

EF-domstolens dom af 15. oktober 2009, sag C-196/08, Acoset

Nogle ordregivende myndigheder kunne uden forudgående offentliggørelse give et selskab koncession på udførelse af en tjenesteydelse, selvom selskabet havde privat deltagelse og derfor ikke kunne være in house, idet den private deltager i selskabet var fundet gennem et EU-udbud

En italiensk region besluttede sammen med regionens kommuner at stifte et selskab til at stå for vandforsyningen i regionen. Selskabet skulle stiftes som et »halvoffentligt selskab med overvejende offentlig deltagelse«. Heri lå, at 49 % af aktiekapitalen skulle ejes af en privat virksomhed, medens 51 % af aktiekapitalen skulle ejes af de stiftende myndigheder. Det fremgår, at regionen og kommunerne ville give aktieselskabet koncession på driften af vandforsyningen, således at den private deltager i selskabet skulle stå for den praktiske drift. Det fremgår ikke, hvorledes den private deltager skulle honoreres herfor, og hvorledes den private deltagers aktieandel skulle etableres.

Regionen og kommunerne iværksatte herefter et EU-udbud med henblik på at finde den omtalte private virksomhed. Det synes at fremgå, at dette udbud blev foretaget med hjemmel i en bestemmelse i den italienske lovgivning om offentlige kontrakter. Der indkom tilbud fra nogle virksomheder, men det konstateredes, at kun en af tilbudsgiverne, en virksomhed A, ønskede at indgå kontrakt.

Regionen og kommunerne annullerede imidlertid EU-udbuddet og besluttede tilsyneladende at drive vandforsyningen uden privat deltagelse. Dette skyldtes en frygt for, at oprindeligt påtænkte konstruktion med privat deltagelse var i strid med fællesskabsretten.

A anlagde herefter sag mod regionen og kommunerne ved en italiensk forvaltningsdomstol og gjorde gældende, at den omtalte italienske lovbestemmelse var i overensstemmelse med fællesskabsretten. Dette foranledigede forvaltningsdomstolen til at forelægge sagen for EF-domstolen med et spørgsmål, der sigtede til, om den oprindeligt påtænkte konstruktion med et »halvoffentligt« selskab var i overensstemmelse med fællesskabsretten.

Fra EF-domstolens udtalelser kan nævnes (noget sammentrængt gengivet):

Der var tale om at give det omhandlede aktieselskab en koncession vedrørende udførelse af tjenesteydelser (præmis 42 og 45), hvilket ikke er omfattet af udbudspligten efter Udbudsdirektivet og Forsyningsvirksomhedsdirektivet (præmis 44). Traktatens grundlæggende principper m.m. finder imidlertid anvendelse på koncessioner om tjenesteydelser, og der er derfor pligt til at sikre en passende offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver (præmis 46-50). Disse udtalelser svarer til, hvad EF-domstolen har udtalt i flere tidligere domme, senest i dom af 13. november 2008 i sag C-324/07, Coditel Brabant.

Traktatens grundlæggende principper m.m. med deraf følgende pligt til en passende offentlighed finder imidlertid ikke anvendelse, hvis den kontrol, som den ordregivende myndighed fører med koncessionshaveren, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og hvis koncessionshaveren udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den virksomhed,

den ejes af (præmis 51).¹ Privat medejerskab for koncessionshaveren udelukker, at den ordregivende myndighed kan føre samme kontrol med koncessionshaveren som med sine egne tjenestegrene, og dette var tilfældet med hensyn til den koncession, som sagen angik (præmis 53-54).

Det udbud, som regionen og kommunerne havde iværksat med henblik på at finde den private deltager i aktieselskabet, opfyldte imidlertid traktatens grundlæggende principper m.m., da de private virksomheder, der ønskede at komme i betragtning, skulle dokumentere deres tekniske forudsætninger og de fordele, som antagelsen af deres tilbud ville medføre (præmis 59). Det ville endvidere være uhensigtsmæssigt at skulle gennemføre en dobbelt procedure, dvs. først en indledende udvælgelse af den private deltager og derefter tildeling af koncessionen (præmis 61). EF-domstolen henviste også til, at udvælgelsen af den private deltager bl.a. var baseret på dennes tekniske færdigheder, hvorfor udvælgelsen af koncessionshaveren var en følge af valget af den private deltager (præmis 60). EF-domstolen udtalte, at et selskab med en blandet offentlig og privat kapital som det omhandlede skal bevare det samme samfundsmæssige formål gennem hele koncessionens varighed, og at enhver væsentlig ændring medfører pligt til at foretage konkurrenceudsættelse² (præmis 62).

EF-domstolen besvarede herefter forvaltningsdomstolens spørgsmål med (stærkt sammentrængt gengivet), at forskellige nærmere angivne traktatbestemmelser ikke var til hinder for en selskabskonstruktion som den omhandlede.

Følgende bemærkes:

Denne dom kan måske ses som (endnu) et eksempel på, at EF-domstolen er på vej bort fra sine tidligere gentagne tilkendegivelser om, at et selskab ikke kan være in house, hvis der er privat deltagelse i selskabet eller mulighed for privat deltagelse. I Sea-dommen af 10. september 2009 i sag C-573/07 accepterede EF-domstolen, at et selskab var in house, selvom der var mulighed for privat deltagelse. I Acozet-dommen accepterer EF-domstolen tilsyneladende reelt, at et selskab med privat deltagelse er in house, hvis den private deltager er fundet gennem en procedure med forudgående offentliggørelse.

¹ Dvs. hvis koncessionshaveren er »in house«, se om dette begreb fx Klagenævnets resumé af EF-domstolens dom af 10. september 2009 i sag C-573/07, Sea.

² Ifølge den danske udgave af dommen »pligt til at afholde udbud«. Dette er formentlig udtryk for en uheldig oversættelse, da der næppe kan være pligt til at afholde et egentligt EU-udbud som følge af, at tjenesteydelseskoncessioner som også nævnt i dommen ikke er omfattet af udbudspligten efter udbudsdirektiverne. Den franske version af dommen bruger formuleringen »obligation de mise en concurrence«.