FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

föredraget den 12 april 2005 [1]

I — Inledning

1. Detta mål om förhandsavgörande avser primärrättens betydelse inom området för offentlig upphandling. Det gäller särskilt frågan vilka skyldigheter för den upphandlande myndigheten som följer av bestämmelserna om de grundläggande friheterna. Målet ger därmed samtidigt domstolen tillfälle att närmare konkretisera sin rättspraxis, särskilt den som utvecklats enligt domen i målet Telaustria och Telefonadress. [2]

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

2. Av intresse inom området för offentlig upphandling är följande sekundärrättsliga rättsakter (nedan kallade direktiven), numera ersatta av nya direktiv (så kallade lagstiftningspaket):

— Av de så kallade klassiska direktiven, rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster [3] (nedan kallat tjänstedirektivet).

— Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna [4] (nedan kallat sektordirektivet).

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745).

3 — EGT L 209, s. 1, senare ändrat; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

4 — EGT L 199, s. 84, senare ändrat; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177.

B — *Nationella bestämmelser*

3. Enligt artikel 22.3 i lag nr 142 av den 8 juni 1990 om lokal självstyrelse [5] var det tillåtet för kommuner och provinser att utföra de lokala offentliga uppgifter som omfattades av deras behörighet på något av de sätt som anges under punkterna a–e, nämligen

a) genom den egna förvaltningen om det på grund av uppgifternas ringa omfattning eller speciella art inte är lämpligt att bilda ett organ eller ett företag,

b) genom tilldelning till tredjeman (koncessioner) om det föreligger tekniska, ekonomiska eller sociala skäl för detta,

c) genom särskilda företag, även för utförande av åtskilliga uppgifter av ekonomiskt och kommersiellt intresse,

d) genom organ, särskilt för utförande av uppgifter utan kommersiellt intresse,

e) genom aktiebolag eller bolag med begränsat ansvar som till största delen är offentligägda, som har bildats av något organ eller som det organ som ansvarar för tillhandahållandet av den offentliga tjänsten har bildat eller är delägare i.

III — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

4. Consorzio Aziende Metano (nedan kallat Co.Na.Me.) slöt med Cingia de' Botti kommun ett "kontrakt för tjänster avseende underhåll, drift och övervakning av nätet för metangas" avseende tiden från och med den 1 januari 1999 till och med den 31 december 2000.

5. I skrivelse av den 30 december 1999 meddelade Cingia de' Botti kommun Co. Na.Me. att kommunfullmäktige genom beslut av den 21 december 1999 hade godkänt "avtalet med Padania Acque SpA för administrationen av tillhandahållandet och underhållet av gasanläggningen". Genom samma beslut godkändes också förslaget till det avtal som kommunen skulle sluta med Padania Acque SpA (nedan kallat Padania).

6. Padania är ett till största delen offentligägt företag som har bildats genom att det tidigare konsortiet Consorzio per l'acqua

5 — GURI nr 135 av den 12 juni 1990. Ifrågavarande lag ersattes av artikel 113 i lagstiftningsdekret (*Decreto legislativo*) nr 267 av den 18 augusti 2000. Denna bestämmelse har sedan ändrats genom artikel 35 första stycket i lag nr 448 av den 28 december 2001 (*legge finanziaria* (finanslag) för år 2002).

potabile (konsortiet för dricksvatten) har övertagits av kommunerna i provinsen Cremona. Nästan alla kommuner i denna provins är delägare i företaget, bland annat Cingia de' Botti kommun, som äger 0,97 procent av kapitalet. Till delägarna hör också provinsen Cremona.

7. Med anledning av sina egenskaper tilldelades Padania det i målet vid den nationella domstolen omtvistade tjänstekontraktet genom en direkt tilldelning enligt artikel 22.3 e i lag nr 142.

8. Co.Na.Me. överklagade kommunens beslut om tilldelning till Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia — Sezione staccata di Brescia och yrkade därvid att beslutet skulle ogiltigförklaras. Nämnda domstol har begärt att EG-domstolen skall meddela förhandsavgörande beträffande följande tolkningsfråga:

"Utgör artiklarna 43 EG, 49 EG och 81 EG, i den del de innehåller ett förbud mot inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium, mot inskränkningar i friheten att inom gemenskapen tillhandahålla tjänster till medborgare i medlemsstater samt mot affärsmetoder och andra ageranden av företag som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom Europeiska unionen, hinder mot bestämmelser om en direkt tilldelning, det vill säga en tilldelning utan meddelande om upphandling, av offentliga tjänstekontrakt avseende gasdistribution, till företag som delvis är kommunalägda, när kommunens andel är så liten att den inte gör det möjligt att utöva en direkt kontroll över företagets verksamhet, och skall det följaktligen anses att villkoren för interntilldelning inte är uppfyllda när, såsom i förevarande fall, kommunens andel motsvarar 0,97 procent av kapitalet?"

IV — Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning

9. Det kan i flera avseenden ifrågasättas om denna begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning i sak.

A — *Artikel 81 EG*

10. Det är tveksamt om tolkningsfrågan kan prövas i sak i den del som den avser artikel 81 EG.

11. Av domstolens fasta rättspraxis framgår att den nationella domstolen är skyldig att klargöra den faktiska och rättsliga bakgrund som har föranlett den att begära tolkning av gemenskapsrätten och att anse det nödvän-

digt att begära förhandsavgörande. [6] Domstolen har sålunda fastställt att det är ett oeftergivligt krav att den nationella domstolen åtminstone förklarar de faktiska omständigheter som ligger till grund för att den begär en förklaring av just dessa regler och vilket samband den nationella domstolen anser finnas mellan dessa regler och de nationella reglerna i den aktuella tvisten. [7]

12. Domstolen har dessutom avgjort att den inte är behörig att meddela ett förhandsavgörande när det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de faktiska omständigheterna eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen. [8]

13. Vad avser frågan om de villkor som enligt domstolens rättspraxis krävs för att en begäran om förhandsavgörande skall kunna tas upp till prövning i sak har uppfyllts kan följande konstateras. Förutom att återge ordalydelsen av artikel 81 EG har den nationella domstolen i beslutet om hänskjutande inte gjort något annat uttalande avseende denna bestämmelse än att den fria konkurrensen är en allmän grundläggande princip i gemenskapsrätten och att ett ingrepp i denna innebär ett mycket speciellt undantag som är tillåtet endast på vissa villkor.

14. Dessa uttalanden i beslutet att begära förhandsavgörande uppfyller emellertid inte de krav på motivering för den begärda tolkningen av en bestämmelse i gemenskapsrätten som har ställts i rättspraxis enligt vad som anförts i det föregående.

15. En tolkningsfråga kan enligt fast rättspraxis dessutom endast tas upp till prövning i sak om beslutet att begära förhandsavgörande innehåller tillräckliga uppgifter om de faktiska omständigheter i målet vid den nationella domstolen som ligger till grund för frågan. [9]

16. I detta hänseende skall en särskilt sträng bedömning göras inom konkurrensrätten, till vilken även förbudet mot karteller i artikel 81 EG hör. [10]

17. Såvitt avser artikel 81 EG uppfyller beslutet att begära förhandsavgörande inte heller villkoret att det skall innehålla tillräckliga uppgifter om de faktiska omständigheterna. I beslutet saknas särskilt uppgifter om de deltagande företagen och om de ageranden som enligt den nationella domstolens mening faller inom tillämpningsområdet för artikel 81 EG.

6 — Beslut av den 12 mars 2004 i mål C-54/03, Austroplant-Arzneimittel (inte publicerat i rättsfallssamlingen), punkt 11, av den 25 juni 1996 i mål C-101/96, Italia Testa (REG 1996, s. I-3081), punkt 6, av den 30 april 1998 i de förenade målen C-128/97 och C-137/97, Testa och Modesti (REG 1998, s. I-2181), punkt 15, samt av den 8 juli 1998 i mål C-9/98, Agostini (REG 1998, s. I-4261), punkt 6.

7 — Beslutet i målet Austroplant-Arzneimittel (ovan fotnot 6), punkt 11, samt beslut av den 7 april 1995 i mål C-167/94, Grau Gomis m.fl. (REG 1995, s. I-1023), punkt 9, och av den 28 juni 2000 i mål C-116/00, Laguillaumie (REG 2000, s. I-4979), punkt 16.

8 — Beslutet i målet Austroplant-Arzneimittel (ovan fotnot 6), punkt 12, samt domar av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 39, och av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital (REG 2002, s. I-607), punkt 19.

9 — Dom av den 26 januari 1993 i målen C-320/90, C-321/90 och C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl. (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1), punkt 6, beslut av den 19 mars 1993 i mål C-157/92, Banchero (REG 1993, s. I-1085), punkt 4, samt besluten i målen Testa och Modesta (ovan fotnot 6), punkt 5, i målet Agostino (ovan fotnot 6), punkt 4, och i målet Austroplant-Arzneimittel (ovan fotnot 6), punkt 10.

10 — Dom av den 13 april 2000 i mål C-176/96, Lehtonen und Castors (REG 2000, s. I-2681), punkt 22, besluten i målen Banchero (ovan fotnot 9), punkt 5, och Laguillaumie (ovan fotnot 7), punkt 19, samt beslut av den 11 februari 2004 i de förenade målen C-438/03, C-439/03, C-509/03 och C-2/04, Antonio Cannito (REG 2004, s. I-1605), punkt 6.

18. Till den del beslutet att begära förhandsavgörande avser tolkning av artikel 81 EG uppfyller det alltså inte villkoren för att kunna tas upp till prövning i sak.

B — *De grundläggande friheterna*

19. Det är emellertid också tveksamt om beslutet att begära förhandsavgörande kan tas upp till prövning i sak i den del det avser bestämmelserna om de så kallade grundläggande friheterna (artiklarna 43 EG och 49 EG).

20. Domstolen har sålunda ansett att en begäran om förhandsavgörande som också kom från Italien och avsåg offentlig upphandling inte kunde prövas i sak, eftersom det företag som ifrågasatte rättsenligheten av ett av en kommun träffat val hade sitt säte i Italien och enbart var verksamt på den italienska marknaden samtidigt som det åberopade etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. Enligt domstolen fanns det i den faktiska situationen inte något anknytningsmoment till de situationer som avses i gemenskapsrätten inom området för den fria rörligheten för personer och tjänster. Om det inte föreligger någon omständighet av gränsöverskridande karaktär och det därför inte finns något anknytningsmoment till de situationer som regleras av gemenskapsrätten inom området för den fria rörligheten för personer och tjänster är bestämmelserna om de grundläggande friheterna inte tillämpliga. Denna slutsats har domstolen dragit i domen i målet RI.SAN. [11]

21. Domstolen har emellertid å andra sidan också funnit att en begäran om förhandsavgörande kan prövas i sak och besvarat tolkningsfrågan genom att hänvisa till tolkning och tillämpning av primärrätten, trots att samtliga omständigheter även i det fallet var hänförliga till en och samma stat. [12] Såvitt avser offentlig upphandling skall i detta hänseende särskilt nämnas domen i målet Telaustria och Telefonadress [13] i vilket parterna vid den nationella domstolen var medborgare i samma medlemsstat. Nämnas skall också domen i målet Buchhändler-Vereinigung [14] i vilken de principer som utvecklats i domen i målet Telaustria och Telefonadress tillämpades. Även parterna i sistnämnda mål var etablerade i samma medlemsstat. Så var fallet också i målet ARGE Gewässerschutz, i vilket domstolen ändå besvarade en fråga om tolkningen av en grundläggande frihet. [15]

22. Frågan är då varför domstolen i de tre sistnämnda målen i sak prövade respektive begäran om förhandsavgörande avseende

11 — Dom av den 9 september 1999 i mål C-108/98, RI.SAN. (REG 1999, s. I-5219), punkt 21 och följande punkter.

12 — Se också dom av den 5 mars 2002 i de förenade målen C-515/99, C-519/99–C-524/99 och C-526/99–C-540/99, Reisch m.fl. (REG 2002, s. I-2157), punkt 24 och följande punkter. Sistnämnda mål rörde dock inte bestämmelserna om offentlig upphandling.

13 — Domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 2).

14 — Beslut av den 30 maj 2002 i mål C-358/00, Buchhändler-Vereinigung (REG 2002, s. I-4685).

15 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz (REG 2000, s. I-11037). Se särskilt den tredje tolkningsfrågan.

tilldelningar trots att omständigheterna liknade dem som förelåg i målet RI.SAN. En tänkbar orsak skulle kunna vara att de hänskjutna frågorna i målen Telaustria och Telefonadress och Buchhändler-Vereinigung uttryckligen avsåg tolkning av direktiven. Till skillnad därifrån avser den nu hänskjutna frågan uttryckligen tolkning av primärrätten, särskilt av bestämmelserna om två grundläggande friheter.

23. Av det sagda skulle man kunna dra slutsatsen att det avgörande för huruvida en tolkningsfråga kan tas upp till prövning i sak är hur den uttryckligen är formulerad, det vill säga om den hänför sig till tolkning av primärrätt eller till tolkning av sekundärrätt. [16]

24. Två skäl talar för att tolkningsfrågan även i detta mål skall kunna tas upp till prövning i sak såvitt den avser de grundläggande friheterna i fråga. Det första skälet är processuellt, det andra materiellt.

25. I processuellt hänseende skall det erinras om att domstolen i ett mål om förhandsavgörande skall ge den nationella domstolen ett ändamålsenligt svar. Detta kan i vissa fall till och med föranleda domstolen att omformulera tolkningsfrågorna. En sådan omformulering är emellertid inte möjlig i detta mål, eftersom frågan uttryckligen avser tolkning av primärrätten och inte av direktiven, vilket den nationella domstolen har bekräftat i svar på en fråga från EG-domstolen.

26. Frågan huruvida det i det nationella målet är fråga om en koncession eller om ett kontrakt i den mening som avses i gemenskapsrätten kan i slutändan lämnas öppen. För domstolen är det nämligen tillräckligt om det föreligger tolkningsfrågor som kan ge domstolen "anledning att beakta andra tolkningsdata som *kan* vara av nytta för tvistens lösning". [17] Att dessa tolkningsdata dessutom *faktiskt* tillämpas på de konkreta omständigheterna i målet vid den nationella domstolen torde alltså inte utgöra något kriterium i detta hänseende.

27. I materiellt hänseende måste man varna för en dogmatisering av den bedömning som gjordes i målet RI.SAN. Särskilt när det gäller bestämmelserna om offentlig upphandling, som är inriktade på att öppna de nationella marknaderna, får det i ett konkret upphandlingsförfarande eller i ett därtill anslutande nationellt prövningsförfarande nämligen inte vara utslagsgivande att alla de som deltar i upphandlingen är etablerade i samma medlemsstat som den upphandlande myndigheten. [18] Detta skulle nämligen också kunna tolkas som ett indicium för att den erforderliga publiceringen av meddelandet

16 — Se däremot dom av den 5 december 2000 i mål C-448/98, Guimont (REG 2000, s. I-10663). I detta mål avsåg den hänskjutna frågan uttryckligen tolkning av primärrätten.

17 — Domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 2), punkt 59. Min kursivering.

18 — Se till exempel också situationen i målet ARGE Gewässerschutz (ovan fotnot 15).

om upphandlingen faktiskt inte har förekommit och att därför ingen utländsk företagare har kunnat delta. Detta gäller inte bara beträffande upphandlingsdirektiven, utan även i fråga om bestämmelserna om de berörda grundläggande friheterna. Det är alltså inte bara de företag som faktiskt deltar i ett upphandlingsförfarande som skall skyddas, utan även de potentiella anbudsgivarna. Redan det förhållandet att anbudsgivare från andra medlemsstater potentiellt berörs innebär därför att det föreligger en gränsöverskridande omständighet och att därmed ett villkor för tillämpning av bestämmelserna om de grundläggande friheterna är uppfyllt.

28. Angivna skäl talar för att tolkningsfrågan skall tas upp till prövning i sak i den del den avser de grundläggande friheter som säkerställs genom artiklarna 43 EG och 49 EG.

V — Prövning i sak

29. Den del i vilken tolkningsfrågan skall tas upp till prövning i sak avser huvudsakligen räckvidden av artiklarna 43 EG och 49 EG, närmare bestämt de krav eller förbud inom området för offentlig upphandling som kan härledas från dessa.

30. Frågan hänför sig därmed till en väsentlig del av de bestämmelser som domstolen har betecknat som "fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet". [19]

A — *Inledande anmärkningar avseende tillämpliga bestämmelser*

31. Den omständigheten att den hänskjutna frågan uttryckligen avser tolkning av vissa bestämmelser i primärrätten innebär emellertid inte automatiskt att dessa också är tillämpliga.

32. Huruvida ifrågavarande primärrättsliga bestämmelser är tillämpliga beror i stället på om den konkreta transaktionen i målet vid den nationella domstolen uppfyller just de villkor som krävs för en sådan tillämpning.

33. Det har därvid inte någon avgörande betydelse att den nationella domstolen har betecknat transaktionen som en koncession ("concessione"). Denna beteckning skulle nämligen även kunna hänföra sig till ett motsvarande begrepp i den nationella lagstiftningen. Det nationella begreppet behöver

19 — Domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 2), punkt 60. Uttalandet har med en annan formulering bekräftats i beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, Vestergaard, (REG 2001, s. I-9505), punkt 20.

dock inte nödvändigtvis överensstämma med det gemenskapsrättsliga. Även om den nationella domstolen skulle ha avsett det gemenskapsrättsliga begreppet koncession betyder detta emellertid inte att detta begrepp också är adekvat för den tilldelning som är omtvistad i målet vid den nationella domstolen.

34. Även om villkoren för tillämpning av sekundärrätten skulle ha uppfyllts kvarstår dock fortfarande ännu en oklarhet, nämligen den som avser frågan av vilket direktiv de faktiska omständigheterna omfattas. Härvid måste det nämligen påpekas att domstolen inte har tillgång till alla relevanta faktiska omständigheter.

35. Eftersom kommuner i egenskap av lokala myndigheter är upphandlande myndigheter i den mening som avses i såväl de klassiska upphandlingsdirektiven som i sektordirektivet måste därför syftet med tilldelningen klarläggas. Detta syfte avgör vilket direktiv som skall tillämpas. [20]

36. Även om det skulle fastslås att sektordirektivet, som är speciellt i förhållande till de andra direktiven, inte är tillämpligt är det fortfarande oklart under vilket av de klassiska upphandlingsdirektiven tilldelningen faller. Avgörande för svaret på denna fråga är föremålet för upphandlingen, det vill säga om denna avser leverans av varor, till exempel energi, eller tillhandahållande av tjänster, till exempel omsorg. Avser upphandlingen ett blandat kontrakt, alltså ett kontrakt som omfattar både varor och tjänster, är enligt artikel 2 i tjänstedirektivet värdet på de olika beståndsdelarna i kontraktet avgörande för vilket direktiv som skall tillämpas.

37. Det framgår visserligen inte av handlingarna att det i målet vid den nationella domstolen är fråga om ett sådant blandat kontrakt men med hänsyn till den berörda medlemsstatens praxis förefaller det inte uteslutet att så är fallet, vilket också framgår av ett av domstolen redan avgjort mål om förhandsavgörande. [21]

38. Som konstaterats redan i domen i det ovannämnda målet RI.SAN. kan domstolen inte undersöka riktigheten av den nationella domstolens påstående att tvisten i målet vid den nationella domstolen inte avser tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt. [22]

39. Även om en konkret tilldelning i princip skulle uppfylla alla villkor för tillämpning av ett av direktiven kan transaktionen i fråga ändå vara undantagen från en sådan tillämpning. I det här aktuella fallet skulle den sålunda kunna omfattas av inte bara ett av de uttryckliga undantagen i direktiven, till

20 — Se i detta hänseende domar av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-3609), och av den 18 november 2004 i mål C-126/03, kommissionen mot Tyskland (REG 2004, s. I-11195).

21 — Beslut av den 14 november 2002 i mål C-310/01, Comune di Udine.

22 — Domen i målet RI.SAN. (ovan fotnot 11), punkt 20.

exempel artikel 13 i sektordirektivet, utan även av något av de oskrivna undantag som domstolen har tillämpat, till exempel det i domen i målet Stadt Halle [23] tolkade Teckalundantaget [24] för så kallade kvasiinterna tilldelningar. Om så vore fallet skulle återigen primärrätt tillämpas.

40. Det sagda skulle också kunna vara ett skäl för att den nationella domstolen har begränsat sin fråga till tolkning av primärrätt.

41. Om i praktiken inget av direktiven skulle vara tillämpligt skulle nämligen de bestämmelser om de grundläggande friheterna enligt vilka medlemsstaterna särskilt är skyldiga att tillämpa likabehandling av andra medlemsstaters aktörer på marknaden och att lämna dessa insyn kunna vara av avgörande betydelse för avgörandet i det aktuella fallet.

B — *De grundläggande friheterna och konkreta skyldigheter*

42. Detta mål gäller frågan vilka skyldigheter för upphandlande myndigheter som kan härledas från de grundläggande friheter som är garanterade i artiklarna 43 EG och 49 EG. Det rör den principiella frågan huruvida det i bestämmelserna om de grundläggande friheterna inte endast fastställs förbud mot inskränkningar i handeln mellan medlemsstaterna, utan också föreskrivs konkreta skyldigheter och i så fall vilka.

43. Många förbud som kan härledas från bestämmelserna om de grundläggande friheterna kan utan svårighet kvalificeras som inskränkningar. Sådana har för övrigt också varit föremål för prövning i otaliga mål vid domstolen. Från området för offentlig upphandling skall här som exempel bara nämnas det förbud, som härleder sig från den fria rörligheten för varor och innebär att "det strider mot artikel 30 i fördraget att en upphandlande myndighet i kontraktshandlingarna till ett offentligt bygg- och anläggningskontrakt för in en klausul enligt vilken produkter av ett visst märke skall användas vid fullgörandet av kontraktet utan att detta krav åtföljs av tillägget 'eller likvärdigt'". [25]

44. En genomgång av situationen i det mål som låg till grund för nyssnämnda uttalande och domstolens bedömning av denna visar emellertid mycket tydligt att ett förbud mot att underlåta att göra något, nämligen att underlåta att göra ett tillägg, också kan uppfattas som ett krav på att göra något, nämligen att göra ett visst tillägg.

23 — Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle (REG 2005, s. I-1).

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

25 — Beslutet i målet Vestergaard (ovan fotnot 19), punkt 24.

45. Om det sagda tillämpas på situationen i målet vid den nationella domstol som nu har begärt förhandsavgörande kan denna bedömas från åtminstone två utgångspunkter. För det första kan man undersöka huruvida bestämmelserna om de grundläggande friheterna, tolkade som inskränkningar, innebär ett förbud mot tilldelning utan meddelande om upphandlingen eller direkt tilldelning. För det andra kan man undersöka om det i bestämmelserna i fråga föreskrivs en viss grad av offentlighet eller en viss publicering. Beroende på om bedömningen anknyts till underlåtenhet att göra något eller till ett aktivt agerande kommer man därigenom fram till om det föreligger en konkret skyldighet eller inte.

46. Det finns emellertid ytterligare ett skäl för att det för att kunna besvara tolkningsfrågan är ovillkorligen nödvändigt att i den aktuella situationen behandla problemet med konkreta skyldigheter.

47. Vid bedömningen av situationen i detta mål kan man nämligen även sätta rätten att avvärja ingrepp i blickpunkten. Den upphandlande myndighetens eller koncessionsgivarens agerande kan nämligen också ses som ett ingrepp i en rättighet som tillkommer någon annan, närmare bestämt som ett ingrepp i företags rätt att delta i en offentlig upphandling eller att lämna ett anbud. Det åligger medlemsstaterna, inklusive den upphandlande myndigheten eller koncessionsgivaren, att sörja för att denna rättighet, som följer av gemenskapsrätten, beaktas.

48. För fullständighetens skull skall det slutligen påpekas att man även skulle kunna analysera den aktuella situationen mot bakgrund av om denna för den berörda lokala myndigheten utlöser en skydds- eller en garantiskyldighet. Det är i varje fall ostridigt att en medlemsstat — och som en sådan skall också den kommun som är part i detta mål räknas — är skyldig att säkerställa de grundläggande friheterna för, i detta fall, företagen, det vill säga de potentiella anbudsgivarna.

49. En väsentlig utgångspunkt för svaret på frågan huruvida bestämmelserna om de grundläggande friheterna överhuvudtaget innefattar några *konkreta skyldigheter* och vad dessa i så fall innebär är domstolens rättspraxis avseende principen om ömsesidigt erkännande.

50. Av denna rättspraxis kan man utläsa att medlemsstaterna är skyldiga att inrätta och tillämpa ett visst förfarande. Kravet på aktiva åtgärder är riktat till lagstiftaren men också till administrationen och rättsväsendet. De bestämmelser som härleder sig från de grundläggande friheterna gäller särskilt vad förfarandet skall omfatta. Det skall sålunda bland annat omfatta en viss prövning. I processuellt hänseende specificeras denna prövning ytterligare genom bestämmelser om det mål som skall uppnås med den och om den metod som skall tillämpas, nämligen en jämförande undersökning av vissa dokument. Dessutom måste varje beslut motive-

ras och kunna bli föremål för rättslig prövning.[26]

51. Dessa bestämmelser kan också tillämpas inom området för offentlig upphandling, eftersom vissa processuella principer skall följas även inom detta. Av domstolens hittillsvarande rättspraxis beträffande ömsesidigt erkännande kan man följaktligen dra slutsatsen att bestämmelserna om de grundläggande friheterna under alla omständigheter också ålägger medlemsstaterna vissa *skyldigheter* med avseende på förfarandet.

52. Ytterligare en primärrättslig rättskälla, utöver bestämmelserna om de grundläggande friheterna, av vilken riktlinjer för processuella regler kan utläsas är artikel 10 EG. Första stycket i denna artikel innehåller entydigt ett till medlemsstaterna riktat krav på agerande ("Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder ..."). Av denna allmänna och mycket principiella bestämmelse kan man åtminstone sluta sig till kravet att processuella regler och därmed även bestämmelserna om offentlig upphandling skall utformas så, att medlemsstaterna uppfyller sina materiella gemenskapsrättsliga skyldigheter.

53. I den mån som vissa skyldigheter kan utläsas av gemenskapsrätten, i detta mål alltså ur bestämmelserna om de grundläggande friheterna, måste medlemsstaterna, inklusive deras kommuner, handla i enlighet därmed även med avseende på kontrakt eller koncessioner, till exempel i fråga om iakttagande av vissa frister eller viss publicering.

54. I samband med artikel 10 EG kan det också hänvisas till de ur denna bestämmelse utvecklade gemenskapsrättsliga likvärdighets- och effektivitetsprinciperna vilka sätter vissa gränser för utformningen av medlemsstaternas processrätt, till vilken även bestämmelserna om upphandlingsförfarandet hör. Dessa principer gäller inte bara rättsskyddet för dem som deltar i upphandlingen utan redan fasen dessförinnan, nämligen genomförandet av upphandlingsförfaranden. Vid tillämpning av effektivitetsprincipen måste emellertid varje fall "bedömas med beaktande av [den nationella bestämmelsens] betydelse inom förfarandet i dess helhet, dess förlopp och dess särdrag ...".[27]

55. Dessa primärrättsliga bestämmelser, som kompletterar de skyldigheter för medlemsstaterna som härleder sig från bestämmelserna om de grundläggande friheterna, har stor betydelse just utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde.

56. Det återstår slutligen att hänvisa till de allmänna rättsgrundsatser av vilka riktlinjer för den nationella processrätten också kan

26 — Dom av den 7 maj 1991 i mål C-340/89, Vlassopoulou (REG 1991, s. I-2357; svensk specialutgåva, volym 11, s. 189), punkt 16 och följande punkter.

27 — Dom av den 10 april 2003 i mål C-276/01, Steffensen (REG 2003, s. I-3735), punkt 66, och av den 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex (REG 2003, s. I-1877), punkt 56.

utläsas och vilka även kan ha betydelse för bestämmelserna om offentlig upphandling. Detta gäller särskilt med avseende på den allmänna likhetsregeln (principen om likabehandling) som går längre än förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet.

C — Skyldigheter som inom området för offentlig upphandling följer av bestämmelserna om de grundläggande friheterna

1) Begränsat giltighetsområde för de grundläggande friheterna

57. Även om man godtar att bestämmelserna om de grundläggande friheterna skall tillämpas avseende upphandlande myndigheter och koncessionsgivare betyder detta ingalunda att varje transaktion därmed omfattas av dem.

58. Det är sålunda inte uteslutet att en upphandlande myndighet eller koncessionsgivare med rätta kan åberopa någon av de många grunder som rättfärdigar att bestämmelserna om de grundläggande friheterna inte tillämpas. Därvid kommer inte endast de grunder som är uttryckligt fastställda i fördraget i fråga, till exempel allmän säkerhet eller allmän hälsa [28], utan även allmänintresset i den mening som angivits i rättspraxis enligt domen i målet Cassis de Dijon.

59. Att rättfärdigandegrunderna principiellt är tillämpliga inom området för meddelande av koncessioner har kommissionen också accepterat i ett av sina meddelanden. [29] Även inom området för offentlig upphandling måste självklart sådana villkor för rättfärdigande som här inte behöver närmare förklaras, till exempel kravet på en nationell åtgärds proportionalitet, vara uppfyllda.

60. Förutom de rättfärdigandegrunder som är hänförliga till de grundläggande friheterna gäller också de undantag som uttryckligen är föreskrivna i fördraget. Även dessa kan vara tillämpliga på meddelande av koncessioner och därmed föranleda att koncessionsgivaren inte är skyldig att tillämpa bestämmelserna om de grundläggande friheterna.

61. Härvid kommer särskilt de bestämmelser som rör olika aspekter på den inre och yttre säkerheten i fråga, till vilka det också hänvisades vid den muntliga förhandlingen.

28 — Såvitt avser etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster anges dessa grunder i artiklarna 45 EG och 55 EG.

29 — Kommissionens meddelande avseende tolkningsfrågor beträffande koncessioner i gemenskapsrätten (EGT C 121, 2000, nr 3.1).

Enligt artikel 296.1 b EG har medlemsstaterna sålunda rätt att vidta vissa åtgärder som är nödvändiga för att de skall kunna värna sin grundläggande säkerhet. Inom området för offentlig upphandling gäller detta i fråga om leveranser av vissa varor inom försvarssektorn. Denna sektor lämpar sig visserligen inte utan vidare för koncessioner men sådana är i varje fall inte uteslutna på grund av gemenskapsrätten.

62. Enligt artikel 297 EG har medlemsstaterna också rätt att i vissa krissituationer tillgripa vissa åtgärder. Även denna bestämmelse är i princip tillämplig också på tillhandahållande av varor och tjänster.

63. Som framgår av framför allt artikel 298 EG är medlemsstaternas behörighet att tillämpa de båda i det föregående nämnda bestämmelserna i fördraget emellertid inte obegränsad. Den är framför allt underkastad kommissionens och domstolens kontroll.

64. Här skall det slutligen hänvisas till ytterligare en primärrättslig bestämmelse som visserligen inte är direkt hänförlig till bestämmelserna om de grundläggande friheterna men vars effekt ändå kan bli ett undantag från skyldigheten att tillämpa dessa. I artikel 86.2 EG föreskrivs nämligen beträffande vissa företag att "reglerna i fördraget", alltså även bestämmelserna om de grundläggande friheterna, skall gälla "i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs". Ett ytterligare villkor är att utvecklingen av handeln inte får påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse. Till skillnad från bestämmelserna i artikel 10 EG som är riktade till medlemsstaterna, riktar sig nu ifrågavarande bestämmelser emellertid endast till företag och närmare bestämt endast till sådana företag som har anförtrotts att tillhandahålla vissa tjänster eller som har monopolställning. Bestämmelserna är därför tillämpliga endast på koncessionsgivare som kan kvalificeras som sådana företag.

65. Såvitt avser det här aktuella målet om förhandsavgörande skall det följaktligen prövas om koncessionsgivaren tillhör någon av de undantagna företagskategorierna. Det skall också prövas i vilken utsträckning förfarandet vid tilldelningen var nödvändigt för att göra det möjligt för koncessionsgivaren att fullgöra sina uppgifter av allmänt intresse på ekonomiskt godtagbara villkor.[30] Den berörda medlemsstaten kan emellertid också åberopa artikel 86 EG för att rättfärdiga överförande av rättigheter till ett företag.[31]

66. Avslutningsvis skall jag behandla den rättspraxis enligt domarna i målen Teckal[32] och Stadt Halle[33] som har nämnts i målet samt det undantag avseende vissa tilldelningar till anknutna företag som föreskrivs i artikel 13 i sektordirektivet.

30 — Dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089), punkt 57, och av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, Corbeau (REG 1993, s. I-2533; svensk specialutgåva, tillägg, s. 77), punkt 16.

31 — Dom av den 23 oktober 1997 i mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna (REG 1997, s. I-5699), punkt 32.

32 — Domen i målet Teckal (ovan fotnot 24).

33 — Domen i målet Stadt Halle (ovan fotnot 23).

67. Enligt nämnda rättspraxis och undantagsbestämmelse får tilldelningar ske utan tillämpning av de klassiska upphandlingsdirektiven och sektordirektivet om vissa (mycket konkreta) villkor är uppfyllda. För tilldelningar som omfattas av något av dessa undantag behöver sekundärrättens bestämmelser om offentlig upphandling alltså inte tillämpas. Då kommer emellertid en tillämpning av primärrätten och därmed även av de bestämmelser om de grundläggande friheter som är relevanta i detta mål automatiskt i fråga.

68. Varken nämnda rättspraxis eller den uttryckliga undantagsbestämmelsen i sektordirektivet innebär emellertid att primärrätten inte är tillämplig. För ett så långtgående undantag från gemenskapsrätten finns det nämligen inte något stöd i vare sig primärrätten eller rättspraxis. Om primärrätten skall tillämpas på den i målet omtvistade tilldelningen saknas det alltså anledning att undersöka betydelsen av såväl nämnda rättspraxis som undantagsbestämmelsen i sektordirektivet, eftersom det i båda fallen är fråga om undantag från tillämpning av sekundärrätten.

2) Kategoriindelning i primärrätten eller ett system med enhetliga regler för alla tilldelningar?

69. Även om det har konstaterats att primärrätten, till exempel bestämmelserna om de grundläggande friheterna, skall tillämpas på en konkret tilldelning, skall det därutöver klarläggas vilka konkreta skyldigheter som åligger den upphandlande myndigheten eller koncessionsgivaren. Det gäller alltså att utreda vilket regelsystem avseende tilldelningar som eventuellt kan följa av bestämmelserna om de grundläggande friheterna.

70. Därvid kan det till en början ifrågasättas om det i bestämmelserna om de grundläggande friheterna överhuvudtaget fastställs ett system, och dessutom ett enhetligt sådant, det vill säga ett system som innebär att samma regler skall tillämpas på alla tilldelningar som omfattas av ifrågavarande bestämmelser. Mycket abstrakt betraktat kan det visserligen förefalla så. De upphandlande myndigheter och koncessionsgivare som inräknas i medlemsstaterna måste sålunda iaktta diskrimineringsförbudet och vissa inskränkningar i etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

71. Enbart den omständigheten att man av bestämmelserna om de grundläggande friheterna inte kan utläsa några tillnärmelsevis så konkreta regler som de som kan utläsas av direktiven talar emellertid emot att samma regler för förfarandet, till exempel för sättet för och innehållet i offentliggörandet, skall gälla för alla slags tilldelningar.

72. För att uppnå ett klart rättsläge och i rättssäkerhetens intresse skulle det visserligen vara en fördel för såväl de upphandlande myndigheterna och koncessionsgivarna som för företagen i egenskap av potentiella anbudsgivare om primärrätten innehöll ett enda system med regler för alla slags tilldel-

ningar eller åtminstone bara några få sådana regler. Man skulle då kunna undvika de problem som i praktiken emellanåt uppkommer genom att det till följd av förhandlingar under pågående förfarande visar sig att en ifrågasatt koncession till slut i stället bör rubriceras som en offentlig upphandling. [34]

73. Å andra sidan är det vid tilldelningar dock en fördel om deltagarna har en viss handlingsfrihet. Sålunda föreskrivs redan i direktiven en rad olika möjligheter för utformning av förfarandet. Motsvarande måste i än högre grad gälla inom primärrättens tillämpningsområde.

74. Problemet är nu hur man kan göra en indelning i kategorier av tilldelningar för vilka vissa regler alltid skall gälla. Man kan i alla händelser varken av ordalydelsen i fördraget eller av rättspraxis avseende de grundläggande friheterna, särskilt inte av den rättspraxis som avser offentlig upphandling, sluta sig till några kriterier för avgränsningen mellan olika kategorier av tilldelningar. Att det är nödvändigt att göra en kategoriindelning följer emellertid redan av proportionalitetsprincipen.

75. Det skulle visserligen vara tänkbart att även i detta sammanhang åberopa undantagen enligt rättspraxis i domarna i de ovannämnda målen Teckal och Stadt Halle och enligt artikel 13 i sektordirektivet i den meningen att mindre strikta regler skulle gälla för tilldelningar som omfattas av dessa undantag. Mot en analog tillämpning av nämnda undantag som ett avgränsningskriterium talar emellertid att det just inte finns något enhetligt primärrättsligt system för tilldelningar från vilket undantag skulle kunna göras.

76. Det kan därför vara ändamålsenligt att åberopa kriterier för att göra en sådan indelning av tilldelningar i kategorier som föreskrivs även i direktiven.

77. En väsentlig faktor är därvid det uppskattade värdet av tilldelningen. [35] Dessutom skall föremålet för tilldelningen beaktas. Hänsyn skall alltså tas till om det är fråga om tjänster, varor eller bygg- och anläggningsarbeten. Inom kategorin tjänster skulle man kunna göra en differentiering i enlighet med tjänstens närmare innehåll på samma sätt som gjorts i direktiven, vilka skiljer mellan undantagna, ej prioriterade och prioriterade tjänster. Vidare skulle man kunna fästa avgörande avseende vid hur komplicerad tilldelningen är, det vill säga om den avser standardiserade varor eller komplexa infrastrukturprojekt för vilka tekniska, rättsliga eller ekonomiska villkor överhuvudtaget inte kan anges i början av upphandlingen.

34 — Kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rättens bestämmelser om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig, punkt 34 och följande punkter.

35 — Gemenskapslagstiftaren har sålunda ansett att de förfaranden som föreskrivs i direktiven inte är tillämpliga på kontrakt av lägre värde (beslut i målet Vestergaard (ovan fotnot 19)), punkt 19.

78. Till grund för den kategoriindelning som finns i direktiven ligger den inom området för offentlig upphandling generellt gällande tanken att vissa tilldelningar är mer relevanta för den inre marknaden än andra, det vill säga är av intresse för en större krets ekonomiska aktörer, närmare bestämt också för företag från andra medlemsstater. Denna aspekt bör vara av betydelse just för tillämpningen av bestämmelserna om de grundläggande friheterna. För att dessa skall kunna tillämpas krävs dock att det föreligger någon gränsöverskridande omständighet.

79. För att kunna avgränsa kategorierna från varandra på så sätt att en viss tilldelning inordnas under en viss kategori och därmed också vissa regler skulle man även i likhet med vad som gjorts i direktiven kunna fästa avgörande vikt vid vissa omständigheter, till exempel förekomsten av en ensamrätt eller en tvingande nödvändighet. Därigenom skulle skyldigheten att publicera ett meddelande om upphandling av tilldelningar som faller inom tillämpningsområdet för bestämmelserna om de grundläggande friheterna till och med kunna bortfalla helt.

80. Ett system som omfattar alla slags tilldelningar men består av flera kategorier, var och en med sina regler, skulle emellertid om det drivs till sin spets till slut kunna resultera i ett primärrättsligt tilldelningssystem som är en efterbildning av direktivens regelsystem med flera nivåer eller närmare bestämt i flera olika system. Den skyldighet att lämna insyn som det är fråga om i detta mål utgör emellertid bara en sida av tilldelningen bland flera som skall regleras.

81. Slutligen skall det hänvisas till effektivitetsprincipen som är tillämplig även i upphandlingsförfaranden. Denna innebär att varje fall måste bedömas med beaktande av den nationella bestämmelsens betydelse inom förfarandet i dess helhet, dess förlopp och särdrag. [36]

3) Primärrättsliga bestämmelser

82. Som utgångspunkt kan det fastslås att man inom primärrättens tillämpningsområde i varje fall inte kan använda samma regler för tilldelningar som de som gäller enligt direktiven. Det är framför allt två skäl som talar emot att i så stor utsträckning göra direktivens regler tillämpliga i primärrätten.

83. För det första skulle därmed de regler som har fastställts enbart för de tilldelningar som omfattas av direktiven komma att gälla utanför tillämpningsområdet för dessa, dessutom utan genomförande av den lagstiftningsprocess som föreskrivs i primärrätten. Detta skulle innebära ett kringgående av den gemenskapsrättsliga lagstiftningsprocessen. För det andra skulle även direktiven, som just innehåller bestämmelser endast beträffande vissa tilldelningar, kringgås.

36 — Dom av den 10 april 2003 i mål C-276/01, Steffensen (REG 2003, s. I-3735), punkt 66, och — särskilt avseende bestämmelserna om offentlig upphandling — av den 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex (REG 2003, s. I-1877), punkt 56.

84. Det skall emellertid först erinras om den omständigheten att de bestämmelser som härleder sig från de grundläggande friheterna principiellt omfattar alla sidor av tilldelningarna. De omfattar sålunda för det första den materiella delen, till exempel beskrivningen av föremålet för en tjänst (bland annat genom tekniska specifikationer eller fastställande av giltighetstiden för en koncession) eller kriterierna för ändamålsenligheten (framför allt kvalifikationer) och för kontraktet, varvid särskilt principen om ömsesidigt erkännande måste beaktas. För det andra omfattar bestämmelserna i fråga också den processuella delen, alltså förfarandet i snävare mening. Dit hör till exempel valet av förfarande, vari även publiceringen av ett meddelande om upphandling ingår, och vilka frister som skall fastställas till exempel för den dag då ansökan om deltagande eller anbud senast skall inges.

85. Förutom den i målet aktuella skyldigheten att lämna insyn kan också den därmed sammanhängande skyldigheten till likabehandling[37], principen om fri konkurrens och proportionalitetsprincipen nämnas som bestämmelser vilka är relevanta även vid tillämpning av primärrätten.

86. Av skyldigheten till likabehandling följer bland annat att valet av koncessionshavare måste ske på objektiva grunder. Detta innebär också att de krav som fastställdes när upphandlingsförfarandet inleddes inte får ändras och att samma krav skall gälla för alla anbudssökande.

87. Eftersom detta mål endast gäller skyldigheten att lämna insyn begränsar jag mig emellertid i det följande till att behandla denna.

a) Insyn

88. För tydlighetens skull måste det först fastslås att skyldigheten att lämna insyn enligt direktiven omfattar fler aspekter än enbart de som är förbundna med publiceringen av meddelanden om upphandlingar. Den omfattar sålunda även bland annat de olika sätt på vilka meddelanden skall publiceras oavsett om det är fråga om ett meddelande om upphandling eller om en anbudsinfordran.

89. I direktiven föreskrivs emellertid därutöver även andra skyldigheter avseende publicering. Ett exempel är skyldigheten att offentliggöra ett meddelande om den tilldelning som upphandlingsförfarandet har lett till. Vidare föreskrivs i direktiven skyldighet att upprätta interna rapporter med bland

37 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3-S (REG 1999, s I-8291), punkt 31, och domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 2), punkt 61.

annat uppgifter om upphandlingen och att bevara viss information. [38] Dessa skyldigheter skulle kunna göras tillämpliga också inom primärrätten.

90. Kravet på insyn utgör dessutom en ledande princip för hela upphandlingsförfarandet. Till insynen hör bland annat att det skall vara möjligt att förstå den upphandlande myndighetens beslut och att upphandlingen generellt skall ske på ett objektivt sätt.

91. I detta mål har domstolen beretts möjlighet att närmare konkretisera sin rättspraxis avseende publiceringsskyldigheten. I det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress har domstolen nämligen principiellt avgjort att "denna skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av *sådan offentlighet* att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska". [39]

92. Utgångspunkt för bedömningen av frågan vad uttrycket "sådan offentlighet" innebär är syftet med den skyldighet att lämna insyn som domstolen skall tolka. Detta syfte är enligt primärrätten liksom enligt direktiven att insynen skall garantera att konkurrensen inte snedvrids och skall bidra till att öppna de nationella marknaderna.

93. Att upphandlingen skall kringgärdas av "sådan offentlighet" föranleder först och främst frågan om huruvida publicering överhuvudtaget måste ske. Det kan sålunda inte uteslutas att en tilldelning i vissa fall bör få ske utan något meddelande om offentlig upphandling. Det som är tillåtet enligt direktiven måste nämligen i än högre grad vara det inom primärrättens tillämpningsområde. För att inte utplåna skillnaden mellan direktiv och primärrätt skulle det vara allt för strängt att kräva att en upphandling får genomföras utan publicering av meddelande om den endast på de villkor som anges i direktiven, eller med andra ord endast om de i direktiven uttömmande uppräknade skälen för att tillåta ett sådant förfarande föreligger. Det skulle också vara alltför strängt att göra tillåtligheten av ett sådant förfarande beroende av att alla potentiella anbudsgivare kontaktas. Om den upphandlande myndigheten eller koncessionsgivaren själv har vänt sig till ett antal potentiella anbudsgivare har kravet på insyn emellertid i varje fall uppfyllts. [40]

94. Omvänt måste det emellertid förhindras att upphandlande myndigheter eller koncessionsgivare missbrukar den handlingsfrihet som har tillerkänts dem. Man skulle därför

38 — Se artikel 12 i tjänstedirektivet och artikel 41 i sektordirektivet.

39 — Domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 2), punkt 62. Min kursivering.

40 — Generaladvokaten Fennelly ansåg i sitt förslag till avgörande i målet Telaustria och Telefonadress, punkt 43, att kravet på insyn är uppfyllt under förutsättning att inte alla eller nästan alla av anbudsgivarna är etablerade i samma stat som den upphandlande myndigheten.

kunna utgå från en principiell primärrättslig publiceringsskyldighet med möjligheter till flera undantag. I så fall skulle den upphandlande myndigheten eller koncessionsgivaren bli skyldig att i det enskilda fallet motivera varför bestämmelsen om publicering inte har iakttagits.

95. Även om man utgår från att det föreligger en principiell publiceringsskyldighet kvarstår dock många obesvarade frågor.

96. Sålunda uppkommer till en början frågan vilket medium som skall användas för publiceringen. För det första måste avgöras vilken geografisk utbredning denna skall ha, det vill säga om den skall ske på lokal, regional eller europeisk nivå. För det andra måste det avgöras vilken typ av medium som skall väljas. Förutom traditionella tryckta medier som tidningar för officiella kungörelser, dagstidningar eller publikationer utgivna inom den berörda ekonomiska sektorn, kommer även elektroniska media som Internet i fråga. Eventuellt kan till och med den ålderdomliga metoden att sätta upp ett meddelande på en anslagstavla komma till användning.[41]

97. Det sätt på vilket meddelandet om upphandlingen offentliggörs utgör emellertid bara en aspekt. Det är dessutom viktigt för den upphandlande myndigheten eller koncessionsgivaren att veta vad som åläggs denne genom bestämmelserna om de grundläggande friheterna med avseende på miniminnehållet i meddelandet. Generellt är kriteriet i detta hänseende att meddelandet måste innehålla all den information som företagen behöver för att kunna avgöra om de vill delta i upphandlingsförfarandet eller lämna anbud. Av bestämmelserna om de grundläggande friheterna kan man dock ingalunda utläsa lika många och generellt gällande konkreta regler vilka sedan i sin helhet bildar en mall för meddelanden som de som föreskrivs i direktiven. Som princip gäller därför också med avseende på miniminnehållet i ett meddelande att det i bestämmelserna om de grundläggande friheterna inte föreskrivs någon skyldighet att alltid ange de uppgifter som föreskrivs i sekundärrättens mall för meddelanden.

98. För såväl sättet för som innehållet i meddelandet gäller emellertid de kriterier som enligt primärrätten tillämpas för att bilda kategorier av tilldelningar och den indelning av tilldelningarna som följer därav.

99. Mot bakgrund av att det inte går att av handlingarna i målet, och särskilt inte av beslutet att begära förhandsavgörande, utläsa alla de faktiska omständigheter som domstolen behöver ha tillgång till för att kunna bestämma om det i målet vid den nationella domstolen har förekommit ett "sådant offentliggörande" av meddelandet som krävs, och med hänsyn till principen att domstolen i ett mål om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG inte är behörig att tillämpa gemens-

41 — Även kommissionen har i sitt meddelande (ovan fotnot 29) ansett detta vara tillåtligt.

kapsrätten på de faktiska förhållandena, ankommer det på den nationella domstolen att avgöra om skyldigheten att lämna insyn har iakttagits i det där anhängiga målet. [42]

100. Den nationella domstolen skall således inom ramen för en marknadsanalys omsorgsfullt undersöka vilka ekonomiska aktörer som med avseende på eventuell konkurrens har intresse av den planerade upphandlingen. Därvid har värdet av och föremålet för tilldelningen en avgörande betydelse.

b) Undantag för kvasiinterna tilldelningar

101. Som jag redan har redovisat kan varken det undantag från tillämpning av sekundärrätten som tillämpats enligt rättspraxis i domarna i de ovannämnda målen Teckal och Stadt Halle eller det i artikel 13 i sektordirektivet föreskrivna undantaget medföra att primärrätten, i detta fall alltså de relevanta bestämmelserna om de grundläggande friheterna, inte är tillämplig.

102. Om den tilldelning som har skett i målet vid den nationella domstolen faktiskt skall kvalificeras som en tjänstekoncession och av den anledningen inte omfattas av direktiven saknas det anledning att ställa frågan om den konkreta tilldelningen är undantagen från tillämpning av direktiven på grund av någon annan omständighet, till exempel därför att den omfattas av något av undantagen enligt rättspraxis eller sektordirektivet. I ett sådant fall är primärrätten nämligen redan av ett annat skäl tillämplig.

103. För övrigt ankommer det i ett mål om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG inte på domstolen att tillämpa gemenskapsrätten på de faktiska omständigheterna. Detta har domstolen understrukit i flera mål avseende upphandling. [43] Det ankommer tvärtom på den nationella domstolen att avgöra om de kriterier som domstolen har fastställt respektive om villkoren i sektordirektivet har uppfyllts i målet vid den nationella domstolen. För att avgöra detta måste den nationella domstolen emellertid först utreda om något av direktiven överhuvudtaget är tillämpligt.

104. Om det är fråga om en tjänstekoncession och direktiven följaktligen inte är tillämpliga är i varje fall de båda undantagen avseende kvasiintern tilldelning inte tillämpliga.

42 — Se i detta hänseende domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 2), punkt 63.

43 — Se i detta hänseende endast domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 2), punkt 63, dom av den 22 maj 2003 i mål C-18/01, Korhonen (REG 2003, s. I-5321), och av den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN AG och Wien-Strom (REG 2003, s. I-14527) samt beslutet i målet Comune di Udine (ovan fotnot 21).

VI — Förslag till avgörande

105. På grund av vad jag har anfört i det föregående föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågan på följande sätt:

"Artiklarna 43 EG och 49 EG skall tolkas så, att de i princip innebär ett krav på insyn. Artiklarna 43 EG och 49 EG utgör emellertid inte alltid hinder mot en direkt tilldelning, det vill säga en tilldelning utan publicering av ett meddelande om upphandling och utan uppmaning till konkurrens. Vid bedömningen av frågan om huruvida en direkt tilldelning är tillåten i ett sådant upphandlingsförfarande som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, ankommer det på den nationella domstolen att inom ramen för en marknadsanalys undersöka vilka ekonomiska aktörer som med avseende på eventuell konkurrens har intresse av den planerade upphandlingen. Därvid skall värdet av och föremålet för tilldelningen ha en avgörande betydelse."