

Mål C-384/21

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

24 juni 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

Conseil d'État (Belgien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

15 juni 2021

Klagande:

Commune de Farciennes

Motpart:

Société wallonne du logement

1. Saken i det nationella målet

- 1 Det allmännyttiga bostadsbolaget Société de logement de service public Sambre et Biesme (nedan kallat SLSP Sambre et Biesme) är ett kooperativt bolag med begränsat ansvar, vars aktieinnehavare huvudsakligen är kommunerna Farciennes och Aiseau-Presles.
- 2 Bolaget ingår i ett nät av allmännyttiga bostadsbolag över vilka société wallonne du logement (Valloniens bostadsnämnd) utövar tillsyn på den vallonska regeringens vägnar.
- 3 År 2015 beslutade SLSP Sambre et Biesme och Commune Farciennes (kommunen Farciennes) att skapa ett miljökvarter i Farciennes med cirka 150 bostäder. För ändamålet planerade de att ta hjälp av Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d'Études Techniques et Économiques (mellankommunal sammanslutning för förvaltning och genomförande av tekniska och ekonomiska studier, nedan kallad Igretec).

- 4 Igretec utför offentliga uppdrag på flera områden. Dess konstruktionskontor och dess inköpscentral gör att denna sammanslutning bland annat kan bistå offentliga eller privata samarbetspartner i fråga om utformning och byggnation av industrifastigheter eller stadsbebyggelse samt infrastruktur eller mer allmänt inom alla projekt som gäller stads- och miljöplanering
- 5 Igretec, som är ett kooperativt bolag med begränsat ansvar bildat av flera kommuner, har för närvarande över 70 kommuner som andelsägare, däribland kommunen Farciennes, samt över 50 andra myndigheter.
- 6 Driften regleras av lagstiftningen om rörelseidkande bolag. Enligt dess stadgar ska kommunerna inneha en majoritet av röstetalet och även inneha ordförandeskapet i olika förvaltningsorgan. De beslut som fattas av den mellankommunala sammanslutningens organ ska fattas med en majoritet av rösterna bland de medlemmar som är kommuner.
- 7 Igretecs aktiekapital är uppdelat i andelar enligt fem kategorier, däribland främst andelar A, som tilldelas kommuner (5 054 351 andelar), och andelar C, som tilldelas ”andra offentligrättsliga medlemmar” (17 126 andelar). Vid den aktuella tidpunkten fanns det ingen styrelseledamot som företrädde medlemmarna inom kategori C. Vidare ingick i Igretecs styrelse ett kommunalråd i kommunen Farciennes, som också var ledamot av styrelsen för SLSP Sambre et Biesme.
- 8 Den 29 oktober 2015 beslutade SLSP Sambre et Biesme att köpa en andel i Igretec för att i egenskap av minoritetsmedlem med endast en andel kunna omfattas av sammanslutningens tjänster.
- 9 Ett förslag till ramavtal upprättades för att fastställa rättigheter och skyldigheter för kommunen Farciennes respektive SLSP Sambre et Biesme vad gäller utformning och uppförande av miljökvarteret i Farciennes.
- 10 I ramavtalets artikel 1 anges framför allt gemensam upphandling av tjänster, byggentreprenader och projektutveckling och att kommunen Farcienne ensam ska fatta alla beslut om upphandling och tilldelning av kontrakt.
- 11 I artikel 5, som har rubriken ”hjälp med projektledning vad avser upphandling av tjänster, byggentreprenader och projektutveckling samt för att genomföra projektet att ge nytt liv åt staden” 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”.
- 12 Den 9 februari 2017 beslutade styrelsen för SLSP Sambre et Biesme dels ”att godkänna ingåendet av ett ramavtal om gemensam upphandling med kommunen Farciennes”, dels ”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 et Biesme] och Igretec”. Denna kravspecifikation beskrivs som första etapp i genomförandet av miljökvartersprojektet i Farciennes.

- 13 Den 10 februari 2017 ifrågasattes de två besluten av den 9 februari 2017 av société wallonne du logement, som utöver tillsyn över de allmännyttiga bostadsbolagen, med motiveringen att villkoren för att tillämpa det undantag som gäller i fråga om intern upphandling i rådande läge inte är uppfyllda vad avser förbindelserna mellan allmännyttiga bostadsbolag och Igretec och att de beställningar som allmännyttiga bostadsbolag upphandlar av Igretec ska omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling.
- 14 Den 25 februari 2017 ogiltigförklarade och upphävde société wallonne du logement de beslut som fattats av SLSP Sambre et Biesme på grund av att detta bolag utan upphandlingsförfarande hade tilldelat Igretec kontrakt om tekniskt stöd (artikel 5 i ramavtalet) och kontrakt om asbestinventering.
- 15 Enligt société wallonne du logement kan man skäligen betvivla att SLSP Sambre et Biesme har ett avgörande inflytande över Igretec, i synnerhet som SLSP Sambre et Biesme endast äger en andel i Igretecs aktiekapital och att kommuner, e contrario, enligt Igretecs stadgar ska ha majoritetsinflytande i denna mellankommunala sammanslutning.
- 16 Att kommunen Farciennes i artikel 1 i ramavtalet har utsetts till upphandlande myndighet i en pilotomgång är inte tillräckligt för att rättfärdiga att Igretec direkt har tilldelas kontrakt på de olika parternas i ramavtalet 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 parterna med avseende på utformning och beställningar, men sedvanliga upphandlingsförfarandena måste iakttas av varje partner.
- 17 Nämda beslut om ogiltigförklaring och upphävande är föremålet för förevarande överklagande.

2. Anförda bestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

- 18 I artikel 12 föreskrivs följande:

”Offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn

1. Ett offentligt 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.

...

En upphandlande myndighet ska anses utöva kontroll över en juridisk person motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning i den mening som avses i första stycket a om myndigheten har ett avgörande inflytande över både den kontrollerade juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut. ...

2. ...

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 utföra 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. »

3. Parternas ståndpunkter

A. *Kommunen Farciennes*

- 19 Kommunen Farciennes påpekar först och främst att direktiv 2014/24 skulle införlivas senast den 18 april 2016 och att den belgiska lagstiftaren införlivade direktivet genom en lag av den 17 juni 2016, vilken vid den tidpunkt då förevarande talan väcktes, ännu inte hade trätt i kraft. Kommunen Farciennes framhåller att bestämmelser i ett direktiv som är ovillkorliga och tillräckligt exakta har direkt effekt om de inte har införlivats inom föreskriven frist.
- 20 Kommunen Farciennes gör gällande att villkoren för tillämpning av undantaget i fråga om *intern upphandling* i förevarande fall är väl uppfyllda, såväl i förbindelserna mellan kommunen Farciennes och Igretec som mellan Igretec och SLSP Sambre et Biesme.

Den första grunden: Gemensam intern upphandling

- 21 Kommunen Farciennes framhåller ”att de upphandlande myndigheterna utövar en motsvarande kontroll över det bolag som tilldelats kontraktet om de enligt bolagets stadgar har en sådan ställning att de gemensamt kan utöva inflytande över bolagets viktiga beslut och strategiska mål. Bolaget ska under alla förhållanden inte enbart kontrolleras av den offentliga myndighet som är majoritetsägare” (förslag till avgörande av generaladvokat Cruz Villalón i de förenade målen Econord, C-182/11 och C-183/11, EU:C:2012:494, punkt 48).
- 22 Kommunen Farciennes erinrar även om att ”[d]et är viktigt att kontrollen som utövas över koncessionsinnehavaren är effektiv men [att] det [inte] är ... nödvändigt att den är individuell” (dom av den 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punkt 46).
- 23 Kommunen Farciennes förklarar att SLSP Sambre et Biesme innehar en andel i Igretecs kapital, att detta deltagande varken är rent formellt eller symboliskt, att andelen inte har förvärvats för att ”kringgå lagstiftningen om offentlig

upphandling” och att den inte hindrar uppfyllelse av villkoret rörande motsvarande kontroll.

- 24 Alltjämt med hänvisning till domen av den 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, EU:C:2008:621, anser kommunen Farciennes att antalet andelar i bolagets kapital eller den procentandel som deltagandet i en sådan offentlig myndighet inte är det avgörande kriteriet eftersom domstolen redan har förklarat att villkoret avseende den kontroll som utövas av en offentlig myndighet under vissa förhållanden kan vara uppfyllt när en sådan myndighet endast innehar 0,25 procent av kapitalet i ett offentligt företag. Kommunen Farciennes hävdar att bostadsbolaget heller inte får ha ”särskilda befogenheter som ligger till grund för ett avgörande inflytande”, att det inte är andelen i kapitalet som är avgörande utan att det vid bedömning av kriteriet motsvarande kontroll måste tas hänsyn till samtliga lagar och relevanta förhållanden i det aktuella fallet.
- 25 Kommunen Farciennes tillägger att det är tillräckligt med en andel och att bostadsbolaget inte med nödvändighet måste delta i investeringssyfte och således i ett finansiellt resultat som har samband med ett visst antal andelar.
- 26 Kommunen Farciennes framhåller åter att det är av mindre vikt att bostadsbolaget endast äger en symbolisk andel i Igretec och uppger att denna andel endast utgör 0,0000000197 procent av de andelar som ger rösträtt i Igretecs bolagsstämma. ”Att kräva ägande av en viss andel av kapitalet kan nämligen inte utgöra det enda sättet att uppnå detta syfte, då den omständigheten att det föreligger kontroll motsvarande den kontroll som en upphandlande myndighet utövar över sin egen förvaltning kan ta sig andra uttryck än kapitalandelsägande” (dom av den 18 juni 2020, *Björneborgs stad*, C-328/19, EU:C:2020:483, punkt 68).
- 27 Kommunen Farciennes gör gällande att en motsvarande kontroll faktiskt utövas gemensamt av alla offentliga myndigheter över den mellankommunala sammanslutningens organ och att den ”övervikt för kommuner” som är inskriven i Igretecs stadgar inte ger befogenhet att kontrollera den mellankommunala sammanslutningen endast åt kommuner. Kommunen Farciennes förklarar vari Igretecs stadgar faktiskt visar att andra offentlighetsrättsliga medlemmar än kommuner på ett avgörande sätt kan påverka den mellankommunala sammanslutningens strategiska mål och viktiga beslut (andelar inom kategori C som tilldelats andra medlemmar än kommuner ger rösträtt i bolagsstämman, varvid kategorierna av medlemmar var för sig ska utse ett antal kandidater till styrelsen, som motsvarar det antal mandat som ska fördelas proportionerligt).
- 28 Kommunen Farciennes konstaterar att denna majoritetsställning för kommuner, precis som i målet *Coditel Brabant*, inte innebär att Igretec av denna anledning skulle ha ett ”mått av självbestämmande” som utesluter att bostadsbolaget utövar en kontroll som motsvarar den som bolaget utövar över sin egen förvaltning, eftersom EU-domstolen har framhållit att den mellankommunala sammanslutningen Brutélé var inrättad i form av ett mellankommunalt kooperativt bolag (vilket också är fallet i fråga om Igretec), att denna inte var affärsdrivande

och att dess stadgar var till för att genomföra uppdrag i kommunernas intresse utan att eftersträva de särskilda intressena hos offentliga myndigheter som var medlemmar av nämnda kooperativa bolag. Domstolen förklarade också att det inte kunde krävas att den kontroll som utövas av en offentlig myndighet är individuell, vilket skulle medföra en konkurrensutsättning i flertalet fall där en offentlig myndighet avser att ansluta sig till en gruppering bestående av andra offentliga myndigheter, sådana som ett mellankommunalt kooperativt bolag, och att ett sådant resultat inte skulle stå i överensstämmelse med unionsrättens ordning för offentlig upphandling, eftersom det är fastställt att en offentlig myndighet ska ha möjlighet att med sina egna resurser utföra de administrativa, tekniska och andra uppgifter av allmänintresse som åligger denna, utan att vara tvingad att anlita externa enheter som inte ingår i förvaltningen, samt att denna möjlighet för de offentliga myndigheterna att lita till egna resurser för att fullgöra sina offentliga uppdrag kan utövas i samverkan med andra offentliga myndigheter.

- 29 Kommunen Farcienne anför att den *interna* förbindelsen mellan bostadsbolaget och Igretec inte syftar till att kringgå lagstiftningen om offentlig upphandling eftersom själva syftet med avtalet är att besluta om gemensam upphandling i fråga om utformning och utförande av arbeten för att förverkliga ekokvarteret i Farcienne. Anlitandet av Igretec syftar särskilt till att möjliggöra bistånd med projektledning för att genomföra offentlig upphandling med beaktande av den mellankommunala sammanslutningens uppdrag och att det saknas grund för att bostadsbolaget skulle vara tvingat till "konkurrensutsättning" för att garantera en önskad rent offentlig samverkan.
- 30 Kommunen Farcienne anser också att det inte av övervikten för kommuner i den mellankommunala sammanslutningens organ följer att andra offentlighetsrättsliga medlemmar, så som allmännyttiga bostadsföretag, skulle vara rena minoritetsägare utan något avgörande inflytande över den mellankommunala sammanslutningens strategiska mål och viktiga beslut. Kommunen Farcienne anser att bestämmelserna i Igretecs stadgar gör det möjligt att kontrollera att det faktiskt finns en gemensam kontroll över alla upphandlande myndigheter som är medlemmar i Igretec och att kontrollen inte utövas av endast de aktieägare som är majoritetsägare, det vill säga kommunerna. Kommunen Farcienne framhåller åter i samband härmed att både Igretecs stadgar och strukturen inom SLSP Sambre et Biesme, i vilket de huvudsakliga aktieägarna är kommunerna Farcienne och Aiseau-Presles, vilka också är medlemmar i Igretec, visar att villkoren för undantaget i fråga om intern upphandling är uppfyllda och att man, om denna tolkning inte väljs, bör hänskjuta frågan till EU-domstolen för förhandsavgörande.
- 31 Kommunen Farcienne anser att det för att sluta sig till förekomst av en *intern* förbindelse, inte heller kan krävas av bostadsbolaget att detta har minst en ledamot i Igretecs styrelse eller att det ingår i en kategori av medlemmar som förfogar över ett majoritetsinnehav inom dess organ. Enligt kommunen Farcienne framgår sådana krav varken av domstolens praxis eller av artikel 12 i direktiv 2014/24. Kommunen erinrar om de "ytterst särpräglade omständigheterna i det mål som gav upphov till domen i målet *Econord*" (att en upphandlande myndighet innehar

ett nästan fullständigt deltagande i den kontrollerade enheten) och hävdar att ett minoritetsdeltagande inte står i motsättning till begreppet gemensam kontroll. För att sluta sig till förekomst av en *intern* förbindelse inom ramen för en gemensam motsvarande kontroll räcker det enligt kommunen Farciennes med att konstatera att varje upphandlande myndighet ”deltar” i enhetens kapital och styrande organ, vilket för minoritetsägarna endast innebär att de kan ”bidra reellt” inom kontrollen av den enhet som bedöms, utan att för den skull behöva förfoga över en ledamot i det styrande organet.

- 32 Kommunen Farciennes konstaterar att det inom Igretec inte finns någon upphandlande myndighet som har majoritet i förhållande till de övriga upphandlande myndigheter som är medlemmar och som ensam skulle kunna utöva kontroll. Kommunen Farciennes förklarar sig ha styrkt att det i det aktuella fallet verkligen fanns en gemensam kontroll över Igretec utövad av alla offentliga myndigheter som är medlemmar i denna sammanslutning, att man måste beakta kraven i Code de la démocratie locale et de la décentralisation (vallonskt dekret om lokalt självbestämmande och decentralisering), där det stadgas om övervikt för kommunerna inom den mellankommunala sammanslutningen, varvid denna övervikt dock inte innebär att dessa har ett ”mått av självbestämmande” som utesluter att andra offentliga myndigheter, så som allmännyttiga bostadsbolag, utövar en kontroll som motsvarar den som de utövar över sin egen förvaltning och heller inte innebär att mellankommunala sammanslutningar, vilka inte är affärsdrivande, tjänar intressen som är skilda från det intresse som de offentliga myndigheter som är medlemmar i denna har. Kommunen Farciennes erinrar härvid om att de båda huvudsakliga aktieägarna i SLSP Sambre et Biesme är kommunerna Farciennes och Aiseau-Presles, vilka också är medlemmar i Igretec, eftersom nämnda bolag på sätt och vis hade gett upphov till de uppdrag som kommunerna måste fullgöra med avseende på bostäder inom allmännyttan.
- 33 Kommunen Farciennes anför att domstolen i dom i målet *Coditel Brabant* heller inte hade slutit sig till att villkoret i fråga om motsvarande kontroll var uppfyllt, eftersom varje kommun som var medlem i den mellankommunala sammanslutningen hade en företrädare i förvaltningsorganen, vilket gav dem kontroll, varvid det i domen konstaterades att det var tillräckligt att styrelsen för den berörda mellankommunala sammanslutningen var sammansatt av ”företrädare för de anslutna kommunerna ... utsedda av stämman”, varvid stämman själv var sammansatt av ”företrädare för de kommuner som är anslutna”.
- 34 För den händelse att Conseil d’État (Högsta förvaltningsdomstolen) inte följer kommunen Farciennes bedömning föreslår denna att EU-domstolen ska tillfrågas, särskilt om begreppet gemensam kontroll.
- 35 Kommunen Farciennes erinrar om att ett av dess kommunalråd samtidigt var ledamot av Igretecs styrelse och styrelsen för SLSP Sambre et Biesme. Kommunen Farciennes understryker att man måste beakta de konkreta omständigheterna i ärendet och framhåller ånyo att ett symboliskt deltagande är berättigat, eftersom det mål som därmed eftersträvas inte är att investera kapital

utan att kunna omfattas av den mellankommunala sammanslutningens gemensamma tjänster och struktur. Kommunen Farcienes framhåller att det vallonska dekretet om lokalt självbestämmande och decentralisering begränsar antalet styrelseledamöter inom en mellankommunal sammanslutning och anser att det som man kan lära av domen i målet *Econord* endast är att det inte får finnas någon huvudandelsägare som påtvingar alla sin åsikt, vilket inte är fallet i förevarande mål. Kommunen Farcienes hävdar att den motsvarande kontrollen i det aktuella fallet utövas via denna kommun som samtidigt är andelsinnehavare i Igretec och aktieägare i SLSP Sambre et Biesme och har en medlem i dessa båda enheters stämmor.

Den andra grunden: Internt samarbete

- 36 I andra hand gör kommunen Farcienes gällande att det i artikel 12.4 i direktivet vid avsaknad av gemensam kontroll tillåts ett horisontellt samarbete mellan upphandlande offentliga myndigheter. Kommunen hävdar att samarbetet mellan SLSP Sambre et Biesme, kommunen Farcienes och Igretec ingår i ett sådant samarbete mellan upphandlande myndigheter, eftersom det för kommunen och bostadsbolaget rör sig om att genomföra sitt gemensamma projekt att iordningställa ett ekokvarter och för Igretec om att fullgöra sina uppdrag till gagn för alla sina medlemmar. Enligt kommunen Farcienes gäller således samma sak för var och en av parterna i ett avtal för att uppnå gemensamma mål. Kommunen tillägger att det endast gäller allmänintresset, samtidigt som Igretec på den konkurrensutsatta marknaden utför mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.
- 37 Kommunen Farcienes gör gällande att artikel 12.4 i direktivet avser ett gemensamt fullgörande av uppgifter i syfte att uppnå gemensamma mål, trots att de uppdrag som utförs är åtskilda, att de planerade offentliga uppdragen således inte är gemensamma uppdrag och att motparten har fel då denna hävdar att kontraktet genom den berörda bestämmelsen måste avse ett gemensamt tillhandahållande av offentliga tjänster i form av samarbete. Vad beträffar det faktum att artikel 12.4 avser "kontrakt" som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter framhåller kommunen Farcienes att begreppet offentliga kontrakt enligt artikel 2 i direktivet omfattar skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter som avser utförande av arbeten, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster. Kommunen Farcienes anser att man i ramavtalet om gemensam upphandling faktiskt finner ett sådant samarbete eftersom det gäller ett kontrakt som ingår i skapandet av ett nytt ekokvarter, vilket innebär att SLSP Sambre et Biesme låter bygga nya lägenheter under det att kommunen Farcienes dessutom planerar att bygga nya privatbostäder. Kommunen understryker att avtalet syftar till att fastställa parternas rättigheter och skyldigheter inom utformning och utförande av arbeten för att skapa det ekokvarter i Farcienes för vilket den gemensamma upphandlingen inleddes, att bestämmelserna i avtalet reglerar utformningen av samverkan och uppdrag för var och en av parterna inom ramen för samarbetet och att ett av inslagen i samarbetet

består i att kommunen Farciennes i enlighet med artikel 5 i avtalet ingår ett stödavtal 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 nämnda mellankommunala sammanslutning. Kommunen Farciennes sluter sig därav till att det uppdrag som tilldelats Igretec verkligen manifesterar ett samarbete mellan SLSP Sambre et Biesme och kommunen Farciennes, så som föreskrivs i artikel 12.4 a i direktivet. Kommunen tillägger att det även för Igretec är fråga om samarbete med SLSP Sambre et Biesme och kommunen Farciennes, båda medlemmar i den mellankommunala sammanslutningen, och att det bland Igretecs uppdrag bland annat förekommer uppdrag inom planläggning och förvaltning. Kommunen finner det skandalöst att det hävdas att Igretec inte skulle utföra offentliga uppdrag eftersom det rör sig om en renodlad mellankommunal sammanslutning som endast har uppdrag av kommunalt intresse och att det självfallet inte är på grund av att skapandet av ekokvarteret inte ingår i bolagsändamålet enligt Igretecs stadgar som kontraktet inte motsvarar förutsättningarna för horisontellt samarbete. Kommunen sluter sig härav till att motparten har fel i fråga om innehållet i och räckvidden för villkoren i artikel 12.4 i direktivet.

- 38 Kommunen Farciennes hävdar att omständigheterna i det konkreta fallet väl ryms inom begreppet samarbete i artikel 12.4 i direktiv 2014/24, så som EU-domstolen förklarade i dom av den 4 juni 2020, Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436, punkterna 32-34), där den angav att ”förekomsten av samarbete mellan enheter inom den offentliga sektorn grundar sig på en strategi som är gemensam för parterna i detta samarbete och kräver att de upphandlande myndigheterna förenar sina ansträngningar för att tillhandahålla offentliga tjänster”, vilket utesluter enkel kostnadsersättning men inbegriper ”ett direkt samarbete” och förutsätter att ”de organ inom den offentliga sektorn som avser att ingå ett sådant avtal gemensamt fastställer sina behov och hur dessa ska mötas”.
- 39 Kommunen Farciennes anför att det i förevarande fall verkligen fanns ett ”samarbete mellan parterna”, eftersom
- det föreligger en *intern* förbindelse mellan kommunen Farciennes och Igretec,
 - kommunen Farciennes och SLSP Sambre et Biesme driver ett gemensamt projekt för att skapa ett ekokvarter och cirka 150 privata och allmännyttiga bostäder (med målet blandat boende) för vilka kommunen och bostadsbolaget förenar sina resurser (bland annat det stöd som bostadsbolaget erhållit),
 - kommunen Farciennes och SLSP Sambre et Biesme är medlemmar i Igretec inom sektionen ”konstruktionskontor och förvaltningsenheter samt inköpscentral”, vilket är skälet till beslutet om samarbete med Igretec,
 - ramavtalet om gemensam upphandling styrker detta samarbete mellan kommunen, SLSP Sambre et Biesme och Igretec och är inte begränsat till ett pris som bostadsbolaget ska betala till Igretec, vilket innebär att det befinner sig

inom ramen för detta samarbete, eftersom en *intern* förbindelse i alla händelser förenar kommunen Farcienne och Igretec, och eftersom parterna kommit överens om att kommunen Farcienne ska ingå ett stöдавtal om projektledning, juridiska tjänster och tjänster på miljöområdet med Igretec.

- 40 Kommunen Farcienne anser att villkoren i artikel 12.4 i direktivet i förevarande fall är väl uppfyllda eftersom det i denna bestämmelse inte heller föreskrivs att det från de upphandlande myndigheternas sida måste föreligga ett ”gemensamt tillhandahållande av offentliga tjänster”, att det skulle vara förbjudet för de berörda upphandlande myndigheterna att genomföra projekt för privata personer eller att parterna inom samarbetet som bolagsändamål måste ha det särskilda projekt som är föremål för samarbetet. Kommunen tillägger att det samarbete som här planerades endast gäller utförande av tjänster för offentliga myndigheter och att Igretec inom avtalets ram också fullföljer sina offentliga uppdrag, tillhandahåller offentliga tjänster åt två av sina medlemmar i sammanslutningen just för att fullgöra de offentliga uppdragen.
- 41 Om Conseil d’État beslutar att inte följa denna bedömning, föreslår kommunen Farcienne att EU-domstolen ska tillfrågas på denna punkt.

B Société wallonne du logement

Den första grunden: Gemensam intern upphandling

- 42 Société wallonne du logement konstaterar först och främst att artikel 12.3 i direktiv 2014/24, som åberopas av SLSP Sambre et Biesme, saknar direkt effekt. Société wallonne du logement framhåller att endast de bestämmelser genom vilka en uppföranderegeln utfärdas och som därmed ger enskilda subjektiva rättigheter kan ha en direkt effekt, medan nämnda bestämmelse i direktiv 2014/24 inte uppfyller detta krav eftersom det i den inte föreskrivs någon skyldighet för staten att handla eller att inte handla till förmån för en ekonomisk aktör. Nämnden anser att denna bestämmelse tvärtom erbjuder staten en enkel möjlighet att inte konkurrensutsätta ett kontrakt om vissa villkor är uppfyllda. Den sluter sig därav till att SLSP Sambre et Biesme inte kan åberopa denna bestämmelse för att i förevarande fall rättfärdiga åsidosättandet av principen om konkurrens. Trots att Conseil d’État inte delar den ståndpunkt som Société wallonne du logement intar föreslår förevarande domstol dock att EU-domstolen ska tillfrågas angående direkt effekt av denna bestämmelse.
- 43 Société wallonne du logement anger vidare på vilket sätt den anser att villkoren i samband med ett gemensamt internt förhållande inte är uppfyllda, i förevarande fall mellan SLSP Sambre et Biesme, å ena sidan, och Igretec, å andra sidan.
- 44 Société wallonne du logement framhåller att avtalsförbindelsen mellan två juridiskt åtskilda personer i enlighet med domstolens praxis kan betecknas som intern om den som beställer en produkt eller en tjänst utövar en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning på tillhandahållaren av

denna och att denna person utför huvuddelen av sin verksamhet med den eller de offentliga myndigheter som har upprättat densamma.

- 45 Société wallonne du logement anför att den beställande enheten måste vara en upphandlande myndighet och ha befogenhet att utöva en kontroll som kan ”påverka de beslut som fattas av nämnda enhet [och att det] ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut” (dom av den 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punkt 28), varför innebörden av den motsvarande kontrollen omfattar mer än bara ett dominerande inflytande eftersom den förutsätter en kontroll över enheten som omfattar både strategiska val och enskilda verksamhetsbeslut. Nämnden tillägger att omfattningen av den kontroll som utövas bör bedömas på övergripande sätt med beaktande av den berörda enhetens hela verksamhet och samtliga strukturer och inte utifrån dess specifika agerande inom en offentlig upphandling (se dom av den 17 juli 2008, kommissionen/Italien, C- 371/05, ej publicerad EU:C:2008:410).
- 46 Société wallonne du logement anger att det i EU-domstolens praxis inte heller krävs att varje enhet individuellt i förhållande till den kontrollerade enheten ska ha samma avgörande inflytande som om den självständigt och internt hade lagt upp verksamheten och heller inte att den offentliga enheten ska ha ett majoritetsinnehav, varför kontrollen kan utövas gemensamt, det vill säga särskilt under förutsättning att det inte finns någon intresse motsättning i fråga om det löpande handhavandet av de offentliga uppdrag som tilldelats den kontrollerade enheten, att enheten inte självständigt kan tjäna sina aktieägares syften och att den följaktligen inte agerar på marknadsvillkor. Nämnden understryker närmare bestämt att domstolen i domen av den 29 november 2012, Econord (C- 182/11 och C- 183/11, EU:C:2012:758, punkt 31), har vidareutvecklat villkoren för motsvarande kontroll i händelse av en gemensam intern upphandling genom att förklara att alla upphandlande myndigheter både ska äga en andel i enheten och delta i den upphandlande myndighetens styrande organ, att kontrollen över denna inte endast får vila på kontrollbefogenheten för den myndighet som besitter ett majoritetsinnehav i den kontrollerade enhetens kapital eftersom ”en upphandlande myndighets ställning inom den gemensamt ägda enheten som tilldelas kontraktet, som inte innebär någon möjlighet att vara delaktig i kontrollen över denna enhet, ... nämligen [skulle] öppna för ett kringgående av unionsrättens regler om offentlig upphandling eller tjänstekoncession, om det var så att ett rent formellt ägande av en andel i en sådan enhet eller deltagande i ett gemensamt styrande organ i enheten skulle undanta den upphandlande myndigheten från skyldigheten att genomföra ett förfarande för offentlig upphandling enligt unionsrättens regler, trots att myndigheten inte utövar någon ”motsvarande kontroll” över denna enhet”. Société wallonne du logement påpekar att EU-domstolen i detta mål uppmanade Italiens högsta förvaltningsdomstol att fastställa huruvida det aktieägaravtal som ingåtts av de upphandlande myndigheterna innebär att dessa kunde utöva en faktisk kontroll över den upphandlande myndigheten (punkt 32) om dessa var och en äger endast en aktie i det upphandlande bolaget. Société wallonne du logement anför att domstolen därigenom ville undvika risken för

kringgående av lagstiftningen om offentlig upphandling genom ett rent formellt deltagande i en gemensam enhet och bekräftade sin befintliga rättspraxis enligt vilken det krävs en faktisk strukturell och funktionell befogenhet till kontroll över det upphandlande bolaget, trots innehav av ytterst ringa kapital från de upphandlande myndigheternas sida.

- 47 Société wallonne du logement drar slutsatsen att det beslut som den 29 oktober 2015 fattades av styrelsen för SLSP Sambre et Biesme att förvärva en andel i Igretec hade till enda syfte att kringgå lagstiftningen om offentlig upphandling och att anlitande av en enhet som gemensamt innehas av flera upphandlare i princip inte utgör hinder för tillämpning av det undantag som gäller i fråga om intern upphandling, det vill säga villkoret att den upphandlande myndighet som vänder sig till nämnda enhet ska utöva en faktisk strukturell och funktionell kontroll, vilket förutsätter både ägande av en andel i enheten och deltagande i den upphandlande myndighetens styrande organ samt att denna kontroll på ett avgörande sätt kan påverka den upphandlande myndighetens strategiska mål och viktiga beslut.
- 48 Société wallonne du logement anger vidare på vilket sätt deltagandet av SLSP Sambre et Biesme, som äger endast en andel i Igretecs aktiekapital, med tanke på det antal andelar som tecknats i Igretec är helt symboliskt, eftersom det enligt dess beräkningar endast utgör 0,000000197 procent av de andelar som ger rösträtt i bolagsstämman (medlemmar i kategorierna A, C och P). Société wallonne du logement konstaterar också att SLSP Sambre et Biesme inte har någon ledamot i Igretecs styrelse under det att ett majoritetsinnehav är föreskrivet för kommuner (medlemmar i kategori A) i kontrollen av Igretecs organ. Eftersom det i Igretecs stadgar föreskrivs att medlemmarna i kategori A (kommuner) ska inneha majoritet i styrelsen anser nämnden att deras makt hindrar medlemmarna inom andra kategorier, däribland SLSP Sambre et Biesme, från att faktiskt delta i den strukturella och funktionella kontrollen av Igretec och från att på ett avgörande sätt påverka dess strategiska mål och viktiga beslut.
- 49 Société wallonne du logement framhåller att det undantag som gäller i fråga om intern upphandling ska tolkas strikt och att bevisbördan åvilar den som åberopar ett bevis. Nämnden anför att den upphandlande enhetens beslutsorgan måste bestå av företrädare för alla upphandlande myndigheter för att en gemensam motsvarande kontroll ska anses föreligga, varvid dock SLSP Sambre et Biesme inte har någon företrädare i Igretecs styrelse. Société wallonne du logement tillägger att det kommunalråd i Farciennes som ingår i denna styrelse endast agerar som företrädare för kommunen Farciennes och inte för SLSP Sambre et Biesme. Nämnden sluter sig därför till att villkoret för kontroll av gemensam intern upphandling inte är uppfyllt.

Den andra grunden: Internt samarbete

- 50 Först och främst avvisar société wallonne du logement varje direkt effekt av artikel 12.4 i direktiv 2014/24 som avser ett "icke institutionaliserat horisontellt

samarbete mellan upphandlande myndigheter”, eftersom denna bestämmelse inte ger en ekonomisk aktör fler subjektiva rättigheter då staten genom artikeln inte åläggs någon skyldighet att handla eller inte handla.

- 51 Société wallonne du logement anför vidare att kommunen Farciennes inte påvisar att de tre kumulativa villkoren i nämnda bestämmelse är uppfyllda i förevarande fall, nämligen 1) att kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål, 2) att genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och 3) att de deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet.
- 52 Société wallonne du logement gör gällande att det avtal som ingåtts mellan SLSP Sambre et Biesme, kommunen Farciennes och Igretec inte är ett avtal som ingåtts uteslutande mellan upphandlande myndigheter i syfte att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska se till att de utförs i syfte att uppnå deras gemensamma mål. Nämnden framhåller att det berörda beslutet gäller konstruktionskontorstjänster som av kommunen Farciennes och SLSP Sambre et Biesme har tilldelats Igretec, vilka utfördes under dessa enheters kontroll samt att nämnda avtal därmed inte syftar till att möjliggöra för de avtalsslutande parterna att gemensamt tillhandahålla offentliga tjänster genom att samarbeta. Nämnden anför vidare att Igretec utför sådana specialiserade konstruktionskontorstjänster i fråga om utformning och genomförande av projekt för såväl offentliga som privata partner, varför denna sammanslutning inte fullgör offentliga uppdrag.
- 53 Société wallonne du logement förklarar på ett än mer grundläggande plan att de mål som eftersträvas av SLSP Sambre et Biesme och kommunen Farciennes, att inrätta ett ekokvarter, helt uppenbart skiljer sig från Igretecs bolagsändamål.

Société wallonne du logement drar slutsatsen att det avtal som ingåtts mellan SLSP Sambre et Biesme, kommunen Farciennes och Igretec inte uppfyller villkoren för horisontellt samarbete. Enligt Société wallonne du logement agerar Igretec enligt domstolens praxis bara som leverantör av tjänster mot ersättning utan något ”faktiskt samarbete” mellan de tre enheterna.

- 54 Om Conseil d’État inte delar den ståndpunkt som société wallonne du logement intar anser nämnden att EU-domstolen bör tillfrågas på denna punkt.

4. Conseil d’États bedömning

A. Den första grunden: gemensam intern upphandling

- 55 Det förhållandet att två parter i ett avtal själva är myndigheter utesluter inte att bestämmelserna om offentlig upphandling är tillämpliga (dom av den

- 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punkterna 50 och 51 samt skäl 31 i direktiv 2014/24). Intern förbindelse utgör ett undantag från tillämpning av dessa bestämmelser. De villkor som fastställts för att åberopa sådan tillämpning ska således tolkas strikt och det ankommer på den part som gör anspråk på undantag att bevisa att de är uppfyllda (dom av den 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punkt 63, och dom av den 8 maj 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punkt 23).
- 56 Inom en gemensam intern förbindelse äger flera upphandlande myndigheter en enhet och utövar över denna ”tillsammans” en ”kontroll motsvarande” den som den utövar över sin egen förvaltning.
- 57 Det framgår av domstolens praxis att utövandet av en ”motsvarande kontroll” över det upphandlande bolaget (enskilt eller gemensamt) i alla händelser förutsätter att den eller de upphandlande myndigheterna, ensamma eller tillsammans, utövar en faktisk strukturell och funktionell kontroll som gör det möjligt för den eller de upphandlande myndigheterna att på ett avgörande sätt påverka detta bolags strategiska mål och viktiga beslut. Omfattningen av den kontroll som utövas ska bedömas på ett övergripande sätt med beaktande av den berörda enhetens hela verksamhet och alla strukturer. Vid denna bedömning ska samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter i det aktuella fallet beaktas (dom av den 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punkt 65, dom av den 11 maj 2006, Carbotermo et Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punkt 36, dom av den 17 juli 2008, kommissionen/Italien, C-371/05, ej publicerad, punkt 24, dom av den 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punkt 28, dom av den 10 september 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punkt 65, och dom av den 8 maj 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punkt 24).
- 58 Alltjämt enligt domstolens praxis tyder det förhållandet att den upphandlande myndighetens beslutande organ består av företrädare för den eller de upphandlande myndigheterna på att dessa styr de beslutande organen och på så sätt kan utöva ett bestämmande inflytande över denna enhets strategiska mål och viktiga beslut (dom av den 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punkt 34).
- 59 Vad särskilt avser det fall av motsvarande kontroll där kontrollen utövas ”gemensamt” av flera upphandlande myndigheter framgår det av domstolens praxis att en av de upphandlande myndigheternas innehav av en rent symbolisk andel i det upphandlande bolaget inte i sig innebär att man i fråga om detta bolag kan betrakta villkoret ”motsvarande kontroll” såsom icke uppfyllt (dom av den 19 april 2007, Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, punkterna 58–61).
- 60 SLSP Sambre et Biesme tillstår emellertid själv att den upphandlande myndigheten för att kunna åberopa en ”gemensam motsvarande kontroll” måste på visst sätt kunna delta i den upphandlande myndighetens kontroll. SLSP Sambre et Biesme uppvisar dock ingen kapacitet för kontroll över Igretec. Det anges i det

angripna beslutet att ”medlemmar som utgörs av kommuner (kategori A) ges större vikt i Igretecs stadgar än övriga offentliga enheter (kategori C)”, att ”[m]edlemmarna inom kategori C – bland vilka SLSP Sambre et Biesme ingår – inte kan tillförsäkras att bli företrädare av sina egna ledamöter i styrelsen och har lika många röster som de har andelar”, att ”ett ringa innehav i Igretecs aktiekapital m[edför] ... ett ringa inflytande”, att ”endast kommunerna har möjlighet att i bolagsstämman blockera beslut”, att ”kommuner (kategori A) i Igretecs stadgar helt klart tilldelas verkliga kontrollbefogenheter” och att ”Igretecs stadgar i nuläget ger kommunerna ett majoritetsinflytande, varför SLSP Sambre et Biesme inte kan bevisa att även de övriga offentliga medlemmarna har ett reellt och avgörande inflytande”.

- 61 Det framgår av dom av den 29 november 2012, Econord (C- 182/11 och C- 183/11, EU:C:2012:758, punkterna 31 och 33) att den upphandlande myndigheten för att åberopa en ”gemensam motsvarande kontroll” både ska ”äg[a] en andel i enheten och delta ... i dess styrande organ” för att kunna ”utöva en faktisk kontroll” över denna enhet. Domstolen understryker att begreppet gemensam kontroll inte får tömmas på sitt innehåll och förklarar att ”[e]n upphandlande myndighets ställning inom den gemensamt ägda enheten som tilldelas kontraktet, som inte innebär någon möjlighet att vara delaktig i kontrollen över denna enhet, [nämligen] skulle ... öppna för ett kringgående av unionsrättens regler om offentlig upphandling eller tjänstekoncession, om det var så att ett rent formellt ägande av en andel i en sådan enhet eller deltagande i ett gemensamt styrande organ i enheten skulle undanta den upphandlande myndigheten från skyldigheten att genomföra ett förfarande för offentlig upphandling enligt unionsrättens regler, trots att myndigheten inte utövar någon ’motsvarande kontroll’ över denna enhet”.
- 62 Emellertid infinner sig frågan i vilken utsträckning och på vilket sätt som den upphandlande myndigheten ska ”delta” i den kontrollerade enhetens styrande organ och ”utöva en faktisk kontroll”. I dom av den 8 maj 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C- 15/13, EU:C:2014:303, punkt 28), slog domstolen fast att det inte finns något kontrollförhållande mellan den upphandlande myndigheten och den enhet som tilldelats kontraktet om denna inte äger någon andel i denna enhet och ”[heller] inte [har] ... någon ledamot i dess kontrollorgan”.
- 63 Det förefaller som att begreppet deltagande i den kontrollerade enhetens beslutsorgan klargörs i artikel 12.3 i direktiv 2014/24 genom att det där föreskrivs följande:

”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”.
- 64 I förevarande fall förvärvade SLSP Sambre et Biesme den 29 oktober 2015 en andel i Igretec, till ett belopp av 6,20 euro, för att direkt kunna omfattas av sammanslutningens tjänster. Denna enda andel utgjorde den 31 december 2015,

0,0000049 procent av de 20 366 778 andelarna i den mellankommunala sammanslutningen och 0,0000197 procent av 5 071 477 andelar som ger rösträtt i bolagsstämman. Det framgår också av handlingarna att medlemmarna inom ”kategori C” tillsammans hade 0,084 procent av andelarna i den mellankommunala sammanslutningen och 0,34 procent av de andelar som ger rösträtt i bolagsstämman. Medlemmarna inom ”kategori C”, och särskilt SLSP Sambre et Biesme, befann sig därmed i minoritetsställning i Igretec med endast en eller få andelar.

- 65 Denna extrema minoritetsställning gjorde det omöjligt för medlemmarna inom kategori C att utöva en faktisk kontroll över Igretec. Vidare ger stadgarna överlag och inom alla beslutsorgan en majoritetsställning åt kommuner (medlemmar inom kategori A). Det går inte att ansluta sig till den ståndpunkt som SLSP Sambre et Biesme företräder när detta bolag anger att medlemmarna inom kategori C var företrädare i Igretecs styrelse. Med tanke på det begränsade antalet ledamöter i styrelsen ger den extrema minoritetsställningen för medlemmarna inom kategori C ingen reell möjlighet att ha en styrelseledamot som företräder dem inom detta organ, samtidigt som Igretecs stadgar på intet sätt garanterar att det ska finnas en styrelseledamot som företräder medlemmarna inom kategori C och har utsetts av dessa. Det är således med all rätt som det i det angripna beslutet konstateras att ”[m]edlemmarna inom kategori C, i vilken SLSP Sambre et Biesme ingår, inte kan tillförsäkras att företräddas av sina egna medlemmar i styrelsen”. Av det anförda följer att medlemmarna inom kategori C, däribland SLSP Sambre et Biesme, inte i någon omfattning eller på något sätt utövar en gemensam kontroll över Igretec.
- 66 SLSP Sambre et Biesme har emellertid under förhandlingarna gjort gällande att ett kommunalråd i kommunen Farcienne vid den aktuella tidpunkten satt i Igretecs styrelse samtidigt som vederbörande var ledamot av styrelsen för SLSP Sambre och Biesme. SLSP Sambre et Biesme har emellertid inte kunnat påvisa att denna konfiguration var föreskriven och säkerställd i lag. Dessutom satt denna person i Igretecs styrelse i egenskap av ”kommunalråd i Farcienne”. Det saknas grund för att anta att denna person i denna egenskap även skulle anses företräda SLSP Sambre et Biesmes intressen, oberoende av att vederbörande faktiskt även var ledamot av styrelsen för detta bolag.
- 67 SLSP Sambre et Biesme hävdar dock att detta förhållande är tillräckligt för att påvisa ett ”deltagande” av detta bolag i Igretecs beslutsorgan och för att anse att det utövar en ”gemensam motsvarande kontroll” över den mellankommunala sammanslutningen *via* kommunen Farcienne, som samtidigt är andelsinnehavare i Igretec och aktieägare i SLSP Sambre et Biesme och har en styrelseledamot inom var och en av dessa enheter. SLSP Sambre et Biesme framhåller att konstaterandet av en sådan kontroll konkret måste bedömas med beaktande av omständigheterna i det aktuella fallet och att det är tillräckligt att kontrollen utövas oavsett på vilket sätt detta faktiskt sker.

- 68 Det finns skäl att tillfråga EU-domstolen i ärendet. Det bör dock anges att SLSP Sambre et Biesme inte hävdar att det förekom en kollateral *intern förbindelse*, vilken gör det möjligt för två enheter som kontrolleras av samma upphandlande myndighet att sinsemellan ingå upphandlingskontrakt utan föregående konkurrensutsatt upphandling, trots att detta bolag gör gällande att kommunen Farciennes både är aktieägare i SLSP Sambre et Biesme och andelsinnehavare i Igretec och utövar kontroll över dessa båda enheter. I alla händelser tycks villkoret för det ovannämnda bara kunna uppfyllas i fråga om detta slag av kontroll om de båda avtalsslutande enheterna *uteslutande* kontrolleras av en och samma myndighet (förslag till avgörande av generaladvokat Mengozzi i målet Datenlotsen Informationssysteme (C- 15/13, EU:C:2014:23, punkterna 44 och 45), vilket inte är fallet i förevarande mål eftersom kommunen Farciennes endast innehar Igretec och SLSP Sambre et Biesme tillsammans med andra offentliga och, i fråga om den senare enheten, till och med privata aktieägare.
- 69 Parterna i målet tycks för övrigt anse att svaret på den fråga som ställs kan variera beroende på om artikel 12.3 i direktiv 2014/24, så som denna var gällande vid den aktuella tidpunkten, tillerkänns en direkt effekt eller ej. Domstolen bör därför även tillfrågas om huruvida nämnda bestämmelse har sådan effekt med tanke på att domstolen i dom av den 3 oktober 2019, Irgita (C- 285/18, EU:C:2019:829, punkterna 46 och 49), utan att uttala sig om direkt effekt av artikel 12 i nämnda direktiv, redan med anledning av punkt 1 i bestämmelsen slog fast att detta förhållande inte kunde tvinga medlemsstaterna att genomföra en intern transaktion när villkoren i denna bestämmelse är uppfyllda samt att en medlemsstat får föreskriva att en upphandlande myndighet ska uppfylla villkor som inte föreskrivs i artikel 12.1 för att kunna genomföra en intern transaktion.
- 70 Conseil d'État kommer längre ned att ställa de tre första frågorna.

B Den andra grunden: internt samarbete

- 71 Kommunen Farciennes åberopar i andra hand förekomst av ett horisontellt samarbete mellan upphandlande myndigheter i den mening som avses i artikel 4 i direktiv 2014/24.
- 72 Som det redan har angetts vid prövningen av den första grunden var den lag som införlivar direktiv 2014/24 ännu inte i kraft vid tidpunkten för de omstridda händelserna, trots att fristen för införlivandet redan hade löpt ut. Man bör således först och främst ställa en fråga till domstolen om artikel 12.4 i direktivet bör anses ha direkt effekt.
- 73 Horisontell samverkan mellan offentliga enheter utgör ett undantag vid tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling. Liksom fallet är i fråga om interna förbindelser bör de villkor som fastställts för åberopande av sådan samverkan tolkas strikt och bevisbördan för att villkoren är uppfyllda bör åvila den som åberopar detta.

- 74 Bland villkoren för åberopande av ett horisontellt samarbete föreskrivs i artikel 12.4 i direktiv 2014/24 bland annat att ”kontraktet” ska inrätta eller genomföra ett ”samarbete” mellan de ”deltagande upphandlande myndigheterna” för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.
- 75 I dom av den 28 maj 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punkterna 57-60) förklarade domstolen att det i artikel 12.4 i direktiv 2014/24 hänvisas endast ”till gemensamma mål, utan att det krävs att en och samma offentliga tjänst tillhandahålls gemensamt eller att de tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna i ett sådant samarbete tillhandahålls gemensamt”, eftersom det av skäl 33 i det direktivet framgår att ”de tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna [i ett sådant samarbete] ... inte nödvändigtvis [måste] vara identiska; de kan också komplettera varandra”. Domstolen drog härav slutsatsen att artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ”ska tolkas så, att den utan åtskillnad tillåter de deltagande upphandlande myndigheterna att, såväl gemensamt som var och en för sig, säkerställa ett offentligt uppdrag, förutsatt att deras samarbete gör det möjligt att uppnå deras gemensamma mål” och att ”ett samarbete mellan offentliga personer kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med utförandet av tjänster och utövandet av ansvar som de deltagande upphandlande myndigheterna anförtrots eller åtagit sig”. Domstolen förklarade också att uttrycket ”alla typer av verksamhet” ”kan omfatta en verksamhet som är underordnad en offentlig tjänst, förutsatt att denna underordnade verksamhet bidrar till att det uppdrag avseende offentliga tjänster som är föremål för samarbetet mellan de deltagande upphandlande myndigheterna faktiskt utförs”.
- 76 I dom av den 4 juni 2020, Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436, punkterna 32–34) framhöll domstolen att artikel 12.4 i direktiv 2014/24 och dess undantagsbestämmelse förutsatte förekomst av ett ”verkligt samarbete” mellan de deltagande upphandlande myndigheterna: ”[I]ngåendet av ett samarbetsavtal mellan enheter inom den offentliga sektorn anses utgöra det avslutande ledet i ett samarbete mellan avtalsparterna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juni 2009, kommissionen/Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357, punkt 38). Utvecklandet av ett samarbete mellan enheter inom den offentliga sektorn sker nämligen genom ett direkt samarbete, vilket inte är fallet i ett förfarande för offentlig upphandling som omfattas av bestämmelserna i direktiv 2014/24. Förberedelsen av ett samarbetsavtal förutsätter således att de organ inom den offentliga sektorn som avser att ingå ett sådant avtal gemensamt fastställer sina behov och hur dessa ska mötas. I ett ordinarie förfarande för offentlig upphandling bedöms och fastställs behoven däremot i regel ensidigt. I det sistnämnda fallet nöjer sig den upphandlande myndigheten nämligen med att inleda en anbudsinfordran med angivande av de specifikationer som den själv har fastställt. Härav följer att förekomsten av samarbete mellan enheter inom den offentliga sektorn grundar sig på en strategi som är gemensam för parterna i detta samarbete och kräver att de upphandlande myndigheterna förenar sina ansträngningar för att tillhandahålla offentliga tjänster.” (Conseil d’États understrykningar).

- 77 I förevarande fall är kommunen Farciennes och SLSP Sambre et Biesme de enda parterna i ramavtalet om gemensam upphandling av tjänster, byggentreprenader och projektutveckling relative à utformning och utförande av arbeten för att skapa ekokvarteret i Farciennes. Igretec är inte part i detta avtal. Det stöd till projektledning, juridisk rådgivning och tjänster på miljöområdet som tilldelats Igretec ingår visserligen i de offentliga uppdrag i fråga om vilka sammanslutningen ska sörja för att de genomförs och för vilka denna mellankommunala sammanslutning har inrättats. Men endast det förhållandet att Igretec utför sina uppdrag inom ramen för det avtal som ingåtts mellan kommunen Farciennes och SLSP Sambre et Biesme för att genomföra ett projekt i fråga om ett ekokvarter i Farciennes innebär inte att Igretec själv deltagit i samarbetet kring projektet eller att denna sammanslutning har ett gemensamt mål med de parter som undertecknat avtalet.
- 78 Det framgår av de olika beståndsdelarna att Igretec inte kan betraktas som ”part i ett samarbetsavtal”, vilket ”förutsätter att enheterna ... gemensamt fastställer sina behov och hur dessa ska mötas”, samt att samarbetet ”grundar sig på en strategi som är gemensam för parterna i detta” och ”kräver att de upphandlande myndigheterna förenar sina ansträngningar för att tillhandahålla offentliga tjänster”, liksom att ingåendet av avtalet ”anses utgöra det avslutande ledet i ett samarbete”.
- 79 Kommunen Farciennes tycks emellertid hävda att de stödjande uppdragen i form av projektledning, juridiska tjänster och tjänster på miljöområdet som tilldelats Igretec kan uppfylla villkoren i artikel 12.4 i direktiv 2014/24 eftersom uppdragen ingår i ett samarbete mellan SLSP Sambre et Biesme och kommunen Farciennes, eftersom en gemensam intern förbindelse i alla händelser förenar kommunen Farciennes och Igretec och eftersom denna kommun och SLSP Sambre et Biesme är medlemmar i Igretec just på området ”konstruktionskontor och förvaltningsenheter samt inköpscentral”. Conseil d’État kommer angående detta att ställa sin fjärde och femte fråga.

5. Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

- 80 Conseil d’État ställer följande frågor:
- 1) Ska artikel 12.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014, ändrat genom kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2170 av den 24 november 2015, om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG tolkas så, att den har direkt effekt?
 - 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 företrädare 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?

4) Ska artikel 12.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari, i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2170 av den 24 november 2015, om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG 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?