



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
V. TRSTENJAK
fremsat den 23. maj 2012¹

Sag C-159/11

**Azienda Sanitaria Locale di Lecce
mod
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce,
Consiglio Nazionale degli Ingegneri,
Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione
Tecnico-economica (OICE),
Etacons srl,
Ing. Vito Prato Engineering srl,
Barletti – Del Grosso e Associati srl,
Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce,
Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (Italien))

»Udbudsret — offentlig-offentligt partnerskab — direktiv 2004/18/EF — manglende gennemførelse af et offentligt udbud — levering af en tjenesteydelse bestående i undersøgelse og vurdering af visse hospitalsbygningers sårbarhed over for jordskælv — aftaler indgået mellem en offentlig myndighed og et offentligretligt universitet — gensidigt bebyrdende aftaler, hvor vederlaget ikke overstiger de afholdte udgifter — kvalificering som økonomisk aktør«

I – Indledning

1. I den foreliggende præjudicielle sag i henhold til artikel 267 TEUF har Consiglio di Stato (herefter »den forelæggende ret«) forelagt Domstolen et spørgsmål om fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter².

2. Den præjudicielle anmodning er blevet indgivet under en retssag, der verserer mellem Azienda Sanitaria Locale di Lecce (herefter »ASL Lecce«) og en række ingeniør- og arkitektsammenslutninger, angående en aftale indgået mellem ASL Lecce og Università del Salento (herefter »universitetet«) om, mod vederlag, at undersøge og vurdere sårbarheden over for jordskælv for så vidt angår hospitalsanlæg i provinsen Lecce. De nævnte ingeniør- og arkitektsammenslutninger, der ikke deltog i aftalen, har anfægtet, at ASL Lecce uden afholdelse af en offentlig udbudsprocedure, og dermed retsstridigt, tildelte universitetet kontrakten. ASL Lecce har heroverfor gjort gældende, at kontrakten falder inden for området for samarbejde og samordning mellem offentlige myndigheder, da den blev indgået for at tilgodese et formål af almen interesse.

1 — Originalsprog i forslaget til afgørelse: tysk. Processprog: italiensk.

2 — EUT L 134, s. 114.

3. Med den foreliggende sag får Domstolen endnu en gang lejlighed til at videreudvikle sin retspraksis vedrørende udbudsret. Med udgangspunkt i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland³ skal Domstolen tage stilling til, om det forekommer begrundet at anvende de udbudsretlige bestemmelser i en situation som den, der foreligger i tvisten i hovedsagen, hvor et universitet, der har status af offentligretlig institution, får tildelt en kontrakt vedrørende rådgivende virksomhed for en offentlig myndighed. I denne forbindelse skal der tages hensyn til forskellige aspekter, f.eks. universitetets beføjelse til at optræde som økonomisk aktør og den omkostningsdækkende karakter af det modtagne vederlag.

II – De relevante retsregler

A – EU-ret

4. Artikel 1, stk. 2, 8 og 9, i direktiv 2004/18 bestemmer følgende:

»2.

- a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.[...]
- d) Ved »offentlige tjenesteydelseskontrakter« forstås offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II.«

[...]

8. »Begreberne »entreprenør«, »leverandør« og »tjenesteyder« dækker enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller organer, som på markedet tilbyder henholdsvis udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser.

Begrebet »økonomisk aktør« dækker både en entreprenør, en leverandør og en tjenesteyder. Det anvendes udelukkende for at forenkle teksten.

[...]

9. Som »ordregivende myndigheder« betragtes staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

- a) der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter
- b) som er en juridisk person og

3 — Dom af 9.6.2009, sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 4747.

- c) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

[...]«

5. I henhold til direktivets artikel 7 gælder det for offentlige kontrakter, hvis anslåede værdi eksklusive moms overstiger en tærskelværdi på 206 000 EUR, såfremt der er tale om offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter, som indgås af ordregivende myndigheder, der er statslige myndigheder som omhandlet i bilag IV. I henhold til direktivets artikel 9 beregnes den anslåede værdi af en offentlig kontrakt på grundlag af det samlede beløb eksklusive moms, som den ordregivende myndighed som anslået kan komme til at betale. I denne beregning tages der hensyn til det anslåede samlede beløb, herunder enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af kontrakten.

6. I henhold til direktivets artikel 16, litra f), finder det ikke anvendelse på offentlige aftaler om tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling, bortset fra dem, hvis udbytte udelukkende tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang betales af den ordregivende myndighed.

7. Det følger af direktivets artikel 20, at kontrakter, der vedrører de i bilag II A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 23-55. Artikel 28 bestemmer, at de ordregivende myndigheder ved indgåelse af offentlige kontrakter anvender de nationale procedurer, der er tilpasset til brug i forbindelse med dette direktiv. I bilag II A opregnes bl.a. følgende kategorier af tjenesteydelser: »FoU-tjenesteydelser« (kategori 8) og »Arkitektvirksomhed: Rådgivende ingeniørvirksomhed og integreret ingeniørvirksomhed, byplanlægning og landskabsarkitektur, hermed beslægtet teknisk-videnskabelig konsulentvirksomhed, teknisk afprøvning og analyse« (kategori 12).

B – National ret

8. Artikel 15, stk. 1, i lov nr. 241 af 7. august 1990, hvorved der indføres nye bestemmelser vedrørende forvaltningsprocedurer og om retten til aktindsigt i forvaltningsakter (nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)⁴, bestemmer, at offentlige myndigheder altid kan indgå aftaler indbyrdes med henblik på at regulere udførelsen af aktiviteter af fælles interesse, som udføres i samarbejde.

9. Artikel 66 i dekret nr. 382/1980 fra republikkens præsident (Decreto del Presidente della Repubblica) bestemmer følgende:

»Såfremt det ikke er til hinder for deres videnskabelige og undervisningsmæssige funktion, kan universiteterne udføre forskning og yde konsulentbistand fastlagt via kontrakter og aftaler med offentlige og private institutioner. Udførelsen af sådanne kontrakter og aftaler tildeles typisk afdelinger eller – såfremt disse ikke er oprettet – institutter eller universitetshospitaler eller de enkelte fuldtidsansatte undervisere.

Indtægterne for ydelserne i henhold til kontrakterne og aftalerne, jf. ovennævnte stykke, fordeles efter et regulativ.

[...]

4 — GURI nr. 192 af 18.8.1990.

Undervisningspersonale og øvrigt personale, som samarbejder om leveringen af sådanne ydelser, kan honoreres op til et årligt beløb, der ikke overstiger 30% af den samlede aflønning. Et således udbetalt beløb til personalet må ikke overstige 50% af den samlede indtægt for ydelserne.

Det i stk. 2 nævnte regulativ angiver det beløb, der skal anvises universitetet til dækning af afholdte, generelle udgifter, og kriterierne for tildeling af det i stk. 3 nævnte beløb til personalet.

[...]

Indtægterne fra aktiviteten nævnt i forrige stykke udgør regnskabsmæssige indtægter for universitetet.«

10. Det fremgår endvidere af forelæggelsesafgørelsen, at universiteterne i henhold til de særlige retsfor skrifter, der regulerer deres virksomhed, er hovedsæder for videnskabelig forskning.

III – Faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

11. Ved den af generaldirektøren for ASL Lecce ved beslutning af 7. oktober 2009 godkendte specifikation og den efterfølgende aftale benævnt »aftale om konsulentbistand« blev der indgået en skriftlig aftale mellem ASL Lecce og universitetet. Genstanden for aftalen var mod vederlag at foretage undersøgelse og vurdering af sårbarhed over for jordskælv for så vidt angår hospitalsbygningerne i Lecce-provinsen, hvilket skulle udføres på baggrund af de seneste nationale bestemmelser fastsat på området for bygningssikkerhed, især hvad angår strategiske bygninger.

12. Specifikationen angav de tjenesteydelser, der skulle leveres, således:

- bestemmelse af type af bygningskonstruktion, de anvendte byggematerialer og beregningsmetoder, sammenfattende kontrol af den faktiske tilstand i forhold til den tilgængelige projektdokumentation
- kontrol af konstruktionsmæssig lovlighed, sammenfattende analyse af bygningens samlede reaktion i tilfælde af jordskælv, eventuelle lokale analyser på vigtige konstruktionsmæssige elementer eller undersystemer med henblik på bestemmelse af den samlede reaktion i tilfælde af jordskælv, og
- udarbejdelse af resultaterne af ovennævnte og udformning af tekniske oversigter over konstruktionsmæssig diagnosticering, herunder særligt rapporter vedrørende den observerede type bygningskonstruktion, materialer og bygningens vedligeholdelsestilstand, med særligt henblik på de aspekter, der har størst indflydelse på bygningens reaktion i tilfælde af jordskælv i det område, hvor bygningen er placeret, tekniske oversigter med klassificering af hospitalernes sårbarhed over for jordskælv, tekniske rapporter over konstruktionsmæssige elementer eller undersystemer, der betragtes som kritiske i forbindelse med kontrol af sårbarheden over for jordskælv, foreløbige forslag og en sammenfattende beskrivelse af mulige jordskælvstilpasninger eller -forbedringer med særligt henblik på fordele og begrænsninger ved de forskellige teknologier og teknisk-økonomiske aspekter.

13. I henhold til aftalen om konsulentbistand skulle aktiviteten udføres i tæt samarbejde mellem den af ASL Lecce udpegede arbejdsgruppe og universitetets arbejdsgruppe, eventuelt med hjælp fra højt kvalificeret eksternt personale, idet det videnskabelige ansvar skulle påhvile to personer udpeget af henholdsvis ordregiver og universitetsinstituttet, og idet ejendomsretten til alle resultater som følge af undersøgelserne skulle tilhøre ASL Lecce, som dog forpligtede sig til udtrykkeligt at nævne instituttet i tilfælde af offentliggørelse af resultaterne i en teknisk-videnskabelig sammenhæng. For den samlede tjenesteydelse skulle ASL Lecce betale universitetet et beløb på 200 000 EUR eksklusive moms i fire rater. Såfremt aftalen ophæves førtidigt, har universitetet krav på et beløb svarende til den hidtil præsterede ydelse og afholdte udgifter.

14. I tre sager indledt af henholdsvis Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce og Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (OICE) samt selskaberne Etacons Srl, Vito Prato Engineering Srl, Barletti – del Grosso & associati Srl og Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce underkendte Tribunale Amministrativo Regionale Puglia den direkte tildeling af ovennævnte opgave til universitetet på grund af manglende anvendelse af de offentlige udbudsprocedurer.

15. ASL Lecce og Università del Salento har anket de pågældende domme til den forelæggende ret. Denne ret har i sin forelæggelsesafgørelse anført betænkeligheder med hensyn til, om direktiv 2004/18 er til hinder for indgåelse af en aftale som den omtvistede. Dette rejser spørgsmål om, hvorvidt den omtvistede aftale opfylder de retlige krav til et offentlig-offentligt partnerskab, der er udviklet i Domstolens retspraksis. Der er ganske vist visse holdepunkter for denne konklusion, men det kan ikke fastslås med sikkerhed, da andre aspekter taler for det modsatte. Da der efter den forelæggende rets opfattelse ikke af Domstolens retspraksis kan udledes afgørende fortolkningsbidrag, har Consiglio di Stato udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»Er direktiv 2004/18, særligt artikel 1, stk. 2, litra a) og d), artikel 2, og artikel 28 samt bilag II, kategori nr. 8 og 12, til hinder for nationale bestemmelser, der tillader indgåelse af skriftlige aftaler mellem to ordregivende myndigheder vedrørende undersøgelse og vurdering af hospitalsbygningers sårbarhed over for jordskælv, som skal udføres i henhold til de nationale bestemmelser på området for bygningssikkerhed, især hvad angår strategiske bygninger, mod et vederlag, der ikke overstiger de afholdte udgifter til udførelse af tjenesteydelsen, hvor den udførende myndighed optræder i form af økonomisk aktør?«

IV – Retsforhandlingerne for Domstolen

16. Forelæggelsesafgørelsen af 9. november 2010 indgik til Domstolens Justitskontor den 1. april 2011.

17. Der er indgivet skriftlige indlæg af ASL Lecce, universitetet, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI), Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (OICE), Consiglio Nazionale degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC), af den italienske, den tjekkiske, den polske og den svenske regering samt af Europa-Kommissionen inden for den frist, der er fastsat i artikel 23 i statuten for Domstolen.

18. Repræsentanter for ASL Lecce, universitetet, CNI, OICE, CNAPPC, den italienske, den polske og den svenske regering samt Kommissionen deltog i retsmødet den 27. marts 2012, hvor de afgav mundtlige indlæg.

V – Parternes væsentligste argumenter

19. Mine betragtninger vil i relevant omfang tage hensyn til parternes anbringender.

VI – Retlig stillingtagen

A – Generelt

20. Henset til formuleringen af det præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt de gældende nationale retsforskrifter kan anses for forenelige med direktiv 2004/18, idet de tillader aftaler som den, der er beskrevet i det præjudicielle spørgsmål. Ved en samlet betragtning af de retlige problemer i den foreliggende sag må det imidlertid konstateres, at det centrale spørgsmål, som Domstolen først og fremmest skal tage stilling til, er, hvorvidt den omhandlede aftale

er forenelig med direktiv 2004/18. Med henblik på en fyldestgørende besvarelse af den nationale rets spørgsmål for så vidt angår bilæggelse af tvisten i hovedsagen, forekommer det formålstjenligt at ændre fokus for gennemgangen til dette aspekt. Jeg vil derfor i min gennemgang behandle spørgsmålet om, hvorvidt der i hovedsagen er sket tilsidesættelse af direktiv 2004/18. Jeg finder ikke, at det med henblik herpå er påkrævet at omformulere det præjudicielle spørgsmål, idet konstateringen af en eventuel tilsidesættelse udgør en indirekte indikation af, hvorvidt gældende national ret er i overensstemmelse med EU-retten. Såfremt det fremgår af gennemgangen, at den omtvistede aftale ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiv 2004/18, kan den retstilstand, der er gældende i Italien, anses for at stride mod EU-retten.

21. Direktiv 2004/18 ville være til hinder for en aftale som den, der er indgået mellem ASL Lecce og universitetet, såfremt der ved kontrakten om undersøgelse og vurdering af sårbarheden over for jordskælv for så vidt angår visse hospitalsbygninger i henhold til EU-retten er tale om en udbudspligtig transaktion, da der ikke blev afholdt udbud i hovedsagen. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, blev den omhandlede kontrakt derimod umiddelbart tildelt universitetet. Såfremt det bekræftes, at transaktionen er udbudspligtig, skal det endvidere undersøges, hvorvidt den i givet fald er omfattet af en undtagelse, således at et offentligt udbud kan undlades afholdt, i hvilken forbindelse såvel de undtagelser, der er fastsat i selve direktiv 2004/18, som det retlige begreb partnerskab mellem offentlige institutioner med henblik på imødekomme af almenhedens behov, som er blevet udviklet i Domstolens retspraksis, kommer på tale.

B – *Anvendelse af direktiv 2004/18*

22. Dette forudsætter imidlertid, at den omtvistede aftale er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Det er det første punkt, som skal undersøges, og som jeg umiddelbart vil behandle.

1. Spørgsmålet, om der foreligger en offentlig kontrakt

a) Levering af tjenesteydelser

23. For at være omfattet af direktivets materielle anvendelsesområde skal der foreligge en »offentlig kontrakt«. Den omhandlede aftale kan eventuelt henføres under en af de typer offentlige kontrakter, der er opregnet i direktivets artikel 1, stk. 2. Henset til de faktiske oplysninger, der er til rådighed, finder jeg, at henførelse under begrebet »offentlig tjenesteydelseskontrakt« som omhandlet af definitionen i artikel 1, stk. 2, litra d), kommer i betragtning. Offentlige tjenesteydelseskontrakter defineres dér som offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II. I betragtning af genstanden svarer de arbejder, som universitetet ifølge aftalen skulle udføre, til de tjenesteydelser, der er anført i kategori 12 i bilag II A (»Arkitektvirksomhed: Rådgivende ingeniørvirksomhed og integreret ingeniørvirksomhed, byplanlægning og landskabsarkitektur, hermed beslægtet teknisk-videnskabelig konsulentvirksomhed, teknisk afprøvning og analyse«). Der er nemlig tale om komplicerede tekniske opgaver, der omfatter vurdering af såvel bygningernes konstruktionsmæssige lovlighed som af risikoen for jordskælv. De er åbenbart arkitekturrelaterede og indbefatter en omfattende konsulentvirksomhed på dette område udført af tilsvarende kvalificeret personale ved universitetet.

b) Aftale mellem en ordregivende myndighed og en økonomisk aktør

24. Da begrebet »offentlige tjenesteydelseskontrakter« bygger på begrebet offentlige kontrakter i direktivets artikel 1, stk. 2, litra a), forudsætter dets definition endvidere en skriftlig aftale mellem en ordregivende myndighed og en økonomisk aktør.

25. Det lovbestede krav om skriftlighed er opfyldt, idet den den 29. oktober 2009 indgåede »konsulentaftale« blev indgået skriftligt.

26. Efter direktivets artikel 1, stk. 9, betragtes som »ordregivende myndigheder« »staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer«. ASL Lecce opfylder i kraft af sin egenskab som en del af den offentlige forvaltning betingelserne for at kunne anses for ordregivende myndighed i direktivets forstand.

27. For så vidt angår kvalificering af universitetet som »økonomisk aktør« bemærkes, at dette begreb i henhold til direktivets artikel 1, stk. 9, også omfatter »tjenesteydere«. Herved forstås »enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller organer, som på markedet tilbyder [...] tjenesteydelser«. Som det fremgår af Università del Salentos skriftlige bemærkninger⁵, er universitetet selv etableret som offentligretlig institution. I denne forbindelse er bestemmelsen i artikel 66 i dekret nr. 382/1980 fra republikkens præsident relevant, da den giver universiteter bemyndigelse til at indgå kontrakter og aftaler med offentlige og private institutioner om forsknings- og konsulentbistand. Det kan heraf sluttes, at universiteter i henhold til national ret har lov til at fungere ikke alene som undervisnings- og forskningsinstitutioner, men også som økonomiske aktører som omhandlet af ovennævnte definition.

28. Jeg skal her henvise til CoNISMa-dommen⁶, hvori Domstolen bekræftede, at universiteter også kan deltage som økonomisk aktør i offentlige udbud. Domstolen fastslog i dommen, at begrebet »økonomisk aktør« ikke nødvendigvis er forbeholdt tjenesteydere, der er opbygget som en virksomhed⁷. Derimod kan enhver person eller enhed, der kan sikre udførelsen af kontrakten, uagtet den pågældendes status som offentligretlig eller privatretlig, være ansøger, ligesom det er uden betydning, om den pågældende er permanent aktiv på markedet, eller om den kun handler i enkelte tilfælde, eller om den modtager offentlige tilskud⁸. Domstolen fastslog endvidere, at en indskrænkende fortolkning af begrebet »økonomisk aktør« ville medføre, at kontrakter indgået mellem ordregivende myndigheder og organer, der ikke i det væsentlige handler med gevinst for øje, ikke kunne anses for »offentlige kontrakter«, at de kunne indgås under hånden, og at de således ikke ville være omfattet af EU-bestemmelserne om ligebehandling og gennemsigtighed i strid med disse bestemmelseres formål.

29. Den aftale, der blev indgået mellem ASL Lecce og universitetet, skal følgelig anses for en skriftlig kontrakt mellem en ordregivende myndighed og en økonomisk aktør.

c) Levering af tjenesteydelser mod vederlag

30. Det er en yderligere betingelse for at en aftale kan kvalificeres som en »offentlig kontrakt« i henhold til direktivets artikel 1, stk. 2, litra a), at aftalen er gensidigt bebyrdende. Begrebet »gensidigt bebyrdende« kræver, at den tjenesteydelse, som den bydende leverer, modsvares af en forpligtelse for ordregiveren til at yde vederlag. Foruden kravet om, at der medvirker to personer, betyder gensidigt bebyrdende her, at der udveksles materielle ydelser. Gensidigheden i kontraktforholdet er nødvendig for en udbudspligtig transaktion.

5 — S. 2 i universitetets skriftlige indlæg.

6 — Dom af 23.12.2009, sag C-305/08, Sml. I, s. 12129.

7 — Ibidem, præmis 35.

8 — Ibidem, præmis 42.

31. I hovedsagen havde ASL Lecce ganske vist ifølge den omtvistede aftale en forpligtelse til at yde universitetet vederlag. Der er imidlertid tale om det særlige forhold, at det aftalte vederlag var fastsat således, at det ikke oversteg de påløbne omkostninger. Henset hertil opstår der spørgsmål om, hvorvidt godtgørelser, der dækker omkostningerne, ligeledes er omfattet af begrebet »gensidigt bebyrdende«. Jeg finder, at visse argumenter taler for en vid fortolkning af dette begreb, nærmere bestemt således, at det omfatter enhver form for godtgørelse, der har en pengeværdi.

32. Som den forelæggende ret korrekt har anført i sin forelæggelsesafgørelse⁹, betyder en manglende fortjeneste ikke, at der ikke er tale om en gensidigt bebyrdende aftale. Økonomisk betragtet er der fuldt ud tale om en gensidigt bebyrdende aftale, da modtageren oppebærer en ydelse, der har pengeværdi¹⁰, og den kan således principielt være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18. Man kan endvidere hævde, at udbudsdirektivernes formål, som er at åbne markederne for en ægte konkurrence¹¹, kun tilgodeses ved en vid fortolkning af begrebet »gensidigt bebyrdende«. Kun herigennem er det muligt at sikre udbudsdirektivernes effektivitet i praksis og forhindre en omgåelse af de udbudsretlige regler, f.eks. ved aftale om andre former for vederlag, der ikke uden videre viser, at der tilsigtes opnået en fortjeneste, f.eks. ved byttemidler eller afkald på indbyrdes krav mellem aftaleparterne¹².

33. En sådan fortolkning af begrebet gensidigt bebyrdende ligger også på linje med den vide definition af vederlag, som Domstolen har anlagt for så vidt angår fri udveksling af tjenesteydelser ifølge artikel 56 TEUF¹³. Den omstændighed, at direktiv 2004/18 har hjemmel i artikel 95 EF (nu artikel 114 TEUF), viser, at direktivet har til formål at realisere de grundlæggende friheder i det indre marked, hvilket er kommet til udtryk i anden betragtning, hvorfor en vid fortolkning af begrebet »gensidigt bebyrdende« forekommer konsekvent. I overensstemmelse med denne vide fortolkning kan det ikke nødvendigvis kræves, at leverandøren af tjenesteydelsen søger at opnå en fortjeneste. Det er tilstrækkeligt til at anse kravet om, at aftalen er gensidigt bebyrdende, for opfyldt, såfremt leverandøren alene modtager en omkostningsdækkende godtgørelse i form af en udgiftsrefusion. Hermed opnås, at såkaldt rene kompensationer tillige er omfattet af begrebet gensidigt bebyrdende¹⁴.

34. Den omtvistede aftale er følgelig gensidigt bebyrdende, og der er således i hovedsagen tale om en »offentlig tjenesteydelseskontrakt« som omhandlet af definitionen af direktivets artikel 1, stk. 2, litra d).

9 — Jf. forelæggelsesafgørelsens s. 22, præmis 34.

10 — Jf. K. Hailbronner, *Das Recht der Europäischen Union* (udgivet af Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), del B5, punkt 24, s. 4, hvorefter kriteriet gensidigt bebyrdende principielt skal anses for opfyldt ved enhver fordel, der har pengeværdi. I samme retning endvidere C. Eisner, »Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (del 1)«, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, s. 190, hvorefter den pågældende transaktion skal vurderes på grundlag af de udbudsretlige regler, så snart det faktisk er aftalt, at der skal betales vederlag for levering af en ydelse.

11 — Jf. W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, bind 3 (Beihilfe- und Vergaberecht), Heidelberg, 2007, s. 617, punkt 2012.

12 — Ibidem.

13 — Jf. dom af 27.9.1988, sag 263/86, Humbel & Edel, Sml. s. 5365, præmis 18. J. Budischowsky, *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (udg. Heinz Mayer), Wien, 2003, artikel 49 EF, punkt 8, s. 5, finder, at kriteriet om en gensidigt bebyrdende aftale er opfyldt, allerede såfremt vederlaget har omkostningsdækkende karakter.

14 — Jf. W. Frenz, nævnt ovenfor i fodnote 11, s. 618, punkt 2013.

2. Spørgsmålet, om den fastsatte tærskelværdi er nået

a) Er værdien lavere end den relevante tærskelværdi?

35. De strenge processuelle krav i udbudsdirektiverne gælder ikke samtlige mindre ordrer. Værdien af den pågældende ordre skal derimod overstige en vis tærskelværdi for at være omfattet af udbudsreglerne. Det følger allerede af proportionalitetshensyn, at de til dels meget omfattende udbudsprocedurer ikke kan finde anvendelse på samtlige mindre ordrer. En lav ordreværdi taler endvidere heller ikke for, at der findes en reel grænseoverskridende handelsinteresse.

36. Tærskelværdien fører således til, at udbudsreglerne opdeles i to kategorier. Overskrides tærskelværdierne, kræves detaljerede direktivbestemmelser overholdt. Under tærskelværdierne gælder alene den primære EU-udbudsret samt de uskrevne principper, der udledes af Domstolens retspraksis. Denne tvedeling er relevant i den foreliggende retssag, da tærskelværdien eventuelt ikke er nået i hovedsagen, hvilket skal undersøges nærmere.

37. I henhold til artikel 9, stk. 1, i direktiv 2004/18 beregnes den anslåede værdi af en offentlig kontrakt på grundlag af det samlede beløb eksklusive moms, som den ordregivende myndighed som anslået kan komme til at betale. Ved beregningen tages der hensyn til det anslåede samlede beløb, herunder enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af kontrakten. Det fremgår af sagens akter, at ASL Lecce havde forpligtet sig til at betale et vederlag på 200 000 EUR eksklusive moms. Såfremt dette beløb lægges til grund som den anslåede værdi af de aftalte tjenesteydelser, må det konstateres, at det er lavere end den tærskelværdi på 206 000 EUR, som er fastsat ved artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18, i den affattelse, der var gældende den 29. oktober 2009, dvs. datoen for indgåelsen af den omtvistede aftale. Den logiske konsekvens turde være, at foreneligheden af den omtvistede aftale med EU-udbudsretten følgelig ikke skal vurderes på grundlag af direktiv 2004/18. Vurderingen bør alene foretages på grundlag af primærretten, navnlig de grundlæggende friheder.

38. På den anden side må det, som Kommissionen har anført i sine skriftlige bemærkninger¹⁵, tages med i betragtning, at tærskelværdien kort tid senere blev reduceret til 193 000 EUR, nemlig i henhold til Kommissionens forordning (EF) nr. 1177/2009 af 30. november 2009 med virkning fra den 1. januar 2010¹⁶. Herefter ville den anslåede værdi af tjenesteydelserne overstige den nye tærskelværdi. Det er således spørgsmålet, hvilken tærskelværdi der skal lægges til grund i tvisten i hovedsagen. Dette afhænger igen af spørgsmålet om, hvilken affattelse af direktiv 2004/18 der finder anvendelse i tvisten i hovedsagen. For at kunne besvare dette spørgsmål er det nødvendigt at bestemme det relevante tidspunkt for et udbudsdirektivs anvendelighed.

39. Direktiv 2004/18 indeholder en række forskrifter, der skal hjælpe den, der anvender reglerne, til at bestemme det relevante tidspunkt for beregning af ordrens værdi. Direktivets artikel 9, stk. 2, bestemmer eksempelvis, at det relevante tidspunkt for beregningen er tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen eller, såfremt der ikke kræves en sådan bekendtgørelse, det tidspunkt, hvor tildelingsproceduren indledes. Det er således i princippet tænkeligt at lægge disse bestemmelser til grund for afgørelsen af den tidsmæssige anvendelighed af den relevante affattelse af direktiv 2004/18. Det må imidlertid konstateres, at disse bestemmelser tager udgangspunkt i faktiske omstændigheder, hvor der faktisk har fundet en udbudsprocedure sted. De siger imidlertid intet om, hvorledes der skal forholdes, såfremt der – som det er tilfældet i hovedsagen – uanset af hvilken grund ikke er blevet iværksat et udbud. Da der ikke findes udtrykkelige bestemmelser for sidstnævnte situation, skal der anlægges nogle principielle betragtninger for at finde en løsning, der i tilstrækkelig grad tager hensyn til denne situation.

15 — Jf. fodnote 22 i Kommissionens skriftlige indlæg.

16 — Kommissionens forordning (EF) nr. 1177/2009 af 30.11.2009 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF, 2004/18/EF og 2009/81/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter (EUT L 314, s. 64).

40. I mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Tyskland¹⁷ gjorde jeg opmærksom på, at de tærskerværdier, der er fastsat i udbudsdirektiverne, tilpasses regelmæssigt. I betragtning heraf er det nødvendigt med klare regler for så vidt angår bestemmelsen af de relevante tærskelværdier. Af denne grund foreslog jeg ligeledes, at tidspunktet for kontraktforhandlingerne¹⁸ lægges til grund for så vidt angår fastlæggelse af den relevante tærskelværdi, og dermed indirekte også af den tidsmæssige anvendelighed af et udbudsdirektiv, såfremt et udbud ikke har fundet sted. Dette forekommer rimeligt, idet det er nødvendigt at lægge et tidspunkt til grund, hvor der er tilstrækkelig sikkerhed med hensyn til såvel det samlede omfang af kontrakten som den anslåede værdi. De ovennævnte bestemmelser i artikel 9, stk. 2, i direktiv 2004/18 hviler på samme idé. Da det må antages, at der er endelig sikkerhed med hensyn til den anslåede værdi af aftalen senest på tidspunktet for kontraktens indgåelse, bør dette være det relevante tidspunkt i hovedsagen. Dette fører til, at den ældre affattelse af direktiv 2004/18 finder anvendelse i hovedsagen. Da værdien af den tjenesteydelse, som kontrakten angår, som allerede anført er lavere end den dér fastsatte tærskelværdi, skal foreneligheden af den omtvistede aftale principielt alene vurderes på grundlag af primærretten.

41. Traktaterne indeholder ganske vist ikke udtrykkelige bestemmelser om udbud¹⁹. Trods dette har Domstolen udledt udbudsretlige principper på grundlag af grundfrihederne, forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet samt princippet om ligebehandling, og afhængig af den særlige situation, der foreligger til pådømmelse, opstillet konkrete udbudsretlige krav, som den offentlige myndighed skal overholde. Ifølge det primærretlige princip om ligebehandling på området for offentlige kontrakter skal alle tilbudsgivere have lige chancer ved formuleringen af deres tilbud, uafhængigt af nationalitet²⁰. Af dette ligebehandlingsprincip og af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet følger en gennemsigtighedsforpligtelse, som består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne kontrakttildelingen for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske²¹.

42. Der mangler imidlertid nødvendige faktiske omstændigheder og oplysninger fra den forelæggende ret, for at der kan foretages en indgående undersøgelse af, om de udbudsretlige principper ifølge primærretten er overholdt. Dette skyldes ikke mindst, at rettens anmodning om fortolkning af EU-retten kun vedrører direktiv 2004/18. Den forelæggende rets bemærkninger angår derfor kun aspekter, der er relevante for en fortolkning af denne afledte retsakt.

43. Jeg skal i denne forbindelse erindre om, at Domstolen for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt forelæggelser kan antages til realitetsbehandling, har henvist til nødvendigheden af en fyldestgørende fremstilling af de retlige og faktiske omstændigheder i forelæggelsesafgørelsen. Dette krav skal for det første give Domstolen mulighed for at give en fortolkning af fællesskabsretten, der kan være til nytte for den nationale ret²², og for det andet give medlemsstaternes regeringer samt andre berørte parter mulighed for at indgive indlæg i henhold til artikel 23 i Domstolens statut²³. Begge formål tilgodeses

17 — Forslag til afgørelse af 14.4.2010, sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland, i hvilken der blev afsagt dom den 15.7.2010, Sml. s. 6817, punkt 143.

18 — *Ibidem*.

19 — Jf. W. Frenz, nævnt ovenfor i fodnote 11, s. 533, punkt 1721.

20 — Dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 48.

21 — Dom af 15.10.2009, sag C-196/08, Acoset, Sml. I, s. 9913, præmis 49, og af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 21. Jf. vedrørende forholdet mellem forbuddet mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsforpligtelsen dom af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 30 f., af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 66, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 17 f., og af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60 ff.

22 — Jf. dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 6.

23 — Jf. dom af 25.3.2004, forenede sager C-480/00, C-481/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00, C-490/00, C-491/00, C-497/00, C-498/00 og C-499/00, Azienda Agricola Ettore Ribaldi m.fl., Sml. I, s. 2943, præmis 73, og af 21.9.1999, sag C-67/96, Albany, Sml. I, s. 5751, præmis 40.

imidlertid først, i hvert fald for så vidt angår hovedsagen, når den forelæggende ret indgiver en sådan anmodning om fortolkning af primærretten til Domstolen og supplerer sin fremstilling af hovedsagens retlige og faktiske omstændigheder tilsvarende. Jeg anbefaler derfor, at den forelæggende ret oplyses om muligheden for en ny forelæggelse.

44. En ny forelæggelse kan imidlertid først komme på tale, når det endeligt bekræftes, at den relevante tærskelværdi reelt ikke er overskredet. Det tilkommer den nationale dommer at fastslå de nødvendige faktiske omstændigheder, for at det med sikkerhed kan udelukkes, at der ikke skal tages hensyn til yderligere beløb som del af det aftalte vederlag. Det bør navnlig tillægges betydning, hvorledes værdien af ordren fra ASL Lecce blev opgjort. Den nationale dommer skal efterprøve en række aspekter, bl.a. om regnskabsposterne eventuelt blev anslået for lavt, om aftalen indeholdt bestemmelse om, at sådanne regnskabsposter senere kunne tilpasses de faktiske omkostninger, og om der mellem kontraktspartnerne var indgået aftale om opdeling af ordrene, herunder en særskilt beregning af regnskabsposter²⁴. Henset til den ringe forskel op til tærskelværdien i hovedsagen er en afklaring af disse aspekter af særlig betydning.

b) Formodning for det præjudicielle spørgsmåls relevans for afgørelsen

45. Såfremt kontraktværdien faktisk var lavere end den relevante tærskelværdi i hovedsagen på 206 000 EUR, ville dette rejse tvivl om det præjudicielle spørgsmåls relevans for sagens afgørelse, idet spørgsmålet udtrykkeligt angår fortolkningen af direktiv 2004/18 og ikke den primærret, der snarere er anvendelig. Det præjudicielle spørgsmål kan derfor vise sig ikke at være relevant for afgørelsen, da dets forbindelse med sagens realitet, dvs. genstanden for tvisten i hovedsagen, ikke er fuldstændig åbenbar.

46. Det bemærkes imidlertid, at det ifølge fast retspraksis, inden for rammerne af samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retsinstanser i henhold til artikel 267 TEUF, udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af de konkrete omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, at vurdere såvel, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen²⁵. Når de af den nationale ret stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom²⁶.

47. Den formodning om relevans, som er knyttet til spørgsmål, der forelægges af de nationale retter til præjudiciel afgørelse, kan følgelig kun afvises i helt særlige tilfælde, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af de EU-retlige bestemmelser i spørgsmålene savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand²⁷. Det sidste er i hvert fald ikke tilfældet for så vidt

24 — De omgælsesforbud, der udtrykkeligt fremgår af samtlige udbudsdirektiver, har forbindelse med beregningsmetoderne. For det første gælder der et forbud mod at opdele kontrakterne, såfremt formålet hermed er at undgå, at kontrakterne er omfattet af direktiverne. For det andet forbyder direktiverne omgælse gennem valg af beregningsmetode. Endelig kan der af omgælsesforbuddene udledes et generelt forbud mod forsætlig eller uagtsom underkalkulation (jf. W. Frenz, nævnt ovenfor i fodnote 11, s. 209, punkt 822; P. Trepte, *Public procurement in the EU*, 2. udg., Oxford, 2007, s. 262 f.).

25 — Denne retspraksis forudsætter, at den nationale ret har direkte kendskab til sagens faktiske omstændigheder og parternes argumenter, og den derfor bedst er i stand til med fuldt kendskab til sagen at vurdere relevansen af de retsspørgsmål, der er opstået under den tvist, som retten har fået forelagt, og nødvendigheden af en præjudiciel afgørelse som forudsætning for at kunne afsige dom; jf. dom af 22.6.2000, sag C-425/98, *Marca Mode*, Sml. I, s. 4861, præmis 21.

26 — Jf. dom af 13.3.2001, sag C-379/98, *PreussenElektra*, Sml. I, s. 2099, præmis 38, af 22.5.2003, sag C-18/01, *Korhonen m.fl.*, Sml. I, s. 5321, præmis 19, af 19.4.2007, sag C-295/05, *Asemfo*, Sml. I, s. 2999, præmis 30, og af 1.10.2009, sag C-103/08, *Gottwald*, Sml. I, s. 9117, præmis 16.

27 — Jf. bl.a. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, *Bosman*, Sml. I, s. 4921, præmis 61, og af 1.4.2008, sag C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*, Sml. I, s. 1683, præmis 29, samt *Gottwald*-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 17.

angår tvisten i hovedsagen, idet det ikke kan udelukkes, at den forelæggende ret efter en vurdering af samtlige omstændigheder i hovedsagen, navnlig for så vidt angår den af ASL Lecce anvendte beregningsmetode af kontraktværdien²⁸, konkluderer, at direktiv 2004/18 i sidste instans alligevel skal finde anvendelse, da den relevante tærskelværdi er overskredet.

48. Domstolen er følgelig forpligtet til at efterkomme rettens anmodning og foretage en fortolkning af direktiv 2004/18.

3. Ingen relevant undtagelse

49. Mens tærskerværdierne udgør en første, rent finansiel afgrænsning inden for udbudsretten, indeholder direktiverne derudover udtrykkelige undtagelser for særlige områder. Forskellig herfra er uskrevne undtagelser, som Domstolen har udviklet i sin retspraksis, og som navnlig vedrører situationer, hvor regionale eller lokale offentlige institutioner i fællesskab varetager opgaver af almen interesse. Formålet med undtagelsesbestemmelserne er at finjustere udbudsdirektiverne. Navnlig områder, hvor der ikke findes en udbudsspecifik risiko for konkurrencen, der ikke foreligger en grænseoverskridende handelsinteresse, eller hvor en anvendelse af udbudsretten ikke tilgodeser de undtagne områders særpræg og særlige behov, skal undtages fra anvendelsesområdet for de udbudsretlige regler²⁹.

50. Uanset hvilken form for undtagelse der er relevant i en bestemt situation, må det betænkes, at det følger af udbudsdirektivernes formål om, at indgåelse af statslige aftaler skal være underlagt fælles regler i samtlige medlemsstater, og offentlige indkøb generelt skal følge konkurrenceprincippet, at direktivernes undtagelsesbestemmelser skal være udtømmende og endvidere principielt skal fortolkes snævert³⁰.

51. Såvel kodificerede som uskrevne undtagelser kommer i betragtning i tvisten i hovedsagen, og undersøgelsen af deres anvendelighed vil også i det følgende ske i denne systematiske orden.

a) Kodificerede undtagelser

i) Tjenesteydelseskontrakt på grundlag af en »eksklusiv rettighed«

52. For det første kommer undtagelsen i artikel 18 i direktiv 2004/18 i betragtning. I henhold hertil finder »[d]ette direktiv [...] ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter, som en ordregivende myndighed tildeler en anden ordregivende myndighed [...] på grundlag af en eksklusiv rettighed, der er tildelt dem i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser, der er forenelige med traktaten«. Denne undtagelse vil således først være relevant, såfremt det kan godtgøres, at universitetet har en eksklusiv rettighed til at levere den aftalte form for tjenesteydelser.

53. I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at henvise til, at uanset at italiensk ret i henhold til artikel 6, stk. 4, i lov nr. 168/1989 fastslår, at universiteterne er »hovedsæder for videnskabelig forskning«, og at de i henhold til artikel 15, stk. 1, i lov nr. 241/1990 har beføjelse til at »indgå aftaler med andre offentlige institutioner med henblik på at regulere udførelsen af aktiviteter af fælles interesse, som udføres i samarbejde«, kan der ikke heraf udledes en eksklusiv rettighed i den ovennævnte forstand. En lovsikret eksklusiv rettighed for universiteter til at udføre virksomhed

28 — Jf. punkt 44 i dette forslag til afgørelse.

29 — W. Frenz, nævnt ovenfor i fodnote 11, s. 670, punkt 2197.

30 — Jf. dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039, præmis 14, af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 43, af 17.11.1993, sag C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5923, præmis 10, og af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 48 og 58.

bestående i undersøgelse og vurdering af hospitalsbygningers sårbarhed over for jordskælv for den offentlige forvaltning, findes hverken i den italienske retsorden eller i EU-retten. Den tjekkiske regering³¹ har med rette anført, at disse former for virksomhed efter deres karakter snarere må betragtes som en accessorisk forskningsvirksomhed for universitetet og ikke bidrager til opfyldelse af den grundlæggende funktion som sæde for akademisk vidensformidling, på hvilket område universitetet har en eksklusiv ret inden for uddannelsessystemet i den enkelte medlemsstat.

54. Undtagelsen i henhold til artikel 18 i direktiv 2004/18 er følgelig ikke relevant i hovedsagen.

ii) Særlig undtagelse for så vidt angår tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling

55. Det skal endvidere undersøges, om den særlige undtagelse i artikel 16, litra f), i direktiv 2004/18 er relevant for hovedsagen. I henhold til denne bestemmelse finder direktivet ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter »om tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling, bortset fra dem, hvis udbytte udelukkende tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang betales af den ordregivende myndighed«.

56. Den sidste betingelse er for så vidt opfyldt, idet ASL Lecce ved aftalen har forpligtet sig til at betale et vederlag. Det er derimod uklart, om de andre betingelser er opfyldt. Selv om det følger af konsulentaftalen, at ejendomsretten til samtlige resultater, der afledes af forsøgsvirksomheden, tilkommer ASL Lecce, er myndigheden imidlertid fortsat forpligtet til ved en offentliggørelse inden for det teknisk-videnskabelige område udtrykkeligt at nævne instituttet. Dette rejser spørgsmål om, hvorvidt ASL Lecce har eneret til resultaterne af undersøgelsen. Det kan principielt ikke udelukkes, at dette er tilfældet. I mangel af nærmere faktiske oplysninger om aftalens indhold og de retsfølger, der kan afledes heraf i henhold til national ret, er det ikke muligt med sikkerhed at fastslå, om betingelsen for at anvende undtagelsen i artikel 16, litra f), i direktiv 2004/18 er opfyldt. Dette kræver nemlig en fastlæggelse og vurdering af faktiske omstændigheder, som Domstolen imidlertid ikke har kompetence til at foretage under en procedure i henhold til artikel 267 TEUF³². Det er derimod omfattet af den nationale dommers kompetence. Det tilkommer således denne at efterprøve, om undtagelsen i artikel 16, litra f), i direktiv 2004/18, henset til de samlede omstændigheder i hovedsagen, er relevant.

b) Uskrevne undtagelser

57. Som allerede antydnet ovenfor, har Domstolen i sin retsskabende virksomhed udviklet to yderligere undtagelser, der vedrører de såkaldte In-house-ydelser og forskellige former for interkommunalt samarbejde³³. Med henblik på at efterprøve, om de kan finde anvendelse i hovedsagen, vil jeg derfor gengive dem i hovedtræk.

i) In-house-transaktioner

58. Begrebet in-house-transaktioner forudsætter, at der er tale om udveksling af ydelser mellem – retligt betragtet – en og samme juridiske person. In-house-transaktioner udgør således ikke indkøbsrelevante transaktioner, idet en ordregivende myndighed præsterer ydelsen ved hjælp af egne ressourcer. Udbudsretligt er dette lovligt, således som Domstolen fastslog i dommen i sagen Stadt

31 — Jf. punkt 17 og 18 i den tjekkiske regerings skriftlige indlæg.

32 — Jf. dom af 6.4.1962, sag 13/61, Bosch, Sml. 1954-1964, s. 293, org.ref.: Rec. s. 89, og af 5.2.1963, sag 26/62, Van Gend en Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org.ref.: Rec. s. 1.

33 — Jf. *Kommissionens Grøn bog af 27. januar 2011 om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb*, KOM(2011) 15 endelig, s. 24, der nævner begge de situationer, der er blevet udviklet i Domstolens praksis. Kommissionen støtter, at det skal fastlægges i lovgivningen, hvilke former for samarbejde der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiverne om indgåelse af offentlige aftaler. I denne forbindelse skal der ligeledes tages hensyn til konklusionerne i Domstolens retspraksis.

Halle og RPL Lochau³⁴. Domstolen fastslog i denne sag, at »[e]n offentlig myndighed, som er en ordregivende myndighed, kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne administrative, tekniske eller andre ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke hører til dens tjenestegrene«. Domstolen udtalte, at »[i] et sådant tilfælde kan der ikke være tale om en gensidigt bebyrdende aftale indgået med et organ, som juridisk er forskelligt fra den ordregivende myndighed selv«. EU-rettens bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter finder således ikke anvendelse³⁵.

59. Dette omfatter ligeledes situationer, hvor et offentligt organ tildeler en kontrakt til en juridisk selvstændig person, som imidlertid har et særligt forhold til ordregiver³⁶. Også denne problemstilling vedrører i sidste instans spørgsmålet om, hvorvidt der herved er tale om en kontrakt, der er undergivet udbudspligt. Det afgørende spørgsmål er, hvorvidt de deltagende parter er to forskellige personer, der kan optræde henholdsvis som ordregivende myndighed og som bydende. Mens personidentiteten kan besvares benægtende allerede med henvisning til deres selvstændige juridiske stilling, er det ofte vanskeligt at besvare spørgsmålet om, hvorvidt de under en konkret transaktion optræder som ordregivende myndighed eller som bydende. Det kan forekomme, at begge personer for så vidt angår en konkret kontrakt er så nært forbundne, at der ikke er udbudspligt uden en kontrakt.

60. Ifølge Domstolen er der principielt udbudspligt, såfremt aftalen indgås mellem en ordregivende myndighed og en af denne uafhængig juridisk person. Siden dommen i Teckal-sagen³⁷, der er toneangivende, har Domstolen imidlertid antaget, at der ikke er udbudspligt og dermed i sidste ende er tale om en transaktion, der skal sidestilles med en in-house-transaktion, »såfremt den offentlige myndighed, som er den ordregivende myndighed, fører en kontrol med en fra denne myndighed forskellig enhed, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, på den betingelse, at denne enhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale sammenslutninger, den ejes af«³⁸.

61. Det bemærkes imidlertid, at der ikke foreligger nogen af de to situationer i hovedsagen. For det første er der her tale om en aftale mellem to forskellige juridiske personer. For det andet er det ifølge oplysning fra den forelæggende ret³⁹ utvivlsomt, at universitetet ikke er undergivet nogen form for kontrol fra ASL Lecce. Der er følgelig ikke tale om en in-house-transaktion.

34 — Dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1.

35 — Ibidem, præmis 48.

36 — Jf. M. Holoubek, *EU-Kommentar* (udg. Jürgen Schwarze, 2. udg., artikel 49 EF/50 EF, punkt 151, s. 753, hvori der henvises til, at Domstolen i sin praksis ikke alene undtager aftalelignende forhold mellem juridiske personer, men tillige aftalelignende forhold mellem offentlige myndigheder og outsourcete institutioner, fra udbudsdirektivernes anvendelsesområde og fra de grundlæggende friheder.

37 — Teckal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 30.

38 — Jf. Teckal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 50, dommen i sagen Stadt Halle og RPL, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 49, og dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 34.

39 — Jf. forelæggelsesafgørelsens præmis 35.

ii) Interkommunalt samarbejde

62. En yderligere uskreven undtagelse følger af de principper, der blev udviklet i den praksis, der fandt udtryk i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland^{40 41}. Det kan af dommen udledes, under hvilke omstændigheder og i hvilke former interkommunalt samarbejde kan undtages fra anvendelsesområdet for de udbudsretlige regler⁴². Et resumé af de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for denne afgørelse, og hovedlinjerne i Domstolens argumentation er ikke mindst af denne grund relevant.

– Domstolens argumentation i sagen Kommissionen mod Tyskland

63. Traktatbrudssagen vedrørte den omstændighed, at der blev indgået en aftale med Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste, som er en offentlig virksomhed, etableret som offentligretlig institution, om bortskaffelse af affald i fire distrikter i Niedersachsen, nemlig Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. og Stade, uden at der var blevet iværksat en udbudsprocedure på fællesskabsplan. Godtgørelsen var fastsat som et årligt vederlag med en justeringsformel på grundlag af den leverede mængde. Aftalens varighed var 20 år. Parterne var enige om at indlede forhandlinger senest fem år inden aftalens udløb med henblik på at tage stilling til, om der skulle indgås en tillægsaftale.

64. Domstolen tog ikke Kommissionens påstand til følge, idet den ikke fandt, at indgåelsen af aftalen vedrørende bortskaffelse af affald uden at afholde et udbud eller iværksætte en udbudsprocedure på fællesskabsplan var i strid med direktiv 92/50. Domstolen afviste en eventuel udbudspligt navnlig med den begrundelse, at den omtvistede aftale opretter et samarbejde mellem lokale sammenslutninger, der har til formål at sikre den fælles gennemførelse af en public service-opgave, dvs. bortskaffelse af affald⁴³. Forud for denne konstatering foretog Domstolen en indgående analyse af aftalen, hvorunder den udformede de aspekter, der efter dens opfattelse typisk kendetegner interkommunalt samarbejde. Som det vil fremgå af det følgende, udgør disse aspekter samtidig kriterierne for, om en bestemt aftale mellem offentlige organer er omfattet af den uskrevne undtagelse vedrørende interkommunalt samarbejde. De udgør med andre ord kriteriet for undtagelsen.

65. Det er påfaldende, at interkommunalt samarbejde efter Domstolens opfattelse kendetegnes af, at samtlige lokale organer bestræber sig på i fællesskab at sikre en effektiv opfyldelse af en opgave af almen interesse. Som det fremgår allerede af Coditel Brabant-dommen⁴⁴, tjener konstateringen af, at en offentlig myndighed kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke hører til dens tjenestegrene, og den kan også opfylde disse opgaver i samarbejde med andre offentlige myndigheder som legitimation for at undtage dette område fra udbudsrettens anvendelsesområde. Ifølge Domstolen forudsætter denne autonomi imidlertid, at en ordregivende myndighed også skal have mulighed for at kunne samarbejde med andre ordregivende myndigheder, således at de kan samle deres ressourcer⁴⁵. På grundlag af denne argumentation har Domstolen ligeledes indrømmet offentlige myndigheder valgfrihed med hensyn til den retlige form, de

40 — Jf. ovenfor i fodnote 3.

41 — Jf. A. Chaminade, »Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales«, *La Semaine Juridique – édition générale*, 2010, nr. 363, s. 662, hvori nævnes en videreudvikling af Domstolens praksis siden dens domme vedrørende in-house-transaktionerne. Jf. P. Ferk og B. Ferk, »Osebe javnega prava kot ponudniki«, *Podjetje in delo*, nr. 4, s. 481, hvori der i forbindelse med dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland omtales et supplement til den hidtidige doktrin vedrørende in-house-transaktioner, idet der dér er tale om et aftalemæssigt og ikke et institutionelt forhold mellem parterne.

42 — Jf. B. Pirker, »La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Commission c/Allemagne«, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009 nr. 3, s. 574; E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, *Chronique de jurisprudence communautaire, Droit administratif*, 2009, s. 1542, der giver udtryk for den opfattelse, at dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland begrundet en ny undtagelse fra de udbudsretlige regler.

43 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 37.

44 — Jf. dom af 13.11.2008, sag C-324/07, Sml. I, s. 8457, præmis 48.

45 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 45.

vil benytte i forbindelse med den fælles varetagelse af offentlige opgaver, hvad enten der som her blot er tale om en aftale, eller om det institutionaliseres⁴⁶, idet der etableres et særligt offentligretligt organ. Domstolen har dels begrundet dette med det formelle argument om, at der ikke findes EU-retlige bestemmelser, der kræver en bestemt retlig form⁴⁷. For det andet fandt Domstolen heller ikke, at et sådant formkrav for samarbejdet var nødvendigt ud fra en teleologisk betragtning, når blot konkurrencen på det indre marked for udbud ikke fordrejes, idet en privat virksomhed foretrækkes, og andre følgelig diskrimineres⁴⁸.

– De af Domstolen opstillede kriterier

66. Til forskel fra retspraksis vedrørende in-house-transaktioner, hvor Domstolen allerede i Teckal-dommen sammenfattede de to relevante kriterier i en prægnant maksime, findes der ingen tilsvarende prægnant formel i denne principafgørelse om, under hvilke forudsætninger – der går videre end i den afgjorte sag – et interkommunalt samarbejde generelt og uden afholdelse af udbud kan betragtes som retmæssigt. Som allerede nævnt kan der af Domstolens argumentation udledes en række relevante kriterier, der kumulativt skal være opfyldt. Herefter undtager Domstolen det interkommunale samarbejde fra udbudsretten efter følgende kriterier:

- Varetagelse af en fælles opgave af almen interesse, eller af opgaver, der har forbindelse med opfyldelsen af formål af offentlig interesse.
- Udelukkende ved hjælp af offentlige organer uden privat deltagelse.
- På kontraktuelt grundlag eller i retligt institutionaliseret form, f.eks. en sammenslutning.
- Ingen privat virksomhed stilles bedre end dens konkurrenter for så vidt angår kontraktens indgåelse.
- Aftalen har ikke til formål at omgå de udbudsretlige regler.

67. Det kan i princippet indvendes over for en umiddelbar anvendelighed af denne retspraksis på hovedsagen, at nærværende sag – til forskel fra de faktiske omstændigheder, der lå til grund for dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland – ikke vedrører et samarbejde mellem lokale organer. Genstanden for den foreliggende retssag er derimod snarere en aftale mellem en myndighed i et lokalt organ og en offentligretlig juridisk person. Henset hertil skal det undersøges, hvorvidt det er muligt på grundlag af denne retspraksis at lægge en undtagelse til grund, der omfatter former for samarbejde som i den foreliggende sag.

iii) Retsinstituttet »offentlig-offentligt partnerskab«

– Udvidelse af undtagelsen til forskellige former for samarbejde mellem offentlige institutioner

68. Det fremgår imidlertid af en nærlæsning af dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, at den undtagelse, som Domstolen har udviklet, principielt ikke er til hinder for sådanne former for samarbejde.

46 – Jf. M. Steiner, »Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?«, *European Law Reporter*, 2009, s. 283, der for så vidt angår de faktiske omstændigheder, der lå til grund for dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, taler om et faktisk »institutionaliseret samarbejde«.

47 – Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i nodnote 3, præmis 47.

48 – Ibidem.

69. Til støtte for denne antagelse bemærkes for det første, at den pågældende retssag vedrørte en kontrakt mellem Stadtreinigung Hamburg og fire nærliggende distrikter, hvorved bemærkes, at Stadtreinigung Hamburg er en offentligretlig juridisk person, ikke en lokal myndighed⁴⁹. For det andet bemærkes, at Domstolen i dommen hyppigt anvendte det neutrale begreb »offentlig myndighed«⁵⁰, hvilket tilkendegiver, at det ikke alene er kommuner, der kan indgå i et samarbejde som forudsætning for en anvendelse af den uskrevne undtagelse⁵¹. En begrænsning af undtagelsen, således at den udelukkende omfatter samarbejde mellem lokale organer, ville også i betragtning af den forskellige udformning af den administrative organisation i de enkelte medlemsstater, være for formalistisk og vanskelig at verificere. I betragtning heraf er det mere logisk at anlægge en videre fortolkning af anvendelsesområdet for denne uskrevne undtagelse og således snarere tale om et »samarbejde mellem offentlige organer«.

70. Det må følgelig antages, at denne uskrevne undtagelse principielt også kan omfatte en situation, hvor en sundhedsmyndighed og et universitet kontraherer indbyrdes.

– Spørgsmålet, om kriterierne er opfyldt i hovedsagen

71. Det er en forudsætning for, at ASL Lecce og universitetet kan påberåbe sig denne uskrevne undtagelse, at de ovennævnte kriterier for samarbejde mellem offentlige organer er opfyldt i hovedsagen. Det er ubestridt, at der er blevet indgået en aftale mellem udelukkende offentlige organer uden nogen form for privat deltagelse, hvorved flere kriterier samtidig er opfyldt. Andre kriterier er derimod forbundet med vanskeligheder og kræver en nærmere undersøgelse.

Spørgsmålet, om en opgave er af almen interesse

72. Et af de mest omstridte spørgsmål under den foreliggende retssag er, hvorvidt den omhandlede aftale for begge parter vedkommende blev indgået med henblik på at udføre en opgave *af almen interesse*.

73. Som allerede nævnt fik universitetet i opdrag at undersøge og vurdere sårbarheden over for jordskælv for så vidt angår hospitalsbygninger i provinsen Lecce. Arbejdet skulle udføres i overensstemmelse med de nationale bestemmelser på området for bygningssikkerhed, især hvad angår strategiske bygninger. Som ASL Lecce har anført i sit skriftlige indlæg⁵², skulle resultaterne af denne undersøgelse tjene som grundlag for fremtidige projekter i eget regi til forbedring af de pågældende bygningsværkers modstandsdygtighed. Det kan heraf sluttes, at ASL Lecce med ordren om udførelse af undersøgelsen i grunden ville efterkomme en forpligtelse, som påhvilede myndigheden i henhold til national ret, til at garantere hospitalsbygningers sikkerhed. En sådan opgave tjener almene interesser og er omfattet af statens kompetence.

74. Den omhandlede aftale blev følgelig indgået af begge parter med henblik på at udføre en opgave af almen interesse.

Samarbejde med henblik på at udføre en fælles offentlig opgave

49 — Jf. i denne retning S. Wagner, »Öffentliche Aufträge: Eine förmliche europaweite Ausschreibung ist nicht erforderlich, wenn öffentliche Stellen i.R. interkommunaler Zusammenarbeit einen Vertrag zur Erfüllung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe (Abfallentsorgung) schließen«, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2009, s. 328

50 — Jf. Dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 34, 44, 45 og 47.

51 — I samme retning M. Öhler, C. Gruber, »Zusammenarbeit« iSd EuGH-Urteils Rs Stadtreinigung Hamburg nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften beschränkt«, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, s. 288.

52 — Jf. s. 3 i ASL Lecces skriftlige indlæg.

75. Det kræves endvidere, at samarbejdet tilgodeser udførelsen af en *fælles* offentlig opgave⁵³. Det er følgelig ikke tilstrækkeligt, at den lovbestemte forpligtelse til at varetage den omhandlede offentlige opgave kun påhviler det ene af de deltagende offentlige organer, mens det andet organ kun har til opgave at yde bistand ved udførelsen og påtager sig udførelsen af denne uvedkommende opgave i henhold til kontrakt. Dette forekommer logisk; når man tager den etymologiske betydning af ordet »samarbejde« i betragtning, består indholdet i et sådant samarbejde netop i en fælles strategi mellem partnere, der bygger på indbyrdes udveksling og afstemning af de pågældende interesser. Såfremt kun én af deltagerne ensidigt søger at varetage egne interesser, kan det kun vanskeligt defineres som »samarbejde« i ovenfor anførte forstand⁵⁴.

76. Domstolens bemærkninger i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland⁵⁵ indeholder konkrete holdepunkter for et tilsvarende krav om et ægte samarbejde mellem offentlige organer, idet dommen vedrører en særlig form for samarbejde mellem fire lokale organer og en offentligretlig juridisk person, der gjorde det muligt for dem i fællesskab at udføre en offentlig opgave, nemlig bortskaffelse af affald. Domstolen henviste i sine bemærkninger udtrykkeligt til dette aspekt. Som Domstolen fastslog, var forholdet mellem de kontraherende parter kendetegnet af en gensidig anerkendelse af rettigheder og forpligtelser. De kontraherende parter var endvidere forpligtede til at yde gensidig bistand og tage gensidige hensyn. Dommen byggede således på en indbyrdes udveksling, der omfattede mere end blot levering af tjenesteydelser mod vederlag⁵⁶.

77. Som den polske regering⁵⁷, CNI⁵⁸ og Kommissionen⁵⁹ korrekt har anført, adskiller hovedsagen sig imidlertid principielt fra de ovenfor anførte faktiske forhold, idet de formål, der varetages af de deltagende offentlige organer, nærmere bestemt ikke er sammenfaldende. Mens en lovbestemt forpligtelse til at foretage undersøgelse og vurdering af sårbarheden over for jordskælv for så vidt angår hospitalsbygninger alene påhviler ASL Lecce, er universitetets opgave i henhold til loven videnskabelig forskning. Denne opgave suppleres af den traditionelle funktion som sæde for akademisk vidensformidling, hvortil der allerede er blevet henvist⁶⁰. På denne baggrund forekommer det klart, at undersøgelse og vurdering af sårbarheden over for jordskælv for så vidt angår hospitalsbygninger ikke kan anses for omfattet af universitetets primære kompetence. Såfremt man betragter de konkrete aspekter af hovedsagen, må det konstateres, at der ikke foreligger et tilsvarende lovbestemt opdrag for universitetet. Dette blev fastslået allerede i forbindelse med undersøgelsen af artikel 18 i direktiv 2004/18⁶¹. Der er lige så lidt grundlag for at antage, at universitetet af egen drift ville påtage sig denne opgave. Ikke desto mindre råder universitetet over såvel den nødvendige sagkundskab som de personelle og materielle ressourcer til løsning af denne opgave. ASL Lecce benytter disse midler for at opfylde sin offentlige opgave. ASL Lecce udnytter så at sige universitetets ressourcer. I sidste instans er det imidlertid alene ASL Lecces interesser, der varetages.

78. I denne forbindelse får karakteren af forholdet mellem de to deltagere betydning. Et samarbejde mellem offentlige organer kan, som det kan udledes af dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, være udformet forskelligt: enten på institutionelt grundlag ved etablering af en struktur, der er afpasset efter deltagernes behov, hvorved der overdrages beføjelser, eller idet beføjelserne udøves i

53 — Jf. T. Struve, »Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, s. 807; W. Veldboer, »Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil »Hamburger Stadtreinigung««, *Die öffentliche Verwaltung*, 2009, s. 360.

54 — Jf. M. Öhler og G. Gruber, nævnt ovenfor i fodnote 51, s. 289, der kræver, at aftalen mellem de offentlige organer har »karakter af Kooperation«.

55 — Jf. Dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 37.

56 — Jf. i denne retning T. Struve, nævnt ovenfor i fodnote 53.

57 — Jf. punkt 22 i den polske regerings skriftlige indlæg.

58 — Jf. s. 6 i CNI's skriftlige indlæg, der sågar bestrider, at ASL Lecce har en lovbestemt forpligtelse til at foretage undersøgelse og vurdering af sårbarheden over for jordskælv for så vidt angår hospitalsbygninger.

59 — Jf. punkt 86 i Kommissionens skriftlige indlæg.

60 — Jf. punkt 53 i dette forslag til afgørelse.

61 — Jf. punkt 53 i dette forslag til afgørelse.

fællesskab eller på grundlag af en kontrakt ved indgåelse af en samarbejdsaftale eller en aftale om varetagelse af en fælles offentlig opgave⁶². Der er ikke tale om noget sådant i hovedsagen. Den konsulentaftale, der blev indgået mellem ASL Lecce og universitetet, etablerer hverken grundlaget eller den retlige ramme for et samarbejde med henblik på en fælles offentlig opgave. Den omhandler derimod blot en tjenesteydelse i form af en faglig rådgivning, for hvilken der skal betales et vederlag. I sidste ende »køber« ASL Lecce en analyse af universitetet, idet myndigheden erhverver eneretten til denne og kan råde over den efter eget forgodtbefindende. Universitetet aflønnes finansielt for denne analyse, i hvilken forbindelse det på ny bemærkes, at modydelsens omkostningsdækkende karakter ikke ændrer den omstændighed, at tjenesteydelsen leveres mod vederlag⁶³.

79. Hertil kommer, at den omhandlede konsulentaftale, til forskel fra den kontrakt, der lå til grund for dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, ikke indeholder bestemmelse om pligt til gensidig bistand. Den omstændighed, at de påtænkte forehavender skal udføres i nært samarbejde mellem den arbejdsgruppe, der udpeges af ASL Lecce, og universitetsarbejdsgruppen, formår ikke at ændre dette, da der i henhold til aftalen ligeledes kan benyttes eksternt personale. De gensidige bistandsforpligtelser var således begrænsede og skulle tilsyneladende ikke gå ud over, hvad der var nødvendigt for at give universitetsarbejdsgruppen mulighed for at gennemføre analysen.

80. Det er i betragtning af ASL Lecces skriftlige indlæg⁶⁴ nærliggende at antage, at der bortset derfra ikke fandt nogen ægte udveksling sted mellem de to arbejdsgrupper, som myndigheden og universitetet havde udpeget med henblik på udførelse af den angiveligt fælles offentlige opgave. ASL Lecces arbejdsgruppe skulle derimod udarbejde koncepter til forbedring af sikkerheden af de undersøgte bygninger på basis af de foretagne konstateringer, dvs. efter universitetets gennemførelse af analysen. Denne omstændighed bekræfter den allerede fremførte antagelse af, at ASL Lecce i virkeligheden bestilte og betalte for en sagkyndig vurdering.

81. På baggrund af disse betragtninger må det konstateres, at den omhandlede konsulentaftale ikke begrunder et ægte samarbejde mellem de pågældende offentlige organer som omhandlet i retspraksis, som har til formål at tjene udførelsen af en fælles offentlig opgave. Der foreligger derimod en aftale om levering af ydelser mod vederlag.

Ingen begunstigelse af en privat virksomhed i forhold til virksomhedens konkurrenter

82. Ifølge de kriterier, som Domstolen har opstillet, må en privat virksomhed ikke begunstiges i forhold til virksomhedens konkurrenter ved tildeling af kontrakten om gennemførelse af analysen.

83. Som tidligere nævnt optrådte universitetet som »økonomisk aktør« som omhandlet i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18⁶⁵. Ud fra en udbudsretlig betragtning har det samme retsstilling som en privat virksomhed. I betragtning af den omstændighed, at universitetet fik kontrakten, uden at der blev afholdt et offentligt udbud, er universitetet blevet begunstiget i forhold til de ingeniør- og arkitektsammenslutninger, der eventuelt ligeledes havde været i stand til at udarbejde den omhandlede analyse.

84. Logisk betragtet forudsætter dette kriterium nødvendigvis, at der overhovedet findes potentielle konkurrenter. Hertil bemærkes, at ASL Lecce i sine skriftlige bemærkninger ikke udtrykkeligt bestrider, at andre økonomiske aktører ligeledes kunne have udført den omhandlede analyse. Universitetets omkostningsniveau, faglige udstyr og kompetence prises ganske vist⁶⁶, men det bestrides

62 — Jf. i denne retning J.-D. Dreyfus og S. Rodrigues, »La coopération intercommunale confortée par la CJCE?«, *L'actualité juridique; droit administratif*, 2009, s. 1720.

63 — Jf. punkt 34 i dette forslag til afgørelse.

64 — Jf. s. 3 i ASL Lecces skriftlige indlæg.

65 — Jf. punkt 27 og 28 i dette forslag til afgørelse.

66 — Jf. s. 23 i ASL Lecces skriftlige indlæg.

på ingen måde, at andre økonomiske aktører, f.eks. ingeniør- eller arkitektkontorer, principielt havde ekspertise hertil. En sådan påstand kan kun vanskeligt fastholdes, henset til CNI's⁶⁷ bemærkninger, der støtter antagelsen af, at en sådan virksomhed snarere henhører under ingeniører og arkitekters særlige kompetence. For så vidt som ASL Lecce i retsmødet berigtigede sin opfattelse, nemlig at ingeniør- og arkitektkontorer ikke magtede den komplicerede opgave, kunne myndigheden imidlertid ikke afvise et tilsvarende spørgsmål fra Domstolen om, hvorvidt andre universiteter og private forskningsinstitutioner i ind- og udland eventuelt ville have været i stand til at varetage opgaven.

85. Det tilkommer imidlertid den nationale dommer, der er kompetent for så vidt angår fastlæggelse af de faktiske omstændigheder, at foretage den endelige afklaring af dette spørgsmål. I denne forbindelse skal han tage stilling til, om den nødvendige procedure vedrørende undersøgelse og vurdering af sårbarheden over for jordskælv reelt er så kompliceret, at analysen i sidste instans alene kunne udføres af det pågældende universitet – og ingen andre. For så vidt angår den foreliggende præjudicielle procedure er det tilstrækkeligt at konstatere, at ASL Lecce efter al sandsynlighed ville have haft valget mellem forskellige potentielle konkurrenter, såfremt myndigheden havde afholdt et offentligt udbud med henblik på udførelse af den nævnte analyse.

86. Universitetet er følgelig blevet begunstiget i forhold til potentielle konkurrenter for så vidt angår kontraktens indgåelse, hvorefter yderligere en betingelse for anvendelse af den uskrevne undtagelse ikke er opfyldt.

Ingen omgåelse af udbudsretten

87. Det kræves som en yderligere betingelse for, at det uskrevne kriterium kan finde anvendelse på hovedsagen, at der ikke er sket omgåelse af de udbudsretlige regler ved kontraktens indgåelse.

88. For så vidt angår denne betingelse tiltrædes den polske regerings⁶⁸ opfattelse, hvorefter der allerede er sket fordrejning af konkurrencen, idet der ikke er iværksat en udbudsprocedure, uanset at den omhandlede analyse efter al sandsynlighed også kunne være udført af ingeniør- og arkitektsammenslutninger, der konkurrerer med universitetet. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det netop havde været i ASL Lecces interesse som ordregivende myndighed at gøre kontrakten tilgængelig for flest mulige konkurrenter. Domstolen fastslog således i CoNISMAdommen⁶⁹, at et af formålene med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter er at skabe så bred konkurrence som muligt. Denne åbning for videst mulig konkurrence gælder ikke kun i forhold til den EU-retlige interesse i varernes og tjenesteydelsernes frie bevægelighed⁷⁰, men ligeledes i forhold til den pågældende ordregivende myndigheds egen interesse, som således har et større udvalg hvad angår det mest fordelagtige bud og det bedst egnede til at opfylde den relevante offentligheds behov. ASL Lecce har afskåret sig fra denne mulighed, idet myndigheden ikke gav potentielle budgivere lejlighed til at indgive bud.

89. På denne baggrund forekommer ASL Lecces argument⁷¹ om, at kontrakten med universitetet har ført til en betragtelig besparelse, ikke overbevisende, da myndigheden som følge af et manglende offentligt udbud ikke havde mulighed for at få indblik i tilbud fra andre mulige konkurrenter. ASL Lecce mangler ikke alene at godtgøre denne påstand, idet myndigheden end ikke overbevisende har kunnet redegøre for, hvorledes den kom frem til et forventet beløb på 800 000 EUR, som andre

67 — Jf. s. 2 i CNI's skriftlige indlæg.

68 — Jf. punkt 23 i den polske regerings skriftlige indlæg.

69 — CoNISMAdommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 37.

70 — Udbudsretten begrænser af hensyn til konkurrencen offentlige institutioners privatautonome handlinger netop for så vidt angår valg af medkontrahent. Jf. med hensyn til indflydelsen fra målsætninger for politikkerne på det indre marked i forhold til privatretten C. Wendehorst, »Methodenlehre und Privatrecht in Europa«, *Vom praktischen Wert der Methode – Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Wien, 2011, s. 829.

71 — Jf. s. 15 i ASL Lecces skriftlige indlæg.

konkurrenter efter myndighedens opfattelse ville have krævet – såfremt de havde været i stand til at udføre analysen. Postulatet om, at alene universitetet kunne udføre den omhandlede analyse til en så gunstig pris, som ikke har støtte i de faktiske omstændigheder, godtgør, at formålet med udbudsretten miskendes.

90. Såfremt man tillader, at ordregivende myndigheder – uden for det offentlig-offentlige partnerskabsområde – retter henvendelse til andre offentlige organer for at erhverve tjenesteydelser, uden at de udbudsretlige regler respekteres, må det befrygtes, at disse regler på længere sigt omgås, hvilket i sidste instans udgør en hindring for EU's formål om ret til fri etablering og fri udveksling af tjenesteydelser samt sikring af ubegrænset konkurrence på det indre marked. For at undgå dette er det nødvendigt med en streng kontrol med, at de kriterier, som Domstolen opstillede i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, overholdes.

91. Det må følgelig konstateres, at den aftale, der blev indgået mellem ASL Lecce og universitetet, havde til formål at omgå udbudsretten. Også denne omstændighed taler imod en anvendelse af den uskravne undtagelse.

– Argumenter imod, at der foreligger et »offentlig-offentligt partnerskab«

92. Det fremgår af nærværende gennemgang, at en række kriterier for, at et samarbejde mellem offentlige organer kan karakteriseres som et »offentlig-offentligt partnerskab«, ikke er opfyldt i hovedsagen. Dette gælder navnlig kravet om et samarbejde med henblik på opfyldelse af en fælles offentlig opgave⁷². Der ses ikke at foreligge et ægte »samarbejde« i traditionel forstand, ligesom deltagerne ikke søger at varetage et fælles, lovbestemt formål. Der er snarere tale om en situation, hvor et offentligt organ benytter et andet offentligt organs ressourcer til en favorabel pris. Retligt betraget er der tale om en aftale om tjenesteydelser, der leveres mod vederlag. Den omstændighed, at universitetet ved indgåelse af aftalen blev begunstiget i forhold til potentielle konkurrenter⁷³, og at den omhandlede aftale havde til formål at omgå de udbudsretlige regler⁷⁴, taler endvidere imod, at den her omhandlede transaktion undtages fra det udbudsretlige anvendelsesområde. Henset til dette resultat kan der ikke være tale om et »offentlig-offentligt partnerskab«.

c) Foreløbig konklusion

93. Det må således konkluderes, at der ikke foreligger undtagelser, der udelukker, at direktiv 2004/18 kan finde anvendelse.

4. Sammenfattende konklusioner

94. Sammenfattende må det konkluderes, at den her omhandlede aftale om undersøgelse og vurdering af sårbarheden over for jordskælv for så vidt angår visse hospitalsbygninger er en udbudspligtig transaktion, som direktiv 2004/18 finder anvendelse på. Da der ikke blev iværksat en udbudsprocedure i hovedsagen, er direktivet blevet tilsidesat. Når henses til, at national ret tillader aftaler som den, der blev indgået mellem ASL Lecce og universitetet, er denne lovgivning heller ikke forenelig med direktivet.

72 — Jf. punkt 81 i dette forslag til afgørelse.

73 — Jf. punkt 86 i dette forslag til afgørelse.

74 — Jf. punkt 91 i dette forslag til afgørelse.

95. Det følger heraf, at direktiv 2004/18, navnlig artikel 1, stk. 2, litra a) og d), artikel 2 og artikel 28 samt bilag II, kategori 8 og 12, skal fortolkes således, at de er til hinder for en national ordning, der tillader, at der indgås skriftlige aftaler mellem en ordregivende myndighed og et universitet, der er etableret som en offentligretlig juridisk person, om undersøgelse og vurdering af hospitalsbygningers sårbarhed over for jordskælv, på grundlag af nationale forskrifter på området for bygningssikkerhed, især hvad angår strategiske bygninger, for hvilken vederlaget ikke overstiger de udgifter, der er afholdt i forbindelse med tjenesteydelsen, når det universitet, der udfører opdraget, kan optræde som økonomisk aktør.

VII – Forslag til afgørelse

96. I betragtning af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Consiglio di Stato, således:

»Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, navnlig artikel 1, stk. 2, litra a) og d), artikel 2 og artikel 28 samt bilag II, kategori 8 og 12, skal fortolkes således, at de er til hinder for en national ordning, der tillader, at der indgås skriftlige aftaler mellem en ordregivende myndighed og et universitet, der er etableret som en offentligretlig juridisk person, om undersøgelse og vurdering af hospitalsbygningers sårbarhed over for jordskælv, på grundlag af nationale forskrifter på området for bygningssikkerhed, især hvad angår strategiske bygninger, for hvilken vederlaget ikke overstiger de udgifter, der er afholdt i forbindelse med tjenesteydelsen, når det universitet, der udfører opdraget, kan optræde som økonomisk aktør.«