

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
JULIANE KOKOTT

föredraget den 1 mars 2005<sup>1</sup>

**I — Inledning**

1. En av de centrala frågorna inom det offentliga upphandlingsområdet är avgränsningen mellan tilldelningar av kontrakt som måste föregås av en offentlig upphandling och tilldelningar som får ske utan sådan upphandling. Detta mål gäller särskilt frågan var gränsen går mellan tilldelning av kontrakt till privatföretag och så kallade interna tilldelningar, även kallade "In-House-Geschäfte" (nedan kallade interna transaktioner).

2. *Interna transaktioner i snävare bemärkelse* är transaktioner genom vilka ett organ som lyder under offentlig rätt tilldelar en av sina enheter som inte är en fristående juridisk person ett kontrakt. Till interna transaktioner i en vidare bemärkelse kan emellertid också räknas vissa situationer i vilka upphandlande myndigheter ingår avtal med företag som de kontrollerar men som är fristående juridiska personer. Interna transaktioner i snävare bemärkelse är redan från början undantagna från de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, eftersom det är fråga om rent interna

transaktioner inom myndighetens egen förvaltning.<sup>2</sup> När det gäller interna transaktioner i en vidare bemärkelse (ibland också kallade kvasiinterna transaktioner)<sup>3</sup> uppkommer däremot som regel den svåra frågan hur transaktioner som måste föregås av ett formellt upphandlingsförfarande skall avgränsas från transaktioner för vilka ett sådant inte behövs. Detta problem skall domstolen i detta mål nu återigen ta ställning till.<sup>4</sup>

3. Brixens kommun [\*] har till sitt dotterföretag Stadtwerke Brixen AG överlåtit driften av två avgiftspliktiga offentliga parkeringsplatser. Överlåtelseerna gjordes utan genomförande av ett formellt offentligt upphandlingsförfarande. Det privata bolaget Parking Brixen GmbH gjorde invändningar mot överföringen. En italiensk domstol, Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen (nedan kallad den nationella domstolen), har begärt att domstolen skall meddela förhandsavgörande beträf-

2 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkterna 49 och 50, som gällde rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 120, nedan kallat direktiv 93/36).

3 — Se punkt 49 i generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande av den 23 september 2004 i mål C-26/03, Stadt Halle (REG 2005, s. I-1).

4 — Principiella uttalanden om detta problem har gjorts i domen i det ovannämnda målet Teckal. Först nyligen, den 11 januari 2005, meddelades dom i målet C-26/03, Stadt Halle m.fl. (REG 2005, s. I-7287). Andra mål som ännu är anhängiga vid domstolen är till exempel målen C-231/03, Coname, C-29/04, kommissionen mot Österrike, och C-216/04, Saba Italia.

1 — Originalspråk: tyska.

fande tolkningen av två frågor, som huvudsakligen avser dels avgränsningen mellan offentliga tjänsteavtal och tjänstekoncessioner, dels avgränsningen mellan tilldelning av kontrakt till privatföretag som måste föregås av ett offentligt upphandlingsförfarande och interna transaktioner som får ske utan ett sådant. [\* Eftersom rättegångsspråket var tyska används i översättningen de tyska namnen. På italienska heter Brixen Bressano, Stadtwerke Brixen AG .ASM Bressanone SpA, Stadtwerke Brixen Servizi municipalizzati Bressano och den nationella domstolen Il Tribunale amministrativo Sezione autonoma per la provincia di Bolzano. Övers. ann.]

- a) *offentliga tjänsteavtal*: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, ...
- b) *upphandlande myndigheter*: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

## II — Tillämpliga bestämmelser

..."

### A — Gemenskapsrättsliga bestämmelser

4. Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser i detta mål är dels rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster<sup>5</sup> (nedan kallat direktiv 92/50), dels artiklarna 43 EG, 49 EG och 86.1 EG.

5. Artikel 1 a och 1 b i direktiv 92/50 har såvitt nu är i fråga följande lydelse:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelse som anges här:

6. I artikel 43 EG regleras etableringsrätten och i artikel 49 EG friheten att tillhandahålla tjänster. Enligt artikel 48.1 EG och artikel 55 EG skall bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen med avseende på dessa grundläggande friheter likställas med fysiska personer som är medborgare i gemenskapen.

7. Slutligen föreskrivs i artikel 86.1 och 86.2 EG följande:

"1. Medlemsstaterna skall beträffande offentliga företag och företag som de beviljar

5 — Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139). Detta direktiv har upphävts och ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandlingen av byggtreprenader, varor och tjänster (EGT L 134, s. 114; nedan kallat direktiv 2004/18). Såvitt avser den i målet aktuella tiden är direktiv 92/50 fortfarande tillämpligt.

särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet reglerna i artiklarna 12 samt 81–89.

särskilda företaget hade före omvandlingen och övertar det ursprungliga företags samtliga tillgångar och skulder. Den lokala myndighet som beslutat om omvandlingen kan enligt samma bestämmelse vara ensam aktieägare i aktiebolaget, dock inte under längre tid än två år från omvandlingen.

2. Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.”

9. Enligt artikel 88.6 i de konsoliderade bestämmelserna om kommuners styrelser i den självständiga regionen Trentino-Sydtyrolen (nedan kallade de konsoliderade bestämmelserna) gäller följande:

## B — Nationella bestämmelser

”Kommunerna skall i förordning reglera hur och på vilka villkor någon av nedan angivna lösningar skall väljas för att offentliga nyttigheter skall kunna drivas på ett ekonomiskt och affärsmässigt sätt:

8. I Italien får enligt artikel 115 första stycket Decreto legislativo<sup>6</sup> nr 267, utfärdat av republikens president den 18 augusti 2000 (nedan kallat Decreto legislativo 267/2000)<sup>7</sup>, kommuner och andra lokala myndigheter genom en ensidig rättsakt omvandla sina egenföretag (även kallade särskilda företag) till aktiebolag. Ett sådant aktiebolag behåller de rättigheter och skyldigheter som det

a) grundande av särskilda företag,

b) bildande av eller förvärv av andelar i lämpliga aktiebolag eller bolag med begränsat ansvar med till övervägande delen offentligt inflytande,

6 — Lagdekret eller lagstiftningsdekret.

7 — Decreto legislativo 267/2000 har rubriken ”Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali” (De konsoliderade bestämmelserna om kommuners styrelse) och har publicerats i GURI nr 227 av den 28 september 2000, ordinarie tillägg nr 162.

c) överförande av driften av offentliga nyttigheter till privatföretag. Kommunen skall då också föreskriva lämpliga konkurrensregler som skall tillämpas när dessa skall utses. ...”<sup>8</sup>

nala offentliga simhallen. Uppdraget att bygga och driva simhallen hade redan dessförinnan, år 2000, tilldelats Stadtwerke Brixen. Vid den muntliga förhandlingen framkom att parkeringsplatserna utnyttjas även av andra än besökare till simhallen.

10. Dessutom föreskrivs i artikel 88.18 i de konsoliderade bestämmelserna att en lokal myndighet som är delägare i bolag som har bildats enligt artikel 88.6 till dessa bolag på vissa i bestämmelsen närmare angivna villkor kan överföra driften av ytterligare offentliga nyttigheter som är förenliga med de mål som myndigheten eftersträvar.

12. Den nationella domstolen har uppgivit att parkeringsplatserna är belägna på två skilda fastigheter som har beteckningarna 491/6 respektive 491/11.

### III — Bakgrund

#### *Faktiska omständigheter och målet vid den nationella domstolen*

11. Brixens kommun, som ligger i den italienska självständiga regionen Trentino-Sydtyrolen, överförde under åren 2001 och 2002 driften av två offentliga parkeringsplatser till Stadtwerke Brixen AG. Överföringarna skedde utan att kommunen dessförinnan infordrade några anbud. Båda parkeringsplatserna ligger intill den kommu-

13. I december 2001 beviljade Brixens kommun<sup>9</sup> Stadtwerke Brixen AG bygglov för att på fastigheten 491/11 uppföra parkeringsplatser såväl ovan som under jord. Till dess att det planerade garaget under jord var färdigt skulle en provisorisk parkeringsplats iordningställas ovan jord. För detta ändamål förstärktes marken (som förut tjänat som fotbollsplan) provisoriskt och området gjordes om till en parkeringsplats med cirka 200 parkeringsrutor.

14. För att bereda ytterligare parkeringsutrymme överförde Brixens kommun i november 2002 även driften av parkeringsplatsen ovan jord på den närliggande fastigheten 491/6 till Stadtwerke Brixen AG.

<sup>8</sup> — Denna bestämmelse har sitt ursprung i artikel 44 i den regionala lagen nr 1 av den 4 januari 1993 (Amtsblatt för den självständiga regionen Trentino-Sydtyrolen nr 3 av den 19 januari 1993, ordinarie tillägg nr 1), ändrad genom artikel 10 i den regionala lagen nr 10 av den 23 oktober 1998 (Amtsblatt för den självständiga regionen Trentino-Sydtyrolen nr 45 av den 27 oktober 1998, tillägg nr 2).

<sup>9</sup> — Kommunstyrelsens beslut nr 118 av den 18 december 2001.

Överföringen skedde för en tid av nio år.<sup>10</sup> Denna parkeringsplats, som också innehåller omkring 200 parkeringsrutor, hade tidigare under mer än tio år drivits direkt av Brixens kommun.

15. Genom ett med Brixens kommun den 19 december 2002 träffat avtal erhöll Stadtwerke Brixen AG tillstånd att ta ut avgift av dem som använder den på fastigheten 491/6 belägna parkeringsplatsen. Som motprestation åtog sig Stadtwerke Brixen AG att till kommunen betala en årlig ersättning om 151 700 euro som skall höjas procentuellt om parkeringsavgiften höjs.<sup>11</sup> För driften av området övertog Stadtwerke Brixen AG även den personal som kommunen tidigare sysselsatt där, åtog sig att hålla området i gott skick och övertog allt ansvar för detta. Bolaget förklarade sig också villigt att överta den kostnadsfria utlåning av cyklar som kommunen tidigare drivit på parkeringsplatsen och godtog att det även i fortsättningen får hållas marknad på området en gång i veckan.

16. Enligt den nationella domstolen ingicks däremot inte något motsvarande avtal beträffande

den ovan jord belägna parkeringsplatsen på fastigheten 491/11.

17. Parking Brixen GmbH, som redan driver ett parkeringshus på en annan plats i Brixen och är intresserat av att också driva de parkeringsplatser som tvisten gäller, har gjort invändningar mot överföringarna. Parking Brixen GmbH har den 17 januari 2003 väckt talan hos den nationella domstolen och yrkat att de rättsakter som ligger till grund för, hänger samman med eller utgör en följd av överföringen skall upphävas.

*Kompletterande uppgifter beträffande Stadtwerke Brixen AG och det tidigare egna företaget*

18. Stadtwerke Brixen AG är rättsinnehavare efter Stadtwerke Brixen som var ett av kommunen Brixens egenföretag (även kallat särskilt företag). Stadtwerke Brixen hade redan sedan den 1 januari 1999 rättskapacitet och affärsmässig självständighet. I oktober 2001 omvandlade kommunen med tillämpning av artikel 115 Decreto legislativo 267/2000 det särskilda företaget Stadtwerke Brixen till aktiebolaget Stadtwerke Brixen AG.<sup>12</sup>

10 — Kommunstyrelsens beslut nr 107 av den 28 november 2002.

11 — I beslutet att begära förhandsavgörande anges att den årliga ersättningen vid en höjning av parkeringsavgifterna skall höjas "med 80 procent av den motsvarande procentuella höjningen".

12 — Kommunstyrelsens beslut nr 97 av den 25 oktober 2001.

19. De uppgifter som åligger Stadtwerke Brixen AG framgår av artikel 4 i bolagets stadgar. Enligt denna bestämmelse får bolaget bedriva verksamhet på ett flertal områden som i vidaste bemärkelse gäller tillgodoseendet av allmänna intressen, särskilt vattenförsörjning, bortskaffande och rening av avloppsvatten, värme- och energiförsörjning, gatubyggen, avfallshantering, person- och godstransporter samt informatik och telekommunikation. All verksamhet får utövas på lokal, nationell och internationell nivå. Även driften av parkeringsplatser och parkeringsgarage jämte därmed sammanhängande verksamhet ingår i bolagets uppgifter.

20. När driften av de båda parkeringsplatserna överfördes till Stadtwerke Brixen AG och även därefter var Brixens kommun ensam aktieägare i bolaget. I artikel 5 andra stycket i stadgarna för Stadtwerke Brixen AG föreskrivs, att kommunen Brixens andel i bolagets egna kapital inte i något fall får understiga den absoluta majoriteten av aktierna.

21. Enligt artikel 17 i stadgarna förvaltas Stadtwerke Brixen AG av en styrelse som består av tre till sju ledamöter vilka utses av bolagsstämman. Brixens kommun<sup>13</sup> har dock alltid möjlighet att utnämna flertalet av styrelsemedlemmarna. Enligt artikel 18 i stadgarna har styrelsen full befogenhet att sköta den löpande förvaltningen av bolaget,

inklusive genomförande av transaktioner upp till ett värde av 5 000 000 euro per transaktion. Dessutom skall bolaget enligt artikel 24 i stadgarna ha ett förvaltningsråd, bestående av tre ordinarie ledamöter och två suppleanter. Minst två av de ordinarie ledamöterna och en suppleant skall utses av Brixens kommun.

22. Det tidigare särskilda företaget Stadtwerke Brixen hade i sakligt hänseende ungefär samma uppgifter som Stadtwerke Brixen AG nu har. Företagets verksamhet fick dock endast utövas inom kommunen och kunde endast i samarbete med andra företag utövas inom områden utanför kommunens gränser. Den omfattade redan driften av parkeringsplatser och parkeringshus, däremot ännu inte till exempel informatik och telekommunikation. Det särskilda företags styrelse valdes på sin tid av kommunstyrelsen och var skyldig att följa de riktlinjer för verksamhet som uppdrogs av denna.

#### **IV — Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen**

23. Den nationella domstolen har genom beslut av den 23 juli 2003 förklarat målet vilande och begärt att domstolen skall

13 — Behörig beslutsfattare är kommunstyrelsen, enligt uppgift vid den muntliga förhandlingen.

meddela förhandsavgörande beträffande två tolkningsfrågor. Med frågorna, som inledningsvis också hänför sig till artikel 43 EG och följande artiklar, artikel 49 EG och följande artiklar samt artikel 86 EG, vill den nationella domstolen få klarhet i följande avseenden:

”1. Är uppdraget att driva de aktuella avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatserna ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50 eller en tjänstekoncession som inte omfattas av EG:s konkurrensregler, särskilt skyldigheterna till likabehandling och till att lämna insyn?

2 Om det verkligen är fråga om en tjänstekoncession, är då överföringen av driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser — som enligt artikel 44.6 b i den regionala lagen nr 1 av den 4 januari 1993 i ändrad lydelse enligt artikel 10 i den regionala lagen nr 10 av den 23 januari 1998 samt artikel 88.6 a och b i de konsoliderade bestämmelserna om kommuners styrelse kan ske utan offentlig infordran av anbud — förenlig med gemenskapsrätten, och då särskilt med principerna om friheten att tillhandahålla tjänster och om fri konkurrens, diskrimineringsförbudet och de därav följande skyldigheterna till likabehandling och insyn, när överföringen sker till ett aktiebolag som i enlighet med artikel 115 Decreto legislativo nr 267/2000 har bildats

genom omvandling av ett av en kommuns särskilda företag och vars samtliga aktier vid tidpunkten för tilldelningen av uppdraget ägs av kommunen själv, men vars styrelse har full befogenhet att sköta den löpande förvaltningen i bolaget, inklusive genomförande av transaktioner upp till ett värde av 5 000 000 euro per transaktion?”

24. I skrivelse av den 16 december 2004 underrättade domstolens kansli parterna om att domstolen den 11 januari 2005 skulle meddela dom i det ovannämnda målet Stadt Halle.<sup>14</sup> Avsikten med underrättelsen var att parterna skulle få tillfälle att yttra sig över nämnda dom vid den muntliga förhandlingen i detta mål den 13 januari 2005.

25. Under förfarandet vid domstolen har Parking Brixen AG, Stadtwerke Brixen AG, Brixens kommun, italienska och den österrikiska regeringen ssamt kommissionen yttrat sig skriftligen och muntligen. Dessutom har den nederländska regeringen yttrat sig vid den muntliga förhandlingen.

## V — Bedömning

26. Med sin begäran om förhandsavgörande vill den nationella domstolen huvudsakligen

<sup>14</sup> — Se fotnot 4.

få klarhet i huruvida gemenskapsrätten innehåller några riktlinjer, och i så fall vilka, för transaktioner mellan upphandlande myndigheter och deras dotterföretag. Detta är föremålet för den andra tolkningsfrågan. Först måste man dock inom ramen för den första frågan diskutera ur vilka gemenskapsrättsliga bestämmelser — direktiv 92/50 eller allmänna grundsatsen i EG-fördraget — några eventuella riktlinjer över huvud taget kan utläsas. För detta ändamål måste utredas var gränsen går mellan offentliga tjänsteavtal och tjänstekoncessioner.

A — Den första frågan: Avgränsningen mellan offentliga tjänsteavtal och tjänstekoncessioner

27. Med den första frågan vill den nationella domstolen huvudsakligen få klarhet i huruvida det är ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50 eller en tjänstekoncession när en upphandlande myndighet uppdrar åt ett företag att driva en offentlig parkeringsplats och företaget får ta ut en avgift av dem som utnyttjar parkeringsplatsen samt som motprestation åtar sig att betala en årlig ersättning till kommunen.

28. För att besvara denna fråga behöver man emellertid ännu inte göra den inledningsvis nämnda avgränsningen mellan tilldelning av kontrakt till privatföretag som måste föregås

av ett offentligt upphandlingsförfarande och interna transaktioner<sup>15</sup> som kan genomföras utan ett sådant förfarande. I detta sammanhang är det tvärtom tillräckligt att pröva om enbart *föremålet* för en sådan transaktion som den som i detta fall genomförts mellan Brixens kommun och Stadtwerke Brixen AG över huvud taget kan omfattas av direktiv 92/50. Den frågan skall besvaras jakande om det är fråga om *ett offentligt tjänsteavtal* men nekande om det är fråga om en tilldelad *tjänstekoncession*. Enligt domstolens rättspraxis, som till en början utvecklades med avseende på det så kallade sektordirektivet<sup>16</sup> men sedan också har tillämpats med avseende på tjänstedirektivet 92/50, är tjänstekoncessioner inte sådana *skriftliga onerösa avtal* som avses i dessa två direktiv<sup>17</sup>, inte ens om de omfattar de verksamheter som anges i bilagorna till de båda direktiven. Att så är fallet bekräftas för övrigt också genom en tolkning *e contrario* av direktiv 2004/18 — som skall tillämpas framöver — där tjänstekoncessioner för första gången uttryckligen omnämns<sup>18</sup>.

29. Till skillnad från *offentliga tjänsteavtal* kännetecknas en *tjänstekoncession* av att den

15 — Se punkterna 1 och 2 ovan.

16 — Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), numera upphävt och ersatt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EGT L 134, s. 1).

17 — Beträffande artikel 1 a i tjänstedirektivet 92/50, se beslut av den 30 maj 2002 i mål C-358/00, Buchhändler-Vereinigung (REG 2002 s. I-1685), punkterna 29 och 30. Beträffande artikel 1.4 i sektordirektivet 93/38, se dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), punkterna 57 och 58.

18 — Artikel 1.4 i direktiv 2004/18.



som tillhandahåller ifrågavarande tjänst från den upphandlande myndigheten erhåller ett vederlag för tjänsten bestående i *rätten att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt*.<sup>19</sup>

30. Såsom kommissionen, den österrikiska regeringen och den italienska regeringen med rätta har framhållit är det vid en *tjänstekoncession* nämligen företaget som tar risken i samband med de tillhandahållna tjänsterna och — åtminstone delvis — erhåller kompensation för detta från dem som utnyttjar tjänsterna, till exempel genom att dessa erlägger avgift.<sup>20</sup> Det föreligger alltså ett triangelförhållande mellan den upphandlande myndigheten, tjänsteleverantören och dem som utnyttjar tjänsterna. Till skillnad härifrån leder ett *offentligt tjänsteavtal* endast till ett bilateralt rättsförhållande. Avgiften för den utförda tjänsten betalas i detta fall av den upphandlande myndigheten själv som också i övrigt tar den ekonomiska risken.

31. Enligt tillgängliga uppgifter utgörs i förevarande fall det vederlag som Brixens kommun ger Stadtwerke Brixen AG för driften av parkeringsplatsen på fastigheten 491/6 uteslutande av ett tillstånd för Stadtwerke Brixen AG att ta ut parkeringsavgift av

dem som använder parkeringsplatserna. Ur ekonomisk synpunkt kan Stadtwerke Brixen AG härigenom kommersiellt utnyttja sina egna tjänster; det vill säga driften och underhållet av parkeringsplatsen. Samtidigt tar bolaget emellertid också den ekonomiska risken i samband med driften av parkeringsplatsen. Bolaget skall nämligen av de influtna parkeringsavgifterna inte bara betala de löpande kostnaderna och skötseln av parkeringsytan. Det skall dessutom finansiera sin årliga ersättning till kommunen. Allt detta talar för att det är fråga om en tjänstekoncession och inte om ett offentligt tjänsteavtal.

32. Det går inte att med hjälp av de uppgifter som är tillgängliga i målet med säkerhet fastställa om något motsvarande gäller även beträffande parkeringsplatsen på fastigheten 491/11. Det ankommer i vilket fall som helst inte på domstolen utan på den nationella domstolen att bedöma om gemenskapsrättens föreskrivna kriterier är tillämpliga på de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.<sup>21</sup> Denna måste framför allt klargöra om det vederlag för driften av parkeringsplatsen som Brixens kommun ger till Stadtwerke Brixen AG utgörs av tillståndet att ta ut avgifter av dem som använder parkeringsplatsen.

19 — Domen i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, punkt 58, andra strecksatsen, och beslutet i det ovannämnda målet Buchhändler-Vereinigung, punkt 27. Se också den framöver tillämpliga legaldefinitionen i artikel 1.4 i direktiv 2004/18.

20 — I detta sammanhang har kommissionen också åberopat sitt tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EGT C 121, 2000, s. 2). Se särskilt artikel 2.2. i meddelandet.

21 — Se bland annat dom av den 16 juli 1998 i mål C-235/95, Dumon och Froment (REG 1998, s. I-4531), punkt 25. Se även domen i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, punkt 63.

33. Jag anser i varje fall i likhet med Parking Brixen GmbH, den österrikiska och den italienska regeringen samt kommissionen<sup>22</sup> att det inte är ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50, utan en tjänstekoncession som inte omfattas av detta direktiv, när en upphandlande myndighet överför driften av en offentlig parkeringsplats till ett företag, företaget erhåller rätt att ta ut en avgift av dem som använder parkeringsplatsen och företaget i gengäld åtar sig att betala den upphandlande myndigheten en årlig ersättning.

*B — Den andra frågan: gemenskapsrättsliga bestämmelser om tilldelning av tjänstekoncessioner till upphandlande myndigheters dotterföretag*

34. Med sin andra fråga vill den nationella domstolen huvudsakligen få klarhet i vilka villkor som gäller för att en upphandlande myndighet skall ha rätt att utan att först offentligt infordra anbud tilldela ett av sina dotterföretag en sådan tjänstekoncession som den i målet omtvistade behörigheten att driva avgiftspliktiga offentliga parkeringsplatser.

22 — Övriga parter i målet har inte yttrat sig närmare i denna fråga. Brixens kommun och Stadtwerke Brixen AG bestrider tvärtom att det är fråga om en tjänstekoncession på den grunden att Stadtwerke Brixen AG inte är tredje man i förhållande till Brixens kommun.

1. Gemenskapsrättsliga bestämmelser om diskrimineringsförbud och skyldighet att lämna insyn även utanför tillämpningsområdena för direktiven om offentlig upphandling

35. Tvärt emot den nederländska regeringens uppfattning har i rättspraxis redan klargjorts att upphandlande myndigheter, även utanför tillämpningsområdena för direktiven om offentlig upphandling,<sup>23</sup> har gemenskapsrättsliga skyldigheter som följer av EG-fördragets grundläggande regler i allmänhet och av de grundläggande friheterna<sup>24</sup> och principen om diskrimineringsförbud i synnerhet<sup>25</sup>.

36. Diskrimineringsförbudet medför också en skyldighet att lämna insyn. Endast när tilldelningen av ett kontrakt eller en koncession sker med full insyn i förfarandet är det över huvud taget möjligt att i det enskilda fallet fastställa om principen om icke diskriminering har tillämpats eller om det har

23 — Såvitt avser konstaterandet att direktiv 92/50 inte är tillämpligt i ett fall som det förevarande, se vad som anförts om den första tolkningsfrågan i punkterna 27–33 ovan.

24 — I ett fall som det förevarande kan bestämmelserna om frihet att tillhandahålla tjänster (artikel 49 EG) och, om en utländsk anbudsgivare överväger att etablera sig i Italien för att driva parkeringsplatser, även bestämmelserna om etableringsrätt (artikel 43 EG) bli tillämpliga.

25 — Att så är fallet — särskilt när det är fråga om en tjänstekoncession — se domen i det ovannämnda målet *Telaustria och Telefonadress*, punkt 60. Se vidare dom av den 23 januari 2003 i mål C-57/01, *Makedoniko Metro und Michaniki* (REG 2003, s. I-1091), punkt 69, och beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, *Vestergaard* (REG 2001, s. I-9505), punkterna 20 och 21. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, *HI* (REG 2002, s. I-5553), punkt 47.

fattats ett godtyckligt beslut för eller emot en viss anbudsgivare.<sup>26</sup>

37. Det sagda betyder ingalunda att det är nödvändigt att tillämpa ett förfarande som i detalj överensstämmer med det som anges i direktiven om offentlig upphandling. Som domstolen har konstaterat i domen i det ovannämnda målet *Telaustria* och *Telefonadress* syftar emellertid den skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet till att "garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska".<sup>27</sup>

38. Endast i förbigående skall nämnas att *Stadtwerke Brixen AG* i detta sammanhang har invänt att artikel 43 EG och följande artiklar inte kan tillämpas på den aktuella transaktionen, eftersom de faktiska förhållandena i målet vid den nationella domstolen inte har något gränsöverskridande inslag. Bolaget har hänvisat till att samtliga parter i målet vid den nationella domstolen har sitt säte i Italien.

39. Det är riktigt att de grundläggande friheterna faktiskt inte kan tillämpas på medlemsstaternas rent interna förhållan-

den.<sup>28</sup> Som kommissionen, *Parking Brixen GmbH* och den österrikiska regeringen med rätta har anmärkt kan emellertid en eventuell överträdelse av bestämmelsen om skyldighet att lämna insyn beröra inte bara inhemska företag som *Parking Brixen GmbH*, utan alla potentiella intressenter, även tänkbara anbudsgivare i andra medlemsstater.<sup>29</sup> En eventuell brist på offentlighet berör därmed alltid samtidigt också de grundläggande friheterna för potentiella intressenter i andra medlemsstater.

2. Möjlighet till undantag för transaktioner med egna dotterföretag: rättspraxis enligt domen i målet *Teckal*

40. Det återstår emellertid att diskutera om inte en upphandlande myndighet undantagsvis kan bli befriad från att iaktta de i det föregående beskrivna gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, när den överlåter rätten att tillhandahålla tjänster till företag som den själv kontrollerar.

26 — Domar i de ovannämnda målen *Telaustria* och *Telefonadress*, punkt 61, och HI, punkt 45, samt dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, *Unitron Scandinavia* und 3-S (REG 1999, s. I-8291), punkt 31.

27 — Domen i det ovannämnda målet *Telaustria* und *Telefonadress*, punkt 62.

28 — Fast rättspraxis. Se senast dom av den 16 december 2004 i mål C-293/03, *My* (REG 2004, s. I-12013), punkt 40. Såvitt avser etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster se redan dom av den 7 februari 1979 i mål 115/78, *Knooks* (REG 1979, s. 399), punkt 24, första delen av första mening.

29 — Se även dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I 2043), punkt 33. Enligt domen är det förfarande möjligt att även företag som är etablerade i andra medlemsstater kan bli direkt eller indirekt berörda av en offentlig upphandling. Det offentliga upphandlingsförfarande som föreskrivs i direktivet måste således iaktas oavsett anbudsgivarnas nationalitet eller hemvist. Detta konstaterande gäller inte bara tillämpningen av de villkor som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling utan även i sådana fall som det här aktuella där gemenskapens grundläggande allmänna regler skall tillämpas.

41. Om den upphandlande myndigheten avser att med tanke på en överlåtelse vända sig till ett i organisatoriskt hänseende självständigt offentligt företag, nämligen ett av sina dotterföretag, förefaller svaret till en början vara uppenbart. Enligt principen om likabehandling av offentliga och privata företag, som särskilt kommit till uttryck i artikel 86.1 EG, får offentliga företag — med förbehåll för de undantag som anges i artikel 86.2 EG — inte behandlas bättre än privata konkurrentföretag. En upphandlande myndighet får alltså inte utan vidare uppdraga åt ett företag som den själv kontrollerar att tillhandahålla tjänster. Den måste dessförinnan först överväga andra möjligheter och för detta ändamål genomföra ett förfarande som ger full insyn i hur valet av tjänsteleverantör sker.

42. Å andra sidan står det självklart även en upphandlande myndighet fritt att fullgöra sina uppgifter helt och hållet *med egna medel*, det vill säga rent internt, utan att över huvud taget behöva vända sig till juridiskt självständiga — offentliga eller privata — företag. I så fall behöver den inte heller iaktta de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling<sup>30</sup> och bestämmelserna i artikel 86 EG.

43. Som jag redan i början har nämnt innebär avgränsningen mellan sådana interna transaktioner och transaktioner avseende tilldelning till privatföretag inte sällan svårigheter i det enskilda fallet. I detta avseende har domstolen i samband med behandlingen av direktiv 93/36 gjort principiella uttalanden i domen i det ovannämnda

målet Teckal.<sup>31</sup> Av den domen kan utläsas att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling principiellt skall tillämpas så snart det träffas *en överenskommelse mellan två skilda personer*<sup>32</sup>, det vill säga så snart det föreligger ett *kontrakt*.

44. Det är emellertid inte bara rent formella synpunkter som avgör om de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling måste tillämpas. Man måste också göra en bedömning av transaktionen som sådan. Även om båda parterna i en juridisk transaktion formellt sett är fristående enheter kan transaktionen mellan dem likväl undantagsvis jämföras med en rent intern transaktion, nämligen om följande två kumulativa villkor som har utvecklets genom rättspraxis är uppfyllda.<sup>33</sup>

— den upphandlande myndigheten<sup>34</sup> måste utöva en kontroll över den fristående enhet med vilken avtalet ingåtts<sup>35</sup> som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet (*det första Teckalkriteriet*), och

32 — Såvitt avser de personer som kan komma i fråga är det nödvändigt men också tillräckligt att den ena avtalsparten är en upphandlande myndighet (domarna i de ovannämnda målen Teckal, punkt 42, andra meningen, och Stadt Halle, punkt 47). Se också dom av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE (REG 2000, s. I-11037), punkt 40.

33 — I sin ursprungliga lydelse finns kriterierna i domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 50, andra meningen. De nämns också i dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien (REG 2005, s. I-139), punkt 38. Kriterierna utvecklas vidare i domen i det ovannämnda målet Stadt Halle, punkt 49, andra meningen, dock i en i språkligt hänseende lätt förändrad lydelse. Sistnämnda lydelse ligger till grund för följande överväganden om annat inte anges.

34 — I domen i det ovannämnda målet Stadt Halle används den klumpiga formuleringen "den offentliga myndighet som är en upphandlande myndighet". I domen i det ovannämnda målet Teckal används — mot bakgrund av de faktiska förhållandena — uttrycket "den lokala myndigheten".

35 — Den enhet med vilken avtalet ingås anges i domen i det ovannämnda målet Teckal som "den ifrågavarande juridiska personen" och i domen i det ovannämnda målet Stadt Halle som "den fristående enheten".

30 — Domen i det ovannämnda målet Stadt Halle, punkt 48.

31 — Domen i det ovannämnda målet Teckal, punkterna 46, 49 och 50.

— ifrågavarande fristående enhet skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet för<sup>36</sup> den eller de myndigheter som innehar den (*det andra Teckalkriteriet*).

upphandlande myndigheter *som inte omfattas av* direktivens tillämpningsområde underkastas ett strängare krav än de som omfattas av dessa, nämligen en i så fall *undantagslöst gällande* skyldighet att skapa insyn och offentlighet.

45. Denna rättspraxis har domstolen sedan dess tillämpat inte bara med avseende på direktiv 93/36, utan också med avseende på direktiven 92/50 och 93/37<sup>37, 38</sup>.

46. Teckalkriterierna är också tillämpliga på sådana transaktioner som i likhet med de här aktuella inte omfattas av bestämmelserna i något av direktiven om offentlig upphandling.<sup>39</sup> Redan de gemenskapsrättsliga direktiven med sina detaljerade villkor om upphandlingsförfarandet medger undantag för rent interna transaktioner. Detsamma måste då i än högre grad gälla även när i vilket fall som helst mindre detaljerade föreskrifter för förfarandet behöver iakttas, det vill säga när endast de allmänna villkor som följer av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn är tillämpliga. I annat fall uppkommer det paradoxala resultatet att

47. Beaktas måste dessutom att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling i sin tur endast tjänar till att realisera de grundläggande principerna i EG-fördraget, särskilt de som avser de grundläggande friheterna.<sup>40</sup> Undantag från direktiven blir alltså i slutänden undantag från dessa principer. Även detta talar för att rättspraxis enligt domen i det ovannämnda målet Teckal skall tillämpas i fall då diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn kan härledas direkt ur de grundläggande friheterna och inte konkretiseras först genom de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling.

36 — "Tillsammans med" ("mit"), som används i domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och i de flesta språkversionerna av domen i det ovannämnda målet Teckal, är språkligt sett märkligt, eftersom det som regel inte är fråga om ett samarbete mellan två företag utan om ett förhållande i vilket ett offentligt företag utför vissa uppgifter eller tjänster för det offentlighetsrättsliga organ, vanligtvis en lokal myndighet, som innehar det.

37 — Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster (EGT L 199, s. 54), som numera har upphävts och ersatts av direktiv 2004/18.

38 — Såvitt avser direktiv 92/50, se domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Stadt Halle, punkterna 47 och 49. En antydning i samma riktning fanns redan i domen i det ovan i fotnot 32 nämnda målet ARGE, punkt 40. Såvitt avser direktiv 93/37 se domen i det ovan i fotnot 33 nämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 39.

39 — Såvitt avser förhållandet att direktiv 92/50 inte är tillämpligt i ett fall som detta hänvisar jag till vad jag har anfört med avseende på den första tolkningsfrågan, se punkterna 27–33 ovan.

48. Svaret på frågan om de två Teckalkriterierna i ett konkret fall som det här aktuella kan anses vara uppfyllda på sådant sätt att den upphandlande myndigheten, såsom Brixens kommun, Stadtwerke Brixen AG och italienska regeringen har påstått, är befriad från skyldigheten att följa de gemenskaps-

40 — Se till exempel sjätte skälet i direktiv 92/50 och skäl 2 i direktiv 2004/18 samt dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge (REG 2000, s. I-8035), punkt 16, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl. (REG 2002, s. I-11617), punkt 51. Se också punkterna 35–37 ovan.

rättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, är avhängigt av en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

a) Det första Teckalkriteriet: en kontroll som motsvarar den som den upphandlande myndigheten har över sin egen verksamhet

49. För att en transaktion skall kunna jämföras med en intern transaktion förutsätts enligt det första Teckalkriteriet att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den fristående enhet med vilken avtalet ingåtts som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen verksamhet.

50. Kommissionen betvivlar av två skäl att så skulle vara fallet med avseende på ett företag som Stadtwerke Brixen AG. För det första skall enligt lag privata företag i framtiden kunna förvärva aktier i Stadtwerke Brixen AG. För det andra kan bolagets organ i stor utsträckning självständigt sköta den löpande förvaltningen. Sistnämnda förhållande har också påpekats av Parking Brixen GmbH och den österrikiska regeringen.

i) En kontroll som motsvarar den som utövas över den egna verksamheten är utesluten när det finns privata delägare i ett företag

51. Det finns anledning att som utgångspunkt för övervägandena ta den dom som domstolen nyligen har meddelat i det ovannämnda målet Stadt Halle. I nämnda

dom har domstolen preciserat det första Teckalkriteriet på så sätt att en *kontroll som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen verksamhet* är utesluten när ett eller flera privata företag, om än i minoritetsställning<sup>41</sup>, ingår som delägare.

52. Detta klarläggande visar att det enligt rättspraxis med kriteriet "en kontroll som motsvarar den som utövas över den egna verksamheten" görs en bedömning enligt strängare principer än vad som är vanligt i konkurrensrätten. Att den upphandlande myndigheten äger större delen av andelarna i dotterföretaget, kontrollerar röstmajoriteten och utser flertalet av medlemmarna i dotterföretagets organ, alla dessa omständigheter såväl som eventuella överenskommelser mellan företagen är tillräckliga för att man skall kunna dra slutsatsen att det föreligger en kontroll i den mening som avses i konkurrensrätten<sup>42</sup> och göra dotterföretaget till ett offentligt företag i den mening som avses i artikel 86.1 EG<sup>43</sup>. De är dock inte tillräckliga för att man skall kunna anta att det finns en sådan längre gående kontroll som motsvarar den som utövas över den egna verksamheten.

53. Redan den omständigheten att det finns en privat delägare, om än i minoritetsställ-

41 — Domen i det ovannämnda målet Stadt Halle, punkterna 49 och 52.

42 — Se till exempel — såvitt avser begreppet kontroll vid företagssammanslutningar — punkterna 13, 14 och 18 och följande punkter i kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncerner (EGT C 66, 1998, s. 5).

43 — Se också artikel 2 i kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (EGT L 195, s. 35; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 54, senast ändrat genom kommissionens direktiv 2000/52/EG av den 26 juli 2000, EGT L 193, s. 75).

ning och utan vetorätt, hindrar nämligen den upphandlande myndigheten från att utöva en kontroll som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet. Förekomsten av en privat delägare förutsätter nämligen alltid att det offentlighetsrättsliga organet tar ett minimum av hänsyn till dennes ekonomiska intressen. Endast under den förutsättningen kommer nämligen ett privatföretag att ställa sitt know-how och sin ekonomiska styrka till förfogande. Om det alltså — i förekommande fall efter ett offentligt upphandlingsförfarande — finns en privat delägare i ett företag kan hänsynstagandet till dennes ekonomiska intressen hindra den upphandlande myndigheten från att fullt ut utföra sina offentlighetsrättsliga uppgifter även om detta rent juridiskt skulle vara möjligt. Genom detta samband mellan offentliga och privata intressen skiljer sig så kallade halvoffentliga företag väsentligt från rena förvaltningsenheter.<sup>44</sup>

54. Eftersom den upphandlande myndigheten *inte* kan utöva en kontroll över halvoffentliga företag som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet är alla juridiska transaktioner som en upphandlande myndighet genomför med sina halvoffentliga dotterföretag principiellt underkastade de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt bestämmelserna om diskrimineringsförbud och om skyldigheten att lämna insyn.

ii) Den framtida möjligheten för ett eller flera privatföretag att bli delägare

55. Stadtwerke Brixen AG var *inte något* sådant halvoffentligt företag vare sig när det övertog driften av de båda parkeringsplatserna eller därefter, utan ett av Brixens kommun helägt dotterföretag. Kommunen skulle dock senast två år efter omvandlingen av det tidigare särskilda företaget uppges sin ställning som ensam aktieägare och övergå till att endast inneha majoriteten av andelarna.<sup>45</sup>

56. Principen om rättssäkerhet kräver att frågan om det föreligger en skyldighet att iakttäta förfarandet med offentlig infordran av anbud alltid skall bedömas när den juridiska transaktionen genomförs (*ex ante*). Med hänsyn såväl till den upphandlande myndigheten och den enhet med vilken avtalet ingåtts som till den konkurrent som inte har tilldelats kontraktet är det nämligen viktigt att redan när avtalet ingås kunna fastställa om det förelåg skyldighet att offentlig infordra anbud eller inte. Omständigheter som inträffar senare kan dock också beaktas om de kunde förutses redan vid tilldelningen.

44 — Detta antyds också i domen i det ovannämnda målet Stadt Halle, punkt 50. — Vad avser begreppet halvoffentligt företag, se till exempel punkt 58 i generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande i det ovannämnda målet Stadt Halle.

45 — Se dels artikel 115 Decreto legislativo 267/2000, dels artikel 88.6 b i de konsoliderade bestämmelserna och artikel 5.2 i stadgarna för Stadtwerke Brixen AG.

57. Något som säkert kunde förutses när transaktionen genomfördes var att kommunen skulle ha förlorat sin fulla äganderätt till dotterföretaget om ett *visst privatföretags* förvärv av andelar i dotterföretaget redan *hade varit omedelbart förestående*.

58. Kommissionen går emellertid ett steg längre. Den anser att det i detta fall redan på grund av gällande lag tillräckligt säkert kunde förutses att kommunen skulle förlora sin fulla äganderätt och att denna omständighet därför skulle ha beaktats redan vid överlåtelsen av driften av parkeringsplatserna.

59. Av en sådan bestämmelse som Artikel 115 i Decreto legislativo 267/2000 följer emellertid endast, om över huvud taget något<sup>46</sup>, en *skyldighet* att inom en viss tid sälja aktier. Om och när en sådan försäljning och ett överförande av aktier i bolaget till ett privatföretag *faktiskt* kommer till stånd beror emellertid på ett flertal andra omständigheter. Blotta existensen av den lagliga skyldigheten att sälja aktier är inget uttryck för att dessa omständigheter kommer att inträffa. Det kan framför allt ingalunda uteslutas att det över huvud taget inte dyker upp någon intressent som är beredd att bli delägare i företaget på de villkor som erbjuds. Detta visar sig inte minst särskilt tydligt i

förevarande fall. Enligt uppgifter av Brixens kommun och Stadtwerke Brixen AG vid den muntliga förhandlingen finns det ännu i dag inte någon privat delägare i Stadtwerke Brixen AG.

60. När överföringarna skedde var ägarbildden inom Stadtwerke Brixen AG inte jämförbar med den i ett halvoffentligt företag. Så länge det endast föreligger en skyldighet att *senare* göra det möjligt för privatföretag att förvärva andelar i dotterföretaget, men någon privat intressent ännu inte har hörts av, behöver den upphandlande myndigheten nämligen ännu inte känna sig föranlåten att ta hänsyn till denne private investerarens intressen när den ingår offentliga tjänsteavtal med ett dotterföretag eller tilldelar detta koncessioner.

61. Kommissionen har uttalat farhågan att ett privatföretag *under giltighetstiden* för en tilldelad (i förekommande fall långfristig<sup>47</sup>) koncession blir delägare i företaget och sedan på grund av sitt delägarskap också kan ta del av den ekonomiska vinst som koncessionen medför. Den härmed sammanhängande risken för att en sådan senare privat investerare gynnas i förhållande till andra privatföretag<sup>48</sup> behöver emellertid inte nödvändigtvis undanröjas redan i samband med att koncessionen tilldelas det kommunala dotterföretaget. Det är tillräckligt om man vidtar lämpliga *förebyggande åtgärder när det blir aktuellt att välja en privat*

46 — Som framkom vid den muntliga förhandlingen inför domstolen råder det i förevarande fall tvist mellan parterna om huruvida artikel 115 Decreto legislativo 267/2000 över huvud taget grundar en skyldighet för kommunen att sälja aktier i Stadtwerke Brixen AG eller om kommunen även på sikt får vara ensam aktieägare. Brixens kommun har i detta hänseende åberopat artikel 2362 i den italienska civillagen (Codice civile, i dess lydelse enligt Decreto legislativo nr 6, utfärdad av republikens president den 17 januari 2003 och publicerat i GURI nr 17 av den 22 januari 2003, ordinarie tillägg nr 8), enligt vilken bestämmelse aktiebolag kan innehållas av en enda aktieägare.

47 — I detta fall träffades beträffande parkeringsplatsen på fastigheten 491/6 en överenskommelse med en giltighetstid av nio år, se punkt 14 ovan.

48 — Domen i det ovan nämnda målet Stadt Halle, punkt 51.



*delägare*, det vill säga innan denne förvärvat något delägarskap. När ett privatföretag skall bli delägare i ett offentligt företag krävs det nämligen med hänsyn till de grundläggande friheterna<sup>49</sup> att diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, i synnerhet genom ett lämpligt offentligt förfarande, iakttas<sup>50</sup>.

62. Av de skäl som anförts i det föregående kan enbart den lagliga skyldigheten att inom en viss tidsfrist göra det möjligt för privatföretag att bli delägare i bolaget inte utesluta att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över bolaget som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen verksamhet.

iii) Befogenheten för ett aktiebolags organ att självständigt sköta den löpande förvaltningen

63. Även bortsett från delägarförhållandena kan emellertid tvivel på möjligheten att utöva en kontroll som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen verksamhet rent allmänt uppkomma, på grund av den omständigheten att Stadtwerke Brixen AG är ett aktiebolag vars organ har en vidsträckt befogenhet att självständigt sköta den

löpande förvaltningen av bolaget.<sup>51</sup> Sådana tvivel har anförts inte bara av Parking Brixen GmbH, den österrikiska regeringen och kommissionen utan också av den nationella domstolen.

64. I detta sammanhang måste man skilja mellan det offentliga företagets relationer till andra marknadsaktörer och det inbördes förhållandet mellan företaget och kommunen.

65. Den omständigheten att styrelsen för ett offentligt företag har vittgående fullmakter att handla *utåt* utesluter ingalunda att kommunen har en kontroll över företaget som motsvarar kommunens kontroll över sin egen verksamhet. En sådan behörighet vid kontakter utåt är tvärtom som regel nödvändig för att säkerställa att företaget kan agera över huvud taget, att skötelsen av den löpande förvaltningen inte påverkas och, inte minst, att tredje mans intressen skyddas.<sup>52</sup> Det är även inom förvaltningen inte ovanligt att enskilda ämbetsmän, till exempel borgmästaren i en stad, Landrat (högste ämbetsmannen) inom ett distrikt eller ledarna för statliga myndigheter, har relativt vittomfattande behörighet att företräda respektive organ *utåt*.

51 — Som den nationella domstolen har understrukt i den andra tolkningsfrågan har styrelsen för Stadtwerke Brixen AG "full befogenhet att sköta den löpande förvaltningen, inklusive genomförandet av transaktioner upp till ett värde av 5 000 000 euro per transaktion".

52 — Se artikel 9 och andra skälet till rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen (EGT L 65, s. 8; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 3, nedan kallat direktiv 68/151).

49 — Etableringsrätten (artikel 43 EG) och den fria rörligheten för kapital (artikel 56.1 EG).

50 — Se punkterna 35–39 ovan.

66. Av större betydelse för den här intressanta frågan om *kontrollen* är därför *det inbördes förhållandet* mellan en kommun och ett företag som Stadtwerke Brixen AG. I detta avseende anser den nationella domstolen att Stadtwerke Brixen AG märkbart har ökat sin självständighet i förhållande till sin företrädare, egenföretaget Stadtwerke Brixen. Medan egenföretaget var underkastat kommunstyrelsens direkta kontroll och inflytande kan kommunen i förhållande till aktiebolaget nämligen endast tillämpa de kontrollmedel som finns i bolagslagstiftningen. Liknande argument har anförts av kommissionen och Parking Brixen GmbH.

67. En offentlig myndighets kontroll över sin egen verksamhet kännetecknas i juridiskt avseende vanligtvis av rätten att ge anvisningar och att utöva viss övervakning. Inom en och samma myndighet har myndighetens ledning som regel rätt att ge sina underordnade enheter anvisningar. I förhållande till underordnade myndigheter föreligger normalt också en rätt att ge anvisningar eller i varje fall en möjlighet att på grund av en övervakningsrätt kontrollera och korrigera den underordnade myndighetens beslut.

68. I förhållande till de styrande organen i offentliga företag torde dock anvisnings- och övervakningsbefogenheter av detta slag utgöra undantag, i varje fall när företagen är aktiebolag eller bolag med begränsat ansvar. Om man alltså skulle begära att den upphandlande myndigheten skall ha samma *juridiska* möjligheter till inflytande över den

fristående enhetens verksamhet som över sin egen skulle det första Teckalkriteriet nästan aldrig kunna uppfyllas vid en transaktion med privaträttsligt bildade kapitalbolag. En upphandlande myndighet skulle i så fall vara skyldig att iakttä de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling varje gång den avser att ingå avtal med dotterföretag som är aktiebolag eller bolag med begränsat ansvar, *även om den är ensam aktieägare i dotterföretaget*. Den skulle eventuellt också kunna bli tvungen att överlåta fullgörandet av sina uppgifter till privatföretag som ger högre anbud. Redan överförandet av uppgifter till sådana företag, även på ett så känsligt område som till exempel vattenförsörjning, skulle i så fall i slutändan likna ett tvångsmässigt *första steg till privatisering av uppgifterna i fråga*.

69. I vissa fall kan visserligen omvandlingen av egna företag till aktiebolag eller bolag med begränsat ansvar faktiskt vara avsedd att utgöra ett första steg till privatisering av ifrågavarande uppgifter. Det måste emellertid inte vara så. Det kan lika gärna vara fråga om en rent intern omorganisationsåtgärd i syfte dels att göra tillhandahållandet av tjänster mera rationellt på grund av lägre kostnader, dels att genomföra en mera flexibel arbetsrätt för de anställda, utan att den ifrågavarande myndigheten därmed nödvändigtvis avser att samtidigt också lämna ifrån sig fullgörandet av sina uppgifter. Med hänsyn till de bestämmelser om årsbokslut som skall tillämpas efter omvandlingen kan dessutom valet av den juridiska

formen aktiebolag eller bolag med begränsat ansvar leda till en önskvärd ökad insyn.<sup>53</sup>

70. Om de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling skulle tillämpas också på juridiska transaktioner mellan upphandlande myndigheter och av dem helägda dotterföretag skulle den privaträttsliga formen aktiebolag eller bolag med begränsat ansvar inte längre kunna användas för att åstadkomma en rent intern omorganisation. Ifrågavarande myndigheter skulle då väsentligen endast kunna välja mellan att privatisera sina uppgifter<sup>54</sup> och att utföra dessa rent internt genom enheter inom sin egen förvaltning eller genom egenföretag som är inlemmade i förvaltningshierarkin och inte har någon nämnvärd självständighet. I vissa fall skulle existerande dotterföretag till och med kunna omvandlas tillbaka till egenföretag.

71. Ett så långtgående ingrepp i medlemsstaternas rätt att välja organisationsform, särskilt i många kommuners rätt till själv-

styrelse<sup>55</sup>, skulle dock inte alls vara nödvändigt, inte ens med tanke på de gemenskapsrättsliga upphandlingsbestämmelsernas funktion att öppna marknaden. Syftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling är nämligen att i alla de fall där en myndighet har beslutat sig för att fullgöra sina uppgifter med hjälp av privatföretag säkerställa att urvalet av avtalsparter är föremål för insyn och icke diskriminerande. Däremot syftar bestämmelserna inte till att "bakvägen" åstadkomma en privatisering även av sådana offentliga uppgifter som den upphandlande myndigheten fortfarande vill fullgöra med egna medel.<sup>56</sup> För en sådan privatisering skulle det krävas mycket mer konkreta liberaliseringsåtgärder av lagstiftaren.<sup>57</sup>

72. I vilket fall som helst antyder rättspraxis enligt domen i det ovannämnda målet Teckal

53 — Se särskilt artikel 2 och följande punkter i direktiv 68/151 och artiklarna 2 och 47 i rådets fjärde direktiv 78/660/EEG av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om årsbokslut i vissa typer av bolag (EGT L 222, s. 11; svensk specialutgåva område 17, volym 1, s. 17).

54 — Ett av den upphandlande myndigheten kontrollerat företag som är aktiebolag eller ett bolag med begränsat ansvar måste då i förekommande fall konkurrera om ifrågavarande koncession som en av flera potentiella anbudsgivare.

55 — Som stöd för detta kan nämnas Europakonventionen om kommunal självstyrelse av den 15 oktober 1985 (SEV nr 122) som inom ramen för Europarådet ratificerats av de flesta av medlemsstaterna. Enligt artikel 6.1 i konventionen skall kommunerna "kunna bestämma om sin inre organisation för att anpassa den till de lokala behoven och säkerställa en effektiv förvaltning." Betydelsen av den kommunala självstyrelsen understryks ytterligare genom att denna uttryckligen nämns i artikel 1-5.1 i fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (undertecknat i Rom den 29 oktober 2004, EGT C 310, s. 1).

56 — Se också punkt 42 ovan.

57 — I detta sammanhang kan också erinras om liberaliseringsåtgärder inom telekommunikationssektorn, se senast kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationer och tjänster (EGT L 249, s. 21). Se även Andrat förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om medlemsstaternas åtgärder i fråga om krav på allmänna tjänster och slutande av avtal om allmänna tjänster avseende persontransporter på järnväg och inre vattenvägar (KOM (2002) 107 slutlig, EGT 2002, C 151 E, s. 146).

med formuleringen "en kontroll *motsvarande den ... som*"<sup>58</sup> att möjligheten till inflytande över den egna verksamheten och över offentliga företag inte behöver vara identiskt densamma. Avgörande för om ett företag skall kunna jämföras med en intern enhet eller med andra marknadsaktörer är inte huruvida den upphandlande myndigheten *formellt sett* har samma *juridiska* möjligheter till inflytande som den har över sin egen verksamhet, till exempel genom en rätt att utfärda anvisningar i det enskilda fallet. Det väsentliga är tvärtom huruvida den upphandlande myndigheten *faktiskt* alltid har möjlighet att i full omfattning påverka företaget att beakta de mål av allmänintresse som eftersträvas. Endast om ett företag i praktiken är så självständigt (autonomt)<sup>59</sup> att den upphandlande myndigheten inte längre i full omfattning kan göra sina intressen gällande i företaget kan det inte längre vara tal om en kontroll som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning.

73. Detta intresseorienterade synsätt kommer särskilt tydligt till uttryck i domen i det ovannämnda målet Stadt Halle<sup>60</sup> i vilken domstolen vid tolkningen av det första Teckalkriteriet fäster en avgörande vikt vid att verksamheten styrs av ett sammanhang där mål av *allmänintresse eftersträvas*. Behovet av att uppnå dessa mål av allmänintresse är enligt nämnda dom av

avgörande betydelse för vilka möjligheter till inflytande över verksamheten som den upphandlande myndigheten faktiskt behöver ha.<sup>61</sup>

74. Såvitt avser dessa faktiska möjligheter till inflytande äger vad som sagts i punkt 53 ovan motsvarande tillämpning. Om det finns en privat delägare i ett företag, om än i minoritetsställning, kan hänsynstagandet till dennes ekonomiska intressen hindra den upphandlande myndigheten från att fullt ut uppnå sina mål av allmänintresse, även om detta rent juridiskt skulle vara möjligt. Om den upphandlande myndigheten däremot är ensam ägare av sitt dotterföretag kan dess intressen och dotterföretagets intressen normalt anses vara i huvudsak desamma, även om dotterföretaget är ett aktiebolag eller ett bolag med begränsat ansvar. Framför allt erhåller ensamägaren i ekonomiskt hänseende 100 procent av vinsten och kan ensam besluta om hur denna skall användas.

75. Om det inte krävs något hänsynstagande till en privat delägars ekonomiska intressen därför att den upphandlande myndigheten helt äger företaget kan företagets verksamhet för att uppnå de eftersträfvade målen av allmänintresse i tillräcklig omfattning säkerställas även utan en rätt för den upphand-

58 — Min kursivering. Till skillnad från de flesta andra språkversioner av domen i det ovannämnda målet Teckal saknades i den tyska versionen ännu det tyska ordet för "motsvarande" ("ähnlich"). Denna diskrepans har korrigerats i domen i det ovannämnda målet Stadt Halle.

59 — I domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 51, används i detta fall begreppet "en fristående enhet" ("eigene Entscheidungsgewalt") i förhållande till den upphandlande myndigheten (i den franska språkversionen används adjektivet "autonome" och på italienska, som var rättegångsspråk, användes adjektivet "autonomo").

60 — Domen i det ovannämnda målet Stadt Halle, punkt 50.

61 — I domen i det ovannämnda målet Stadt Halle, punkt 50, står det ordagrant följande: "I sambandet mellan en offentlig myndighet, som är en upphandlande myndighet, och dess egen verksamhet styrs av överväganden och krav som är specifika för ett sammanhang där mål av allmänintresse eftersträvas."

lande myndigheten att ge anvisningar i teknisk mening. Detta kan ske redan med hjälp av bolagsrätten och framför allt genom att medlemmarna i företags organ utslutande utses av den upphandlande myndigheten. Det förefaller ytterst osannolikt att dessa medlemmar, som normalt även kännetecknas av en nära personsammankoppling med den upphandlande myndigheten, vid den löpande förvaltningen skulle avvika från vad den myndighet som utsett dem anser på ett sådant sätt att de eftersträvade målen av allmänintresse inte skulle kunna uppnås. Dessutom skulle vederbörande mandatinnehavare i så fall också riskera att i framtiden bli avsatta eller i varje fall inte omvalda.

huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som innehar den.

78. I beslutet att begära förhandsavgörande har den nationella domstolen endast åberopat bestämmelserna i stadgarna för Stadtwerke Brixen AG. Enligt dessa anges bolagets uppgifter i en omfattande förteckning över verksamheter som i allt väsentligt kan tillgodoses av allmänna bästa och kan utövas på lokal, nationell eller internationell nivå.<sup>62</sup>

76. Det går i varje fall inte att enbart av den omständigheten att ett företag som i likhet med Stadtwerke Brixen AG är ett aktiebolag vars organ har en vidsträckt befogenhet att sköta den löpande förvaltningen dra slutsatsen att detta företag är självständigt i förhållande till den upphandlande myndigheten och att sistnämnda myndighet inte har en kontroll över företaget som motsvarar den som den har över sin egen verksamhet.

79. Betydelsen av sådana stadgebestämmelser är emellertid ringa. För det första kännetecknas nämligen företags stadgar inte sällan av att de ofta har fått en mycket vidsträckt formulering. Orsaken till detta är att de inte nödvändigtvis skall täcka bara företagets nuvarande verksamhet utan även dess tänkbara framtida verksamhet. För det andra kan *begränsningar* av ett aktiebolags verksamhetsområde även om de är stadgeenliga inte åberopas mot tredje man.<sup>63</sup> Genom stadgarna föreskriver företagets aktieägare endast den ram inom vilken företagets verksamhet internt skall utövas.

b) Det andra Teckalkriteriet: Den fristående enhet med vilken avtalet ingås skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som innehar den

80. Om man alltså skulle anse att de som regel rätt vidsträckta verksamheter som rent juridiskt (enligt lag och företagets stadgar) är

77. För att ett avtal skall jämföras med en intern transaktion förutsätts enligt det andra Teckalkriteriet dessutom att den fristående enhet med vilken avtalet ingås bedriver

62 — Se punkt 19 ovan.

63 — Artikel 9.1 och 9.2 i direktiv 68/151.

tillåtna för ett aktiebolag eller ett bolag med begränsat ansvar har en avgörande betydelse, skulle sådana företag praktiskt taget aldrig kunna uppfylla det andra Teckalkriteriet. Upphandlande myndigheter som vill ingå avtal med dotterföretag som är aktiebolag eller bolag med begränsat ansvar skulle då alltid vara skyldiga att beakta de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling. Det skulle då bli klart mindre attraktivt att för ett dotterföretag välja den juridiska formen aktiebolag eller bolag med begränsat ansvar.<sup>64</sup> Ett så långtgående ingrepp i medlemsstaternas behörighet att välja organisationsform och särskilt i många kommuners rätt till självstyrelse skulle inte vara erforderligt med tanke på de gemenskapliga upphandlingsbestämmelsernas funktion att öppna marknaden.

81. Det är tvärtom tillräckligt att inrikta sig på det aktuella företags *faktiska verksamhet*.<sup>65</sup> Oberoende av företagets juridiska form ger dess faktiska verksamhet den bästa upplysningen om huruvida företaget uppträder som andra aktörer på marknaden eller är så starkt sammankopplat med den upphandlande myndigheten att avtal mellan företaget och den upphandlande myndigheten kan jämföras med interna transaktioner och därför motiverar ett undantag från de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling.

82. I detta sammanhang skall det beaktas att ett undantag från de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling enligt det andra Teckalkriteriet är möjligt redan om det företag med vilket avtalet ingås utövar *huvuddelen* av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som innehar den. Om en verksamhet utförs på uppdrag av ett privatföretag får den alltså ingen negativ inverkan, förutsatt att den endast är av underordnad betydelse.

83. En bedömning av detta kräver som jag redan inledningsvis har anfört en samlad bedömning av alla omständigheter i det enskilda fallet. För att en transaktion skall vara en intern transaktion måste det företag som den offentliga myndigheten ingår avtal med såväl *kvantitativt* som *kvalitativt* utöva huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som innehar det.<sup>66</sup> Ett första kriterium i detta hänseende kan vara vilken andel i företagets omsättning som hänför sig till de uppdrag som tilldelats det av den upphandlande myndigheten. Om ett företag som till exempel Stadtwerke Brixen AG har flera verksamhetsområden måste man vidare undersöka på hur många av dessa verksamhetsområden företaget utövar huvuddelen av sin verksamhet för den upphandlande myndighet som innehar det

64 — Se också punkterna 68–71 ovan.

65 — Även generaladvokaten Stix-Hackl framhåller i punkt 83 i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Stadt Halle att det är den faktiska verksamheten och inte de verksamheter som får utövas enligt lag eller stadgar som är avgörande.

66 — Se även generaladvokaten Stix-Hackl i punkt 89 i förslaget till avgörande i det ovannämnda målet Stadt Halle.

och vilken betydelse respektive verksamhetsområde har för företaget.<sup>67</sup>

b) Preliminär slutsats

86. Sammanfattningsvis kan alltså följande konstateras.

84. Det behövs också en mer ingående undersökning av handlingsutrymmet för sådana företag som Stadtwerke Brixen AG. Enbart den omständigheten att ett kommunalt offentligt företag utövar eller kan komma att utöva verksamhet utanför en kommuns gränser utesluter inte nödvändigtvis att det utövar *huvuddelen av sin verksamhet för kommunen*. Det skulle tvärtom behöva undersökas vilken betydelse i kvantitativt och kvalitativt hänseende en verksamhet som företaget eventuellt utövar utanför kommungränsen har jämfört med den verksamhet som det utövar för den eller de myndigheter som innehar det.

85. Enbart den omständigheten att det verksamhetsområde som anges i stadgarna för ett aktiebolag som Stadtwerke Brixen AG i sakligt hänseende är vidsträckt och med avseende på dess geografiska omfattning även tillåter verksamhet utanför kommungränsen utesluter i varje fall inte att bolaget utövar huvuddelen av sin verksamhet för den kommun som innehar det.

67 — I förevarande fall skulle man också behöva undersöka vilken betydelse de nya verksamhetsområden (nämligen informatik och telekommunikation), utöver dem som gällde för det tidigare särskilda företaget, som enligt stadgarna tillkommer Stadtwerke Brixen AG har för bolaget och på vems uppdrag bolaget i detta hänseende verkar.

Om en kommun utan att dessförinnan ha genomfört ett upphandlingsförfarande överför driften av en avgiftspliktig offentlig parkeringsplats till ett aktiebolag, i vilket den är ensam aktieägare, innebär detta inte en överträdelse av artiklarna 43 EG, 49 EG und 86 EG, om kommunen utövar en kontroll över aktiebolaget som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen verksamhet och aktiebolaget utövar huvuddelen av sin verksamhet för kommunen.

Det är inte uteslutet att kommunen kan utöva en kontroll som motsvarar den som kommunen utövar över sin egen verksamhet enbart därför att kommunen enligt lag är skyldig att inom en viss tidsfrist i framtiden göra det möjligt för privatföretag att köpa aktier i aktiebolaget eller därför att aktiebolagets organ har vidsträckt befogenhet att sköta den löpande förvaltningen.

Den omständigheten att aktiebolaget enligt bolagets stadgar har ett potentiellt verksamhetsområde som både sakligt och med avseende på dess geografiska omfattning är vidsträckt utesluter inte att bolaget utövar huvuddelen av sin verksamhet för kommunen.

## VI — Förslag till avgörande

87. På grund av vad som anförts i det föregående föreslår jag att domstolen skall besvara de av Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen, ställda frågorna på följande sätt:

- 1) Det är inte ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, utan en tjänstekoncession som inte omfattas av detta direktiv, när en upphandlande myndighet överför driften av en offentlig parkeringsplats till ett företag, företaget har rätt att ta ut avgift av dem som använder parkeringsplatsen och företaget som vederlag för detta åtar sig att betala en årlig ersättning till den upphandlande myndigheten.
  
- 2) Om en kommun som är enda aktieägare i ett aktiebolag till bolaget överför driften av en avgiftspliktig offentlig parkeringsplats utan att dessförinnan ha genomfört ett upphandlingsförfarande, utgör detta inte en överträdelse av artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG, om kommunen utövar en kontroll över aktiebolaget som motsvarar den som kommunen utövar över sin egen verksamhet och om aktiebolaget utövar huvuddelen av sin verksamhet för kommunen.

Det är inte uteslutet att kommunen utövar en kontroll som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet enbart därför att kommunen enligt lag är skyldig att inom en viss tidsfrist göra det möjligt för privatföretag att köpa aktier i aktiebolaget eller därför att aktiebolagets organ har en vidsträckt befogenhet att sköta den löpande förvaltningen.

Den omständigheten att aktiebolaget enligt bolagets stadgar har ett potentiellt verksamhetsområde som både i sakligt hänseende och med avseende på dess geografiska omfattning är vidsträckt utesluter inte att bolaget utövar huvuddelen av sin verksamhet för kommunen. Avgörande är tvärtom den verksamhet bolaget faktiskt utövar.