde påverka de val som bolaget gör. Vidare är IREN ett aktiebolag som är börsnoterat i Italien, och som således kan ha privatpersoner som delägare, vilka anser att de köpt aktier i bolaget utan några särskilda formaliteter.
- 19 Den hänskjutande domstolen erinrar om att i den nationella lagstiftning varigenom direktiv 2014/24/EU, och särskilt artikel 12 i direktivet, införlivades definieras den motsvarande kontrollen och den motsvarande gemensamma kontrollen på ett sätt som är förenligt med bestämmelserna i ovannämnda artikel.
- 20 Nämnda domstol hänvisar även till olika domar från EU-domstolen avseende den motsvarande kontrollen och huruvida de nödvändiga förutsättningarna är uppfyllda, medan det i den hänskjutande domstolens praxis inte finns några prejudikat i liknande fall som det nu aktuella.
- 21 Mot bakgrund av detta instämmer den hänskjutande domstolen i motparternas ståndpunkt.
- 22 Den hänskjutande domstolen identifierar främjande av konkurrensen som den grundläggande målsättningen med den aktuella unionslagstiftningen. Vid tilldelningen av kontrakt avseende offentliga tjänster uppnås ett sådant resultat när flera aktörer konkurrerar, eller kan konkurrera, oberoende av den rättsliga kvalificeringen av det instrument som leder till detta resultat.
- 23 Enligt den hänskjutande domstolen saknar det betydelse om tilldelningen av kontraktet för en viss tjänst (i detta fall tjänsten avseende Lerici kommun) sker genom en upphandling som avser endast denna tjänst – sedd för sig eller tillsammans med tjänsterna för de övriga berörda kommunerna – eller om det sker genom en upphandling som avser tilldelningen av aktieposten i det bolag som utför dessa tjänster, eftersom konkurrensen garanteras i båda fallen.

- 24 Nämnda domstol beaktar bland annat den betydelse som den ekonomiska sektorn för tillhandahållandet av offentliga tjänster för avfallshantering även har för den motsvarande europeiska marknaden. Mot bakgrund av det ovan anförda anser den hänskjutande domstolen att det av tydlighets- och rättssäkerhetsskäl är nödvändigt att vända sig till EU-domstolen för att få klarhet i huruvida de nationella bestämmelserna om in house-tilldelning är förenliga med de unionsrättsliga bestämmelserna. Frågan är nämligen relevant för avgörandet: om den ståndpunkt som har gjorts gällande av Lerici kommun är korrekt, ska överklagandet bifallas såvitt avser den aktuella grunden, med följden att den angripna rättsakten ska upphävas och att det är nödvändigt för provinsen La Spezia att besluta om en ny tilldelning på ett lagenligt sätt, genom en offentlig upphandling eller genom in house-tilldelning till en enhet som uppfyller kraven för detta. Om i stället den motsatta ståndpunkten intas, ska överklagandet ogillas såvitt avser grunden, eftersom tilldelningen har skett på ett lagenligt sätt.

ARBETS-DOKUMENT