



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
VERICA TRSTENJAK
föredraget den 23 maj 2012¹

Mål C-159/11

Azienda Sanitaria Locale di Lecce
mot
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

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Italien))

”Bestämmelserna om offentlig upphandling — Samarbete mellan offentliga myndigheter — Direktiv 2004/18/EG — Avsaknad av offentligt upphandlingsförfarande — Tillhandahållande av en tjänst avseende utredning och bedömning av vissa sjukvårdsanläggningars utsatthet ur seismisk synvinkel — Kontrakt som ingåtts mellan en upphandlande myndighet och ett offentlighetsrättsligt universitet — Avtal med ekonomiska villkor för vilka ersättningen inte överstiger kostnaderna för tillhandahållandet av tjänsten — Begreppet ekonomisk aktör”

I – Inledning

1. I förevarande begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF har Consiglio di Stato (nedan kallad den hänskjutande domstolen) hänskjutit en fråga till domstolen avseende tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.²
2. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett mål mellan Azienda Sanitaria Locale di Lecce (nedan kallad ASL Lecce) och en rad ingenjör- och arkitektsamfund avseende ett avtal som ASL Lecce och Università del Salento (nedan kallat universitetet) slutit beträffande verksamhet med ekonomiska villkor som avsåg genomförande av utredning och bedömning av sjukhusen i provinsen Lecces utsatthet ur seismisk synvinkel. Nämnda ingenjör- och arkitektsamfund, vilka inte deltar i detta projekt, hävdar att ASL Lecce gav universitetet uppdraget utan att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande och sålunda rättsstridigt. ASL Lecce hävdar däremot att överenskommelsen omfattas av samarbete och koordinering mellan offentliga myndigheter, eftersom den har slutits för att uppnå ett mål av allmänintresse.

1 — Originalspråk: tyska. Rättegångsspråk: italienska.

2 — EUT L 134, s. 114.

3. Genom föreliggande mål får domstolen än en gång tillfälle att vidareutveckla sin praxis beträffande reglerna om offentlig upphandling. Mot bakgrund av domen i målet kommissionen mot Tyskland³ ska domstolen avgöra huruvida det synes motiverat att tillämpa lagstiftningen om offentlig upphandling i en situation som den i målet vid den nationella domstolen, i vilken ett offentligrättsligt universitet av en offentlig myndighet erhåller ett kontrakt som avser konsultverksamhet. I detta avseende ska flera aspekter beaktas, till exempel universitets rätt att uppträda som en ekonomisk aktör och att den erhållna ersättningen enbart täcker kostnaderna.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionslagstiftningen

4. Artikel 1.2, 1.8 och 1.9 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”2.

- a) *offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv....
- d) *offentliga tjänstekontrakt*: andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

...

8. *entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör*: beteckningar för varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggtreprenader och/eller tillhandahåller byggtreprenader, varor eller tjänster.

Termen ekonomisk aktör betecknar såväl en varuleverantör som en tjänsteleverantör och en entreprenör. Den används enbart i syfte att förenkla texten.

...

9. *upphandlande myndigheter*: statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

Med offentligrättsliga organ avses alla organ

- a) som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,
- b) som är juridiska personer, och
- c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

3 — Dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland (REG 2009, s. I-4747).

...”

5. Direktivet ska i enlighet med artikel 7 tillämpas på offentliga kontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst ett tröskelvärde på 206 000 euro, om det är fråga om offentliga varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av andra upphandlande myndigheter än de som anges i bilaga IV. Enligt artikel 9 i direktivet ska beräkningen av det uppskattade värdet av ett offentligt kontrakt grunda sig på det totala beloppet efter avdrag för mervärdesskatt som ska betalas enligt den upphandlande myndighetens egen uppskattning. Vid denna beräkning ska det uppskattade totalbeloppet beaktas, inbegripet varje form av eventuell optionsrätt och eventuella klausuler om förlängning av kontraktet.

6. Enligt artikel 16 f i direktivet ska det inte tillämpas på offentliga tjänstekontrakt som avser forsknings- och utvecklingstjänster med undantag av sådana vars resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet i dess egen verksamhet, förutsatt att den tillhandahållna tjänsten helt och hållet betalas av den upphandlande myndigheten.

7. Det framgår av artikel 20 i direktivet att kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II A ska tilldelas enligt artiklarna 23–55. I artikel 28 föreskrivs att en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling ska tillämpa nationella förfaranden som anpassats i enlighet med detta direktiv. I bilaga II A räknas bland annat följande kategorier upp: ”Forsknings- och utvecklingstjänster” (kategori 8) och ”Arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, därmed sammanhängande vetenskapliga och tekniska konsulttjänster, teknisk provning och analys” (kategori 12).

B – Nationell lagstiftning

8. I artikel 15.1 i lag nr 241 av den 7 augusti 1990, genom vilken nya bestämmelser har införts både i fråga om administrativa förfaranden och i fråga om tillgång till administrativa handlingar (*nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*),⁴ föreskrivs att offentliga myndigheter alltid har rätt att sinsemellan sluta avtal i syfte att reglera samarbete beträffande bedrivandet av verksamhet av allmänintresse.

9. I artikel 66 i presidentdekret nr 382/1980 föreskrivs följande:

”Universiteten har, förutsatt att det inte utgör hinder för deras vetenskapliga och didaktiska verksamhet, rätt att bedriva forsknings- och konsultverksamhet genom kontrakt och överenskommelser med offentliga och privata organ. Normalt sett svarar avdelningarna, eller om några sådana inte har bildats, instituten, universitetsklinikerna eller enskilda heltidsanställda docenter, för genomförandet av sådana kontrakt och överenskommelser.

Inkomsterna från de tjänster som utförts mot bakgrund av de kontrakt och överenskommelser som nämnts i föregående stycke fördelas enligt särskilda bestämmelser.

...

Såväl undervisningspersonal som annan personal som deltar i utförandet av nämnda tjänster kan erhålla ersättning upp till ett belopp som per år inte får överstiga 30 procent av deras lön. Det belopp som utbetalas till personalen får under inga omständigheter överstiga 50 procent av de totala inkomsterna för tjänsterna.

⁴ — GURI nr 192 av den 18 augusti 1990.

Av de bestämmelser som avses i andra stycket framgår hur stort belopp som ska avsättas för universitetets utgifter av allmän karaktär och de kriterier som ska vara uppfyllda när sådan ersättning som anges i tredje stycket utbetalas till personalen.

...

De inkomster som härrör från sådan verksamhet som avses i föregående stycke utgör inkomster i universitetets redovisning.”

10. Det framgår vidare av begäran om förhandsavgörande att universiteten enligt den särskilda lagstiftning som reglerar deras verksamhet utgör den viktigaste platsen för vetenskaplig forskning.

III – Faktiska omständigheter, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

11. Mot bakgrund av det förfrågningsunderlag som generaldirektören för ASL Lecce godkände genom beslut av den 7 oktober 2009 och den efterföljande överenskommelsen som betecknades som ”konsultavtal”, slöt ovannämnda ASL Lecce och universitetet ett skriftligt kontrakt. Detta kontrakt avsåg utredning och bedömning med ekonomiska villkor av sjukvårdsanläggningar i provinsen Lecces utsatthet ur seismisk synvinkel mot bakgrund av de senaste nationella bestämmelserna om anläggningars säkerhet och särskilt strategiska byggnader.

12. I förfrågningsunderlaget beskrevs det uppdrag som skulle utföras på följande sätt:

- Identifiering av anläggningarnas typologi, materialval vid uppförandet av dem och de beräkningsmetoder som tillämpats, översiktlig undersökning av deras faktiska skick i förhållande till den projektdokumentation som hålls tillgänglig.
- Kontroll av att anläggningarna överensstämmer med gällande normer, översiktlig analys av byggnadernas globala reaktion vid en jordbävning, eventuella analyser på plats av byggnadstekniska beståndsdelar eller subsystem som är av betydelse för den globala reaktionen vid en jordbävning.
- Utvärdering av de resultat som erhållits efter de kontroller och analyser som avses i föregående strecksats och redigering av en uppställning med tekniska uppgifter med avseende på den byggnadstekniska bedömningen, särskilt uppgifter om anläggningarnas konstaterade typologi, byggnadsmaterial och faktiska skick och då framför allt uppgifter om sådant som i hög grad inverkar på hur anläggningarna reagerar med avseende på risken för jordbävning vid den plats där anläggningen är belägen; tekniska uppgifter för klassificering av hur utsatta sjukhusen är ur seismisk synvinkel; byggnadstekniska uppgifter om beståndsdelar eller subsystem som bedöms som kritiska med avseende på bedömningen av utsattheten ur seismisk synvinkel; preliminära förslag och en kortfattad beskrivning av möjliga åtgärder för anpassning eller förbättring ur seismisk synvinkel, och särskilt en redogörelse för fördelar med och begränsningar vad beträffar olika möjliga tekniska lösningar i tekniskt och ekonomiskt hänseende.

13. I enlighet med konsultavtalet skulle uppdraget utföras av den arbetsgrupp som utsetts av ASL Lecce i nära samarbete med arbetsgruppen på universitetet, i förekommande fall med hjälp av högkvalificerad extern arbetskraft. Två personer utsågs såsom vetenskapligt ansvariga av uppdragsgivaren respektive av avdelningen vid universitetet i fråga. Äganderätten till eventuella resultat av provningsverksamheten skulle tillkomma ASL Lecce. ASL Lecce förband sig emellertid att uttryckligen omnämna nämnda avdelning för det fall att resultaten skulle offentliggöras i ett tekniskt-ekonomiskt sammanhang. För tjänsten skulle ASL Lecce genom fyra delbetalningar sammantaget betala universitetet ett belopp om 200 000 euro exklusive mervärdesskatt. Om kontraktet avslutades i förtid skulle universitetet ha rätt till ett belopp som motsvarade omfattningen av det arbete som hittills utförts och de kostnader som uppkommit.

14. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (OICE) – i förening med bolagen Etacons srl, Ing.vito Prato Engineering srl, Barletti – del Grosso & associati srl – respektive Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce, väckte talan vid TAR Puglia. TAR Puglia fastslog i samtliga fall att den direkta tilldelningen av ovanbeskrivna kontrakt till universitetet var rättsstridig, eftersom förfarandena för offentlig upphandling inte hade tillämpats.

15. ASL Lecce och universitetet överklagade de olika avgörandena till den hänskjutande domstolen. I sin begäran om förhandsavgörande hänvisar denna domstol till att ingåendet av ett sådant kontrakt som det här aktuella skulle kunna strida mot direktiv 2004/18. Mot denna bakgrund frågar den huruvida det omtvistade kontraktet uppfyller de rättsliga krav som ställs på ett samarbete mellan offentliga myndigheter som har utvecklats i EU-domstolens praxis. Det föreligger flera omständigheter som talar för en sådan slutsats, men, med tanke på att andra aspekter talar för motsatsen, kan detta inte med säkerhet fastställas. Eftersom den hänskjutande domstolen inte anser att det av EU-domstolens praxis med säkerhet kan utläsas hur detta ska tolkas, har den vilandeförklarat förfarandet och hänskjutit följande fråga till EU-domstolen med begäran om förhandsavgörande:

16. "Utgör direktiv 2004/18 och särskilt artiklarna 1.2 a och d, 2 och 28 och kategorierna 8 och 12 i bilaga II, hinder för nationella bestämmelser enligt vilka två upphandlande myndigheter har rätt att sluta kontrakt avseende utredning och bedömning av sjukvårdsanläggningars utsatthet ur seismisk synvinkel mot bakgrund av nationella bestämmelser om säkerhet för anläggningar och särskilt strategiska byggnader, mot en ersättning som inte får överstiga kostnaderna för tillhandahållandet av tjänsten, om den myndighet som utför tjänsten kan anses utgöra en ekonomisk aktör?"

IV – Förfarandet vid domstolen

17. Begäran om förhandsavgörande av den 9 november 2010 inkom till domstolens kansli den 1 april 2011.

18. 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), den italienska, den tjeckiska, den polska, den svenska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i domstolens stadga.

19. Företrädarna för ASL Lecce, universitetet, CNI, OICE, CNAPPC, den italienska, den polska och den svenska regeringen samt kommissionen har yttrat sig vid den muntliga förhandlingen den 27 mars 2012.

V – Parternas huvudsakliga argument

20. Jag ska nedan beakta parternas argument i relevanta delar.

VI – Rättslig bedömning

A – Allmänna påpekanden

21. Det framgår av tolkningsfrågans formulering att den hänskjutande domstolen i princip söker klarhet i huruvida de gällande nationella bestämmelserna kan anses vara förenliga med direktiv 2004/18 i det avseendet att de tillåter sådana kontrakt som beskrivs i tolkningsfrågan. Vid en samlad bedömning av rättsproblemen i förevarande mål ska det emellertid konstateras att den centrala fråga

med vilken domstolen huvudsakligen måste befatta sig avser huruvida det aktuella kontraktet är förenligt med direktiv 2004/18. För att kunna ge den nationella domstolen ett användbart svar på de frågor som den har ställt, synes det ändamålsenligt att förflytta prövningens tyngdpunkt till denna aspekt. Följaktligen ska jag i min analys behandla frågan huruvida bestämmelserna i direktiv 2004/18 har åsidosatts. Jag anser dock inte att det krävs en omformulering av tolkningsfrågan i detta avseende, särskilt som en fastställelse av ett eventuellt åsidosättande indirekt ger besked huruvida den gällande nationella lagstiftningen är förenlig med unionslagstiftningen. Om det vid prövningen framkommer att det aktuella kontraktet inte är förenligt med bestämmelserna i direktiv 2004/18, kan den rättsliga situation som råder i Italien inte heller anses vara förenlig med unionsrätten.

22. Direktiv 2004/18 utgör hinder mot ett kontrakt som det som har slutits mellan ASL Lecce och universitetet om uppdraget att genomföra verksamhet som avser utredning och bedömning av vissa sjukhus utsatthet ur seismisk synvinkel ska omfattas av ett förfarande för offentlig upphandling enligt unionslagstiftningen, eftersom någon sådan upphandling inte har genomförts i målet vid den nationella domstolen. Såsom framgår av beslutet att begära förhandsavgörande, tilldelades universitetet i stället direkt det aktuella kontraktet. Om det bekräftas att en offentlig upphandling skulle ha genomförts ska det vidare prövas huruvida det om så är fallet föreligger ett tillämpligt undantag, enligt vilket det är tillåtet att avstå från en offentlig upphandling. I målet vid den nationella domstolen kommer i detta avseende såväl de rekvisit som kodifierats i direktiv 2004/18 som rättsfiguren samarbete mellan offentliga myndigheter för att uppfylla en uppgift av allmänintresse som har utvecklats i EU-domstolens praxis i fråga.

B – Frågan huruvida direktiv 2004/18 är tillämpligt

23. Detta gäller dock endast under förutsättning att direktiv 2004/18 överhuvudtaget är tillämpligt avseende det aktuella kontraktet. Detta utgör den första frågan som jag ska behandla.

1. Frågan huruvida det föreligger ett offentligt kontrakt

a) Tillhandahållande av tjänster

24. För att direktivets materiella tillämpningsområde ska anses tillämpligt måste det föreligga ett "offentligt kontrakt". Eventuellt kan det aktuella kontraktet hänföras till en av de kategorier av offentliga kontrakt som räknas upp i artikel 1.2 i direktivet. Enligt min mening skulle det mot bakgrund av den information som är tillgänglig om de faktiska omständigheterna kunna vara aktuellt med en klassificering som "offentligt tjänstekontrakt" i den mening som avses i legaldefinitionen i artikel 1.2 d. Offentliga tjänstekontrakt beskrivs i denna artikel som "andra offentliga kontrakt än offentliga byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II". Föremålet för de arbeten som universitetet enligt kontraktet ska utföra motsvarar det slags tjänster som räknas upp under kategori 12 i bilaga II A ("Arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, besläktade vetenskapliga och tekniska konsulttjänster, teknisk provning och analys"). Det är nämligen fråga om komplexa tekniska arbeten som omfattar såväl kontroll av att anläggningarna överensstämmer med gällande normer som huruvida byggnaderna är utsatta ur seismisk synvinkel. Arbetena har ett uppenbart samband med arkitektur och det föreskrivs en omfattande konsultverksamhet på detta område genom personal från universitetet som har en motsvarande kvalificering.

b) Kontrakt mellan en upphandlande myndighet och en ekonomisk aktör

25. Vidare förutsätts det enligt definitionen av "offentligt tjänstekontrakt" att det föreligger ett skriftligt kontrakt mellan en upphandlande myndighet och en ekonomisk aktör, eftersom det bygger på begreppet offentligt kontrakt i artikel 1.2 a i direktivet.

26. Det lagstadgade kravet på ett skriftligt kontrakt är uppfyllt, eftersom "konsultavtalet" som ingicks den 29 oktober 2009 är skriftligt.

27. Med "upphandlande myndighet" avses enligt artikel 1.9 i direktivet "statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ". I egenskap av del av den offentliga förvaltningen uppfyller ASL Lecce villkoren för att klassificeras som upphandlande myndighet i den mening som avses i direktivet.

28. Vad avser en eventuell klassificering av universitet som "ekonomisk aktör", ska det konstateras att detta begrepp enligt artikel 1.9 i direktivet även omfattar "tjänsteleverantörer". Med detta förstås "varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden ... tillhandahåller ... tjänster". Università del Salento utgör, såsom framgår av dess skriftliga yttranden,⁵ självt ett offentligrättsligt organ. I detta avseende är bestämmelsen i artikel 66 i presidentdekret nr 382/1980 av betydelse, eftersom universiteten genom denna bestämmelse erhåller rätt att ingå avtal med offentliga och privata organ för att utöva forsknings- och konsultverksamhet. Av detta framgår att universiteten enligt nationell lagstiftning inte enbart har rätt att fungera som plats för undervisning och forskning, utan även som ekonomisk aktör i den mening som avses i ovan nämnda definition.

29. Jag vill i detta avseende hänvisa till domen i målet CoNISMa,⁶ i vilken domstolen har slagit fast att universitet har rätt att delta i upphandlingsförfaranden som ekonomiska aktörer. I denna dom har domstolen uttalat att ställningen som ekonomisk aktör inte nödvändigtvis enbart omfattar aktörer som är organiserade som företag.⁷ Tvärtom får varje person eller enhet som är lämpad att säkerställa att kontraktet genomförs anmäla sig som anbudssökande oberoende av om den har ställning som privat- eller offentligrättsligt subjekt och oberoende av om personen eller enheten är stadigvarande verksam på marknaden eller inte och om den får bidrag av allmänna medel eller inte.⁸ Dessutom har domstolen slagit fast att en restriktiv tolkning av begreppet ekonomisk aktör skulle få till följd att de kontrakt som sluts mellan upphandlande myndigheter och organ som inte huvudsakligen bedriver verksamhet med vinstsyfte inte anses utgöra offentliga kontrakt, och de upphandlande myndigheterna skulle därmed kunna tilldela dem efter ömsesidig överenskommelse utan att tillämpa unionsbestämmelserna avseende likabehandling och insyn, i strid med syftet med dessa bestämmelser.

30. Följaktligen ska det kontrakt som ASL Lecce och universitetet har slutit anses utgöra ett skriftligt kontrakt mellan en upphandlande myndighet och en ekonomisk aktör.

5 — Sidan 2 i universitetets yttrande.

6 — Dom av den 23 december 2009 i mål C-305/08, CoNISMa (REU 2009, s. I-12129).

7 — Ibidem, punkt 35.

8 — Ibidem, punkt 42.

c) Huruvida det är fråga om en tjänst med ekonomiska villkor

31. Ytterligare ett villkor för att ett kontrakt ska anses utgöra ett "offentligt kontrakt" i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktivet är att det innehåller ekonomiska villkor. Begreppet "ekonomiska villkor" innefattar ett krav att anbudsgivarens tillhandahållande av tjänsten även motsvaras av en skyldighet för uppdragsgivaren att betala ersättning. Förutom att två personer deltar avses här även en ömsesidighet i form av ett materiellt utbyte av prestationer. Det krävs en sådan ömsesidighet för att det ska föreligga en skyldighet att vidta en upphandling.

32. I målet vid den nationella domstolen var ASL Lecce visserligen skyldig att betala ersättning till universitetet enligt det aktuella kontraktet. Det var emellertid speciellt i detta mål att den utlovade ersättningen var beräknad så, att den inte översteg de uppkomna kostnaderna. Mot denna bakgrund uppkommer frågan huruvida även ersättning som enbart motsvarar kostnaderna uppfyller kraven på "ekonomiska villkor". Enligt min mening föreligger det flera argument som talar för en extensiv tolkning av detta begrepp till att omfatta all slags ersättning som har ett ekonomiskt värde.

33. Såsom den hänskjutande domstolen med rätta har angett i sitt beslut att begära förhandsavgörande,⁹ medför inte enbart avsaknaden av vinst att kontraktet saknar ekonomiska villkor. Ekonomiskt sett innehåller kontraktet trots detta ekonomiska villkor, eftersom mottagaren trots allt erhåller en prestation av ekonomiskt värde¹⁰ och sålunda i princip kan omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18. Det kan dessutom hävdas att enbart en extensiv tolkning av begreppet "ekonomiska villkor" medför att syftet med direktiven om offentlig upphandling, vilket består i en öppning av marknaderna för en verklig konkurrens, uppnås.¹¹ Enbart på detta sätt kan det säkerställas att direktiven om offentlig upphandling är effektiva och ett kringgående av upphandlingslagstiftningen förhindras, exempelvis genom att parterna avtalar om andra former av ersättning av vilka det inte omedelbart framgår att det föreligger ett vinstsyfte, som till exempel byteshandel eller genom ett avstående från bestående, mellan avtalsparterna ömsesidiga, anspråk.¹²

34. En sådan tolkning av begreppet ekonomiska villkor överensstämmer även med domstolens extensiva tolkning av definitionen av ersättning vad gäller friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 56 FEUF.¹³ Mot bakgrund av det faktum att direktiv 2004/18, såsom framgår av dess rättsliga grund i artikel 95 EG (nu artikel 114 FEUF), syftar till att förverkliga de grundläggande friheterna på den inre marknaden, vilket kommer till uttryck i skäl 2, synes det konsekvent med en extensiv tolkning av begreppet "ekonomiska villkor". I enlighet med denna extensiva tolkning får det inte nödvändigtvis krävas att den som tillhandahåller tjänsten gör en vinst. Tvärtom är det även tillräckligt för att kravet på ekonomiska villkor ska anses uppfyllt att den som tillhandahåller tjänsten enbart erhåller en ersättning som täcker kostnaderna i form av en kostnadsersättning. Sålunda ska begreppet ekonomiska villkor även omfatta så kallad ren kompensation.¹⁴

35. Följaktligen har det aktuella kontraktet ekonomiska villkor, och det föreligger ett "offentligt tjänstekontrakt" i den mening som avses i definitionen i artikel 1.2 d i direktivet i målet vid den nationella domstolen.

9 — Se s. 22, punkt 34 i begäran om förhandsavgörande.

10 — Se Hailbronner, K., *Das Recht der Europäischen Union* (utgivare Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), del B5, punkt 24, s. 4, som anser att kravet på ekonomiska villkor i princip ska anses uppfyllt i fråga om varje fördel som har ekonomiskt värde. Se, för ett liknande resonemang, Eisner, C., "Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (Teil 1)", *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, s. 190, enligt vilken den aktuella transaktionen ska avgöras i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling så snart parterna faktiskt har avtalat om ersättning för tillhandahållandet av en tjänst.

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

12 — Ibidem.

13 — Se dom av den 27 september 1988 i mål 263/86, Humbel & Edel (REG 1988, s. 5365), punkt 18. Budischowsky, J., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (utgivare Heinz Mayer), Wien, 2003, artikel 49 EG, punkt 8, s. 5, anser att kravet på ekonomiska villkor redan är uppfyllt om ersättningen täcker kostnaderna.

14 — Se Frenz, W. (ovan fotnot 11), s. 618, punkt 2013.

2. Huruvida det aktuella tröskelvärdet har uppnåtts

a) Huruvida det aktuella tröskelvärdet har underskridits

36. Direktiven om offentlig upphandling med deras stränga krav med avseende på förfarandet är inte tillämpliga på varje litet uppdrag. Tvärtom måste det aktuella uppdragets ekonomiska värde uppnå ett visst tröskelvärde för att omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. Redan av proportionalitetshänsyn ska dessa upphandlingsförfaranden som delvis kräver en stor arbetsinsats inte tillämpas på varje litet uppdrag. Dessutom kan det inte anses föreligga något allvarligt gränsöverskridande handelsintresse om uppdraget har ett ringa värde.

37. Genom tröskelvärdena delas bestämmelserna om offentlig upphandling sålunda in i två klasser. Om tröskelvärdena överskrids föreligger det detaljerade direktivbestämmelser som ska beaktas. Om dessa tröskelvärden inte uppnås är enbart unionens primära upphandlingslagstiftning tillämplig med de oskrivna principer som kan härledas ur domstolens praxis. Denna tudelning är av betydelse i förevarande mål, eftersom tröskelvärdena i målet vid den nationella domstolen eventuellt har underskridits, vilket ska prövas i sak.

38. Enligt artikel 9.1 i direktiv 2004/18 ska beräkningen av det uppskattade värdet av ett offentligt kontrakt grunda sig på det totala beloppet efter avdrag för mervärdesskatt som ska betalas enligt den upphandlande myndighetens egen uppskattning. Vid beräkningen ska det uppskattade totalbeloppet beaktas, inbegripet varje form av eventuell optionsrätt och eventuella klausuler om förlängning av kontraktet. Det framgår av handlingarna att ASL Lecce har åtagit sig att betala ersättning med 200 000 euro exklusive mervärdesskatt. Om detta belopp läggs till grund som uppskattat värde för den avtalade tjänsten, kan det konstateras att det underskrider tröskelvärdet på 206 000 euro som föreskrivs i artikel 7.1 b i direktiv 2004/18 i dess lydelse av den 29 oktober 2009, det vill säga den lydelse som var tillämplig när det aktuella kontraktet ingicks. I så fall skulle det aktuella kontraktets förenlighet med unionens upphandlingslagstiftning följaktligen inte heller prövas mot bakgrund av direktiv 2004/18. Prövningen skulle enbart företas mot bakgrund av primärrätten, framför allt bestämmelserna om de grundläggande friheterna.

39. Det ska dock, såsom kommissionen har påpekat i sitt skriftliga yttrande,¹⁵ beaktas att tröskelvärdet en kort tid därefter sänktes till 193 000 euro genom kommissionens förordning nr 1177/2009 av den 30 november 2009,¹⁶ nämligen med verkan från den 30 november 2009. Följaktligen skulle det uppskattade värdet överstiga det nya tröskelvärdet. Det är sålunda frågan vilket tröskelvärde som är tillämpligt i målet vid den nationella domstolen. Detta beror i sin tur på vilken version av direktiv 2004/18 som är tillämplig i målet vid den nationella domstolen. För att kunna besvara denna fråga måste det fastställas vilken tidpunkt som är avgörande för att ett av direktiven om offentlig upphandling ska vara tillämpligt.

40. Direktiv 2004/18 innehåller en mängd bestämmelser som ska hjälpa tillämparen att fastställa den tillämpliga tidpunkten för beräkningen av uppdragets värde. I artikel 9.2 i direktivet föreskrivs exempelvis att uppskattningen ska gälla vid den tidpunkt då meddelandet om upphandling skickas ut eller, om ett sådant meddelande inte krävs, vid den tidpunkt då upphandlingsförfarandet inleds. I princip skulle det sålunda vara möjligt att utgå från dessa bestämmelser för att fastställa vilken lydelse av direktiv 2004/18 som är tillämplig i tiden. Det ska emellertid konstateras att utgångspunkten för dessa bestämmelser är en situation i vilken ett upphandlingsförfarande faktiskt har ägt rum. Av

¹⁵ — Se fotnot 22 i kommissionens skriftliga yttrande.

¹⁶ — Kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 314, s. 64).

bestämmelserna framgår emellertid inte vad som gäller om, såsom i målet vid den nationella domstolen, oberoende av anledningen, någon upphandling inte har genomförts. Eftersom det saknas uttryckliga bestämmelser i sistnämnda situation, ska jag företa några principiella överväganden för att hitta en lösning som tar tillräcklig hänsyn till denna situation.

41. Jag framhöll i mitt förslag till avgörande i målet kommissionen mot Tyskland¹⁷ att de tröskelvärden som har fastställts i upphandlingsdirektiven regelbundet anpassas. Mot denna bakgrund krävs det klara regler för att fastställa vilket tröskelvärde som är tillämpligt. Av denna anledning har jag föreslagit att den avgörande tidpunkten för fastställandet av det aktuella tröskelvärdet och indirekt även för ett upphandlingsdirektivs tillämplighet i tiden ska vara tidpunkten för avtalsförhandlingarna.¹⁸ Detta förefaller ändamålsenligt med tanke på att det är väsentligt att utgå från en tidpunkt vid vilken uppdragets totala omfattning med tillräcklig tillförlitlighet kan fastställas samt det preliminära kontraktsvärdet. Den ovannämnda bestämmelsen i artikel 9.2 i direktiv 2004/18 bygger på samma grundläggande princip. Eftersom det kan antas att det senast vid avtalets ingående förelåg slutgiltig tillförlitlighet i fråga om uppdragets värde, ska detta anses utgöra den avgörande tidpunkten. Detta innebär att direktiv 2004/18 i dess äldre lydelse är tillämpligt i målet vid den nationella domstolen. Eftersom den avtalade tjänstens värde inte överskrider det där fastställda tröskelvärdet, måste, såsom konstaterats ovan, prövningen huruvida det aktuella kontraktet är förenligt med unionens upphandlingslagstiftning enbart göras mot bakgrund av primärrätten.

42. Visserligen innehåller fördragen inte några uttryckliga bestämmelser som avser offentlig upphandling.¹⁹ Emellertid har domstolen härlett upphandlingsrättsliga principer ur förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet samt ur principen om likabehandling och beroende på det enskilda fall som ska bedömas uppställt konkreta upphandlingsrättsliga krav som upphandlande myndigheter måste beakta. Sålunda krävs det exempelvis enligt den primärrättsliga principen om likabehandling på området för offentlig upphandling att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, oberoende av nationalitet.²⁰ Med principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet följer en skyldighet att lämna insyn, som syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att sådan offentlighet föreligger att upphandlingen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.²¹

43. Den hänskjutande domstolen har emellertid inte lämnat tillräckliga förklaringar och uppgifter om de faktiska omständigheterna för att det ska vara möjligt att företa en uttömmande bedömning huruvida de upphandlingsrättsliga principerna har iakttagits. En bidragande orsak är att nämnda domstol har begränsat sin begäran om tolkning av unionsrätten till direktiv 2004/18. Den hänskjutande domstolens resonemang avser följaktligen uteslutande de aspekter som är av betydelse vid tolkningen av denna sekundära rättsakt.

44. Det ska i detta sammanhang erinras om att domstolen avseende huruvida en tolkningsfråga kan tas upp till sakprövning har hänvisat till kravet att den hänskjutande domstolen i begäran om förhandsavgörande klargör den faktiska och rättsliga bakgrunden för det nationella målet. Detta krav syftar dels till att göra det möjligt för domstolen att komma fram till en tolkning av unionsrätten som

17 — Förslag till avgörande av den 14 april 2010 i mål C-271/08, kommissionen mot Tyskland (REU 2010, s. I-6817), punkt 143, i vilket dom avkunnades den 15 juli 2010.

18 — *Ibidem*.

19 — Se Frenz, W. (ovan fotnot 11), s. 533, punkt 1721.

20 — Dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 48.

21 — Dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08, Acoset (REG 2009, s. I-9913), punkt 49, och av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 21. Beträffande förhållandet mellan förbudet mot diskriminering och skyldigheten att lämna insyn, se dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland (REG 2007, s. I-9777), punkterna 30 och 31, av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien (REG 2008, s. I-619), punkt 66, av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), punkterna 17 och 18, och av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), punkterna 60 och 61.

är användbar för den nationella domstolen²², dels till att ge såväl medlemsstaternas regeringar som andra berörda parter möjlighet att avge yttranden i enlighet med artikel 23 i domstolens stadga.²³ Båda dessa syften kan emellertid, åtminstone vad avser det nationella målet, först beaktas om den hänskjutande domstolen inkommer med en motsvarande begäran om tolkning av primärrätten till domstolen och kompletterar den faktiska och rättsliga bakgrunden för det nationella målet med motsvarande uppgifter. Jag anser därför att det är lämpligt att erinra den hänskjutande domstolen om möjligheten att hänskjuta ytterligare en begäran om förhandsavgörande.

45. En ytterligare begäran om förhandsavgörande torde emellertid enbart kunna bli aktuell om det slutgiltigt bekräftas att det tillämpliga tröskelvärde faktiskt inte har överskridits. Det ankommer på den nationella domstolen att fastställa de faktiska omständigheter som krävs för att med säkerhet kunna utesluta att ytterligare belopp ska beaktas som del av den avtalade ersättningen. Det ska särskilt beaktas på vilket sätt ASL Lecces uppdragsvärde beräknades. Den nationella domstolen måste pröva en rad aspekter, bland annat huruvida poster i fakturan eventuellt är för låga, det i avtalet föreskrevs en anpassning i efterhand av sådana poster till de faktiska kostnaderna och huruvida avtalsparterna har avtalat om en uppdelning av uppdragen, inbegripet en separat beräkning av posterna i fakturan.²⁴ Mot bakgrund av att tröskelvärde precis underskrids i målet vid den nationella domstolen krävs det särskilt ett klargörande av dessa aspekter.

b) Huruvida tolkningsfrågan ska anses vara avgörande för utgången i målet

46. Om uppdragets värde faktiskt skulle vara lägre än det tröskelvärde på 206 000 euro som är tillämpligt i målet vid den nationella domstolen, skulle detta kunna innebära att det är osäkert huruvida tolkningsfrågan är avgörande för utgången i målet, särskilt med tanke på att den hänskjutande domstolen uttryckligen hänvisar till direktiv 2004/18 i stället för till den i stället tillämpliga primärrätten. Tolkningsfrågan skulle eventuellt kunna anses sakna relevans för avgörandet, eftersom sambandet med verkligheten, respektive föremålet för målet vid den nationella domstolen inte är helt entydigt.

47. I detta avseende ska det erinras om att det, inom ramen för det samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna som har inrättats genom artikel 267 FEUF, uteslutande ankommer på de nationella domstolarna, vid vilka tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen.²⁵ Domstolen är i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av unionsrätten.²⁶

22 — Se dom av den 26 januari 1993 i de förenade målen C-320/90-C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl. (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-1), punkt 6.

23 — Se dom av den 25 mars 2004 i de förenade målen C-480/00-C-482/00, C-484/00, C-489/00-C-491/00, C-497/00-C-499/00, Azienda Agricola Ettore Ribaldi m.fl. (REG 2004, s. I-2943), punkt 73, och av den 21 september 1999 i mål C-67/96, Albany (REG 1999, s. I-5751), punkt 40.

24 — De uttryckliga förbud mot kringgående som föreskrivs i samtliga direktiv om offentlig upphandling har samband med beräkningsmetoderna. Det är förbjudet att dela upp uppdrag om detta sker i avsikt att kringgå tillämpningen av det aktuella direktivet. Dessutom är det förbjudet att kringgå direktiven genom val av beräkningsmetod. Vidare kan det ur förbuden mot kringgående härledas ett generellt förbud mot en medveten eller vårdslös för låg beräkning av uppdragsvärdet (se Frenz, W. (ovan fotnot 11), s. 209, punkt 822, och Trepte, P., *Public procurement in the EU*, andra upplagan, Oxford, 2007, s. 262 och 263).

25 — Enligt denna rättspraxis presumeras den nationella domstolen ha en direkt kännedom om de faktiska omständigheterna i målet och om de argument som förts fram av parterna och därför vara bäst lämpad att, med full kännedom om saken, bedöma relevansen av de rättsfrågor som uppkommit i den tvist som anhängiggjorts vid den och om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken (se dom av den 22 juni 2000 i mål C-425/98, Marca Mode, REG 2000, s. I-4861, punkt 21).

26 — Se, bland annat, dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 38, av den 22 maj 2003 i mål C-18/01, Korhonen m.fl. (REG 2003, s. I-5321), punkt 19, av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo (REG 2007, s. I-2999), punkt 30, och av den 1 oktober 2009 i mål C-103/08, Gottwald (REG 2009, s. I-9117), punkt 16.

48. Följaktligen bryts presumtionen, att de frågor angående vilka nationella domstolar begär förhandsavgörande är relevanta, endast i undantagsfall, särskilt i de fall där det är uppenbart att den begärda tolkningen av de unionsrättsliga bestämmelserna inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen.²⁷ Detta är emellertid inte fallet i målet vid den nationella domstolen, särskilt med tanke på att det inte kan uteslutas att den hänskjutande domstolen efter en bedömning av samtliga omständigheter i det nationella målet, särskilt det sätt på vilket uppdragsvärdet för ASL Lecce har beräknats,²⁸ drar slutsatsen att det i slutänden ändå är motiverat att tillämpa direktiv 2004/18, eftersom det tillämpliga tröskelvärdet har överskridits.

49. Följaktligen är domstolen skyldig att efterkomma den hänskjutande domstolens begäran och tolka direktiv 2004/18.

3. Huruvida det föreligger ett tillämpligt undantag

50. Medan tröskelvärdena utgör en första rent ekonomisk avgränsning av bestämmelserna om offentlig upphandling, innehåller direktivet därutöver konkreta undantag för särskilda områden. Från dessa ska man skilja de undantag som inte regleras skriftligt, vilka domstolen har utvecklat i sin praxis och som i huvudsak avser situationer i vilka regionala eller lokala upphandlande myndigheter tillsammans utför uppgifter av allmänintresse. Undantagsbestämmelserna syftar till en finjustering av direktiven om offentlig upphandling. I synnerhet ska sådana områden undantas från bestämmelserna om offentlig upphandling på vilka det inte föreligger några risker i konkurrenshänseende som är typiska för offentlig upphandling, det saknas ett gränsöverskridande handelsintresse eller det av hänsyn till särskilda omständigheter eller behov inte är motiverat att tillämpa bestämmelserna om offentlig upphandling.²⁹

51. Oavsett vilket slags undantag som är tillämpligt i ett visst fall ska det beaktas att undantagsbestämmelserna i direktiven med hänsyn till syftet med direktiven om offentlig upphandling, nämligen att tilldelning av offentliga kontrakt ska omfattas av gemensamma regler i samtliga medlemsstater och ett generellt öppnande av den offentliga upphandlingen för konkurrens, är slutgiltiga och dessutom i princip ska ges en restriktiv tolkning.³⁰

52. I målet vid den nationella domstolen ska både kodifierade och oskrivna undantag beaktas och jag ska nedan även pröva huruvida de är tillämpliga i denna systematiska turordning.

a) Kodifierade undantag

i) Tjänstekontrakt på grundval av en ensamrätt

53. Det skulle inledningsvis kunna vara fråga om undantaget i artikel 18 i direktiv 2004/18. Härav följer att "[d]etta direktiv ... inte [skall] tillämpas på offentliga tjänstekontrakt som av en upphandlande myndighet tilldelas en annan upphandlande myndighet ... på grundval av en ensamrätt som dessa innehar enligt offentliggjorda lagar eller andra författningar som är förenliga med fördraget". Detta undantag skulle sålunda först vara tillämpligt om det kunde påvisas att universitetet har en ensamrätt att tillhandahålla tjänster av det slag som har avtalats.

27 — Se, bland annat, dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 61, av den 1 april 2008 i mål C-212/06, Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (REG 2008, s. I-1683), punkt 29, och domen i målet Gottwald (ovan fotnot 26), punkt 17.

28 — Se punkt 44 i detta förslag till avgörande.

29 — Se Frenz, W. (ovan fotnot 11), s. 670, punkt 2197.

30 — Se dom av den 10 mars 1987 i mål 199/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 1039), punkt 14, av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 43, av den 17 november 1993 i mål C-71/92, kommissionen mot Spanien (REG 1993, s. I-5923), punkt 10, och av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien (REG 2005, s. I-139), punkterna 48 och 58.

54. I detta avseende är det tillräckligt att påpeka att även om universiteten i italiensk lagstiftning enligt artikel 6.4 i lag nr 168/1989 betraktas som den "viktigaste platsen för vetenskaplig forskning" och de enligt artikel 15.1 i lag nr 241/1990 medges rätt att "sluta avtal med andra offentliga myndigheter i syfte att reglera samarbete beträffande bedrivandet av verksamhet av allmänintresse", så kan detta inte anses medföra någon ensamrätt i den mening som avses ovan. Det föreligger varken enligt italiensk lagstiftning eller enligt unionslagstiftningen någon lagstadgad ensamrätt för universiteten att genomföra verksamhet som avser utredning och bedömning av sjukvårdsanläggningars utsatthet ur seismisk synvinkel på uppdrag av den offentliga förvaltningen. Den tjeckiska regeringen³¹ har med rätta påpekat att denna verksamhet snarare ska ses som en anknytande forskningsverksamhet och inte som ett uppfyllande av universitetens grundläggande funktion som plats för akademisk vetenskapsförmedling, i fråga om vilken universiteten förfogar över en ensamrätt inom varje medlemsstats utbildningssystem.

55. Följaktligen är undantaget i artikel 18 i direktiv 2004/18 inte tillämpligt i målet vid den nationella domstolen.

ii) Särskilda undantag för forsknings- och utvecklingstjänster

56. Det ska vidare prövas huruvida det särskilda undantaget i artikel 16 f i direktiv 2004/18 är tillämpligt i målet vid den nationella domstolen. Enligt denna bestämmelse ska direktivet inte tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser "forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av sådana vars resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet i dess egen verksamhet, förutsatt att den tillhandahållna tjänsten helt och hållet betalas av den upphandlande myndigheten".

57. Sistnämnda kriterium är uppfyllt såtillvida att ASL Lecce enligt avtal har åtagit sig att betala ersättning. Det är däremot oklart huruvida de andra rekvisiten är uppfyllda. Även om äganderätten till eventuella resultat från provningsverksamheten enligt konsultavtalet tillkommer ASL Lecce så var denna myndighet emellertid skyldig att uttryckligen omnämna avdelningen vid ett offentliggörande i ett tekniskt-ekonomiskt sammanhang. Mot denna bakgrund uppkommer frågan i vilken utsträckning äganderätten till resultaten av undersökningen uteslutande tillkom ASL Lecce. Det kan i princip inte uteslutas att detta var fallet. I brist på närmare uppgifter om de faktiska omständigheterna och de därmed förbundna rättsföljderna enligt nationell lagstiftning är det inte möjligt att med säkerhet fastställa huruvida detta villkor är uppfyllt så att undantaget i artikel 16 f i direktiv 2004/18 är tillämpligt. I detta avseende skulle det krävas en undersökning och en bedömning av faktiska omständigheter vilken domstolen emellertid inte har behörighet att företa i samband med ett förfarande enligt artikel 267 FEUF.³² Detta omfattas tvärtom av den nationella domstolens behörighet. Det ankommer sålunda på sistnämnda domstol att mot bakgrund av de sammantagna omständigheterna i det nationella målet pröva huruvida undantaget i artikel 16 f i direktiv 2004/18 är tillämpligt.

31 — Se punkterna 17 och 18 i den tjeckiska regeringens skriftliga yttrande.

32 — Se dom av den 6 april 1962 i mål 13/61, Bosch (REG 1962, s. 101; svensk specialutgåva, volym 1, s. 121), och av den 5 februari 1963 i mål 26/62, Van Gend en Loos (REG 1963, s. 1; svensk specialutgåva, volym 1, s. 161).

b) Oskrivna undantag

58. Såsom redan har antytts ovan, har domstolen i sin praxis utvecklat ytterligare två undantag avseende intern upphandling och interkommunalt samarbete.³³ Jag ska nedan redogöra för deras centrala innehåll mot bakgrund av en prövning huruvida de är tillämpliga i målet vid den nationella domstolen.

i) Interna förfaranden

59. För att det ska föreligga interna förfaranden krävs det att det föreligger ett utbyte av prestationer som, i rättsligt hänseende, äger rum inom samma rättssubjekt. Interna förfaranden omfattar sålunda inte några transaktioner som har betydelse i upphandlingshänseende, eftersom en upphandlande myndighet utför transaktioner med egna medel. Detta är, såsom domstolen har slagit fast i domen i målet Stadt Halle och RPL Lochau,³⁴ tillåtet enligt bestämmelserna om offentlig upphandling. I nämnda dom fann domstolen att ”en offentlig myndighet som är en upphandlande myndighet har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation”. Enligt domstolens mening kan det ”[i] ett sådant fall ... inte vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person”. De unionsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling ska då inte tillämpas.³⁵

60. I samband med denna fråga ska jag även behandla sådana situationer i vilka ett offentligrättsligt organ som tilldelar ett kontrakt till en person som i rättsligt hänseende visserligen är självständig, men denna person har ett särskilt förhållande till organet.³⁶ Det är även vad avser denna problematik i slutänden frågan om huruvida det föreligger ett kontrakt som kräver offentlig upphandling. Främst uppkommer frågan huruvida två olika personer deltar i förfarandet som båda skulle kunna uppträda som upphandlande myndigheter och anbudsgivare. Medan frågan huruvida det är fråga om samma person kan besvaras nekande redan med hänvisning till deras ställning som egna rättssubjekt, orsakar frågan huruvida de i fråga om en konkret transaktion var och en utgör upphandlande myndighet och anbudsgivare ofta svårigheter. Båda personerna kan teoretiskt sett ha sådana ömsesidiga band vad avser ett visst kontrakt att upphandlingsskyldigheten bortfaller, eftersom det inte föreligger något uppdrag.

61. Enligt domstolens uppfattning är det i princip tillräckligt för att det ska föreligga en skyldighet att infordra anbud att kontraktet har ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Sedan den avgörande domen i målet Teckal³⁷ utgår domstolen emellertid från att det inte krävs någon upphandling, och sålunda att det i slutänden

33 — Se kommissionens grönbok av den 27 januari 2011 om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM(2011) 15 slutlig, s. 24), i vilken de båda situationer till vilka domstolen har utvecklat sin praxis omnämns. I grönboken förordar kommissionen att det i ett lagstiftningsförfarande ska fastställas vilka former av samarbete som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling. I detta avseende ska man även beakta domstolens praxis.

34 — Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1).

35 — Ibidem, punkt 48.

36 — Se Holoubek, M., *EU-Kommentar* (utgivare Jürgen Schwarze), andra upplagan, artikel 49/50 EGV, punkt 151, s. 753, som framhåller att domstolen i sin praxis inte enbart har undantagit en juridisk persons interna uppdragsliknande transaktioner, utan även uppdragsförhållanden mellan offentliga myndigheter och outsourcade enheter, från tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling.

37 — Domen i målet Teckal (ovan fotnot 30).

föreligger en transaktion som ska likställas med en intern transaktion ”om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den”.³⁸

62. Det ska emellertid konstateras att det inte är fråga om någon av dessa båda situationer i målet vid den nationella domstolen. För det första har det aktuella kontraktet ingåtts mellan två olika rättssubjekt. För det andra är det enligt den hänskjutande domstolens uppgifter³⁹ klarlagt att ASL Lecce inte på något sätt utövar kontroll över universitetet. Följaktligen kan det inte vara fråga om en intern transaktion.

ii) Interkommunalt samarbete

63. Ett ytterligare oskrivet undantag följer av de villkor som har uppställts i rättspraxis som kommer till uttryck i domen i målet kommissionen mot Tyskland^{40 41}. Av denna dom kan det utläsas under vilka omständigheter och i vilka former det interkommunala samarbetet ska vara undantaget från tillämpningsområdet för bestämmelserna om offentlig upphandling.⁴² Inte minst av denna anledning ska jag nedan redogöra för de faktiska omständigheter på vilka denna dom grundades samt sammanfatta domstolens huvudsakliga resonemang.

– Domstolens resonemang i domen i målet kommissionen mot Tyskland

64. Bakgrunden till denna talan om fördragsbrott var att bortskaffandet av avfall i de fyra förvaltningsdistrikten Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. och Stade i Niedersachsen utan anbudsinfordran i hela unionen hade anförtrotts Stadtreinigung Hamburg, ett offentligt företag som i rättsligt hänseende utgjorde ett offentligrättsligt organ. Parterna hade avtalat om en årlig ersättning med en mekanism för prisanpassning på grundval av den levererade mängden. Avtalet gällde i 20 år. Parterna kom överens om att senast fem år innan avtalet löpte ut inleda förhandlingar i syfte att fatta beslut huruvida avtalet skulle förlängas.

65. Domstolen ogillade kommissionens talan av det skälet att den inte fann att ingäendet av avtalet beträffande bortskaffande av avfall utan upphandlingsförfarande på europeisk nivå innebar ett åsidosättande av direktiv 95/50. Domstolen avfärdade en eventuell skyldighet att genomföra ett upphandlingsförfarande med motiveringen att det genom det omtvistade avtalet inrättats ett samarbete mellan lokala myndigheter som syftar till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för dessa lokala myndigheter, det vill säga återvinning av avfall, fullgörs.⁴³ För att fastställa detta genomförde domstolen en grundlig prövning av avtalet i samband med vilken den

38 — Se domen i målet Teckal (ovan fotnot 30), punkt 50, i målet Stadt Halle och RPL Lochau (ovan fotnot 34), punkt 49, och i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 3), punkt 34.

39 — Se punkt 35 i begäran om förhandsavgörande.

40 — Ovan fotnot 3.

41 — Se Chaminade, A., ”Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales”, *La Semaine Juridique – édition générale*, 2010, nr 363, s. 662, som talar om en vidareutveckling av domstolens praxis sedan de domar som avser intern upphandling avkunnades. Se Ferk, P., och Ferk, B., ”Osebe javnega prava kot ponudniki”, *Podjetje in delo*, nr 4, s. 481, som i samband med domen i målet kommissionen mot Tyskland i detta avseende talar om en komplettering av den hittillsvarande doktrinen om intern upphandling, eftersom det i nämnda dom är fråga om ett avtalsmässigt och inte ett institutionellt förhållande mellan de berörda parterna.

42 — Se Pirker, B., ”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, och Broussy, E., Donnat, F., och Lambert, C., *Chronique de jurisprudence communautaire, Droit administratif*, 2009, s. 1542, som anser att domen i målet kommissionen mot Tyskland utgör ett undantag från bestämmelserna om offentlig upphandling.

43 — Se domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 3), punkt 37.

uppgav vilka aspekter som den ansåg kännetecknande för ett interkommunalt samarbete. Dessa aspekter utgör, såsom ska visas nedan, samtidigt de kriterier med hjälp av vilka det kan fastställas huruvida ett visst avtal mellan offentliga myndigheter omfattas av det interkommunala samarbetet. De utgör med andra ord rekvisiten för undantaget.

66. Det är påfallande att domstolen anser att det interkommunala samarbetet kännetecknas av att alla deltagande myndigheter bemödar sig att gemensamt säkerställa ett effektivt uppfyllande av uppgifter av allmänintresse. Som motivering för att detta område undantas från bestämmelserna om offentlig upphandling tjänar fastställelsen, såsom redan i domen i målet Coditel Brabant,⁴⁴ att en offentlig myndighet har möjlighet att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation, och att denna möjlighet även kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter. Enligt domstolens uppfattning kräver en sådan självständighet att det även måste stå en offentlig myndighet fritt att arbeta tillsammans med andra offentliga uppdragsgivare och på så sätt lägga samman de aktuella egna medlen.⁴⁵ Mot bakgrund av detta resonemang har domstolen även tillskrivit de offentliga myndigheterna en valmöjlighet vad gäller i vilken rättslig form de vill samarbeta vid fullgörandet av sina allmännyttiga tjänster, antingen såsom i nämnda mål enbart genom ett enkelt avtal eller institutionaliserat⁴⁶ genom ett offentlighetsrättsligt organ. Detta motiverade domstolen med att det inte föreligger någon unionsrättslig bestämmelse enligt vilken det föreskrivs en särskild rättslig form.⁴⁷ Dessutom fann den inte att det i teleologiskt avseende krävdes ett motsvarande formkrav för samarbetet, om konkurrensen på den inre marknaden inte snedvrids genom att ett privat företag gynnas och andra sålunda diskrimineras.⁴⁸

– De av domstolen fastställda kriterierna

67. Till skillnad från den rättspraxis som avser interna förfaranden, där domstolen redan i domen i målet Teckal har sammanfattat de aktuella kriterierna i en kortfattad maxim, går det inte att i detta principiella avgörande hitta någon motsvarande kortfattad formulering med avseende på vilka villkor det generellt, utöver i det aktuella målet, ska anses tillåtet med ett interkommunalt samarbete utan tillämpning av lagstiftningen om offentlig upphandling. Trots detta är det, såsom nämnts ovan, möjligt att ur domstolens resonemang härleda en rad relevanta, kumulativa kriterier. Härav följer att domstolen undantar interkommunalt samarbete från tillämpningsområdet för bestämmelserna om offentlig upphandling mot bakgrund av följande kriterier:

- Utförandet avser uppgifter av allmänintresse, respektive uppgifter som hänger samman med uppgifter som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse.
- Utförandet sker uteslutande genom offentliga myndigheter utan inblandning av någon privat avtalspart.
- Samarbetet grundas på avtal eller en institutionaliserad rättslig form som exempelvis en interkommunal sammanslutning.
- Inget privat företag ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter vad avser avtalets ingående.
- Avtalet inte syftar till att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.

44 — Se dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant (REG 2008, s. I-8457), punkt 48.

45 — Se domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 3), punkt 45.

46 — Se Steiner, M., "Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?", *European Law Reporter*, 2009, s. 283, som i fråga om de omständigheter som låg till grund för domen i målet kommissionen mot Tyskland talar om ett faktiskt "institutionaliserat samarbete".

47 — Se domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 3), punkt 47.

48 — Ibidem.

68. Det skulle mot direkt tillämpning av denna rättspraxis i målet vid den nationella domstolen kunna hävdas att det i detta mål, till skillnad från de omständigheter som låg till grund för domen i målet kommissionen mot Tyskland, inte är fråga om ett samarbete mellan lokala myndigheter. I själva verket avser förevarande mål tvärtom ett avtal mellan en lokal myndighet och ett offentligrättsligt organ. Mot denna bakgrund ska jag utreda huruvida det på grundval av denna rättspraxis är möjligt att utgå från att det föreligger ett undantag som omfattar sådana samarbetsformer som de här aktuella.

iii) Rättsfiguren ”samarbete mellan offentliga myndigheter”

– Utvidgning av undantaget till diverse former av samarbete mellan offentliga myndigheter

69. Vid en noggrann läsning av domen i målet kommissionen mot Tyskland framgår emellertid att de undantag som domstolen har utvecklat i princip inte utgör hinder mot sådana former av samarbete.

70. För en sådan slutsats kan det först anföras att det i nämnda mål var fråga om ett avtal mellan Stadtreinigung Hamburg och fyra angränsande förvaltningsdistrikt, varvid det ska påpekas att Stadtreinigung Hamburg utgjorde ett offentligrättsligt organ och inte en lokal myndighet.⁴⁹ Det ska dessutom beaktas att domstolen i domen ofta har använt det neutrala begreppet ”offentlig myndighet”,⁵⁰ av vilket det framgår att det inte enbart står kommunerna fritt att tillämpa ett samarbete som förutsättning för en tillämpning av det oskrivna undantaget.⁵¹ Det skulle även med hänsyn till skillnader i hur förvaltningen är organiserad i de olika medlemsstaterna vara för formalistiskt och svårt att motivera en begränsning av undantaget enbart till samarbete mellan lokala myndigheter. Mot denna bakgrund är det logiskt med en extensiv tolkning av detta oskrivna undantag och att följaktligen snarare tala om ett ”samarbete mellan offentliga myndigheter”.

71. Det ska sålunda konstateras att detta oskrivna undantag i princip även kan omfatta en situation i vilken de avtalsslutande parterna utgörs av en hälso- och sjukvårdsmyndighet och ett universitet.

– Frågan om huruvida villkoren är uppfyllda i målet vid den nationella domstolen

72. För att ASL Lecce och universitetet ska kunna åberopa detta oskrivna undantag måste de ovannämnda villkor som ställs på ett samarbete mellan offentliga myndigheter vara uppfyllda i målet vid den nationella domstolen. Det är ostridigt att det föreligger ett kontrakt mellan myndigheter som uteslutande är offentliga utan någon form av privat deltagande, vilket innebär att flera av villkoren är uppfyllda på samma gång. Andra villkor medför däremot svårigheter och kräver en närmare prövning.

Huruvida det föreligger ett behov i det allmännas intresse

73. En av de mest omtvistade frågorna som uppkommer i förevarande mål är huruvida båda parter ingick det aktuella kontraktet i syfte att tillgodose behov *av allmänintresse*.

49 — Se, för ett liknande resonemang, Wagner, S., ”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 — Se domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 3), punkterna 34, 44, 45 och 47.

51 — Se, för ett liknande resonemang, Öhler, M., och Gruber, C. ”Zusammenarbeit’ iSd EuGH-Urteils Rs Stadtreinigung Hamburg nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften beschränkt”, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, s. 288.

74. Såsom angetts ovan gav ASL Lecce universitetet i uppdrag att genomföra verksamhet som avsåg utredning och bedömning av sjukvårdsanläggningarna i provinsen Lecces utsatthet ur seismisk synvinkel. Dessa arbeten måste genomföras i enlighet med de nationella bestämmelser om anläggningars säkerhet, i synnerhet strategiska byggnader, som antagits. Såsom ASL Lecce⁵² har uppgett i sitt skriftliga yttrande var syftet att resultaten i denna studie skulle ligga till grund för egna framtida projekt för att förbättra de aktuella byggnadernas motståndskraft. Av detta kan man dra slutsatsen att ASL Lecce genom uppdraget att genomföra studien egentligen avsåg att iakta den skyldighet som myndigheten ålagts i nationell lagstiftning i syfte att säkerställa sjukhusens säkerhet. En sådan uppgift tjänar allmänintresset och omfattas av statens befogenhet.

75. Följaktligen ingick båda parterna det aktuella kontraktet i syfte att tillgodose behov av allmänintresse.

Samarbete för att uppfylla ett gemensamt allmännyttigt uppdrag

76. Dessutom krävs det att samarbetet syftar till att uppfylla ett *gemensamt* allmännyttigt uppdrag.⁵³ Det är sålunda inte tillräckligt att den lagstadgade skyldigheten att fullgöra det aktuella allmännyttiga uppdraget enbart berör en av de deltagande offentliga myndigheterna, medan den andra enbart är medhjälpare som på grundval av avtalet tar över genomförandet av detta främmande uppdrag. Detta förefaller rimligt mot bakgrund av den etymologiska betydelsen av ordet "samarbete", som till sin natur just består i att parterna har en gemensam strategi som bygger på utbyte och avstämning av de aktuella intressena. Ett ensidigt tillgodoseende av en av parternas intressen kan knappast definieras som ett "samarbete" i ovannämnda mening.⁵⁴

77. Konkreta skäl för ett motsvarande krav på ett verkligt samarbete mellan offentliga myndigheter framgår av domstolens resonemang i domen i målet kommissionen mot Tyskland,⁵⁵ som rörde en särskild form av samarbete mellan fyra regionala myndigheter och ett offentligt företag som gjorde det möjligt för dessa att gemensamt uppfylla ett allmännyttigt uppdrag som ålåg dem alla, nämligen bortskaffandet av avfall. Domstolen har uttryckligen hänvisat till denna aspekt i sitt resonemang. Såsom den har fastställt är erkännandet av ömsesidiga rättigheter och skyldigheter kännetecknande för förhållandet mellan avtalsparterna. Dessutom förelåg det en skyldighet för avtalsparterna till ömsesidigt bistånd och ömsesidig hänsyn. Domen byggde sålunda på ett ömsesidigt förhållande som gick utöver ett tillhandahållande av tjänster enbart mot ersättning.⁵⁶

78. Såsom den polska regeringen,⁵⁷ CNI⁵⁸ och kommissionen⁵⁹ med rätta har erkänt skiljer sig omständigheterna i målet i den nationella domstolen emellertid i principiellt hänseende från de faktiska omständigheter som nämns ovan, eftersom de offentliga myndigheternas syften skiljer sig från varandra i sak. Medan enbart ASL Lecce har en lagstadgad skyldighet att utreda och bedöma sjukvårdsanläggningars utsatthet ur seismisk synvinkel, består universitetets uppgift enligt lag i vetenskaplig forskning. Denna roll kompletteras genom den traditionella funktionen som plats för akademisk vetenskapsförmedling som jag har hänvisat till ovan.⁶⁰ Mot denna bakgrund framgår det

52 — Se sidan 3 i ASL Lecces skriftliga yttrande.

53 — Se Struve, T., "Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, s. 807, Veldboer, W., "Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil 'Hamburger Stadtreinigung'", *Die öffentliche Verwaltung*, 2009, s. 360.

54 — Se Öhler, M., och Gruber, C. (ovan fotnot 51), s. 289, som kräver att avtalet mellan de offentliga myndigheterna ska ha en "kooperativ karaktär".

55 — Se domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 3), punkt 37.

56 — Se, för ett liknande resonemang, Struve, T. (ovan fotnot 53).

57 — Se punkt 22 i den polska regeringens yttrande.

58 — Se sidan 6 i CNI:s skriftliga yttrande, varvid nämnda organisation till och med ifrågasätter huruvida utredning och bedömning av sjukvårdsanläggningars utsatthet ur seismisk synvinkel överhuvudtaget utgör en lagstadgad uppgift för ASL Lecce.

59 — Se punkt 86 i kommissionens yttrande.

60 — Se punkt 53 i detta förslag till avgörande.

tydligt att utredning och bedömning av sjukvårdsanläggningars utsatthet ur seismisk synvinkel inte kan anses omfattas av ett universitets ursprungliga behörighet. Vid en betraktelse av de konkreta aspekterna i målet vid den nationella domstolen kan det konstateras att universitetet inte har något motsvarande lagstadgat uppdrag. Detta har redan fastställts i samband med prövningen av artikel 18 i direktiv 2004/18.⁶¹ Lika lite föreligger det omständigheter som talar för att universitetet självt skulle påta sig denna uppgift. Det förfogar emellertid såväl över de nödvändiga fackkunskaperna som över den personal och den utrustning som krävs för att uppfylla uppgiften. ASL Lecce utnyttjar dessa medel för att uppfylla sitt allmännyttiga uppdrag. Myndigheten nyttjar på så sätt indirekt universitetets resurser. I slutänden tillgodoses dock enbart ASL Lecces intressen.

79. I detta sammanhang är de båda parternas inbördes förhållande av betydelse. Ett samarbete mellan offentliga myndigheter kan, såsom framgår av domen i målet kommissionen mot Tyskland, vara utformat på olika sätt. Det kan antingen vara utformat på institutionell grundval genom att det skapas en struktur som är anpassad till parternas behov till vilken det överförs behörighet eller genom vilken behörighet gemensamt utövas eller på grundval av avtal genom ingåendet av ett samarbetsavtal, respektive en överenskommelse som avser fullgörande av ett gemensamt allmännyttigt uppdrag.⁶² Något sådant föreligger inte i målet vid den nationella domstolen. I det konsultavtal som ASL Lecce och universitetet har ingått föreskrivs varken grunden för eller den rättsliga ramen för ett samarbete för att uppfylla ett gemensamt allmännyttigt uppdrag. I stället föreskrivs enbart en tjänst i form av yrkesmässig rådgivning för vilken ersättning ska betalas. Detta innebär i slutänden att ASL Lecce "köper" en studie från universitetet, särskilt med tanke på att myndigheten förmodligen förvärvar ensamrätten till studien och kan förfoga över den enligt eget godtycke. För denna studie erhåller universitetet i sin tur ekonomisk ersättning, varvid det återigen ska påpekas att det faktum att ersättningen enbart täcker kostnaderna inte medför att det inte skulle vara fråga om en tjänst med ekonomiska villkor.⁶³

80. Till detta kommer att det i det här aktuella konsultavtalet, till skillnad från det avtal som låg till grund för domen i målet kommissionen mot Tyskland, inte föreskrivs någon skyldighet till ömsesidigt bistånd. Det saknar i detta avseende betydelse att den föreskrivna verksamheten skulle genomföras i nära samarbete mellan den av ASL Lecce föreskrivna arbetsgruppen och universitetets arbetsgrupp, eftersom universitetet enligt avtalet även fick nyttja extern personal. Skyldigheten till ömsesidigt bistånd är sålunda begränsad och gick uppenbarligen inte utöver vad som var nödvändigt för att universitetets arbetsgrupp skulle kunna genomföra studien.

81. Oberoende av detta framgår det av ASL Lecces skriftliga yttrande⁶⁴ att det inte förelåg något verkligt utbyte mellan de två arbetsgrupper som hälso- och sjukvårdsmyndigheten och universitetet hade upprättat för att fullgöra det påstådda gemensamma allmännyttiga uppdraget. Tvärtom skulle ASL Lecces arbetsgrupp ägna sig åt att utarbeta koncept för förbättringen av de undersökta byggnadsverkens säkerhet på grundval av det färdiga resultatet, det vill säga efter det att universitetet hade genomfört studien. Genom denna omständighet styrks ovannämnda antagande att ASL Lecce i praktiken har beställt ett expertutlåtande och har betalt för detta.

82. Det ska mot denna bakgrund konstateras att det aktuella konsultavtalet inte utgör något verkligt samarbete mellan de berörda offentliga myndigheterna i den mening som avses i rättspraxis, som syftar till att fullgöra ett gemensamt allmännyttigt uppdrag. Det utgör snarare ett avtal om tjänster som tillhandahålls mot ersättning.

Ett privat företag får inte ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter

61 — Se punkt 53 i detta förslag till avgörande.

62 — Se, för ett liknande resonemang, Dreyfus, J.-D., och Rodrigues, S., "La coopération intercommunale confortée par la CJCE?", *L'actualité juridique; droit administratif*, 2009, s. 1720.

63 — Se punkt 34 i detta förslag till avgörande.

64 — Se sidan 3 i ASL Lecces skriftliga yttrande.

83. I enlighet med de villkor som domstolen har fastställt får dessutom inget privat företag ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter vid tilldelandet av uppdraget att genomföra studien.

84. Såsom fastställts ovan har universitetet uppträtt som ”ekonomisk aktör” i den mening som avses i artikel 1.9 i direktiv 2004/18.⁶⁵ Därför hade det i upphandlingshänseende samma rättsliga ställning som ett privat företag. Med tanke på att universitetet erhöll uppdraget utan ett formellt anbudsförfarande har det getts en fördel i förhållande till de aktuella ingenjers- och arkitektsamfunden, vilka eventuellt även hade kunnat utföra den aktuella studien.

85. För detta krävs det med nödvändighet att det överhuvudtaget fanns potentiella konkurrenter. Det ska i detta avseende konstateras att ASL Lecce i sitt skriftliga yttrande inte uttryckligen har bestritt att andra ekonomiska aktörer även hade kunnat genomföra den aktuella studien. Visserligen lovordar myndigheten universitetens ekonomiska effektivitet, utrustning och kompetens,⁶⁶ men bestrider inte på något sätt att andra ekonomiska aktörer såsom exempelvis ingenjers- eller arkitektbyråer i princip även skulle kunna ha denna kapacitet. Det skulle vara svårt att vidhålla ett sådant påstående med hänsyn till det av CNI förda resonemanget⁶⁷ för att motivera att en sådan verksamhet snarare omfattas av ingenjörers och arkitekters ursprungliga kompetens. Även om ASL Lecce vid den muntliga förhandlingen har korrigerat sin ståndpunkt och uppgett att uppgiften på grund av sin komplexa utformning skulle ha varit för betungande för ingenjers- och arkitektbyråer, kunde myndigheten efter en fråga från domstolen i detta avseende inte bestrida att andra nationella eller utländska universitet och privata forskningsinstitut eventuellt också skulle ha kunnat bemästra uppgiften.

86. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen som är ansvarig för fastställandet av de faktiska omständigheterna att slutgiltigt klargöra denna fråga. Nämda domstol ska i detta avseende pröva huruvida det förfarande som krävdes för att utreda och bedöma utsattheten ur seismisk synvinkel faktiskt var så komplext att enbart det aktuella universitetet, och inget annat, i slutänden hade kunnat genomföra studien. I förevarande förfarande för förhandsavgörande är det tillräckligt att slå fast att ASL Lecce troligtvis skulle ha kunnat välja mellan olika potentiella konkurrenter om myndigheten hade tillämpat förfarandet för offentlig upphandling för att genomföra den aktuella studien.

87. Följaktligen har universitetet getts en fördel i förhållande till potentiella konkurrenter i fråga om ingåendet av avtalet, vilket innebär att ytterligare ett av de villkor som krävs för att det oskrivna undantaget ska kunna tillämpas inte är uppfyllt.

Det är inte fråga om ett kringgående av bestämmelserna om offentlig upphandling

88. Som ytterligare villkor för att det oskrivna undantaget ska kunna tillämpas i målet vid den nationella domstolen krävs att bestämmelserna om offentlig upphandling inte har kringgåtts genom avtalets ingående.

89. Vad avser detta villkor har den polska regeringen⁶⁸ med rätta hävdad att redan den omständigheten att något upphandlingsförfarande inte har genomförts ska anses utgöra en snedvridning av konkurrensen även om den aktuella studien sannolikt även skulle ha kunnat genomföras av sådana ingenjers- och arkitektsamfund som konkurrerar med universiteten. Det ska i detta sammanhang även påpekas att det just för ASL Lecce som upphandlande myndighet skulle ha varit av intresse att göra uppdraget tillgängligt för största möjliga antal konkurrenter. Såsom domstolen har påpekat i domen i

65 — Se punkterna 27 och 28 i detta förslag till avgörande.

66 — Se sidorna 23 och 24 i ASL Lecces skriftliga yttrande.

67 — Se sidan 2 i CNI:s skriftliga yttrande.

68 — Se punkt 23 i den polska regeringens yttrande.

målet CoNISMa⁶⁹ är ett av syftena med unionsbestämmelserna på området för offentlig upphandling att öppna upp för så bred konkurrens som möjligt. Detta öppnande ligger inte endast i unionens intresse vad gäller fri rörlighet för varor och tjänster,⁷⁰ utan även i den berörda upphandlande myndighetens eget intresse, vilken således får fler valmöjligheter vad beträffar det mest fördelaktiga anbudet och det anbud som är bäst anpassat efter den berörda myndighetens behov. ASL Lecce har blockerat denna möjlighet genom att inte ge potentiella anbudsgivare möjlighet att lämna anbud.

90. Mot denna bakgrund synes ASL Lecces argument,⁷¹ att tilldelande av kontraktet till universitetet medförde en betydande kostnadsbesparing, inte övertygande, eftersom myndigheten i avsaknad av ett offentligt upphandlingsförfarande inte har haft möjlighet att beakta anbud från andra potentiella konkurrenter. Förutom att ASL Lecce inte har styrkt detta påstående, har myndigheten inte ens på ett övertygande sätt visat hur den har uppskattat det belopp på 800 000 euro som andra konkurrenter, för det fallet att de överhuvudtaget hade kunnat genomföra studien, enligt dess mening hade begärt. Detta påstående vilket myndigheten inte har styrkt med fakta, att enbart universitetet hade kunnat genomföra den aktuella studien till ett sådant fördelaktigt pris, visar att den har missförstått syftet med bestämmelserna om offentlig upphandling.

91. Om en upphandlande myndighet, utanför området för samarbete mellan offentliga myndigheter, skulle tillåtas vända sig till andra offentliga myndigheter för att förvärva tjänster utan att bestämmelserna om offentlig upphandling skulle vara tillämpliga, skulle det på längre sikt föreligga en risk för ett kringgående av sistnämnda bestämmelser, vilket i slutänden motverkar det unionsrättsliga målet att säkerställa etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster samt en obegränsad konkurrens på den inre marknaden. För att förhindra detta krävs det en strikt kontroll av att de kriterier som domstolen har uppställt i domen i målet kommissionen mot Tyskland iakttas.

92. Det ska sålunda fastställas att det kontrakt som ASL Lecce och universitetet har ingått syftade till att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling. Även denna omständighet talar mot en tillämpning av det oskrivna undantaget.

– Argument mot en klassificering som ”samarbete mellan offentliga myndigheter”

93. Det har vid ovanstående prövning framkommit en rad villkor som inte är uppfyllda för att det i målet i den nationella domstolen ska kunna anses föreligga ett ”samarbete mellan offentliga myndigheter”. Detta gäller framför allt kravet att det ska föreligga ett samarbete för att fullgöra ett gemensamt allmännyttigt uppdrag.⁷² Det framgår varken att det föreligger något verkligt ”samarbete” i gängse bemärkelse eller att parterna eftersträvar ett gemensamt, i lag föreskrivet syfte. Tvärtom är det fråga om en situation i vilken en offentlig myndighet på fördelaktiga villkor utnyttjar en annan offentlig myndighets resurser. I rättsligt hänseende är det fråga om ett avtal om tjänster som tillhandahålls mot ersättning. Dessutom talar det faktum att universitetet har getts en fördel i förhållande till potentiella konkurrenter vad avser ingåendet av avtalet⁷³ och att det aktuella kontraktet syftade till ett kringgående av bestämmelserna om offentlig upphandling⁷⁴ mot att den här aktuella transaktionen ska undantas från bestämmelserna om offentlig upphandling. Mot bakgrund av detta resultat kan det inte anses vara fråga om ett ”samarbete mellan offentliga myndigheter”.

69 — Domen i målet CoNISMa (ovan fotnot 6), punkt 37.

70 — Genom bestämmelserna om offentlig upphandling begränsas de upphandlande myndigheternas privatautonomi i konkurrenssyfte just vad gäller valet av avtalspartner. Se avseende det inflytande som politiska målsättningar på den inre marknaden har på privaträtten, Wendehorst, C., ”Methodenlehre und Privatrecht in Europa”, *Vom praktischen Wert der Methode – Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Wien, 2011, s. 829.

71 — Se sidan 15 i ASL Lecces skriftliga yttrande.

72 — Se punkt 81 i detta förslag till avgörande.

73 — Se punkt 86 i detta förslag till avgörande.

74 — Se punkt 91 i detta förslag till avgörande.

c) Resultat i denna del

94. Det ska mot denna bakgrund konstateras att det inte föreligger något undantag som medför att direktiv 2004/18 inte är tillämpligt.

4. Sammanfattande slutsatser

95. Det ska sammanfattningsvis konstateras att det här aktuella uppdraget för att genomföra verksamhet avseende utredning och bedömning av vissa sjukhus utsatthet ur seismisk synvinkel utgör en transaktion som kräver att en offentlig upphandling genomförs på vilken direktiv 2004/18 är tillämplig. Eftersom någon sådan offentlig upphandling inte har genomförts i målet vid den nationella domstolen föreligger det ett åsidosättande av direktivet. Mot bakgrund av att avtal som det mellan ASL Lecce och universitetet är tillåtna enligt nationell lagstiftning, är denna lagstiftning inte heller förenlig med direktivet.

96. Av detta följer att direktiv 2004/18, särskilt artiklarna 1.2 a och d, 2 och 28 och kategorierna 8 och 12 i bilaga II, ska tolkas så, att de utgör hinder för nationella bestämmelser enligt vilka en upphandlande myndighet och ett offentligt universitet har rätt att sluta kontrakt avseende utredning och bedömning av sjukvårdsanläggningars utsatthet ur seismisk synvinkel mot bakgrund av nationella bestämmelser om säkerhet för anläggningar och särskilt strategiska byggnader, mot en ersättning som inte får överstiga kostnaderna för tillhandahållandet av tjänsten, om det universitet som utför tjänsten kan anses utgöra en ekonomisk aktör.

VII – Förslag till avgörande

97. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen ska besvara den tolkningsfråga som Consiglio di Stato har ställt på följande sätt:

98. Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, särskilt artiklarna 1.2 a och d, 2 och 28 och kategorierna 8 och 12 i bilaga II, ska tolkas så, att de utgör hinder för nationella bestämmelser enligt vilka en upphandlande myndighet och ett offentligt universitet har rätt att sluta kontrakt avseende utredning och bedömning av sjukvårdsanläggningars utsatthet ur seismisk synvinkel mot bakgrund av nationella bestämmelser om säkerhet för anläggningar och särskilt strategiska byggnader, mot en ersättning som inte får överstiga kostnaderna för tillhandahållandet av tjänsten, om det universitet som utför tjänsten kan anses utgöra en ekonomisk aktör.