

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SODNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CUIRT BHEITHIUNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACII
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA



LUXEMBOURG

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

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 13 november 2008 *

”Offentlig upphandling – Upphandlingsförfarande – Koncessioner för offentliga tjänster – Koncession avseende driften av ett kommunalt kabel-tv-nät – En kommuns beslut att tilldela en kooperativ mellankommunal sammanslutning en koncession – Skyldighet att lämna insyn – Villkor – Den kontroll som den koncessionsgivande myndigheten utövar över koncessionsinnehavaren motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning”

I mål C-324/07,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Conseil d’État (Belgien) genom beslut av den 3 juli 2007, som inkom till domstolen den 12 juli 2007, i målet

Coditel Brabant SA

mot

Commune d’Uccle,

Région de Bruxelles-Capitale,

ytterligare deltagare i rättegången:

Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé),

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

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

generaladvokat: V. Trstenjak,

* Rättegångsspråk: franska.

SV

justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 april 2008,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Coditel Brabant SA, genom F. Tulkens och V. Ost, avocats,
- Commune d’Uccle, genom P. Coenraets, avocat,
- Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), genom N. Fortemps och J. Bourtembourg, avocats,
- Belgiens regering, genom J.C. Halleux, i egenskap av ombud, biträdd av B. Staelens, avocat,
- Tysklands regering, genom M. Lumma och J. Möller, båda i egenskap av ombud,
- Nederländernas regering, genom C. Wissels och Y. de Vries, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom B. Stromsky och D. Kukovec, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 4 juni 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 43 EG och 49 EG, principerna om likabehandling och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och den därav följande skyldigheten att lämna insyn.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Coditel Brabant SA (nedan kallat Coditel), å ena sidan, och commune d’Uccle (nedan kallad Uccle kommun), Région de Bruxelles-Capitale och Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé) (nedan kallad Brutélé), å andra sidan, avseende omständigheten att Uccle kommun gav en kooperativ mellankommunal sammanslutning i uppgift att driva det kommunala kabel-tv-nätet.

Tillämpliga bestämmelser

Den nationella lagstiftningen

- 3 I artikel 1 i lagen av den 22 december 1986 om mellankommunala sammanslutningar (loi relative aux intercommunales, *Moniteur belge* av den 26 juni 1987, s. 9909) (nedan kallad lagen om mellankommunala sammanslutningar) föreskrivs följande:

”Flera kommuner kan i enlighet med förevarande lags bestämmelser bilda sammanslutningar med vissa angivna ändamål i kommunalt intresse, nedan kallade mellankommunala sammanslutningar.”

- 4 I artikel 3 i denna lag föreskrivs följande:

”Mellankommunala sammanslutningar är offentligrättsliga juridiska personer som oberoende av form och syfte inte ska anses vara näringsidkare.”

- 5 I artikel 10 i nämnda lag föreskrivs följande:

”Varje mellankommunal sammanslutning ska ha en stämma, en styrelse och revisorer.”

- 6 I artikel 11 i samma lag föreskrivs följande:

”Oavsett de olika parternas andelsförhållande när sammanslutningens kapital tillskjuts innehar kommunerna alltid majoriteten av rösterna och ordförandeposterna i den mellankommunala sammanslutningens olika förvaltnings- och kontrollorgan.”

- 7 I artikel 12 i lagen om mellankommunala sammanslutningar föreskrivs följande:

”Kommunernas företrädare till stämman utses av kommunfullmäktige i varje kommun, ur en krets bestående av ledamöter i kommunfullmäktige, borgmästare och andra ledamöter i kommunstyrelsen.

Varje kommuns röstetal på stämman motsvarar dess ägarandel.”

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 8 Från år 1969 till år 1999 hade Coditel tillstånd av Uccle kommun att installera och utnyttja ett kabel-tv-nät inom kommunen. Den 28 oktober 1999 beslutade nämnda kommun att återköpa detta nät med verkan den 1 januari 2000.

- 9 Med anledning härav utlyste Uccle kommun, genom beslut av den 28 oktober 1999, en anbudsinfordran för att upplåta nämnda nät till en

koncessionsinnehavare. Fyra företag, däribland Coditel, anmälde sitt intresse för koncessionen.

- 10 Den 25 maj 2000 beslutade Uccle kommun att inte meddela koncession för driften av kommunens kabel-tv-nät och att i stället underöka möjligheten att sälja detta.
- 11 Ett meddelande om anbudsinfordran offentliggjordes den 15 september 2000 i *Bulletin des adjudications*. Fem företag, däribland Coditel, lämnade anbud. Dessutom anmälde sig Brutélé, en kooperativ mellankommunal sammanslutning till Uccle kommun, dock inte med ett köpeanbud utan med ett erbjudande om anslutning såsom delägare.
- 12 Uccle kommun ansåg att fyra av de fem anbuderna inte kunde beaktas och att det enda giltiga anbudet, nämligen Coditels anbud, var för lågt. Kommunen beslutade därför, den 23 november 2000, att inte sälja det kommunala kabel-tv-nätet.
- 13 Samma dag beslutade Uccle kommun att ansluta sig till Brutélé och upplät driften av kommunens kabel-tv-nät till den sistnämnda sammanslutningen.
- 14 I skälen till detta beslut förekommer bland annat följande överväganden:

”Brutélé föreslår att Uccle kommun, om den ansluter sig till nätverket, i driftshänseende ska utgöra ett eget underområde, över vilket kommunen själv bestämmer.

Detta självbestämmande skulle bland annat avse

- valet av sända program,
- avgifter för abonnemang och anslutning,
- investeringar och utbyggnadsarbeten,
- rabatter eller fördelar till vissa personkategorier,
- andra tjänster som kan erbjudas via nätverket, och hur dessa kan erbjudas, samt möjligheten att ge Brutélé sådana uppgifter i kommunens intresse som omfattas av de syften som definieras i stadgarna, såsom till exempel ett kommunalt intranät, en webbplats och utbildning av personal i detta syfte.

För detta ändamål ska

- Brutélé upprätta en resultaträkning och en sammanställning av verksamheten avseende nätverket i Uccle,
- Uccle [kommun] ha en ledamot i Brutelés styrelse, tre ledamöter i den styrelse som ansvarar för Brysselområdet, en auktoriserad revisor och en sakkunnig.

Brutéle åtar sig att täcka hela nätverket i Uccle och att öka nätverkets kapacitet för att inom ett år, om kommunen så önskar, utveckla följande tjänster:

- utvidgning av TV-utbudet: fler program och programpaketet 'le bouquet',
- 'pay-per-view' program,
- tillgång till internet,
- taltelefoni,
- videoövervakning, och
- dataöverföring i hög hastighet.

Den föreslagna årsavgiften utgörs av

- a) en fast avgift som motsvarar 10 procent av inkomsterna från grundabonnemanget för kabelsändning (beräknad på grundval av 31 000 abonnenter och 3 400 BEF i årlig abonnemangsavgift, exklusive mervärdesskatt och upphovsrättskostnader): 10 540 000 BEF/år,
- b) fem procent av omsättningen för Canal + och 'le bouquet', och
- c) hela vinsten för alla tillhandahållna tjänster.”

- 15 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Uccle kommun skulle teckna 76 andelar i Brutéle om 200 000 BEF per andel. Nämnda kommun har vidare begärt och fått tillstånd av Brutéle att ensidigt träda ut ur denna mellankommunala sammanslutning vid vilken tidpunkt som helst.
- 16 Det följer även av beslutet om hänskjutande att Brutéle är en kooperativ mellankommunal sammanslutning vars medlemmar består av olika kommuner och ett kommunalförbund, vilket i sin tur endast består av kommuner. Sammanslutningen är inte öppen för privata rättssubjekt. Styrelsen består av företrädare för kommunerna, högst tre per kommun. Dessa utses av stämman som i sig består av kommunföreträdare. Styrelsen har mycket vidsträckta befogenheter.
- 17 Av beslutet om hänskjutande framgår likaså att kommunerna är indelade i två områden. Ett av dessa omfattar kommunerna i Brysselregionen, och dessa kommuner kan i sin tur indelas i underområden. Varje område har en områdesstyrelse vars ledamöter utses av stämman på förslag av kommunerna. Stämman sammanträder härvid i separata grupper som representerar medlemmarna i respektive område. Styrelsen kan delegera sina befogenheter till områdesstyrelserna, dels i frågor som endast berör underområdena, särskilt taxetillämpning, planer för utbyggnad och investeringar, finansiering av dessa och reklamkampanjer, dels i frågor som är gemensamma för flera underområden inom ett verksamhetsområde. Övriga stadgeenliga organ i Brutéle är stämman, vars

beslut är bindande för alla medlemmar, generaldirektören, ett rådgivande organ bestående av samma antal sakkunniga kommunala tjänstemän som antalet ledamöter i styrelsen, vilka de förstnämnda biträder, samt ett revisorsutskott. Generaldirektören, de sakkunniga och revisorerna utses, beroende på omständigheterna, av styrelsen eller av stämman.

- 18 Av beslutet om hänskjutande framgår vidare att Brutélé utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de anslutna medlemmarna.
- 19 Genom ansökan som inkom den 22 januari 2001 väckte Coditel talan vid Conseil d'État (Belgien) och yrkade bland annat att beslutet av den 23 november 2000 enligt vilket Uccle kommun anslöts till Brutélé skulle ogiltigförklaras. I sin ansökan har Coditel invänt mot att denna kommun anslöt sig till Brutélé och gav denna sammanslutning i uppgift att driva kommunens kabel-tv-nät utan att dessförinnan ha jämfört fördelarna med detta tillvägagångssätt med fördelarna som en koncession av kabel-tv-nätet till förmån för en annan aktör hade medfört. Coditel har gjort gällande att Uccle kommun, genom att agera på detta sätt, bland annat har åsidosatt principen om förbud mot diskriminering och skyldigheten att lämna insyn, vilka är en del av gemenskapsrätten.
- 20 Brutélé har bestritt detta påstående och gjort gällande att den är en "ren" mellankommunal sammanslutning och att dess verksamhet enbart är inriktad på och förbehållen de anslutna kommunerna. Sammanslutningen har även anfört att Uccle kommun enligt sammanslutningens stadgar i driftshänseende utgör ett underområde, vilket gör det möjligt för kommunen att utöva en omedelbar och exakt kontroll av sammanslutningens verksamhet i detta område. Denna kontroll är identisk med den kontroll kommunen utövar över sin egen förvaltning.
- 21 Conseil d'État anser att Uccle kommuns anslutning till Brutélé inte faller inom området för offentlig upphandling av tjänster utan inom området för koncessioner för offentliga tjänster i den mening som avses i gemenskapsrätten. Gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling är därför inte tillämpliga på en sådan koncession. Principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet innefattar däremot en skyldighet att lämna insyn när koncessionen meddelas, i enlighet med domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745). För att uppfylla gemenskapsrättens krav borde Uccle kommun i princip ha utlyst ett nytt anbudsförfarande för att pröva huruvida en koncession för kabel-tv-tjänsten för andra ekonomiska aktörer än Brutélé hade varit mer förmånlig än den slutligen valda modellen. Conseil d'État frågar sig om dessa gemenskapsrättsliga krav kan frångås i enlighet med domstolens rättspraxis som följer av dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121). Enligt denna rättspraxis är kraven inte tillämpliga då den koncessionsgivande myndigheten utövar en kontroll över koncessionsinnehavaren och då koncessionsinnehavaren bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med denna myndighet.

- 22 Mot denna bakgrund beslutade Conseil d'État att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:
- ”1) 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' mellankommunal verksamhet) för att överlåta driften av sitt kabel-tv-nät till denna kooperativa sammanslutning, om sammanslutningen utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med sina medlemmar och beslut om verksamheten enligt stadgarna fattas av sammanslutningens styrelse, och av områdesstyrelser inom ramen för de befogenheter som delegerats till dessa av styrelsen, när dessa organ består av myndighetsrepresentanter som fattar majoritetsbeslut?
 - 2) 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 sin egen förvaltning?
 - 3) Måste detta inflytande och denna kontroll, för att anses motsvara det inflytande och den kontroll som medlemmarna har över sin egen förvaltning, utövas individuellt av varje ansluten medlem eller är det tillräckligt att inflytandet och kontrollen utövas gemensamt av en majoritet av de anslutna medlemmarna?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första och den andra frågan

- 23 Med beaktande av sambandet mellan den första och den andra frågan ska de besvaras tillsammans.
- 24 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Uccle kommun genom att ansluta sig till Brutélé har gett den sistnämnda sammanslutningen i uppgift att driva kommunens kabel-tv-nät. Det följer även av beslutet om hänskjutande att den ersättning som Brutélé erhåller för detta inte härrör från kommunen utan från de avgifter som nätets användare erlägger. Detta betalningssätt är kännetecknande för en koncession för offentliga tjänster (dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkt 40).
- 25 Avtal om koncession för offentliga tjänster omfattas inte av tillämpningsområdet för 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) som var tillämpligt vid tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen. Även om direktiv 92/50

inte är tillämpligt på avtal om koncession för offentliga tjänster, är de myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta EG-fördragets grundläggande regler och principerna om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och likabehandling samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Telaustria och Telefonadress*, punkterna 60–62 och dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, *Coname*, REG 2005, s. I-7287, punkterna 16–19). Denna skyldighet att lämna insyn innefattar inte nödvändigtvis en skyldighet för den koncessionsgivande myndigheten att göra en anbudsinfordran, syftar men innebär en skyldighet för denna till att garantera varje potentiell anbudsgivare att koncessionen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstekoncessionen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om tilldelningsförfarandena är opartiska (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen *Telaustria* och *Telefonadress*, punkt 62, och *Coname*, punkt 21).

- 26 Det är emellertid inte möjligt att tillämpa artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG, liksom de allmänna principer som dessa artiklar särskilt ger uttryck för, om den koncessionsgivande offentliga myndigheten utövar en kontroll över den enhet som innehar koncessionen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning samtidigt som denna enhet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen *Teckal*, punkt 50 och *Parking Brixen*, punkt 62).
- 27 Avseende det andra av dessa villkor har den nationella domstolen klargjort i beslutet om hänskjutande att *Brutélé* utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de anslutna medlemmarna. Det återstår följaktligen att pröva innebörden av det första villkoret, nämligen det enligt vilket den eller de koncessionsgivande myndigheterna ska utöva en kontroll över den enhet som innehar koncessionen motsvarande den som dessa myndigheter utövar över sin egen förvaltning.
- 28 Vid bedömningen av om den koncessionsgivande myndigheten utövar en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, ska samtliga relevanta bestämmelser och omständigheter beaktas. Av denna undersökning ska framgå att den enhet som tilldelats kontraktet är underställd en kontroll som gör det möjligt för den koncessionsgivande myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda enhet. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Parking Brixen*, punkt 65 och dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Carbotermo och Consorzio Alisei*, REG 2006, I-4137, punkt 36).
- 29 Bland de relevanta omständigheter som framgår av beslutet om hänskjutande kommer domstolen först att behandla andelsinnehavet i koncessionsinnehavaren, sedan sammansättningen av koncessionsinnehavarens beslutande organ och slutligen de befogenheter som denna enhets styrelse har.

- 30 Avseende den första av dessa omständigheter ska det erinras om att det är uteslutet att en koncessionsgivande offentlig myndighet kan utöva en kontroll över den enhet som innehar koncessionen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning i det fall ett privat företag ingår som delägare i denna enhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkt 49).
- 31 Omständigheten att den koncessionsgivande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela kapitalet i det bolag som tilldelats koncessionen tyder däremot på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den koncessionsgivande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning (domen i det ovannämnda målet Carbotermo och Consorzio Alisei, punkt 37 och dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo, REG 2007, s. I-2999, punkt 57).
- 32 Det följer av beslutet om hänskjutande att enheten som innehar koncessionen är en kooperativ mellankommunal sammanslutning vars medlemmar består av olika kommuner och ett kommunalförbund, vilket i sin tur endast består av kommuner, samt att sammanslutningen inte är öppen för privata företag.
- 33 Det följer vidare av handlingarna att Brutélés styrelse består av företrädare för de anslutna kommunerna som utses av stämman, vilken i sig består av företrädare för dessa kommuner. I enlighet med artikel 12 i lagen om mellankommunala sammanslutningar utses dessa av kommunfullmäktige i varje kommun ur en krets av ledamöter i kommunfullmäktige, borgmästare och andra ledamöter i kommunstyrelsen.
- 34 Omständigheten att Brutélés beslutande organ består av representanter från myndigheter som är anslutna till Brutélé tyder på att dessa myndigheter styr Brutélés beslutande organ och på så sätt utövar ett bestämmande inflytande såväl avseende sammanslutningens strategiska mål som dennas viktiga beslut
- 35 Det framgår vidare av handlingarna att Brutélés styrelse har mycket vidsträckta befogenheter. Styrelsen fastställer bland annat taxorna. Den har dessutom möjlighet, men inte skyldighet, att delegera beslutsfattande befogenheter till områdesstyrelserna eller till underområdesstyrelserna i vissa frågor som endast berör dessa områden och underområden.
- 36 Frågan är huruvida Brutélé på grund av detta har fått en marknadsmässig inriktning och ett utrymme för självbestämmande som gör det svårt för de offentliga myndigheter som är anslutna till sammanslutningen att utöva kontroll.
- 37 I detta avseende ska det framhållas att Brutélé inte är ett aktiebolag som kan besluta om sitt verksamhetsföremål utan aktieägarnas inblandning, utan är en kooperativ mellankommunal sammanslutning som regleras enligt lagen om

mellankommunala sammanslutningar. Enligt artikel 3 i denna lag ska en mellankommunal sammanslutning vidare inte anses vara näringsidkare.

- 38 Det förefaller framgå av nämnda lag, kompletterad av Brutélés stadgar, att sammanslutningens stadgeenliga verksamhetsföremål är att utföra den uppgift i kommunalt intresse för vilket sammanslutningen bildades och att sammanslutningen inte har något särskilt eget intresse i förhållande till de offentliga myndigheter som är anslutna till den.
- 39 Av detta följer, med förbehåll för den hänskjutande domstolens efterföljande kontroll av omständigheterna, att Brutélé, trots att sammanslutningens styrelse har långtgående befogenheter, inte har ett utrymme för självbestämmande som gör det omöjligt för kommunerna som är anslutna till sammanslutningen att utöva en kontroll över sammanslutningen motsvarande den som dessa myndigheter utövar över sin egen förvaltning.
- 40 Dessa anmärkningar är tillämpliga *a fortiori* i det fall som beslut om verksamheten enligt stadgarna fattas av styrelserna för ett verksamhetsområde eller underområde inom ramen för de befogenheter som delegerats till dessa av sammanslutningens styrelse. När en eller flera anslutna kommuner anses utgöra ett verksamhetsområde eller underområde till denna sammanslutning är den kontroll som dessa kommuner kan utöva avseende de frågor som har delegerats till styrelserna för ett verksamhetsområde eller underområde än mer begränsad än den kontroll som kommunerna utövar tillsammans med samtliga anslutna kommuner inom nämnda sammanslutnings representativa organ.
- 41 Mot bakgrund av det ovanstående kan, med förbehåll för den hänskjutande domstolens efterföljande kontroll av vilket utrymme för självbestämmande som den mellankommunala sammanslutningen i fråga förfogar över under sådana omständigheter som de som är i fråga i tvisten vid den nationella domstolen, den kontroll som de offentliga myndigheter som är anslutna till en sådan mellankommunal sammanslutning utövar genom de stadgeenliga organen, avseende de beslut som sammanslutningen fattar, anses möjliggöra för medlemmarna att utöva en kontroll över den kooperativa sammanslutningen som motsvarar deras kontroll över sin egen förvaltning.
- 42 Den första och den andra frågan ska följande besvaras enligt följande:
- Artiklarna 43 EG och 49 EG, principerna om likabehandling och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och den därav följande skyldigheten att lämna insyn utgör inte hinder för en offentlig myndighet att, utan att använda sig av ett anbudsförfarande, tilldela en koncession för offentliga tjänster till en kooperativ mellankommunal sammanslutning vars samtliga medlemmar är offentliga myndigheter, om dessa offentliga myndigheter utövar en kontroll över den kooperativa sammanslutningen som motsvarar deras kontroll över sin egen förvaltning och nämnda

sammanslutning utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med dessa offentliga myndigheter.

- Med förbehåll för den hänskjutande domstolens efterföljande kontroll av vilket utrymme för självbestämmande som den mellanstatliga sammanslutningen i fråga förfogar över under sådana omständigheter som de som är i fråga i tvisten vid den nationella domstolen, när beslut om verksamheten avseende en kooperativ mellankommunal sammanslutning som endast ägs av offentliga myndigheter fattas av stadgeenliga organ som består av representanter för de anslutna offentliga myndigheterna, kan den kontroll som nämnda offentliga myndigheter utövar över dessa beslut anses möjliggöra för de sistnämnda att utöva en kontroll över den kooperativa sammanslutningen motsvarande deras kontroll över sin egen förvaltning.

Den tredje frågan

- 43 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i om – i det fall en offentlig myndighet ansluter sig till en kooperativ mellankommunal sammanslutning vars samtliga medlemmar är offentliga myndigheter, i syfte att överlåta tillhandahållandet av en offentlig tjänst till sammanslutningen – den kontroll som de myndigheter som är anslutna till sammanslutningen utövar över denna ska, för att anses motsvara den kontroll som myndigheterna utövar över sin egen förvaltning, utövas individuellt av varje offentlig myndighet eller om kontrollen kan utövas gemensamt av dessa myndigheter genom, i förekommande fall, majoritetsbeslut.
- 44 Enligt domstolens rättspraxis kan, i det fall flera offentliga myndigheter innehar andelar i en koncessionsinnehavare, kravet avseende huvuddelen av denna enhets verksamhet vara uppfyllt genom att man beaktar enhetens verksamhet tillsammans med samtliga dessa myndigheter (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Carbotermo och Consorzio Alisei, punkterna 70 och 71, och Asemfo, punkt 62).
- 45 Det ligger i linje med det resonemang som denna rättspraxis bygger på att anse att villkoret avseende den kontroll som de offentliga myndigheterna utövar även kan uppfyllas genom att den kontroll som de offentliga myndigheter som innehar andelar i en koncessionsinnehavare utövar gemensamt beaktas.
- 46 Den kontroll som en koncessionsgivande myndighet utövar över koncessionsinnehavaren ska enligt rättspraxis motsvara den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, men det krävs inte att den i alla aspekter ska vara identisk med denna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 62). Det är viktigt att kontrollen som utövas över koncessionsinnehavaren är effektiv men det är inte nödvändigt att den är individuell.

- 47 I det fall som flera offentliga myndigheter väljer att tillhandahålla offentliga tjänster genom en gemensam koncessionsinnehavare är det vanligtvis uteslutet att en av dessa myndigheter, om den inte innehar majoriteten av andelarna i denna enhet, ensam utövar en avgörande kontroll över koncessionsinnehavarens beslut. Om det krävdes att den kontroll som en offentlig myndighet utövar i ett sådant fall ska vara individuell skulle det få till följd att det skulle bli nödvändigt med ett anbuds förfarande i de flesta fall som en offentlig myndighet avser att ansluta sig till en sammanslutning bestående av andra offentliga myndigheter, såsom en kooperativ mellankommunal sammanslutning.
- 48 Ett sådant resultat stämmer emellertid inte överens med de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling och koncessioner. En offentlig myndighet har nämligen möjlighet att med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation (domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 48).
- 49 Denna möjlighet som offentliga myndigheter har att använda sig av egna medel för att tillhandahålla offentliga tjänster kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Asemfo, punkt 65).
- 50 I det fall som flera offentliga myndigheter innehar andelar i en koncessionsinnehavare som de ger i uppdrag att tillhandahålla en offentlig tjänst, kan den kontroll som dessa offentliga myndigheter utövar över koncessionsinnehavaren således utövas gemensamt av dessa sistnämnda myndigheter.
- 51 Vad gäller ett kollegialt organ saknar det betydelse vilket beslutsförfarande, bland annat majoritetsbeslut, som används.
- 52 Domen i det ovannämnda målet Coname föranleder inte någon annan bedömning. Domstolen fastslog visserligen i denna dom att en andel på 0,97 procent är så obetydlig att den inte möjliggör för en kommun att utöva kontroll över den koncessionsinnehavare som tillhandahåller en offentlig tjänst (se domen i det ovannämnda målet Coname, punkt 24). Domstolen uttalade sig emellertid härvid inte i frågan huruvida en sådan kontroll kunde utövas gemensamt.
- 53 Dessutom har domstolen, i en senare dom, nämligen domen i det ovannämnda målet Asemfo (punkterna 56–61), framhållit att villkoret avseende kontrollen som den offentliga myndigheten utövar, under vissa omständigheter, kan vara uppfyllt i det fall en sådan myndighet endast innehar 0,25 procent av kapitalet i ett offentligt företag.
- 54 Den tredje frågan ska följaktligen besvaras så, att – i det fall en offentlig myndighet ansluter sig till en kooperativ mellankommunal sammanslutning vars samtliga medlemmar är offentliga myndigheter, i syfte att överlåta

tillhandahållandet av en offentlig tjänst till sammanslutningen – den kontroll som de myndigheter som är anslutna till sammanslutningen utövar över denna kan, för att anses motsvara den kontroll som myndigheterna utövar över sin egen förvaltning, utövas gemensamt av dessa myndigheter genom, i förekommande fall, majoritetsbeslut.

Rättegångskostnader

- 55 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

- 1) **Artiklarna 43 EG och 49 EG, principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och den därav följande skyldigheten att lämna insyn utgör inte hinder för en offentlig myndighet att, utan att använda sig av ett anbudsförfarande, tilldela en koncession för offentliga tjänster till en kooperativ mellankommunal sammanslutning vars samtliga medlemmar är offentliga myndigheter, om dessa offentliga myndigheter utövar en kontroll över den kooperativa sammanslutningen som motsvarar deras kontroll över sin egen förvaltning och nämnda sammanslutning utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med dessa offentliga myndigheter.**
- 2) **–Med förbehåll för den hänskjutande domstolens efterföljande kontroll av vilket utrymme för självbestämmande som den mellanstatliga sammanslutningen i fråga förfogar över under sådana omständigheter som de som är i fråga i tvisten vid den nationella domstolen, när beslut om verksamheten avseende en kooperativ mellankommunal sammanslutning som endast ägs av offentliga myndigheter fattas av stadgeenliga organ som består av representanter för de anslutna offentliga myndigheterna, kan den kontroll som nämnda offentliga myndigheter utövar över dessa beslut anses möjliggöra för de sistnämnda att utöva en kontroll över den kooperativa sammanslutningen motsvarande deras kontroll över sin egen förvaltning.**
- 3) **I det fall en offentlig myndighet ansluter sig till en kooperativ mellankommunal sammanslutning vars samtliga medlemmar är offentliga myndigheter, i syfte att överlåta tillhandahållandet av en offentlig tjänst till sammanslutningen, kan den kontroll som de myndigheter som är anslutna till sammanslutningen utövar över denna,**

för att anses motsvara den kontroll som myndigheterna utövar över sin egen förvaltning, utövas gemensamt av dessa myndigheter genom, i förekommande fall, majoritetsbeslut.

Underskrifter