FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 4. juni 2008 [1]

1. Det af Conseil d'État (Belgien) forelagte præjudicielle spørgsmål vedrører anvendelsesområdet for fællesskabsbestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter. Spørgsmålet er, hvorvidt disse bestemmelser finder anvendelse, når en kollektiv enhed, i dette tilfælde en kommune, overdrager driften af sit teledistributionsnet til en enhed, som er en ren interkommunal kooperation [2] bestående af de nævnte kommuner, uden nogen form for privat kapital. I den foreliggende sag er der tale om en interkommunal kooperation i form af et andelsselskab, og spørgsmålene fra den forelæggende ret vedrører det første af de to såkaldte Teckal-kriterier: »udøvelse af en kontrol svarende til den, som føres med egne tjenestegrene«.

2. Det belgiske teledistributionsselskab Coditel Brabant SPRL (herefter »Coditel«) står i hovedsagen over for tre sagsøgte parter: Uccle kommune (herefter også »kommunen«), sammenslutningen Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (herefter »Brutélé«) og hovedstadsregionen Bruxelles, repræsenteret ved regeringen.

I — Relevante retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

3. Artikel 12, stk. 1, EF bestemmer:

»Inden for denne traktats anvendelsesområde og med forbehold af dennes særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt.«

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Begrebet »interkommunal kooperation« henholdsvis »interkommunalt samarbejde« omfatter meget forskelligartede former for forvaltningssamarbejde, såvel i retlig uformel som i retlig formel form, jf. Schmidt: *Kommunale Kooperation, Der Zweckverband als Nukleus des öffentlichen Gesellschaftsrechts*, Tübingen, 2005, s. 2 ff., som går fra simple kommunale arbejdsfællesskaber til retligt mere udviklede institutionaliserede former, herunder kommuneforbund eller andelsselskaber. Jf. ligeledes begrebet »blandet offentlig virksomhed« henholdsvis »blandet offentligt foretagende«, bl.a. forslag til afgørelse fra generaladvokat Stix-Hackl af 12.1.2006, sag C-340/04, Carbotermo og Consorzio Alisei, Sml. I, s. 4137, punkt 29 ff., samt Egger, *Europäisches Vergaberecht*, 2007, s. 167 ff.

4. Artikel 43 EF bestemmer:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område […]

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 48 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

5. Artikel 49, stk. 1, EF bestemmer:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.«

B — *De nationale bestemmelser*

6. Ifølge artikel 162 i den belgiske forfatning kan kommunerne sammenslutte sig.

7. Reglerne for et interkommunalt samarbejde er fastlagt i lov om interkommunale sammenslutninger (»loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales«). Ifølge artikel 1 i denne lov kan flere kommuner inden for rammerne af lovens bestemmelser sammenslutte sig med henblik på at nå visse mål af kommunal interesse. Lovens artikel 3 bestemmer, at interkommunale sammenslutninger er offentligretlige juridiske personer, som uanset deres form og formål ikke er af erhvervs- eller forretningsmæssig karakter. Lovens artikel 10 bestemmer, at enhver interkommunal sammenslutning skal bestå af en generalforsamling, en bestyrelse og et udvalg af kommissærer. Ifølge denne lovs artikel 12 vælges generalforsamlingsrepræsentanterne af kommunalbestyrelsen i de respektive kommuner blandt byrådsmedlemmer, borgmestrene og viceborgmestrene. Det er ligeledes fastsat, at hver kommunes stemmerettigheder på generalforsamlingen svarer til deres selskabsandele.

II — De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

8. Driften af teledistributionsnettet i den belgiske kommune Uccle blev foretaget af teledistributionsselskabet Coditel på grundlag af aftaler indgået i perioden 1969-1999. Ved aftalens udløb den 31. december 1999 gjorde kommunen brug af den i aftalen fastsatte mulighed for at afkøbe Coditel den del af teledistributionsnettet, som var beliggende på kommunens område.

9. I oktober 1999 besluttede Uccles kommunalbestyrelse dels at overdrage driften og udbedringen af det kommunale teledistributionsnet til en koncessionshaver for perioden fra den 1. juli 2000 til den 30. juni 2009, dels at godkende et udkast til et tillæg til aftalen med Coditel med henblik på at sikre fortsat offentlig teledistributionstjeneste indtil udpegelsen af ovennævnte koncessionshaver. I henhold til dette tillæg fortsatte Coditel driften af det kommunale teledistributionsnet frem til 31. december 2001.

10. I slutningen af 1999 indgav Coditel et bud med henblik på tildeling af koncessionen på drift af teledistributionsnettet i Uccle kommune. På kommunens anmodning i april 2000 afgav Coditel desuden et tilbud om køb af teledistributionsnettet [3], ligesom de andre selskaber, som havde indgivet ansøgning under udbuddet, gjorde.

11. I maj 2000 besluttede Uccles kommunalbestyrelse at sælge nettet i stedet for at tildele koncessionen på driften heraf. I overensstemmelse med udbudsproceduren gav Coditel i oktober 2000 et tilbud om køb. De tilbudte priser varierede mellem 750 mio. og 1 mia. belgiske francs (BEF), og det eneste korrekte og antagelige bud — buddet fra Coditel — var det laveste.

12. Blandt andre havde også Brutélé afgivet tilbud i forbindelse med udbudsproceduren, dog var der ikke tale om et købstilbud, men derimod et tilbud om tilslutning.

13. Eftersom de priser, som Uccle kommune blev tilbudt, lå betydeligt under dem, der blev

3 — Efter anmodningen fra Uccle kommune forespurgte Coditel kommunen, om forslaget om tilbagekøb af nettet var et kriterium for bedømmelse af de bud, der var indgivet på grundlag af udbudsproceduren for tildeling af koncession på drift af nettet, om forslaget trådte i stedet for den igangværende udbudsprocedure, og om forslaget var blevet tilstillet de øvrige bydende i henhold til udbudsproceduren. Den 28.4.2000 svarede Uccle kommune, at den havde henvendt sig til de fire selskaber, som havde indgivet bud under udbudsproceduren, at tilbuddet om tilbagekøb af nettet ikke trådte i stedet for udbuddet og ej heller var et bedømmelseselement i relation til de indgivne bud, og endelig at »udvalget, som har modtaget et købstilbud (indtil videre betinget), imidlertid har fundet, at denne mulighed ikke a priori kunne udelukkes og kunne udgøre et af vurderingselementerne for de aktuelle overvejelser vedrørende nettets fremtid; [d]erfor har udvalget, inden det fremlægger et forslag til afgørelse om tildeling af driftskoncession (eller ikke) for kommunalbestyrelsen, besluttet, ud fra ønsket om fuldstændig oplysning og lighed mellem ansøgerne, at konsultere dem alle«.

nævnt som mulige [4], besluttede kommunalbestyrelsen den 23. november 2000 at give afkald på salget af det kommunale teledistributionsnet (den første anfægtede beslutning i hovedsagen).

14. Ligeledes den 23. november 2000 besluttede kommunalbestyrelsen i Uccle at tilslutte kommunen det interkommunale selskab Brutélé (den anden anfægtede beslutning i hovedsagen). I denne beslutning hed det bl.a., at Brutélé havde givet Uccle kommune et tilbud om tilslutning, mod indskud af det kommunale net og tegning af selskabsandele, herunder betaling af en årlig afgift [5], samt om, at Uccle kommune i tilfælde af tilslutning alene skulle udgøre en undersektor i driften med selvstændig beslutningstagning [6]. Kommunalbestyrelsen giver i denne beslutning desuden udtryk for, at tilslutningen til Brutélé giver kommunen en række fordele: selvstændig beslutningstagning, betydelige indtægter, fortsat ejendomsret til nettet samt muligheden for let og hurtigt at kunne trække sig ud af det interkommunale samarbejde, hvis den skulle modtage et interessant købstilbud i fremtiden.

15. Den 30. november 2000 tilstillede Coditel ministerpræsidenten for regeringen for hovedstadsregionen Bruxelles en begrundet klage, hvori der rejses krav om ophævelse af beslutningen af 23. november 2000 truffet af Uccles kommunalbestyrelse om, at kommunen tilsluttes det interkommunale net Brutélé.

16. Den 7. december 2000 godkendte Brutélés ekstraordinære generalforsamling Uccle kommunes tilslutning (den tredje anfægtede beslutning i hovedsagen).

4 — I beslutningen af 23.11.2000 udtalte kommunalbestyrelsen herom: »Det er utvivlsomt, at konjunkturen forklarer denne difference, idet der de sidste par måneder er indtrådt et kursfald på børsen for visse af de større aktører på området for teknologiværdipapirer mm. til et historisk lavt niveau, hvilket gør de aktuelle betingelser ekstremt ugunstige.«

5 — I henhold til kommunalbestyrelsens beslutning af 23.11.2000 sammensættes den tilbudte årlige afgift således:
a) fast afgift på 10% af abonnementsindtægterne fra teledistribution (på grundlag af 31 000 abonnenter) og 3 400 BEF i årligt abonnement (minus moms og ophavsretlige afgifter): 10 540 000 BEF årligt
b) betaling på 5% af omsætningen fra Canal+ og le Bouquet
c) betaling af den samlede fortjeneste opnået ved samtlige leverede ydelser.

6 — Således i den tilsvarende kommunalbestyrelsesbeslutning af 23.11.2000:
Bestyrelsen henser til, at denne selvstændighed bl.a. angår:
— valg af de distribuerede programmer
— tarifferne for abonnement og tilslutning
— investeringspolitik og arbejde
— rabat eller fordele, der indrømmes visse personkategorier
— karakteren af og omstændighederne ved de andre tjenester, der kan ydes via nettet, og muligheden for at overlade til det interkommunale selskab at stå for projekter af kommunal interesse, som opfylder de vedtægtsmæssige formål, såsom realisering af et kommunalt intranet, en webside og personaleuddannelse med henblik herpå.
Bestyrelsen henser til, at, inden for disse rammer,
— etablerer Brutélé en oversigt over resultaterne og aktiviteterne på nettet i Uccle, ligesom
— er Uccle repræsenteret ved en administrator i Brutélés bestyrelse og ved tre administratorer i driftssektorudvalget i Bruxelles, en revisor og en kommunal sagkyndig.

17. Den 19. december 2000 meddelte ministerpræsidenten for hovedstadsregionen Bruxelles Uccles samlede kommunalbestyrelse, at der ikke var noget til hinder for beslutningen om en »betinget [7] tilslutning til Brutélés interkommunale net« (den fjerde anfægtede beslutning i hovedsagen). Den 2. januar 2001 meddelte ministerpræsidenten for hovedstadsregionen Bruxelles Coditel, at han ikke havde fremsat indsigelse mod Uccle kommunes tilslutning til Brutélé.

18. Coditel anlagde den 22. januar 2001 sag med påstand om ophævelse af de fire nævnte beslutninger.

19. Den forelæggende ret Conseil d'État har allerede i hovedsagen afvist søgsmålet vedrørende to af disse beslutninger (den tredje og fjerde anfægtede beslutning). Hvis sagen ifølge den forelæggende ret kan antages til realitetsbehandling, bør der bl.a. foretages en vurdering af den beslutning, hvormed Uccle kommune traf beslutningen om at tilslutte sig Brutélé.

20. Ved kendelse af 3. juli 2007 har Conseil d'État forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

— »Kan en kommune uden udbud tilslutte sig et andelsselskab, der udelukkende består af andre kommuner og sammenslutninger af kommuner (forenklet: interkommunalt netværk) med henblik på at overlade andelsselskabet driften af kommunens teledistributionsnet med viden om, at selskabet realiserer hovedparten af sine aktiviteter alene med de tilsluttede og skadesløst for dem, og at afgørelserne i forbindelse med disse træffes af bestyrelsen og sektorrådene (inden for grænserne af de delegationer, som bestyrelsen meddeler dem) som vedtægtsmæssige organer, der er sammensat af repræsentanter for de offentlige myndigheder, og som træffer afgørelse ved stemmeflerhed blandt disse?

— Kan den således udøvede kontrol, via de vedtægtsmæssige organer, foretaget af samtlige disse andelshavere, eller af en del heraf i forbindelse med sektorer eller drifts-undersektorer, vedrørende andelsselskabets afgørelser betragtes som en tilladelse for dem til at udøve en kontrol med dette svarende til den, som udøves vedrørende deres egne tjenestegrene?

— Skal denne indflydelse og kontrol, for at kunne betegnes som »tilsvarende«, udøves individuelt af det enkelte tilsluttede medlem, eller er det tilstrækkeligt, at indflydelsen og kontrollen udøves af flertallet blandt de tilsluttede medlemmer?«

7 — Ifølge tilslutningsaftalen af 23.11.2000 blev tilslutningen betinget af en resolution fra Brutélés generalforsamling, ved hvilken samtlige selskabsdeltagere skulle beslutte for nærværende ikke at gøre indsigelse mod Uccle kommunes eventuelt senere udtræden.

21. Den forelæggende ret har anført, at Uccle kommunes tilslutning til Brutélé ikke er et udbud af offentlige tjenesteydelseskontrakter, men en tjenesteydelseskoncession i fællesskabsretlig forstand. Selv om fællesskabsdirektiverne om offentlige udbud ganske vist ikke finder anvendelse på aftalen, omfattes denne derimod af de grundlæggende regler i den primære fællesskabsret i almindelighed og af det principielle forbud mod forskelsbehandling som følge af nationalitet i almindelighed, hvilket princip navnlig medfører en pligt til gennemsigtighed.

22. Ifølge den forelæggende ret taler meget for, at Uccle kommune som ordregiver ikke uden udbud eller en sammenlignende undersøgelse af de foreliggende bud direkte og umiddelbart kan vælge løsningen med tilslutning til Brutélé. Konkret burde kommunen for at opfylde de fællesskabsretlige krav have foranstaltet et nyt udbud med henblik på at undersøge, om koncessionen på dens teledistributionstjeneste til Coditel eller andre økonomiske aktører ikke var et gunstigere alternativ end det, som endelig blev valgt.

23. For at kunne vurdere de forelagte faktiske omstændigheder er det imidlertid nødvendigt at undersøge kriterierne i dommen i sagen Teckal [8] nærmere, herunder navnlig med hensyn til, hvilken kontrol den koncessionsgivende myndighed udøver med den koncessionshavende enhed. De fællesskabsretlige krav om gennemsigtighed kan ifølge denne dom således kun udelukkes, hvis to kumulative betingelser, som skal fortolkes strengt, er opfyldt, nemlig for det første, at kontrollen, der udøves af den koncessionsgivende enhed med den koncessionshavende myndighed skal svare til den kontrol, som den fører med sine egne tjenestegrene, og for det andet, at koncessionshaveren udøver hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, den ejes af.

24. Brutélé har gjort gældende, at selskabet er et »rent interkommunalt selskab«, hvis virksomhed tager sigte på og er forbeholdt de tilsluttede kommuner, og at selskabets vedtægter har gjort det muligt for Uccle kommune selv at etablere en drifts-undersektor med selvstændig beslutningstagning, hvilket gør det muligt for kommunen at føre en øjeblikkelig og præcis kontrol med selskabets aktiviteter i denne undersektor, som er fuldstændig identisk med den kontrol, den fører med sine egne interne tjenestegrene. Uccle kommune er repræsenteret ved en administrator i Brutélés bestyrelse og ved tre administratorer i driftssektorudvalget i Bruxelles, en revisor og en kommunal sagkyndig. Uccle kommune har desuden mulighed for til enhver tid at udtræde af sammenslutningen, hvilket atter beviser, hvorledes den fuldstændigt er herre over driften af sit teledistributionsnet.

25. Ifølge den forelæggende ret fremgår det af Brutélés vedtægter, at de samarbejdende er kommuner på den ene side og en interkommunal sammenslutning på den anden side, der selv udelukkende består af kommuner, at sammenslutningen ikke er åben for private samarbejdspartnere, at bestyrelsen er

8 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Sml. I, s. 8121, præmis 50.

sammensat af repræsentanter for kommunerne — højst tre pr. kommune — der er udnævnt af generalforsamlingen, som selv er sammensat af kommunalrepræsentanter, at bestyrelsen har de mest vidtrækkende beføjelser, at kommunerne er opdelt i to sektorer, hvoraf én består af kommunerne i Bruxellesregionen, som kan inddeles i undersektorer, at der i hver sektor udnævnes et sektorråd sammensat af administratorer, som er udnævnt af generalforsamlingen efter forslag fra kommunerne, og som er inddelt i selvstændige grupper, der repræsenterer indehaverne af selskabsandele for hver enkelt sektor, at bestyrelsen kan delegere sine beføjelser til sektorrådene vedrørende de for undersektorerne specifikke problemer, herunder anvendelse af tarifferne, arbejdsprogrammet og investeringsprogrammet, finansieringen af disse, reklamekampagner, samt for de fælles problemer, der opstår i flere undersektorer af driftssektoren, at de øvrige vedtægtsmæssige organer i selskabet er generalforsamlingen, hvis afgørelser er bindende for samtlige deltagere, generaldirektøren, udvalget af sagkyndige, som består af kommunaltjenestemænd, samt udvalget af revisorer (»commissaires-réviseurs«), og at generaldirektøren, de sagkyndige og kommissærerne alle udnævnes enten af bestyrelsen eller af generalforsamlingen.

26. Den forelæggende ret har på grundlag heraf konkluderet, at Uccle kommunes kompetence til selvstændig beslutningstagning ikke er så fuldstændig som hævdet af Brutélé. Det er således f.eks. bestyrelsen, i hvilken Uccle kommune kun råder over én repræsentant, der udøver de mest vidtgående beføjelser. Ganske vist træffes samtlige afgørelser af selskabsorganer, som udelukkende er sammensat af kommunalrepræsentanter og repræsentanter for tilsluttede interkommunale net, men dette medfører ikke, at hver enkelt samarbejdspartner individuelt, i relation til selskabet, har den samme afgørende indflydelse, som man ville have, såfremt man selv havde tilrettelagt »in-house«-virksomheden.

27. Med hensyn til det andet kriterium, som fremgår af Teckal-dommen [9] — »såfremt […] den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af« — har den forelæggende ret anført, at det er ubestridt, at selskabet i det væsentlige realiserer sin virksomhed med de tilsluttede. Den forelæggende ret har ikke forelagt Domstolen nogen præjudicielle spørgsmål vedrørende dette kriterium.

III — Parternes anbringender

28. I henhold til artikel 23 i statutten for Domstolen har Coditel, Uccle kommune, Brutélé, den belgiske, den tyske og den

9 — Nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 50.

nederlandske regering samt Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber indgivet skriftlige indlæg til Domstolen. Med undtagelse af Uccle kommune, som ikke var repræsenteret, deltog de alle i retsmødet den 9. april 2008.

29. Parterne er i det væsentlige enige om, at sagen vedrører tildeling af offentlige kontrakter, som imidlertid ikke er omfattet direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, men dog af det generelle krav om gennemsigtighed [10].

30. Bortset fra *Coditel* er parterne på grundlag af oplysningerne i den præjudicielle forelæggelse enige om, at det *andet Teckal-kriterium* er opfyldt.

31. For så vidt angår det *første Teckal-kriterium* hersker der følgende uenighed:

32. *Coditel* og *Kommissionen* er af den opfattelse, at dette kriterium ikke er opfyldt, og at Uccle kommunes direkte tilslutning til Brutélé er i strid med kravet om gennemsigtighed.

33. *Coditel* har understreget, at Uccle kommune forud for tilslutningen til Brutélé ikke på nogen måde stod i forbindelse med denne sammenslutning, hvorfor Teckal-dommen overhovedet ikke er relevant. Uccle kommune ejer desuden kun 8,26% af Brutélés selskabsandele (76 selskabsandele ud af 920). Dertil kommer, at Brutélé stiller sine tjenesteydelser, såsom kabel-tv, telefoni og internet, til rådighed på kommerciel vis og i konkurrence med andre private udbydere. Brutélés interne struktur ligner i det væsentlige den interne struktur i en privat virksomhed. Uccle kommune har ikke mulighed for at kontrollere Brutélé — tværtimod er det snarere tvivlsomt, hvorvidt parterne i det kooperative selskab rent faktisk har en kollektiv kontrol i betragtning af det store antal medlemmer og eventuelle interessekonflikter. I betragtning af dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei [11] er det ikke af afgørende betydning, at 100% af Brutélés kapital ejes af kommuner og lokale myndigheder. I denne henseende er det navnlig ikke tilstrækkeligt, at Uccle kommune udgør en selvstændig undersektor.

34. *Kommissionen* har i sit skriftlige indlæg ligeledes taget stilling til Brutélés interne beslutningsprocedurer og er af den opfattelse,

10 — I hvilken forbindelse den nederlandske regering har udtalt, at den præjudicielle forelæggelse ikke indeholder tilstrækkeligt omfattende oplysninger til at foretage en grundig vurdering af dette aspekt.

11 — Dom af 11.5.2006, sag C-340/04, Sml. I, s. s137, præmis 37.

at ikke en enkeltstående kommune, såsom Uccle, har nogen udslagsgivende [12] indflydelsesmuligheder. Brutélés bestyrelse råder over vidtrækkende kompetencer og fastsætter bl.a. tarifferne. Uccle kommune har i denne henseende kun en »delt« indflydelse og kan ikke frit sætte sin egen vilje igennem, hvilket imidlertid er en forudsætning for, at det første Teckal-kriterium er opfyldt.

35. *Uccle kommune* og *Brutélé*, som i modsætning til Kommissionen er af den opfattelse, at det første Teckal-kriterium er opfyldt, har påpeget det aspekt, at der er tale om et selskab af interkommunal karakter, såvel i medfør af virksomhedens vedtægter som af den belgiske lovgivning.

36. *Uccle kommune* har fremhævet, at den med sin tilslutning har bevaret en kontrol, »der svarer til« Teckal-dommens forstand, over det kommunale teledistributionsnet. Det bør understreges, at Domstolen ikke taler om en »identisk« kontrol, men om en kontrol »der svarer til«. At forlange, at en kommune skal have den fuldstændige og individuelle kontrol over en interkommunal selskabsform, ville være til hinder for en sådan selskabsform, som *pr. definition* er betinget af et samarbejde mellem flere parter.

37. *Brutélé* har kun subsidiært henvist til, at det første Teckal-kriterium skal være opfyldt, navnlig under henvisning til dommen i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), præmis 57 ff. Brutélé har først og fremmest anført, at artikel 43 EF og artikel 49 EF samt lighedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling samt kravet om gennemsigtighed skal fortolkes på en sådan måde, at de i sig selv ikke er til hinder for, at en kommune uden et offentligt udbud tilslutter sig et rent interkommunalt selskab uden nogen form for inddragelse af privat kapital og med henblik på at nå visse mål af lokal og almen interesse. Det fremgår af dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 48, at kommuner har mulighed for selv at opfylde de opgaver, der tjener almenvellets interesser. Skal man anvende de fællesskabsretlige bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter på et interkommunalt selskab, ville det imidlertid indebære, at kommunerne tvinges til at outsource deres opgaver på det åbne marked. Den belgiske lovgivning giver udtrykkeligt kommunerne mulighed for at indgå i et interkommunalt samarbejde [13]. Forholdet mellem Uccle kommune og Brutélé er ikke begrundet i en kontrakt, men derimod i en tilslutning, som er lovbestemt og reguleret i Brutélés vedtægter. Brutélé er baseret på et rent interkommunalt samarbejde, er i henhold til vedtægterne ikke åben for privat kapital og opfylder sin opgave i kommunernes interesse. Samarbejdet har til formål at tilbyde brugerne det størst mulige udvalg af tv-programmer på de bedst mulige betingelser og i givet fald udvide tilbuddet til at omfatte radio og forskellige andre kommunikationstjenester. Endelig har Brutélé for det tredje gjort gældende, at Uccle kommune, navnlig også på grund af den interne beslutningsstruktur og som følge af, at den udgør en separat undersektor, udøver den pågældende

12 — Kommissionen henviser i denne henseende til dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 65, og dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, nævnt ovenfor i fodnote 11.

13 — Brutélé henviser til den belgiske forfatning og til den belgiske lov om interkommunale sammenslutninger, jf. punkt 6 og 7 i nærværende forslag til afgørelse.

kontrol svarende til den, som den fører med egne tjenestegrene.

38. Den *belgiske regering* har argumenteret for en bekræftende besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål. En kommune kan uden udbud tilslutte sig et kooperativt selskab som Brutélé, der udelukkende består af andre kommuner og kommunalforbund, med henblik på at overlade dette kooperativ driften af sit teledistributionsnet, såfremt kooperativet realiserer hovedparten af sine aktiviteter alene med de tilsluttede og skadesløst for dem, og at afgørelserne i forbindelse med disse træffes af bestyrelsen og sektorrådene inden for grænserne af de delegationer, som bestyrelsen meddeler dem som vedtægtsmæssige organer, der er sammensat af repræsentanter for de offentlige myndigheder, og som træffer afgørelse ved stemmeflerhed blandt disse.

39. Brutélé, som ikke er åben for privat kapital, kan ikke anses for tredjemand i forhold til Uccle kommune. Koncessionen for teledistributionsnettet er således ikke overdraget til udenforstående, men har derimod bevaret sin interne karakter.

40. De øvrige præjudicielle spørgsmål skal udelukkende ses på baggrund af den omstændighed, at den interkommunale sammenslutning udgør en form for samarbejde, som i sagens natur forener forskellige kommuner, der samarbejder med hinanden. Det skal i denne henseende understreges, at de decentrale forvaltninger har ret til at indgå et sådant samarbejde med henblik på at garantere en effektiv forvaltning. I denne forbindelse drejer det sig bl.a. om samarbejdet mellem små og større kommunalforbund, hvor de mindre kommunalforbund ofte, som i dette tilfælde, udfører deres horisontale opgaver inden for rammerne af en større horisontal struktur. Hvorledes et sådant samarbejde skal organiseres og kontrolleres internt i et kommunalforbund afhænger af medlemsstaternes lovgivning og er deres offentlige myndigheders anliggende. I denne henseende findes der et utal af interne organisations- og kontrolmodeller. Det er ikke fordi, at en sammenslutning med hensyn til udøvelsen af kontrol tager hensyn til de samarbejdende kommunalforbunds forskellige størrelse, at det nødvendigvis kan konkluderes, at den ikke udøver en tilsvarende kontrol med egne tjenestegrene. Desuden ligger det i sagens natur, at afgørelser inden for en interkommunal sammenslutning ikke træffes af en

enkelt kommune, men derimod ved stemmeflerhed med henblik på at opfylde det fælles formål. En kontrol gennem stemmeflerhed skal anses for en »tilsvarende kontrol« jf. retspraksis. For så vidt angår Uccle kommune, som er repræsenteret i Brutélés organer, bør det som følge af ovenstående konstateres, at den udøver en kontrol med Brutélé, som svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene.

41. Den *tyske regering* er af den opfattelse, at de fællesskabsretlige principper og regler om udbud allerede på forhånd ikke er anvendelige på en sag som den foreliggende, eftersom begge Teckal-kriterier er opfyldt. Ved et flertal af »udøvende myndigheder« skal disse kriterier forstås således, at den omstændighed, at den offentlige ordregiver sammen med andre offentligretlige juridiske personer i fællesskab er ejere af ordremodtageren, ikke nødvendigvis indebærer, at den myndighed, som tilkommer de forskellige offentlige myndigheder i fællesskab, medfører en svækkelse af kontrollen. Tjenestegrene, som er enkeltstående i organisatorisk henseende, kan f.eks. også oprettes og »drives« i fællesskab af flere lokale myndigheder, og det ville i sådanne tilfælde være urigtigt at antage, at de enkelte myndigheder ikke har mulighed for at udøve kontrol eller udøver mangelfuld kontrol over disse tjenestegrene. Der findes mange eksempler herpå i tysk forvaltningsorganisationsret, f.eks. er et generaldirektorat for finans (Oberfinanzdirektion) en tjenestegren såvel under Forbundsrepublikken som under den pågældende delstat. I visse delstater findes der distriktsforvaltninger (Kreisverwaltungsbehörden), som er tjenestegrene såvel under et distrikt (Landkreis) som under delstatsmyndighederne. Flere delstater, f.eks. Brandenburg og Berlin, har også en fælles højeste forvaltningsret (Oberverwaltungsgericht). Det ville være urigtigt at antage, at et sådant kommunalforbund ikke skulle have kontrol eller have mangelfuld kontrol over myndigheder, som er underlagt flere kommunalforbund i fællesskab. Det er korrekt, at kontrollen over en enhed, som ejes af flere offentligretlige juridiske personer, udøves »i fællesskab«, men den er dog ikke mindre effektiv af den grund. Dette er således tilfældet med Brutélé, som udelukkende består af kommuner, der i fællesskab udøver kontrol svarende til den, som føres med egne (fælles) tjenestegrene.

42. Skulle man konkludere, at kontrollen er »utilstrækkelig«, og at bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter finder anvendelse, fordi den offentlige ordregiver skal udøve sin kontrol over ordremodtageren i fællesskab med andre myndigheder, ville dette have alvorlige konsekvenser for den nødvendige organisationsfrihed, som interkommunale sammenslutninger råder over. Valget af et sådant interkommunalt samarbejde ville i så fald altid foregå med forbehold for en udbudsprocedure. Dette ville klart reducere det interkommunale samarbejde til blot at være en form for statslig opgaveorganisation i forhold til, at opgaverne løses i eget regi, således at bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter aldrig ville finde anvendelse. Bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter ville dermed medføre et fuldstændigt urimeligt pres på kommunerne, der

således vil undlade at indgå i et samarbejde med andre kommuner. Dette har imidlertid aldrig været formålet med reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter. Disse regler skal derimod kun anvendes, når kommunerne henvender sig til markedet for at få sine opgaver udført.

43. Den tyske regering har endelig gjort gældende, at retten til at udøve kommunalt selvstyre er fastlagt på europæisk plan i den europæiske konvention om lokalt selvstyre [14]. Konventionen giver kommunerne ret til at udføre opgaver i eget regi og ligeså indgå i en interkommunal sammenslutning uden forud herfor at være forpligtet til at udskrive en »konkurrence«.

44. Den *nederlandske regering* har foreslået, at det første præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende. For så vidt angår det andet præjudicielle spørgsmål har regeringen på baggrund af det første Teckal-kriterium og den deraf følgende retspraksis samt på baggrund af oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen påpeget, at de kommuner og den kommunesammenslutning, der er tilsluttet Brutélé, er i stand til at udøve afgørende indflydelse på Brutélé. At dette er tilfældet, fremgår allerede af den omstændighed, at de i fællesskab ejer den samlede kapital i Brutélé, og at det ikke er muligt at tilføre privat kapital. Denne afgørende indflydelse bekræftes af, at kommunerne og kommunesammenslutningen helt og holdent har kontrollen over Brutélés beslutningsorganer, idet disse er sammensat af de tilsluttedes repræsentanter. Kommunerne og kommunesammenslutningen er således i stand til at øve afgørende indflydelse på såvel de strategiske mål som på vigtige beslutninger, f.eks. tariffastsættelse. Brutélé har ingen selvstændig beslutningsret og kan således ikke betragtes som tredjemand i forhold til kommunerne og kommunesammenslutningen. Det tredje præjudicielle spørgsmål bør derfor besvares således, at det for »udøvelsen af en kontrol svarende til den, som føres med egne tjenestegrene«, er tilstrækkeligt, at kommunerne og kommunesammenslutningen udøver en fælles kontrol.

IV — Stillingtagen

45. Eftersom de præjudicielle spørgsmål vedrører forskellige aspekter af det samme problem, skal disse behandles samlet nedenfor.

46. Problemet drejer sig om, hvorvidt tilslutningen af en kommune som Uccle kommune til en ren interkommunal sammenslutning som Brutélé og den dermed forbundne overdragelse af driften af det fælles teledistributionsnet til dette kooperative selskab skal betragtes som en koncessionstildeling, der er underlagt de fællesskabsretlige bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter, eller om der er tale om en opgaveløsning »in-house«, som ikke skal gives i udbud. De aspekter, som den forelæggende ret behandler, vedrører

14 — Jf. den europæiske konvention om lokalt selvstyre. Traktaten blev åbnet for Europarådets medlemsstaters undertegnelse den 15.10.1985 i Strasbourg og trådte i kraft den 1.9.1988, http://conventions.coe.int

navnlig de interne beslutningsstrukturer: dvs. dels de beslutninger, der træffes af de vedtægtsmæssige organer, såsom bestyrelsen eller sektorrådene, dels beslutninger af fortrinsvis ikke-individuel art, der træffes ved stemmeflerhed. Er sådanne beslutningsstrukturer i overensstemmelse med kriteriet i retspraksis, hvorefter der skal »udøves kontrol svarende til den, som føres med egne tjenestegrene«?

47. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at kontrollen over sammenslutningen og dennes beslutninger udøves af de lokale og regionale myndigheder i fællesskab via sammenslutningens vedtægtsmæssige organer, og at sammenslutningen derigennem råder over en vis autonomi i forhold til sine medlemmer. Dermed udøves der ikke »en kontrol svarende til den, som føres med egne tjenestegrene«, hvorfor den forelæggende ret er tilbøjelig til at tage det første anbringende til følge.

48. I forbindelse med gennemgangen af de præjudicielle spørgsmål skal det, således som den forelæggende ret med rette har gjort, bemærkes, at ifølge fast retspraksis finder ingen af de fællesskabsretlige direktiver, der regulerer udbudsområdet [15], anvendelse på indgåelsen af offentlige kontrakter [16] [17]. At omstændighederne i hovedsagen henhører under tjenesteydelseskoncessioner og ikke under offentlige tjenesteydelsesaftaler, følger af, at de lokale myndigheder ikke betaler for den leverede ydelse, men at vederlaget derimod består i retten til at udnytte sin egen ydelse, hvilket medfører en overførsel af driftsrisikoen [18] [19].

15 — Jf. bl.a. Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, EFT L 209, s. 1. Hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter er fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater, jf. dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 44.

16 — Jf. Neergaard, »The Concept of Concession in EU Public Procurement Law versus EU Competition Law and National Law«, Nielsen og Treumer (udgiver), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, henviser til, at udbudskoncepterne kan være meget forskellige afhængigt af den retlige kontekst, og at det fællesskabsretlige udbudskoncept adskiller sig væsentligt fra det konkurrenceretlige og f.eks. også fra det nationale udbudskoncept.

17 — Jf. dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 56 og 57, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 9 og 16, Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 42, og dom af 18.7.2007, sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6657, præmis 29.

18 — Jf. i forbindelse med sondringen mellem de nævnte kriterier dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 58. Jf. ligeledes den juridiske definition i artikel 1, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter — der ikke finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen — EUT L 134, s. 114: »kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris«. Det drejer sig i denne forbindelse om at drive og varetage driften og vedligeholdelsen af eksisterende organer, jf. Trepte, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2007, 4.42. Spørgsmålet, om de omtvistede aftaler skal anses for tjenesteydelseskoncessioner, skal således udelukkende vurderes efter fællesskabsretten, jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 31.

19 — Jf. Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 40. For en mere detaljeret behandling jf. også Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 6.62 og 6.63.

49. Eftersom der på det for hovedsagen relevante tidspunkt ikke fandtes noget direktiv om samordning af procedurerne for tildeling af offentlige tjenesteydelseskoncessioner [20], skal virkningerne for tildeling af sådanne koncessioner i henhold til fællesskabsretten fortsat udelukkende prøves på grundlag af den primære ret og navnlig på grundlag af de i EF-traktaten foreskrevne grundlæggende friheder [21].

50. I henhold til disse stilles der i forbindelse med tildeling af offentlige tjenesteydelseskoncessioner krav om ligebehandling og gennemsigtighed [22], navnlig med henblik på forbuddet mod indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet ifølge artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF [23], der i almindelighed kræver, at der gennemføres en udbudsprocedure.

51. Der findes i henhold til retspraksis en undtagelse for en »in-house- opgaveløsning« [24], som er et begreb, der blev indført med den tidligere nævnte Teckal-dom [25] og senere blev videreudviklet [26] og anvendt på alle fællesskabsbestemmelser på området for offentlige kontrakter eller offentlige tjenesteydelseskoncessioner [27], når der er tale om en situation med en forvaltningsintern foranstaltning [28]. I overensstemmelse dermed er en udbudsprocedure i henhold til Domstolens faste praksis ikke obligatorisk — også selv om kontrahenten er et offentligt organ, som i retlig henseende adskiller sig fra en offentlig ordregiver — såfremt to forudsætninger er opfyldt: For det første skal den offentlige myndighed, som er en offentlig ordregiver, underkaste den pågældende enhed en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og for det andet skal denne enhed udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale og regionale myndigheder, den ejes af [29].

20 — Situationen er ikke ændret væsentligt i det senere direktiv 2004/18, nævnt ovenfor i fodnote 18. Direktivet definerer ganske vist begrebet tjenesteydelseskoncession, men gælder i henhold til artikel 17 ikke for sådanne koncessioner. For en mere detaljeret gennemgang jf. Flamme, Flamme og Dardenne, *Les marchés publics européens et belges*, 2005, s. 19 f.

21 — Coname-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 16, Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 46, og dom af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 18 ff., Broussy, Donnat og Lambert, »Délégations de services publics«, L'actualité juridique — droit administratif (AJDA), 2005, på s. 2340 ff., s. 2341, har rejst spørgsmål om, hvorvidt anvendelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling indebærer en risiko for, at udbudsretten i fremtiden vil blive udvidet langt ud over de relevante direktiver og endog vil omfatte sager, hvor værdien ikke når den fastsatte tærskel for anvendelsen af direktiverne.

22 — Trepte, »Transparency Requirements«, Nielsen og Treumer (udgiver), *The New ELI Public Procurement Directives*, 2005, henviser til, at konceptet om gennemsigtighed i de fællesskabsretlige udbudsbestemmelser er et begrænset koncept, for så vidt som det vedrører ligebehandlingen af udbydere fra medlemsstaterne og ikke går derudover.

23 — Jf. bl.a. dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 60 f., Coname-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 18 f., og Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 47 ff.

24 — Betegnelsen er ikke ensartet, og ofte tales der om (kvasi) »in-house-udbud« eller »in-house-forretning« (i bredere betydning).

25 — Nævnt ovenfor i fodnote 8.

26 — Jf. navnlig dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 49, Coname-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 23-26, Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 56 ff., ANAV-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 24, dommen i sagen i Carbotermo og Consorzio Alisei, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 36 og 37, samt dom af 19.4.2007, sag C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), Sml. I, s. 2999, præmis 55-57, og af 18.12.2007, sag C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, Sml. I, s. 12175, præmis 58.

27 — I Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 61, fastslog Domstolen, at begge Teckal-kriterier ikke blot skal anvendes i forbindelse med de fællesskabsretlige udbudsdirektiver, men også i forbindelse med de fællesskabsretlige udbudsbestemmelser i almindelighed.

28 — Flamme, Flamme og Dardenne, nævnt ovenfor i fodnote 20, s. 32, punkt 20, understreger under henvisning til præmis 49 og 50 i Teckal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, at der til grund for undtagelsen om »in-house-tildeling« ligger, at det ikke er muligt at indgå en »aftale med sig selv«.

29 — Jf. Teckal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 50, dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 49, dom af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 38, og af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 34, samt dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 33, og i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 55.

A — *Det første Teckal-kriterium*

52. Analysen kræver imidlertid en gennemgang af den første forudsætning, dvs. udøvelsen af en »kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene«.

1. Udelukkelse af halvoffentlige virksomheder

53. Af retspraksis siden dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau [30] fremgår det utvetydigt, at halvoffentlige virksomheder, uafhængigt af, hvor lille en andel den private kapital udgør, på ingen måde kan betragtes som enheder, med hvilke der føres en kontrol, svarende til den kontrol, der føres med egne tjenestegrene [31]. Det er tilstrækkeligt, at enheden er åben for privat kapital, også selv om enheden (endnu) ikke har gjort brug af denne mulighed [32]. Afståelse af kapitalandele til private, som finder sted kort tid efter tildelingen af kontrakten, skal ligeledes tages i betragtning ved bedømmelsen [33].

54. Når der er tale om omstændigheder som i den foreliggende sag, skal spørgsmålet om, hvorvidt der er tilført privat kapital, tydeligvis besvares benægtende. Der er ikke tilført nogen privat kapital til Brutélé, og virksomheden er heller ikke åben for privat kapital.

2. Yderligere relevante omstændigheder

55. Det fremgår imidlertid af retspraksis, at konstateringen af, at der ikke er tilført privat kapital, og at dette heller ikke er tilladt, ikke altid på tilstrækkelig vis opfylder det første

30 — I den ofte citerede dom i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, nævnt ovenfor i fodnote 15, hedder det i præmis 49: »I henhold til Domstolens praksis er det ikke udelukket, at der kan foreligge andre omstændigheder, hvorunder afholdelse af et udbud ikke er obligatorisk, også selv om medkontrahenten er en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig person. Dette er således tilfældet, såfremt den offentlige myndighed, som er en ordregivende myndighed, underkaster det selvstændige organ en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og såfremt det selvstændige organ udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale eller regionale myndigheder, det ejes af (jf. i denne retning Teckal-dommen, [nævnt ovenfor i fodnote 8], præmis 50). Det bemærkes, at det selvstændige organ i det nævnte tilfælde var fuldt ud ejet af offentlige myndigheder. Derimod udelukker den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel«. Belorgey, Gervasoni og Lambert, »Qualification de marché public«, AJDA, 2005, s. 1113 ff., s. 1114, lægger under henvisning til dom af 22.5.2003, sag C-18/01, Korhonen m.fl., Sml. I, s. 5321, til grund, at dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau udtrykkeligt bekræfter det, som tidligere blev udtrykt implicit i retspraksis.

31 — Jf. Coname-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 26, dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 46, ANAV-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 31, og dom af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 64. Det er fortsat uafklaret, hvorledes privatpersoners eller non-profit-organisationers deltagelse på f.eks. det sociale eller kulturelle område skal bedømmes, jf. i denne henseende Egger, nævnt ovenfor i fodnote 2, s. 170, punkt 637.

32 — Jf. i denne retning Coname-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 26, og ANAV-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 30-32.

33 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 38-42: I et sådant tilfælde skal tildelingen af en kontrakt bedømmes under hensyntagen til de samlede omstændigheder (tildeling og omstrukturering af kapital) og formålene hermed.

Teckal-kriterium om udøvelse af en »kontrol, der svarer til den kontrol, der føres med egne tjenestegrene« [34]. Spørgsmålene fra den forelæggende ret skal forstås på baggrund heraf.

56. Det fremgår af nogle af de domme, der behandler det første af de to Teckal-kriterier, at »bedømmelsen skal tage samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning« [35]. »Det skal fremgå af undersøgelsen, at den pågældende kontraherende virksomhed er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende offentlige myndighed at påvirke virksomhedens beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger« [36].

57. Det fremgår navnlig af Parking Brixen-dommen, hvilken type kriterier der kan have betydning: Omdannelse til et aktieselskab, udvidelse af selskabets formål, en snarlig forestående åbning af selskabet for fremmedkapital, en omfattende geografisk udvidelse af selskabets virksomhedsaktiviteter og overdragelse af betydelige beføjelser til bestyrelsen førte i denne dom i sin helhed betragtet til, at det pågældende selskab ud fra Domstolens synspunkt havde erhvervet en vis form for kontraktmæssig status og selvstændighed, som udelukkede, at den koncessionsgivende offentlige myndighed kunne udøve en kontrol, som svarer til den kontrol, den førte med egne tjenestegrene [37].

58. I forbindelse med bedømmelsen af de tilsvarende spørgsmål i Parking Brixen-sagen var der således to relevante grundkriterier: såvel omfanget af den kontraktmæssige status som graden af den koncessionshavendes selvstændighed [38]. Disse kriterier er i overensstemmelse med Teckal-dommen, hvori den pågældende enheds eksisterende henholdsvis manglende selvstændige beslutningsbeføjelse i forhold til de(n) offentlige myndighed(er) i præmis 51 ligeledes nævnes som et kriterium [39].

59. I Domstolens hidtidige praksis med hensyn til Teckal-kriterierne har Domstolen imidlertid kun i få tilfælde behandlet sådanne

34 — Jf. bl.a. også Probst og Wurzel, »Zulässigkeit von In-house-Vergaben und Rechtsfolgen des Abschlusses von vergaberechtswidrigen Verträgen«, *European Law Reporter*, 2007, s. 257 ff., på s. 261.

35 — Jf. Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 65, og dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 36.

36 — Jf. Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 65, og dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 36.

37 — Jf. Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 67-70, vedrørende kritik af berettigelsen af kriterier, som kan medføre, at selvstændige organer, som drives af offentlige sammenslutninger med henblik på at udføre opgaver for disse, låses fast i visse retsformer, jf. Kotschy, »Arrêts »Stadt Halle«, »Coname« et »Parking Brixen««, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, nr. 4, s. 845 ff., på s. 853.

38 — Jo stærkere bindingen er til en ordregiver hhv. en koncessionsgiver, og jo mere begrænset mulighederne er for en ordretager/koncessionstager for at drive handel på markedet med tredjemand, desto lettere er det at begrunde in-house-virksomhed, understreger Probst og Wurzel, nævnt ovenfor i fodnote 34, s. 261.

39 — Jf. Teckal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 51.

yderligere omstændigheder. I de to nævnte sager, Parking Brixen samt Carbotermo og Consorzio Alisei, optrådte flere af disse omstændigheder samtidig, hvoraf kun en af disse drejede sig om overførelsen af vidtgående beføjelser til bestyrelsen.

60. I Parking Brixen-dommen fastslog Domstolen, at Stadtwerke Brixen AG havde erhvervet sig en vis form for kontraktmæssig status, som gjorde det vanskeligt for kommunen at udøve kontrol, og anførte i det hele fem grunde [40], bl.a. den planlagte snarlige åbning af selskabet for fremmedkapital og den geografiske udvidelse af selskabets virksomhedsområde til også at omfatte hele Italien og udlandet [41].

61. I dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei blev der lagt stor vægt på den eventuelle indflydelse, som den italienske kommune Busto Arsizio gennem et ad-hoc-holdingselskab udøvede på beslutninger truffet af virksomheden AGESP SpA, der leverede almennyttige tjenesteydelser af forskellig art [42]. Domstolen anførte i den forbindelse, at medvirken fra en sådan mellemmand alt efter omstændighederne i det konkrete tilfælde kan afsvække den kontrol, som den ordregivende myndighed eventuelt måtte udøve med et aktieselskab blot ved at deltage i dettes kapital [43].

62. Det bør således fastslås, at der i disse tilfælde var sammenfald af flere særlige omstændigheder, som blev genstand for en samlet vurdering [44].

3. Rent interkommunale sammenslutninger er ganske vist ikke automatisk, men dog i reglen, undtaget fra at gennemføre en udbudsprocedure

63. Der er dog meget, der taler for, at situationer, som de, der lå til grund for Parking Brixen-dommen og dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, udgør enkeltstående tilfælde, hvor Domstolen har anset en grænse for at være overskredet, og at tildelingen af almennyttige opgaver til en

40 — Ferrari taler i denne henseende om indicier for en uafhængighed, der ikke er forenelig med konceptet om udøvelse af en kontrol, som svarer til den kontrol, der føres med egne tjenestegrene, Ferrari, »Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?«, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, s. 271 ff., navnlig s. 273.

41 — Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 67. Jennert, »Das Urteil Parking Brixen«, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* (NZBau), 2005, s. 623 ff., på s. 626, har gjort den iagttagelse, at hjemmemarkedet i henhold dertil ikke sikres ved in-house-tildeling uden forudgående udbudsprocedure, samtidig med at man deltager i konkurrencen gennem en geografisk udvidelse.

42 — I forslag til afgørelse fra generaladvokat Stix-Hackl fremsat den 12.1.2006 i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, nævnt ovenfor i fodnote 11, hedder det i punkt 22 og 23, at det ligesom i sagen Stadt Halle og RPL Lochau var et særkende, at »tildelingen« af kontrakten ikke skete direkte til den virksomhed, som den kommunale myndighed var medejer af, men at der derimod var tale om en indirekte deltagelse.

43 — Nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 39.

44 — Jennert, nævnt ovenfor i fodnote 41, s. 625, anvender med rette udtrykket »samlet vurdering«.

enhed, der er sammensat af rent offentlige organer, uden enhver form for deltagelse af privat kapital, ganske vist ikke automatisk [45], men i princippet skal anses for at være undtaget fra forpligtelsen til at gennemføre en udbudsprocedure. Den nedenfor anførte sammenhæng og udvikling i Domstolens retspraksis taler herfor.

64. I dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, i hvilken yderligere omstændigheder var udslagsgivende for, at den foreliggende situation ikke kunne karakteriseres som værende undtaget fra forpligtelsen om at gennemføre en udbudsprocedure, lød den præcise ordlyd: »Den omstændighed, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, tyder på, uden at være afgørende, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene som omhandlet i Teckal-dommens præmis 50« [46].

65. I de efterfølgende præmisser i dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei tydeliggøres det, at der med den begrænsende vending »uden at være afgørende« menes de nævnte øvrige omstændigheder, nemlig svækkelse af kontrollen som følge af holdingselskabets mellemkomst, også selv om sidstnævnte for 99,98%'s vedkommende ejes af den pågældende lokale myndighed, og overførsel af de mest vidtgående beføjelser til bestyrelserne i både holdingselskabet og i det af holdingselskabet stiftede aktieselskab, som blev tildelt kontrakten [47]. Ifølge Domstolens opfattelse forbeholdt disse vedtægter ikke den pågældende kommune nogen særlig kontrolbeføjelse eller stemmeret, der kunne begrænse den handlefrihed, der var tillagt disse bestyrelser. Den kontrol, som kommunen udøvede med disse to selskaber, kunne i det væsentlige sammenfattes til det råderum, som selskabsretten giver selskabsdeltagernes flertal, hvilket betydeligt begrænser dens mulighed for at få indflydelse på disse selskabers beslutninger [48].

66. Deroverfor fremgår det af den senere dom i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), at det første Teckal-kriterium om »udøvelse af en kontrol, der svarer til den, som føres med egne tjenestegrene« i reglen skal anses som opfyldt, når der er tale om et rent interkommunalt samarbejde, og at det således i reglen ikke er nødvendigt med en nærmere analyse af de indre beslutningsstrukturer og flertalsforholdet. Det ovenfor nævnte citat [49] fra dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei blev ganske vist gentaget i præmis 57 i dommen i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), dog lettere

45 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 40.

46 — Nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 37.

47 — Nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 38-40.

48 — Nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 38.

49 — Nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 37: »Den omstændighed, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, tyder på, uden at være afgørende, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene som omhandlet i Teckal-dommens [nævnt ovenfor i fodnote 8] præmis 50.«

modificeret. I dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei hed det »uden at være afgørende«, mens denne passage i Asemfo-dommen er erstattet med »i princippet«. Dermed blev »[…] tyder på, uden at være afgørende […]« således til »[…] i princippet tyder på […]«.

67. Når den offentlige ordregiver, henholdsvis den koncessionsgivende offentlige myndighed, alene eller i samarbejde med andre offentlige myndigheder [50] ejer den samlede kapital af en ordretagende henholdsvis koncessionshavende myndighed, er der således meget, der taler for, at førstnævnte i overensstemmelse med præmis 50 i Teckal-dommen generelt udøver en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene. Der kan ganske vist undtages fra denne regel [51], dog, som nævnt ovenfor [52], kun når der foreligger særlige omstændigheder.

4. Kriterier for en detaljeret analyse af kontrolbeføjelser

68. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt en enkelt offentlig myndigheds kontrolbeføjelser over en sammenslutning, der udelukkende består af offentlige myndigheder, har spillet en rolle i den her relevante retspraksis, skal følgende bemærkes.

69. Allerede Teckal-sagen vedrørte en situation om en interkommunal sammenslutning [53], hvor spørgsmålet om kontrol blev berørt på grundlag af selskabsandelenes størrelse. Det drejede sig om en sammenslutning bestående af 45 kommuner i provinsen Reggio Emilia, hvor den i sagen berørte kommune Viano deltog med 0,9%. Generaladvokat Cosmas påpegede hertil, at det »næppe kunne hævdes, at kommunen Viano udøvede en kontrol over sammenslutningen, der svarer til den kontrol, der føres med egne tjenestegrene« [54]. Selve dommen tager ikke stilling til dette spørgsmål, og frem for alt behandles dette aspekt ikke i forbindelse med formuleringen af kontrolkriteriet i præmis 50 [55]. Det bør dog bemærkes, at

50 — En flerhedskontrol er ikke på forhånd udelukket, jf. ligeledes Fenoyl, »Contrats »in house« — état des lieux après l'arrêt Asemfo«, *AJDA*, 2007, s. 1759 ff., på s. 1761.

51 — Egger, nævnt ovenfor i fodnote 2, s. 169, punkt 626, taler med rette om en dokumenterbar formodning.

52 — Jf. ovenfor, punkt 55 i dette forslag til afgørelse.

53 — Også Pape og Holz, »Vergabefreie In-house-Geschäfte«, *NJW*, 2005, s. 2264 ff., på s. 2265, henviser hertil. De er af den opfattelse, at et samarbejde mellem flere offentlige sammenslutninger rent formelt betragtet ikke skal anses for en in-house-tildeling, fordi det som følge af de øvrige selskabsdeltageres medbestemmelsesret ikke uden videre lader sig fastslå, om hver anpartshaver kan udøve kontrol svarende til den, som føres med egne tjenestegrene, men at det ud fra en funktionel betragtningsmåde er korrekt også at anse dette for at være en in-house-tildeling.

54 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Cosmas fremsat den 1.7.1999 i Teckal-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 8, punkt 61.

55 — Nævnt ovenfor i fodnote 8.

Domstolen i denne dom ikke på forhånd besvarede spørgsmålet om kontrolbeføjelserne for en kommune med en relativ begrænset selskabs- og stemmeandel benægtende, og dermed gav den forelæggende ret mulighed for at anse kontrolkriteriet i hovedsagen for opfyldt.

70. I mellemtiden blev dette aspekt besvaret modsat i Coname-dommen i 2005, hvor en selskabsandel på 0,97% af selskabskapitalen blev anset for at være utilstrækkelig [56].

71. Med dommen i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) blev det imidlertid tydeligt, at størrelsen på den selskabsandel, som en offentlig sammenslutning ejer af en sammenslutning, der udelukkende består af offentlige myndigheder, ikke (længere) anvendes som målestok for kontrollen. Domstolen fastslog udtrykkeligt, at selv en så lille selskabsandel som f.eks. 0,25% af kapitalen i en sådan sammenslutning (1% af kapitalen ejedes af fire selvstændige regioner, som hver rådede over en aktie) ikke var til hinder for, at det fastslås, at der er tale om en in-house-tildeling med hensyn til samtlige deltagende lokale myndigheder [57].

72. Det er desuden bemærkelsesværdigt for hovedsagen i dom i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), at kontrolbeføjelsen over den enhed, som var blevet tildelt de pågældende opgaver, åbenbart lå hos den centrale statsforvaltning, der ejede størstedelen af andelene, og ikke hos de fire selvstyrende regioner, hvis selskabsandel tilsammen udgjorde 1% af kapitalen [58]. Denne omstændighed har ikke hindret Domstolen i at anse det første Teckal-kriterium for at være opfyldt, ikke blot for den spanske stat, men derimod også udtryk-

56 — Nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 23 og 24. Hertil kom i denne sag, at det pågældende selskab — i hvert fald delvist — var åben for privat kapital, jf. Coname-dommens præmis 26.

57 — Nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 58-60. I præmis 59 hedder det: »I denne forbindelse kan påstanden om, at den nævnte betingelse kun kan være opfyldt for aftaler, som gennemføres på den spanske stats bestilling, hvormed de aftaler, som har været genstand for en bestilling fra de selvstyrende regioner, i forhold til hvilke Tragsa må anses for en tredjemand, udelukkes, ikke lægges til grund.« Med ordlyden af præmis 61 tydeliggøres det, at denne konstatering ikke tager sigte på samtlige spanske selvstyrende regioner, til trods for at Tragsa omfatter dem alle, jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Geelhoed fremsat den 28.9.2006 i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), nævnt ovenfor i fodnote 26, punkt 13 og 14, men derimod på dem, som ejer en del af Tragsas kapital.

58 — I dommen i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 13, afsnit 5, fremgår følgende for så vidt angår den nationale lovgivning: »[…] Organisations-, tilsyns- og kontrolfunktionerne vedrørende Tragsa og dets datterselskaber udøves af landbrugs-, fiskeri- og fødevareministeriet samt miljøministeriet.« Dermed ligger kontrolbeføjelsen hos centralforvaltningen og ikke hos de selvstyrende regioner. Generaladvokat Geelhoed påpeger således i sit forslag til afgørelse i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), nævnt ovenfor i fodnote 26, punkt 51, at de selvstyrende regioner ikke selv udøvede kontrolbeføjelser og heller ikke kunne udlede sådanne beføjelser af deres egenskab af aktionær. Alle kontrolbeføjelserne lå hos hovedaktionæren, den spanske stat, altså centralforvaltningen. I selve dommen hedder det således i præmis 51: »Det fremgår endelig af artikel 3, stk. 6, i det kongelige dekret, at Tragsas forbindelser med de nævnte offentlige myndigheder — for så vidt som dette selskab er et særligt operationelt organ og teknisk tjeneste for disse forvaltninger — ikke er af kontraktmæssig, men derimod i alle henseender af intern karakter, kendetegnet ved afhængighed og underordning.« I præmis 59-61 anvendes der med hensyn til spørgsmålet om de selvstyrende regioners kontrolbeføjelser helt andre argumenter end de, der relaterer til de interne beslutningsstrukturer, nemlig den lovbestemte forpligtelse til at udføre ordren, at tarifferne fastsættes af staten, og at forbindelsen ikke er af kontraktmæssig karakter.

keligt for de selvstyrende regioner, som ejer en del af kapitalen [59]. I forbindelse med spørgsmålet om de selvstyrende regioners kontrolbeføjelser kan det imidlertid ikke udledes af dommen, om der er tale om en justering af retspraksis, eller om det snarere var de særlige omstændigheder i den konkrete sag, der var udslagsgivende, hvilket må formodes [60]. Det fremgår under alle omstændigheder tydeligt, at spørgsmålet om den indre kontrol og beslutningsbeføjelser inden for en sammenslutning, der udelukkende består af offentlige organer, ikke må overvurderes.

73. Af redegørelsen vedrørende retspraksis for så vidt angår størrelsen på selskabsandelene kan det såvel systematisk [61] som på grund af anvendelsen af flertalsformen i ordlyden af det andet Teckal-kriterium — »såfremt den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale og regionale myndigheder, den ejes af« — grammatisk udledes [62], at de pågældende offentlige organer ikke nødvendigvis skal råde over en fuldstændig individuel kontrolbeføjelse, men at det derimod er tilstrækkeligt, at der udøves en kollektiv og flertalsstyret kontrol [63].

74. Det burde således være afgørende, om de pågældende offentlige organer som helhed har kontrollen over den pågældende sammenslutning, i dette tilfælde Brutélé, eller om denne sammenslutning handler uafhængigt af denne fælles kontrol.

5. Foreløbigt resultat

75. Den retlige analyse har vist, at det i reglen burde være muligt at indgå i et rent interkommunalt samarbejde uden at foretage udbud, såfremt der ikke foreligger andre særlige omstændigheder, der viser, at graden af den kontraktmæssige status og selvstændighed hos den interkommunale myndighed overskrider grænserne for det interkommunale samarbejde, der ikke er omfattet af reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter, med henblik på at udføre almennyttige opgaver.

59 — Generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) indeholdt en udtrykkelig og detaljeret redegørelse vedrørende problemerne ved dette aspekt og fastslog, at regionerne gennemgående ikke havde nogen indflydelse, punkt 98-101. Jf. ligeledes i denne forbindelse Broussy, Donnat og Lambert, »Actualité du droit communautaire, Marché in house«, *AJDA*, 2007 s. 1125 f., på s. 1126.

60 — Som det med rette påpeges i Müller, »Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe? «, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* (ZVB), 2007, s. 197, på s. 202, forelå der særlige omstændigheder, bl.a. i form af en lovmæssig forpligtelse til at påtage sig og udføre arbejdsopgaver samt at tarifferne fastsættes af staten. Jf. ligeledes Piazzoni, »Précisions jurisprudentielles sur les contrats »in house««, *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2007, nr. 12, s. 56 ff., på s. 58, og Mok, »Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen C-295/05«, *Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 2007, nr. 417, s. 4413 ff., på s. 4423.

61 — Jf. med henblik på en systematisk fortolkning navnlig Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, 2006, s. 253 ff.

62 — Jf. med henblik på den grammatiske fortolkning navnlig Riesenhuber, nævnt ovenfor i fodnote 61, s. 250 ff.

63 — Jf. bl.a. også Dreher, »Das In-house-Geschäft«, *NzBau*, 2004, s. 14 ff., på s. 17, som påpeger, at tyngdepunktet ligger på den omstændighed, at ordretageren ikke har nogen beslutningsbeføjelser. Jf. også 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, s. NA123 ff., på s. NA129.

76. Selv om der hidtil ikke er opnået nogen retssikkerhed [64] med hensyn til den nærmere afgrænsning af kriterierne, såsom »graden af den kontraktmæssige status« og »graden af selvstændighed«, og det således ikke er tydeligt, hvor grænsen helt præcis går for, hvornår interkommunale sammenslutninger kan undlade at gennemføre en udbudsprocedure med henblik på at udføre almennyttige opgaver, er der intet, der tyder på, at samarbejdet inden for Brutélé har overskredet denne.

77. Det tilkommer de nationale domstole, i dette tilfælde den forelæggende ret, at tage stilling til de særlige omstændigheder i den nærværende sag. I dette tilfælde burde det ikke være muligt at fastslå, at nogen af de ovennævnte grænser er overskredet, eftersom Brutélés interne beslutningsstrukturer er kendetegnet ved de involverede lokale myndigheders kollektive indflydelse i form af flertalsafgørelser. De udøver ikke blot deres indflydelse på generalforsamlingen, men derimod også i bestyrelsen, som består af repræsentanter fra kommunerne. Dermed er spørgsmålet om kontrolbeføjelsen besvaret såvel positivt som på tilstrækkelig vis. Dertil kommer, at de enkelte kommuners beslutninger med hensyn til undersektorerne tillægges endnu større vægt. Brutélés kontraktmæssige status vedrører almennyttige opgaver, såsom kabel-tv, telefoni og internet, og der er intet, der tyder på, at reglerne for, hvornår en udbudsprocedure kan undlades, skulle være overskredet, uanset hvor upræcise kriterierne herfor måtte være.

78. Alt taler altså for, at der i en sag som den foreliggende eksisterer et samarbejde mellem offentlige lokale myndigheder, som ikke kræver gennemførelse af en udbudsprocedure.

79. I modsætning til Coditels opfattelse er det i den foreliggende kontekst uden betydning, at Brutélé tilbyder brugerne sine tjenesteydelser erhvervsmæssigt og dermed automatisk konkurrerer [65] med andre private udbydere.

64 — Jf. i forbindelse med generel manglende retssikkerhed med henblik på en række ubestemte retsbegreber og afgrænsningsproblemer for så vidt angår Teckal-kriterierne bl.a. også Jennert, nævnt ovenfor i fodnote 41, s. 625 og 626, som hilser den øgede retssikkerhed, der følger af de konkrete og i praksis anvendelige kriterier i denne dom, velkommen, og samtidig henviser til uafklarede spørgsmål navnlig med hensyn til senere salg af andele i kommunale virksomheder; andele, som længe før som følge af in-house-retspraksis blev tildelt private, og anfører, at også salget af andele skal overholde ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed, forslag til afgørelse fra generaladvokat Stix-Hackl i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, nævnt ovenfor i fodnote 11, punkt 17, og Söbbeke, »Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften«, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, s. 996 ff., på s. 997, der konstaterer, at de uklarheder, som siden Teckal-dommen har vanskeliggjort håndteringen af det retlige begreb in-house-tildeling som en undtagelse fra forpligtelsen til at gennemføre en udbudsprocedure, efterfølgende er blevet reduceret som følge af dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau og i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei.

65 — Det er ligeledes ikke relevant for bedømmelsen, at en sådan kvasi-in-house-tildeling indebærer, at andre virksomheder, der ligeledes ville have været villige til at overtage den pågældende opgave, udelukkes fra konkurrencen, idet denne effekt er iboende i begrebet in-house-tildeling, jf. Egger, nævnt ovenfor i fodnote 2, s. 163, punkt 600.

6. Betydningen af det interkommunale samarbejde

80. Til trods for, at de forelagte spørgsmål i mine øjne dermed er besvaret, skal jeg kort endnu engang understrege min konklusion og samtidig behandle de modstridende argumenter fra Coditel og Kommissionen.

81. Bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter er og bliver et af medlemsstaternes og de europæiske institutioners mest indflydelsesrige politiske instrumenter i forbindelse med den europæiske integrationsproces [66]. Dette potentiale må dog ikke anvendes uden nærmere overvejelser, idet formålet skal være i overensstemmelse med de øvrige politiske områder.

82. Hvis man foreslog Coditel og Kommissionen, ligesom den forelæggende ret har gjort, at den pågældende kommune skulle have »omfattende beslutningsbeføjelser«, vel at mærke i en sådan udstrækning, at den pågældende kommune skulle »bestemme« over den pågældende interkommunale sammenslutning (her over andelsselskabet), ville det nærmest gøre et interkommunalt samarbejde praktisk umuligt i fremtiden. Et vigtigt kendetegn ved et ægte samarbejde er, at beslutninger træffes på paritetisk grundlag og ikke blot af en enkelt af de deltagende parter. Det fremgår af Coditels og Kommissionens skriftlige og mundtlige udtalelser, at de anvender kriterier, der svarer til at kræve, at en enkelt lokal myndighed næsten *alene* skal kontrollere en sammenslutning. Det siger sig selv, at en sådan situation ikke kan betegnes som en sammenslutning henholdsvis et samarbejde.

83. Dette ville som nævnt gøre selv et helt rent interkommunalt samarbejde praktisk umuligt. Lokale myndigheder, der samarbejder med andre lokale myndigheder, ville i så fald altid skulle regne med eventuelt at skulle overdrage deres opgaver til en bedre bydende privat virksomhed, hvilket på grundlag af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter ville være ensbetydende med en tvungen privatisering af almennyttige opgaver [67].

84. Hvis det første Teckal-kriterium fortolkes på en sådan snæver måde, gives de konkurrenceretlige formål en urimelig overvægt, og der foretages samtidig et alt for vidtgående

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

67 — Jf. ligeledes forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott fremsat den 1.3.2005 i Parking Brixen-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 12, punkt 68. For et lignende ræsonnement, jf. ligeledes Calsolaro, som i sin kommentar til Parking Brixen-dommen fastholder, at Domstolens retspraksis formentlig ikke skal forstås som en forpligtelse til outsourcing, »S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?«, *Foro Amministrativo (Consiglio di Stato)*, 2006, s. 1670 ff., navnlig s. 1674.

indgreb i kommunernes selvstændige forvaltningsret og dermed også i medlemsstaternes kompetencer [68].

85. I sagen ved Domstolen påpeges dette med rette af de deltagende regeringer. Retten til kommunalt selvstyre er ikke blot fastslået i medlemsstaternes lovgivninger, men derimod, således som den tyske regering med rette har påpeget, også i Europarådets konvention om lokalt selvstyre, som er undertegnet af samtlige medlemsstater og ratificeret af de fleste af disse [69]. Med EF-traktatens artikel 263 oprettedes Regionsudvalget, bestående af repræsentanter for de regionale og lokale myndigheder. I denne bestemmelse ligger der med muligheden for en institutionaliseret inddragelse af regionale og lokale synspunkter også en vis anerkendelse af selvbestemmelsesretten. Endelig understreger Lissabontraktaten [70] det regionale og lokale selvstyres rolle for de forskellige nationale identiteter, som skal respekteres.

86. En kommune skal selv kunne bestemme, om den vil opfylde sine almennyttige opgaver ved hjælp af sine egne administrative, tekniske og øvrige midler uden at være tvunget til at skulle henvende sig til eksterne organer, som ikke tilhører dens tjenestegrene [71], eller om den vil lade opgaverne udføre af et organ, der i retlig henseende adskiller sig fra kommunen i dens egenskab af offentlig ordre- henholdsvis koncessionsgiver. Hvis en kommune vælger sidstnævnte mulighed, kan den omvendt frit vælge, om den vil begrænse sig til at være enebestemmende, eller om den vil indgå i et »rent« samarbejde med andre offentlige organer med henblik på hovedsageligt at udføre egne [72] opgaver »under udøvelse af en kontrol, der svarer til den kontrol, den udfører med egne tjenestegrene«, hvorved der i vid udstrækning ses bort fra bestemmelserne om statsstøtte og fra bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter [73].

68 — Jf. ligeledes forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i Parking Brixen-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 12, punkt 71. Det er ikke den generelle anvendelse af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter, der griber ind i halvoffentlige myndigheders ret til selvforvaltning, jf. Egger, nævnt ovenfor i fodnote 2, s. 168, punkt 621, men derimod en alt for vidtgående anvendelse af bestemmelserne. Jf. ligeledes Frenz, »Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon«, *Wettbewerb in Recht und Praxis* (WRP), 2008, s. 73 ff., på s. 85: Kommunalt selvstyre skal bevares i sin grundlæggende struktur, men det giver ikke uindskrænket fuldmagt til at tilsidesætte grundlæggende europæiske friheder.

69 — Nævnt ovenfor i fodnote 14. Artikel 6, stk. 1, bestemmer, at de kommunale sammenslutninger, for så vidt andet ikke er fastsat i de almindelige bestemmelser, skal være i stand til selv at fastlægge deres interne forvaltningsstrukturer med henblik på at tilpasse disse til de lokale behov og garantere en effektiv forvaltning.

70 — Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, undertegnet i Lissabon den 13.12.2007, EUT 2007 C 306, s. 1, artikel 3a i den fremtidige EU-traktat, endnu ikke trådt i kraft. I den konsoliderede version af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, EUT 2008 C 115, s. 1, nu artikel 4 EU, endnu ikke trådt i kraft.

71 — Jf. dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 48.

72 — Hvorved det andet Teckal-kriterium (udførelse af hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af) i denne henseende tillader en vis overdragelse af opgaver til tredjemand. Man kunne forestille sig en midlertidig kapacitetsudnyttelse, men f.eks. også, således som dommen i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), nævnt ovenfor i fodnote 26, viser, en (lovbestemt) overtagelse af opgaver fra andre offentlige myndigheder (i nævnte tilfælde for alle de selvstyrende regioner i Spanien, hvoraf kun fire af disse deltog med små andele).

73 — Jennert, nævnt ovenfor i fodnote 41, s. 626.

Kommunen kan også vælge at inddrage privat kapital [74] og/eller under udvidelse af sin kontraktmæssige status selv deltage i konkurrence, hvilket indebærer et tab af privilegier [75]. Endelig har kommunen mulighed for at udlicitere kontrakter på klassisk vis eller via privatisering, hvor den under alle omstændigheder ikke nyder nogen privilegier i konkurrenceretlig henseende.

87. Det er ikke altid let for kommuner — og lokale og regionale myndigheder i almindelighed — og navnlig ikke i tider med stramme budgetter, at løse de mange, traditionelle [76] og nye [77] opgaver. Dette er især vanskeligt for de mindre kommuner og mindre lokale og regionale myndigheder [78]. Dertil kommer, at mange opgaver, især på miljø- og trafikområdet, ikke alene er et kommunalt anliggende [79]. Et interkommunalt samarbejde uden inddragelse af privat kapital er som følge af dets synergieffekt en i medlemsstaterne hyppigt anvendt metode til på effektiv og billig vis at udføre almennyttige opgaver [80].

B — *Det andet Teckal-kriterium*

88. Det er i den foreliggende sag ufornødent at behandle det andet kriterium nærmere, idet der ifølge den forelæggende ret ikke er rejst spørgsmål i denne henseende [81].

74 — Og dermed i givet fald under anvendelse af den nødvendige eksterne knowhow.

75 — Jennert, nævnt ovenfor i fodnote 41, s. 626.

76 — Til de mere eller mindre traditionelle opgaver, som kommuner og lokale myndigheder har, hører bl.a. garanti og drift af de såkaldte primære tjenester, såsom f.eks. energi- og vandforsyning, offentlig trafik, renovation, uddannelses- og kulturinstitutioner samt hospitaler (jf. f.eks. Frenz, nævnt ovenfor i fodnote 68, samt Papier: »Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht«, *Deutsche Verwaltungsblätter* (DVBl), 2003, s. 686 ff.).

77 — At give en »statisk« definition på offentlige opgaver af almen interesse ville med urette ikke tage hensyn til, at borgernes krav til deres kommuner ændrer sig med tiden. Hertil kommer, at begrebet »opgaver af almen interesse« ikke blot kan sidestilles med »almindelige offentlige tjenester« i de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter. Således har Domstolen f.eks. i dom af 10.5.2001, forenede sager C-223/99 og C-260/99, Agorà og Excelsior, Sml. I, s. 3605, præmis 33 ff., fastslået, at de aktiviteter, der består i organisering af messer, udstillinger og andre lignende initiativer, imødekommer almenhedens behov, eftersom det ikke kun drejer sig om udstillernes og de handlendes interesser, men derimod også om at stimulere den handel, som borgernes oplyses om [jf. konteksten vedrørende fortolkning af artikel 1, litra b), i direktiv 92/50, nævnt ovenfor i fodnote 15, som vedrørte kvalificeringen som offentligretligt organ, hvilket i Agorà og Excelsior-sagen ikke var tilfældet, da opgaven blev kvalificeret som en »ikke-erhvervs- og ikke-forretningsmæssig opgave«].

78 — Jf. også Kotschy, nævnt ovenfor i fodnote 37, s. 853.

79 — For mange lokale myndigheder er der tale om opgaver, der på regionalt plan overlapper hinanden, f.eks. inden for områder vedrørende den offentlige nærtrafik, landbrugsudvikling og miljøbeskyttelse, hvor det i sagens natur er hensigtsmæssigt at samarbejde. Et eksempel på et sådant samarbejde ses i dommen i sagen Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), nævnt ovenfor i fodnote 26.

80 — Jf. ud over de deltagende regeringers udtalelser også Söbbeke, nævnt ovenfor i fodnote 64, s. 999, og Flömer og Tomerius, »Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?«, *NZBau*, 2004, s. 660 ff., på s. 661.

81 — Den nationale ret, som skal vurdere sagen, kan tilsyneladende aflæse alle nødvendige oplysninger i dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 70: »Såfremt flere myndigheder ejer en virksomhed, kan betingelsen om hovedparten af dens aktivitet være opfyldt, hvis denne virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet, ikke nødvendigvis sammen med den ene eller den anden af disse myndigheder, men sammen med samtlige disse myndigheder.«

V — Forslag til afgørelse

89. Som følge af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de tre præjudicielle spørgsmål fra Conseil d'État således:

»Artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF samt ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling samt princippet om gennemsigtighed er ikke til hinder for, at en kommune uden udbud tilslutter sig et andelsselskab, der udelukkende består af andre kommuner og sammenslutninger af kommuner, med henblik på at overlade andelsselskabet driften af kommunens teledistributionsnet, såfremt den pågældende kommune udøver en kontrol med hensyn til dette andelsselskab svarende til den, som udøves over egne tjenestegrene. Hvis dette andelsselskab udelukkende består af kommuner og kommunesammenslutninger (henholdsvis offentlige myndigheder) — uden inddragelse af nogen form for privat kapital — tyder dette i princippet på, at kravet om en kontrol svarende til den, som udøves over egne tjenestegrene, er opfyldt. I en situation som i den foreliggende skal en kontrol, der udøves gennem flertalsafgørelser over andelsselskabets vedtægtsmæssige organer, bestående af repræsenter for kommunerne og kommunesammenslutningerne, anses for en kontrol svarende til den, der udøves over egne tjenestegrene.«