

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
GEORGES COSMAS

fremsat den 1. juli 1999 *

I — Indledning

1. I den foreliggende sag har Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna (afdelingen i Parma) (Italien) forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af en bestemmelse i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler¹.

3. Artikel 2 i direktiv 92/50 bestemmer:
»Såfremt en offentlig aftale omfatter både varer som defineret i direktiv 77/62/EØF og tjenesteydelser som defineret i bilag I A og I B i nærværende direktiv, falder den ind under nærværende direktivs bestemmelser, hvis værdien af de pågældende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, aftalen vedrører.«

II — Fællesskabsbestemmelser

2. Ifølge artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 skal der i dette direktiv ved *offentlige tjenesteydelsesaftaler* forstås »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«. Ifølge samme artikels litra b) skal der ved *ordregivende myndighed* forstås »staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer«.

4. I artikel 6 i direktiv 92/50 hedder det:
»Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, som tildeles et organ, som selv er en ordregivende myndighed i den i artikel 1, litra b), fastsatte betydning, på grundlag af en eneret, der er tildelt det i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser, der er forenelige med traktaten.«

5. I artikel 7 i direktiv 92/50 bestemmes det for det første, at direktivet finder anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvis anslåede værdi uden moms er 200 000 ECU eller derover, og det angives for det andet, hvori beregningsgrundlaget for aftalernes anslåede værdi består, når det

* Originalsprog: græsk.

1 — EFT L 209, s. 1.

drejer sig om aftaler, hvori der ikke er fastsat en samlet pris².

eller uden forkøbsret af varer. Levering af sådanne varer kan som tillæg omfatte monterings- og installationsarbejde«.

6. Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 vedrører ifølge sin titel samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb³. Direktivet ophævede Rådets indtil da gældende direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976⁴, men det bestemmes i artikel 33 i direktiv 93/36, at »henvisninger til det ophævede direktiv gælder som henvisninger til nærværende direktiv og læses i henhold til den i bilag VI anførte sammenligningstabel«.

8. Ifølge artikel 1, litra b), skal der ved *ordregivende myndigheder* forstås »staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligtretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligtretlige organer«⁵.

7. I henhold til artikel 1, litra a), skal der i dette direktiv ved *offentlige indkøbsaftaler* forstås »gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en leverandør (en fysisk eller juridisk person) på den ene side og en af de i litra b) definerede ordregivende myndigheder på den anden side, og som vedrører køb, leasing eller leje med

9. I den del af artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 93/36, som er relevant for denne sag, fastsættes det, at direktivets bestemmelser⁶ finder anvendelse på offentlige indkøbsaftaler, »der indgås af ordregivende myndigheder som omhandlet i artikel 1, litra b)... vedrørende varer, der ikke er omfattet af bilag II, såfremt den anslæede

2 — Nærmere bestemt fastsættes det (i stk. 5) for så vidt angår aftaler, hvori der ikke er fastsat en samlet pris, at beregningsgrundlaget for aftalernes anslæede værdi: a) for tidsbegrænsede aftaler, hvis de løber i 48 måneder eller derunder, er den samlede værdi for hele løbetiden, b) for tidsubegrænsede aftaler eller aftaler, hvis løbetid er over 48 måneder, den månedlige værdi multipliceret med 48.

3 — EFT L 199, s. 1.

4 — EFT 1977 L 13, s. 1.

5 — Ifølge samme bestemmelse skal der ved *offentligtretligt organ* forstås ethvert organ, a) hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område, b) som er en juridisk person, og c) hvis drift enten for mere end halvdelen vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligtretlige organer eller er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligtretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

6 — Det drejer sig nærmere bestemt om afsnit II, III og IV samt artikel 6 og 7 i direktiv 93/36.

værdi uden merværdiafgift er 200 000 ECU eller derover«.

10. I artikel 5, stk. 2, 3 og 5, fastsættes, hvordan aftalens anslåede værdi skal beregnes⁷.

selvstyre⁸ varetager kommunerne driften af de offentlige virksomheder, hvis formål er at producere varer og ydelser, som tager sigte på gennemførelsen af almene mål, og at fremme den økonomiske og samfundsmæssige udvikling i lokalsamfundene. Efter samme artikels stk. 3 kan kommunerne lade de lokale offentlige tjenesteydelser udføre på forskellig måde. De kan varetage dem selv, give dem i koncession til tredjemand eller lade dem udføre af særlige værker, virksomheder uden erhvervmæssigt formål eller blandede selskaber.

III — Nationale bestemmelser

A — Italiensk lov nr. 142/90

11. Ifølge artikel 22, stk. 1, i italiensk lov nr. 142 af 8. juni 1990 om lokalt

7 — I stk. 2 bestemmes det, at aftalens anslåede værdi ved aftaler om leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer skal beregnes på grundlag af: a) aftalens anslåede samlede værdi, for så vidt angår tidsbegrænsede aftaler, hvis løbetid er tolv måneder eller derunder, eller aftalens samlede værdi inklusive den anslåede overskydende værdi, for så vidt angår tidsbegrænsede aftaler, hvis løbetid er over tolv måneder, b) den månedlige værdi, multipliceret med 48, for så vidt angår tidsubegrænsede aftaler eller aftaler, hvis løbetid ikke kan fastsættes nærmere. Endvidere bestemmes det i stk. 3, at aftalens anslåede værdi for indkøbsaftaler, der indgås regelmæssigt, eller som skal fornyes inden for et bestemt tidsrum, skal beregnes på grundlag af: a) den samlede faktiske værdi af lignende successive aftaler, der er indgået i løbet af de foregående tolv måneder eller det foregående finansår, så vidt muligt korrigeret for at tage hensyn til forventede ændringer i mængde eller værdi i løbet af de tolv måneder, der følger efter indgåelsen af den oprindelige kontrakt, eller b) den samlede anslåede værdi af de successive aftaler, der indgås i løbet af de tolv måneder, der følger efter den første levering, eller i løbet af aftaleperioden, hvis denne er over tolv måneder. Endelig bestemmes det i stk. 5, at når en påtænkt indkøbsaftale indeholder en udtrykkelig klausul om optionsret, er beregningsgrundlaget for aftalens anslåede værdi den højst mulige totalsum for køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret, inklusive optionsretten.

12. I artikel 23 i lov nr. 142/90, hvori det angives, hvad der skal forstås ved særlige værker og virksomheder uden erhvervmæssigt formål, bestemmes det (i stk. 1), at særlige værker er virksomheder (ente strumentale), der tilhører den lokale myndighed, at de er juridiske personer, driftsøkonomisk uafhængige og har egne vedtægter, der godkendes af kommunalbestyrelsen eller provinsrådet. Det bestemmes videre (i stk. 3), at værket og virksomhedens organer er bestyrelsen, bestyrelsesformanden og direktøren, der leder driften. Reglerne for udnævnelse og afskedigelse af bestyrelsesmedlemmer fastlægges af den lokale myndighed i vedtægterne. Endvidere skal værket og virksomheden (ifølge stk. 4) tilstræbe en effektiv, rentabel drift; værket og virksomheden skal tilstræbe balance på budgettet for så vidt angår udgifter og indtægter, herunder overførsler. Endelig

8 — Ordinarmento delle autonomie locali (GURI nr. 135 af 12.6.1990).

skal den lokale myndighed (ifølge stk. 6) tilvejebringe indskudskapitalen, fastsætte formål og retningslinjer for virksomheden, godkende stiftelsesakterne, føre tilsyn og kontrollere driftsresultaterne samt dække eventuelle sociale udgifter.

juridisk person og er driftsøkonomisk uafhængig.

13. I artikel 25 i lov nr. 142/90 bestemmes det udtrykkelig, at kommuner og provinser med henblik på fælles drift af en eller flere tjenesteydelsessektorer kan stifte et konsortium (consorzio), der er underkastet bestemmelserne om særlige værker i artikel 23. Hver enkelt kommunalbestyrelse skal herved med absolut flertal godkende aftalen samt vedtægterne for konsortiet. Konsortiets ledende organ består af repræsentanter for de deltagende lokale myndigheder (borgmestrene, provinsrådsformanden eller disses repræsentant). Det ledende organ vælger konsortiets bestyrelse og godkender de i vedtægterne fastlagte stiftelsesakter.

15. Ifølge artikel 3 (stk. 1) i vedtægterne for AGAC har konsortiet til formål direkte at stå for produktion og forvaltning af forskellige, nærmere angivne offentlige tjenesteydelser, bl.a. produktion og distribution af metangas samt varmforsyning til private husstande og virksomheder. Ifølge samme artikels stk. 2 kan AGAC påtage sig at levere andre beslægtede eller supplerende tjenesteydelser. Ifølge stk. 3 kan konsortiet stifte offentlige eller private selskaber eller virksomheder (enti), der varetager lignende, supplerende opgaver, eller deltage i sådanne selskaber eller virksomheder. Ifølge stk. 4 kan konsortiet påtage sig at levere førnævnte tjenesteydelser til kommuner og private eller offentlige institutioner (enti), som ikke deltager i konsortiet.

B — AGAC

14. Azienda Gas-Acqua Consorziale (heretter »AGAC«) er et konsortium, der er stiftet af flere kommuner i Reggio Emilia med henblik på at levere tjenesteydelser inden for opvarmning og miljø i henhold til artikel 25 i lov nr. 142/90. AGAC er i henhold til artikel 1 i vedtægterne en

16. I artikel 9, 10 og 11 i vedtægterne for AGAC fastsættes bl.a. de procentsatser, hvorefter de enkelte kommuner er repræsenteret i konsortiets ledende organ og har del i dets driftsoverskud eller driftstab. Den procentsats for deltagelse, som er fastsat for Viano kommune, er ifølge artikel 10, stk. 3, 0,9%.

17. Efter vedtægternes artikel 12 og 13 godkender konsortiets ledende organ, der består af repræsentanter for de deltagende kommunerne, de vigtigste driftsdokumenter, herunder budgetterne og statusopgørelserne⁹.

18. Efter vedtægternes artikel 25, der bærer overskriften »Driftskriterier«, skal AGAC have balance på budgettet og drive økonomisk rentabel virksomhed.

19. I henhold til vedtægternes artikel 27 indskyder kommunerne driftskapital eller aktiver i AGAC, som årligt betaler rente heraf til kommunerne.

20. Efter vedtægternes artikel 28 kan et eventuelt driftsoverskud efter beslutning af det ledende organ anvendes på forskellig måde. Det kan fordeles mellem de i konsortiet deltagende kommuner, forblive i konsortiet for at udgøre en reservefond eller for at forøge beholdningen af en sådan eller geninvesteres i AGAC's øvrige virksomhed.

21. Efter vedtægternes artikel 29 kan den økonomiske situation i tilfælde af driftstab

9 — De øvrige ledende organer er ifølge artikel 8 bestyrelsen, bestyrelsesformanden og generaldirektøren. Disse er ikke ansvarlige for driften over for de kommuner, der deltager i konsortiet. De fysiske personer, der er medlemmer af disse organer, udfører ikke arbejdsopgaver i de i konsortiet deltagende kommuner.

bl.a. saneres ved, at de deltagende kommuner indskyder yderligere kapital.

IV — De faktiske omstændigheder og det præjudicielle spørgsmål

22. Ved afgørelse nr. 18 af 24. maj 1997 tildelte kommunalbestyrelsen i Viano AGAC kontrakt om drift af varmforsyningsanlæggene i forskellige kommunale bygninger og om levering af det nødvendige brændsel. Endvidere overdrog den til AGAC at foretage en række forbedringer af varmeanlæggene i nogle af de pågældende bygninger¹⁰. Afgørelsen blev dog ikke truffet efter gennemførelse af en udbudsprocedure.

23. AGAC's vederlag blev fastsat til 122 mio. ITL for tidsrummet 1. juni 1997 — 31. maj 1998. Prisen for brændsel udgjorde 86 mio. ITL, og prisen for drift og vedligeholdelse af anlæggene 36 mio. ITL.

24. Ifølge afgørelsens artikel 2 er AGAC ved udløbet af den første kontraktperiode (på et år) forpligtet til at fortsætte sine leveringer i yderligere tre år efter anmod-

10 — I afgørelsens artikel 1, som bærer overskriften »Virksomhedens formål«, angives nærmere, hvilke arbejdsopgaver der overdrages AGAC.

ning fra kommunen og efter tilpasning af de i afgørelsen fastsatte vilkår. Leveringskontrakten kan også senere forlænges¹¹.

25. Teckal Srl (herefter »Teckal«) er en privat virksomhed, der er aktiv i opvarmingssektoren. Den forsyner herved private kunder og offentlige institutioner med brændselolie, som den forinden har indkøbt hos producenterne. Den vedligeholder desuden varmeanlæg, der drives med brændselolie eller metangas. Før disse opgaver blev overdraget til AGAC, blev de udført af Teckal, som havde kontrakt med Viano kommune herom.

26. Teckal har ved Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, afdelingen i Parma, anlagt sag mod Viano kommune og AGAC Reggio Emilia med henblik på ophævelse af Viano kommunalbestyrelses afgørelse nr. 18. Den har gjort gældende, at kommunen skulle have anvendt fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige aftaler i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne.

27. Den nationale ret spørger indledningsvis, om det er direktiv 92/50 eller direktiv 93/36, der finder anvendelse på den sag,

som er blevet forelagt den. Den mener, at den ifølge begge direktiver gældende mindsteværdi på 200 000 ECU under alle omstændigheder er overskredet.

28. Den nationale ret mener på baggrund af, at det er blevet overdraget AGAC både at præstere forskellige tjenesteydelser og at levere brændsel, ikke at kunne udelukke, at artikel 6 i direktiv 92/50 finder anvendelse. Den mener nærmere bestemt, at den blandede karakter af den opgave, der er blevet tildelt AGAC, og den snævre, gensidige komplementaritet mellem på den ene side driften og vedligeholdelsen, som henhører under begrebet tjenesteydelser, og på den anden side leveringen af brændsel ikke gør det muligt at betragte den ene form for virksomhed som supplerende i forhold til den anden og at udelukke, at artikel 6 i direktiv 92/50 finder anvendelse, henholdsvis at det er af væsentlig betydning, hvordan den præcist skal fortolkes.

29. Den nationale ret finder, at løsningen af den tvist, som er blevet indbragt for den, kræver en præjudiciel fortolkning af artikel 6 i direktiv 92/50 og et svar på spørgsmålet om, hvorvidt kommunen, fordi den direkte overdrog det til AGAC at præstere de omtvistede tjenesteydelser, var fritaget for forpligtelsen til at følge den udbudsprocedure, der er foreskrevet i direktivet, som følge af den undtagelse, der er fastsat i denne fællesskabsbestemmelse.

30. Desuden spørger den nationale ret, om den eneret på »varmeforsyningen og drif-

11 — En sådan forlængelse forudsætter, at anmodningen derom tilstilles AGAC mindst tre måneder før udløbet af den pågældende periode.

ten af varmeanlæggene«, som på baggrund af artikel 22-25 i lov nr. 142/90 er blevet tildelt AGAC i henhold til artikel 3 i vedtægterne for konsortiet, er forenelig med traktatens bestemmelser, idet det i artikel 6 i direktiv 92/50 blandt andre anvendelsesbetingelser kræves, at nationale bestemmelser, hvorved der tildeles en eneret, skal være forenelige med traktaten.

31. Under disse omstændigheder har den nationale ret udsat sagen og forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af direktiv 92/50 på baggrund af de synspunkter, som omtales i grundene i forelæggelseskendelsen.

V — Min stillingtagen til den foreliggende sag

A — Formaliteten

32. AGAC mener, at der foreligger et formalitetsspørgsmål, fordi den nationale rets spørgsmål hovedsagelig drejer sig om fortolkningen af bestemmelser i national ret¹². Endvidere gør AGAC gældende, at

12 — AGAC mener nærmere bestemt, at den nationale ret anmoder Domstolen om at afgøre, om den tjenesteydelse, som består i at drive varmeanlæggene i en kommune, kan betragtes som en offentlig tjenesteydelse af lokal karakter som omhandlet i artikel 22 i lov nr. 142/90, således at det kan fastslås, om artikel 6 i direktiv 92/50 finder anvendelse eller ej. AGAC mener endvidere, at den nationale ret i det væsentlige spørger, om en række bestemmelser i den nationale lovgivning (artikel 23 og 25 i lov nr. 142/90) omfatter den situation, at en offentlig tjenesteydelsestale tildeles et organ, der selv er en ordregivende myndighed.

artikel 6 i direktiv 92/50 ikke kan finde anvendelse, idet dette forudsætter, at der foreligger en offentlig tjenesteydelse. Det gør der ikke i det aktuelle tilfælde, eftersom den omstændighed, at det er blevet overdraget AGAC at præstere de pågældende tjenesteydelser, skyldes det underordningsforhold, der består mellem konsortiet og kommunen, som deltager heri. Kommunen har ikke overdraget til tredjemand at præstere tjenesteydelsen vedrørende drift af varmeanlæggene, men har besluttet at lade denne ydelse blive præsteret direkte på en anden måde.

33. I øvrigt har også den østrigske regering rejst spørgsmål om formaliteten, fordi forelæggelseskendelsen ikke indeholder noget præjudicielt spørgsmål. Den har understreget, at det er af særlig stor betydning, når der er tale om reglerne om offentlige kontrakter, at spørgsmålene er præcist formuleret, idet det ellers ikke er muligt at tage stilling til det konkrete fortolkningsproblem, som den nationale står over for.

34. Jeg skal indledningsvis bemærke, at det tilkommer den nationale ret, som har det bedste og mest fuldstændige kendskab til sagens faktiske omstændigheder, at vurdere, om det er nødvendigt at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål, og at bestemme, hvilke fællesskabsbestemmelser løsningen af den tvist, som er blevet

indbragt for den, forudsætter en fortolkning af¹³.

35. Domstolen kan dog inden for rammerne af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) hverken udtale sig om fortolkningen af bestemmelser i nationale love og administrative forskrifter eller om disses forenelighed med fællesskabsretten¹⁴. Den kan imidlertid forsyne den nationale retsinstans med alle de fortolkningslementer vedrørende fællesskabsretten, som kan sætte retten i stand til at løse det juridiske problem, som er blevet forelagt den¹⁵.

36. I den aktuelle sag består det grundlæggende problem efter min opfattelse i, at det forelagte spørgsmål er upræcist formuleret. Denne mangel betyder dog ikke, at det må afvises. Domstolen har fastslået, at såfremt den inden for rammerne af proceduren i EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har fået forelagt upræcist affattede spørgsmål, kan den af det materiale, der er fremlagt af den nationale ret, og af akterne i hovedsagen udlede de fællesskabsretlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke¹⁶.

13 — Jf. f.eks. dom af 29.11.1978, sag 83/78, Redmond, Sml. s. 2347, præmis 25, og af 16.7.1992, sag C-343/90, Lourenço Dias, Sml. I, s. 4673, præmis 15.

14 — Jf. f.eks. dom af 19.6.1973, sag 77/72, Capolongo, Sml. s. 611, præmis 8, og Lourenço Dias-dommen, præmis 19.

15 — Jf. f.eks. dom af 4.5.1993, sag C-17/92, Fedicine, Sml. I, s. 2239, præmis 8, og af 3.7.1974, sag 9/74, Casagrande, Sml. s. 773, præmis 2.

16 — Jf. f.eks. dom af 26.9.1996, sag C-168/95, Arcaro, Sml. I, s. 4705, præmis 20 og 21, og af 13.12.1984, sag 251/83, Haug-Adrión, Sml. s. 4277, præmis 9.

37. Jeg minder endvidere om, at Domstolen — stadig for at give et svar, som er relevant for den nationale ret — også har fortolket bestemmelser, som denne ikke havde anmodet om fortolkning af¹⁷, eller har omformuleret de forelagte spørgsmål og heraf udtræget, hvad den var kompetent til at fortolke¹⁸.

38. Inden der tages stilling til, hvilket spørgsmål det er relevant for den nationale ret at få behandlet, skal jeg endelig undersøge et andet spørgsmål, som AGAC har rejst vedrørende formaliteten i forbindelse med det præjudicielle spørgsmål. AGAC gør gældende, at værdien af aftalen er lavere end den i fællesskabsdirektiverne fastsatte tærskelværdi på 200 000 ECU, og at fællesskabsforskrifterne på dette område derfor ikke kan finde anvendelse¹⁹.

39. Den nationale ret har i denne sag skønnet, at genstanden for den tvist, som er blevet forelagt den, med hensyn til såvel

17 — Jf. f.eks. dom af 28.6.1978, sag 70/77, Simmenthal, Sml. s. 1453, præmis 57, af 16.12.1992, sag C-114/91, Claeys, Sml. I, s. 6559, præmis 10 og 11, og af 18.3.1993, sag C-280/91, Viessmann, Sml. I, s. 971, præmis 17.

18 — Jf. f.eks. dom af 24.3.1992, sag C-381/89, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekkklisias m.fl., Sml. I, s. 2111, præmis 19 ff., og af 23.11.1977, sag 38/77, Enka, Sml. s. 2203.

19 — Nærmere bestemt mener konsortiet, at købesummen for brændsel skal fratrækkes i den sum, som tjenesteydelserne repræsenterer, for så vidt som AGAC, der er en ordregivende myndighed, indkøber brændsel ved offentligt udbud. Ligeledes hævder AGAC, at der ikke er tale om en aftale på ubestemt tid. Arsagen herfor er, at det helt og holdent er kommunens egen afgørelse, om aftalen skal fornyes ved udgangen af den indledende periode, i hvilken forbindelse de økonomiske betingelser skal fastlægges. Endelig er den samlede pris blevet fastsat for perioden fra 1.6.1997 til 31.5.1998, hvilket også udelukker, at aftalen kan betegnes som en aftale på ubestemt tid. Dette bekræftes yderligere af, at den omtvistede kontrakt ophørte definitivt den 31.5.1998, idet Viano kommune besluttede at lade de pågældende tjenesteydelser udføre på anden måde.

tjenesteydelsesaftalen (opvarmning) som indkøbsaftalen (brændsel) overskrider den mindsteværdi på 200 000 ECU, som ifølge fællesskabsbestemmelserne kræves for, at en offentlig indkøbs- eller tjenesteydelsesaftale kan være omfattet af anvendelsesområdet for henholdsvis direktiv 92/50 og 93/36. Den nationale ret er nærmere bestemt nået frem hertil, fordi der dels er tale om en tjenesteydelsesaftale på ubestemt tid²⁰, dels om en indkøbsaftale, som udtrykkelig omfatter en optionsret²¹.

40. Efter min opfattelse er Domstolen kompetent til at angive over for den nationale ret, hvilken metode for beregning af aftalens værdi der foreskrives i fællesskabsbestemmelserne. Denne metode er fastlagt i artikel 7 i direktiv 92/50 og i artikel 5 i direktiv 93/36. Det tilkommer den nationale ret, som er bekendt med vilkårene i aftalen og de betingelser, hvorunder den kan forlænges ved udløbet af kontraktperioden på et år, at anvende disse bestemmelser i det foreliggende tilfælde²².

20 — Der angives i forelæggelseskendelsen, at AGAC ifølge artikel 2 i Viano kommunalbestyrelses afgørelse nr. 18 ved udløbet af kontraktperioden (på et år) er forpligtet til at fortsætte med at levere de pågældende tjenesteydelser i yderligere tre år, hvis Viano kommune anmoder derom, og efter at de i afgørelsen fastsatte vilkår er blevet tilpasset. Den nationale ret understreger, at dette på tilsvarende måde også gælder for de følgende perioder, idet anmodningen dog skal være tilstillet AGAC mindst tre måneder før vedkommende periodes udløb.

21 — Hvis det derimod i alt væsentligt drejer sig om en indkøbsaftale, bliver den fastsatte revision af vilkårene ifølge den nationale ret til en ret for virksomheden til at få tilpasset beløbet til markedsprisen for det brændsel, der skal leveres, hvilket dog ikke, fordi det sker automatisk, udelukker, at der kan være tale om en egentlig optionsret for kommunen. Følgelig, konkluderer den, er der artikel 5, stk. 5, i direktiv 93/36, der finder anvendelse; når en påtænkt indkøbsaftale ifølge denne bestemmelse indeholder en udtrykkelig klausul om optionsret, er beregningsgrundlaget for aftalens anslåede værdi den højest mulige totale købesum, inklusive optionsretten.

22 — Det er i teorien intert til hinder for, at den nationale ret stiller et præjudicielt spørgsmål, hvis den støder på fortolkningsproblemer.

41. Domstolen kan i betragtning af det ovenfor anførte ikke sætte sin vurdering i stedet for den nationale rets ved afgørelsen af, om den af fællesskabslovgiver fastsatte tærskelværdi er overskredet, men skal lægge de faktiske omstændigheder, som den nationale ret har beskrevet, og dens vurderinger til grund. I modsat fald ville Domstolen selv skulle bestemme den omtvistede aftales værdi, hvilket ville falde uden for den rolle, som den tillægges i EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF), og som ikke forudsætter en efterprøvelse af en forelæggelseskendelses indhold, men et samarbejde og en dialog med den nationale ret.

B — Omformulering af det præjudicielle spørgsmål

42. Jeg mener derfor, at det for at kunne give et svar, som er relevant for den nationale ret, er nødvendigt at omformulere det præjudicielle spørgsmål under hensyn til tvistens genstand og de oplysninger, som er indeholdt i forelæggelseskendelsen.

43. Indledningsvis må der foretages en præcisering. Det bestemmes i artikel 2 i direktiv 92/50²³, at såfremt en offentlig aftale både omfatter varer som defineret i direktiv 77/62 (nu direktiv 93/36) og tjenesteydelser som defineret i direktiv 92/50, falder den ind under sidstnævnte direktivs bestemmelser, hvis værdien af de pågæ-

23 — Fortolket i lyset af artikel 33 i direktiv 93/36.

dende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, aftalen vedrører. Bestemmelsen har til formål at undgå, at blandede aftaler (der omfatter såvel tjenesteydelser som varer) er undergivet to forskellige regelsæt, og indebærer således, at tildelingen af den samlede aftale kun skal finde sted i overensstemmelse med det ene af disse. Den lader således kriteriet om den økonomiske værdi være afgørende for valget af, hvilket regelsæt der finder anvendelse. Tildelingen af en blanded aftale er herefter omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 92/50, når værdien af tjenesteydelserne overstiger værdien af varerne²⁴. Derimod finder direktiv 93/36 anvendelse på tildelingen af aftalen i sin helhed, når varernes værdi overstiger tjenesteydelsens²⁵.

44. Det fremgår klart af ovenstående, at det må fastslås, hvad der er aftalens genstand. Er der tale om en blanded aftale — det vil sige en aftale, der både omhandler varer og tjenesteydelser — må det for at afgøre, hvilket regelsæt der finder anvendelse,

undersøges, om varernes værdi er større end tjenesteydelsens i overensstemmelse med det fastlagte kriterium om den økonomiske værdi.

45. I det foreliggende tilfælde fremgår det af forelæggelseskendelsen, at AGAC ved én enkelt afgørelse har fået i opdrag både at præstere forskellige tjenesteydelser og at levere visse varer²⁶. Det fremgår endvidere, at værdien af de varer, som det drejer sig om, er klart større end værdien af tjenesteydelsene. Jeg mener derfor, at bestemmelserne i direktiv 93/36 er de fællesskabsbestemmelser, hvis fortolkning er relevant for den nationale ret, og ikke bestemmelserne i artikel 6 i direktiv 92/50, hvortil der henvises i forelæggelseskendelsen. Det vil således efter min opfattelse ikke være relevant for løsningen af den tvist, som er blevet forelagt den nationale ret, at besvare det forelagte spørgsmål således, som det er formuleret.

46. Under hensyn til tvistens genstand og fremstillingen i forelæggelseskendelsen spørger den nationale ret nærmere bestemt, om Viano kommunes direkte overdragelse til AGAC af den opgave at varetage varmesforsyningen og at levere brændsel forudsætter iagttagelse af den i direktiv 93/36 foreskrevne fremgangsmåde. Det spørgsmål, der skal besvares, må derfor være, om direktiv 93/36 er til hinder for, at en lokal myndighed direkte overdrager til et konsortium, hvori den selv deltager, at levere varer under omstændigheder som dem, der er omhandlet i den foreliggende sag, uden

24 — Jf. også M. Mensi's artikel »L'ouverture à la concurrence des marchés publics de services« i *Revue du Marché Unique Européen*, nr. 3/1993 (s. 59-86), punkt 8.

25 — Det skal nævnes, at Domstolen i dom af 19.4.1994, sag C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, Sml. I, s. 1329, med støtte i sekstende betragtning til direktiv 92/50, hvorefter »det fremgår af direktiv 71/305/EØF, at en kontrakt kun kan betragtes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis kontraktens genstand er udførelse af et bygge- og anlægsarbejde«, fastslog (præmis 29), at »en blanded kontrakt, som både omfatter udførelse af bygge- og anlægsarbejder og overdragelse af goder, ikke falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 71/305, såfremt udførelsen af bygge- og anlægsarbejderne kun er accessorisk i forhold til overdragelsen af goder«. Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 havde til formål at samordne fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613). I øvrigt fastslås det i syttende betragtning til direktiv 92/50, hvori der udtrykkelig henvises til kontraktens genstand, at »for så vidt sådanne bygge- og anlægsarbejder er accessoriske og ikke udgør kontraktens genstand, medfører de ikke, at kontrakten rubriceres som offentlig bygge- og anlægskontrakt«. Endelig understregede Domstolen i samme dom (præmis 28), at »det tilkommer den nationale retsinstans at afgøre, om bygge- og anlægsarbejderne er accessoriske i forhold til selve genstanden for det offentlige udbud«.

26 — Dette fremgår klart af artikel 1 i Viano kommunalbestyrelsens afgørelse nr. 18, som gengives af den forelæggende ret.

at følge den i direktivet foreskrevne udbudsprocedure.

47. Det kan dog ikke udelukkes, at den nationale ret også finder, at den har behov for en fortolkning af bestemmelserne i traktaten for at kunne efterprøve, om de er til hinder for den eneret på præstationen af tjenesteydelser i form af varmforsyning, som ifølge retten tillægges AGAC i artikel 3 i vedtægterne for konsortiet på grundlag af artikel 22 og 25 i lov nr. 142/90. Det fremgår imidlertid ikke klart af forelæggelseskendelsen, om de nationale bestemmelser, som det drejer sig om, navnlig artikel 22 og 25 i lov nr. 142/90 og artikel 3 i AGAC's vedtægter, giver mulighed for direkte at overdrage denne at udføre den ydelse, som er omhandlet i Viano kommunalbestyrelses afgørelse²⁷. Det tilkommer den nationale ret at afgøre dette spørgsmål og at forelægge et præjudicielt spørgsmål herom, hvis den finder det nødvendigt.

C — Realiteten

48. Direktiv 93/36 tager i det væsentlige sigte på at sikre udviklingen af effektive konkurrenceforhold inden for offentlige indkøb²⁸. En ordregivende myndighed skal således ved hjælp af en i direktiv 93/36 fastlagt fremgangsmåde, der sikrer en effektiv og fri konkurrence mellem de berørte parter, vælge, med hvem den skriftligt vil indgå en gensidigt bebyrdende aftale om levering under en eller anden form af en bestemt vare.

27 — Teckal bestrider, at bestemmelserne kan fortolkes således, og fremhæver, at selskabet i de fem år, der gik forud for overdragelsen af de omtvistede tjenesteydelser til AGAC, havde kontrakt med Viano kommune om at udføre dem.

28 — Jf. fjortende betragtning til direktiv 93/36.

49. Det skal ligeledes straks understreges, at direktiv 93/36 ikke indeholder nogen bestemmelse, der svarer til bestemmelsen i artikel 6 i direktiv 92/50. Det foreskriver således ikke nogen undtagelse fra forpligtelsen til at benytte udbudsproceduren, når der er tale om offentlige indkøbskontrakter, som tildeles et organ, der selv er en ordregivende myndighed, på grundlag af en eneret, som er tildelt organet i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser, idet disse skal være forenelige med traktaten. Da der ikke er fastsat en sådan undtagelse i direktivet²⁹, er det ved anvendelsen af det uden betydning, om der er tale om en person, som i sin egenskab af leverandør er medkontrahent for en ordregivende myndighed. Denne konklusion følger efter min opfattelse af direktivets opbygning³⁰.

29 — Denne forskel afspejler den særlige karakter af det område, som reguleres af direktiv 92/50, idet der må tages behørigt hensyn til, at præstationen af tjenesteydelser kan finde sted inden for rammerne af varige juridiske forbindelser og bånd mellem forskellige organer (lokale myndigheder) i overensstemmelse med en samarbejdsordning, hvorunder det ene organ er underordnet det andet. Ydermere indeholder Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84) — ud over en bestemmelse (artikel 11), der svarer til bestemmelsen i artikel 6 i direktiv 92/50 — også en anden tilsvarende bestemmelse om dette spørgsmål, hvori der tages hensyn til den særlige karakter af enheder, som er virksomheder, der kun betegnes som ordregivende myndigheder i forbindelse med offentlige aftaler vedrørende nærmere definerede sektorer. Der er tale om artikel 13 i direktiv 93/38, der omhandler tjenesydelsesaftaler, som en ordregivende myndighed indgår med en »tilknyttet virksomhed«. I definitionen heraf henvises der til den kontrol eller bestemmende indflydelse, som en ordregivende myndighed kan udøve på en sådan virksomhed eller omvendt, eller som en anden virksomhed (under visse betingelser) kan udøve på virksomheden og ordregiveren (artikel 1, stk. 3); det drejer sig således om juridiske enheder, der tilhører samme økonomiske enhed; jf. også M. Mensi, punkt 18, s. 81 ff.

30 — Det skal nævnes, at Domstolen har fastslået, at en medlemsstat tjenesydelsesser sine forpligtelser i henhold til direktiverne om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb for så vidt angår dels bygge- og anlægskontrakter (direktiv 71/305), dels indkøbsaftaler (direktiv 77/62), hvis den i tilfælde, hvor direktivet ikke giver mulighed for herfor, undtager transaktioner mellem myndighederne og personer fra anvendelsesområdet for de nationale bestemmelser om offentlige aftaler. Jf. dom af 17.11.1993, sag C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5923, præmis 10, 11 og 12. Domstolen understregede særlig (i præmis 10), at »de eneste lovlige undtagelser fra anvendelsesområdet for direktiv 77/62 er dem, der udtømmende og udtrykkeligt er opregnet i direktivet«.

50. Ifølge artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 skal der i dette direktiv ved *offentlige indkøbsaftaler* forstås »gensidigt bebyrde aftaler, som indgås skriftligt mellem en leverandør (en fysisk eller juridisk person) på den ene side og en af de i litra b) definerede ordregivende myndigheder på den anden side, og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer«. Det fremgår af denne artikel, under hvilke betingelser direktiv 93/36 finder anvendelse.

51. For det første skal aftaleforholdet vedrøre køb af varer. Dette element er en grundlæggende betingelse for, at direktivet kan finde anvendelse.

52. For det andet skal der være indgået en aftale³¹, og denne aftale skal være indgået skriftligt. Aftalen skal være gensidigt bebyrde og indeholde bestemmelser om vederlag. Det vil sige, at direktivet finder anvendelse, når der foreligger en enighed mellem to forskellige personer, nemlig den ordregivende myndighed og leverandøren, og den gensidige forbindelse, som er skabt,

31 — Der er betegnende, at det i ottende betragtning til direktiv 92/50 hedder: »dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer; tjenesteydelser, der udføres på et andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet«. Det vil sige, at direktiv 92/50 kun finder anvendelse, hvis den juridiske forbindelse mellem kontrahenterne bygger på en tjenesteydelsesaftale, således som det bestemmes i direktivets artikel 1, litra a), og at det ikke finder anvendelse på præstation af tjenesteydelser, der ikke bygger på aftaler; jf. også punkt 26 i generaladvokat La Pergola's forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, og punkt 49 i generaladvokat Alber's forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 9.9.1999, sag C-108/98, RI.SAN., Sml. I, s. 5219.

består i leveringen af en vare mod et økonomisk vederlag³². Der skal således foreligge en udveksling af ydelser og i aftalen være fastsat rettigheder og pligter for parterne, og ydelserne skal være indbyrdes afhængige³³.

53. For det tredje — og denne betingelse hænger i øvrigt direkte sammen med den foregående — skal den ordregivende myndigheds medkontrahent, leverandøren, virkelig have status som tredjemand i forhold til denne myndighed; det vil sige, at der skal være tale om en fra myndigheden forskellig person. Dette forhold er også et væsentligt kendetegn ved indkøbsaftaler, hvis indgåelse direktiv 93/36 tager sigte på.

54. Det følger af det foregående, at direktivet ikke finder anvendelse i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed anvender sine egne ressourcer til at skaffe sig de produkter, som den ønsker³⁴. Fællesskabsretten forpligter ikke de ordregivende myndighe-

32 — Denne betingelse, som består i, at der, når der er tale om indgåelse af offentlige indkøbsaftaler, skal være fastsat et vederlag, som er beregnet på abstrakt måde, belyses i dom af 26.4.1994, sag C-272/91, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1409, præmis 25. Denne sag drejede sig om koncessionen på et system til automatisering af det italienske lottospil, dvs. leveringen af et system til fuld automatisering af det pågældende spil, og omfattede bl.a. levering af en række goder til staten. Betingelsen om betaling af en bestemt modydelse som vederlag til tjenesteyderen belyses også i dommen i BFI Holding-sagen (jf. fodnote 31, præmis 25).

33 — Om dette for aftalebegrebet vigtige punkt jf. A. Laubadère, F. Moderne, og P. Delvolvé: *Traité des contrats administratifs*, bind 1, 2. udg., 1983 (808 s.), punkt 14 ff., s. 29 ff.

34 — Den såkaldte »in house«-fremgangsmåde. Om dette spørgsmål i forbindelse med direktiv 92/50, se Ph. Flamme og M.-A. Flamme: »Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation (Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992)« i *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nr. 365, februar 1993 (s. 150-170), punkt 15 og 16. Jf. også M. Mensi, op. cit., punkt 5.

der til at følge den procedure, der sikrer en effektiv konkurrence mellem de berørte parter, når de pågældende myndigheder ønsker selv at påtage sig at levere de varer, som de har brug for³⁵.

55. AGAC hævder, at Viano kommune ikke har overdraget tjenesteydelsen vedrørende drift af varmeanlæggene til en tredje-mand, men blot besluttet, at den direkte levering af denne ydelse skal foregå på en anden måde, nemlig ved at gøre brug af den organisation og det personale, som en særskilt enhed, der er oprettet i dette øjemed, råder over, i stedet for sin egen organisation og sit eget personale.

35 — Domstolen er tidligere blevet forelagt et lignende spørgsmål om fortolkningen af direktiv 92/50, nemlig i BFI Holding-sagen (jf. fodnote 31), der vedrørte en tvist mellem to nederlandske kommuner og en privat virksomhed (BFI), som gjorde gældende, at tildelingen af en kontrakt om affaldsindsamling til et aktieselskab (ARA), som de pågældende kommuner havde stiftet i dette øjemed, skulle finde sted efter den i direktivet fastsatte procedure. Den nationale ret mente, at ARA var omfattet af undtagelsen i artikel 6 i direktiv 92/50, for så vidt selskabet skulle betragtes som et offentligretligt organ i den i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 omhandlede betydning. Generaladvokat La Pergola nåede i sit forslag til afgørelse i BFI Holding-sagen (punkt 38) frem til, »at ARA i denne sag ikke har status som tredjemand i forhold til de to kommuner, dvs. at selskabet ikke i det væsentlige er udskilt fra disse. Der er tale om en form for delegation mellem offentlige myndigheder, der ikke falder uden for den administrative sfære i de kommuner, der ved at overlade ARA de pågældende aktiviteter på ingen måde har haft til hensigt at *privatisere* de funktioner, som de tidligere varetog i denne sektor«. Dette aspekt, nemlig om det er en del af den offentlige forvaltning, der præsterer tjenesteydelserne, i hvilket tilfælde der ikke er tale om en offentlig aftale i den i direktiv 92/50 omhandlede forstand, belyses i øvrigt også af generaladvokat Alber i hans forslag til afgørelse i forbindelse med R.I.SAN-dommen (jf. fodnote 31); jf. punkt 49 i hans forslag til afgørelse. Generaladvokat La Pergola sluttede: »Alt taget i betragtning kan forholdet mellem kommunerne og ARA ikke betragtes som en aftale i direktivets forstand« (der var tale om direktiv 92/50). Generaladvokat La Pergola mente dog, at et organ af denne art (som ARA) udgjorde et offentligretligt organ i den i direktiv 92/50 omhandlede forstand. Domstolen undersøgte, hvornår et organ kunne betegnes som et offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1, litra b), ander afsnit, i direktiv 92/50 og forsynede den nationale ret med de fortolkningselementer, som den havde brug for på dette punkt.

56. For det første mener jeg ikke, at der på grundlag af de oplysninger, som den nationale ret har givet, er nogen tvivl om, at der i det foreliggende tilfælde (også) er tale om levering af bestemte varer.

57. For det andet skal der, for at direktivet kan finde anvendelse, foreligge en skriftlig aftale, hvori parternes rettigheder og pligter er fastsat, og hvori navnlig spørgsmålet om modydelsen er fastlagt. Den nationale ret skal derfor undersøge, om der, ud over Viano kommunalbestyrelses afgørelse om tildelingen af opgaven, er indgået en *aftale* — som desuden skal være skriftlig — hvori forbindelserne mellem den ordregivende myndighed og leverandøren samt parternes rettigheder og pligter og er fastlagt³⁶.

58. Endvidere tilkommer det den nationale ret, hvis der foreligger en skriftlig aftale, at undersøge, om den adgang til at forlænge aftalen, som er tillagt kommunen, er et resultat af forhandlinger mellem Viano kommune og AGAC. På samme måde tilkommer det den at undersøge, om den modydelse, som er blevet fastsat for leveringen af de pågældende varer og tjenesteydelser til kommunen, er blevet bestemt efter gældende handelskik³⁷. Om der rent faktisk er tale om en aftale, som er omfattet

36 — Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at AGAC i alt væsentligt er forpligtet til at drive varmforsyningen i henhold til de remingslinjer, som er indeholdt i den anfægtede afgørelse, og som er blevet fastsat ensidigt af Viano kommune.

37 — Jeg mener ikke, at der kan være tale om indgåelse af en aftale og om udbud i direktivets forstand, hvis den modydelse, som er nævnt i Viano kommunalbestyrelses afgørelse, ikke er blevet fastsat frit på grundlag af det tilbud, som AGAC har fremsat inden for rammerne af den driftsøkonomiske uafhængighed, som konsortiet har, og hvis dette tilbud overhovedet ikke har noget lukrativt aspekt, sådan som Kommissionen i øvrigt har påpeget.

af fællesskabsbestemmelserne, afhænger af de svar, som den nationale ret giver på ovenstående spørgsmål.

59. Desuden er der, som understreget af den nationale ret, tale om to på markedet aktive personer, som formelt er uafhængige af hinanden. Dette er en væsentlig omstændighed, for hvis en kommune for at forbedre den interne tilrettelæggelse af sine tjenesteydelser overdrog en af sine tjenestegrene leveringen, ville det være en form for intern delegation, som ikke gik ud over rammerne for dens egen administrative struktur³⁸. Hvis dette var tilfældet, ville forbindelsen mellem Viano kommune og AGAC ikke kunne betragtes som en offentlig aftale i den i direktiv 93/36 omhandlede betydning.

60. Hvad angår den foreliggende sag fremgår det af den nationale lovgivning, at AGAC, som er en juridisk person, og som er driftsøkonomisk uafhængig, er et konsortium af kommuner, der er blevet oprettet på grundlag af artikel 25 i lov nr. 142/90. Som anført i et tidligere punkt omhandler denne artikel udtrykkelig fælles drift af en eller flere tjenesteydelsessektorer gennem et konsortium (consorzio), der er underkastet bestemmelserne om særlige værker i artikel 23 i den samme italienske lov. Ligeledes skal AGAC udføre de opgaver, som de

deltagende kommuner betror konsortiet, og er underkastet deres tilsyn.

61. Ifølge artikel 10, stk. 3, i vedtægterne for AGAC har Viano kommune ikke alene en andel på 0,9% i AGAC's ledende organ — det vil reelt sige i konsortiets driftsledelse — men også i dets driftsoverskud eller driftstab. Således som det i øvrigt også fremgår af de oplysninger, som den nationale ret har givet, finder jeg det usandsynligt, at man for så vidt angår AGAC, som er et konsortium, der er stiftet af 45 kommuner i Reggio Emilia, og som er en særskilt juridisk person, kan hævde, at Viano kommune udøver en kontrol over dette konsortium, der svarer til den, som en myndighed udøver over et internt organ.

62. I øvrigt kan AGAC ifølge artikel 3, stk. 4, i vedtægterne for konsortiet påtage sig at levere tjenesteydelser³⁹ til private og til andre offentlige institutioner (enti) end de i konsortiet deltagende kommuner.

63. Selv om Viano kommune i henhold til afgørelse nr. 18 kan opnå en forlængelse af kontrakten, hvis den anmoder om det, mener jeg ikke, at det er godtgjort, at kommunen udøver en hierarkisk kontrol over AGAC, og heller ikke, at forbindelserne mellem kommunen og AGAC ikke er

38 — Jeg erindrer om, at Teckal, efter hvad virksomheden hævder, havde udført de pågældende tjenesteydelser i fem år efter at have indgået kontrakt med Viano kommune derom.

39 — Jeg erindrer om, at det bl.a. drejer sig om fremstilling og distribution af metangas og varme til private husstande og virksomheder.

baseret på, at AGAC er blevet tildelt en kontrakt, fordi de to kontrahenter reelt ikke har status som tredjemand i forhold til hinanden⁴⁰.

gåelse af offentlige indkøbsaftaler, nemlig at sikre en fri, ikke-fordrejet konkurrence.

64. Hvis den nationale ret på grundlag af de vurderinger, som den skal foretage, konkluderer, at forbindelserne mellem kommunen og AGAC er resultatet af en enighed mellem to uafhængige parter, som repræsenterer forskellige legitime interesser, i overensstemmelse med den normale form for forbindelser, der kendetegner aftalemæssige forbindelser mellem to forskellige personer⁴¹ — idet denne konklusion også skal bygge på en undersøgelse af vilkårene i aftalen⁴² — er tildelingen af den opgave, som er genstand for den foreliggende sag, omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/36.

66. Med de anførte forbehold vedrørende de punkter, som den nationale ret skal afklare, skal fremgangsmåden i direktiv 93/36 derfor følges. Kommunen skal følgelig uden undtagelse overholde de regler, som har til formål at beskytte konkurrencen, når den vælger sin medkontrahent, også selv om AGAC antages at være et offentligt organ i den i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36 angivne betydning. I dette direktiv er der, som omtalt i et tidligere punkt i dette forslag til afgørelse, nemlig ikke fastsat nogen undtagelse, der svarer til undtagelsen i artikel 6 i direktiv 92/50 for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler med andre ordregivende myndigheder.

65. Hvis man accepterede, at de ordregivende myndigheder i strid med de relevante fællesskabsbestemmelser kunne henvende sig til selvstændige enheder, som de kontrollerer helt eller delvis, med henblik på levering af goder, ville man skabe muligheden for, at reglerne kunne omgås uden hensyn til fællesskabslovgivers formål med at samordne fremgangsmåderne ved ind-

67. Jeg mener således, at det følger af ovenstående betragtninger, at direktiv 93/36 ikke tillader, at der gøres undtagelse fra den i direktivet foreskrevne fremgangsmåde for indgåelse af offentlige indkøbsaftaler, uanset om den pågældende aftale indgås mellem en ordregivende myndighed og et organ, der også er en ordregivende myndighed. Med forbehold af de punkter, som den nationale ret skal afklare, er direktivet følgelig til hinder for tildelingen af den omtvistede levering, hvis forbindelserne mellem den lokale myndighed og det konsortium, som den deltager i, har ført til en enighed mellem to forskellige, grundlæggende uafhængige personer, som repræsenterer forskellige legitime interesser.

40 — Ifølge Kommissionen (punkt 34 i dens skriftlige indlæg) synes der i det foreliggende tilfælde at være tale om en særlig organisationsform, inden for hvis rammer kommunen ikke går ud på markedet for at skaffe sig bestemte goder eller tjenesteydelser, men benytter et organ, der kan betragtes som en gren af den selv (den udgør en »longa manus«) inden for den særlige sektor, som det drejer sig om i sagen.

41 — Det skal således undersøges, om vilkårene i aftalen er blevet fastlagt efter forhandling.

42 — Det kan eksempelvis dreje sig om, hvorvidt den indeholder bestemmelser om sanktioner i tilfælde af mangelfuld gennemførelse af aftalen fra AGAC's side, en voldgiftsklausul mv.

VI — Forslag til afgørelse

68. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at det af Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, afdelingen i Parma, forelagte præjudicielle spørgsmål besvares på følgende måde:

»Ifølge Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb skal den i direktivet fastlagte fremgangsmåde følges, når der indgås en skriftlig, gensidigt bebyrdende aftale om levering af varer, uanset om aftalen indgås mellem organer, som begge er ordregivende myndigheder.«