Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 9 juni 2022 [1]

Förenade målen C-383/21 och C-384/21

Société de logement de service public (SLSP) ”Sambre & Biesme”, SCRL (C-383/21)
Commune de Farciennes (C-384/21)
mot
Société wallonne du logement

(begäran om förhandsavgörande från Conseil d’État (Högsta förvaltningsdomstolen, Belgien))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2014/24/EU – Offentlig upphandling – Tjänster, byggentreprenader och projektutveckling – Intern upphandling – Intern enhet som kontrolleras av flera upphandlande myndigheter tillsammans – Direktivets tillämplighet”

1. I Belgien beslutade sig ett allmännyttigt bostadsbolag och en kommun att ingå ett ramavtal om upphandling. Enligt ramavtalet skulle ett kontrakt om tekniskt stöd för bostadsbyggande och ett kontrakt om asbestinventering tilldelas en tredje enhet, som också var offentlig, utan något upphandlingsförfarande.

2. Den myndighet som den vallonska regeringen har gett i uppdrag att utöva tillsyn över de allmännyttiga bostadsbolagens verksamhet ogiltigförklarade det ovannämnda ramavtalet, eftersom den fann att villkoren för direkttilldelning av kontrakt inte var uppfyllda i detta fall.

3. Var och en av de två parter som ingått avtalet överklagade ogiltigförklaringen av det, eftersom de ansåg att direkttilldelningen var förenlig med direktiv 2014/24/EU. [2] Tvisten har nått den högsta förvaltningsdomstolen i Belgien, som begärt förhandsavgörande från EU-domstolen i två separata mål.

[1] Originalspråk: spanska.

[2] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65), i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2170 av den 24 november 2015 (EUT L 307, 2015, s. 5).

I. Tillämpliga bestämmelser. Direktiv 2014/24

4. I skäl 31 anges följande:

”Det råder betydande rättsosäkerhet om i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan enheter inom den offentliga sektorn ska omfattas av regler för offentlig upphandling. Tolkningen av relevant rättspraxis från Europeiska unionens domstol varierar mellan medlemsstaterna och även mellan upphandlande myndigheter. Det är därför nödvändigt att klargöra i vilka fall reglerna om offentlig upphandling inte är tillämpliga på kontrakt som ingås inom den offentliga sektorn.

Ett sådant klargörande bör vägledas av de principer som fastställts i Europeiska unionens domstols relevanta rättspraxis. Enbart det faktum att båda avtalsparterna själva är myndigheter utesluter inte i sig tillämpning av upphandlingsreglerna. Tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling bör dock inte inskränka upphandlande myndigheters frihet att utföra de offentliga uppdrag som åligger dem genom att använda sina egna resurser, vilket innefattar möjligheten att samarbeta med andra myndigheter.

…”

5. I skäl 33 anges följande:

”Upphandlande myndigheter bör kunna välja att tillhandahålla sina offentliga tjänster gemensamt genom samarbete utan skyldighet att använda en viss juridisk form. Ett sådant samarbete kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänster och ansvar som förelagts de deltagande myndigheterna eller som de påtagit sig ansvaret för, t.ex. obligatoriska eller frivilliga uppgifter för lokala eller regionala myndigheter eller tjänster som genom lag ålagts vissa organ. De tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna måste inte nödvändigtvis vara identiska; de kan också komplettera varandra.

Kontrakt för gemensamt tillhandahållande av offentliga tjänster bör inte omfattas av tillämpningen av reglerna i detta direktiv förutsatt att de har ingåtts uteslutande mellan upphandlande myndigheter, att genomförandet av samarbetet endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och att ingen privat tjänsteleverantör gynnas i förhållande till sina konkurrenter.

För att uppfylla dessa villkor bör samarbetet grundas på ett samarbetskoncept. För sådant samarbete krävs inte att alla deltagande myndigheter åtar sig att fullgöra de huvudsakliga avtalsförpliktelserna så länge det finns åtaganden om att bidra till ett fullgörande av den berörda offentliga tjänsten genom samarbete. Genomförandet av samarbetet, inbegripet ekonomiska överföringar mellan de deltagande upphandlande myndigheterna, bör dessutom endast styras av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.”

6. Artikel 12 (”Offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn”) har följande lydelse:

”1. Kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.

b) Den kontrollerade juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utövar kontroll över.

c) Det finns inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

…

3. En upphandlande myndighet som inte utövar kontroll över en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person i den mening som avses i punkt 1 kan emellertid tilldela ett offentligt kontrakt till denna juridiska person utan att tillämpa detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Den upphandlande myndigheten utövar tillsammans med andra upphandlande myndigheter kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar.

b) Den juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning eller för andra juridiska personer som samma upphandlande myndigheter utövar kontroll över.

…

För tillämpningen av första stycket a ska de upphandlande myndigheterna anses utöva gemensam kontroll över en juridisk person om samtliga följande villkor är uppfyllda:

i) Den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan består av representanter från samtliga deltagande upphandlande myndigheter. Enskilda representanter får företräda flera eller samtliga av de deltagande upphandlande myndigheterna.

ii) Dessa upphandlande myndigheter har tillsammans ett avgörande inflytande såväl över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål som över dess viktiga beslut.

iii) Den kontrollerade juridiska personen har inget eget intresse som strider mot de kontrollerande upphandlande myndigheternas intressen.

4. Ett kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv, om samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska fullgöra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.

b) Genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.

c) De deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet.

…”

II. Bakgrund, målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

7. La Société de logement de service public Sambre & Biesme [3] är en offentlig enhet som har den rättsliga formen kooperativt bolag med begränsat ansvar. Dess huvudsakliga aktieägare är kommunerna Farciennes och Aiseau-Presles. Bolaget ingår i ett nät av allmännyttiga bostadsbolag i Vallonien (Belgien).

8. År 2015 beslutade SLSP Sambre & Biesme och Commune Farciennes (kommunen Farciennes) att skapa ett miljökvarter i Farciennes med cirka 150 offentliga och privata bostäder. Med hänsyn till projektets omfattning beslutade parterna att ta hjälp av Intercommunale pour la gestion et la réalisation d’études techniques et économiques, [4] som är en enhet som har den rättsliga formen kooperativt bolag med begränsat ansvar.

9. Igretec ägs uteslutande av offentligrättsliga juridiska personer. År 2016 var över 70 kommuner (däribland Farciennes) och över 50 andra myndigheter andelsägare. Kommunerna hade 5 054 351 andelar med rösträtt och de andra myndigheterna hade 17 126 liknande andelar.

10. Enligt Igretecs stadgar ska kommunerna inneha en majoritet av röstetalet och även inneha ordförandeskapet i olika förvaltningsorgan. De beslut som fattas av dessa organ ska fattas med en majoritet av rösterna bland de medlemmar som är kommuner.

11. Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna ingick i Igretecs styrelse ett kommunalråd i kommunen Farciennes, som också var ledamot av styrelsen för SLSP Sambre & Biesme.

12. Den 29 oktober 2015 beslutade SLSP Sambre & Biesme att köpa en andel i Igretec, till ett värde av 6,20 euro, för att kunna omfattas av bolagets tjänster. Därigenom fick SLSP Sambre & Biesme ställning som medlem i den mellankommunala sammanslutningen, trots att dess andelsinnehav var rent symboliskt. [5]

13. I januari 2017 utarbetade kommunen Farciennes och SLSP Sambre & Biesme ett förslag till ramavtal för att fastställa rättigheter och skyldigheter för respektive part vad gäller utformning och uppförande av miljökvarteret i Farciennes. Där nämns bland annat följande avtalsvillkor:

– Enligt artikel 1 beslutade parterna att gemensamt upphandla tjänster, byggentreprenader och projektutveckling och att kommunen Farciennes skulle vara upphandlande myndighet, handla för parternas räkning och ensam fatta alla beslut om tilldelning av kontrakt.

– I artikel 5 [6] anges att ”parterna är eniga om att kommunen Farciennes ska ingå ett biståndsavtal med Igretec … i fråga om projektledning, juridiska tjänster och tjänster på miljöområdet, allt inom den interna förbindelse som sammanlänkar var och en av parterna med Igretec”.

[3] Det allmännyttiga bostadsbolaget Sambre & Biesme (nedan kallat SLSP Sambre & Biesme).

[4] Mellankommunal sammanslutning för förvaltning och genomförande av tekniska och ekonomiska studier (nedan kallad Igretec).

[5] Det uppgick till 0,0000000197 % av de andelar som ger rösträtt (s. 26 i beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-383/21) och till 0,0000049 % av andelarna (s. 39 i beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-384/21).

[6] Den har rubriken ”Hjälp med projektledning vad avser upphandling av tjänster, byggentreprenader och projektutveckling samt för att genomföra projektet att ge nytt liv åt staden”.

– För att enas om besluten vid genomförandet av ramavtalet, angavs i bilagan till avtalet att en ledningskommitté skulle inrättas.[7]

– Trots att Igretec inte var part i ramavtalet skulle bolaget ansvara för dess sekretariat, förutom att det var representerat i ledningskommittén.

14. Den 9 februari 2017 beslutade styrelsen för SLSP Sambre & Biesme: a) ”att godkänna ingåendet av ett ramavtal om gemensam upphandling med kommunen Farciennes”, och b) ”att inte konkurrensutsätta det offentliga kontraktet för asbestinventering”, för vilket den tidigare hade godkänt den särskilda kravspecifikationen, ”med hänsyn till den interna förbindelsen mellan [SLSP Sambre & Biesme] och Igretec”. Denna kravspecifikation beskrivs som den första etappen i genomförandet av miljökvartersprojektet i Farciennes.

15. Den 10 februari 2017 överklagade kommissarien vid den SWL som utövar tillsyn över SLSP Sambre & Biesme de två ovannämnda besluten (nedan kallade de omtvistade besluten) till SWL. SWL utövar tillsyn över de allmännyttiga bostadsbolagen för den vallonska regeringens räkning.

16. Den 25 februari 2017 ogiltigförklarade och upphävde SWL de omtvistade besluten på grund av att SLSP Sambre & Biesme utan upphandlingsförfarande hade tilldelat Igretec kontraktet om tekniskt stöd (artikel 5 i ramavtalet) och kontraktet om asbestinventering.

17. SWL anser att

– det skäligen kan betvivlas att SLSP Sambre & Biesme har ett avgörande inflytande över Igretec, i synnerhet som SLSP Sambre & Biesme endast äger en andel i Igretecs aktiekapital och att kommuner enligt Igretecs stadgar ska ha majoritetsinflytande,

– den omständigheten att kommunen Farciennes har utsetts till upphandlande myndighet i en pilotomgång (artikel 1 i ramavtalet) inte är tillräcklig för att rättfärdiga att Igretec direkt har tilldelats kontrakt på de olika ramavtalsparternas vägnar, även om det är kommunen Farciennes som i sina förbindelser med Igretec individuellt omfattas av det undantag som gäller i fråga om intern upphandling. Inom en gemensam upphandling samlar sig de olika partnerna med avseende på utformning och beställningar, men de sedvanliga upphandlingsförfarandena måste iakttas av varje partner.

18. Eftersom SWL:s beslut kan överklagas till förvaltningsdomstol, överklagade SLSP Sambre & Biesme och kommunen Farciennes var och en för sig de omtvistade besluten.

19. Conseil d’État (Högsta förvaltningsdomstolen, Belgien), som ska pröva dessa överklaganden, har begärt förhandsavgörande från EU-domstolen i två olika mål.

20. I det första målet (mål C-383/21) har Conseil d’État (Högsta förvaltningsdomstolen) ställt följande frågor:

”1) Ska artikel 12.3 i … direktiv 2014/24/EU … tolkas så, att den har direkt effekt?

[7] Ledningskommittén består av fyra representanter för kommunen Farciennes, två representanter för SLSP Sambre & Biesme, två representanter för Igretec och två representanter för Société wallonne du logement (Valloniens bostadsnämnd, nedan kallad SWL). Kommitténs beslut ska uppnås genom konsensus.

2) Ska, i händelse av att den första frågan ska besvaras jakande, ovan nämnda artikel 12.3 i direktiv 2014/24/EU tolkas så, att villkoret för en upphandlande myndighet, i förevarande fall ett allmännyttigt bostadsbolag, att vara företrädd inom den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan, i förevarande fall en kooperativ mellankommunal sammanslutning, är uppfyllt av det enda skälet att en person som sitter i styrelsen för denna kooperativa mellankommunala sammanslutning i sin egenskap av kommunalråd i en annan deltagande upphandlande myndighet, i förevarande fall en kommun, på grund av rent faktiska förhållanden och utan rättslig garanti i fråga om sin roll som företrädare, även är styrelseledamot inom det allmännyttiga bostadsbolaget samtidigt som kommunen är både andelsinnehavare (inte ensamägare) i den kontrollerade enheten (en kooperativ mellankommunal sammanslutning) och aktieägare i det allmännyttiga bostadsbolaget?

3) Ska det, i händelse av att den första frågan ska besvaras nekande, anses att en upphandlande myndighet, i förevarande fall ett allmännyttigt bostadsbolag, 'deltar' i den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan, i förevarande fall en kooperativ mellankommunal sammanslutning, av det enda skälet att en person som sitter i styrelsen för denna kooperativa mellankommunala sammanslutning i sin egenskap av kommunalråd i en annan deltagande upphandlande myndighet, i förevarande fall en kommun, på grund av rent faktiska förhållanden och utan rättslig garanti för sin företrädande roll, även är styrelseledamot inom det allmännyttiga bostadsbolaget samtidigt som kommunen är både andelsinnehavare (inte ensamägare) i den kontrollerade enheten (en kooperativ mellankommunal sammanslutning) och aktieägare i det allmännyttiga bostadsbolaget?"

21. I det andra målet (mål C-384/21) har den hänskjutande domstolen förutom de ovannämnda frågorna ställt följande frågor:

"4) Ska artikel 12.4 i … direktiv 2014/24/EU … tolkas så, att den har direkt effekt?

5) Ska, i händelse av att den fjärde frågan ska besvaras jakande, nämnda artikel 12.4 i direktiv 2014/24/EU tolkas så, att det genom denna är tillåtligt att utan föregående konkurrensutsättning tilldela en upphandlande myndighet, i förevarande fall ett mellankommunalt kooperativt bolag, stödjande uppdrag i form av projektledning, juridiska tjänster och tjänster på miljöområdet på grund av att dessa uppdrag ingår i ett samarbete mellan två upphandlande enheter, i förevarande fall en kommun och ett allmännyttigt bostadsbolag, i den mån det är ostridigt att kommunen utövar en gemensam intern kontroll över det mellankommunala kooperativa bolaget och att kommunen och det allmännyttiga bostadsbolaget är medlemmar i det mellankommunala kooperativa bolaget på verksamhetsområdet 'konstruktionskontor och förvaltningsenheter samt inköpscentral' inom dess företagsändamål, vilket just avser de uppdrag som dessa vill tilldela det kooperativa bolaget och som sammanfaller med verksamheter som på marknaden utförs av konstruktionskontor och förvaltningsenheter som är specialiserade på utformning och genomförande av projekt?"

III. Förfarandet vid EU-domstolen

22. Begärandena om förhandsavgörande registrerades vid domstolen den 24 juni 2021. Målen förenades vad gäller det skriftliga och det muntliga förfarandet samt domen.

23. Skriftliga yttranden har getts in av SLSP Sambre & Biesme, kommunen Farciennes, den belgiska regeringen och kommissionen. Samtliga deltog i den muntliga förhandlingen den 30 mars 2022.

IV. Bedömning

A. Inledning

24. På uppmaning av domstolen behandlas i detta förslag till avgörande bara fråga 1 i de båda målen och fråga 4 och 5 i mål C-384/21.

B. Tolkningsfråga 1 i mål C-383/21 och tolkningsfrågorna 1 och 4 i mål C-384/21

25. Den hänskjutande domstolen förklarar att den belgiska lag genom vilken direktiv 2014/24 införlivas med belgisk rätt ännu inte hade trätt i kraft vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet, trots att fristen för införlivande hade löpt ut. [8]

26. Klagandena i respektive mål har gjort gällande att artikel 12.3 och 12.4 i direktiv 2014/24 har direkt effekt, eftersom den innehåller ovillkorliga och tillräckligt exakta bestämmelser som ger upphov till rättigheter för enskilda som dessa kan göra gällande gentemot staten och alla dess förvaltningsorgan. [9]

27. Den belgiska regeringen och kommissionen [10] är av motsatt uppfattning. De menar att artikel 12.3 och 12.4 i direktiv 2014/24 inte uppfyller villkoren för att ha direkt effekt, i korthet av följande skäl:

– De upphandlande myndigheter och offentligrättsliga organ som omfattas av direktiven om offentlig upphandling, är inte ”enskilda” innehavare av rättigheter som de kan göra gällande gentemot staten.

– Dessa bestämmelser föreskriver inte någon skyldighet för staten att handla eller underlåta att handla, till förmån för de ekonomiska aktörerna.

28. Det resultat som jag förespråkar nedan (att artikel 12.3 och 12.4 i direktiv 2014/24 ska tillämpas i förevarande mål), kan i praktiken uppnås, antingen genom att medge att den eventuella direkta effekten av dessa punkter gynnar de offentliga enheterna i fråga, som får åberopa den gentemot staten, eller genom att helt enkelt göra gällande att dessa enheter var bundna av bestämmelserna i fråga, eftersom direktivet inte hade införlivats inom utsatt tid. Jag anser att det sistnämnda alternativet är det riktiga.

[8] Fristen för att införliva direktiv 2014/24 med nationell rätt löpte ut den 18 april 2016. Den belgiska lag genom vilken direktivet införlivades antogs den 17 juni 2016. Den är tillämplig från och med den 30 juni 2017, efter att ett genomförandedekret trätt i kraft den 18 april 2017.

[9] Kommunen Farciennes yttrande, punkt 33 och följande punkter, och SLSP Sambre & Biesmes yttrande, punkt 34 och följande punkter.

[10] Den belgiska regeringens yttrande, punkt 17 och följande punkter samt punkt 80 och följande punkter, och kommissionens yttrande, punkt 12 och följande punkter. SWL hade intagit samma ståndpunkt vid den hänskjutande domstolen.

1. Direkt effekt, ovillkorlig karaktär och möjlighet för myndigheterna att åberopa artikel 12.3 och 12.4 i direktiv 2014/24

29. Enligt min uppfattning är det synsätt som ligger till grund för dessa tolkningsfrågor inte det allra lämpligaste. Om så hade varit fallet skulle svaret ha överensstämt med det som SWL förespråkade i den ursprungliga tvisten och som den belgiska regeringen och kommissionen förespråkar i förevarande mål.

30. Som stöd för detta vill jag erinra om att den så kallade doktrinen om den direkta effekten, som domstolen har utvecklat med avseende på direktiven och som i första hand syftar till att skydda enskilda, gör det möjligt för dessa att utöva rättigheter som direktiven tillerkänner dem som de inte kan göra gällande på annat sätt, på grund av att de genomförandeåtgärder som krävs inte har vidtagits på nationell nivå.

31. Av domstolens fasta praxis rörande direktivens direkta effekt följer vem som får åberopa denna direkta effekt och på vilka villkor. Det gäller i synnerhet direktiv som inte har införlivats i tid eller som införlivats felaktigt.

32. I sin nyligen meddelade dom av den 8 mars 2022 slog domstolen fast följande:

– ”… enskilda, i alla de fall då bestämmelserna i ett direktiv med avseende på sitt innehåll framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa, har rätt att åberopa dem inför den nationella domstolen gentemot staten, när denna inte har införlivat direktivet med nationell rätt inom utsatt tid eller inte har införlivat det på ett korrekt sätt …” [11]

– ”… en unionsrättslig bestämmelse … är [för det första] ovillkorlig om den anger en skyldighet som inte är förenad med något villkor och inte heller, för att kunna verkställas eller medföra verkningar, kräver några ytterligare åtgärder från unionsinstitutionernas eller medlemsstaternas sida, [för det andra] tillräckligt preciserad för att kunna åberopas av en enskild och tillämpas av en domstol om bestämmelsen på ett klart sätt anger en skyldighet …” [12]

– ”… även om medlemsstaterna enligt ett direktiv har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när de antar närmare bestämmelser för att genomföra direktivet, kan en bestämmelse i detta direktiv anses vara ovillkorlig och precis, om medlemsstaterna i bestämmelsen på ett klart sätt åläggs en skyldighet som ska leda till ett preciserat resultat och som inte är förenad med något villkor angående tillämpningen av den regel som anges däri …” [13]

33. Mot bakgrund av detta anser jag att offentliga enheter, som liksom kommunen Farciennes och SLSP Sambre & Biesme helt enkelt utgör en del av staten i vid mening, inte får åberopa att artikel 12 i direktiv 2014/24 (hypotetiskt sett) har direkt effekt gentemot staten.

34. Även om det skulle godtas att punkterna 3 och 4 i den artikeln har en ”tillräckligt preciserad” formulering, kan det knappast hävdas att den är ”ovillkorlig” och ålägger medlemsstaterna en otvetydig skyldighet. Tvärtom medger den att medlemsstaterna, om de finner det lämpligt, undantar avtal mellan enheter i den offentliga sektorn från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24.

[11] Dom meddelad i målet Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Direkt effekt) (C-205/20, EU:C:2022:168, punkt 17).

[12] Ibidem, punkt 18.

[13] Ibidem, punkt 19.

35. Domstolen har förklarat att artikel 12.1 i direktiv 2014/24, ”som … begränsar sig till att precisera de villkor som en upphandlande myndighet ska uppfylla när den önskar ingå en intern transaktion, … endast [innebär] att medlemsstaterna har *befogenhet* att utesluta en sådan transaktion från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24”. [14]

36. På samma sätt har domstolen slagit fast att direktiv 2014/24 ”inte medför någon skyldighet för medlemsstaterna att använda sig av ett förfarande för offentlig upphandling” och det innebär inte heller att ”medlemsstaterna är skyldiga att genomföra en intern transaktion när villkoren i artikel 12.1 är uppfyllda”. [15] Samma sak gäller för punkterna 3 och 4 i den artikeln.

37. Detta konstaterande är förenligt med medlemsstaternas frihet ”att välja hur de tjänster ska tillhandahållas som ska tillgodose de upphandlande myndigheternas egna behov”. [16]

38. Vidare får, som nämnts, kommunala enheter och offentligrättsliga organ (även om de har bolagsform) göra gällande att artikel 12.3 och 12.4 i direktiv 2014/24 har ”direkt effekt” gentemot staten. I sina förbindelser med de statliga organ som kontrollerar deras beslut, är de kommunala enheterna inte ”enskilda” som får åberopa en sådan effekt.

39. Av dessa skäl anser jag att det i förevarande mål inte behöver lämnas något svar rörande den direkta effekten av artikel 12.3 och 12.4 i direktiv 2014/24. Om domstolen trots det beslutar sig för att pröva denna fråga, vilken var föremål för en omfattande diskussion vid förhandlingen, så är jag av samma uppfattning som den belgiska regeringen och kommissionen.

40. Artikel 12 i direktiv 2014/24 föreskriver minimivillkoren för en befogenhet, vars utövande medlemsstaterna som nämnts får utesluta helt och hållet. Om de inte väljer att utesluta den, är det enda tänkbara fall då artikel 12 kan ha direkt effekt (vilket bara kan göras gällande av en ekonomisk aktör som anses ha lidit skada), när en upphandlande myndighet försöker kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling och genomföra en intern transaktion eller ett horisontellt samarbete där de minimivillkor som föreskrivs i den artikeln inte är uppfyllda.

2. Tillämpning av artikel 12.3 och 12.4 i direktiv 2014/24 på myndigheter

41. Det ovan anförda innebär emellertid inte att artikel 12.3 och 12.4 i direktiv 2014/24 inte skulle vara tillämplig i förevarande mål.

42. Att myndigheter omfattas av artikel 12.3 och 12.4 innan direktivet har införlivats beror inte på den direkta effekt som dessa bestämmelser eventuellt har, utan på ”skyldigheten för alla statliga myndigheter att iaktta bestämmelserna i direktiven (artikel 288 tredje stycket FEUF) samt att samarbeta lojalt och säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av institutionernas rättsakter (artikel 4.3 FEU)”. [17]

[14] Dom av den 3 oktober 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, punkt 43) (nedan kallad domen Irgita). Min kursivering. Senare, beslut av den 6 februari 2020, Pia Opera Croce Verde Padova (C-11/19, EU:C:2020:88, punkterna 40–46).

[15] Domen Irgita, punkt 46.

[16] Ibidem, punkt 45, med hänvisning till skäl 5 i direktiv 2014/24 där det anges att ”ingenting i detta direktiv ålägger medlemsstaterna att använda underleverantörer eller lägga ut tillhandahållandet av tjänster som de själva önskar tillhandahålla på entreprenad eller organisera på annat sätt än genom offentliga kontrakt i den mening som avses i detta direktiv”.

[17] Jag följer här förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet Portgás (C-425/12, EU:C:2013:623, punkt 52).

43. Det adekvata svaret på den första tolkningsfrågan i respektive begäran om förhandsavgörande bör således i första hand inriktas på myndigheternas bundenhet av direktiv 2014/24 (eller dess *tvingande* verkan, som kommissionen uttryckte det vid förhandlingen) när det ännu inte hade införlivats trots att fristen hade löpt ut.

44. Domstolen har bekräftat att det förhåller sig så. [18]

45. Vad beträffar de upphandlande myndigheter som är involverade i dessa två mål, vars offentligrättsliga karaktär är oomtvistad, innebär det att de var bundna av direktiv 2014/24 från och med den tidpunkt då det skulle ha införlivats. [19]

46. Eftersom direktiv 2014/24 inte hade införlivats, och oberoende av huruvida artikel 12.3 och 12.4 i direktivet hade direkt effekt så att de kunde åberopas av enskilda gentemot myndigheter eller enheter som hör under dessa, var myndigheterna när de handlade som upphandlande myndigheter skyldiga att underkasta sig de villkor som föreskrivs i den bestämmelsen.

47. Om kommunen Farciennes och SLSP Sambre & Biesme, för att få tillgång till de tjänster de behövde för att kunna genomföra projekten, föredrog att inte vända sig till marknaden och ville undvika att använda sig av sedvanliga offentliga upphandlingsförfaranden, omfattades de vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna av de villkor som föreskrivs i artikel 12 i direktiv 2014/24.

48. När direktivet väl har införlivats ska vertikalt (internt) och horisontellt samarbete mellan offentliga enheter inte omfattas av de offentliga upphandlingsfarandena, om medlemsstaten utnyttjar sin frihet och väljer att använda sig av de möjligheter den enligt artikel 12 i direktiv 2014/24 har att göra undantag från direktivets tillämpningsområde, så som domstolen har tolkat den. [20]

49. Det innebär att när en medlemsstat har valt att tillåta de mekanismer för samarbete mellan myndigheter som är undantagna från de formaliserade förfarandena i direktiv 2014/24, måste de upphandlande myndigheterna där uppfylla kraven i artikel 12.3 och 12.4 om de inte vill vända sig till marknaden för att få tillgång till vissa varor eller tjänster.

A. Tolkningsfråga 5 i mål C-384/21

1. Syfte

50. Den femte tolkningsfrågan i mål C-384/21 handlar om det undantag från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24 som avses i artikel 12.4.

[18] Dom av den 12 december 2013, Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punkt 34).

[19] Efter ett (korrekt) införlivande gäller de bestämmelser om offentlig upphandling och undantagen från dem som föreskrivs i den nationella lagstiftningen. Vid förhandlingen uppgavs att den belgiska lagstiftaren i lagen av den 17 juni 2016 i allt väsentligt har avspeglat innehållet i artikel 12 i direktiv 2014/24. Det hade den emellertid inte behövt göra. Det är således (teoretiskt) möjligt att införliva direktivet utan att använda sig av den rätt att göra undantag som föreskrivs i artikel 12.

[20] Det brukar ofta krävas att denna tolkning ska vara restriktiv, med hänvisning till att de fall som avses i artikel 12 i direktiv 2014/24 utgör ”undantag” eller ”avsteg” från dess tillämpning. Utan att här gå in på vilken inriktning tolkningen bör ha, vill jag understryka att den artikeln avgränsar direktivets tillämpningsområde. Den utgör inte ett undantag från detta i egentlig mening (se mitt förslag till avgörande i målet Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, punkterna 37 och 38)).

51. Till skillnad från det undantag som avses i artikel 12.2 och 12.3 i direktiv 2014/24, enligt vilken en upphandlande myndighet (eller flera) ska utöva kontroll över den som tilldelas det offentliga kontraktet, bygger undantaget i artikel 12.4 på ett samarbete mellan upphandlande myndigheter mellan vilka det inte finns något kontrollförhållande.

52. Tolkningsfrågan bygger på de argument som kommunen Farciennes har anfört i andra hand, för det fallet att det skulle slås fast att villkoren i artikel 12.3 i direktivet inte är uppfyllda, mot bakgrund av förhållandet mellan SLSP Sambre & Biesme och Igretec. [21]

53. Kommunen Farciennes har gjort gällande att även om det inte skulle föreligga någon sådan kontroll som avses i artikel 12.3, kan det ändå ske ett horisontellt samarbete mellan upphandlande myndigheter, enligt artikel 12.4 i direktiv 2014/24. Enligt kommunen Farciennes är dess samarbete med SLSP Sambre & Biesme och Igretec av den karaktären.

54. Att döma av dess yttrande förespråkar kommunen Farciennes två olika sätt att se på förbindelserna mellan de berörda offentliga enheterna:

– Enligt det första sättet, som är det som kommunen Farciennes tycks föredra, finns det ett horisontellt samarbete som enligt kommunen Farciennes och SLSP Sambre & Biesme syftar till att genomföra planen för skapandet av miljökvarteret och, enligt Igretec, till att utföra dess uppdrag till förmån för medlemmarna, vilket utgörs av att bidra till deras projekt. Avtalet mellan parterna syftar således till att uppnå gemensamma mål. [22]

– Enligt det andra sättet innebär det interna förhållandet mellan kommunen och Igretec att när kommunen anlitar Igretec för att utföra vissa tjänster använder den sig av sina egna förvaltningar, vilket bör beaktas inom ramen för dess samarbete med SLSP Sambre & Biesme. [23]

55. I båda dessa kombinationer omfattas förbindelserna av artikel 12.4 i direktiv 2014/24. Följaktligen behöver det inte göras någon offentlig upphandling.

2. Samarbetet i artikel 12.4 i direktiv 2014/24

56. Enligt artikel 12.4 omfattas ett offentligt kontrakt inte av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24 om de tre kumulativa villkor som anges i led a, b och c i den bestämmelsen är uppfyllda. [24]

57. Den nationella domstolens osäkerhet rör begreppet ”samarbete” i den mening som avses i den artikeln, vilket ska ges en självständig tolkning. [25]

[21] Av det sätt på vilket frågan är formulerad framgår att den hänskjutande domstolen anser att kommunen Farciennes utövar en kontroll över Igretec som motsvarar den som den utövar över sina egna förvaltningar, vilket inte är fallet när det gäller förhållandet mellan SLSP Sambre & Biesme och Igretec.

[22] Kommunen Farciennes yttrande, punkt 115 och följande punkter, i synnerhet punkterna 143 och 145.

[23] Ibidem, punkt 115 och följande punkter, i synnerhet punkterna 139 och 140.

[24] Utöver dessa villkor ska ett samarbete mellan myndigheter under alla förhållanden iaktta de grundläggande reglerna i FEUF, bland annat reglerna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster, samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och insyn. Beträffande förbudet mot ett samarbete mellan upphandlande myndigheter som leder till att ett privat företag gynnas i förhållande till sina konkurrenter, se dom av den 28 maj 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punkt 63 och följande punkter samt punkt 3 i domslutet).

[25] Dom av den 4 juni 2020, Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436, punkt 24) (nedan kallad domen Remondis II).

58. Jag har vid ett tidigare tillfälle [26] påpekat att bestämmelsen avspeglar domstolens praxis före kodifieringen, men att den går längre än så. Den preciserar nämligen denna praxis och gör den mer flexibel, så att villkoren i den i viss mån liknar villkoren i de andra formuleringar som gör det möjligt att utesluta vissa kontrakt med enheter inom den offentliga sektorn från direktiv 2014/24. [27]

59. Så här förklaras följande egenskaper hos ett horisontellt samarbete som inte omfattas av de formaliserade offentliga upphandlingsförfarandena, enligt direktiv 2014/24:

– Det krävs inte, vilket var fallet i tidigare rättspraxis, [28] att samarbetet syftar till att utföra ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för alla deltagande upphandlande myndigheter. [29]

– Det godtas att samarbetet rör (eller tar sig uttryck i) verksamheter som är underordnade offentliga tjänster, förutsatt att de bidrar till att tjänsterna faktiskt utförs. [30]

– De tjänster som tillhandahålls av de upphandlande myndigheterna måste inte nödvändigtvis vara identiska. Så länge kravet på gemensamma mål är uppfyllt, vilka dessutom ska vara allmännyttiga, får tjänsterna komplettera varandra. [31]

[26] Förslag till avgörande i målet Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, punkterna 26–28).

[27] Före direktiv 2014/24 hade domstolen inte godtagit ett horisontellt samarbete vid direkttilldelning av kontrakt rörande tjänster som var underordnade en offentlig tjänst, som utförande av arkitektstudier och tekniska studier eller kontorsstädning: se dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817), beträffande de förstnämnda, och dom av den 13 juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), beträffande den sistnämnda. Det skulle emellertid kunna hävdas att skälet till att domstolen inte godtog detta inte var att det rörde sig om en underordnad tjänst, utan att avtalet mellan parterna inte syftade till att fullgöra ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt: jag hänvisar till punkt 34 i domen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. och till punkt 39 i domen Piepenbrock. Under alla förhållanden har denna begränsning försvunnit i det nu gällande direktivet.

[28] Förutom de domar som nämns i föregående fotnot, se dom av den 9 juni 2009, kommissionen/Tyskland (C-480/06, EU:C:2009:357, punkt 37), och dom av den 8 maj 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, punkt 35). Detta angav även kommissionen i artikel 11.4 a i dess förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(/2011) 896 slutlig).

[29] Dom av den 28 maj 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punkterna 57 och 58 och domslutet).

[30] Ibidem, punkterna 59 och 60 och domslutet. I punkterna 84 och 85 i mitt förslag till avgörande i det målet (C-796/18, EU:C:2020:47), gjorde jag gällande att de underordnade verksamheterna ska ha ”direkt anknytning till och [vara] oskiljbara från den offentliga tjänsten” och ha ”en sådan stark instrumentell karaktär att själva tjänsten är beroende av dem för att kunna utföras som en offentlig tjänst”. Även om domstolen använder sig av en annan formulering, anser jag inte att den är mindre sträng.

[31] Som exempel på komplementära tjänster kan nämnas insamling och behandling av avfall, vilka avsågs i dom av den 9 juni 2009, kommissionen/Tyskland (C-480/06, EU:C:2009:357), eller undervisning och forskning vid offentliga universitet, vilket generaladvokaten Mengozzi påpekade i sitt förslag till avgörande i målet Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:23, punkt 59). I praktiken kan den flexibilitet som direktiv 2014/24 ger visa sig vara verkningslös, eftersom skillnaden i innehållet i de tjänster som respektive upphandlande myndighet ansvarar för inte gör det möjligt för dem att ange *gemensamma* mål för dem alla. I det fallet saknas det en faktor som är nödvändig för samarbetet. Det är även tänkbart att denna skillnad gör att tjänsterna inte kan tillhandahållas *genom samarbete*, på grund av att en upphandlande myndighet inte har något intresse av de tjänster som den andra tillhandahåller, eller på grund av att komplementariteten inte är ömsesidig utan ensidig. Om förbindelsen mellan parterna då begränsar sig till att den upphandlande myndighet som har intresse av den andra myndighetens tjänst köper den i utbyte mot ett vederlag, föreligger det inget samarbete i den mening som avses i artikel 12.4 i direktiv 2014/24. Sannolikt föreligger det inte heller någon interaktion som styrs *enbart av överväganden som sammanhänger med allmänintresset*, vilket krävs enligt led b i samma punkt: att ta betalt för att tillhandahålla en tjänst är inte ett mål av allmänt intresse. Uttrycket komplementära tjänster (närmare bestämt allmännyttiga ”uppgifter”) återfinns i skäl 14(aa) i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, som utgör bilaga till generalsekretariatets meddelande, rådets dokument 14971/12 av den 19 oktober 2012. Undantaget för samarbete i direktivet villkorades uttryckligen av att de komplementära tjänsterna kunde utföras ”genom samarbete”. Eftersom detta villkor var överflödigt, saknar det betydelse att det försvunnit i den slutliga versionen.

– Så länge det finns åtaganden om att genom samarbete bidra till ett fullgörande av den offentliga tjänsten i fråga, krävs inte att alla parterna deltar på samma sätt i samarbetet, utan det kan bygga på en fördelning av uppgifter och en viss specialisering. [32]

60. Samarbetet mellan parterna måste däremot syfta till att uppnå *gemensamma mål för dem alla*. Detta är ett centralt inslag i det horisontella samarbetet, vilket skiljer det från direkttilldelning till enheter som kontrolleras av den upphandlande myndigheten.

61. Detta slog domstolen fast i domen Remondis II, där den hänvisade till ”ett direkt samarbete” enligt artikel 12.4 i direktiv 2014/24. Detta direkta samarbete tar sig bland annat uttryck i förberedelse av ett samarbetsavtal genom att parterna gemensamt fastställer sina behov och hur dessa ska mötas. [33]

62. Vidare grundas det horisontella samarbetet på ett *samarbetskoncept*, vilket innebär att det tar sig uttryck i ömsesidiga åtaganden från deltagarna. Dessa åtaganden handlar inte bara om att utföra en viss tjänst, å ena sidan, och vederlaget för den, å den andra, vilket klargörs i domen Remondis II. [34]

63. Uttrycket ”samarbetskoncept”, vilket återfinns i skäl 33 i direktiv 2014/24, motsvarar förslagen att kräva ett ”verkligt samarbete”, och detta ”innebär ömsesidiga rättigheter och skyldigheter för parterna”. [35] Det utesluter att en av de upphandlande myndigheterna ”bara är en ’köpare’” [36] av entreprenaden, tjänsten eller varan i fråga.

64. Att det rör sig om ett *verkligt* samarbete är av avgörande betydelse vid alla avtal som är tänkta att omfattas av artikel 12.4 i direktiv 2014/24. Denna egenskap gör det möjligt att skilja denna form av horisontellt samarbete från ett vertikalt (*internt*) samarbete och även från de kontrakt som omfattas av offentliga upphandlingsförfaranden, i vilka en av parterna utför en uppgift enligt den andra partens anvisningar, vilken i sin tur betalar en ersättning för detta. [37]

3. Det ursprungliga målet

a) Det första scenariot

65. Kommunen Farciennes beskriver ett första scenario som grund för att hävda att det föreligger ett horisontellt samarbete mellan kommunen, SLSP Sambre & Biesme och Igretec.

[32] Skäl 33 tredje stycket i direktiv 2014/24. Den här tanken fanns med redan i arbetsdokumentet från kommissionens avdelningar om tillämpning av EU:s upphandlingslagstiftning på relationer mellan upphandlande myndigheter (offentligt-offentligt samarbete), SEC(2011) 1169 slutlig av den 4 oktober 2011, punkt 3.3.2.

[33] Domen Remondis II, punkterna 32 och 33.

[34] Ibidem, punkt 27.

[35] Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv av den 20 december 2011 om offentlig upphandling (KOM(2011) 896 slutlig), artikel 11.4 a.

[36] Uttrycket återfinns i generalsekretariatets meddelande, rådets dokument 9315/12 av den 27 april 2012, s. 38. I domen Remondis II motsvarar det punkt 29.

[37] Ett horisontellt samarbete utesluter inte finansiella överföringar mellan parterna, men däremot att en av parternas insatser inskränker sig till att enbart betala.

66. Jag vill i korthet erinra om följande:

– SLSP Sambre & Biesme och kommunen Farciennes tog initiativ till att gemensamt genomföra sina respektive projekt med att renovera bostäder och förnya stadsbebyggelsen i ett visst kvarter.

– För detta ändamål ingick de ett ramavtal om upphandling, som Igretec inte var part i.

– Igretec kom in i bilden på grund av att det anlitades för att tillhandahålla tjänster som var nödvändiga för att kunna genomföra miljökvarterprojektet. Det uppdraget kom efter de två upphandlande myndigheternas beslut att gå samman för att genomföra projektet.

67. Jag anser att ett sådant trepartsförhållande inte omfattas av artikel 12.4 i direktiv 2014/24. Jag delar denna bedömning med den hänskjutande domstolen, som menar att ”enbart den omständigheten att [Igretec] utför uppdrag inom ramen för det ramavtal som ingåtts mellan kommunen Farciennes och SLSP Sambre & Biesme för att genomföra ett gemensamt projekt med att skapa ett miljökvarter i Farciennes, … inte [innebär] att Igretec självt samarbetar med projektet eller att det eftersträvar ett mål som det har gemensamt med parterna i avtalet”. [38]

68. Det finns flera skäl till att jag, liksom kommissionen, instämmer med den hänskjutande domstolens bedömning, mot bakgrund av den hänskjutande domstolens beskrivning av de faktiska omständigheterna. Jag vill betona att det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva sakförhållandena i målet, vilket innebär att den ska göra en bedömning av de berörda rättssubjektens medverkan och det mål som vart och ett av dem eftersträvar.

69. För det första finns det, som den hänskjutande domstolen har påpekat på det ovan återgivna sättet, inte några gemensamma mål som motiverar ett samarbete mellan de tre enheterna, i den mening som avses i artikel 12.4 i direktiv 2014/24. [39]

70. En granskning av Igretecs stadgar och av dess medverkan i de omtvistade projekten, har föranlett Conseil d’État (Högsta förvaltningsdomstolen) att betona att de uppgifter som Igretec utfört i förevarande mål motsvarar ”område I” i dess verksamhetsföremål, det vill säga tjänster som specialiserade studie- och förvaltningsföretag tillhandahåller på marknaden vid igångsättning av projekt, och inte ”område II”, som avser ekonomisk och social utveckling och utveckling av turismen i regionen och i synnerhet byggande, finansiering och nyttjande av vissa fastigheter. [40]

[38] Beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-384/21, punkt 56.

[39] Beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-384/21, punkt 56. Det framgår inte av parternas yttranden att det skulle finnas något gemensamt mål för dem alla och något sådant mål är heller inte uppenbart för en utomstående betraktare. Jag anser att dessa mål belyser de svårigheter som jag beskrivit i fotnot 31. Ett exempel på samarbete för att tillhandahålla komplementära tjänster med ett och samma mål (och genom vilket sådana tjänster tillhandahålls), är det kontrakt som prövades i dom av den 9 juni 2009, kommissionen/Tyskland (C-480/06, EU:C:2009:357): se punkt 37 i den domen. Det gemensamma målet utgjordes av en rationalisering av avfallshanteringen vid en så nära belägen anläggning som möjligt.

[40] Beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-384/21, punkterna 56 och 57. Det ska emellertid påpekas att en förutsättning för undantag från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24, enligt artikel 12, är att den upphandlande myndigheten kan välja mellan att få tillgång till tjänsten genom (vertikalt eller horisontellt) samarbete mellan myndigheter eller genom att vända sig till marknaden. I allmänhet kan de tjänster som erhålls genom samarbete mellan offentliga enheter (även) erhållas på marknaden.

71. För det andra saknas även samarbetsdimensionen, vilken innebär att de parter som har för avsikt att samarbeta redan från början fastställer gemensamma behov och lösningar. I detta skede kan Igretecs yrkesmässiga insats hjälpa kommunen Farciennes och SLSP Sambre & Biesme att identifiera och förstå vilka behoven är i det miljöstadsdelsprojekt som de båda vill skapa. För Igretec handlar det dock om andras behov.

72. För det tredje anser jag att strategin för att på bästa sätt dela och gemensamt använda parternas resurser begränsar sig till kommunen Farciennes och till SLSP Sambre & Biesme, även om de utgår från alternativ som föreslagits av Igretec.[41] Igretec tillhandahåller i själva verket inte någon offentlig tjänst tillsammans med kommunen Farciennes och SLSP Sambre & Biesme.

73. Avslutningsvis uppfyller Igretecs medverkan i förhållandet mellan de båda upphandlande myndigheterna[42] genom avtalet om hjälp med projekthantering och om juridiska tjänster och tjänster på miljöområdet, inte kraven för ett verkligt samarbete. Genom det avtalet förbinder sig kommunen Farciennes och SLSP Sambre & Biesme inte till något annat gentemot Igretec, än de skulle ha gjort vid en offentlig upphandling. De efterfrågar tjänster som Igretec erbjuder och åtar sig i gengäld bara att betala för dem.

b) Det andra scenariot

74. Det andra scenariot innebär en kombination av horisontellt och vertikalt samarbete, där Igretec, som kontrolleras av en av de två deltagarna i det horisontella samarbetet (kommunen Farciennes), även utför en tjänst för den andra deltagaren (SLSP Sambre & Biesme) och får ersättning från båda.

75. Kommunen Farciennes anser att när den anlitar Igretec för att få hjälp med projektförvaltning, rättsliga tjänster och tjänster på miljöområdet, använder den sina egna resurser. Denna omständighet bör även beaktas i samband med samarbetet mellan kommunen Farciennes och SLSP Sambre & Biesme.

76. Jag anser inte att man kan godta detta argument, som kommunen Farciennes själv anför i andra hand (inom ramen för ett resonemang som i sin tur är underordnat huvudresonemanget) och som den kanske på grund av detta inte utvecklar vidare.

77. Om jag har uppfattat kommunen Farciennes ståndpunkt rätt, menar den att de två enheter som deltar i det vertikala samarbetet (Igretec och kommunen själv), genom det förhållandet utgör en enda enhet när det gäller det horisontella samarbetet med en tredje part.[43] Det är då följaktligen inte nödvändigt att båda ingår ramavtalet med SLSP Sambre & Biesme.

[41] Dess förslag rörde frågor som antalet bostäder, rivning eller renovering av befintliga bostäder, utnyttjande av privata kapitalinvesteringar, typ av offentligt kontrakt och andra liknande aspekter.

[42] Så som kommissionen antyder (artikel 33 i dess skriftliga yttrande), framställs i själva verket inte Igretec som upphandlande myndighet. Det framgår inte vilken tjänst som Igretec skulle kunna tänkas ”förvärva” och som den borde ha upphandlat om det inte hade funnits något samarbete.

[43] Punkt 146 *in fine* i kommunen Farciennes yttrande: ”Den interna förbindelsen innebär per definition att [Igretec] kan likställas med kommunen Farciennes”. Även om kommunens företrädare vid förhandlingen nämnde en ”funktionell och organisatorisk koppling” mellan de båda enheterna, vidhöll denne det resonemang som byggde på den interna förbindelsen mellan dem.

78. Jag instämmer inte med detta resonemang. Vid ett vertikalt (internt) samarbete är den upphandlande myndigheten och den instrumentella enhet över vilken den upphandlande myndigheten utövar en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, formellt sett olika enheter, såväl före som efter att ett offentligt kontrakt ingås.

79. Den omständigheten att det föreligger en intern förbindelse mellan kommunen Farciennes och Igretec, är således inte tillräcklig för att villkoren för att det ska föreligga ett horisontellt samarbete med SLSP Sambre & Biesme ska anses vara uppfyllda.

I. Förslag till avgörande

80. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som ställts av Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen, Belgien) på följande sätt:

”1) En upphandlande myndighet som vill anvisa ett offentligt kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, utan att underkasta sig de upphandlingsförfaranden som föreskrivs där, måste uppfylla de villkor som föreskrivs i artikel 12 i det direktivet från och med den tidpunkt då fristen för att införliva direktivet med nationell rätt löper ut, om direktivet inte har införlivats vid den tidpunkten.

2) Artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ska tolkas så att

– den utesluter att det föreligger ett samarbete mellan upphandlande myndigheter när förbindelsen mellan dem, inom ramen för vilken de förbinder sig att tillhandahålla sina respektive tjänster, inte syftar till att uppnå mål som är gemensamma för dem alla,

– inte omfattar en förbindelse mellan självständiga upphandlande myndigheter i vilken en av dem erhåller en tjänst från den andra, i utbyte enbart mot en ersättning i pengar.”