DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)
den 13 oktober 2005 *

I mål C-458/03,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställts av Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italien), genom beslut av den 23 juli 2003 som inkom till domstolen den 30 oktober 2003, i målet

Parking Brixen GmbH

mot

Gemeinde Brixen,

Stadtwerke Brixen AG,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna K. Schiemann, J.N. Cunha Rodrigues (referent), K. Lenaerts och E. Juhász,

* Rättegångsspråk: tyska.

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören M.-F. Contet,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 13 januari 2005,

med beaktande av de skriftliga yttranden som avgetts av:

— Parking Brixen GmbH, genom K. Zeller och S. Thurin, avvocati,

— Gemeinde Brixen, genom N. De Nigro, Rechtsanwalt,

— Stadtwerke Brixen AG, genom A. Mulser, Rechtsanwalt,

— Italiens regering, genom I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— Nederländernas regering, genom C. Wissels, i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom K. Wiedner, i egenskap av ombud,

och efter att den 1 mars 2005 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av 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), av artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG samt av principerna om icke-diskriminering, insyn och likabehandling.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan bolaget Parking Brixen GmbH (nedan kallat Parking Brixen) och å andra sidan Gemeinde Brixen (Brixens kommun) och bolaget Stadtwerke Brixen AG, avseende sistnämnda bolags tilldelning av driften av två parkeringsplatser inom denna kommun.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 I artikel 43 EG föreskrivs följande:

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

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, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital."

4 I artikel 49 första stycket EG föreskrivs följande:

"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."

5 I åttonde skälet i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

"Detta direktiv skall endast omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom. Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar eller andra författningar eller anställningsavtal, omfattas inte av detta direktiv."

6 I artikel 1 i nämnda direktiv föreskrivs följande:

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

a) *offentliga tjänsteavtal*: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet ...

...

b) *upphandlande myndigheter*: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

..."

Den nationella lagstiftningen

7 I artikel 22.3 i den italienska lagen nr 142 av den 8 juni 1990 om lokalt självbestämmande (ordinarie tillägg till GURI nr 135 av den 12 juni 1990) (nedan kallad lag nr 142/1990) föreskrivs att kommunerna och regionerna får organisera utförandet av de lokala offentliga tjänster som faller inom deras ansvarsområde på följande sätt:

"a) i egen regi, om det på grund av tjänstens ringa omfattning eller karaktär inte är lämpligt att skapa ett organ eller företag,

b) genom koncession till tredjeman, om tekniska, ekonomiska eller sociala skäl talar för detta,

c) genom särskilda företag, däribland driften av flera nyttigheter i ekonomiskt och kommersiellt intresse,

d) genom organ, för utförande av sociala tjänster som inte är av kommersiellt intresse,

e) genom aktiebolag vars aktiemajoritet innehas av ett lokalt offentligt organ, när det med hänsyn till ifrågavarande tjänsts beskaffenhet anses vara lämpligt att låta andra offentliga organ eller privatpersoner deltaga."

8 Artikel 44 i den regionala lagen nr 1 av den 4 januari 1993, i dess ursprungliga lydelse, motsvarar huvudsakligen artikel 22 i lag nr 142/1990. Artikel 44 har senare ändrats genom den regionala lagen nr 10 av den 23 oktober 1998.

9 I artikel 44 i den regionala lagen nr 1, i dess lydelse enligt den regionala lagen nr 10, föreskrivs följande:

"...

6. Kommunerna skall i förordning reglera hur och på vilka villkor någon av nedan angivna organisationsformer skall väljas för driften av nyttigheter i ekonomiskt och kommersiellt intresse:

a) Grundande av särskilda företag.

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

c) Driften av offentliga nyttigheter tilldelas privatföretag. Kommunen skall föreskriva lämpliga förfaranden för anbudsinfordran när dessa skall utses. Utan att det påverkar andra bestämmelser i lag får detta rättsförhållande inte bestå längre än 20 år och får förlängas med samma part endast enligt de villkor som anges i denna skrivelse. Samma villkor skall när andelsföretag, föreningar som enligt lag företräder arbetsoförmögna och funktionshindrade samt frivilligorganisationer och icke vinstdrivande företag tilldelas driften av offentliga nyttigheter.

...

18) Lokala myndigheter kan när som helst överlåta driften av andra sådana offentliga nyttigheter till företag som upprättats enligt stycke 6 och till företag som avses i stycke 17 som är förenliga med företagets verksamhetsföremål. Detta sker efter samråd med styrelsen som samtidigt godkänner det tjänsteavtal som överlåtelsen avser."

10 Bestämmelserna i artikel 44.6 och 44.18 i den regionala lagen nr 1, i dess lydelse enligt den regionala lagen nr 10, motsvaras av artikel 88.6 och 88.18 i de konsoliderade bestämmelserna om styrelsen av den autonoma regionen Trentino-Sydtirolen.

11 Enligt artikel 115 i lagdekret nr 267 av den 18 augusti 2000, konsoliderade bestämmelser om lokala och regionala myndigheter (ordinarie tillägg till GURI nr 227 av den 28 september 2000) (nedan kallat lagdekret nr 267/2000), ges kommunerna rätt att omvandla sina särskilda företag till aktiebolag och att vara ensamma aktieägare under en period som inte överstiger två år från dagen för omvandlingen.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12 Gemeinde Brixen hade med stöd av artikel 22 i lag nr 142/1990 vänt sig till Stadtwerke Brixen, ett särskilt företag som ägdes av denna kommun, avseende tillhandahållandet av vissa lokala offentliga tjänster som omfattades av dess behörighet.

13 Enligt artikel 1 i stadgarna för Stadtwerke Brixen var detta företag sedan den 1 januari 1999 en juridisk person med eget ekonomiskt ansvar. Det utgjorde ett kommunalt organ som bildats särskilt för att kunna tillhandahålla lokala offentliga tjänster på ett enhetligt och integrerat sätt.

14 Enligt artikel 2 i nämnda stadgar var Stadtwerke Brixens verksamhetsföremål bland annat följande:

"f) drift av parkeringsplatser och parkeringshus samt utförande av all därmed sammanhängande verksamhet".

15 Genom beslut nr 97 av den 25 oktober 2001 omvandlade Gemeinde Brixen med stöd av artikel 115 i lagdekret nr 267/2000 det särskilda företaget Stadtwerke Brixen till ett aktiebolag benämnt Stadtwerke Brixen AG.

16 I artikel 1.3 i stadgarna för detta bolag föreskrivs att "alla det särskilda företagets [Stadtwerke Brixen AG] tidigare föreliggande rättigheter och skyldigheter kvarstår även efter omvandlingen och bolaget [Stadtweke Brixen AG] övertar därmed [det särskilda] företagets, Stadtwerke Brixens, samtliga åtaganden avseende tillgångar och skulder".

17 Stadtwerke Brixen AG kan enligt artikel 4 i sina stadgar bedriva följande verksamhet på lokal, nationell och internationell nivå:

"g) drift av parkeringsplatser och garage samt därmed sammanhängande verksamhet".

18 I artikel 18 i stadgarna för Stadtwerke Brixen AG föreskrivs att bolagets styrelse har följande befogenheter:

"1) Styrelsen har full behörighet att i vidsträckt mening sköta bolagets löpande förvaltning, med befogenhet att företa alla handlingar som den finner lämpliga eller nödvändiga för att bolaget skall kunna uppnå sitt ändamål.

2) Om bolagsstämman inte har givit sitt tillstånd till detta får styrelsen inte ställa säkerhet avseende mer än 5 (fem) miljoner euro samt inte heller underteckna eller acceptera växlar avseende ett högre belopp.

3) I den löpande förvaltningen ingår att köpa eller sälja andelar i andra bolag, att köpa, sälja eller utarrendera företag eller företagsdelar och att sälja eller köpa fordon upp till ett värde på 5 (fem) miljoner euro per affärstillfälle.

4) Styrelsen är ensam behörig att fatta sådana beslut som avser fastställelse och/eller förändring av ersättning såsom särskilda utgifter i den mening som avses i artikel 2389.2 i den italienska civillagssamlingen."

19 Enligt artikel 5.2 i stadgarna för Stadtwerke Brixen AG "[får] Gemeinde Brixens andel i bolaget ... inte i något fall understiga den absoluta majoriteten av aktierna". Vidare har Gemeinde Brixen rätt att utnämna majoriteten av ledamöterna i bolagets

styrelse. Styrelsen i detta bolag består av tre ordinarie ledamöter och två suppleanter. Minst två ordinarie ledamöter och en suppleant i styrelsen skall utnämnas av denna kommun.

20 Enligt den nationella domstolen innebär omvandlingen av ett särskilt företag till ett aktiebolag att aktiebolaget får mycket större självständighet. Verksamhetsområdet för Stadtwerke Brixen AG har utvidgats avsevärt jämfört med Stadtwerke Brixens verksamhetsområde, eftersom aktiebolaget får bedriva verksamhet på lokal, nationell och internationell nivå, medan det särskilda företaget Stadtwerke Brixens verksamhetsområde var begränsat till kommunen Brixen. Det särskilda företaget Stadtwerke Brixen stod vidare under kommunstyrelsens direkta kontroll och inflytande, medan kommunens kontroll vad gäller Stadtwerke Brixen AG är begränsad till sådana åtgärder som aktiemajoriteten kan vidta enligt bolagsrätten.

21 Genom beslut nr 37 av den 23 mars 2000 gav kommunstyrelsen i kommunen Brixen företaget Stadtwerke Brixen i uppdrag att bygga och driva en offentlig simhall. När detta företag omvandlades till ett aktiebolag den 25 oktober 2001 övertog Stadtwerke Brixen AG de rättigheter och skyldigheter som följde av detta beslut.

22 Genom beslut nr 118 av den 18 december 2001 gav kommunstyrelsen i Brixen Stadtwerke Brixen AG äganderätten ovan och under jord till mark som var avsedd för en simhall, bland annat på fastigheten 491/11 inom kommunen Brixen, för att uppföra ett parkeringsgarage under jord.

23 Till dess att det planerade garaget under jord var färdigt skulle en provisorisk parkeringsplats iordningställas ovan jord. För detta ändamål förstärktes fastigheten 491/11, som fram till dess hade använts som en fotbollsplan, provisoriskt med

makadam för att bli en parkeringsplats ovan jord med cirka 200 platser. Enligt den hänskjutande domstolen hade inte något avtal ingåtts beträffande användningen av fastigheten 491/11 som en parkeringsplats belägen ovan jord.

24 För att bereda ytterligare parkeringsplatser beslutade kommunen Brixen, genom beslut nr 107 av den 28 november 2002, att även tilldela Stadtwerke Brixen AG driften av den ovan jord belägna parkeringsplatsen på den närliggande fastigheten 491/6, som också var belägen i kommunen Brixen. Denna parkeringsplats som rymde ungefär 200 platser förvaltades direkt av denna kommun sedan mer än tio år. I detta beslut preciseras att "Stadtwerke Brixen AG redan byggt en provisorisk parkeringsplats för besökare till simhallen belägen direkt i anslutning till den kommunala marken" och att "det förefaller således nödvändigt och lämpligt att till Stadtwerke Brixen överlåta även driften av den anslutande marken, som utgörs av fastigheten 491/6 ..., en yta på 5 137 m^2 som för närvarande förvaltas direkt av kommunen".

25 Den 19 december 2002 ingick Gemeinde Brixen, med tillämpning av beslut nr 107, ett avtal med Stadtwerke Brixen AG, enligt vilket driften av parkeringsplatsen på fastigheten 491/6 överläts till sistnämnda bolag för en nioårsperiod.

26 Som motprestation för driften av denna parkeringsplats uppbär Stadtwerke Brixen AG parkeringsavgifter. Bolaget överför likväl till kommunen Brixen en årlig ersättning på 151 700 euro, vilken räknas upp med index utifrån parkeringsavgifterna, vilket innebär att en höjning av parkeringsavgifterna motsvaras av en höjning av den ersättning som ges till kommunen. Förutom driften av parkeringen ansvarar Stadtwerke Brixen AG för den kostnadsfria utlåningen av cyklar och den har godtagit att det även i fortsättningen får hållas marknad på området en gång i veckan. Stadtwerke Brixen AG har även övertagit den personal som arbetar där och

som tidigare var anställd av Gemeinde Brixen. Slutligen är nämnda bolag ansvarigt för den löpande och den extraordinära skötseln av området och har allt ansvar för detta.

27 Enligt ett koncessionsavtal som ingicks den 19 juni 1992 med Gemeinde Brixen åtog sig Parking Brixen upprättandet och driften av en annan parkeringsplats än den som är föremål för målet vid den nationella domstolen och som också är belägen inom denna kommun. Parking Brixen har vid Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, invänt mot att Stadtwerke Brixen AG tilldelats driften av de parkeringsplatser som anlagts på fastigheterna 491/6 och 491/11. Enligt Parking Brixen borde Gemeinde Brixen ha tillämpat bestämmelserna om offentlig upphandling.

28 Svarandena i målet vid den nationella domstolen, det vill säga Stadtwerke Brixen AG och Gemeinde Brixen, har bestritt att de skulle ha någon som helst skyldighet att genomföra ett offentligt anbudsförfarande. Gemeinde Brixen har härvid gjort gällande att den helt kontrollerar Stadtwerke Brixen AG och att det således inte har skett någon upphandling med tredjeman.

29 Under dessa omständigheter har Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Är tilldelningen av driften av de ifrågavarande avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatserna ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50/EEG eller en koncession avseende allmännyttiga tjänster som inte omfattas av gemenskapens konkurrensregler, särskilt skyldigheten till likabehandling och skyldigheten att lämna insyn?

2) Om det verkligen är fråga om en tjänstekoncession avseende driften av en verksamhet som består i att tillhandahålla en lokal allmännyttig tjänst, är då tilldelningen av driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser — som enligt artikel 44.6 b i den regionala lagen nr 1 av den 4 januari 1993, i dess lydelse enligt artikel 10 i den regionala lagen nr 10 av den 23 oktober 1998, samt enligt artikel 88.6 a och b i de konsoliderade bestämmelserna om kommuners styrelse kan ske utan offentlig infordran av anbud — förenlig med gemenskapsrätten, och då särskilt med principerna om friheten att tillhandahålla tjänster och om fri konkurrens, diskrimineringsförbudet och de därav följande skyldigheterna till likabehandling och insyn, samt proportionalitetsprincipen, när driften tilldelas ett aktiebolag som i enlighet med artikel 115 i lagdekret nr 267/2000 har bildats genom omvandling av ett av en kommuns särskilda företag och vars samtliga aktier vid tidpunkten för tilldelningen innehas av kommunen själv, men vars styrelse har full befogenhet att sköta den löpande förvaltningen, inklusive genomförande av transaktioner upp till ett värde av fem miljoner euro per transaktion?"

30 Genom beslut av domstolens ordförande den 25 maj 2004 avvisades en ansökan om intervention från Energy Service Srl.

Den första frågan

31 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida den tilldelning av driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser som är i fråga i målet vid den nationella domstolen utgör ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50 eller en koncession avseende allmännyttiga tjänster.

32 Domstolen påpekar inledningsvis att det inte ankommer på domstolen att konkret fastställa hur transaktionerna i målet vid den nationella domstolen skall betecknas. Det ankommer nämligen uteslutande på den nationella domstolen att göra detta. Domstolens roll inskränker sig till att ge den nationella domstolen en tolkning av gemenskapsrätten som är nödvändig för det beslut som den senare skall fatta i den tvist som den har att pröva.

33 Domstolen kan i detta syfte klargöra de omständigheter i handlingarna i målet vid den nationella domstolen som är relevanta för tolkningen av gemenskapsrätten.

34 Det skall härvid påpekas att målet vid den nationella domstolen avser tilldelningen av driften av två olika parkeringsplatser dels den som är belägen på fastigheten 491/11, dels den som är belägen på fastigheten 491/6.

35 Vad beträffar den parkering ovan jord som är belägen på fastigheten 491/11 anges i beslutet om hänskjutande endast att det inte ingåtts något avtal avseende driften av denna. Detta beslut innehåller inte någon information avseende ersättningsvillkoren för den som driver denna parkeringsplats.

36 Under dessa omständigheter kan domstolen endast konstatera att den inte har tillgång till tillräckliga uppgifter för att göra en ändamålsenlig tolkning av gemenskapsrätten och därmed besvara denna del av frågan.

37 Vad beträffar den parkeringsplats som är belägen på fastigheten 491/6, framgår det av beslutet om hänskjutande, vilket har påpekats i punkterna 24–26 i förevarande

dom, att denna parkeringsplats hade drivits direkt av Gemeinde Brixen under mer än tio år då driften av den överfördes till Stadtwerke Brixen AG, som enligt ett avtal som ingicks den 19 december 2002 mellan detta bolag och kommunen övertog driften under en nioårsperiod. Som motprestation för driften av denna parkeringsplats tar Stadtwerke Brixen AG ut parkeringsavgifter av dem som använder den. Stadtwerke Brixen AG betalar en årlig ersättning till Gemeinde Brixen. Stadtwerke Brixen godtar vidare att det fortsatt hålls marknad på området en gång i veckan, det garanterar kostnadsfri utlåning av cyklar och det är ansvarigt för skötseln av området.

38 Med hänsyn till dessa omständigheter skall den första frågan förstås på så sätt att den hänskjutande domstolen har ställt den för att få klarhet i huruvida det, när en offentlig myndighet tilldelar en tjänsteleverantör driften av en avgiftsbelagd parkeringsplats, och tjänsteleverantören som motprestation får ersättning av tredjeman för användningen av denna parkeringsplats, är fråga om ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50 eller en koncession avseende allmännyttiga tjänster på vilken detta direktiv inte är tillämpligt.

39 Såsom det framgår av åttonde skälet i direktiv 92/50 är nämnda direktiv tillämpligt på "offentliga tjänsteavtal", vilka i artikel 1 a i direktivet definieras som "skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet". Av denna definition följer att ett offentligt tjänsteavtal, i den mening som avses i detta direktiv, innefattar en motprestation som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören.

40 I den situation som avses i den första frågan härrör däremot inte tjänsteleverantörens ersättning från den ifrågavarande offentliga myndigheten utan från de avgifter som tredjeman betalar för användningen av den ifrågavarande parkeringsplatsen. Detta betalningssätt innebär att tjänsteleverantören tar verksamhetsrisken

för de ifrågavarande tjänsterna, vilket är kännetecknande för en tjänstekoncession. I en sådan situation som den i målet vid den nationella domstolen är det således inte fråga om ett offentligt tjänsteavtal utan om en koncession avseende allmännyttiga tjänster.

41 Det skall härvid påpekas att denna tolkning bekräftas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EGT L 134, s. 114), även om detta direktiv inte var tillämpligt vid tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen. Enligt artikel 1.4 i direktivet är nämligen en "tjänstekoncession ... ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning".

42 Det är utrett att tjänstekoncession inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 (se beslut av den 30 maj 2002 i mål C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, REG 2002, s. I-4685, punkt 28).

43 Den första frågan skall således besvaras så, att det är fråga om en koncession avseende allmännyttiga tjänster på vilken direktiv 92/50 inte är tillämplig när en offentlig myndighet tilldelar en tjänsteleverantör driften av en offentlig avgiftsbelagd parkeringsplats, och tjänsteleverantören som motprestation får ersättning av tredjeman för användningen av denna parkeringsplats.

Den andra frågan

44 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida tilldelningen av en koncession avseende allmännyttiga tjänster utan anbudsinfordran är förenlig med gemenskapsrätten då det företag som innehar koncessionen är ett aktiebolag som bildats genom omvandling av ett av en offentlig myndighets särskilda företag och vars samtliga aktier vid tidpunkten för tilldelningen innehas av den koncessionsgivande myndigheten, men vars styrelse har full befogenhet att sköta den löpande driften och har möjlighet att självständigt, utan bolagsstämmans godkännande, genomföra vissa transaktioner upp till ett värde av fem miljoner euro.

45 Denna fråga avser dels den koncessionsgivande myndighetens uppförande avseende tilldelningen av en viss koncession, dels den nationella lagstiftning enligt vilken tilldelningen av en sådan koncession är möjlig utan anbudsinfordran.

46 Trots att sådana avtal om koncession avseende allmännyttiga tjänster på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50, är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 60, och av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkt 16).

47 I artikel 12 EG föreskrivs att all diskriminering på grund av nationalitet skall vara förbjuden. Bland de fördragsbestämmelser som särskilt är tillämpliga på kon-

cessioner avseende allmännyttiga tjänster finns bland andra artikel 43 EG. I första stycket i denna artikel föreskrivs att inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium skall förbjudas. I artikel 49 första stycket EG föreskrivs att inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen skall förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.

48 Enligt domstolens rättspraxis ger artiklarna 43 EG och 49 EG särskilt uttryck för principen om likabehandling (se dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien, REG 1989, s. 4035, punkt 8; svensk specialutgåva, volym 10, s. 269). Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet ger vidare särskilt uttryck för den allmänna principen om likabehandling (se dom av den 8 oktober 1980 i mål 810/79, Überschär, REG 1980, s. 2747, punkt 16). Domstolen har i sin rättspraxis avseende gemenskapsdirektiv på området för offentlig upphandling närmare angett att principen om likabehandling av anbudsgivare syftar till att alla anbudsgivare skall ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, oberoende av nationalitet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien, REG 1996, s. I-2043, punkterna 33 och 54). Av detta följer att principen om likabehandling av anbudsgivare skall tillämpas på koncessioner avseende allmännyttiga tjänster även då det inte skett någon diskriminering på grund av nationalitet.

49 Principerna om likabehandling och icke-diskriminering på grund av nationalitet innebär bland annat en skyldighet att lämna insyn, så att den koncessionsgivande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas. Denna skyldighet att lämna insyn som åvilar nämnda myndighet syftar 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 upphandlingsförfarandena är opartiska (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, punkterna 61 och 62).

50 Det ankommer på den koncessionsgivande offentliga myndigheten att under kontroll av behöriga domstolar bedöma huruvida villkoren avseende anbudsinfordran överensstämmer med den speciella karaktären på den ifrågavarande koncessionen avseende allmännyttiga tjänster. Att inte alls infordra anbud vid tilldelningen av en sådan koncession avseende allmännyttiga tjänster som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är emellertid varken förenligt med kraven i artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn.

51 Det föreskrivs vidare i artikel 86.1 EG att medlemsstaterna beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte skall vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördraget, i synnerhet reglerna i artiklarna 12 EG och 81–89 EG.

52 Av detta följer att medlemsstaterna inte skall behålla nationella bestämmelser i kraft enligt vilka koncessioner kan tilldelas utan anbudsinfordran, eftersom en sådan tilldelning strider mot artiklarna 43 EG eller 49 EG eller principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn.

53 Två argument har åberopats till stöd för att bestämmelserna i fördraget och de allmänna principer som nämns i punkterna 46–52 i förevarande dom inte är tillämpliga på en koncession avseende allmännyttiga tjänster som tilldelats under sådana omständigheter som de i målet vid den nationella domstolen.

54 Stadtwerke Brixen AG har för det första gjort gällande att artiklarna 43–55 EG inte är tillämpliga på en sådan situation som den i målet vid den nationella domstolen, eftersom det är fråga om en rent intern situation i en enda medlemsstat, då Parking Brixen, Stadtwerke Brixen AG och kommunen Brixen alla tre har sitt säte i Italien.

55 Detta argument kan inte godtas. Det kan nämligen inte uteslutas att företag som är etablerade i andra medlemsstater än Republiken Italien hade kunnat vara intresserade av att tillhandahålla de berörda tjänsterna i målet vid den nationella domstolen (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 33). När en koncession avseende allmännyttiga tjänster som den i målet vid den nationella domstolen tilldelas utan offentliggörande och anbudsinfordran är det, åtminstone potentiellt, fråga om särbehandling till förfång för företag i andra medlemstater som hindras från att utöva friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten i fördraget (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Coname, punkt 17).

56 Republiken Italien, Stadtwerke Brixen AG och Gemeinde Brixen har för det andra gjort gällande att det är uteslutet att tillämpa bestämmelserna i fördraget och de allmänna gemenskapsrättsliga principerna på en sådan situation som den i målet vid den nationella domstolen på grund av att Stadtwerke Brixen AG inte är en självständig enhet i förhållande till nämnda kommun. Till stöd för detta argument har de åberopat dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121, punkterna 49–51.

57 Det skall härvid erinras om att domstolen i det ovannämnda målet Teckal fann att rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, 1993, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126) är tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans

av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet.

58 Vad beträffar förekomsten av ett sådant avtal har domstolen i punkt 50 i domen i det ovannämnda målet Teckal närmare angett att det enligt artikel 1 a i direktiv 93/36 i princip är tillräckligt att avtalet har slutits mellan en lokal myndighet och en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten utövade en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.

59 Domstolen har bekräftat att samma överväganden gäller avseende direktiv 92/50 om offentlig upphandling av tjänster och rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54) (se dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkterna 48, 49 och 52 respektive dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien, REG 2005, s. I-139, punkt 39).

60 Till grund för dessa överväganden ligger förutsättningen att det måste föreligga ett avtal som ingåtts mellan två skilda personer för att direktiven 92/50, 93/36 och 93/37 skall kunna tillämpas (se domen i det ovannämnda målet Teckal, punkterna 46 och 49). För att artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG liksom principerna om likabehandling och insyn, som är förenade med dessa artiklar, skall kunna tillämpas är det emellertid inte nödvändigt att det föreligger ett avtal. Följaktligen kan det resonemang som utvecklas i den rättspraxis som citeras i punkterna 56–59 i förevarande dom inte automatiskt tillämpas på nämnda bestämmelser i fördraget och inte heller på dessa principer.

61 Det skall emellertid konstateras att nämnda resonemang kan överföras till att gälla bestämmelserna i fördraget och de principer som hänför sig till koncessioner

avseende allmännyttiga tjänster som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven avseende offentlig upphandling. På området offentlig upphandling och koncessioner avseende allmännyttiga tjänster är nämligen likabehandlingsprincipen liksom förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och artiklarna 43 EG och 49 EG, som särskilt ger uttryck för denna princip, tillämpliga då en offentlig myndighet överlåter tillhandahållandet av ekonomisk verksamhet på tredjeman. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna på området offentlig upphandling eller tjänstekoncession skall däremot inte tillämpas då en offentlig myndighet med egna medel — administrativa, tekniska och andra — utför uppgifter av allmänintresse som åligger dem, utan att vända sig till externa enheter (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 48).

62 På området koncessioner avseende allmännyttiga tjänster är det följaktligen uteslutet att tillämpa artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG, liksom de allmänna principer som dessa 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 myndighet som innehar den.

63 Vad gäller ett undantag från de allmänna gemenskapsrättsliga bestämmelserna skall de två undantag som anges i föregående punkt tolkas strikt, och det är den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs (se domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 46).

64 Det skall inledningsvis undersökas om den koncessionsgivande offentliga myndigheten utövar en kontroll över den enhet som innehar koncessionen motsvarande den som den utövar över sin egen verksamhet.

65 Vid denna bedömning skall samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter beaktas. Av denna undersökning skall framgå att den ifrågavarande enheten underställs en kontroll som gör det möjligt för den offentliga myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda enhet. Det skall vara fråga om en möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut.

66 Av beslutet om hänskjutande framgår att enligt artikel 1 i stadgarna för det särskilda företaget Stadtwerke Brixen var detta företag ett kommunalt organ vars särskilda funktion var att tillhandahålla de lokala allmännyttiga tjänsterna på ett enhetligt och integrerat sätt. Kommunstyrelsen fastställde de allmänna riktlinjerna, tillsköt det ursprungliga egna kapitalet, täckte eventuella sociala kostnader, prövade företagets resultat och utövade strategisk tillsyn. Företaget var härvid tillförsäkrat erforderlig självständighet.

67 Stadtwerke Brixen AG har däremot fått en marknadsmässig inriktning som gör det osäkert om kommunen kan utöva kontroll. För detta talar följande:

a) Omvandlingen av Stadtwerke Brixen — ett av kommunen Brixens särskilda företag — till ett aktiebolag (Stadtwerke Brixen AG) och karaktären av denna bolagstyp.

b) Utvidgningen av verksamhetsföremålet. Bolaget har inlett verksamhet på nya viktiga områden, bland annat på områdena persontransporter och transport av varor samt på informationsteknologi- och telekommunikationsområdet. Det skall erinras om att bolaget har behållit de många olika verksamheter som tidigare utövades av det särskilda företaget, däribland vattentillförsel och rening av avloppsvatten, värme- och energiförsörjning, bortskaffande av avfall och vägbyggen.

c) Det skall inom kort bli möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget.

d) Utvidgningen av bolagets verksamhetsområde till hela Italien och till utlandet.

e) Väsentliga befogenheter har tilldelats styrelsen utan att kommunen i princip utövar någon förvaltningskontroll.

68 Vad konkret beträffar de befogenheter som nämnda styrelse tilldelats framgår det av beslutet om hänskjutande att den enligt stadgarna för Stadtwerke Brixen AG, särskilt artikel 18 häri, ges mycket långtgående befogenheter avseende förvaltningen av detta bolag, eftersom den har rätt att företa alla handlingar som den anser nödvändiga för att företagets ändamål skall kunna uppnås. Den i artikel 18 föreskrivna befogenheten att ställa säkerhet på upp till fem miljoner euro eller att genomföra andra transaktioner utan att dessförinnan få ett godkännande av bolagsstämman visar att bolaget är mycket självständigt i förhållande till sina aktieägare.

69 Av beslutet om hänskjutande framgår även att Gemeinde Brixen har rätt att utnämna majoriteten av ledamöterna i styrelsen för Stadtwerke Brixen AG. Den hänskjutande domstolen har emellertid understrukit att den kontroll som denna kommun utövar över Stadtwerke Brixen AG huvudsakligen begränsar sig till den som majoriteten av aktieägarna ges enligt bolagsrätten, vilket väsenligt minskat det beroendeförhållande som fanns mellan denna kommun och det särskilda företaget Stadtwerke Brixen, särskilt med hänsyn till de vidsträckta befogenheter som styrelsen för Stadtwerke Brixen har.

70 När en enhet som innehar en koncession har ett stort utrymme för självständighet som kännetecknas av sådana omständigheter som framgår av punkterna 67–69 i förevarande dom, är det uteslutet att den koncessionsgivande offentliga myndigheten utövar en kontroll över den enhet som innehar koncessionen som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet.

71 Under sådana omständigheter kan, utan att det behöver undersökas huruvida den enhet som innehar koncessionen utövar huvuddelen av sin verksamhet för den koncessionsgivande myndigheten, det inte anses vara fråga om en intern transaktion inom nämnda offentliga myndighet, på vilken de gemenskapsrättsliga bestämmelserna inte är tillämpliga, när en sådan enhet tilldelas en koncession avseende allmännyttiga tjänster.

72 Härav följer att den andra frågan skall besvaras på följande sätt:

Artiklarna 43 EG och 49 EG liksom principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn skall tolkas så, att de utgör hinder för att en offentlig myndighet utan anbudsinfordran tilldelar ett aktiebolag, som bildats genom omvandling av ett av denna offentliga myndighets särskilda företag, en koncession avseende allmännyttiga tjänster när bolagets verksamhetsföremål har utvidgats till nya väsentliga områden, när det inom kort skall bli möjligt för utomstående att förvärva aktier i bolaget, när bolagets verksamhetsområde har utvidgats till hela Italien och till utlandet och när bolagets styrelse har mycket långtgående befogenheter att självständigt utöva förvaltningen.

Rättegångskostnader

73 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 yttranden till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

På dessa grunder beslutar domstolen (första avdelningen) följande dom:

1) **Det är fråga om en koncession avseende allmännyttiga tjänster på vilken rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster inte är tillämpligt när en offentlig myndighet tilldelar en tjänsteleverantör driften av en offentlig avgiftsbelagd parkeringsplats, och tjänsteleverantören som motprestation får ersättning av tredjeman för användningen av denna parkeringsplats.**

2) **Artiklarna 43 EG och 49 EG liksom principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn skall tolkas så, att de utgör hinder för att en offentlig myndighet utan anbudsinfordran tilldelar ett aktiebolag, som bildats genom omvandling av ett av denna offentliga myndighets särskilda företag, en koncession avseende allmännyttiga tjänster när bolagets verksamhetsföremål har utvidgats till nya väsentliga områden, när det inom kort skall bli möjligt för utomstående att förvärva aktier i bolaget, när bolagets verksamhetsområde har utvidgats till hela Italien och till utlandet och när bolagets styrelse har mycket långtgående befogenheter att självständigt utöva förvaltningen.**

Underskrifter