

# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 1 juli 1999 \*

## I — Inledning

1. I detta mål begär Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna (sezione di Parma) (Italien) att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande avseende en fråga om tolkningen av en bestämmelse i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster<sup>1</sup>.

## II — Gemenskapsrättsliga föreskrifter

2. I artikel 1 a i direktiv 92/50 föreskrivs att med *offentliga tjänsteavtal* avses i detta direktiv "skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet". I artikel 1 b föreskrivs att som *upphandlande myndigheter* betraktas "statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt".

3. I artikel 2 i direktiv 92/50 föreskrivs att "[o]m ett offentligt kontrakt är avsett att omfatta såväl varor enligt definitionen i direktiv 77/62/EEG och tjänster enligt definitionen i bilagorna 1 A och 1 B till detta direktiv, skall bestämmelserna i detta direktiv tillämpas, om värdet av de aktuella tjänsterna överstiger värdet av de varor som omfattas av kontraktet".

4. Enligt artikel 6 i direktiv 92/50 skall detta direktiv "inte tillämpas på offentliga kontrakt avseende tjänster som tilldelas ett organ som självt är en upphandlande myndighet enligt artikel 1 b genom en ensamrätt som det åtnjuter enligt utfärdade lagar eller andra författningar som överensstämmer med fördraget".

5. I artikel 7 i direktiv 92/50 föreskrivs att bestämmelserna i direktivet skall tillämpas på offentliga kontrakt avseende tjänster vilkas uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 200 000 ECU och med vilken beräkningsmetod det uppskattade värdet av kontraktet skall beräk-

\* Originalspråk: grekiska.

1 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

nas, när det gäller kontrakt där det inte anges ett totalpris.<sup>2</sup>

kan vidare omfatta projektering och installation”.

6. Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 avser i enlighet med sin benämning samordningen av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.<sup>3</sup> Genom detta direktiv upphävdes det tidigare gällande rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976<sup>4</sup>. Enligt artikel 33 i direktiv 93/96 skall dock ”hänvisningar till det upphävda direktivet tolkas som hänvisningar till detta direktiv och skall läsas i enlighet med jämförelsetabellen i bilaga 6”.

8. Enligt artikel 1 b avses med *upphandlande myndigheter* ”statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt”<sup>5</sup>.

7. Enligt artikel 1 a avses med *offentliga varuupphandlingskontrakt* i detta direktiv ”skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör (fysisk eller juridisk person) och en av de nedan under b angivna upphandlande myndigheterna, som omfattar köp, leasing, hyra eller hyrköp med eller utan köpoption av produkter. Leveransen

9. I artikel 5.1 a i direktiv 93/36, i den del som är av intresse i detta mål, föreskrivs att bestämmelserna i direktivet<sup>6</sup> skall tillämpas på offentlig varuupphandling som ”görs av de i artikel 1 b angivna upphandlande myndigheterna. såvitt gäller produkter som inte förtecknats i bilaga 2,

2 — I artikeln (punkt 5) föreskrivs närmare bestämt att i fråga om kontrakt där det inte anges något totalpris skall beräkningen av det uppskattade kontraktsvärdet baseras på — i fråga om tidsbegränsade kontrakt med en löptid på högst 48 månader: det samlade kontraktsvärdet för hela löptiden, — i fråga om ej tidsbegränsade kontrakt eller kontrakt med över 48 månaders löptid: månadsbetalningen multiplicerad med 48.

3 — EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126.

4 — EGT L 1977, s. 1.

5 — I samma bestämmelse anges att *ett organ som lyder under offentlig rätt* är varje organ som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär, och som är juridisk person, och som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller andra organ som lyder under offentlig rätt.

6 — Det gäller närmare bestämt avdelningarna II, III och IV samt artiklarna 6 och 7 i direktiv 93/36.

om det uppskattade värdet exklusive mer-  
värdesskatt uppgår till minst 200 000  
ECU”.

10. I artikel 5.2, 5.3 och 5.5 fastställs  
grunden för beräkning av det uppskattade  
kontraktsvärdet.<sup>7</sup>

## II — Nationella bestämmelser

### A — Den italienska lagen nr 142/90

11. I enlighet med artikel 22.1 i den ita-  
lienska lagen nr 142/90 av den 8 juni 1990

7 — I punkt 2 föreskrivs att då det gäller kontrakt om leasing, hyra eller hyrköp av produkter skall grunden för beräkning av det uppskattade kontraktsvärdet vara — för kontrakt på bestämd tid som uppgår till högst 12 månader, det fulla värdet för denna tid, och där tiden är längre än 12 månader, det fulla värdet inklusive varans uppskattade restvärde, — för kontrakt på obestämd tid eller för de fall kontraktens varaktighet är oviss, månadskostnaden multiplicerad med 48. I punkt 3 föreskrivs dessutom att då det gäller normala upphandlingskontrakt eller kontrakt som skall förnyas inom viss angiven tid, det uppskattade kontraktsvärdet skall justeras med hänsyn till — antingen det sammanlagda faktiska värdet av liknande kontrakt som slutits under föregående budgetår eller under de föregående 12 månaderna, om möjligt jämkat med hänsyn till förväntade ändringar i kvantitet eller värde under de 12 månader som följer på slutandet av det ursprungliga kontraktet, eller det uppskattade totala värdet under de 12 månader som följer på första leverans alternativt under kontraktstiden om denna är längre än 12 månader. I punkt 5 slutligen föreskrivs att i de fall en föreslagen upphandling innehåller optionsklausuler grunden för beräkning av uppskattat kontraktsvärde skall vara den högsta möjliga förväntade summan av köpet, leasingen, hyran eller hyrköpet, optionsklausulen medräknade.

om organisationen av det lokala självstyret<sup>8</sup> skall kommunerna tillhandahålla offentliga tjänster som varuproduktion och sådan verksamhet som syftar till att tillgodose sociala syften och att främja den ekonomiska och sociala utvecklingen på lokal nivå. Enligt artikel 22.3 kan kommunerna tillhandahålla de lokala offentliga tjänsterna på olika sätt: genom direkt ansvar, via koncession till tredje man eller genom anlitande av specialföretag, institutioner eller bolag med blandat privat och offentligt ägande.

12. I artikel 23 i lag nr 142/90, i vilken specialföretagen och institutionerna utan affärsintresse definieras, föreskrivs i punkt 1 att ett specialföretag är en inrättning (ente strumentale) inom en lokal enhet som är en juridisk person och ett självständigt företag med sina egna, av kommunstyrelsen eller provinsstyrelsen godkända, stadgar. Vidare föreskrivs i punkt 3 att företagets och institutionens organ är styrelsen, ordföranden och direktören, som ansvarar för förvaltningen. I stadgan för den lokala enheten finns närmare föreskrifter om utnämning och avsättning av styrelseledamöterna. Enligt punkt 4 skall företaget och institutionen i sin verksamhet eftersträva effektivitet, prestationsförmåga och lönsamhet samt iakta balans i sin budget genom att balansera kostnader och inkomster, inklusive överföringar. Slutligen anges i punkt 6 att den lokala förvaltningen tillskjuter medel, fastställer målsättningarna och inriktningen, godkänner stiftel-

8 — Ordinalmento delle autonomie locali (GURI nr 135 av den 12 juni 1990).

sehandlingarna, utövar kontroll, granskar verksamhetsresultaten, täcker eventuella sociala kostnader.

juridisk person med självständig förvaltning.

13. I artikel 25 i lag nr 142/90 föreskrivs en gemensam förvaltning av en eller flera verksamhetsgrenar genom bildandet av en sammanslutning (consorzio) i enlighet med föreskrifterna om specialföretag i artikel 23. I detta syfte skall varje kommunstyrelse, med absolut majoritet, godkänna ett avtal samtidigt med stadgarna för sammanslutningen. Sammanslutningens församling utgörs av företrädare för de deltagande enheterna (borgmästaren, ordföranden eller deras befullmäktigade ombud). Församlingen utser styrelse och godkänner de i stadgarna föreskrivna stiftelsehandlingarna.

15. I artikel 3.1 i AGAC:s stadgar föreskrivs att syftet med sammanslutningen är att den skall vara direkt ansvarig för och handha förvaltningen av vissa särskilt angivna grenar av den offentliga förvaltningen, däribland produktion och distribution av gas och värme för hushållsbruk och för bruk inom industrin. I artikel 3.2 föreskrivs att AGAC kan utsträcka sina aktiviteter till andra därmed förenade eller accessoriska verksamhetsgrenar. Enligt artikel 3.3 kan AGAC bilda offentliga eller privata bolag eller enheter (enti) för förvaltningen av därmed förenade eller accessoriska verksamhetsgrenar eller delta i sådana bolag eller enheter. Enligt artikel 3.4 kan sammanslutningen ansvara för tjänster och leveranser till kommuner, privatpersoner eller andra offentliga organ (enti) som inte deltar i sammanslutningen.

## B — AGAC

14. Azienda Gas-Acqua Consorziale (nedan kallad AGAC) är en sammanslutning som har bildats av kommuner i Reggio Emilia för förvaltningen av verksamhetsgrenarna energi och miljö, i den mening som avses i artikel 25 i lag nr 142/90. Enligt artikel 1 i dess stadgar är AGAC en

16. I artiklarna 9—11 i AGAC:s stadgar fastställs bland annat den procentandel som gäller för varje kommun som ingår i sammanslutningen för deltagande i församlingen och i sammanslutningens vinst och förlust. Enligt artikel 10.3 uppgår procentandelen för deltagande för kommunen Viano till 0,9 procent.

17. Enligt artiklarna 12 och 13 i stadgarna skall de viktigaste förvaltningshandlingarna såsom upprättande av budget och bokslut godkännas av sammanslutningens församling som utgörs av företrädare för de deltagande kommunerna.<sup>9</sup>

18. Enligt artikel 25 i stadgarna med beteckningen "förvaltningskriterier" skall AGAC iaktta balans i budgeten och ha en lönsam verksamhet.

19. I artikel 27 föreskrivs att kommunerna skall tillskjuta medel eller tillgångar till AGAC som skall betala årlig ränta till desamma.

20. Enligt artikel 28 i stadgarna kan den vinst som eventuellt uppkommer under verksamhetsåret, efter beslut av församlingen, användas för olika syften: den kan fördelas mellan de deltagande kommunerna, behållas av AGAC för att bilda eller öka reservfonden eller återinvesteras i AGAC:s andra verksamheter.

21. Enligt artikel 29 i stadgarna kan, för det fall att förlust uppkommer, saneringen

av den ekonomiska situationen framför allt säkerställas genom att kommunerna inbetalar nytt kapital.

#### IV — De faktiska omständigheterna och den ställda frågan

22. Genom beslut nr 18 av den 24 maj 1997 anförtrorde kommunstyrelsen i Viano handhavandet av uppvärmningen av vissa kommunala byggnader och leveransen av nödvändigt bränsle åt AGAC. Kommunstyrelsen uppdrog dessutom åt AGAC att göra förbättringar av vissa värmeanläggningar i de aktuella byggnaderna.<sup>10</sup> Styrelsen använde sig dock inte av något som helst anbudsförfarande i detta syfte.

23. AGAC:s ersättning fastställdes till 122 miljoner ITL för räkenskapsåret från den 1 juni 1997 till den 31 maj 1998. Värdet av leveransen av bränsle uppgick till 86 miljoner ITL medan kostnaden för driften och underhållet av anläggningarna uppgick till 36 miljoner ITL.

24. Enligt artikel 2 i beslutet förpliktar sig AGAC att efter utgången av förvaltningsperioden (ett år) fortsätta att handha denna verksamhet för ytterligare en period om tre

9 — Enligt artikel 8 är de andra styrelseorganen rådet, ordföranden för rådet och generaldirektören. Dessa ansvarar inte för sin förvaltning inför de kommuner som ingår i sammanslutningen. De fysiska personer som är medlemmar av dessa organ skall inte inneha några poster i de deltagande kommunerna.

10 — I artikel 1 i detta beslut, med rubriken "Måler för förvaltningen" anges särskilt de uppgifter som anförtröts AGAC.

år, på begäran från kommunen, efter anpassning av de villkor som föreskrivs i beslutet. Det föreskrivs även en möjlighet till ytterligare en förlängning.<sup>11</sup>

25. Bolaget Teckal Srl (nedan kallat Teckal) är ett privat företag som är verksamt inom uppvärmningsbranschen. Företaget levererar bland annat till privatpersoner och offentliga inrättningar eldningsolja som det dessförinnan har inköpt hos produktionsföretag. Teckal utför även underhåll av uppvärmningsanläggningar för eldningsolja och metangas. Innan dessa tjänster anförtroddes AGAC utförde Teckal dem i sin egenskap av medkontrahent till kommunen i Viano.

26. Teckal har väckt talan inför Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, mot kommunen i Viano och mot AGAC i Reggio Emilia, i syfte att få beslutet nr 18 från Vianos kommunstyrelse upphävt. Teckal har hävdad att kommunen borde ha använt sig av det förfarande för offentlig upphandling som föreskrivs i gemenskapsrätten.

27. Den nationella domstolen, som först ställer frågan vilket av direktiven 92/50 eller 93/96 som är tillämpligt på tvisten vid

domstolen, anser att den tröskel om 200 000 ECU som fastställts i båda direktiven i vart fall har överskridits.

28. Med hänsyn till att AGAC har anförtrots dels tillhandahållandet av olika tjänster, dels leverans av bränsle anser den nationella domstolen att det inte är uteslutet att artikel 6 i direktiv 92/50 är tillämplig. Närmare bestämt anser den nationella domstolen att den blandade karaktären av det uppdrag som AGAC har tilldelats och den nära och ömsesidiga komplementariteten mellan förvaltnings- och underhållsverksamheten, som hör till begreppet tjänst, och leveransen av bränsle inte gör att det kan anses att den ena är accessorisk i förhållande till den andra, och att det inte kan uteslutas att artikel 6 i direktiv 92/50 och en noggrann tolkning av denna är tillämplig.

29. Den nationella domstolen har dragit den slutsatsen att den anhängiga tvisten kräver en tolkning av artikel 6 i direktiv 92/50 genom ett förhandsavgörande och ett svar på frågan i vilken mån kommunen, genom att direkt anförtro AGAC de omtvistade tjänsterna på grundval av undantaget som införts genom denna gemenskapsbestämmelse, var befriad från skyldigheten att iaktta det förfarande för anbudsgivning som föreskrivs i direktivet.

30. Den nationella domstolen ställer även frågan huruvida den ensamrätt till "upp-

11 — Denna möjlighet kan förverkligas under villkor att en begäran därom meddelas AGAC åtminstone tre månader före den berörda periodens utgång.

värmningsverksamheten” som tilldelas AGAC genom artikel 3 i dess stadgar, mot bakgrund av artiklarna 22—25 i lag nr 142/90, är förenlig med bestämmelserna i fördraget, eftersom det i artikel 6 i direktiv 92/50, bland andra villkor för tillämpningen, krävs att de nationella bestämmelser genom vilka en ensamrätt tilldelas skall överensstämma med fördraget.

31. Mot denna bakgrund har den nationella domstolen förklarat målet vilande och till domstolen hänskjutit en fråga om tolkningen av direktiv 92/50, i de avseenden som anges i skälen för beslutet om hänskjutande.

## V — Mitt förslag i detta mål

### A — Upptagande till sakprövning

32. AGAC anser att en fråga om upptagande till sakprövning uppstår, eftersom den fråga som den nationella domstolen ställer i huvudsak avser tolkningen av bestämmelser i nationell rätt.<sup>12</sup> AGAC

12 — AGAC anser närmare bestämt att den nationella domstolen begär att domstolen skall avgöra om tjänsten att sköta en kommuns uppvärmningsanläggningar kan anses som en offentlig tjänst av lokal karaktär, i den mening som avses i artikel 22 i lag nr 142/90 så att det kan fastställas om artikel 6 i direktiv 92/50 är tillämplig eller ej. Fortfarande enligt AGAC ställer den nationella domstolen i huvudsak frågan huruvida bestämmelser i nationell rätt (artiklarna 23 och 25 i lag nr 142/90) utgör ett fall av offentlig upphandling av tjänster som tilldelas ett organ som självt är en upphandlande myndighet.

hävdar vidare att artikel 6 i direktiv 92/50 inte kan tillämpas, eftersom en tillämpning av artikeln förutsätter att det förekommer en offentlig upphandling av tjänster. Det är inte fallet i detta mål, eftersom AGAC har tilldelats de aktuella tjänsterna på grund av det underordnande förhållande som råder mellan den kommun som deltar i sammanslutningen och sammanslutningen. Kommunen har inte anförtrött tredje man den tjänst som består i att sköta uppvärmningsanläggningar, utan har beslutat att organisera det direkta handhavandet av denna tjänst på ett annat sätt.

33. Den österrikiska regeringen väcker för övrigt även frågan om upptagande till sakprövning, eftersom beslutet om hänskjutande inte innehåller någon tolkningsfråga. Den österrikiska regeringen framhåller att inom området för offentlig upphandling är en noggrann formulering av frågorna särskilt viktig, eftersom det i det motsatta fallet är omöjligt att ta ställning till den konkreta tolkningsfråga som den nationella domstolen ställs inför.

34. Det skall först erinras om att det ankommer på den nationella domstolen, som har en bättre och mer fullständig kännedom om de faktiska omständigheterna i målet, att bedöma om det är nödvändigt att ställa en tolkningsfråga till domstolen och att avgöra vilka bestämmel-

ser i gemenskapsrätten som kräver en tolkning för att den nationella domstolen skall kunna döma i målet.<sup>13</sup>

35. Inom ramen för artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) är domstolen inte behörig att uttala sig om tolkningen av nationella lagar eller föreskrifter eller huruvida sådana bestämmelser är förenliga med gemenskapsrätten.<sup>14</sup> Domstolen är dock behörig att tillhandahålla den nationella domstolen alla sådana uppgifter om gemenskapsrättens tolkning som gör det möjligt för den nationella domstolen att lösa det aktuella juridiska problemet.<sup>15</sup>

36. Enligt min mening är det grundläggande problemet i denna tvist att den hänskjutna tolkningsfrågan är vagt formulerad. Denna brist medför dock inte att frågan inte kan prövas. Domstolen har fastslagit att då tolkningsfrågorna är oklart formulerade kan EG-domstolen, inom ramen för förfarandet enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG), ur samtliga uppgifter som den nationella domstolen har tillhandahållit och ur handlingarna i målet hämta de gemenskapsrättsliga uppgifter som det med hänsyn till tvisteföremålet är nödvändigt att tolka.<sup>16</sup>

37. Det skall dessutom erinras om att domstolen, i syfte att tillhandahålla den nationella domstolen ett ändamålsenligt svar, har tolkat bestämmelser som den nationella domstolen inte hade begärt någon tolkning av<sup>17</sup> eller har formulerat om de frågor som har ställts och härigenom fastställt det som den hade behörighet att tolka.<sup>18</sup>

38. Innan det kan konstateras vilken fråga som det är ändamålsenligt för den nationella domstolen att pröva, skall dock slutligen en annan fråga prövas, som väckts av AGAC och som gäller huruvida tolkningsfrågan kan prövas. AGAC hävdar att marknadsvärdet är lägre än det tröskelvärde på 200 000 ECU som föreskrivs i gemenskapsbestämmelserna och att gemenskapslagstiftningen på området således inte kan tillämpas.<sup>19</sup>

39. Den nationella domstolen har i detta mål ansett att föremålet för den tvist som anhängiggjorts hos denna, såväl när det

13 — Se exempelvis dom av den 29 november 1978 i mål 83/78, Redmond (REG 1978, s. 2347; svensk specialutgåva, volym 4, s. 243), punkt 25 och av den 16 juli 1992 i mål C-343/90, Lourenço Dias (REG 1992, s. I-4673; svensk specialutgåva, volym 13), punkt 15.

14 — Se exempelvis dom av den 19 juni 1973 i mål 77/72, Capolongo (REG 1973, s. 611; svensk specialutgåva, volym 2, s. 109), punkt 8 och ovannämnda dom i målet Lourenço Dias, punkt 19.

15 — Se exempelvis dom av den 4 maj 1993 i mål C-17/92, Fedicine (REG 1993, s. I-2239; svensk specialutgåva, volym 14), punkt 8 och av den 3 juli 1974 i mål 9/74, Casagrande (REG 1974, s. 773; svensk specialutgåva, volym 2, s. 337), punkt 2.

16 — Se exempelvis dom av den 26 september 1996 i mål C-168/95, Arcaro (REG 1996, s. I-4705), punkterna 20 och 21 och av den 13 december 1984 i mål 251/83, Haug-Adrión (REG 1984, s. 4277), punkt 9.

17 — Se exempelvis dom av den 28 juni 1978 i mål 70/77, Simmenthal (REG 1978, s. 1453), punkt 57, av den 16 december 1992 i mål C-114/91, Claeys (REG 1992, s. I-6559), punkterna 10 och 11 och av den 18 mars 1993 i mål C-280/91 (REG 1993, s. I-971), punkt 17.

18 — Se exempelvis dom av den 24 mars 1992 i mål C-381/89, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias m.fl. (REG 1992, s. I-2111), punkt 19 och följande punkter och av den 23 november 1977 i mål 38/77, Enka (REG 1977, s. 2203).

19 — AGAC anser närmare bestämt att bränslepriset skall dras av från det belopp som tjänsterna motsvarar, i den mån som AGAC, som är en upphandlande myndighet, förser sig med bränsle genom offentliga upphandlingsförfaranden. AGAC hävdar likaså att det inte handlar om en upphandling på obestämd tid. Skälet därtill är att en förlängning av kontraktet vid utgången av den inledande perioden helt och hållet bestäms av kommunen, varvid de ekonomiska villkoren återstår att fastställa. Det totala priset slutligen beräknades för perioden från och med den 1 juni 1997 till den 31 maj 1998, vilket likaså utesluter att ifrågakvarande upphandling kan betecknas som en upphandling på obestämd tid. Detta bekräftas även av det faktum att det omtvistade kontraktet definitivt upphörde den 31 maj 1998, eftersom kommunen i Viano beslöt att ombesörja denna verksamhet på annat sätt.



gäller upphandling av tjänster (uppvärmning) som upphandling av varor (bränsle), överstiger det tröskelvärde om 200 000 ECU som föreskrivs i gemenskapslagstiftningen utöver vilket en offentlig upphandling av tjänster eller varor kan omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 och 93/36. Den nationella domstolen har närmare bestämt fastställt att så var fallet, eftersom det dels handlade om en upphandling av tjänster på obestämd tid,<sup>20</sup> dels om en upphandling av varor som innehåller en optionsrätt.<sup>21</sup>

40. Jag anser att domstolen är behörig att upplysa den nationella domstolen om vilken beräkningsmetod för upphandlingsvärdet som föreskrivs i gemenskapslagstiftningen. Denna metod anges i artikel 7 i direktiv 92/50 och i artikel 5 i direktiv 93/36. Tillämpningen av dessa bestämmelser i målet ankommer på den nationella domstolen<sup>22</sup> som känner till innehållet i villkoren i kontraktet och under vilka omständigheter detta eventuellt kan förlängas utöver förvaltningsperioden på ett år.

20 — I beslutet om hänskjutande förklaras att AGAC, enligt artikel 2 i beslut nr 18 från kommunstyrelsen i Viano, vid utgången av förvaltningen (på ett år) förpliktar sig att fortsätta att tillhandahålla de berörda tjänsterna för en ny period om tre år, om Ente begär detta, efter anpassning av de villkor som dokumentet innehåller. Den nationella domstolen har även betonat att detta gäller på motsvarande sätt för de följande perioderna, under förutsättning att en begäran därom meddelas AGAC åtminstone tre månader före periodens utgång.

21 — Den nationella domstolen förklarar att om det däremot i huvudsak handlar om en vara, tar sig den föreskrivna omprövningen av villkoren uttryck i en rätt att anpassa beloppet till marknadspriset för det bränsle som skall tillhandahållas, en transaktion som på grund av sin automatiska karaktär inte utesluter att kommunen har en verklig optionsrätt. Följaktligen kan enligt den nationella domstolen artikel 5.5 i direktiv 93/36 tillämpas, enligt vilken i de fall en föreslagen upphandling innehåller optionsklausuler grunden för beräkning av uppskattat kontraktswärde skall vara den högsta möjliga förväntade köpesumman, optionsklausulerna medräknade.

22 — Teoretiskt sett är det inte uteslutet att den nationella domstolen ställer en tolkningsfråga om den möter tolkningsvägrigheter.

41. Med hänsyn till vad ovan anförts kan domstolen inte ersätta den bedömning som den nationella domstolen gör med sin bedömning när det gäller frågan huruvida det tröskelvärde som gemenskapslagstiftaren har fastställt verkligen har överskridits, utan domstolen skall hålla sig till de faktiska omständigheter som den nationella domstolen anför och till denna domstols bedömning. I motsatt fall måste domstolen själv fastställa det omtvistade kontraktswärdet, vilket är främmande för den roll som domstolen ges genom artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG). Denna roll innebär nämligen inte att innehållet i beslutet om hänskjutande skall granskas utan ett samarbete och en dialog med den nationella domstolen.

## B — Omformulering av tolkningsfrågan

42. I syfte att tillhandahålla ett ändamålsenligt svar till den nationella domstolen anser jag att det är nödvändigt att formulera om tolkningsfrågan, med hänsyn till föremålet för tvisten och de uppgifter som beslutet om hänskjutande innehåller.

43. Först måste ett förtydligande göras. I artikel 2 i direktiv 92/50<sup>23</sup> föreskrivs att om ett offentligt kontrakt är avsett att omfatta såväl varor enligt definitionen i direktiv 77/62/EEG (numera direktiv 93/96) som tjänster i den mening som avses i direktiv 92/50 skall bestämmelserna i

23 — Tolkad mot bakgrund av artikel 33 i direktiv 93/36.

detta direktiv tillämpas, om värdet av de aktuella tjänsterna överstiger värdet av de varor som omfattas av kontraktet. Denna bestämmelse syftar till att undvika att ett blandkontrakt (som innehåller såväl tjänster som varor) skall omfattas av två skilda förordningar och innebär således att tilldelningen av kontraktet i sin helhet sker i enlighet med endast en av förordningarna. Detta innebär att kriteriet ekonomiskt värde görs till den avgörande faktorn för val av tillämplig lagstiftning. På så sätt ingår upphandlingen av ett blandkontrakt i tillämpningsområdet för direktiv 92/50 när värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.<sup>24</sup> När däremot värdet av varorna är högre än värdet av tjänsterna skall direktiv 93/36 tillämpas vid tilldelning av kontraktet i sin helhet.<sup>25</sup>

44. Av föregående analys framgår således klart att det är viktigt att ange vilket som är föremålet för kontraktet. Om det handlar om ett blandkontrakt, det vill säga ett kontrakt som avser både varor och tjänster, är det viktigt att konstatera i vilken grad

24 — Se även artikel av Mensi, M., "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 skall erinras om att i dom av den 19 april 1994 i mål C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional* (REG 1994, s. I-1329) fastslog domstolen, som stödde sig på sjätte övervägandet i direktiv 92/50, enligt vilket "det framgår av direktiv 71/305/EEG att endast sådana kontrakt som avser slutförande av ett arbete skall betraktas som offentliga upphandlingskontrakt" (punkt 29) att "ett blandkontrakt som avser såväl utförande av arbeten som avyttrande av tillgångar inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 71/305, om utförandet av arbetena endast är av accessorisk karaktär i förhållande till avyttrandet av tillgångarna". Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 syftade till att samordna förfarandena för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5). I sjuttonde övervägandet i direktiv 92/50, som uttryckligen hänvisar till föremålet för kontraktet, anges för övrigt att "om sådana arbeten är accessoriska och inte det egentliga föremålet för kontraktet de inte är tillräcklig grund för att kontraktet skall betraktas som ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten". Slutligen underströk domstolen i samma mål (punkt 28) att "det ankommer på den nationella domstolen att avgöra frågan om arbetena är av accessorisk karaktär i förhållande till det huvudsakliga föremålet för upphandlingen".

värdet av varorna överstiger värdet av tjänsterna, i enlighet med kriteriet ekonomiskt värde som antagits för att avgöra vilken lagstiftning som skall tillämpas.

45. Det framgår av beslutet om hänskjutande i detta mål att AGAC genom en särskild rättshandling har anförtrotts såväl tillhandahållandet av vissa tjänster som leveransen av vissa varor.<sup>26</sup> Det framgår även att produkternas värde är uppenbart högre än tjänsternas värde. Följaktligen finner jag att den för den nationella domstolen ändamålsenliga tolkningen gäller de gemenskapsrättsliga bestämmelserna i direktiv 93/36 och inte bestämmelserna i artikel 6 i direktiv 92/50, som beslutet om hänskjutande åsyftar. Svaret på den ställda frågan, såsom den har formulerats, är således enligt min mening inte ändamålsenligt för en lösning av tvisten vid den nationella domstolen.

46. Om man beaktar föremålet för tvisten och den analys som återfinns i beslutet om hänskjutande, ställer den nationella domstolen i huvudsak frågan i vilken mån den direkta tilldelningen till AGAC från kommunen i Viano av handhavandet av uppvärmningen och leveransen av bränsle medför en skyldighet att iakttäta det förfarande som föreskrivs i direktiv 93/36. Ett svar måste således ges på frågan i vilken mån direktiv 93/36 utgör hinder för att en lokal myndighet direkt tilldelar en sammanslutning, i vilken den deltar, leveransen av produkter, under sådana villkor som de villkor som är föremål för detta mål, utan

26 — Detta framgår tydligt av artikel 1 i beslut nr 18 från kommunstyrelsen i Viano, vilket återges av den hänskjutande domstolen.

att det anbudsförfarande som föreskrivs i direktivet i fråga har iakttagits.

47. Det är dock inte uteslutet att den nationella domstolen anser att det även krävs en tolkning av bestämmelserna i fördraget för att den skall kunna pröva om dessa är ett hinder för den ensamrätt för handhavandet av uppvärmning som, enligt den nationella domstolen, ges AGAC genom artikel 3 i dess stadgar på grundval av artiklarna 22 och 25 i lag nr 142/90. Av beslutet om hänskjutande framgår dock inte klart om de aktuella nationella bestämmelserna, särskilt artiklarna 22 och 25 i lag nr 142/90 och artikel 3 i AGAC:s stadgar, medger att den tjänst som är föremål för beslutet från kommunstyrelsen i Viano direkt tilldelas AGAC.<sup>27</sup> Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra denna fråga och, om den bedömer att det är nödvändigt, hänskjuta en tolkningsfråga i detta avseende.

### C — Saken

48. Direktiv 93/36 syftar i huvudsak till att säkerställa att en effektiv konkurrens utvecklas inom området för offentlig upphandling av varor.<sup>28</sup> En upphandlande myndighet skall således välja den person med vilken den skall ingå ett skriftlig kontrakt med ekonomiska villkor i syfte att i en eller annan form leverera en bestämd produkt, med hjälp av det förfarande som garanterar en effektiv och fri konkurrens mellan berörda parter och som definieras i direktiv 93/36.

27 — Teckal bestrider att dessa bestämmelser kan tolkas på detta sätt och framhåller att företaget under de fem år som föregick AGAC:s tilldelning av de omtvade tjänsterna var medkontrahent till kommunen i Viano.

28 — Se fjortonde övervägandet i direktiv 93/36.

49. Det måste likaså först understrykas att direktiv 93/36 inte innehåller någon artikel som motsvarar artikel 6 i direktiv 92/50, det vill säga att det i direktivet inte föreskrivs något undantag till skyldigheten att använda förfarandet för infordran av anbud när det gäller sådan offentlig upphandling av varor som tilldelas en enhet som själv är en upphandlande myndighet, på grund av en ensamrätt som den åtnjuter enligt bestämmelser i lagar eller andra föreskrifter, under förutsättning att dessa bestämmelser är förenliga med fördraget. Eftersom det i direktivet inte föreskrivs något sådant undantag<sup>29</sup> är det, för att tillämpa direktivet, oväsentligt att känna till huruvida det handlar om en enskild som i sin egenskap av leverantör är medkontrahent till en upphandlande myndighet. Enligt min mening följer denna slutsats av direktivets systematik.<sup>30</sup>

29 — Denna skillnad återspeglar den specifika karaktären av det område som direktiv 92/50 reglerar, i den mening att man vederbörligen måste ta hänsyn till det faktum att tillhandahållandet av tjänster kan utföras inom ramen för varaktiga juridiska förbindelser och band mellan olika organ (kommunala organ), i enlighet med ett system för samarbete där ett organ är underordnat ett annat organ. Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177) innehåller, förutom en bestämmelse (artikel 11) som motsvarar artikel 6 i direktiv 92/50, även en annan liknande bestämmelse angående denna fråga, som tar hänsyn till den specifika karaktären hos de enheter som är sådana företag som endast inom ramen för offentlig upphandling inom specifika sektorer betecknas som upphandlande myndigheter. Det handlar om artikel 13 i direktiv 93/38 som rör tjänstekontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett "anknutet företag". I definitionen av ett sådant hänvisas till den kontroll och det bestämmande inflytande som utövas mellan en upphandlande myndighet och en enhet eller (under vissa villkor) mellan företag (artikel 1.3), det vill säga att det handlar om juridiska enheter som tillhör samma ekonomiska enhet. Se även ovannämnde Mensi, M., paragraf 18, s. 81 och följande sidor.

30 — Det skall erinras om att domstolen har fastställt att en medlemsstat åsidosätter sina skyldigheter enligt direktiven om samordning av förfarandet för offentlig upphandling för dels upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (direktiv 71/305) dels upphandling av varor (direktiv 77/62), när medlemsstaten från tillämpningsområden för de nationella lagreglerna om offentlig upphandling utesluter de transaktioner som förvaltningen genomför med enskilda i de fall då dessa direktiv inte medger detta. Se dom av den 17 november 1993 i mål C-71/92, kommissionen mot Spanien (REG 1993, s. I-5923), punkterna 10, 11 och 22. Domstolen betonade särskilt (punkt 10) att "de enda undantag som medges vid tillämpningen av direktiv 77/62 är de undantag som uttömmande och uttryckligen anges där".

50. Enligt artikel 1 a i direktiv 93/36 förstås med *offentliga varuupphandlingskontrakt* "skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör (fysisk eller juridisk person) och en av de nedan under b angivna upphandlande myndigheterna, som omfattar köp, leasing, hyra eller hyrköp med eller utan köpoption av produkter". Av denna bestämmelse följer de villkor som gäller för tillämpningen av direktiv 93/36.

51. I första hand måste den kontraktuella förbindelsen avse leverans av produkter. Denna faktor utgör ett grundläggande villkor för tillämpningen av direktivet.

52. I andra hand måste ett kontrakt<sup>31</sup> upprättas, i skriftlig form. Detta kontrakt är ömsesidigt bindande och slutet med ekonomiska villkor. Detta innebär att direktivet är tillämpligt, dels när samförstånd uppnåtts mellan två skilda juridiska personer, nämligen den upphandlande myndigheten och leverantören och dels när den skapade ömsesidiga relationen

31 — Det är karaktäristiskt att åttonde övervägandet i direktiv 92/50 anger att "detta direktiv... endast (skall) omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom. Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar eller andra författningar eller anställningsavtal, omfattas inte av detta direktiv". Detta innebär att direktiv 92/50 endast tillämpas om den juridiska förbindelsen mellan medkontraherenterna grundas på avtal om tjänster, såsom föreskrivs i artikel 1 a i direktivet och att direktivet inte är tillämpligt på tillhandahållande av tjänster som inte grundas på avtal. Se även punkt 26 i generaladvokaten La Pergolas förslag till avgörande inför dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821) och även punkt 49 i generaladvokaten Albers förslag till avgörande inför dom av den 9 september 1999 i mål C-108/98, R.I.S.A.N. (REG 1999, s. I-5219).

består i leverans av en vara i utbyte mot en ekonomisk ersättning.<sup>32</sup> Således måste utbyte av tjänster, skapande av rättigheter och skyldigheter för kontraktsparterna föreligga och tjänsterna vara sinsemellan beroende.<sup>33</sup>

53. I tredje hand, och detta kriterium har för övrigt direkt samband med det föregående, måste medkontraherenten till den upphandlande myndigheten, leverantören, verkligen ha ställning som tredje man i förhållande till denna myndighet, det vill säga att det skall handla om en fristående person. Denna faktor är även ett väsentligt kännetecken för den upphandling av varor som direktiv 93/36 åsyftar.

54. Av vad ovan anförts framgår att direktivet inte är tillämpligt i det fall då den upphandlande myndigheten använder sina egna tillgångar för att leverera de produkter den vill ha.<sup>34</sup> Gemenskapsrätten ålägger inte de upphandlande myndigheterna att

32 — Detta kriterium, som innebär att en teoretiskt beräknad ersättning fastställs vid offentlig upphandling av varor, belyses i dom av den 26 april 1994 i mål C-272/91, kommissionen mot Italien (REG 1994, s. I-1409), punkt 25. Detta mål avsåg koncession av ett automatiskt system för det italienska lottospelet, det vill säga leverans av ett fullständigt automatiskt system för spelet i fråga, vilket framför allt innebar leverans av vissa varor till staten. Samma kriterium som innebär betalning av en bestämd ersättning som gottgörelse för den utförda tjänsten belyses även i ovannämnda dom i målet BFI Holding (fotnot 31, punkt 25).

33 — Beträffande denna viktiga del i kontraktbegreppet se Laubadère, A., Moderne, F. och Delvolvé, P., *Traité des contrats administratifs*, del I, andra uppl., 1983 (808 s.), paragraf 14 och följande paragrafer, s. 29 och följande sidor.

34 — Förfarande som kallas "in house". I denna fråga inom ramen för direktiv 92/50 se Flamme, Ph. och Flamme, M.-A., "Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation (direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992)" i *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nr 365, februari 1993 (s. 150—170), paragraf 15 och 16. Se även ovannämnda Mensi, M., kapitel 5.

iakta förfarandet som garanterar en effektiv konkurrens mellan de berörda parterna i det fall då myndigheterna i fråga själva vill ombesörja leveransen av de produkter som de behöver.<sup>35</sup>

55. AGAC hävdar att kommunen Viano inte har anförtrött tjänsten att handha värmeinstallationer till en tredje man, utan helt enkelt har beslutat att på annat sätt organisera den direkta förvaltningen av denna tjänst med hjälp av den organisation och den personal som fanns hos en särskild enhet som bildats för detta ändamål, hellre än att använda sig av den egna organisationen och personalen.

35 — En motsvarande fråga om tolkningen av direktiv 92/50 har redan ställts till domstolen. Närmare bestämt i det ovan nämnda målet BFI Holding (fotnot 31), avseende en tvist mellan två nederländska kommuner och ett privat bolag (BFI), som hävdade att tilldelningen av ett kontrakt om uppsamling av hushållssopor till ett aktiebolag (ARA), som kommunerna i fråga hade bildat i detta syfte skulle underkastas det förfarande som föreskrivs i direktivet, ansåg den nationella domstolen att ARA omfattades av undantaget enligt artikel 6 i direktiv 92/50 såvitt bolaget ansågs som ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50. Generaladvokaten La Pergola kom i sitt förslag till avgörande i målet BFI Holding (punkt 38) fram till den slutsatsen att "ARA inte [utgör] en tredje man i förhållande till de två kommunerna, det vill säga det skiljer sig inte väsentligen från dessa. Det är här fråga om en form av delegation mellan organ som inte går utanför kommunernas administrativa sfär. Dessa hade, när de anförtrödde ARA verksamheten i fråga, inte på något sätt för avsikt att *privatisera* de funktioner som de tidigare utövade inom detta område". Denna aspekt avseende frågan i vilken mån tjänsterna tillhandahålls av en del av den offentliga administrationen, i vilket fall det inte rör sig om offentlig upphandling i den mening som avses i direktiv 92/50, har belysts av generaladvokaten Alber i hans förslag till avgörande i ovan nämnda mål RI.SAN. (fotnot 31). Se punkt 49 i detta förslag. Generaladvokaten La Pergola sammanfattade att "enligt min mening kan det förhållande som binder kommunerna och ARA inte anses vara en upphandling i den mening som avses i direktivet" (det handlade om direktiv 92/50). Generaladvokaten La Pergola ansåg dock att ett organ av denna typ (som ARA) utgjorde ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i direktiv 92/50. Domstolen prövade när ett organ kan betecknas som ett organ som lyder under offentlig rätt enligt artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50 och tillhandahöll den nationella domstolen de tolkningskriterier som denna behövde i denna fråga.

56. För det första anser jag att det otvivelaktigt, enligt de uppgifter som den nationella domstolen har lämnat, i målet (även) handlar om leverans av vissa produkter.

57. För det andra måste det för att direktivet skall kunna tillämpas finnas ett skriftligt kontrakt, vari parternas skyldigheter och rättigheter fastställs och vari särskilt frågan om ersättning regleras. Den nationella domstolen skall således granska om ett *kontrakt* har slutits — och dessutom skriftligen — som reglerar förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören och som fastställer parternas rättigheter och skyldigheter, förutom beslutet från kommunstyrelsen i Viano om att tilldela kontraktet.<sup>36</sup>

58. Om ett skriftligt kontrakt föreligger ankommer det dessutom på den nationella domstolen att pröva i vilken mån den möjlighet att förnya kontraktet som tillerkänns kommunen är ett resultat av förhandlingar mellan kommunen i Viano och AGAC. Likaså ankommer det på den nationella domstolen att pröva i vilken mån den ersättning som fastställts för leverans av varor och tillhandahållande av berörda tjänster till kommunen har bestämts enligt gällande handelssed.<sup>37</sup> Frågan huruvida det verkligen rör sig om ett

36 — Det framgår av beslutet om hänskjutande att AGAC skall handha uppvärmningen i huvudsak enligt de direktiv som finns i det överklagade beslutet, direktiv som kommunen Viano har antagit ensidigt.

37 — Jag tror inte att man kan tala om upphandling och anbuds förfarande i den mening som avses i direktivet, om den ersättning som angets i kommunstyrelsens beslut inte har fastställts fritt på grundval av det anbud som AGAC lämnat inom ramen för bolagets självständiga förvaltning, och om detta anbud inte har någon som helst lukrativ karaktär, som kommissionen för övrigt påpekar.

kontrakt som regleras av gemenskapslagstiftningen beror på de svar som den nationella domstolen kommer att ge på de föregående frågorna.

59. Som den nationella domstolen anger handlar det dessutom om två formellt fristående juridiska personer som är verksamma på marknaden. Denna faktor är viktig, eftersom om en kommun, för att förbättra den interna organisationen av sin förvaltning, tilldelade en av tjänstegrenarna inom förvaltningen verksamheten, skulle detta utgöra en form av intern delegation som inte går utanför kommunens egen administrativa struktur.<sup>38</sup> I ett sådant fall kan den förbindelse som finns mellan kommunen Viano och AGAC inte anses som en offentlig upphandling i den mening som avses i direktiv 93/36.

60. Närmare bestämt är i detta mål AGAC, som är en juridisk person och bedriver en självständig förvaltning, i enlighet med den nationella lagstiftningen en sammanslutning av kommuner som har bildats på grundval av artikel 25 i lag nr 142/90. I denna artikel föreskrivs en gemensam förvaltning av en eller flera verksamhetsgrenar, genom bildandet av en sammanslutning (consorzio), i enlighet med de bestämmelser om speciella företag som återfinns i artikel 23 i samma italienska lag, såsom har angetts i föregående punkt. AGAC skall likaså utföra de uppgifter som de delta-

gande kommunerna anförtror företaget och är underkastat deras tillsyn.

61. Enligt artikel 10.3 i AGAC:s stadgar uppgår andelen för kommunen Vianos deltagande i AGAC:s bolagsstämma, det vill säga i huvudsak i dess administration, men även i sammanslutningens vinst och förlust, till 0,9 procent. Såsom för övrigt framgår av de uppgifter som lämnats av den nationella domstolen anser jag det föga troligt att det i fallet AGAC, som är en sammanslutning bildad av 45 kommuner Reggio Emilia och en fristående juridisk person, kan hävdas att kommunen Viano kontrollerar sammanslutningen på ett sätt som motsvarar den kontroll som en myndighet utövar över ett internt organ.

62. Med stöd av artikel 3.4 i stadgarna kan AGAC för övrigt tillhandahålla vissa tjänster<sup>39</sup> till kommuner, enskilda eller offentliga organ (enti) som inte deltar i sammanslutningen.

63. Trots möjligheten för kommunen Viano att i enlighet med beslut nr 18 på begäran erhålla en förlängning av kontraktstiden, anser jag inte att det är fastställt att kommunen utövar en hierarkisk kontroll över AGAC, ej heller att förbindelserna mellan kommunen och AGAC inte innebär tilldelning av ett kontrakt på grund

38 — Det skall erinras om att Teckal, som företaget hävdar, under fem år har erbjudit sina tjänster i sin egenskap av medkontrahent till kommunen Viano.

39 — Det skall erinras om att det bland annat handlar om produktion och distribution av gas och värme för hushållsbruk och bruk inom industrin.

av att de båda kontrakterande parterna i förhållande till varandra inte har egenskapen av tredje man.<sup>40</sup>

eftersträvar genom att samordna förfarandena för offentlig upphandling av varor.

64. Om den nationella domstolen på grundval av sina bedömningar kommer till den slutsatsen att förbindelserna mellan kommunen och AGAC är resultatet av att samförstånd nåtts mellan två självständiga viljor som företräder skilda juridiska intressen, i enlighet med den vanliga form av förbindelser som kännetecknar kontrakt- eller förbindelser mellan två fristående subjekt<sup>41</sup> och denna slutsats även följer av en bedömning av kontraktsvillkoren,<sup>42</sup> omfattas tilldelningen av det uppdrag som är föremålet för detta mål av tillämpningsområdet för direktiv 93/36.

66. Med de förbehåll som har angetts angående de frågor som den nationella domstolen skall klargöra måste följaktligen förfarandet i direktiv 93/36 iakttagas. Kommunen skall således när den väljer sin medkontrahent utan undantag iaktta de bestämmelser som är avsedda att skydda konkurrensen, även om det anses att AGAC är ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/36, eftersom det i detta direktiv, såsom har påpekats i föregående punkt i detta förslag, inte föreskrivs något undantag som motsvarar det som finns i artikel 6 i direktiv 92/50 för offentlig upphandling av varor med andra upphandlande myndigheter.

65. Om det medges att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att vända sig till fristående enheter, som de antingen har en absolut eller relativ kontroll över när det gäller leverans av varor, och därigenom åsidosätter gällande gemenskapslagstiftning, skulle därmed reglerna kunna kringgåås utan hänsyn till målsättningen — att säkerställa en fri och icke snedvriden konkurrens — som gemenskapslagstiftaren

67. Jag anser följaktligen att det av vad ovan anförts framgår att direktiv 93/36 inte medger att undantag görs från det förfarande som föreskrivs i direktivet vid offentlig upphandling av varor, oberoende av det faktum att kontraktet sluts mellan en upphandlande myndighet och ett organ som även det är en upphandlande myndighet. Med förbehåll för de frågor som den nationella domstolen skall pröva är följaktligen direktivet i fråga till hinder för tilldelningen av den omtvistade leveransen, om förbindelserna mellan den lokala myndigheten och den sammanslutning i vilken denna deltar leder till att samförstånd uppnås mellan två skilda, i verklig mening fristående, juridiska personer, vilka företräder skilda juridiska intressen.

40 — Enligt kommissionen (punkt 34 i dess skriftliga yttrande) förefaller det i målet handla om ett särskilt organisations-sätt, enligt vilket kommunen inte vänder sig till marknaden för att erhålla en bestämd leverans av varor eller en bestämd tjänst, utan till ett organ som kan anses härröra från kommunen själv (det är en "longa manus") inom den särskilda sektor som målet rör.

41 — Det skall således prövas om förhandlingar har föregått fastställandet av kontraktsvillkoren.

42 — Det handlar till exempel om införande av straffklausuler som är tillämpliga i fall av bristande utförande från AGAC:s sida eller om skiljedoms-klausul etc.

## VI — Förslag till avgörande

68. Med hänsyn till vad ovan anförts föreslår jag att den tolkningsfråga som hänskjutits till domstolen från Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, skall besvaras på följande sätt:

Enligt rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor skall det förfarande som föreskrivs i direktivet iakttas vid slutande av ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter, oberoende av det faktum att detta kontrakt slutits mellan organ som är upphandlande myndigheter.