DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

18. november 1999 *

I sag C-107/98,

angående en anmodning, som Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna (Italien) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Teckal Srl

mod

Comune di Viano,

Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 6 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1),

* Processprog: italiensk.

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, D.A.O. Edward, og dommerne L. Sevón, J.-P. Puissochet, P. Jann (refererende dommer) og M. Wathelet,

generaladvokat: G. Cosmas

justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Teckal Srl ved advokaterne A. Soncini og F. Soncini, Parma, og advokat P. Adami, Rom

— Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia ved advokat E.G. Di Fava, Reggio Emilia, og advokat G. Cugurra, Parma

— den italienske regering ved afdelingschef, professor U. Leanza, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, bistået af statens advokat, P.G. Ferri

— den belgiske regering ved kommitteret J. Devadder, Juridisk Tjeneste, Ministeriet for Udenrigsanliggender, Udenrigshandel og Udviklingssamarbejde, som befuldmægtiget

— den østrigske regering ved afdelingschef W. Okresek, Forbundskanslerens Kontor, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved P. Stancanelli, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 6. maj 1999 er afgivet mundtlige indlæg af Teckal Srl ved advokaterne A. Soncini og P. Adami, af Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia ved advokat G. Cugurra, af den italienske regering ved P.G. Ferri, af den franske regering ved fuldmægtig A. Bréville-Viéville, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved P. Stancanelli,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 1. juli 1999,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 10. marts 1998, indgået til Domstolen den 14. april 1998, har Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 6 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni

1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

2 Spørgsmålet er blevet rejst under en sag, som Teckal Srl (herefter »Teckal«) har anlagt mod Viano kommune og Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia (herefter »AGAC«), vedrørende den mellem nævnte kommune og AGAC's afsluttede aftale om drift af varmeanlæggene i forskellige kommunale bygninger.

Fællesskabsbestemmelser

3 Artikel 1, litra a) og b), i direktiv 92/50 indeholder følgende bestemmelser:

»I dette direktiv forstås ved:

a) '*offentlige tjenesteydelsesaftaler*' gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed...

b) '*ordregivende myndighed*' staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

...«

4 Artikel 2 i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

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

5 I artikel 6 i direktiv 92/50 hedder det:

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

6 Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) ophævede Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1). Henvisninger til det ophævede direktiv gælder ifølge artikel 33 i direktiv 93/36 som henvisninger til dette direktiv.

7 Artikel 1, litra a) og b), i direktiv 93/36, indeholder følgende bestemmelser:

»I dette direktiv forstås ved:

a) 'offentlige indkøbsaftaler', gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en leverandør (en fysisk eller juridisk person) på den ene side og en af de i litra b) definerede ordregivende myndigheder på den anden side, og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer. Levering af sådanne varer kan som tillæg omfatte monterings- og installationsarbejde.

b) 'ordregivende myndigheder', staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

...«

Nationale bestemmelser

8 I artikel 22, stk. 1, i italiensk lov nr. 142 af 8. juni 1990 om lokalt selvstyre (GURI nr. 135 af 13.6.1990, herefter »lov nr. 142/90«) bestemmes, at kommunerne varetager driften af de offentlige virksomheder, hvis formål er at producere varer og ydelser af almen interesse og at fremme den økonomiske og samfundsmæssige udvikling i lokalsamfundene.

9 Efter artikel 22, stk. 3, i lov nr. 142/90 kan kommunerne udføre disse former for virksomhed selv eller overlade dem til koncessionerede virksomheder, særlige værker, virksomheder uden erhvervsmæssigt formål eller aktieselskaber, som kontrolleres af kommunen.

10 Artikel 23 i lov nr. 142/90, angiver, hvad der skal forstås ved særlige værker og virksomheder uden erhvervsmæssigt formål; det hedder heri:

»1. Særlige værker er virksomheder (ente strumentale), der tilhører den lokale myndighed, og er juridiske personer med status som selvstændig virksomhed og med egne vedtægter, der godkendes af kommunalbestyrelsen eller provinsrådet.

...

3. Værkets og virksomhedens organer er bestyrelsen, bestyrelsesformanden og direktøren, der leder driften. Reglerne for udnævnelse og afskedigelse af bestyrelsesmedlemmer fastlægges af den lokale myndighed i vedtægterne.

4. Værket og virksomheden tilstræber en effektiv, rentabel drift med balance på budgettet for så vidt angår udgifter og indtægter, herunder overførsler.

...

6. Den lokale myndighed tilvejebringer indskudskapitalen, fastsætter formål og retningslinjer for virksomheden, godkender stiftelsesakterne, fører tilsyn og kontrollerer driftsresultaterne og dækker eventuelle sociale udgifter.

...«

11 Efter artikel 25 i lov nr. 142/90 kan kommuner og provinser med henblik på fælles drift af en eller flere tjenesteydelsessektorer stifte et konsortium, der er underkastet bestemmelserne om særlige værker i artikel 23. Hver enkelt kommunalbestyrelse skal herved med absolut flertal godkende en aftale samt vedtægterne for konsortiet. Konsortiets ledende organ består af borgmestrene, provinsrådsformanden eller dennes repræsentant, som repræsentanter for de i konsortiet deltagende lokale myndigheder. De vælger konsortiets bestyrelse og godkender de i vedtægterne fastlagte stiftelsesakter.

12 AGAC er et konsortium, der er stiftet af flere kommuner, herunder Viano kommune, med henblik på at levere tjenesteydelser inden for opvarmning og miljø, jf. artikel 25 i lov nr. 142/90. Konsortiet er i henhold til artikel 1 i vedtægterne (herefter »vedtægterne«) en juridisk person og er driftsøkonomisk uafhængig. I vedtægternes artikel 3, stk. 1, er det bestemt, at dets formål er direkte at stå for produktion og forvaltning af forskellige, nærmere angivne offentlige tjenesteydelser, bl.a. »gasforsyning til private husstande og virksomheder; varmeforsyning til private husstande og virksomheder; levering af andre ydelser, der er forbundet hermed eller leveres i tilknytning hertil«.

13 Ifølge vedtægternes artikel 3, stk. 2, 3 og 4, kan AGAC påtage sig at levere andre beslægtede eller supplerende tjenesteydelser, deltage i offentlige eller private selskaber eller virksomheder, der varetager lignende, supplerende opgaver, og

endelig påtage sig at levere tjenesteydelser eller varer til private eller andre offentlige institutioner end de deltagende kommuner.

14 Efter vedtægternes artikel 12 og 13 godkender AGAC's ledende organ, der består af repræsentanter for kommunerne, de vigtigste driftsdokumenter, herunder statusopgørelserne og budgetterne. De øvrige ledende organer er bestyrelsen, bestyrelsesformanden og generaldirektøren. Disse er ikke over for kommunerne ansvarlige for driften. Fysiske personer, der er medlemmer af disse organer, udfører ikke arbejdsopgaver for de deltagende kommuner.

15 Efter vedtægternes artikel 25 skal AGAC have balance på budgettet og drive økonomisk rentabel virksomhed. I henhold til vedtægternes artikel 27 indskyder kommunerne driftskapital eller aktiver i AGAC, som årligt betaler rente heraf. Efter vedtægternes artikel 28 fordeles et eventuelt driftsoverskud mellem de deltagende kommuner, forbliver i AGAC's reservefond eller geninvesteres i AGAC's øvrige virksomhed. Efter vedtægternes artikel 29 kan i tilfælde af driftstab den økonomiske situation bl.a. saneres ved, at de deltagende kommuner indskyder yderligere kapital.

16 Artikel 35 i vedtægterne indeholder en bestemmelse om voldgift til bilæggelse af tvister mellem de deltagende kommuner eller mellem disse og AGAC.

Tvisten i hovedsagen

17 Ved afgørelse nr. 18 af 24. maj 1997 (herefter »afgørelsen«) tildelte kommunalbestyrelsen i Viano AGAC kontrakt om varmeforsyning og drift af varmeforsy-

ningsanlæg i forskellige kommunale bygninger. Denne afgørelse blev ikke truffet efter gennemførelse af en udbudsprocedure.

18 AGAC's opgave består mere specielt i at drive og vedligeholde varmeanlæg i de pågældende kommunale bygninger og herved at foretage de fornødne forbedringer og levere brændsel.

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

20 Ifølge afgørelsens artikel 2 er AGAC ved udløbet af den første kontraktperiode på et år forpligtet til at fortsætte sine leveringer i yderligere tre år efter anmodning fra Viano kommune og efter tilpasning af de i afgørelsen fastsatte vilkår. Leveringskontrakten kan også senere forlænges.

21 Teckal er en privat virksomhed, der er aktiv i opvarmningssektoren. Den forsyner herved private kunder og offentlige institutioner med brændselsolie, som den forinden har indkøbt hos producenterne. Den vedligeholder desuden varmeanlæg, der drives med brændselsolie eller gas.

22 Teckal har under en ved Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna anlagt sag anfægtet afgørelsen under anbringende af, at Viano

kommune skulle have anvendt fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige aftaler i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne.

23 Den forelæggende ret finder det vanskeligt at afgøre, om det er direktiv 92/50 eller direktiv 93/36, der finder anvendelse, og mener, at den ifølge begge direktiver gældende mindsteværdi på 200 000 ECU under alle omstændigheder er overskredet.

24 Den nationale ret er på baggrund af den blandede karakter af den opgave, AGAC har fået pålagt, og som dels omfatter forskellige tjenesteydelser, dels levering af brændsel, nået til det resultat, at den ikke kan udelukke, at artikel 6 i direktiv 92/50 finder anvendelse.

25 Tribunale amministrativo regionale har på baggrund heraf udsat sagen og anmodet Domstolen om at fortolke artikel 6 i direktiv 92/50 »på baggrund af de i grundene omtalte synspunkter«.

Formaliteten

26 AGAC og den østrigske regering har anført, at den præjudicielle anmodning skal afvises. AGAC har i første række gjort gældende, at den i hovedsagen omhandlede kontraktsum er lavere end det i direktiv 92/50 og 93/36 fastsatte mindstebeløb. For det første skal købesummen for brændsel fratrækkes i aftalens anslåede værdi, for så vidt som AGAC, der selv er en ordregivende myndighed,

indkøber brændsel ved offentligt udbud. For det andet er der ikke tale om en aftale på ubestemt tid.

27 AGAC har dernæst anført, at den præjudicielle anmodning reelt drejer sig om en fortolkning af national ret. Den forelæggende ret anmoder nemlig Domstolen om at fortolke forskellige bestemmelser i national ret for derigennem at kunne afgøre, om undtagelsen i artikel 6 i direktiv 92/50 finder anvendelse.

28 Den østrigske regering har på sin side gjort gældende, at den præjudicielle anmodning skal afvises, idet den ikke indeholder noget præjudicielt spørgsmål. Når der er tale om reglerne om offentlige kontrakter, har det særlig stor betydning, at spørgsmålene er præcist formuleret.

29 For så vidt angår afgørelsen af, om værdien af den i hovedsagen omhandlede kontrakt overskrider tærskelværdien i henhold til direktiv 92/50 og 93/36, bemærkes det, at ifølge traktatens artikel 177, som er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, har Domstolen alene kompetence til at træffe afgørelse vedrørende fortolkningen og gyldigheden af en EF-forskrift på grundlag af de faktiske omstændigheder, sådan som de er beskrevet af den nationale ret (jf. navnlig dom af 2.6.1994, sag C-30/93, AC-ATEL Electronics Vertriebs, Sml. I, s. 2305, præmis 16).

30 Det tilkommer derfor ikke Domstolen, men den nationale ret at fastslå de faktiske omstændigheder, der har givet anledning til sagen, og at fastslå, hvilke konsekvenser de har for den afgørelse, som retten skal træffe (AC-ATEL Electronics Vertriebs-dommen, præmis 17).

31 Selv om det er korrekt, at metoden for beregning af en aftales værdi er beskrevet i fællesskabsbestemmelserne, nemlig i artikel 7 i direktiv 92/50 og artikel 5 i

direktiv 93/36, hvis fortolkning den nationale ret eventuelt kan gøre til genstand for præjudicielle spørgsmål, er det alligevel den nationale ret, som det efter kompetencefordelingen i traktatens artikel 177 tilkommer at anvende de fællesskabsretlige bestemmelser på det konkrete tilfælde. En sådan anvendelse kan nemlig ikke finde sted uden en samlet vurdering af sagens faktiske omstændigheder (jf. dom af 8.2.1990, sag C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe, Sml. I, s. 285, præmis 11).

32 Heraf følger, at Domstolen ikke kan sætte sin vurdering vedrørende beregning af kontraktens værdi i stedet for den forelæggende rets og på grundlag heraf fastslå, at den præjudicielle sag skal afvises.

33 Dernæst bemærkes, at Domstolen inden for rammerne af traktatens artikel 177 hverken har kompetence til at udtale sig om fortolkningen af bestemmelser i nationale love eller administrative forskrifter eller om disses forenelighed med fællesskabsretten. Den kan dog forsyne den nationale retsinstans med alle de fortolkningselementer vedrørende fællesskabsretten, som kan sætte retten i stand til at løse det forelagte juridiske problem (dom af 4.5.1993, sag C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, Sml. I, s. 2239, præmis 8).

34 Endelig er det i Domstolens faste praksis fastslået, at Domstolen, såfremt den har fået forelagt upræcist affattede spørgsmål, af det materiale, der er fremlagt af den nationale ret, og af akterne i hovedsagen, kan udlede de fællesskabsretlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke (dom af 13.12.1984, sag 251/83, Haug-Adrion, Sml. s. 4277, præmis 9, og af 26.9.1996, sag C-168/95, Arcaro, Sml. I, s. 4705, præmis 21).

35 Det må på baggrund af de oplysninger, som forelæggelseskendelsen indeholder, fastslås, at den nationale ret nærmere bestemt spørger, om fællesskabsrettens

bestemmelser om offentlige kontrakter finder anvendelse, når en lokal myndighed overdrager til en sammenslutning, hvori den selv deltager, at levere varer og tjenesteydelser under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende.

36 Den præjudicielle sag skal derfor admitteres.

Realiteten

37 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Viano kommune ved én enkelt afgørelse har givet AGAC i opdrag både at præstere forskellige tjenesteydelser og at levere visse varer. Det står desuden fast, at værdien af de varer, det drejer sig om, er større end værdien af tjenesteydelserne.

38 Det kan modsætningsvis af artikel 2 i direktiv 92/50 sluttes, at såfremt en offentlig aftale omfatter både varer som omhandlet i direktiv 93/36 og tjenesteydelser som omhandlet i direktiv 92/50, falder den ind under bestemmelserne i direktiv 93/36, hvis værdien af de i aftalen omhandlede varer overstiger værdien af de tjenesteydelser, aftalen vedrører.

39 Med henblik på at give den nationale ret, som har forelagt spørgsmålet, den fornødne vejledning, kan Domstolen inddrage EF-regler, som den nationale ret ikke har henvist til i spørgsmålet (jf. dom af 20.3.1986, sag 35/85, Tissier, Sml.

s. 1207, præmis 9, og af 27.3.1990, sag C-315/88, Bagli Pennacchiotti, Sml. I, s. 1323, præmis 10).

40 Heraf følger, at det er bestemmelserne i direktiv 93/36, og ikke artikel 6 i direktiv 92/50, der skal fortolkes, for at give en fortolkning af fællesskabsretten, der er relevant for den nationale ret.

41 Ved afgørelsen af, om den omstændighed, at en lokal myndighed overdrager til et konsortium, som myndigheden selv deltager i, at levere varer, må medføre gennemførelse af en udbudsprocedure som omhandlet i direktiv 93/36, må det undersøges, om denne kontrakt udgør et offentligt indkøb.

42 I bekræftende fald, og såfremt den anslåede værdi af kontrakten eksklusive moms andrager eller overstiger 200 000 ECU, finder direktiv 93/36 anvendelse. Det er herved ikke afgørende, om vareleverandøren er en ordregivende myndighed.

43 Det må nemlig fastslås, at de eneste lovlige undtagelser fra anvendelsesområdet for direktiv 93/36 er dem, der udtømmende og udtrykkeligt er opregnet i direktivet (jf. for så vidt angår direktiv 77/62, dom af 17.11.1993, sag C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5923, præmis 10).

44 Direktiv 93/36 indeholder imidlertid ikke en til artikel 6 i direktiv 92/50 svarende bestemmelse, hvorefter offentlige kontrakter, som tildeles et organ, der selv er en ordregivende myndighed, på visse betingelser falder uden for direktivets anvendelsesområde.

45 I øvrigt skal det bemærkes, at dette forhold ikke begrænser forpligtelsen for ordregivende myndigheder af sidstnævnte art til selv at anvende de udbudsprocedurer, der er fastlagt i direktiv 93/36.

46 Viano kommune er som lokal myndighed en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36. Det tilkommer derfor den nationale ret at fastslå, om forbindelsen mellem kommunen og AGAC også opfylder de andre betingelser ifølge direktiv 93/36, for at der kan være tale om en offentlig indkøbsaftale.

47 En sådan aftale foreligger efter artikel 1, litra a), i direktiv 93/36, når der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale, som er indgået skriftligt, og som vedrører bl.a. køb af varer.

48 Det er i den foreliggende sag ubestridt, at AGAC leverer varer, nemlig brændsel, til Viano kommune mod betaling.

49 For så vidt angår spørgsmålet, om der foreligger en aftale, må den nationale ret undersøge, om der er indgået en aftale mellem to forskellige personer.

50 Det er herved efter artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 principielt tilstrækkeligt, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person. Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.

51 Det præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares således, at direktiv 93/36 finder anvendelse, når en ordregivende myndighed som f.eks. en lokal myndighed ønsker skriftligt med en fra den formelt forskellig institution, som også selvstændigt i forhold til den træffer beslutninger, at indgå en gensidigt

bebyrdende aftale om levering af varer, hvorved det er uden betydning, om denne institution selv er en ordregivende myndighed.

Sagens omkostninger

52 De udgifter, der er afholdt af den italienske, den belgiske, den franske, og den østrigske regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna ved kendelse af 10. marts 1998, for ret:

Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb finder anvendelse, når en ordregivende myndighed

som f.eks. en lokal myndighed ønsker skriftligt med en fra den formelt forskellig institution, som også selvstændigt i forhold til den træffer beslutninger, at indgå en gensidigt bebyrdende aftale om levering af varer, hvorved det er uden betydning, om denne institution selv er en ordregivende myndighed.

Edward Sevón Puissochet

Jann Wathelet

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. november 1999.

R. Grass

Justitssekretær

D.A.O. Edward

Formand for Femte Afdeling