

Mål C-383/21**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:

Société de Logement de Service public Sambre et Biesme SCRL

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 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 Farcennes, 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 Farcennes, 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 Farcennes respektive SLSP Sambre et Biesme vad gäller utformning och uppförande av miljökvarteret i Farcennes.
- 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 Farcennes 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 Farcennes”, 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 miljökvarterprojektet i Farcennes.

- 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 Farcienes 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 Farcienes 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 iaktas av varje partner.
- 17 Nämnda 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

- 1 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.”

3. Parternas ståndpunkter

A. *SLSP Sambre et Biesme*

- 1 SLSP Sambre et Biesme anser att det i det angripna beslutet felaktigt har anförts jäv i fråga om den interna förbindelsen mellan detta bolag och Igretec. SLSP Sambre et Biesme anför att undantaget är föreskrivet i artikel 12 i direktiv 2014/24 som kodifierar domstolens praxis. Bolaget gör gällande att villkoren för det undantag som gäller i fråga om intern upphandling är uppfyllda i det aktuella fallet, tvärtemot vad som anges i det angripna beslutet. SLSP Sambre et Biesme hävdar särskilt att den upphandlande myndigheten, tillsammans med andra upphandlande myndigheter, utövar en kontroll över Igretec som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, vilket förutsätter 1) att den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan består av företrädare för alla deltagande upphandlande myndigheter, varvid en och samma person kan företräda flera deltagande upphandlande myndigheter eller samtliga upphandlande myndigheter, och 2) att dessa upphandlande myndigheter tillsammans kan ha ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut.
- 2 SLSP Sambre et Biesme gör gällande att alla villkor som krävs är uppfyllda i det aktuella fallet, eftersom detta bolag, tillsammans med andra upphandlande myndigheter, i synnerhet allmännyttiga bostadsbolag och kommuner, utövar kontroll över Igretec ”motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning” och att det både äger ”en andel i enheten” och deltar ”i dess styrande organ” (dom av den 29 november 2012, Econord, de förenade målen C-182/11 och C-183/11, EU:C:2012:758, punkt 33).
- 3 Dessutom hävdar SLSP Sambre et Biesme att artikel 12.3 i direktiv 2014/24 faktiskt hade en direkt effekt då det angripna beslutet antogs och att denna bestämmelse därför bör tillämpas för att fastställa villkoren för en gemensam motsvarande kontroll.
- 4 SLSP Sambre et Biesme anför för det första att det i enlighet med domstolens praxis inte är av vikt att detta bolag innehar en enda andel i Igretec och uppger att denna andel endast utgör 0,0000000197 % procent av de andelar som ger rösträtt i Igretecs bolagsstämma.
- 5 SLSP Sambre et Biesme tillägger för det andra att det i enlighet med artikel 12.3 i direktiv 2014/24 inte krävs att varje organiserande myndighet har en ledamot i styrelsen utan att det är tillräckligt att de organiserande myndigheterna är företrädare i den mellankommunala sammanslutnings beslutsorgan, varvid en och samma person kan företräda flera deltagande upphandlande myndigheter eller samtliga upphandlande myndigheter. Nämda bolag förklarar att unionslagstiftaren sålunda har lättat upp de villkor som följde av domen i målet *Econord*, där det krävdes att var och en av de offentliga myndigheterna ”både äger en andel i enheten och deltar i dess styrande organ”. Detta förklarar att det i

Igretecs stadgar, i den version som är tillämplig i det aktuella fallet, i artikel 13.4 tredje stycket föreskrivs att ”medlemskategorierna var för sig ska utse ett antal kandidater till styrelsen, som motsvarar det antal mandat som ska fördelas proportionerligt”, att medlemmarna inom kategori C, dit SLSP Sambre et Biesme hör, således faktiskt är företrädare i Igretecs styrelse och att denna således i enlighet med det villkor som anges i artikel 12.3 andra stycket i direktiv 2014/24 verkligen är sammansatt av personer som företräder bland andra SLSP Sambre et Biesme.

- 6 SLSP Sambre et Biesme gör för det tredje gällande att detta bolag i enlighet med artikel 12.3 i direktiv 2014/24 tillsammans med de andra upphandlande myndigheter (kommuner och andra allmännyttiga bostadsbolag) som ingår i Igretec utövar en kontroll över denna mellankommunala sammanslutning motsvarande den som de utövar över sin egen förvaltning, det vill säga ett avgörande inflytande över den mellankommunala sammanslutningens strategiska mål och viktiga beslut. SLSP Sambre et Biesme uppger att ingen upphandlande myndighet som ingår i Igretec förfogar över någon majoritet, varför den möjlighet som tas upp i punkt 30 i domen *Econord* inte föreligger i förevarande fall. Bolaget tillägger att det i artikel 12.3 i direktiv 2014/24 hänvisas till andra upphandlande myndigheter som ingår i den kontrollerade enheten och att inrättandet av de olika medlemskategorierna inte hindrar att samtliga upphandlande myndigheter utövar en gemensam kontroll över nämnda enhet. Bolaget anför som bevis härför att det genomför föreliggande projekt i samverkan med kommunen Farciennes, som ingår i en annan medlemskategori. SLSP Sambre et Biesme tillägger att dess båda huvudsakliga aktieägare är kommunerna Farciennes och Aiseau-Presles, som också är medlemmar i Igretec, och drar därav slutsatsen att kommunen Farciennes, som är medlem i kategori A, utövar kontroll över SLSP ”Sambre et Biesme”, som är medlem i kategori C inom Igretec, att dessa båda enheter tillsammans utövar kontroll över Igretec, att de tillsammans kan ha ett avgörande inflytande över den mellankommunala sammanslutningens strategiska mål och viktiga beslut och att det också är därför som de planerar att gemensamt skapa ett miljökvarter genom att anlita sakkunskapen inom Igretec.
- 7 SLSP Sambre et Biesme konstaterar att bolaget både innehar en andel i Igretec och deltar i dess styrande organ, varför det helt klart utövar en motsvarande kontroll i den mening som avses i artikel 12.3 i direktiv 2014/24 och enligt den rättspraxis som har utvecklats av EU-domstolen, och att det verkligen finns en intern förbindelse med Igretec.
- 8 SLSP Sambre et Biesme framhåller att ett kommunalråd i kommunen Farciennes samtidigt var ledamot av Igretecs styrelse och av styrelsen för SLSP Sambre et Biesme. Bolaget 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. SLSP Sambre et Biesme framhåller att Code de la démocratie locale et de la décentralisation (vallonskt dekret om lokalt självbestämmande och

decentralisering) begränsar antalet styrelseledamöter inom en mellankommunal sammanslutning och anser att vad man kan lära av domen *Econord* endast är att det inte får finnas någon huvudandelsägare som påtvingar alla sin åsikt, vilket inte är fallet i förevarande mål. Bolaget hävdar att den motsvarande kontrollen i det aktuella fallet utövas via kommunen Farciennes som samtidigt är andelsinnehavare i Igretec och aktieägare i SLSP Sambre et Biesme och har en ledamot i dessa båda enheters bolagsstämmor.

B Société wallonne du logement

- 1 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 uppföranderegulering 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 (Högsta förvaltningsdomstolen) 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.
- 2 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.
- 3 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.
- 4 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).

- 5 Société wallonne du logement konstaterar 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 förfoga över ett majoritetsinnehav, varför kontrollen kan utövas gemensamt, det vill säga särskilt under förutsättning att det inte finns någon intressemotsättning 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.
- 6 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 anlitan 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.

- 7 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.
- 8 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.

4. Conseil d'États bedömning

- 1 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 undantaget 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).
- 2 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.
- 3 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).

- 4 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).
- 5 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).
- 6 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”.
- 7 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”.

- 8 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”.
- 9 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”.
- 10 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.
- 11 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 företrädda 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 företrädas 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.

- 12 SLSP Sambre et Biesme har emellertid under förhandlingarna gjort gällande att ett kommunalråd i kommunen Farcennes 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 Farcennes". 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.
- 13 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 Farcennes, 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.
- 14 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 Farcennes 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 Farcennes endast innehar Igretec och SLSP Sambre et Biesme tillsammans med andra offentliga och, i fråga om den senare enheten, till och med privata aktieägare.

- 15 Parterna i målet tycks i 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 en 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.

5. Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

- 1 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?