

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

VERICA TRSTENJAK

föredraget den 4 juni 2008¹

1. Denna begäran om förhandsavgörande från Conseil d'État (Belgien) rör tillämpningsområdet för de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling. Frågan uppkommer huruvida dessa bestämmelser är tillämpliga om ett lokalt eller regionalt organ, i detta fall en kommun, överlåter förvaltningen av sitt kabel-tv-nät till en ren mellankommunal samverkan² i vilket kommunen själv medverkar och där inget som helst privat kapital förekommer. Här är det fråga om mellankommunal verksamhet i en kooperativ sammanslutning, och den nationella domstolens tolkningsfrågor rör det första av de båda så kallade Teckalkriterierna, nämligen att det berörda organet ska "[utöva]en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning".

2. I tvisten vid den nationella domstolen står det belgiska kabel-tv-bolaget S. A. Coditel Brabant (nedan kallat Coditel) mot tre

svarandeparter, nämligen Uccle kommun, den kooperativa sammanslutningen Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (nedan kallad Brutélé) samt huvudstadsregionen Bryssel, som företräds av sin regering.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — Gemenskapsrättsliga bestämmelser

3. Artikel 12 första stycket EG har följande lydelse:

"Inom detta fördrags tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördraget, skall all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden."

¹ — Originalspråk: tyska.

² — Under begreppen "mellankommunal samverkan" och "mellankommunalt samarbete" faller vitt skilda former av förvaltningssamarbete av såväl informellt som formellt rättsligt slag (jämför Schmidt: *Kommunale Kooperation, Der Zweckverband als Nukleus des öffentlichen Gesellschaftsrechts*, Tübingen 2005, sidan 2 och följande sidor), från enklare gemensamma kommunala uppdrag till rättsligt komplicerade och institutionaliserade former som kommunalförbund och kooperativa sammanslutningar. Jämför även uttrycken "situation med flera offentliga enheter inblandade" och "enhet som samägs av flera offentliga myndigheter", i bland annat generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande av den 12 januari 2006 i mål C-340/04, Carbotermo och Consorcio Alisei (REG 2006, s. I-4137), punkt 29 och följande punkter, samt Egger, *Europäisches Vergaberecht*, 2007, sidan 167 och följande sidor.

4. Artikel 43 EG har följande lydelse:

B — *Nationella bestämmelser*

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. ...

6. Enligt artikel 162 i den belgiska grundlagen har kommunerna möjlighet att bilda sammanslutningar.

Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 48 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare.”

5. Artikel 49 första stycket EG har följande lydelse:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.”

7. Närmare föreskrifter om mellankommunal verksamhet finns i lagen av den 22 december 1986 om mellankommunala sammanslutningar (*loi relative aux intercommunales*). Enligt artikel 1 i den lagen kan flera kommuner i enlighet med lagens bestämmelser bilda sammanslutningar med vissa angivna ändamål i kommunalt intresse. Enligt artikel 3 är mellankommunala sammanslutningar offentligt-rättsliga juridiska personer som oberoende av form och syfte inte ska anses vara näringsidkare. Enligt artikel 10 ska varje mellankommunal sammanslutning ha en stämma, en styrelse och revisorer. Enligt artikel 12 utses företrädare till stämman av kommunfullmäktige i varje kommun ur en krets av ledamöter i kommunfullmäktige, borgmästare och kommunalråd. Där fastställs också att varje kommuns röstetal motsvarar dess ägarandel.

II — De faktiska omständigheterna I målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

8. Kabel-tv-nätet i den belgiska kommunen Uccle förvaltades under åren 1969–1999 i enlighet med avtal av kabel-tv-bolaget Coditel. Vid avtalstidens utgång den 31 december 1999 utnyttjade kommunen sin rätt enligt avtalet att återköpa nätet inom kommunen från Coditel.

9. I oktober 1999 beslutade kommunfullmäktige i Uccle att inleda ett anbudsförfarande avseende koncession för drift och förbättring av det kommunala kabel-tv-nätet för tidsperioden från och med den 1 juli 2000 till och med den 30 juni 2009. Vid samma tid godkändes ett utkast till ytterligare tilläggsavtal med Coditel för att säkra driften av kabel-tv-nätet till dess att en koncessionsinnehavare hade godkänts. I tilläggsavtalet reglerades frågor om Coditels förvaltning för tiden till och med den 31 december 2001.

10. I slutet av år 1999 anmälde Coditel intresse för koncessionen att driva kabel-tv-nätet i Uccle kommun. På en förfrågan från kommunen i april 2000 lämnade Coditel

dessutom ett anbud avseende köp av nätet.³ Sådana anbud lämnades för övrigt även av övriga företag som hade anmält intresse för koncessionen.

11. Under maj månad år 2000 beslutade kommunfullmäktige i Uccle att sälja kabel-tv-nätet i stället för att meddela koncessionen. Sedan ett anbudsförfarande hade utlysts lämnade Coditel ett anbud i oktober 2000. De anbud som lämnades under förfarandet varierade beloppsmässigt mellan 750 miljoner och 1 miljard BEF. Det enda anbud som uppfyllde upphandlingsvillkoren och som kunde antas var Coditels, vilket också var det lägsta anbudet.

12. Under anbudsförfarandet hade även Brutélé anmält sig, dock inte med ett köpeanbud utan med ett erbjudande om anslutning.

13. Då de köpesummor som erbjöds Uccle kommun var väsentligt lägre än de som

3 — Sedan Uccle kommun gjort sin förfrågan hörde Coditel sig för om huruvida erbjudandet att köpa nätet utgjorde ett kriterium vid bedömningen av de anbud som lämnats inom ramen för anbudsförfarandet avseende koncessionen att driva nätet, om huruvida erbjudandet ersatte det pågående anbudsförfarandet och om även övriga anbudsgivare hade fått erbjudandet. Uccle kommun svarade den 28 april 2000 att kommunen hade vänt sig till alla de fyra anbudsgivarna, att erbjudandet om köp av nätet inte ersatte anbudsförfarandet och inte heller skulle utgöra något kriterium vid bedömningen av lämnade anbud, samt slutligen att "beslutskollegiet, som erhållit ett (tills nyligen villkorat) köpeanbud, har emellertid ansett att denna möjlighet inte kan uteslutas redan från början utan kan ha betydelse i den pågående diskussionen om nätets framtid. Kollegiet, som vill bemöda sig om opartiskhet och se till att samtliga anbudsgivare ges fullständig information, har vidare beslutat att var och en av dessa ska beredas tillfälle att yttra sig innan ett beslutsförslag läggs fram för kommunfullmäktige om beviljande (eller inte) av koncession".

tidigare hade nämnts som möjliga⁴ beslutade kommunfullmäktige den 23 november 2000 att inte sälja det kommunala kabel-tv-nätet (det första av de överklagade besluten i målet vid den nationella domstolen).

14. Likaledes den 23 november 2000 beslutade kommunfullmäktige i Uccle att ansluta kommunen till Brutélé (det andra av de överklagade besluten i målet vid den nationella domstolen). I det beslutet sades bland annat att Brutélé hade lämnat Uccle kommun ett anslutningsförslag som innebar att kommunen tillförde Brutélé sitt kabel-tv-nät som apportegendom samt tecknade andelar i verksamheten och betalade en årsavgift.⁵ Uccle kommun skulle vid en anslutning bilda ett eget verksamhetsområde med självbestämmanderätt.⁶ Kommunstyrelsen utta-

lade i beslutet även att en anslutning till Brutélé skulle innebära flera fördelar för Uccle kommun, nämligen självbestämmanderätt, betydande intäkter, bevarad äganderätt till nätet samt en avtalad möjlighet att snabbt och enkelt kunna säga upp avtalet med Brutélé om det i framtiden skulle komma ett intressant köpeanbud.

- 4 — Kommunfullmäktige uttalade sig om detta i beslut av den 23 november 2000 enligt följande: Denna skillnad är utan tvekan konjunkturbetingad eftersom börskurserna för några av de främsta aktörerna på teknikområdet under föregående månader har sjunkit till en historisk bottennivå. Härigenom har marknadsförhållandena tidvis varit ytterst ogynnsamma.
- 5 — Den föreslagna årsavgiften består enligt vad som sägs i kommunfullmäktiges beslut av den 23 november 2000 av följande delar:
- En fast avgift som motsvarar tio procent av abonnemang-intäkterna för kabel-tv beräknat på grundval av 31 000 abonnenter och 3 400 BEF i årlig abonnemangavgift (exklusive mervärdesskatt och upphovsrättsavgifter): 10 540 000 BEF per år.
 - Fem procent av omsättningen för Canal+ och Bouquet.
 - Hela vinsten för samtliga tillhandahållna tjänster.
- 6 — I kommunfullmäktiges beslut av den 23 november 2000 angavs härvid följande:
Denna självbestämmanderätt skulle avse bland annat följande:
- Valet av sända program.
 - Avgifter för abonnemang och anslutning.
 - Politik avseende investeringar och arbeten.
 - Rabatter eller fördelar till vissa personkategorier.
 - Andra tjänster som kan erbjudas via nätet och formen för hur dessa erbjuds, och möjligheten att låta Brutélé utföra mellankommunala tjänster som ligger i kommunens intresse och i linje med målen enligt bolagsordningen, exempelvis upprättande av ett intranät och en webbsida för kommunen samt personalutbildning för detta ändamål.
- Inom dessa ramar ska
- Brutélé upprätta resultat- och balansräkning för kabe-lnätet i Uccle, och
 - Uccle kommun utse en ledamot i Brutélés styrelse, tre ledamöter i den styrelse som ansvarar för verksamhetsområdet Bryssel, en auktoriserad revisor och en kommunalt sakkunnig.

15. Den 30 november 2000 ingav Coditel ett motiverat administrativt överklagande till ministerpresidenten i huvudstadsregionen Bryssels regering med yrkande att det beslut som fattats av kommunfullmäktige i Uccle kommun den 23 november 2000 att ansluta kommunen till Brutélé skulle upphävas.

16. Den 7 december 2000 godkände Brutélés extra stämma Uccle kommuns anslutning (det tredje överklagade beslutet i målet vid den nationella domstolen).

17. Den 19 december 2000 meddelade ministerpresidenten i huvudstadsregionen Bryssel Uccle kommun att det inte förelåg några invändningar mot dess villkorade⁷ anslutning till Brutélé (det fjärde överklagade beslutet i målet vid den nationella domstolen). Den 2 januari 2001 meddelade ministerpresidenten i huvudstadsregionen Bryssel Coditel att det inte framförts några invändningar mot Uccle kommuns anslutning till Brutélé.

18. Den 22 januari 2001 väckte Coditel talan om ogiltigförklaring av de fyra nämnda besluten.

19. Conseil d'État har i målet där redan avvisat talan mot två av dessa beslut (det tredje och det fjärde överklagade beslutet) på den grunden att besluten inte kunde upptas till sakprövning. I de delar talan har ansetts kunna upptas till sakprövning är det särskilt beslutet av kommunfullmäktige i Uccle angående anslutning till Brutélé som ska prövas.

20. I beslut av den 3 juli 2007 har Conseil d'État ställt följande tolkningsfrågor till domstolen:

⁷ — Enligt beslutet om anslutning den 23 november 2000 villkorades anslutningen av ett beslut av Brutélés stämma genom vilket alla medlemmar uttryckligen skulle förklara att de inte motsatte sig ett eventuellt senare utträde för Uccle kommuns del.

— Kan en kommun utan att använda sig av ett anbudsförfarande ansluta sig till en kooperativ sammanslutning som uteslutande består av andra kommuner och kommunalförbund (så kallad ren mellan-kommunal verksamhet) för att överlåta förvaltningen av sitt kabel-tv-nät till denna kooperativa sammanslutning om sammanslutningen utövar huvuddelen av sin verksamhet för sina medlemmars räkning och beslut om verksamheten enligt stadgarna fattas av sammanslutningens styrelse och områdesstyrelser (inom ramen för de befogenheter som delegerats till dessa av styrelsen), när dessa organ består av myndighetsrepresentanter som fattar majoritetsbeslut?

— Är det inflytande över beslutsfattandet i den kooperativa sammanslutningen som genom de nämnda organen utövas av samtliga medlemmar – eller av vissa medlemmar i de fall där det är fråga om verksamhetsområden eller underområden till dessa – sådant att det möjliggör för medlemmarna att utöva en kontroll över den kooperativa sammanslutningen motsvarande deras kontroll över sina egna organ?

— Måste detta inflytande och denna kontroll, för att anses motsvara det inflytande och den kontroll som medlemmarna har över sina egna organ, utövas individuellt av varje medlem eller är det tillräckligt att inflytandet och kontrollen utövas gemensamt av en majoritet av medlemmarna?

21. Den nationella domstolen anser att Uccle kommuns anslutning till Brutélé inte faller inom området för offentlig upphandling av tjänster utan inom området för offentliga tjänstekoncessioner. Därmed är gemenskapsdirektivet om offentlig upphandling av tjänster inte tillämpligt. Däremot gäller de grundläggande bestämmelserna i den primära gemenskapsrätten i allmänhet och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet, och detta förbud innefattar ett särskilt krav på insyn.

22. Den nationella domstolen anser vidare att det är mycket som talar för att Uccle kommun i egenskap av uppdragsgivare inte direkt och omedelbart kunde byta till modellen med anslutning till Brutélé utan att företa ett anbudsförfarande eller göra en jämförbar prövning av lämnade anbud. För att uppfylla gemenskapsrättens krav borde kommunen ha utlyst ett nytt anbudsförfarande för att pröva huruvida en koncession på kabel-tv-tjänsten för Coditel eller något annat företag hade varit mer förmånlig än den slutligen valda modellen.

23. En slutgiltig bedömning av de aktuella sakomständigheterna förutsätter dock närmare besked i fråga om kriterierna enligt domen i målet Teckal⁸, och då särskilt i fråga om den koncessionsgivande myndighetens kontroll över koncessionsinnehavaren. Enligt denna rättspraxis kan det gemenskapsrättsliga kravet på insyn endast frångås om det föreligger två kumulativa förutsättningar som

ska ges en strikt tolkning. För det första ska den koncessionsgivande myndigheten utöva en kontroll över koncessionsinnehavaren motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och för det andra ska koncessionsinnehavaren bedriva huvuddelen av sin verksamhet åt den myndighet som kontrollerar denne.

24. Brutélé har härom anfört att den är en "rent mellankommunal sammanslutning" vars verksamhet är avsedd för de anslutna kommunerna och förbehållen dessa. Enligt Brutélés stadgar har Uccle kommun tillåtits att bilda ett eget verksamhetsområde med självbestämmanderätt, vilket just ger kommunen möjlighet att utöva samma direkta och noggranna kontroll över den kooperativa sammanslutningens verksamhet i detta underområde som över sina egna interna enheter. Uccle kommun utser en ledamot i Brutélés styrelse samt tre ledamöter i styrelsen för verksamhetsområdet Bryssel, en auktoriserad revisor och en kommunal sakkunnig. Uccle kommun kan också när som helst utträda ur sammanslutningen, vilket är ett ytterligare belägg för att kommunen har fullständig kontroll över driften av sitt kabel-tv-nät.

25. Enligt den nationella domstolens redogörelse framgår det av Brutélés stadgar att medlemmarna består av olika kommuner och ett kommunalförbund, vilket i sin tur endast består av kommuner. Den kooperativa sammanslutningen är inte öppen för privata

8 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 50.

företag. Styrelsen består av företrädare för kommunerna, högst tre per kommun. Dessa utses av stämman som själv består av endast kommunföreträdare. Styrelsen har de mest vidsträckta befogenheterna. Kommunerna är indelade i två områden av vilka ett omfattar kommunerna i Brysselregionen, och dessa kan i sin tur indelas i underområden. Varje område har en styrelse vars ledamöter utses av stämman på förslag av kommunerna och som representerar medlemmarna i respektive område efter andelsinnehavet. Styrelsen kan i vissa fall delegera befogenheter till en områdesstyrelse, särskilt i frågor om taxetillämpning, planer för utbyggnad och investeringar, finansiering av investeringar och reklamkampanjer, samt i frågor som är gemensamma för flera underområden inom ett verksamhetsområde. Övriga stadgeenliga organ i sammanslutningen är stämman, vars beslut är bindande för alla medlemmar, generaldirektören, ett rådgivande organ med sakkunniga kommunala tjänstemän och revisorsutskott. Generaldirektören, de sakkunniga och revisorerna utses individuellt av stämman.

medlemmar individuellt har samma bestämmande inflytande över den kooperativa sammanslutningen som den skulle ha haft om verksamheten hade skötts självständigt och internt.

27. När det gäller det andra villkoret enligt domen i målet Teckal⁹ – ”denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den” – är det enligt den nationella domstolen ostridigt att den kooperativa sammanslutningen bedriver huvuddelen av sin verksamhet för sina medlemmar. Den nationella domstolen har inte ställt någon tolkningsfråga angående denna förutläggning.

26. Den nationella domstolen har av detta dragit slutsatsen att Uccle kommuns självbestämmanderätt inte är så omfattande som Brutélé påstår. Exempelvis är det styrelsen som har de mest vidsträckta befogenheterna, och i den har Uccle kommun endast en representant. Visserligen fattas alla beslut av sammanslutningens olika organ, vilka utestående består av representanter för de anslutna kommunerna och kommunalförbundet, men det innebär inte att envar av dessa

III — Parternas argument

28. Coditel, Uccle kommun, Brutélé, den belgiska, den tyska och den nederländska regeringen samt Europeiska gemenskapernas kommission har enligt artikel 23 i domstolens stadga ingett skriftliga yttranden. Alla utom

⁹ — Ovan fotnot 8, punkt 50.

Uccle kommun, som inte var representerad, yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 9 april 2008.

kommuns direkta anslutning till den kooperativa sammanslutningen Brutélé står i konflikt med kravet på insyn.

29. Samtliga som har deltagit i förfarandet instämmer i huvudsak i bedömningen att frågan är om området för offentliga koncessioner där upphandlingsdirektiven visserligen inte gäller men väl det mer generella kravet på insyn.¹⁰

30. Med undantag för *Coditel* är samtliga ense om att det *andra Teckalkriteriet* på grundval av uppgifterna i begäran om förhandsavgörande får anses uppfyllt.

31. I fråga om det *första Teckalkriteriet* går ståndpunkterna isär.

32. *Coditel* och *kommissionen* anser att det första kriteriet inte är uppfyllt, eftersom Uccle

33. *Coditel* har framhållit att Uccle kommun inte hade någon som helst relation till Brutélé före anslutningen, varför rättspraxis från domen i målet Teckal överhuvudtaget inte är tillämplig. Uccle kommun innehar för övrigt endast 8,26 procent av andelarna i Brutélé (76 andelar av totalt 920). Brutélé tillhandahåller tjänster såsom kabel-tv, telefon och Internet på en kommersiell marknad i konkurrens med andra privata företag. Brutelés interna struktur påminner i huvudsak om den som finns i ett privat företag. Uccle kommun saknar möjlighet att kontrollera Brutélé, och det måste betvivlas att man skulle ha möjlighet att utöva en faktisk kollektiv kontroll genom medlemmarna med tanke på det stora antalet medlemmar och eventuella intressekonflikter dem emellan. Med hänsyn till domen i målet Carbotermo¹¹ är den omständigheten att 100 procent av kapitalet i Brutélé innehas av kommunala organ inte avgörande för bedömningen. Framför allt är det i detta hänseende inte tillräckligt att Uccle kommun har inrättat ett eget underområde.

34. *Kommissionen* har i sitt yttrande också uppehållit sig vid Brutelés inre beslutsstruktur och anser att en enskild kommun som Uccle

10 — Den nederländska regeringen anser att de uppgifter som lämnats i begäran om förhandsavgörande inte är tillräckliga för att denna aspekt ska kunna bedömas.

11 — Dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo och Consorzio Alisei (REG 2006, s. I-4137), punkt 37.

knappast kan ha någon möjlighet till avgörande¹² påverkan. Brutélés styrelse har vidsträckta befogenheter, bland annat fastställer den taxorna. Uccle kommun har i alla avseenden endast ett ”delat” inflytande och kan inte fritt driva igenom sin vilja, något som dock är en förutsättning för att det första Teckalkriteriet ska anses uppfyllt.

35. Uccle kommun och *Brutélé*, vilka däremot anser att det första Teckalkriteriet är uppfyllt, har framhållit betydelsen av att den kooperativa sammanslutningen är rent mellankommunal såväl enligt stadgarna som enligt belgisk lag.

36. Uccle kommun har gjort gällande att den vid sin anslutning till *Brutélé* har behållit en ”motsvarande kontroll” i Teckaldomens mening över det kommunala kabel-tv-nätet. Kommunen har härvid framhållit att domstolen inte har talat om en ”identisk” utan om en ”motsvarande” kontroll. Ett krav på att en kommun har fullständig och individuell kontroll över en mellankommunal

verksamhetsform skulle omöjliggöra en sådan verksamhetsform eftersom den per definition förutsätter samverkan mellan flera parter.

37. *Brutélé* har endast i andra hand berört det första Teckalkriteriet genom en hänvisning till dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo (REG 2007, s. I-2999), punkt 57 och följande punkter. Enligt *Brutélés* förstahandsargumentation ska artiklarna 43 EG och 49 EG samt likhetsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och principen om insyn tolkas så, att de inte utgör hinder mot att en kommun utan anbudsförfarande ansluter sig till en rent mellankommunal verksamhet i vilken inget privat kapital förekommer och som bildats särskilt för att förverkliga välgrundade mål av kommunalt och allmänt intresse. Av dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), punkt 48, framgår att kommunerna har möjlighet att själva utföra uppgifter av allmänt intresse. En tillämpning av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling på mellankommunal verksamhet skulle emellertid betyda att kommunerna tvingas konkurrensutsätta sina uppgifter på marknadsvillkor. I belgisk lag föreskrivs uttryckligen en möjlighet för kommunerna att bilda mellankommunala sammanslutningar.¹³ Förhållandet mellan Uccle kommun och *Brutélé* grundas inte på avtal utan på kommunens anslutning, vilken regleras i lag och i *Brutélés* stadgar. *Brutélé* är en rent mellankommunal sammanslutning som enligt stadgarna inte är öppen för privat kapital, och *Brutélé* utför sina uppgifter

12 — I detta hänseende har kommissionen hänvisat till dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 65, och domen i målet Carbotermo och Consorcio Alisei (ovan fotnot 11).

13 — *Brutélé* har hänvisat till den belgiska grundlagen och den belgiska lagen om mellankommunala sammanslutningar (se ovan punkterna 6 och 7 i detta förslag till avgörande).

i kommunernas intresse. Dess ändamål är att erbjuda nyttjarna bredast möjliga utbud av TV-program på bästa möjliga villkor samt eventuellt erbjuda radiosändningar och andra kommunikationsmedel. I tredje hand har Brutélé slutligen anfört att Uccle kommun, framför allt på grund av den interna beslutsstrukturen och att kommunen har ett separat underområde, utövar den ifrågavarande kontrollen inom den kooperativa sammanslutningen på ett sätt som motsvarade den som utövas över den egna förvaltningen.

i förhållande till Uccle kommun. Koncessionen för kabel-tv-nätet har alltså inte lämnats till någon utomstående utan har behållit sin interna karaktär.

38. Den *belgiska regeringen* anser att den första tolkningsfrågan ska besvaras jakande. En kommun kan utan anbudsförfarande ansluta sig till en kooperativ sammanslutning som Brutélé, som uteslutande består av kommuner och kommunalförbund, för att överlåta förvaltningen av sitt kabel-tv-nät till denna sammanslutning, om denna i huvudsak endast utövar sin verksamhet för sina medlemmars räkning och beslut om verksamheten fattas av sammanslutningens styrelse och områdesstyrelserna inom ramen för de befogenheter som delegerats till dessa av styrelsen, när dess organ består av myndighetsrepresentanter som fattar majoritetsbeslut.

39. Brutélé, som inte är öppet för privat kapital, kan inte anses vara tredje man

40. Övriga tolkningsfrågor ska uteslutande ses mot bakgrund av att mellankommunal samverkan är en samarbetsform som till sin art förenar de olika kommuner som samverkar med varandra. Den belgiska regeringen har framhållit att ett lokalt eller regionalt organ har rätt att besluta sig för ett sådant samarbete för att säkerställa en effektiv förvaltning. Det kan då bland annat vara fråga om samarbete mellan små och stora lokala och regionala organ. Det ligger i sakens natur att mindre organ ofta tvingas gemensamt utföra övergripande uppgifter i en större övergripande struktur. Det ankommer på respektive medlemsstats förvaltningar att avgöra hur sådant samarbete mellan lokala och regionala organ ska organiseras och kontrolleras internt. Det finns en mångfald av modeller för sådan intern organisation och kontroll. Av formerna för kontrollen över en mellankommunal samverkan, som bygger på att storleken på olika lokala och regionala organ beaktas, kan man inte nödvändigtvis dra den slutsatsen att det inte föreligger någon kontroll motsvarande kontrollen över den egna förvaltningen. Dessutom ligger det i sakens natur att en enda kommun inte ensam kan bestämma över en mellankommunal samverkan, utan sådan samverkan sker

med majoritetsbeslut samt för att uppfylla gemensamma mål. En kontroll genom majoritetsbeslut är att betrakta som ”motsvarande kontroll” i den mening som avses i rättspraxis. På grund av det anförda måste Uccle kommun, som är representerad med sina företrädare i Brutélés olika organ, anses utöva en kontroll över Brutélé motsvarande den kontroll som kommunen utövar över sin egen förvaltning.

Berlin, har en gemensam högsta förvaltningsdomstol, Oberverwaltungsgericht. Det skulle vara direkt orealistiskt att anta att det lokala och regionala organ som är huvudman skulle sakna eller ha bristfällig kontroll över en sådan enhet som drivs gemensamt av flera lokala och regionala organ. Kontrollen över en uppdragstagare som innehas av flera offentlig-rättsliga juridiska personer ”utövas gemensamt” men är inte av denna anledning mindre effektiv. Detta är också fallet med Brutélé, som innehas uteslutande av kommuner som utövar sina kontrollbefogenheter gemensamt såsom över en egen (gemensam) myndighet.

41. Den tyska regeringen anser att det redan på förhand står klart att bestämmelserna och principerna i upphandlingsdirektiven inte är tillämpliga i ett fall som det förevarande eftersom båda Teckalkriterierna är uppfyllda. Dessa kriterier ska i fråga om de flesta ”utövare av offentlig myndighetsmakt” förstås på det sättet, att när den upphandlande myndigheten innehar samtliga andelar i uppdragstagaren tillsammans med andra offentlig-rättsliga juridiska personer försvagas inte kontrollen av att den utövas gemensamt. Som exempel kan ju organisatoriskt lika enheter hos olika lokala och regionala organ bildas och ”drivas” gemensamt, och då är det orealistiskt att anta att enskilda lokala eller regionala organ skulle sakna eller ha bristfällig kontroll över den gemensamma enheten. I tysk rätt angående förvaltningsorganisation finns många exempel på detta. Som exempel är en Oberfinanzdirektion (regional skattemyndighet) en enhet under såväl förbundsrepubliken som respektive delstat. I vissa delstater finns Kreisverwaltungsbehörden, som är lokala myndigheter under såväl en Landkreis (region) som delstatliga myndigheter. Flera delstater, till exempel Brandenburg och

42. Om kontrollen skulle anses vara ”otillräcklig” och bestämmelserna om offentlig upphandling tillämpliga därför att den upphandlande myndigheten måste utöva kontrollen över uppdragstagaren gemensamt med andra myndigheter, skulle detta få allvarliga följder för möjligheterna att bilda mellankommunal verksamhet. Valet av den mellankommunala samarbetsformen skulle då alltid få göras med förbehåll för resultatet av ett anbudsförfarande. Den mellankommunala samverkan som en form för att organisera myndighetsuppgifter skulle då tydligt få stå tillbaka för verksamhet i egen regi för vilken det aldrig blir tal om tillämpning av upphandlingsbestämmelserna. De bestämmelserna skulle därmed få en ej avsedd påtryckande verkan på kommunerna att eventuellt avstå

från samarbete med andra kommuner. En sådan verkan har dock aldrig åsyftats med upphandlingsbestämmelserna. Dessa ska tvärtom tillämpas först om kommuner vänder sig till marknaden för att få sina uppgifter utförda.

43. Den tyska regeringen har också hänvisat till skyddet på europeisk nivå för det kommunala självstyret genom den europeiska stadgan om lokalt självstyre¹⁴. Stadgan ger kommunerna rätt att utföra uppgifter i egen regi och att ingå i mellankommunal verksamhet utan skyldighet att först utsätta verksamheten för konkurrens.

44. Den *nederländska regeringen* har föreslagit att den första tolkningsfrågan besvaras jakande. När det gäller den andra tolkningsfrågan har den mot bakgrund av det första Teckalkriteriet med anslutande rättspraxis samt uppgifterna i begäran om förhandsavgörande påpekat att berörda kommuner och kommunalförbund är i en sådan situation att de kan utöva ett avgörande inflytande på Brutélé. Att så är fallet framgår redan av det faktum att de gemensamt innehar hela verksamhetens andelskapital och att privat kapital inte kan förekomma. Förekomsten av ett avgörande inflytande bekräftas av att kommunerna och kommunalförbundet genom sina företrädare helt behärskar Brutélés beslutsorgan. Kommunerna och kommunalförbundet är därmed i en situation där de kan

utöva avgörande inflytande på såväl strategiska mål som viktiga beslut, som exempelvis fastställandet av taxor. Brutélé har ingen som helst oberoende ställning och kan alltså inte anses vara tredjeman i förhållande till kommunerna och kommunalförbundet. Den tredje tolkningsfrågan bör besvaras så, att det är tillräckligt att berörda kommuner och kommunalförbund utövar kontrollen gemensamt för att det ska vara fråga om att de ”utövar en kontroll motsvarande den som [de] utövar över sin egen förvaltning”.

IV — Rättslig bedömning

45. Eftersom de olika tolkningsfrågorna tar upp olika aspekter av samma fråga kommer jag att behandla dem gemensamt.

46. Frågan går ut på att få veta huruvida en anslutning av en kommun som Uccle kommun till en rent mellankommunal kooperativ sammanslutning som Brutélé med åtföljande överlåtelse av förvaltningen av det kommunala kabel-tv-nätet till denna sammanslutning ska anses vara en offentlig tjänstekoncession för vilken gemenskapsrättsens upphandlingsprinciper gäller, eller om det är fråga om en situation med så kallad kvasiintern tilldelning där anbudsinfördan inte är obligatorisk. De aspekter som den nationella domstolen tar upp rör främst den

14 — Den europeiska stadgan om lokalt självstyre, fördrag öppnat för underskrift av medlemsstaterna i Europarådet den 15 oktober 1985 i Strasbourg, är i kraft sedan den 1 september 1988 (finns på Internet: <http://conventions.coe.int>).

interna beslutsstrukturen. Det gäller dels beslut av de stadgeenliga organen som styrelsen och styrelserna för underområdena, dels de beslut som i huvudsak inte är individuella utan som tas genom majoritetsbeslut. Kan en sådan beslutsstruktur vara förenlig med domstolens kriterium att det berörda organet ska ”[utöva] en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning”?

47. Den nationella domstolen anser att kontrollen över den kooperativa sammanslutningen och beslutsfattandet i denna utövas av de lokala och regionala organen gemensamt via sammanslutningens stadgeenliga organ. Därigenom får sammanslutningen en viss autonomi i förhållande till sina medlemmar. Det föreligger därmed ingen kontroll ”motsvarande den som [det berörda organet utövar] över sin egen förvaltning” och den nationella domstolen lutar därför åt att bifalla talan på den första grunden.

48. Jag vill inleda genomgången av frågeställningen med att konstatera att enligt fast

rättspraxis, vilket den nationella domstolen redan har påpekat, är inget av de gemenskapsrättsliga direktiven på området för offentlig upphandling¹⁵ tillämpligt på upphandling av offentliga tjänstekoncessioner^{16, 17}. Att målet vid den nationella domstolen rör området för tjänstekoncessioner och inte området för upphandling av tjänster följer av att det lokala och regionala organet inte betalar för utförda tjänster, utan vederlaget består i rätten att utnyttja sina egna tjänster,¹⁸ vilket innebär ett övertagande av verksamhetsrisken.¹⁹

- 15 — Bland annat rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139). Huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling är att främja fri rörlighet för tjänster och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater, jämför dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), punkt 44.
- 16 — Neergaard, ”The Concept of Concession in EU Public Procurement Law versus EU Competition Law and National Law”, i Nielsen/Treumer (red.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, där det påpekas att det finns flera olika former av koncessioner allt efter rättsligt sammanhang, och att den koncessionsmodell som avses i gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling väsentligen skiljer sig från den konkurrensrättsliga modellen och till viss del även från nationella modeller.
- 17 — Jämför exempelvis dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), punkterna 56 och 57, dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), punkterna 9 och 16, domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 12), punkt 42, och dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, kommissionen mot Italien (REG 2007, s. I-6657), punkt 29.
- 18 — Jämför de särskiljande kriterierna i domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 17), punkt 58. Jämför även legaldefinitionen av tjänstekoncession i artikel 1.4 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, 2004, s. 114): ”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” (direktivet var inte tillämpligt vid den för målet vid den nationella domstolen avgörande tidpunkten). Det handlar i det sammanhanget om att driva och underhålla befintliga enheter, jämför Trepte, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2007, punkt 4.42. En princip som ska beaktas här är att prövningen av frågan om huruvida ett avtal ska kvalificeras som en tjänstekoncession eller inte uteslutande ska ske enligt gemenskapsrätten, jämför domen i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 17), punkt 31.
- 19 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 12), punkt 40. Se även ingående härom i Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, punkt 6.62 och 6.63.

49. Eftersom det vid den tidpunkt som är avgörande för målet vid den nationella domstolen inte fanns något direktiv om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av tjänstekoncessioner,²⁰ ska gemenskapsrättens betydelse avseende tilldelning av sådana koncessioner liksom tidigare prövas uteslutande mot bakgrund av primärrätten, närmare bestämt mot bakgrund av de grundläggande friheter som föreskrivs i EG-fördraget.²¹

50. Härvid gäller för offentlig upphandling av tjänstekoncessioner krav på likabehandling och insyn,²² särskilt med tanke på förbudet mot indirekt diskriminering på grund av nationalitet enligt artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG,²³ vilket i regel gör ett anbuds-förfarande nödvändigt.

- 20 — Situationen har knappast förändrats efter det senare tillkomna direktiv 2004/18 (ovan fotnot 18). Visserligen definieras begreppet tjänstekoncession, men enligt artikel 17 gäller inte direktivet för sådana koncessioner. Se ingående härom i Flamme/Flamme/Dardenne, *Les marchés publics européens et belges*, 2005, sidan 19 och följande sida.
- 21 — Domen i målet Coname (ovan fotnot 17), punkt 16, domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 12), punkt 46, och dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 18 och följande punkter. Enligt Broussy/Donnat/Lambert, *Délégations de services publics, L'actualité juridique – droit administratif (AJDA)*, 2005, sidan 2340 och följande sidor, på s. 2341, finns det, om icke-diskrimineringsprincipen lyfts fram, en risk för att upphandlingsreglerna i framtiden får en mer långtgående giltighet än de tillämpliga direktiven så att de kommer att omfatta även fall där värdet inte når upp till tröskelvärdet för tillämpning av direktiven.
- 22 — Trepte, "Transparency Requirements" i Nielsen/Treumer (red.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, påpekar att insynsprincipen i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling är begränsad så tillvida att den tar sikte på likabehandling av anbudsgivare men inte någon insyn utöver detta.
- 23 — Jämför bland annat domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 17), punkt 60 och följande punkter, domen i målet Coname (ovan fotnot 17), punkt 18 och följande punkter, samt domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 12), punkt 47 och följande punkter.

51. I rättspraxis görs undantag för "kvasiintern tilldelning".²⁴ Denna rättspraxis började med den redan nämnda domen i målet Teckal²⁵ och har sedan vidareutvecklats²⁶. Den tillämpas på alla gemenskapsbestämmelser om offentlig upphandling och offentliga tjänstekoncessioner²⁷ när det vidtas en åtgärd som är "förvaltningsintern".²⁸ I linje med detta gäller enligt domstolens fasta rättspraxis att anbudsinfordran inte är obligatorisk, även om avtalsparten är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person. För detta gäller dock två förutsättningar. För det första måste den offentliga myndighet som är en upphandlande myndighet utöva en kontroll över den fristående enheten i fråga som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. För det andra måste denna enhet utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de offentliga myndigheter som innehar andelarna i enheten.²⁹

24 — Terminologin är inte enhetlig. Beteckningar som också används är (kvasi) *In House Providing*, eller *In House-transaktioner* (i en vidare bemärkelse).

25 — Ovan fotnot 8.

26 — Jämför särskilt domarna i målen Stadt Halle och RPL Lochau (ovan fotnot 15), punkt 49, Coname (ovan fotnot 17), punkterna 23–26, Parking Brixen (ovan fotnot 12), punkt 56 och följande punkter, ANAV (ovan fotnot 21), punkt 24, Carbotermo och Consorzio Alisei (ovan fotnot 11), punkterna 36 och 37, dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo (REG 2007, s. I-2999), punkterna 55–57, och dom av den 18 december 2007 i mål C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (REG 2006, s. I-12175), punkt 58.

27 — I domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 12), punkt 61, klagade domstolen att de båda Teckalkriterierna ska tillämpas inte endast inom tillämpningsområdet för de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiven utan generellt på området för de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling.

28 — Flamme/Flamme/Dardenne (ovan fotnot 20), s. 32, punkt 20, påpekar med hänvisning till punkterna 49 och 50 i domen i målet Teckal (ovan fotnot 8) att till grund för undantaget för "kvasiintern tilldelning" ligger föreställningen att det inte är möjligt att ingå ett "avtal med sig själv".

29 — Jämför domarna i målen Teckal (ovan fotnot 8), punkt 50, och Stadt Halle och RPL Lochau (ovan fotnot 15), punkt 49, dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien (REG 2005, s. I-139), punkt 38, dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-9705), punkt 34, samt domarna i målen Carbotermo och Consorzio Alisei (ovan fotnot 11), punkt 33, och domen i målet Asemfo (ovan fotnot 26), punkt 55.

A — *Det första Teckalkriteriet*

52. Denna bedömning kräver en genomgång av den första förutsättningen, nämligen utövandet av en ”kontroll motsvarande den som utövas över den egna förvaltningen”.

1. Halvoffentliga företag omfattas inte

53. Av fast rättspraxis sedan domen i målet *Stadt Halle och RPL Lochau*³⁰ framgår otvetydigt att ett halvoffentligt företag inte kan anses utgöra en sådan fristående enhet över vilken en offentlig myndighet kan utöva en

30 — I den ofta citerade domen i målet *Stadt Halle och RPL Lochau* (ovan fotnot 15) sägs följande i punkt 49: ”Enligt domstolens rättspraxis är det inte uteslutet att det kan finnas andra omständigheter under vilka anbudsinfordran inte är obligatorisk även om avtalsparten är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person. Så är fallet om den offentliga myndigheten, som är en upphandlande myndighet, utövar en kontroll över den fristående enheten i fråga som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet och denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Teckal*, punkt 50). Det skall erinras om att den fristående enheten i nämnda mål ägdes helt av offentliga myndigheter. 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.” *Belorgey/Gervasoni/Lambert, Qualification de marché public*, AJDA, 2005, sidan 1113 och följande sidor, på s. 1114, förmodar med hänvisning till dom av den 22 maj 2003 i mål C-18/01, *Korhonen m.fl.* (REG 2003, s. I-5321) att domstolen genom domen i målet *Stadt Halle* uttryckligen har bekräftat vad som tidigare låg implicit i rättspraxis.

kontroll som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet, och detta gäller oberoende av hur liten del av företagets kapital som ägs av privata intressen.³¹ Härvid räcker det med att företaget är öppet för privat kapital även om något sådant (ännu) inte rent faktiskt deltar.³² Samma bedömning gäller även när andelar i företaget har överlåtits till enskilda kort tid efter upphandlingen.³³

54. I målet vid den nationella domstolen står det klart att inget som helst privat kapital förekommer i *Brutélé*, som för övrigt inte är öppet för privat kapital överhuvudtaget.

2. Andra relevanta omständigheter

55. Av rättspraxis framgår emellertid också att *Teckalkriteriet* om att det berörda organet ska ”[utöva] en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning” inte

31 — Jämför bland annat domarna i målen *Coname* (ovan fotnot 17), punkt 26, kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 29), punkt 46, ANAV (ovan fotnot 21), punkt 31, samt dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, *Auroux m.fl.* (REG 2007, s. I-389), punkt 64. Det är fortfarande oklart hur privatpersoners eller ideella organisationers deltagande på exempelvis det sociala eller det kulturella området ska bedömas (jämför härom *Egger* (ovan fotnot 2), s. 170, punkt 637).

32 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen *Coname* (ovan fotnot 17), punkt 26, och ANAV (ovan fotnot 21), punkterna 30–32.

33 — Domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 29), punkterna 38–42. I sådana fall ska tilldelningen av ett kontrakt bedömas med beaktande av samtliga moment (tilldelning och omstrukturering av kapital) jämte deras syfte.

alltid är tillräckligt uppfyllt även om det kan konstateras att privat kapital inte deltar eller inte är tillåtet.³⁴ Det är uppenbart att den nationella domstolens tolkningsfrågor även ska förstås mot den bakgrunden.

56. I vissa av de domar där domstolen har uppehållit sig vid det första av de båda Teckalkriterierna framgår att "samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter" ska beaktas.³⁵ "Av denna undersökning skall framgå att det bolag som tilldelats kontraktet är underställt en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda bolag. Det skall vara fråga om en möjlighet att utöva en avgörande påverkan i fråga om såväl strategiska mål som bolagets viktiga beslut."³⁶

57. Framför allt av domen i målet Parking Brixen kan utläsas vilken typ av kriterier som har betydelse för den bedömningen, nämligen omvandling till aktiebolag, utvidgning av verksamhetsföremålet, beslut om snar möjlighet för utomstående att köpa aktier i bolaget, en omfattande utvidgning av det geografiska verksamhetsområdet samt tilldelning av väsentliga befogenheter till styrelsen. Vid den samlade bedömningen ansåg domstolen att bolaget i fråga hade fått en

marknadsmässig inriktning och uppnått ett visst mått av självständighet som utslöt att den koncessionsgivande offentliga myndigheten utövade en kontroll över den enhet som innehade koncessionen motsvarande den som den utövade över sin egen verksamhet.³⁷

58. Målet Parking Brixen har alltså två avgörande bedömningsgrunder, nämligen koncessionsinnehavarens grad av marknadsmässig inriktning och grad av självständighet³⁸. Detta ligger i linje med domen i målet Teckal, där domstolen i punkt 51 som kriterium även berörde förekomsten respektive frånvaron av en möjlighet för den fristående enheten att fatta egna beslut oberoende av den offentliga myndigheten.³⁹

59. I hittillsvarande rättspraxis om Teckalkriterierna har domstolen dock endast i några få fall uppmärksammat sådana ytterligare

34 — Jämför bland annat Probst/Wurzel, "Zulässigkeit von In-house-Vergaben und Rechtsfolgen des Abschlusses von vergaberechtswidrigen Verträgen" i *European Law Reporter 2007*, sidan 257 och följande sidor, på s. 261.

35 — Domarna i målen Parking Brixen (ovan fotnot 12), punkt 65, samt Carbotermo och Consorcio Alisei (ovan fotnot 11), punkt 36.

36 — Domarna i målen Parking Brixen (ovan fotnot 12), punkt 65, samt Carbotermo och Consorcio Alisei (ovan fotnot 11), punkt 36.

37 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 12), punkterna 67–70. Om kritik mot kriterier som kan leda till att enheter som offentliga organ driver för att fullgöra sina uppgifter läses fast i vissa rättsliga former, jämför Kotschy, "Arrêts 'Stadt Halle', 'Coname' et 'Parking Brixen'", *Revue du droit de l'Union européenne* 2005, nr 4, sidan 845 och följande sidor, på s. 853.

38 — Ju närmre anknytningen är till den upphandlande respektive koncessionsgivande myndigheten och ju mer begränsade möjligheterna är för uppdragstagaren respektive koncessionsinnehavaren att agera kommersiellt på marknaden för tredje man, desto lättare är det att motivera att det är fråga om en *In House*-transaktion, vilket följer av Probst/Wurzel (ovan fotnot 34), s. 261.

39 — Domen i målet Teckal (ovan fotnot 8), punkt 51.

omständigheter. I de två fall jag nämnt, Parking Brixen och Carbotermo, berördes flera av dessa omständigheter, varvid en av omständigheterna var överförandet av omfattande befogenheter och väsentliga behörigheter till styrelsen.

mellanled kunde enligt domstolen under omständigheterna i målet försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövade till följd av att den ägde en del av aktiekapitalet.⁴³

60. I Parking Brixen-målet ansåg domstolen att Stadtwerke Brixen AG hade fått en marknadsmässig inriktning som gjorde det svårt för kommunen att utöva kontroll. Fem skäl angavs för detta,⁴⁰ bland annat att det hade beslutats om en snar möjlighet för utomstående att köpa aktier i bolaget och att det hade skett en omfattande utvidgning av det geografiska verksamhetsområdet till hela Italien och till utlandet.⁴¹

62. Det kan alltså konstateras att det i dessa fall har förelegat flera särskilda omständigheter, vilka således var föremål för en samlad bedömning⁴⁴.

61. En viktig omständighet i Carbotermo var att det inflytande som den italienska kommunen Busto Arsizio eventuellt hade över beslut som fattades av företaget AGESP SpA, som tillhandahöll olika allmännyttiga tjänster, utövades genom ett mellanled i form av ett holdingbolag.⁴² Förekomsten av detta

3. Rent mellankommunal samverkan är som regel – men dock inte på förhand – undantagen från skyldigheten att infordra anbud

40 — Ferrari talar om indicier för en självständighet som inte är förenlig med idén om en kontroll motsvarande kontrollen över den egna förvaltningen (Ferrari, "Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?" i *Diritto pubblico comparato ed europeo 2006*, sidan 271 och följande sidor, särskilt s. 273).

41 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 12), punkt 67. Jennert, "Das Urteil 'Parking Brixen'", *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau)* 2005, sidan 623 och följande sidor, på s. 626, har gjort iakttagandet att det inte blir aktuellt att säkra hemmamarknaden genom intern tilldelning utan anbudsförfarande samtidigt som man deltar i konkurrensen genom att expandera geografiskt.

42 — I generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande av den 12 januari 2006 i målet Carbotermo och Consorcio Alisei (ovan fotnot 11), sägs i punkterna 22 och 23 att ett kännetecken i målet liksom i målet Stadt Halle var att "tilldelningen" inte hade skett direkt till den enhet i vilken den lokala myndigheten hade ett direkt aktieinnehav, utan myndighetens ägarintresse var indirekt.

63. Det är trots allt mycket som talar för att omständigheterna i Parking Brixen och Carbotermo representerar enstaka fall i vilka domstolen har ansett att en gräns har överskridits, och att delegering av uppgifter av

43 — Domen i målet Carbotermo och Consorcio Alisei (ovan fotnot 11), punkt 39.

44 — Uttrycket "samlad bedömning" används med rätta av Jennert (ovan fotnot 41), s. 625.

allmänt intresse till en enhet för ren samverkan mellan offentliga organ utan någon inblandning av privat kapital visserligen inte på förhand⁴⁵ men dock i princip är undantagen från skyldigheten att infordra anbud. Nedanstående redovisning av samband och utvecklingsdrag i domstolens rättspraxis talar för detta.

64. I den nyss nämnda domen i målet Carbotermo, i vilken angivna omständigheter avgjorde att situationen i målet inte var undantagen från skyldigheten att infordra anbud, angavs ordagrant följande: ”Den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet tyder som regel 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, i den mening som avses i punkt 50 i domen i det ovannämnda målet Teckal.”⁴⁶

65. I de därpå följande punkterna i domen i målet Carbotermo klargörs tydligt att domstolen med reservationen ”utan att vara av avgörande betydelse” har avsett ovannämnda ytterligare omständigheter, nämligen en försvagning av kontrollen hade skett genom att det kommit in ett mellanled i form av ett holdingbolag även om detta till 99,98 procent ägdes av det lokala och

regionala organet i fråga, och överförandet av långtgående befogenheter till styrelserna i såväl holdingbolaget som det bolag som tilldelades kontraktet.⁴⁷ Enligt respektive bolags stadgar förbehölls enligt domstolens uppfattning inte kommunen i fråga någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt för att begränsa den handlingsfrihet som dessa styrelser hade getts. Den kontroll som kommunen utövade över dessa två bolag motsvarade i princip den som majoriteten av aktieägarna har enligt bolagsrätten, vilket i betydande mån begränsade kommunens möjlighet att påverka dessa bolags beslut.⁴⁸

66. Av den nyare domen i målet Asemfo framgår däremot att det första Teckal-kriteriet – att det berörda organet ska ”[utöva] en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning” – som regel anses uppfyllt när det är fråga om rent mellan-kommunalt samarbete så att någon ytterligare analys av inre beslutsstruktur och majoritetsförhållanden som regel inte är nödvändig. Den ovan återgivna texten⁴⁹ ur domen i målet Carbotermo har i punkt 57 i den senare domen i målet Asemfo vidhållits men lätt modifierats [modifieringen gäller inte den svenska språkversionen, *ö.a.*]. I Carbotermo heter det ”ohne entscheidend zu sein” (”utan att vara av avgörande betydelse för bedöm-

45 — Domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 29), punkt 40.

46 — Domen i målet Carbotermo och Consorcio Alisei (ovan fotnot 11), punkt 37.

47 — Domen i målet Carbotermo och Consorcio Alisei (ovan fotnot 11), punkterna 38–40.

48 — Domen i målet Carbotermo och Consorcio Alisei (ovan fotnot 11), punkt 38.

49 — Domen i målet Carbotermo och Consorcio Alisei (ovan fotnot 11), punkt 37: ”Den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet tyder som regel 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, i den mening som avses i punkt 50 i domen i det ovannämnda målet Teckal.”

ningen”) och på samma ställe i Asemfo ”grundsätzlich” (”i princip”) Därmed har uttrycket ”... tyder som regel på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen ...” numera blivit ”... tyder i princip på ...”.

ren samverkan mellan offentliga organ haft betydelse i här relevant rättspraxis kan följande utläsas.

67. Mycket talar alltså för att den omständigheten att en upphandlande eller koncessionsgivande offentlig myndighet ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter⁵⁰ i sin helhet äger en enhet som tilldelas ett uppdrag eller en koncession som regel utvisar att myndigheten eller myndigheterna i den mening som avses i punkt 50 i domen i målet Teckal utövar en kontroll över enheten i fråga motsvarande den som den eller de utövar över sin egen förvaltning. Från denna huvudregel kan visserligen finnas undantag,⁵¹ dock endast som framgått ovan⁵² om särskilda omständigheter föreligger.

4. Kriterier för en detaljerad bedömning av kontrollbefogenheten

68. I den mån frågan om ett enskilt offentligt organs kontrollbefogenhet över en enhet för

69. Redan målet Teckal gällde en situation med mellankommunal samverkan⁵³ där frågan om kontrollen berördes mot bakgrund av ägarandelarnas storlek. Frågan gällde nämligen ett konsortium bestående av 45 kommuner i Reggio Emilia i vilket den berörda kommunen Viano ägde 0,9 procent. Enligt generaladvokaten Cosmas kunde detta ”knappast anses innebära att kommunen Viano utövar en kontroll över konsortiet som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet”.⁵⁴ I domen i målet sägs ingenting om denna fråga och framför allt gick domstolen inte in på aspekten när den formulerade kontrollkriteriet i punkt 50.⁵⁵ Men det kan ändå konstateras att domstolen i domen i vart fall inte på förhand negativt besvarade frågan huruvida det förelåg en kontrollbefogenhet för en kommun med en

50 — En majoritetskontroll är nämligen inte utesluten på förhand, jämför även Fenoyl, *Contrats "in house" – état des lieux après l'arrêt Asemfo*, AJDA, 2007, s. 1759–1761.

51 — Egger (ovan fotnot 2), s. 169, punkt 626, talar med rätta om en presumtion som kan brytas.

52 — Se ovan punkt 55 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

53 — Här till hänvisar även Pape/Holz, *Vergabefreie In-house-Geschäfte*, NJW 2005, s. 2264 och s. 2265. De anser att en samverkan mellan flera offentliga organ visserligen med ett rent formellt sätt att se på saken inte kan bedömas som en *In House*-tilldelning eftersom det på grund av övriga organs medbestämmanderätt inte utan vidare kan konstateras att varje andelsägare kan utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande den som utövas över den egna förvaltningen, men att det med ett funktionellt betraktelsesätt ändå är i sak riktigt att betrakta detta som en *In House*-tilldelning.

54 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Cosmas av den 1 juli 1999 i målet Teckal (ovan fotnot 8), punkt 61.

55 — Domen i målet Teckal (ovan fotnot 8).

relativt liten ägar- och röstandel, och att den nationella domstolen därigenom gavs möjlighet att i målet vid den nationella domstolen göra bedömningen att kontrollkriteriet var uppfyllt.

70. I domen i målet Coname år 2005 fick denna fråga visserligen motsatt svar eftersom en ägarandel på 0,97 procent av bolagskapitalet bedömdes som otillräcklig för att möjliggöra en kontroll.⁵⁶

71. Med domen i målet Asemfo klargjordes emellertid att storleken på den ägarandel som ett enskilt offentligt organ har i en samverkan mellan olika offentliga organ inte (längre) fungerar som mätare av kontrollmöjligheten. Domstolen klargjorde uttryckligen att även en så liten ägarandel som 0,25 procent (1 procent av aktiekapitalet ägdes av fyra autonoma regioner med en aktie vardera) inte hindrade att det var fråga om en ”kvasiintern tilldel-

ning” beträffande samtliga deltagande offentliga organ.⁵⁷

72. Värt att lägga märke till för målet vid den nationella domstolen i den nyss nämnda domen i målet Asemfo är dessutom att det uppenbarligen var centralförvaltningen som var huvudägare som hade kontrollbefogenheten över den enhet som hade fått tilldelningen och inte de fyra autonoma regioner som tillsammans ägde 1 procent av kapitalet.⁵⁸ Detta hindrade inte domstolen från att uttryckligen anse att det första Teckalkriteriet var uppfyllt inte endast beträffande den spanska staten utan även beträffande de

57 — Domen i målet Asemfo (ovan fotnot 26), punkterna 58–60. I punkt 59 anges följande: ”Domstolen godtar inte argumentet att kravet på myndighetskontroll endast är uppfyllt för de uppdrag som utförs för spanska staten och inte för de uppdrag som utförs för de autonoma gemenskaperna i förhållande till vilka Tragsa kan anses som en tredjeman.” Av punkt 61 framgår att detta inte avsåg samtliga spanska autonoma regioner, även om Tragsa utförde uppdrag för samtliga (jämför generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 28 september 2006 i målet Asemfo (ovan fotnot 26), punkterna 13 och 14), utan det avsåg de autonoma regioner som innehade en del av Tragsas aktiekapital.

58 — I domen i målet Asemfo (ovan fotnot 26), punkt 13 femte punkten framgår följande om nationell rätt: ”... Tragsa och dess dotterbolags verksamhet organiseras, styrs och kontrolleras av jordbruks-, fiske- och livsmedelsministeriet och miljöministeriet.” Därmed ansvarade den centrala förvaltningen och inte de autonoma regionerna för kontrollen. Även generaladvokaten Geelhoed anmärkte i sitt förslag till avgörande av den 28 september 2006 i målet Asemfo (ovan fotnot 26), punkt 51, att de autonoma regionerna själva varken kunde utöva någon kontroll eller härleda sådana befogenheter från sitt aktieinnehav. Samtliga kontrollbefogenheter låg hos huvudägaren spanska staten, det vill säga centralförvaltningen. I domen uttalades följande i punkt 51: ”Tragsas samröre med dessa offentliga organ, i bolagets egenskap av förvaltningens eget genomförandeorgan och tekniska enhet, är slutligen enligt artikel 3.6 i samma kungliga dekret inte baserat på avtal utan samröret är i alla avseenden internt, beroende och hierarkiskt.” I punkterna 59–61 rörde argumentationen kring frågan om de autonoma regionernas kontrollbefogenhet helt andra saker än den inre beslutsstrukturen, nämligen att det fanns en lagstadgad skyldighet att utföra beställningar, att staten bestämde priserna och att förhållandet inte hade avtalsrättslig karaktär.

56 — Domen i målet Coname (ovan fotnot 17), punkterna 23 och 24. I det målet var det berörda bolaget dessutom åtminstone till viss del privatägt, se punkt 26 i Coname.

autonoma regioner som innehade en del av aktiekapitalet.⁵⁹ Av domen går dock inte att utläsa huruvida slutsatsen i fråga om de autonoma regionernas kontroll innebar en ändring av rättspraxis eller om det som jag förmodar snarare var de särskilda omständigheterna i detta enskilda fall som var avgörande.⁶⁰ Under alla omständigheter är det tydligt att betydelsen av frågan om de inre kontroll- och beslutsbefogenheterna hos en enhet för ren samverkan mellan offentliga organ inte ska övervärderas.

73. Utifrån de klarlägganden som gjorts i rättspraxis angående ägarandelarnas storlek ger såväl en systematisk tolkning⁶¹ som en bokstavstolkning⁶² – redan den omständigheten att plural används i det andra Teckalkriteriets ordalydelse ("och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndig-

heter som innehar den") – vid handen att det inte erfordras att det offentliga organet i fråga har en fullständig individuell kontrollmakt utan att det är tillräckligt med en kollektiv och majoritetsstyrd kontroll.⁶³

74. Av avgörande betydelse torde vara huruvida de deltagande offentliga organen gemensamt som en helhet innehar kontrollen över enheten i fråga, i detta fall Brutélé, eller om Brutélé agerar som frikopplad från denna gemensamma kontroll.

5. Slutsats i denna del

75. Av den rättsliga analysen framgår att en rent mellankommunal verksamhet i regel inte kräver anbudsinfordran, såvida det inte föreligger flera särskilda omständigheter som visar att graden av marknadsmässig inriktning och graden av självständighet hos den mellankommunala enheten går utöver gränserna för vad som gäller för en mellankommunal samverkan som inte omfattas av upphandlingsreglerna för utförande av uppgifter av allmänintresse.

59 — Generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 28 september 2006 i målet Asemfo (ovan fotnot 26) innehöll en detaljerad analys av denna aspekt, varvid det konstaterades att regionerna saknade eget inflytande (punkterna 98–101). Se även i detta hänseende Broussy/Donnat/Lambert, *Actualité du droit communautaire, Marché in house*, AJDA, 2007, s. 1125 och s. 1126.

60 — Som påpekats med rätta av Müller, "Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe?", *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis (ZVB)*, 2007, s. 197, på s. 202, förelåg särskilda omständigheter i form av bland annat en rättslig förpliktelse att åta sig och utföra uppdrag samt av myndigheten fastställda priser. Jämför även Piazzoni, "Précisions jurisprudentielles sur les contrats 'in house'", *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation* 2007, nr 12, s. 56–58, och Mok, "Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen C-295/05", *Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken* 2007, nr 417, sidan 4413 och följande sidor, på s. 4423.

61 — Om systematisk tolkning jämför särskilt Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, 2006, sidan 253 och följande sidor.

62 — Om bokstavstolkning jämför särskilt Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, 2006, sidan 250 och följande sidor.

63 — Jämför bland annat även Dreher, *Das In-house-Geschäft, NzBau* 2004, s. 14–17, som anser att den omständigheten att uppdragstagaren saknar egen beslutsbefogenhet väger tyngst. Jämför även Dischendorfer, "The Compatibility of Contracts Awarded Directly to 'Joint Executive Services' with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A Note on Case C-295/05, Asemfo v Tragsa", *Public Procurement Law Review* 2007, sidan NA123 och följande sidor, på s. NA129.

76. Hittills har ännu ingen rättsäkerhet⁶⁴ uppnåtts i fråga om den närmare definitionen av kriterier som ”graden av marknadsmässig inriktning” och ”graden av självständighet”, varvid gränserna för vad som är en mellan-kommunal samverkan som inte omfattas av upphandlingsreglerna för utförande av uppgifter av allmänt intresse alltså inte är närmare klarlagda. Trots detta finns inget stöd för att påstå att den samverkan som sker inom Brutélé överskrider dessa gränser.

kontrollbefogenheten fått ett tillräckligt och positivt svar. Därtill kommer att det i underområdena till och med finns ett större utrymme för enskilda kommuners beslutanderätt. Brutélés marknadsmässiga inriktning avser uppgifter av allmänt intresse såsom kabel-tv, telefon och Internet och ingenting tyder på att det område inom vilket upphandlingsreglerna inte gäller har överskridits, hur obestämda kriterierna för detta än må vara.

77. Det ankommer på de nationella domstolarna, i detta fall Conseil d'État, att bedöma de berörda omständigheterna i enskilda fall. I förevarande fall torde man vid en sådan bedömning inte kunna slå fast att gränsen överskridits på något av de sätt som redovisats ovan. Brutélés inre beslutsstruktur kännetecknas nämligen av de deltagande lokala och regionala organens kollektiva inflytande genom majoritetsbeslut. De utövar sitt inflytande inte endast på stämman utan även i styrelsen, som består av företrädare för kommunerna. Därmed har frågan om

78. Allting talar således för att det i ett fall som det förevarande är fråga om en samverkan mellan offentliga organ som inte kräver anbudsinfordran.

64 — Angående generellt bristande rättsäkerhet mot bakgrund av en rad obestämda rättsliga begrepp och avgränsningssvårigheter i fråga om Teckalkriterierna, jämför bland annat Jennert (ovan fotnot 41) s. 625 och s. 626, som välkomnar den ökade rättsäkerheten genom de konkreta och i praktiken användbara kriterier som kom med den domen. Samtidigt pekar Jennert på oklara frågor om framför allt senare avyttring till privata subjekt av andelar i kommunala bolag som långt tidigare tilldelats uppdrag med stöd av rättspraxis om intern tilldelning, och anser att även avyttring av andelar bör underkastas likabehandlingsprincipen och principen om insyn. Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Stix-Hackl av den 12 januari 2006 i målet Carbotermo och Consorcio Alisei (ovan fotnot 11), punkt 17. Söbbeke, *Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften, Die Öffentliche Verwaltung 2006*, s. 996–997, anser att de ytterligare oklarheter som skapades genom hanteringen i Teckal av rättsfiguren *In House*-tilldelning som undantag från skyldigheten att infordra anbud successivt har reducerats med domarna i målen Stadt Halle och Carbotermo.

79. Mot Coditels uppfattning anser jag att det i sammanhanget saknar betydelse att Brutélé erbjuder sina tjänster till användarna på affärsmässiga villkor och därmed konkurrerar⁶⁵ med andra privata företag.

65 — Det är heller inte relevant för bedömningen att en sådan kvasiintern tilldelning innebär att andra företag som skulle ha varit beredda att utföra uppdraget i fråga utesluts från möjligheten att konkurrera. En sådan effekt är nämligen inneboende i den kvasiintern tilldelningen (Egger, ovan fotnot 2, s. 163, punkt 600).

6. Vikten av mellankommunal samverkan

80. Även om tolkningsfrågorna därmed enligt min mening redan är besvarade vill jag göra några ytterligare påpekanden rörande mina slutsatser och samtidigt reda ut några frågor i anledning av Coditels och kommissionens motargument.

81. Bestämmelserna om offentlig upphandling är och förblir ett av de viktigaste politikinstrumenten för medlemsstaterna och EU-institutionerna i den europeiska integrationsprocessen.⁶⁶ Denna potential bör inte användas ogenomtänkt utan att dess mål harmonierar med andra politikområden.

82. Om man liksom den nationella domstolen, Coditel och kommissionen vill kräva att den berörda kommunen har en "omfattande självbestämmanderätt" i den meningen att kommunen har "kontrollen" över den mellankommunala samverkan (i detta fall kontroll över den kooperativa sammanslutningen) skulle all mellankommunal samverkan i framtiden bli praktiskt genomförbar. Ett viktigt kännetecken på en äkta samverkan är nämligen likställdheten vid beslutens tillkomst och att inte endast någon av deltagarna har beslutsmakten. Av de ståndpunkter som Coditel och kommissionen har

redovisat skriftligt och muntligt framgår att de egentligen kräver att ett enda lokalt eller regionalt organ *ensamt* måste kunna utöva kontroll över samverkansorgan. Det är självklart att ett sådant fall inte rent faktiskt kan betecknas som samverkan eller samarbete.

83. Då skulle som sagt rent mellankommunal samverkan som sådan bli praktiskt genomförbar. Mellankommunalt samverkande lokala och regionala organ skulle då alltid få räkna med att tvingas överlåta fullgörandet av sina uppgifter till privata företag som lämnar förmånligare anbud, och det skulle vara liktydigt med att utförandet av uppdrag av allmänt intresse tvångsprivatiserades med hjälp av bestämmelserna om offentlig upphandling.⁶⁷

84. Om man vill tolka det första Teckalkriteriet så strikt tillerkänner man konkurrensrättsliga mål en orimlig övervikt samtidigt som man ingriper alltför långtgående

66 — Bovis, *Public Procurement in the European Union*, 2005, s. 240.

67 — Jämför också generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 1 mars 2005 i målet *Parking Brixen* (ovan fotnot 12), punkt 68. För ett liknande resonemang, se även *Calsolaro* som i kommentar till *Parking Brixen* framhåller att domstolens rättspraxis nog inte ska förstås som en skyldighet till outsourcing (*Calsolaro*, "S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?" i *Foro Amministrativo (Consiglio di Stato)* 2006, sidan 1670 och följande sidor, på s. 1674).

i kommunernas rätt till självstyre och medlemsstaternas behörighet.⁶⁸

85. Detta har med rätta påpekats av de regeringar som har deltagit i förfarandet inför domstolen. Rätten till kommunalt självstyre har slagits fast inte endast i medlemsstaternas rättsordningar utan som den tyska regeringen riktigt har framhållit även i den Europeiska stadgan om lokalt självstyre,⁶⁹ som samtliga medlemsstater i EU har undertecknat inom ramen för Europarådet och som de flesta också har ratificerat. I EG-fördraget inrättades genom artikel 263 regionkommittén bestående av företrädare för regionala och lokala organ. I denna bestämmelse ligger med möjligheten att i institutionaliserad form få del av regionala och kommunala

synpunkter även ett visst erkännande åt självstyret. I Lissabonfördraget⁷⁰ betonas i artikel 3a för det framtida EU-fördraget det regionala och lokala självstyrets roll för respektive medlemsstats nationella identitet, en identitet som det ankommer på unionen att respektera.

86. En kommun har möjlighet att bestämma om den vill utföra de uppgifter av allmänt intresse som åligger den med egna administrativa, tekniska och andra medel, utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation,⁷¹ eller om den vill låta utföra uppgifterna med hjälp av en enhet som är en fristående juridisk person i förhållande till kommunen som upphandlande eller koncessionsgivande myndighet. Om kommunen bestämmer sig för det andra alternativet står det den fritt att begränsa sig till ensamkontroll eller samverkan i en ”ren” samverkan med andra offentliga organ för att utföra i huvudsak egna⁷² uppgifter med ”en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning”, varvid de i stor utsträckning är fritagna från bestämmelserna om statsstöd och offentlig upphandling.⁷³ Kommunen kan

68 — Jämför även här generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 1 mars 2005 i målet *Parking Brixen* (ovan fotnot 12), punkt 71. Det är inte tillämpningen i sig av bestämmelserna om offentlig upphandling på halvoffentliga organ som innebär ett ingrepp i självstyret (jämför *Egger*, ovan fotnot 2, s. 168, punkt 621), utan en tillämpning som är alltför vidsträckt. Jämför även Frenz, ”Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon”, *Wettbewerbs in Recht und Praxis (WRP) 2008*, sidan 73 och följande sidor, på s. 85. Det kommunala självstyret bör värnas i sina grunddrag men det utgör inget fribevis för att åsidosätta grundläggande europeiska friheter.

69 — Ovan fotnot 14. Enligt artikel 6.1 i stadgan skall kommunerna utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelser i allmän lag kunna bestämma om sin inre organisation för att anpassa den till de lokala behoven och säkerställa en effektiv förvaltning.

70 — Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Lissabon den 13 december 2007 (EUT C 306, 2007, s. 1), som ännu inte har trätt i kraft.

71 — Domen i målet *Stadt Halle och RPL Lochau* (ovan fotnot 15), punkt 48.

72 — Därvid är att märka att det andra Teckalkriteriet (den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den) i viss mån medger att uppgifter överläts till tredje man. En (tillfällig) avlastning av kapacitet är tänkbar men också, som domen i målet *Asemfo* (ovan fotnot 26) visar, ett (lagreglerat) systematiskt övertagande av uppgifter för andra offentliga organ (i det fallet för alla autonoma regioner i Spanien, varav endast fyra själva deltog med små andelar).

73 — *Jennert* (ovan fotnot 41), s. 626.

också välja att med hjälp av privat kapital⁷⁴ och/eller med en ökad marknadsmässig inriktning själv delta i konkurrensen, varvid den förlorar sin privilegierade ställning.⁷⁵ Slutligen finns alternativet med tilldelning till privatföretag på klassiskt sätt eller privatisering, och inte heller då har kommunen kvar någon privilegierad konkurrensrättslig ställning.

mindre kommuner och mindre lokala och regionala organ.⁷⁸ Många uppgifter särskilt på miljö- och transportområdena låter sig heller inte begränsas till endast kommunens område.⁷⁹ Mellankommunal samverkan utan inblandning av privat kapital är på grund av dess synergieffekter däremot en i många medlemsstater ofta använd metod för att tillhandahålla offentliga tjänster på ett effektivt och ur kostnadssynpunkt förmånligt sätt.⁸⁰

87. Att utföra den mångfald av traditionella⁷⁶ och nya⁷⁷ uppgifter som kommuner – och lokala och regionala organ i allmänhet – har är inte alltid lätt, framför allt inte i tider med knapp budget. Särskilt svårt kan det vara för

B — *Det andra Teckalkriteriet*

88. Det saknas anledning att här gå närmare in på det andra Teckalkriteriet. Enligt den nationella domstolens redogörelse har den inte ställt någon tolkningsfråga i det avseendet.⁸¹

74 — Och därmed i förekommande fall även med hjälp av nödvändigt externt know-how.

75 — Jennert (ovan fotnot 41), s. 626.

76 — Till de mer eller mindre traditionella uppgifterna för kommuner och lokala och regionala organ torde höra att säkerställa bastjänster, som exempelvis att energi- och vattenförsörjning, offentliga kommunikationer, avfallshandling, utbildning, kultur och sjukvård organiseras och bedrivs (jämför bland annat Frenz (ovan fotnot 68) och Papier, "Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht", Deutsche Verwaltungsblätter (DVBl) 2003, sidan 686 och följande sidor.

77 — Att uppställa en "statisk" definition av begreppet offentliga uppgifter som är av allmänt intresse vore att felaktigt bortse från att medborgarnas krav på kommunerna förändras, framför allt över tiden. Därtill kommer att "uppgifter som är av allmänt intresse" i gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling inte kan jämföras endast med "allmännyttiga uppgifter". Domstolen har exempelvis i dom av den 10 maj 2001 i de förenade målen C-223/99 och C-260/99, Agorà och Excelsior (REG 2001, s. I-3605), punkt 33 och följande punkter, slagit fast att anordnande av mässor och utställningar är en verksamhet som tillgodoser ett allmännyttigt behov eftersom det sker inte endast i tillverkarens och affärsmäns intresse utan även för att stimulera handeln genom den information som det ger konsumenter. (I samband med tolkning av artikel 1.b i direktiv 92/50, ovan fotnot 15. Frågan gällde huruvida ett organ var att anse som ett "organ som lyder under offentlig rätt", vilket inte var fallet i målet Agorà och Excelsior eftersom organet i fråga inte uppfyllde kravet "inte är av industriell eller kommersiell karaktär".)

78 — Se angående detta även Kotschy (ovan fotnot 37), s. 853.

79 — För många lokala och regionala organ handlar det om övergripande och överregionala uppgifter på exempelvis områdena för offentlig närtrafik, jordbruksutveckling och miljöskydd, vilka uppgifter det framstår som naturligt att utföra genom ett samverkansorgan. Ett exempel på en sådan samverkan finns i domen i målet Asemfo (ovan fotnot 26).

80 — Jämför, förutom de deltagande regeringarnas ståndpunkter, exempelvis även Söbbeke (ovan fotnot 64), s. 999, och Flömer/Tomerius, "Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?", *NZBau 2004*, s. 660 och s. 661.

81 — Den nationella domstolen, på vilken det ankommer att pröva fallet, kan uppenbarligen erhålla de upplysningar som behövs i domen i målet Carbotermo (ovan fotnot 11) punkt 70: "I det fall då flera myndigheter innehar ett företag kan kravet avseende huvuddelen av dess verksamhet vara uppfyllt om detta företag utövar huvuddelen av sin verksamhet, inte nödvändigtvis tillsammans med en av dessa myndigheter, men tillsammans med samtliga dessa myndigheter."

V — Förslag till avgörande

89. På grund av det anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tre tolkningsfrågor som ställts av Conseil d'État på följande sätt:

Artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn utgör inte hinder mot att en kommun utan föregående anbudsinfordran ansluter sig till en kooperativ sammanslutning och till denna överlåter förvaltningen av det kommunala kabel-tv-nätet, dock under förutsättning att kommunen i fråga utövar en kontroll över denna sammanslutning motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning och sammanslutningen bedriver huvuddelen av sin verksamhet för sina medlemmars räkning. Om denna sammanslutning består uteslutande av kommuner och kommunalförbund (eller motsvarande offentliga organ) utan någon som helst inblandning av privat kapital, tyder detta i princip på att kravet på utövande av en kontroll motsvarande kontrollen över den egna förvaltningen är uppfyllt. Under de aktuella omständigheterna i förevarande fall kan en sådan kontroll som utövas genom majoritetsbeslut i sammanslutningens stadgeenliga organ, som består av företrädare för kommunerna och kommunalförbunden, anses utgöra en kontroll motsvarande den som utövas över den egna förvaltningen.