

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPEÏSKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCOMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA



EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKÝCH SPOLEČENSTEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 10 september 2009*

”Offentlig upphandling – Upphandlingsförfaranden – Tjänstekontrakt avseende insamling, transport och bortskaffande av hushållsavfall – Tilldelning utan anbudsinfordran – Tilldelning till ett aktiebolag som ägs helt av offentliga myndigheter men vars bolagsordning ger utrymme för privat ägande”

I mål C-573/07,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) genom beslut av den 11 oktober 2007, som inkom till domstolen den 28 december 2007, i målet

Sea Srl

mot

Comune di Ponte Nossa,

ytterligare deltagare i rättegången:

Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen),

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas samt domarna A. Ó Caoimh, J.N. Cunha Rodrigues (referent), J. Klučka och A. Arabadjiev,

generaladvokat: J. Mazák,

justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 1 april 2009,

* Rättegångsspråk: italienska.

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Sea Srl, genom L. Nola, avvocatessa,
- Comune di Ponte Nossa, genom A. Di Lascio och S. Monzani, avvocati,
- Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA, genom M. Mazzarelli och S. Sonzogni, avvocati,
- Italiens regering, genom R. Adam och därefter I. Bruni, båda i egenskap av ombud, biträdda av G. Fiengo, avvocato dello Stato,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek, i egenskap av ombud,
- Nederländernas regering, genom C. Wissels och C. ten Dam, båda i egenskap av ombud,
- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
- Polens regering, genom A. Ratajczak, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Konstantinidis och C. Zadra, båda 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 artiklarna 12 EG, 43 EG, 45 EG, 46 EG, 49 EG och 86 EG.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Sea Srl (nedan kallat Sea) och Comune di Ponta Nossa (Ponta Nossas kommun) angående kommunens tilldelning av ett kontrakt för insamling, transport och bortskaffande av hushållsavfall till Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA (nedan kallat Setco).

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

- 3 I artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114) stadgas följande:

”Definitioner

...

2. a) offentliga kontrakt: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

...

- d) offentliga tjänstekontrakt: andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

...

4. tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.”

- 4 Artikel 20 i detta direktiv har följande lydelse:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II A skall tilldelas enligt artiklarna 23–55.”

- 5 I artikel 28 i nämnda direktiv anges att offentlig upphandling med vissa undantag ska ske genom öppet förfarande eller genom selektivt förfarande.

- 6 Enligt artikel 80 i direktivet ska medlemsstaterna sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet senast den 31 januari 2006.

- 7 Bilaga II A i direktivet innehåller en kategori 16, för ”Avlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster”.

Den nationella lagstiftningen och bestämmelserna i bolagsordningen

- 8 I artikel 2341 bis i den italienska civillagen (codice civile) föreskrivs följande:

”Överenskommelser, oavsett form, som i syfte att öka stabiliteten i ägandeförhållandena i eller ledningen av bolag

- a) avser utövandet av rösträtten i aktiebolag eller i deras moderbolag,

- b) begränsar överlåtelsen av aktier eller av ägarandelar i moderbolagen,

c) har till syfte eller resultat att ge parterna i överenskommelsen ett, eventuellt gemensamt, dominerande inflytande över dessa bolag, får inte ha en längre giltighetstid än fem år. De anses ha ingåtts för denna tidsperiod även om parterna har angett en längre tid. Sådana överenskommelser får förnyas när giltighetstiden löper ut.

Om överenskommelsens varaktighet inte har angetts närmare, har vardera parten rätt att dra sig ur den efter en uppsägningstid om 180 dagar.

Bestämmelserna i förevarande artikel är inte tillämpliga på rättsakter i form av samarbetsavtal rörande produktion eller utbyte av varor eller tjänster avseende bolag som till 100 procent ägs av avtalsparterna.”

9 I artikel 2355 bis i civillagen föreskrivs följande:

”När aktier är registrerade på en viss person eller inte har getts ut, får bolagsordningen ställa upp särskilda villkor för överlåtelse av dessa aktier eller förbjuda sådana överlåtelser under en period om högst fem år efter bolagets bildande eller införandet av förbudet.

Bestämmelser i bolagsordningen enligt vilka överlåtelse av aktier ovillkorligen fordrar medgivande av bolagsorganen eller andra bolag är ogiltiga om de inte innefattar en återköpsplikt för bolaget eller andra delägare eller inte erkänner en hävningsrätt för överlåtaren. Bestämmelserna i artikel 2357 ska fortfarande tillämpas. Försäljningspriset eller fördelningen vid likvidation ska fastställas på det sätt som föreskrivs i artikel 2437 ter.

Bestämmelserna i andra stycket ska alltid gälla när särskilda villkor anges för överföring av aktier med anledning av dödsfall, utom om medgivande har lämnats i förhand.

Begränsningar av överlåtelse av aktier ska framgå av värdepappret i sig.”

10 I lagstiftningsdekret nr 267 av den 18 augusti 2000 med konsoliderad version av lagstiftningen om lokala myndigheters organisation (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) (ordinarie tillägg till GURI nr 227 av den 28 september 2000), i dess lydelse enligt lagdekret nr 269 av den 30 september 2003 med brådskande bestämmelser till stöd för utvecklingen och för att korrigera läget i de offentliga finanserna (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) (ordinarie tillägg till GURI nr 229 av den 2 oktober 2003), efter ändring omvandlat till lag nr 326 av den 24 november 2003 (ordinarie tillägg till GURI nr 274 av den 25 november 2003) (nedan kallat lagdekret nr 267/2000), föreskrivs följande i artikel 113.5:

”Tillhandahållande av tjänster ska ske i enlighet med lagstiftningen på området och med iakttagande av Europeiska unionens lagstiftning genom att tjänster får utföras

- a) av andelsbolag som valts ut genom ett anbudsförfarande,
- b) av bolag med blandat offentligt och privat ägande, där de privata aktörerna valts ut genom ett anbudsförfarande som säkerställer att de nationella bestämmelserna och gemenskapsbestämmelserna om konkurrens iaktas i enlighet med de riktlinjer som antagits av behöriga myndigheter i rättsakter eller specifika skrivelser, och
- c) av bolag som helt ägs av det allmänna, under förutsättning att den offentliga myndighet eller de offentliga myndigheter som äger andelarna i bolaget utövar en kontroll över detta motsvarande den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning och att bolaget utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de myndigheter som kontrollerar det.”

11 Artikel 1.3 i Setcos bolagsordning har följande lydelse:

”Med hänsyn till bolagets art kan lokala offentliga myndigheter i den mening som avses i artikel 2.1 i lagstiftningsdekret nr 267/2000 vara delägare, liksom andra offentliga myndigheter och offentliga företag som är juridiska personer och vars verksamhet och erfarenhet kan erbjuda bolaget möjligheter som främjar ett fullständigt uppnående av dess syften.”

12 Enligt artikel 1.4 i bolagsordningen gäller följande:

”Privata bolag eller andra organisationer kan inte vara delägare, och inte heller under några omständigheter personer vars ägande, även om det kvalitativt och/eller kvantitativt är ett minoritetsägande, kan påverka mekanismerna för ’motsvarande kontroll’ (som detta definieras i nedanstående bestämmelser och i gemenskapslagstiftningen och den nationella lagstiftningen) eller leda till att förvaltningen strider mot gällande lag.”

13 I artikel 3 i bolagsordningen föreskrivs följande:

”1. Bolagets syfte är att tillhandahålla lokala offentliga tjänster och interkommunala lokala offentliga tjänster som uteslutande avser de lokala myndigheter som tilldelar bolaget dessa uppdrag enligt artikel 113 och följande artiklar i lagstiftningsdekret nr 267/2000 ... liksom genom avtal mellan lokala myndigheter.

...

3. Ovannämnda tjänster och arbeten

– kan även utföras till förmån för enskilda, när detta inte strider mot de sociala målen eller när det bidrar till att dessa kan genomföras på ett bättre sätt,

...”

14 I artikel 6.4 i bolagsordningen anges följande:

”Bolaget får, i syfte att främja offentligt ägande på lokal nivå (av medborgare och/eller ekonomiska aktörer) eller av anställda, också ge ut preferensaktier ...”

15 Artikel 8 bis i bolagsordningen har följande lydelse:

”1. Kontrakt för tillhandahållande av lokala offentliga tjänster får tilldelas direkt, i enlighet med gällande nationell lagstiftning och gemenskapslagstiftning, av delägare som representerar lokala organ (nedan kallade de upphandlande delägarna) avseende alla eller vissa av de sektorer som anges i artikel 3, motsvarande följande avdelningar: Avdelning nr 1 Avfall, Avdelning nr 2 Vatten, Avdelning nr 3 Gas, Avdelning nr 4 Turism, Avdelning nr 5 Energi, Avdelning nr 6 Allmännyttiga tjänster.

2. Bolaget ska tillhandahålla dessa tjänster exklusivt för de upphandlande delägarnas räkning och i alla händelser inom de områden som dessa myndigheter ansvarar för.

3. Delägarna ska gemensamt och/eller åtskilt utöva vidast möjliga befogenheter vad gäller ledning, samordning och övervakning av bolagsorganen och kan i synnerhet samla bolagsorganen för att klargöra hur tillhandahållandet av lokala offentliga tjänster sköts och regelbundet – åtminstone två gånger per år – begära in rapporter om hur verksamheten hanteras och om den ekonomiska utvecklingen. De ska kontrollera styrelsen genom förfaranden som fastställs i de upphandlande myndigheternas interna regelverk. De ska ge tillstånd i förväg, vilket ska vara ett krav, för varje ändring av bolagsordningen som påverkar tillhandahållandet av lokala offentliga tjänster.

4. Avdelningarna ska tillämpa mekanismer för motsvarande kontroll, som utövas gemensamt eller åtskilt, i enlighet med de bestämmelser som fastställs i denna ordning och i de relevanta tjänsteavtalen.

5. De upphandlande delägarna ska utöva sina befogenheter gentemot de enheter som de har beslutat att direkt tilldela tjänstekontrakt. För att dessa tjänster ska tillhandahållas på ett effektivt sätt, ska bolagets organ och anställda också ansvara för den verksamhet som bedrivs inför de organ som anges i denna ordning.

6. De upphandlande delägarna ska utöva kontroll genom sina rättigheter som aktieägare enligt gällande bolagsrätt liksom genom en gemensam övervaknings- och vägledningskommitté för förvaltningspolicy (nedan kallad gemensamma kommittén) och en teknisk kontrollkommitté för varje avdelning (nedan kallad tekniska kommittén).

7. Icke-upphandlande delägare får delta, utan rösträtt, vid mötena med gemensamma kommittén ... och tekniska kommittén ... för respektive avdelning.

En absolut majoritet i dessa kommittéer kan utesluta icke-upphandlande delägare från enskilda möten eller delar av möten och ska då motivera detta i protokollet för respektive möte.”

16 Artikel 8 ter i Setcos bolagsordning har följande lydelse:

”1. Gemensamma [kommittén] ska bestå av en representant från varje upphandlande delägare, som ska utses bland myndighetens juridiska ombud och det utsedda verkställande kommunalrådet eller en fullmäktigeledamot som tillfälligt fått träda in i dennes ställe; vidare en tjänsteman vars uppgift är att biträda och föra protokoll och som saknar rösträtt (denne ska utses gemensamt av de upphandlande delägarna vid det första mötet bland sekreterarna, direktörerna och cheferna (eller ansvariga för tjänsterna inom enheter utan personal med chefsansvar), anställda vid minst en av de upphandlande delägarna.

2. Gemensamma kommittén ska ha rådgivande, övervakande och beslutande uppgifter i syfte att utöva motsvarande kontroll. Den ska i synnerhet a) utöva de befogenheter och rättigheter i förhållande till bolagsorganen som kommunstyrelsen, fullmäktige och borgmästaren/ordföranden utövar vid kontrollen av sina myndigheter och avdelningar. Kontrollen ska avse alla aspekter av organisationen och utförandet av de tjänster för vilka ett kontrakt har tilldelats, b) fastställa riktlinjer för underkommittéerna för samordnat och enhetligt tillhandahållande av tjänster, inklusive på sådana områden och i sådana avseenden som berör flera avdelningar, c) utse representanter för lokala organ till bolagsstyrelsen, d) utse styrelseordförande och ordförande för revisorskollegiet och avskeda dessa i de fall som anges i denna ordning, e) fastställa riktlinjer för tillsättning av bolagets verkställande direktör och övriga ledning, f) anta ett förslag till programplan och budgetprognos på ett års respektive flera års sikt samt den årliga slutrapporten, g) höra bolagets högsta ledning i form av samtal med ordföranden och/eller verkställande direktören minst en gång per år, h) regelbundet – åtminstone en gång per halvår – motta rapporter från bolagets högsta ledning om hur tillhandahållandet av lokala offentliga tjänster fungerar, i) om den så önskar delegera vissa av sina uppgifter till en eller flera tekniska kommittéer, som kan variera alltefter de aktuella uppgifternas specifika art, l) i förväg yttra sig över sådana åtgärder som vidtas av bolagets ledning vilka måste godkännas vid bolagsstämma i de fall som anges i denna ordning.

3. Gemensamma kommittén ska hålla ordinarie möten minst en gång per år samt, i undantagsfall, på begäran av a) en av de upphandlande delägarna eller b) bolagets juridiska ombud.”

17 Enligt artikel 8 quater i bolagsordningen gäller följande:

”1. En teknisk [kommitté] ska inrättas för var och en av följande avdelningar: Avdelning nr 1 Avfall, Avdelning nr 2 Vatten, Avdelning nr 3 Gas, Avdelning nr 4 Turism, Avdelning nr 5 Energi, Avdelning nr 6 Allmännyttiga tjänster.

2. Tekniska kommittén ska bestå av en representant för varje upphandlande delägare, vilken ska utses bland sekreterarna, direktörerna och cheferna (eller ansvariga för tjänsterna inom enheter utan personal med chefsansvar), anställda vid minst en av de upphandlande delägarna ...

3. Samma person kan vara medlem i mer än en avdelnings tekniska kommitté.

4. Tekniska kommittén ska i synnerhet a) utöva de befogenheter och rättigheter i förhållande till bolagets organ som förvaltningens tekniska organ utövar över sina egna avdelningar. Kontrollen ska avse alla aspekter av organisationen och utförandet av de tjänster för vilka ett kontrakt har tilldelats och ska begränsas till avdelningens kompetensområden och vara förenlig med gemensamma kommitténs riktlinjer, b) stödja gemensamma kommittén i beslut som rör organisationen och utförande av de tjänster som avdelningen ansvarar för, c) utöva de befogenheter som gemensamma kommittén har delegerat, d) samordna bolagets ledningskontrollsystem, e) lägga fram förslag för gemensamma kommittén eller bolagsorganen till åtgärder som behövs för att bolagets verksamhet ska vara förenlig med den upphandlande myndighetens syften såsom dessa har framställts i ledningsplanen och målplanen, f) tillhandahålla tekniskt och administrativt stöd för bolagets verksamheter i enlighet med de förfaranden som bestämts i den upphandlande myndighetens regelverk och/eller det avtal där förhållandet till denna myndighet regleras, g) rapportera alla eventuella problem vid tillhandahållandet av tjänsterna och lägga fram de korrigerande åtgärder som ska vidtas angående kommunala bestämmelser och rättsakter avseende lokala offentliga tjänster.”

18 I artikel 14 i bolagsordningen föreskrivs följande:

”1. Bolagsstämman ska, utan att det inskränker behörigheten för de organ som gemensamt och separat utövar motsvarande kontroll vilka nämns i artiklarna 8 bis, 8 ter och 8 quater ovan, besluta om samtliga frågor som anges i lag och i denna bolagsordning, med hänsyn tagen till de direktiv, den inriktning och de eventuella instruktioner som dessa organ lämnat beträffande organisation och drift av de offentliga tjänster som direkt anförtrotts bolaget.

...

3. Följande ledningsåtgärder måste godkännas i förhand av bolagsstämman efter tillstyrkande från gemensamma kommittén enligt artikel 8 ter ovan beträffande de parter som berörs av organiseringen och utförandet av de lokala offentliga tjänsterna:

a) handlingsprogram, fleråriga och årsvisa preliminära balansräkningar samt mellanliggande balansräkningar som korrigerar de preliminära balansräkningarna,

- b) bildande av andelsbolag som har till syfte att bedriva verksamhet som stöder eller kompletterar bolagets verksamhet; förvärv och avyttring av andelar, inklusive minoritetsposter, i sådana bolag,
- c) inrättande av nya tjänster som anges i bolagsordningen eller upphörande av sådana tjänster som redan existerar,
- d) förvärv och avyttring av fastigheter och anläggningar, hypotekslån och andra liknande transaktioner, oavsett deras typ och karaktär, som innebär ett finansiellt åtagande motsvarande över 20 procent av nettotillgångarna enligt den senaste godkända balansräkningen,
- e) riktlinjerna för fastställande av tariffer och priser för de tjänster som tillhandahålls, när dessa inte omfattas av rättsliga restriktioner eller inte bestäms av organen eller behöriga myndigheter.

...

5. Bolagsstämman och gemensamma kommittén kan godkänna att de åtgärder som anges i föregående punkter vidtas och eventuellt lämna vissa instruktioner eller föreskriva skyldigheter som styrelsen måste beakta eller åtgärder som den måste vidta. Styrelsen ska i sådant fall upprätta en rapport om efterlevnaden av dessa instruktioner inom den frist som anges i godkännandebeslutet eller annars inom 30 dagar från den dag då åtgärden vidtagits.

6. De lokala myndigheter som äger åtminstone en tjugondel av aktiekapitalet liksom varje upphandlande aktieägare kan genom gemensamma kommittén kräva, om de anser att bolaget inte har genomfört eller är på väg att genomföra en åtgärd enligt meddelat godkännandebeslut, att bolagsstämman omedelbart ska sammankallas, enligt artikel 2367.1 i civillagen, så att denna kan vidta de åtgärder den finner lämpliga i bolagets intresse.

7. Det kan utgöra grund för entledigande av styrelseledamot om åtgärder som kräver godkännande i förhand genomförs utan att medgivande har begärts och beviljats av stämman eller tillstyrkts av gemensamma kommittén i de fall som föreskrivs i bolagsordningen eller om sådana åtgärder inte genomförs i enlighet med godkännandebeslutet.

8. Om styrelsen inte avser att genomföra den åtgärd som stämman godkänt, ska den inom 15 dagar från dagen för stämmobeslutet anta ett motiverat ad hoc-beslut, som omedelbart ska sändas till de lokala myndigheter som är aktieägare i bolaget samt, beträffande frågor som rör driften av lokala offentliga tjänster, till gemensamma kommittén. Gemensamma kommittén kan, avseende beslut om organisationen och/eller driften av lokala offentliga tjänster, inom 30 dagar från mottagandet av styrelsens meddelande anta ett beslut om att bekräfta dess ståndpunkt och/eller dess instruktioner. Det antagna beslutet ska vara tvingande för bolagsorganet.

...”

19 I artikel 16 i bolagsordningen anges följande:

”1. Bolaget leds av en styrelse med befogenhet att handha löpande och icke-löpande förvaltning, dock utan inskränkning av de befogenheter som enligt lag eller bolagsordningen

a) är förbehållna stämman,

b) ska godkännas i förhand av stämman, eller

c) är förbehållna de organ för motsvarande kontroll som avses i artikel 8 bis och följande artiklar i bolagsordningen.

2. Styrelsen ska bestå av 3 (tre) till 7 (sju) ledamöter, utsedda av stämman på förslag av den i artikel 8 ter nämnda gemensamma kommittén. I alla händelser ska de upphandlande aktieägarna direkt utse, entlediga och ersätta ett antal styrelseledamöter (däribland styrelsens ordförande) som är proportionellt mot deras ägarandel och i varje fall utgör minst halva styrelsen.

...

6. Styrelsen ska anta beslut om organisationen och/eller driften av de lokala offentliga tjänster som är föremål för direkt tilldelning med hänsyn tagen till den inriktning som bestämts av de kontrollorgan som avses i artikel 8 a och följande artiklar i denna bolagsordning.

...”

Twisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

20 Sea, som tilldelats kontraktet efter ett anbudsförfarande avseende insamling, transport och bortskaffande av fast hushållsavfall och liknande avfall inom Comune di Ponta Nossas territorium, tillhandahöll den tjänsten under tre års tid, från den 1 januari 2004 till den 31 december 2006.

21 Setco är ett aktiebolag som ägs av ett antal kommuner i Val Seriana, med Comune di Clusone som majoritetsägare.

22 Genom beslut av den 16 december 2006 beslutade Comune di Ponte Nossa att gå in som minoritetsägare i Setco i avsikt att tilldela detta bolag tjänstekontraktet i fråga direkt från den 1 januari 2007.

23 Den 23 december 2006 antog de kommuner som äger Setco, däribland Comune di Ponta Nossa, en bolagsordning för detta bolag som syftade till att underställa

bolaget en kontroll motsvarande den som kommunerna hade över sina egna förvaltningar, i enlighet med artikel 113.5 c i lagstiftningsdekret nr 267/2000.

- 24 Genom beslut av den 30 december 2006 tilldelade Comune di Ponta Nossa kontraktet avseende insamling, transport och bortskaffande av fast hushållsavfall och liknande avfall inom sitt territorium direkt till Setco från den 1 januari 2007, utan föregående anbudsinfordran.
- 25 Den 2 januari 2007 väckte Sea talan vid Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Lombardiets regionala förvaltningsdomstol) mot Comune di Ponta Nossas beslut av den 16 respektive den 30 december 2006.
- 26 Sea har bland annat gjort gällande att Comune di Ponta Nossa åsidosatte artikel 113.5 i lagstiftningsdekret nr 267/2000 samt artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG, när den tilldelade tjänstekontraktet i fråga direkt till Setco, då kommunen inte utövar motsvarande kontroll över bolaget som den utövar över sin egen förvaltning, vilket är ett krav för att den upphandlande myndigheten ska få tilldela ett tjänstekontrakt direkt till ett företag som det äger.
- 27 Den hänskjutande domstolen anser att vissa omständigheter kan väcka tvivel om huruvida Comune di Ponte Nossa utövar motsvarande kontroll över Setco som den utövar över sin egen förvaltning.
- 28 För det första vore det möjligt med privata aktieägare i Setco, även om några sådana för närvarande inte förekommer. Den hänskjutande domstolen har uppgett att det visserligen är förbjudet med privata aktieägare i Setco enligt artikel 1.4 i bolagsordningen, men att detta ändå förefaller möjligt med stöd av artikel 6.4 i bolagsordningen samt artikel 2355 bis i den italienska civillagen.
- 29 För det andra frågar sig den hänskjutande domstolen, beträffande Comune di Ponte Nossas kontrollbefogenheter avseende Setco, om en kontroll över bolaget, motsvarande den som kommunen utövar över sin egen förvaltning, är möjlig, då den endast är minoritetsägare i detta bolag.
- 30 Under dessa omständigheter beslutade Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Är det förenligt med gemenskapsrätten, i synnerhet etableringsfriheten, friheten att tillhandahålla tjänster, icke-diskrimineringsprincipen och skyldigheterna avseende likabehandling, insyn och fri konkurrens, enligt artiklarna 12 EG, 43 EG, 45 EG, 46 EG, 49 EG och 86 EG, att direkt tilldela ett helt offentligägt aktiebolag, vars bolagsordning med hänsyn till artikel 113 i lagstiftningsdekret nr 267 av den 18 augusti 2000 är utformad på det sätt som beskrivs i skälen i denna begäran om förhandsavgörande, ett kontrakt för att samla in, transportera och bortskaffa fast hushållsavfall och liknande avfall?”

Prövning av tolkningsfrågan

- 31 Tilldelning av ett kontrakt för att samla in, transportera och bortskaffa hushållsavfall som i det nationella målet kan, beroende på vilken ersättning som lämnas, utgöra ett offentligt tjänstekontrakt eller en offentlig tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.2 d respektive artikel 1.4 i direktiv 2004/18.
- 32 Utifrån de omständigheter som beskrivs i begäran om förhandsavgörande och i de handlingar som den hänskjutande domstolen har sänt över till EG-domstolen, kan kontraktet i fråga i det nationella målet utgöra ett offentligt tjänstekontrakt, bland annat med hänsyn till att det kontrakt som ingicks mellan Setco och Comune di Ponte Nossa om tillhandahållandet av tjänsterna i fråga anger att kommunen ska betala Setco ersättning för tjänsterna.
- 33 Ett sådant kontrakt kan omfattas av direktiv 2004/18 i egenskap av kontrakt avseende renhållningstjänster enligt kategori 16 i bilaga II A till detta direktiv.
- 34 Begäran om förhandsavgörande innehåller dock inte de upplysningar som krävs för att avgöra om det är fråga om en tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt och, i sistnämnda fall, huruvida samtliga villkor för att tillämpa direktivet är uppfyllda. Det nämns bland annat inte huruvida kontraktsbeloppet överskrider tröskelvärdet för när direktivet ska tillämpas.
- 35 Frågan om det nationella målet rör en tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt samt huruvida, i det sistnämnda fallet, ett sådant tjänstekontrakt omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 påverkar i alla händelser inte det svar som domstolen ska lämna på den ställda tolkningsfrågan.
- 36 Enligt domstolens rättspraxis är ett anbudsförfarande bara obligatoriskt vid ett oneröst avtal som ingås med en – i förhållande till den lokala myndighet som är upphandlande myndighet – fristående juridisk person, om myndigheten utövar en motsvarande kontroll över den juridiska personen som den utövar över sin egen förvaltning och den sistnämnda bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121, punkt 50).
- 37 Denna rättspraxis är relevant för tolkningen av såväl direktiv 2004/18 som artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG liksom av de allmänna principer som dessa särskilt ger uttryck för (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkt 49, och av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkt 62).
- 38 Även om vissa kontrakt inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling, är den upphandlande myndighet som ingår avtalet ändå skyldig att beakta EG-fördragets grundläggande regler (se, I - 12

för ett liknande resonemang, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 60, samt beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, Vestergaard, REG 2001, s. I-9505, punkt 20).

- 39 Vid offentlig upphandling av tjänster måste de upphandlande myndigheterna iaktta bland annat artiklarna 43 EG och 49 EG och principerna om likabehandling och icke-diskriminering på grundval av nationalitet samt det krav på insyn som följer av detta (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkterna 47–49, och dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV, REG 2006, s. I-3303, punkterna 19–21).
- 40 Artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG liksom de allmänna principer som dessa ger uttryck för är dock inte tillämpliga om den lokala myndighet som är upphandlande myndighet utövar en kontroll över den fristående enheten i fråga som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen verksamhet och den fristående enheten utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som innehar den (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Teckal punkt 50, domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 62, samt dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-0000, punkt 34).
- 41 Att den fristående enheten har formen av ett bolag utesluter på intet sätt att det undantag som medges enligt i föregående punkt ovan nämnda rättspraxis kan tillämpas. I domen i det ovannämnda målet ANAV fann domstolen att denna rättspraxis är tillämplig på aktiebolag.
- 42 Den hänskjutande domstolen har påpekat att oavsett att artikel 1.3 och 1.4 i Setcos bolagsordning endast tillåter att offentliga enheter blir delägare i bolaget, föreskriver artikel 6.4 i bolagsordningen att Setco får utge preferensaktier för att kunna uppmuntra medborgare och ekonomiska aktörer på lokal nivå samt anställda att äga aktier.
- 43 Comune di Ponte Nossa har vid förhandlingen gjort gällande att nämnda artikel 6.4 borde ha strukits vid ändringen av Setcos bolagsordning den 23 december 2006, men att den behölls av misstag. Enligt kommunen har denna bestämmelse sedermera upphävts. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva huruvida detta är riktigt. Om så är fallet skulle det kunna utesluta att privata investerare kan bli aktieägare i Setco.
- 44 I begäran om förhandsavgörande har frågan ställts huruvida en upphandlande myndighet kan utöva en sådan kontroll över ett bolag där den är aktieägare och med vilket den avser att ingå ett avtal som motsvarar den kontroll den utövar över sin egen förvaltning, när det finns en möjlighet för privata investerare att bli delägare i bolaget i fråga, även om så inte faktiskt skett.
- 45 För att besvara den frågan ska det erinras om att den omständigheten att den upphandlande myndigheten tillsammans med andra offentliga myndigheter äger

hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet som regel tyder på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo och Consorzio Alisei, REG 2006, s. I-4137, punkt 37, och av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant, REG 2008, s. I-0000, punkt 31).

- 46 Att ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter däremot i alla händelser att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 49, och Coditel Brabant, punkt 30).
- 47 Generellt ska frågan huruvida det faktiskt förkommer privata delägare i det bolag som tilldelas kontraktet prövas vid den tidpunkt då det offentliga kontraktet tilldelas (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkterna 15 och 52). Det kan också vara relevant att ta hänsyn till huruvida, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten tilldelar ett bolag där den äger samtliga aktier ett kontrakt, det enligt tillämplig nationell lagstiftningen inom kort kommer att bli möjligt för utomstående att förvärva aktier i detta bolag (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkterna 67 och 72).
- 48 I undantagsfall kan särskilda omständigheter fordra att händelser som inträffar efter det att det berörda kontraktet tilldelats måste beaktas. Så är bland annat fallet när andelar i det bolag som tilldelats kontraktet överläts till ett privat företag kort efter det att detta bolag tilldelats kontraktet i fråga inom ramen för ett konstlat upplägg avsett att kringgå gemenskapsbestämmelserna på området (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705, punkterna 38–41).
- 49 Det kan förvisso inte uteslutas att andelar i ett bolag vid vilket tillfälle som helst kan komma att säljas till tredje man. Det vore dock inte förenligt med rättssäkerhetsprincipen om redan den möjligheten skulle göra det omöjligt att någonsin definitivt avgöra huruvida ett bolag som tilldelas ett offentligt kontrakt ska anses vara offentligägt.
- 50 Om den upphandlande myndigheten äger samtliga andelar i ett bolag, ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter, vid den tidpunkt då kontraktet i fråga tilldelas detta bolag, kan en möjlighet för privata investerare att köpa in sig i bolaget bara beaktas om det vid den tidpunkten konkret framgår att en sådan möjlighet kommer att erbjudas på kort sikt.

- 51 Av detta följer att i en situation som i det nationella målet, där det bolag som tilldelas kontraktet är helt offentligägt och det inte finns några konkreta tecken på att bolaget ska öppnas upp för privat ägande, räcker det inte med bara möjligheten för privata aktörer att äga aktier i bolaget för att kunna konstatera att kravet på kontroll för den offentliga myndigheten inte är uppfyllt.
- 52 Den slutsatsen motsägs inte av övervägandena i punkt 26 i dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), där domstolen fann att den omständigheten att ett sådant bolag som i det målet är öppet för privat ägande utgör hinder för att bolaget ska anses utgöra en organisation för intern administration av en offentlig tjänst för de kommuner som innehar andelar däri. I det målet hade ett offentligt kontrakt tilldelats ett bolag som inte var helt, utan bara till större delen, offentligägt, det vill säga blandat, vid den tidpunkt då kontraktet tilldelades (se domen i det ovannämnda målet Coname, punkterna 5 och 28).
- 53 Om ett kontrakt tilldelas ett offentligägt bolag utan anbudsförfarande på de villkor som anges ovan i punkt 51 i förevarande dom, utgör det en ändring av ett grundläggande villkor för kontraktet – vilket då fordrar inbjudan till anbudsgivning – om privata aktieägare i ett senare skede, men fortfarande inom kontraktets giltighetstid, tillåts bli delägare i bolaget.
- 54 Frågan uppkommer därefter om, för det fallet att en offentlig myndighet blir minoritetsägare i ett helt offentligägt aktiebolag i avsikt att tilldela detta bolag ett offentligt tjänstekontrakt, den kontroll som de myndigheter som är delägare i bolaget utövar över detta måste utövas individuellt av varje enskild myndighet för att anses motsvara deras kontroll över sina egna förvaltningar, eller om kontrollen kan utövas gemensamt.
- 55 Rättspraxis innehåller inget krav på att den kontroll som utövas över entreprenören i ett sådant fall är individuell (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant, punkt 46).
- 56 I det fallet att flera offentliga myndigheter väljer att tillhandahålla offentliga tjänster genom ett gemensamt ägt bolag är det vanligtvis uteslutet att en av dessa myndigheter, om den bara innehar en minoritet av andelarna i detta bolag, ensam utövar en avgörande kontroll över bolagets beslut. Om det krävdes att den kontroll som en offentlig myndighet i ett sådant fall utövar ska vara individuell, skulle det få till följd att det krävdes anbudsförfarande i de flesta fall som en offentlig myndighet avser att ansluta sig till en sammanslutning bestående av andra offentliga myndigheter i syfte att tilldela denna ett offentligt tjänstekontrakt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant, punkt 47).
- 57 Det utfallet skulle inte stämma överens med de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling och om koncessioner. En offentlig myndighet har nämligen

möjlighet att med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation (domarna i de ovannämnda målen Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 48, Coditel Brabant, punkt 48, och kommissionen mot Tyskland, punkt 45).

- 58 Denna möjlighet för offentliga myndigheter att använda sig av egna medel för att tillhandahålla offentliga tjänster kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo, REG 2007, s. I-2999, punkt 57, och domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant, punkt 49).
- 59 I det fall som flera offentliga myndigheter äger ett bolag som de ger i uppdrag att tillhandahålla en offentlig tjänst, kan den kontroll som dessa offentliga myndigheter utövar över detta bolag således utövas gemensamt av dessa sistnämnda myndigheter (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant, punkt 50).
- 60 Vad gäller ett kollegialt organ saknar det betydelse vilket beslutsförfarande, exempelvis majoritetsbeslut, som används (se domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant, punkt 51).
- 61 Domen i det ovannämnda målet Coname föranleder inte någon annan bedömning. Domstolen fastslog visserligen i punkt 24 i den domen att en andel på 0,97 procent är alltför obetydlig för att en kommun ska kunna utöva kontroll över den koncessionsinnehavare som tillhandahåller en offentlig tjänst. Domstolen uttalade sig emellertid härvid inte i frågan huruvida en sådan kontroll kunde utövas gemensamt (se domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant, punkt 52).
- 62 Dessutom har domstolen i en senare dom, nämligen domen i det ovannämnda målet Asemfo (punkterna 56–61), funnit att villkoret avseende kontrollen som den offentliga myndigheten utövar, under vissa omständigheter, kan vara uppfyllt i det fall en sådan myndighet endast innehar 0,25 procent av kapitalet i ett offentligt företag (se domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant, punkt 53).
- 63 Av detta följer att om en offentlig myndighet blir minoritetsägare i ett helt offentligägt aktiebolag i avsikt att anförtro det att utföra en offentlig tjänst, kan den kontroll som de offentliga myndigheter som äger bolaget utövar över detta anses motsvara den kontroll som de utövar över sina egna förvaltningar när denna utövas gemensamt av dessa myndigheter.
- 64 Den hänskjutande domstolens tolkningsfråga syftar till att få klarhet i huruvida sådana strukturer för beslutsfattande som föreskrivs i Setcos bolagsordning ger ägarkommunerna utrymme att faktiskt utöva en motsvarande kontroll över bolaget som över sina egna förvaltningar.

- 65 För att bedöma huruvida den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över det bolag som tilldelats kontraktet motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, ska samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter beaktas. Av denna prövning måste framgå att bolaget är underställt en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda bolag. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl bolagets strategiska mål som dess viktiga beslut (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Carbotermo och Consorzio Alisei, punkt 36, och Coditel Brabant, punkt 28).
- 66 Bland de relevanta omständigheter som framkommer av begäran om förhandsavgörande ska först prövas den tillämpliga lagstiftningen, därefter frågan huruvida det aktuella bolaget har en marknadsmässig inriktning och slutligen vilka kontrollmekanismer som föreskrivs i Setcos bolagsordning.
- 67 Vad gäller den tillämpliga lagstiftningen föreskrivs i artikel 113.5 c i lagstiftningsdekret nr 267/2000 att bolag som helt ägs av det allmänna får anförtros att tillhandahålla tjänster, med iakttagande av Europeiska unionens lagstiftning, under förutsättning att den offentliga myndighet eller de offentliga myndigheter som äger andelarna i bolaget "utövar en kontroll över detta motsvarande den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning och att bolaget utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de myndigheter som kontrollerar det".
- 68 Den italienska lagstiftaren har genom att anta denna lagtext återgett ordalydelsen i de villkor som formulerats i punkt 50 i domen i det ovannämnda målet Teckal och som bekräftats i ett antal senare domar från domstolen. En sådan nationell lagstiftning är i princip förenlig med gemenskapsrätten, under förutsättning att även tolkningen av lagstiftningen överensstämmer med gemenskapsrättens krav (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet ANAV, punkt 25).
- 69 Det framgår vidare av begäran om förhandsavgörande att Setcos ägarkommuner den 23 december 2006 ändrade bolagsordningen för att ställa bolaget under en kontroll motsvarande den som kommunerna utövar över sina egna förvaltningar, i enlighet med artikel 113.5 c i lagstiftningsdekret nr 267/2000.
- 70 Det framgår även av artikel 8 bis 1 i Setcos bolagsordning att denna ändring av bolagsordningen syftar till att säkerställa att gemenskapsbestämmelserna på området iakttas.
- 71 Det finns för övrigt inga uppgifter i handlingarna i målet som tyder på att bolagsordningen ändrats med avsikten att kringgå gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.
- 72 Slutligen är det, såsom framgår av begäran om förhandsavgörande, enligt de relevanta bestämmelserna i lagstiftningen och bolagsordningen bara tillåtet för

lokala myndigheter att direkt anförtro helt offentligägda bolag tillhandhållandet av lokala offentliga tjänster av ekonomiskt intresse, om dessa myndigheter utövar en kontroll över bolaget motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar i den mening som avses i gemenskapsrätten. Enligt den nationella domstolen har begreppet motsvarande kontroll emellertid inte definierats.

- 73 Vad beträffar frågan huruvida det berörda bolaget har en marknadsmässig inriktning som hotar ägarnas kontroll över bolaget, ska domstolen pröva omfattningen av bolagets verksamhet, geografiskt och avseende inriktning, samt vilka möjligheter bolaget har att skapa relationer till företag inom den privata sektorn.
- 74 I artikel 3 i Setcos bolagsordning, med rubriken "Bolagets syfte", anges att Setco tillhandahåller lokala offentliga tjänster som uteslutande rör de lokala offentliga myndigheter som tilldelar kontrakt för dessa tjänster.
- 75 Dessutom anges det i artikel 8 bis 2 i bolagsordningen att Setco tillhandahåller tjänsterna enbart till förmån för bolagets upphandlande delägare och inom deras respektive geografiska område.
- 76 Dessa bestämmelser tyder på dels att den geografiska räckvidden för bolagets verksamhet inte sträcker sig utanför de kommuner som äger bolaget, dels att bolaget har till syfte att tillhandahålla tjänster endast för dessa kommuner.
- 77 I artikel 3.3 i Setcos bolagsordning föreskrivs dock att bolaget även kan utföra tjänster till förmån för privatpersoner, när detta inte strider mot de sociala målen eller när det bidrar till att dessa kan genomföras på ett bättre sätt.
- 78 Setco har vid förhandlingen anfört att den befogenhet bolaget har att interagera med företag i den privata sektorn är en nödvändig sidoeffekt av bolagets uppgifter inom offentlig sektor. Bolaget har som exempel nämnt sorteringen av avfall, som kan göra det nödvändigt att sälja vidare vissa typer av insamlat material till specialiserade enheter för återvinning. Enligt Setco kompletterar dessa verksamheter insamlingen av avfall och är inte frikopplade från huvudverksamheten.
- 79 Om de befogenheter som ges entreprenören i fråga i det nationella målet att tillhandahålla tjänster till privata ekonomiska aktörer bara är ett komplement till företagets huvudverksamhet, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra, hindrar inte förekomsten av dessa befogenheter att bolagets huvudsyfte fortfarande är att tillhandahålla offentliga tjänster. Att bolaget har sådana befogenheter räcker således inte för att kunna konstatera att det har en marknadsmässig inriktning som hotar ägarnas kontroll över bolaget.
- 80 Den slutsatsen bekräftas av att det andra villkoret enligt punkt 50 i domen i det ovannämnda målet Teckal, nämligen att entreprenörsbolaget ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de myndigheter som innehar det,

ger utrymme för bolaget att bedriva verksamhet med andra aktörer än dessa myndigheter, förutsatt att denna endast är av marginell karaktär (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Carbotermo och Consorzio Alisei, punkt 63). Det villkoret skulle vara meningslöst om det första villkoret i nämnda punkt 50 tolkades som ett förbud mot all kompletterande verksamhet, inbegripet verksamhet med den privata sektorn.

- 81 Vad gäller de kontrollmekanismer som föreskrivs i Setcos bolagsordning, framgår det av handlingarna i målet att delägarna genom de ändringar de gjorde i bolagsordningen den 23 december 2006 avsåg att ge bolagsstämman och styrelsen, organ som föreskrivs i italiensk bolagsrätt, överbyggande beslutsstrukturer som inte uttryckligen föreskrivs där, för att säkerställa en kontroll över Setco motsvarande den som utövas över deras egna förvaltningar. Det rör sig bland annat om en förstärkt kontroll genom dels gemensamma kommittén, dels en teknisk kommitté för respektive avdelning som svarar för Setcos olika verksamheter.
- 82 Såsom framgår av artiklarna 8 ter och 8 quater i bolagsordningen, består gemensamma kommittén och de tekniska kommittéerna av representanter för delägarna. Varje delägare har en röst i dessa kommittéer, oavsett myndighetens storlek och antalet aktier den innehar.
- 83 Vidare har gemensamma kommittén och de tekniska kommittéerna enligt artiklarna 8 bis–8 quater i Setcos bolagsordning omfattande kontroll- och beslutsbefogenheter.
- 84 I artikel 14 i bolagsordningen begränsas i gengäld bolagsstämmans befogenheter genom att stämman måste beakta de riktlinjer och instruktioner som kommittéerna lämnar och genom att den endast får låta styrelsen vidta vissa åtgärder om detta först tillstyrkts av gemensamma kommittén.
- 85 Artikel 16 i bolagsordningen begränsar styrelsens utrymme för självständigt beslutsfattande genom att ålägga den att iaktta de befogenheter som förbehålls nämnda kommittéer och endast fatta beslut med iakttagande av de instruktioner dessa lämnar.
- 86 Med hänsyn till omfattningen av de kontroll- och beslutsbefogenheter som ges de kommittéer som inrättats och till att dessa kommittéer är sammansatta av företrädare för ägarkommunerna, måste sådana bestämmelser i bolagsordningen i det i det nationella målet aktuella bolaget anses ge ägarna möjlighet att, genom kommittéerna, utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl bolagets strategiska mål som dess viktiga beslut.
- 87 Den hänskjutande domstolen anser dock att artiklarna 8 bis–8 quater i Setcos bolagsordning, i den mån de avser gemensamma kommittén och de tekniska kommittéerna, är jämförbara med överenskommelser mellan aktieägare i den mening som avses i artikel 2341 i den italienska civillagen. Den har av detta dragit

slutsatsen att den kontroll motsvarande den som aktieägarna utövar över sina egna förvaltningar, som mekanismen med kommittéerna syftar till, eventuellt saknar giltig verkan.

- 88 Det är en fråga som rör tolkningen av nationell rätt, vilken det ankommer på den hänskjutande domstolen att besvara.
- 89 Med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning av att de berörda bestämmelserna i bolagsordningen faktiskt är giltiga, följer att den kontroll som de aktieägande myndigheterna under omständigheterna i det nationella målet utövar över bolaget i fråga genom de stadgeenliga bolagsorganen kan anses ge dessa myndigheter möjlighet att utöva en kontroll över bolaget motsvarande den som myndigheterna utövar över sin egen förvaltning.
- 90 Av vad som anförts följer att den ställda tolkningsfrågan ska besvaras på följande sätt:

Artiklarna 43 EG och 49 EG, principerna om likabehandling och om icke-diskriminering på grund av nationalitet samt den skyldighet avseende insyn som följer därav utgör inte hinder för direkt tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt till ett aktiebolag som ägs helt av det allmänna, då den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet utövar en kontroll över bolaget motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning och bolaget bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet eller de myndigheter som innehar det.

Med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning av att de berörda bestämmelserna i bolagsordningen faktiskt är giltiga, kan den kontroll som de aktieägande myndigheterna utövar över bolaget anses ge dessa myndigheter möjlighet att utöva en kontroll över bolaget motsvarande den som myndigheterna utövar över sin egen förvaltning under sådana omständigheter som i det nationella målet, när

- bolagets verksamhet är begränsad till de aktuella kommunerna och i huvudsak bedrivs till förmån för dessa, och
- dessa kommuner, genom i bolagsordningen fastställda organ sammansatta av företrädare för dem, utövar ett bestämmande inflytande i fråga om såväl bolagets strategiska mål som dess viktiga beslut.

Rättegångskostnader

- 91 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella 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 (tredje avdelningen) följande:

Artiklarna 43 EG och 49 EG, principerna om likabehandling och om icke-diskriminering på grund av nationalitet samt den skyldighet avseende insyn som följer därav utgör inte hinder för direkt tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt till ett aktiebolag som ägs helt av det allmänna, då den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet utövar en kontroll över bolaget motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning och bolaget bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet eller de myndigheter som innehar det.

Med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning av att de berörda bestämmelserna i bolagsordningen faktiskt är giltiga, kan den kontroll som de aktieägande myndigheterna utövar över bolaget anses ge dessa myndigheter möjlighet att utöva en kontroll över bolaget motsvarande den som myndigheterna utövar över sin egen förvaltning under sådana omständigheter som i det nationella målet, när

- bolagets verksamhet är begränsad till de aktuella kommunerna och i huvudsak bedrivs till förmån för dessa, och**
- dessa kommuner, genom i bolagsordningen fastställda organ sammansatta av företrädare för dem, utövar ett bestämmande inflytande i fråga om såväl bolagets strategiska mål som dess viktiga beslut.**

Underskrifter

