FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. MENGOZZI fremsat den 17. november 2009[1]

1. Nærværende sag, der udspringer af en række præjudicielle spørgsmål forelagt af Oberlandesgericht Düsseldorf, giver Domstolen mulighed for atter at behandle problemstillingen om sondringen mellem offentlige bygge- og anlægskontrakter og offentlige organers aktiviteter med byplansbestemmelser.

2. Nærmere bestemt er en offentlig myndigheds salg af en grund til en privatperson kernen i den sag, den forelæggende ret skal tage stilling til. Normalt kan sådanne omstændigheder føre til overvejelser om, hvorvidt der kan foreligge statsstøtte[2]. I nærværende sag synes sådanne bekymringer imidlertid ikke at foreligge. Sagens konkrete forhold består derimod i, at den offentlige myndighed har besluttet at sælge grunden til den tilbudsgiver, der i forhold til selve grunden har godtgjort at have de planer for anvendelse og bebyggelse, som de kommunale myndigheder, der har beføjelserne vedrørende områdets byplansbestemmelser, har fundet mest interessante og værdige. Den forelæggende ret har overvejet, om de regler, der regulerer offentlige kontrakter, i den forbindelse skal finde anvendelse, og nærmere bestemt reglerne vedrørende koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder.

I — Fællesskabsretten

3. Bestemmelserne, som Domstolen skal tage stilling til, findes i direktiv 2004/18/EF[3] (herefter ligeledes »direktivet«).

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — En mulig statsstøtte foreligger naturligvis, når et offentligt gode sælges til en pris, der ligger under markedsværdien. Jf. herved særligt Kommissionens meddelelse om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger (EFT 1997 C 209, s. 3).

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

4. Direktivets artikel 1 bestemmer:

»1. I dette direktiv gælder definitionerne i stk. 2-15.

2. a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.

b) Ved »offentlige bygge- og anlægskontrakter« forstås offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I omhandlede aktiviteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed. Ved »bygge- og anlægsarbejde« forstås resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.

[…]

3. Ved »koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder« forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

[…]«

II — De faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

5. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (forbundsorganet, der driver de offentlige ejendomme, herefter »Bundesanstalt«) oplyste i oktober 2006 gennem annoncer i pressen og på internettet sin hensigt til at sælge en grund på ca. 24 hektar i Wildeshausen Kommune. Grunden var særligt anvendt til en kaserne, der var blevet forladt i begyndelsen af 2007.

6. Bundesanstalts annonce præciserede, at den anvendelse, der var tilladt for grunden, skulle være aftalt med Wildeshausen Kommune.

7. I maj 2007 vurderede et syn og skøn nedsat af Bundesanstalt grundens værdi til 2,33 mio. EUR.

8. Selskabet Helmut Müller GmbH (herefter »Helmut Müller«) afgav allerede i november 2006 et købstilbud på grunden på 4 mio. EUR, der imidlertid var betinget af, at byplanlægningen for området fulgte selskabets projekter. Dette tilbud blev ikke fulgt op.

9. I januar 2007 anmodede Bundesanstalt de mulige interesserede om at afgive bud på grunden uden en forudbestemt byplanlægning. I den forbindelse afgav Helmut Müller et købstilbud på 1 mio. EUR. Et andet selskab, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (herefter »GSSI«), afgav derimod et købstilbud på 2,5 mio. EUR.

10. Efterfølgende anmodede Wildeshausen Kommune tilbudsgiverne om at fremlægge deres egne projekter for anvendelsen af området. Disse projekter blev diskuteret med kommunen under ligeledes Bundesanstalts tilstedeværelse. Den 24. maj 2007 tilkendegav byrådet i Wildeshausen, at det foretrak GSSI's projekt, idet man erklærede sig rede til at iværksætte en procedure for at fastsætte byplanlægningen for området på baggrund af dette projekt. Byrådets beslutning angav imidlertid udtrykkeligt, at det ikke anså denne præference for bindende i forhold til kommunens byplanlægningsbeføjelser, som byrådet forbeholdt sig ret til at udøve frit.

11. Den 6. juni 2007 solgte Bundesanstalt grunden til GSSI. Købekontrakten henviser på ingen måde til den fremtidige anvendelse af den solgte grund.

12. Helmut Müller anfægtede salget af grunden for de nationale retsinstanser, idet selskabet særligt gjorde gældende, at dette salg skulle være sket i henhold til bestemmelserne om offentlige kontrakter.

13. Den forelæggende ret har, forelagt tvisten, formuleret følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det en betingelse for, at der foreligger en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1, stk. 2, litra b), i [direktiv 2004/18/EF], at der i faktisk eller fysisk forstand udføres bygge- og anlægsarbejde for den ordregivende

myndighed, og at dette arbejde umiddelbart bibringer sidstnævnte en økonomisk fordel?

2) For så vidt som der ved definitionen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18/EF ikke kan ses bort fra indkøbselementet: Foreligger der et indkøb i overensstemmelse med bestemmelsens anden mulighed, hvis de påtænkte arbejder for den ordregivende myndighed opfylder et bestemt offentligt formål (f.eks. den bymæssige udvikling af en del af det kommunale område), og den ordregivende myndighed i henhold til kontrakten er i besiddelse af retlig beføjelse til at sikre, at det offentlige formål bliver opfyldt, og at det dertil nødvendige bygge- og anlægsarbejde fremover vil være til rådighed?

3) Kræver begrebet offentlig kontrakt i overensstemmelse med første og anden mulighed i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18/EF, at entreprenøren er direkte eller indirekte forpligtet til at levere arbejderne? Skal der i bekræftende fald foreligge en retligt bindende forpligtelse?

4) Kræver begrebet en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til tredje mulighed i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18/EF, at entreprenøren er forpligtet til at udføre arbejderne, eller at arbejder udgør kontraktens genstand?

5) Henhører kontrakter, hvormed det ved opfyldelsen af de af den ordregivende myndighed præciserede behov er hensigten at sikre, at de arbejder, der skal udføres for et bestemt offentligt formål, skal være til rådighed, og hvorved den ordregivende myndighed (ved kontraktlige bestemmelse) tillægges retlig beføjelse til at sikre (i sin egen indirekte interesse), at arbejdet står til rådighed for det offentlige formål, under den tredje mulighed i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18/EF?

6) Er begrebet »behov præciseret af den ordregivende myndighed« i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18/EF opfyldt, hvis bygge- og anlægsarbejdet skal udføres i overensstemmelse med planer, der er kontrolleret og godkendt af den ordregivende myndighed?

7) Skal der antages ikke at foreligge nogen koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/18/EF, hvis

indehaveren af koncessionskontrakten er eller bliver ejer af den grund, hvorpå arbejderne skal udføres, er blevet eller vil blive udført, eller koncessionen er tildelt for en ubegrænset periode?

8) Skal direktiv 2004/18/EF — med den retsvirkning, at der påhviler den ordregivende myndighed en forpligtelse til at afholde en udbudsprocedure — også anvendes, hvis en tredjemands grundsalg og tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt finder sted tidsforskudt, og når den offentlige bygge- og anlægskontrakt endnu ikke var tildelt på tidspunktet for indgåelse af aftalen om grundsalget, men den ordregivende myndighed på sidstnævnte tidspunkt agtede at tildele en sådan kontrakt?

9) Skal særskilte, men forbundne, transaktioner vedrørende et grundsalg og en offentlig bygge- og anlægskontrakt antages at udgøre en enhed i forhold til bestemmelserne om tildeling af offentlige kontrakter, når der forelå en hensigt til at foretage tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt på tidspunktet for indgåelse af aftalen om grundsalget og parterne bevidst havde skabt en snæver materiel — og muligvis også tidsmæssig — forbindelse mellem kontrakterne (jf. herved Domstolens dom af 10.11.2005, sag C-29/04, den såkaldte »Stadt Mödling«-dom)?«

III — Indledende bemærkninger

A — *Den forelæggende rets praksis*

14. Det kræver en afklaring for at forstå de præjudicielle spørgsmål, den forelæggende ret har rejst. Det skal særligt, som den nationale retsinstans selv fremhæver i sin kendelse, bemærkes, at den forelæggende rets (Oberlandesgericht Düsseldorf) nuværende praksis udviser visse særegenheder, der står i modsætningsforhold til størstedelen af retspraksis og doktrinen vedrørende offentlige kontrakter.

15. Særligt har den forelæggende rets opfattelse baggrund i den forudsætning, at en sags grundlæggende byplanlægningsmæssige karakter principielt ikke udelukker, at fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter finder anvendelse. Den nationale ret har i den forbindelse henvist til Domstolens dom i sagen Ordine degli architetti m.fl.[4] og i sagen Kommissionen mod Frankrig[5].

16. For det andet har den forelæggende ret af dommen i sagen Auroux m.fl.[6] udledt

4 — Domstolens dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Sml. I, s. 5409.
5 — Domstolens dom af 20.10.2005, sag C-264/03, Sml. I, s. 8831.
6 — Domstolens dom af 18.1.2007, sag C-220/05, Sml. I, s. 385.

princippet, hvorefter anvendelsen af fællesskabsretlige bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter er fuldstændig uafhængigt af den omstændighed, at den ordregivende myndighed vil erhverve eller ligeledes blot besidde og anvende de arbejder, der skal udføres. Med andre ord kan de fællesskabsretlige regler om kontrakter finde anvendelse, bortset fra, når den ordregivende myndighed materielt erhverver et gode. Særligt kan det formål, som den ordregivende myndighed forfølger, ligeledes have immateriel karakter ved f.eks. som i nærværende sag at bestå af en samling af bestemte formål med byplanlægningsmæssig udvikling på det kommunale område[7].

17. På grundlag af denne retspraksis fortolkes den situation, der er genstand for tvisten i hovedsagen, på følgende vis af den forelæggende ret. GSSI fik tildelt en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder[8], på hvilken de relevante bestemmelser i fællesskabsretten skulle have fundet anvendelse[9]. Den omstændighed, at selskabet GSSI over de pågældende goder erhverver en ejendomsret, er ikke i strid med en sådan fortolkning, eftersom begrebet »koncession« som defineret i direktivet hverken udelukker, at denne er af ubestemt varighed, eller at der i forhold til koncessionshaver indrømmes en ejendomsret over de goder, der er genstand for koncessionen.

18. Den omstændighed, at Wildeshausen kommune, selv om den har tilkendegivet sin præference for den af selskabet GSSI foreslåede byplanlægning, ikke har bundet sig formelt til at tillade denne byplanlægning, udgør ifølge den forelæggende ret ikke et forhold, der kan svække dens fortolkning af sagen. Den nationale retsinstans har særligt henvist til Domstolens dom i sagen Kommissionen mod Østrig (kaldet »Mödling«)[10] for at gøre gældende, at ligeledes en begivenhed, der ligger kronologisk senere end tildelingen, såfremt den er konkret afgørende herfor, kan tages i betragtning med henblik på den retlige vurdering af sagens omstændigheder. I modsat fald kunne den effektive virkning af

7 — Efter forelæggelseskendelsen er den tyske lovgivning i øvrigt blevet ændret ved lov af 20.4.2009 om modernisering af udbudsretten (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BGBl. I s. 790), som ændrer § 99 i GWB (loven om beskyttelse af konkurrencen), idet den bl.a. bemærkede, at det hvad angår den tredje variant af definitionen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt er nødvendigt, at den ordregivende myndighed opnår en økonomisk fordel jf. ligeledes nedenfor i fodnote 35.

8 — Det er imidlertid ikke helt klart, hvem der ville blive tildelt denne koncession. Kommissionen, der herom har vist sig ret åben i forhold til den forelæggende rets opfattelse, måtte under retsmødet anerkende, at såvel Bundesanstalt som Wildeshausen kommune i nærværende sag begge udviser visse af de typiske kendetegn for denne rolle, uden at det i den forbindelse er muligt at indrømme den ene eller den anden forrang.

9 — I henhold til forelæggelseskendelsen er der ikke tvivl om, at de grænser, der er fastsat for anvendelsen af direktivet, i nærværende sag er klart opfyldt. Eftersom grundens værdi i sig selv ikke overskrider grænserne, udviser den nationale retsinstans' argumentation i virkeligheden utvivlsomme hypotetiske elementer. Endvidere finder jeg, at Domstolen i betragtning af den faste retspraksis, hvorefter det principielt tilkommer den nationale retsinstans at vurdere spørgsmålenes relevans med henblik på afgørelsen af tvisten i nærværende sag, skal besvare Oberlandesgericht Düsseldorfs spørgsmål. Jf. i den henseende f.eks. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 61, af 7.9.1999, sag C-355/97, Beck og Bergdorf, Sml. I, s. 4977, præmis 22, af 7.6.2007, forenede sager C-222/05 — C-225/05, van der Weerd m.fl., Sml. I, s. 4233, præmis 22, og af 17.7.2008, sag C-500/06, Corporación Dermoestética, Sml. I, s. 5785, præmis 23.

10 — Domstolens dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705.

fællesskabsrettens bestemmelser nemt bringes i fare.

19. Som jeg har nævnt ovenfor, indrømmer den forelæggende ret selv, at dens fortolkning af fællesskabsretten i de dele, der finder anvendelse i nærværende sag, langt fra er entydig. Oberlandesgericht Düsseldorf ønsker med sine præjudicielle spørgsmål således nærmere bestemt, at Domstolen oplyser, om denne fortolkning er rigtig.

B — *Forskellene i sprogversionerne af direktivets artikel 1*

20. Direktivets artikel 1 fastsætter i de fleste sprogversioner[11] tre forskellige slags »offentlige bygge- og anlægskontrakter«. Der er særligt tale om

— udførelse, eventuelt med projektering, af *bygge- og anlægsarbejder*[12] af den slags, der er fastsat i direktivet bilag I (første variant)

— udførelse, eventuelt med projektering, af et *bygge- og anlægsarbejde*[13] (anden variant), og

— udførelse på en hvilken som helst måde af et *bygge- og anlægsarbejde*[14] (tredje variant).

21. Umiddelbart herefter bestemmer direktivet, at der ved »bygge- og anlægsarbejde«[15] forstås »resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion«.

22. Det skal straks bemærkes, at direktivets sprogudgaver udviser visse forskelle af en vis betydning.

23. Der er især de forskelle, som følger af anvendelsen af vendinger, der ikke altid er overensstemmende inden for de nævnte tre

11 — Men ikke i alle. F.eks. findes den anden variant ikke i den portugisiske udgave.

12 — Tysk: »von Bauvorhaben«, engelsk: »of works«, fransk: »de travaux«, spansk: »de obras«, nederlandsk: »van werken«, porugisisk: »de trabalhos«, græsk: »εργασιών«.

13 — Tysk: »eines Bauwerks«, engelsk: »a work« fransk: »d'un ouvrage«, spansk: »de una obra«, nederlandsk: »van een werk«, græsk: »ενός έργου«.

14 — Tysk: »einer Bauleistung« emgelsk: »of a work«, fransk: »d'un ouvrage«, spansk: »de una obra«, nederlandsk »van een werk«, portugisisk: »de uma obra«, græsk: »ενός έργου«.

15 — Tysk: »Bauwerk«, engelsk: »work«, fransk: »ouvrage«, spansk: »obra«; nederlandsk »werk«, portugisisk: »obra«, græsk: »έργο«.

varianter. Det ses særligt, når man betragter de vendinger, nogle af sprogversionerne anvender, som det er anført i fodnoterne til de pågældende varianter.

24. Endvidere fremviser den tyske udgave to yderligere betydelige forskelle. Særligt præciserer den tredje variant, at udførelsen af den heri fastsatte virksomhed skal ske »gennem tredjemand« (Durch Dritte). Denne præcisering foreligger ikke i de andre sprogversioner[16]. For det andet er virksomheden i henhold til den tredje variant ikke er angivet som »arbejde« (»opera«, Bauwerk), men som »arbejde« (»attività edilizia«, Bauleistung). Dette betyder, at den efterfølgende definition af »arbejde« i den tyske udgave kun finder anvendelse på den anden variant, ikke på den tredje[17].

16 — jeg fremhæver dog, som særligt den østrigske regering har bemærket under retsmødet, at navnlig præciseringen i den tyske udgave måske, ud over at være afvigende, simpelthen gør den »mere konkret« i forhold til de andre sprogversioner. Når der nemlig tages hensyn til opbygningen af den pågældende bestemmelse, forekommer det vanskeligt, selv under henvisning til de andre sprogversioner at udlede nogle faktiske omstændigheder, der henhører under den tredje variant, hvor arbejderne udføres af »tredjemand«. Under alle omstændigheder skal det erindres, at en konkret sprogversion af fællesskabsbestemmelses afvigende karakter ifølge fast retspraksis ikke alene kan tjene som grundlag for bestemmelsens fortolkning eller i denne henseende tillægges større betydning end de øvrige sprogversioner. Jf. i den forbindelse f.eks. dom af 27.3.1990, sag C-372/88, Cricket St Thomas, Sml. I, s. 1345, præmis 18, og af 19.4.2007, sag C-455/05, Velvet & Steel Immobilien, Sml. I, s. 3225, præmis 19.

17 — Disse særlige kendetegn ved den tyske sprogudgave stammer fra Rådets direktiv af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 210, s. 1). Direktiv 89/440 indførte for første gang den nuværende »treleddede« definition af en offentlig bygge- og anlægskontrakt i fællesskabsretten.

25. Tilstedeværelsen af de netop nævnte formuleringsproblemer er en stærk advarsel om ikke at søge den »rigtige« fortolkning af bestemmelserne ved en ren ordfortolkning heraf, som desuden måske er afgrænset til én sprogudgave. Udelukkende en systematisk og teleologisk fortolkning kan reelt sammen med en vis grad af god fortolkningssans lede søgningen efter den betydning, bestemmelserne skal tilskrives.

IV — Retlig bedømmelse

A — *Forudsætning: begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt*

26. For at kunne give det mest muligt fyldestgørende svar på den forelæggende rets spørgsmål er det indledningsvis nødvendigt at udlede de grundlæggende kendetegn ved en bygge- og anlægskontrakt.

27. Det skal straks præciseres, at det drejer sig om et begreb, som udelukkende tilhører fællesskabsretten, således at kvalificeringen af

en sag på grundlag af en medlemsstats nationale ret ikke er relevant her[18].

28. Hvad angår genstanden for kontrakten afgrænser direktiv 2004/18 som nævnt ovenfor tre grundlæggende typer. Kort sagt kan det imidlertid siges, at begrebet offentlige bygge- og anlægskontrakter i henhold til nævnte direktivs artikel 1 omfatter dels udførelsen af konkrete bygge- og anlægsarbejder, der kan henføres under de i direktivets bilag I opstillede typer, dels udførelsen af arbejder. Med andre ord omfatter begrebet såvel bygningsaktiviteter, uanset om resultatet af bygge- og anlægsarbejder udgør et gode, der har en bestemt og/eller afsluttet karakter, som aktiviteter med udførelse af konkrete »fuldendte« goder og eventuelt ligeledes udført af tredjemand. Disse goder, hvis »fuldendte« karakter identificeres i direktivet — hvorved det bemærkes, at goderne udtrykker »en økonomisk eller teknisk funktion« — defineres almindeligvis som »arbejder«.

29. Hvad angår de enkelte konkrete situationer, der skal vurderes, skal det naturligvis vurderes sag for sag, om de er omfattet af direktiv 2004/18. Det forekommer mig imidlertid, at en fleksibel tilgang, som frem for at være støttet på den treleddede inddeling, der foreligger i hovedparten af sprogudgaverne af artikel 1, er støttet på den toleddede inddeling bygge- og anlægsarbejder/arbejder som fremlagt i foregående punkt, som hovedregel i de fleste tilfælde giver mulighed for at afklare problemstillingen om, hvorvidt der foreligger de objektive forudsætninger for direktivets anvendelse.

30. Uanset hvilken tilgang der følges, skal man imidlertid ikke glemme, at et forhold, der er kendetegnende for alle bygge- og anlægskontrakter, er, at der foreligger et element af konstruktion. Med andre ord skal den udøvede virksomhed medføre en udførelse af goder. Den blotte omsætning af allerede eksisterende goder er nemlig udtrykkeligt udelukket fra direktivets anvendelsesområde[19].

31. Direktivets artikel 1 identificerer udtrykkeligt andre grundlæggende kendetegn for en bygge- og anlægskontrakt. Det fastsættes nemlig, at bygge- og anlægskontrakten er en *kontrakt,* der indgås *skriftligt og er gensidigt bebyrdende.* Dette sidstnævnte kendetegn medfører således, at entreprenørens ydelse modsvares af en modydelse fra den offentlige

18 — Jf. dommen i sagen Auroux m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 40.

19 — Jf. direktivets artikel 16.

myndighed, som ikke nødvendigvis er i penge, men i hvert fald kan opgøres økonomisk[20].

32. Direktivet fastsætter imidlertid som bekendt et alternativ til den »typiske« model, hvor den offentlige myndighed betaler (i vid forstand som nævnt) konstruktøren af et arbejde. I denne alternative model, som er en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, »består bygge- og anlægsarbejdernes modydelse udelukkende i retten til at udnytte arbejdet eller i denne rettighed samt en vis betaling«. Det er den forelæggende rets opfattelse, at reglerne om koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder burde finde anvendelse på den foreliggende sag, eftersom den offentlige myndighed blot har tilladt den person, der skal udføre visse bygge- og anlægsarbejder, inden for ejendomsrettens regler fuldt ud at blive begunstiget af resultatet af sin konstruktionsvirksomhed. Denne problemstilling drøftes detaljeret nedenfor, særligt som led i analysen af det syvende præjudicielle spørgsmål.

33. Der skal hvad angår det formål, de offentlige myndigheder forfølger gennem arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder, de vil udføre, fremsættes en yderligere bemærkning. Som Domstolen har kunnet præcisere ved sin praksis, er det forfulgte formål irrelevant med henblik på anvendelsen af direktivets bestemmelser[21]. Relevant er således udelukkende tilstedeværelsen af de forudsætninger, som er fremhævet i lovgivningsteksten.

34. Fællesskabsrettens manglende bestemmelser i forhold til de formål, de offentlige myndigheder forfølger i de enkelte konkrete sager, kan forklares ved at bemærke, hvad der antydes i betragtningerne til direktivet, nemlig at hovedformålet med de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter er at fjerne begrænsningerne for de grundlæggende friheder og åbne disse kontrakter for en effektiv konkurrence[22]. Følgelig er perspektivet de personer, der kunne være interesserede i at udføre bygge- og anlægsarbejderne, og for disse personer er det formål, som de offentlige myndigheder forfølger, naturligvis irrelevant.

35. Direktivets vide og ambitiøse formål, som ligeledes skal tages i betragtning ved fortolkningen heraf, indebærer imidlertid ikke en tvingende antagelse af, at direktivets

20 — F.eks. kan den offentlige myndighed ligesom at betale et pengebeløb fritage en person fra betalingen af visse bidrag. Jf. dommen i sagen Ordine degli Architetti m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 76-86.

21 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 32. Jf. ligeledes dom af 18.11.2004, sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 11197, præmis 18, og af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 26.

22 — Jf. især anden betragtning til direktiv 2004/18 samt tidligere anden og tiende betragtning til Rådets ophævede direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54). Jf. ligeledes i den henseende dommen i sagen Ordine degli Architetti m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 52, og dom af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis.

anvendelsesområde kan udvides ubegrænset ved at benytte sig af denne lovteksts formål. Det bemærkes især, at visse konkrete sektorer, hvor direktivet ikke finder anvendelse, er angivet i selve teksten, jf. særligt artikel 10-16. Følgelig kan en rent »formålsbestemt« fortolkning af direktivet, foretaget udelukkende under hensyn til direktivets grundlæggende formål, ikke tiltrædes.

36. Såfremt man foretager en »formålsbestemt« fortolkning, som synes at være den af Kommissionen foreslåede, opstår den væsentlige problemstilling om at identificere, hvad der er parameteret for, hvornår direktivet finder anvendelse. Kommissionen har som sin væsentligste bekymring anført, at visse personer kan opnå en fordelagtig stilling uden først at have været i en lige stilling som andre personer, der er potentielt interesserede i at opnå denne stilling. I sager som den foreliggende udgøres den fordelagtige stilling af værdiforøgelsen af en grund som følge af, at den offentlige myndighed tillader, at der herpå udføres visse byggearbejder. Følgelig skal, hvis man tillader Kommissionens fortolkning, enhver »værdiforøgelse« af fast ejendom overholde direktivets bestemmelser, når den kan henføres til en offentlig myndigheds aktiviteter. Det er dog klart, at man ved at acceptere denne stilling risikerer at skulle acceptere tilfældet, om end absurd, hvor *alle byplanlægningsaktiviteter* underkastes direktivets bestemmelser, der pr. definition ændrer de bestemmelser, som regulerer mulighederne for at udføre byggearbejder, nemlig endda betydeligt værdien af de grunde, de vedrører.

37. I virkeligheden støttes denne ekstreme position ikke af nogen. Det skal understreges, at den dog er en logisk følge af en rent formålsbestemt læsning af direktivet.

38. Det er som bekendt rigtigt, at Domstolens praksis på visse områder har fulgt en erklæret »formålsbestemt« fortolkning af fællesskabsrettens bestemmelser. Inden for rammerne af bestemmelserne om offentlige kontrakter er dette særligt sket vedrørende begreberne »ordregivende myndighed« og »offentligretligt organ«[23]. Det skal dog herved navnlig bemærkes, at den formålsbestemte fortolkning i disse tilfælde er blevet anvendt for at afklare rækkevidden af et konkret begreb og ikke for generelt at fastsætte anvendelsesområdet for den samlede lovgivning vedrørende offentlige kontrakter. Endvidere tilsigtede anvendelsen af den formålsbestemte fortolkning i de nævnte sager navnlig at undgå at skabe et synligt hul, der ville være åbent for vide muligheder for misbrug. Jeg tænker f.eks. på tilfældet, hvor den sædvanlige

23 — Jf. f.eks. dommen i sagen Universale-Bau m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 53, dom af 13.12.2007, sag C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., Sml. I, s. 11173, præmis 37, og af 10.4.2008, sag C-393/06, Ing. Aigner, Sml. I, s. 2339, præmis 37.

funktion af et offentligretligt organ blev påtaget, efter at et selskab var oprettet, uden at dets vedtægter blev tilpasset[24], eller tilfældet, hvor den offentlige finansiering (i nævnte sag af et radio- og fjernsynsorgan) ud over direkte overførsler af offentlige midler skete ved at pålægge alle indehavere af modtagerapparater en afgift[25].

39. Det forekommer mig således klart, at direktivets anvendelsesområde derimod skal identificeres ved for det første at henvise til de objektive forudsætninger, der er identificeret heri. Det betyder naturligvis ikke, at fortolkeren på enhver måde skal undgå »formålsbestemte« hensyn. De formål, som direktivet forfølger, er evident et af de væsentligste holdepunkter med henblik på fortolkningen[26]. Disse kan imidlertid ikke være det eneste referenceparameter og kan ikke omgå lovgivers hensigt til at fastsætte bestemmelsens anvendelsesområde.

40. Jeg vil nu foretage en gennemgang af de præjudicielle spørgsmål. Som følge af den logiske forbindelse mellem spørgsmålene behandler jeg først det første, andet, femte og sjette spørgsmål.

24 — Dommen i sagen Universale-Bau m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 22.

25 — Dommen i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 23. Jf. ligeledes for et lignende tilfælde dom af 11.6.2009, sag C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, Sml. I, s. 4779, præmis 57.

26 — Jf. f.eks. dom af 17.11.1983, sag 292/82, Merck, Sml. s. 3781, præmis 12, af 14.10.1999, sag C-223/98, Adidas, Sml. I, s. 7081, præmis 23, og af 7.6.2005, sag C-17/03, VEMW m.fl., Sml. I, s. 4983, præmis 41.

B — *Det første og det andet spørgsmål*

41. Med de to første præjudicielle spørgsmål, som kan behandles samlet, anmoder den forelæggende ret Domstolen om at afklare, om det generelt, for at der foreligger en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til direktiv 2004/18, er nødvendigt, at kontraktens genstand er et gode, som den offentlige myndighed materielt har erhvervet, og som for denne udgør en umiddelbar økonomisk fordel. I bekræftende fald, dvs. når der, for at anvende den forelæggende rets ordvalg, ikke kan »ses bort fra indkøbselementet«, spørges, om dette forhold kan tillades ud fra den blotte generelle forfølgelse af et offentligt formål, f.eks. af en bestemt byplanlægning på det kommunale område.

1. Parternes opfattelse

42. De parter, der har afgivet indlæg i nærværende sag, har anført en meget bred vifte af opfattelser.

43. Den tyske regering har, støttet af Bundesanstalt og i vidt omfang af den østrigske

regering, kraftigt påberåbt sig, at det er nødvendigt, at indkøbselementet foreligger, for at man kan tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Denne regering har faktisk anført, at der ikke nødvendigvis skal være tale om en materiel erhvervelse, og at også en simpel økonomisk fordel for den offentlige myndighed kan være tilstrækkelig. Imidlertid er det efter den tyske regerings opfattelse ikke tilstrækkeligt blot generelt at forfølge et offentligt formål som i den foreliggende sag. Hvad angår Domstolens dom i sagen Auroux m.fl., der som nævnt udgør et af grundlagene, som den nationale retsinstans hælder til, har den tyske regering bemærket, at tilstedeværelsen af en umiddelbar økonomisk fordel for den offentlige myndighed i sagen, der lå til grund for afgørelsen, ikke var påregnet, således at Domstolen ikke fandt det nødvendigt at rette sin opmærksomhed mod dette punkt. Det bør imidlertid ikke fortolkes således, at det udelukkes, at det er nødvendigt at opnå den økonomiske fordel. Dette krav er, også selv om det ikke er udtrykkeligt angivet i direktivet, implicit for dets generelle opbygning. Hvad angår argumenterne støttet på, at det er nødvendigt at sikre direktivets effektive virkning og forebygge risikoen for misbrug, kan disse ifølge den tyske regering ikke tillade, at direktivet anvendes svigagtigt uden for sit naturlige anvendelsesområde. Det eventuelle behov for at forebygge misbrug uden for området for offentlige kontrakter skal imødegås under anvendelse af andre retsregler, men ikke direktiv 2004/18.

44. Kommissionens opfattelse er imidlertid diametralt modsat den tyske regerings. Særligt finder Kommissionen, at det eneste afgørende forhold for at besvare den forelæggende ret består i den omstændighed, at direktivets ordlyd ikke kræver, at den offentlige myndighed, for at der foreligger en offentlig bygge- og anlægskontrakt, erhverver noget fra en person uden for myndigheden. Hvis der kræves et indkøbselement, er det således ensbetydende med at indføre en betingelse, som ikke kræves i henhold til lovteksten.

45. Endelig indtager den nederlandske regering en mellemliggende opfattelse. Særligt finder denne regering, at det, selv om det også i betragtning af Domstolens praksis ikke er nødvendigt, at den offentlige myndighed erhverver arbejdet, imidlertid er nødvendigt, at den offentlige myndighed har en umiddelbar økonomisk interesse, for at der foreligger en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Denne umiddelbare økonomiske interesse kan alt efter sagen særligt bestå både i en økonomisk fordel for den offentlige myndighed og, som den nederlandske regering har defineret det, i en »tabsrisiko«, som denne bærer. I den tvist, der verserer for den forelæggende ret, foreligger denne økonomiske interesse ifølge den nederlandske regering ikke, eller den kan i hvert fald ikke udledes af de oplysninger, den nationale retsinstans har fremlagt.

2. Bedømmelse

46. Efter min opfattelse ligger den rigtige fortolkning af direktiv 2004/18 mellem de to »yderliggående« opfattelser, dels hos den tyske regering, dels hos Kommissionen. Endvidere deler jeg heller ikke fuldt ud den nederlandske regerings opfattelse, som forekommer mig at støtte sig for meget på et økonomisk forhold for at definere begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt.

47. For at kunne besvare spørgsmålet til Domstolen finder jeg det vigtigt at tage udgangspunkt i den fortolkning, førnævnte dom i sagen Auroux m.fl. skal tillægges[27]. I den tvist, som lå til grund for sagen, der førte til nævnte dom, havde en kommunal myndighed som bekendt uden udbud tildelt en anden tilslagsmodtagende myndighed udførelsen af et byplanlægningsarbejde. I den forbindelse skulle den anden ordregivende myndighed under delvis anvendelse af de af kommunen ydede midler udføre visse forskellige bygningsarbejder, der delvist skulle sælges til tredjemand og delvist skulle afleveres til den kommunale myndighed. Domstolen fandt, at denne situation udgjorde en offentlig bygge- og anlægskontrakt, idet den herved fastslog, at det er irrelevant, om det er fastsat, at den første ordregivende myndighed, dvs. kommunen, bliver ejer af hele eller en del af dette arbejde, der skal udføres[28].

48. Som den tyske regering vel rigtigt har bemærket, var der under omstændighederne i nævnte sag ikke tvivl om, at i hvert fald en del af de arbejder, der skulle udføres, var til umiddelbar fordel for den kommunale myndighed. Det er dog også rigtigt, at Domstolens meget brede formulering efter min opfattelse udelukker, at det er nødvendigt at finde, at en offentlig myndigheds direkte erhvervelse er et krav til en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

49. Et andet kendetegn for de faktiske omstændigheder undersøgt i den netop nævnte dom skal imidlertid ligeledes fremhæves. Konkret havde den kommunale myndighed udbetalt et betydeligt pengebeløb og havde engageret sig direkte med den anden ordregivende myndighed for at opnå gennemførelsen af de ønskede arbejder.

50. Begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt kan som nævnt ovenfor ikke opdeles ubegrænset, for så vidt som det skal fortolkes udvidende for at undgå eventuelt misbrug[29]. En lignende »formålsbestemt« læsning kan ikke fuldstændig se bort fra grænserne for direktivets anvendelsesområde. Selv om det nemlig utvivlsomt er rigtigt, at hovedformålet med direktiverne vedrørende offentlige kontrakter er at begunstige konkurrencen mellem virksomhederne og åbne markederne, er det ligeledes rigtigt, at dette formål uden for direktivets anvendelsesområde skal forfølges under anvendelse af passende og andre

27 — Nævnt i fodnote 6 ovenfor.

28 — Ibidem, præmis 47.

29 — Jf. punkt 35 ff. ovenfor.

lovgivningsinstrumenter uden at udvide anvendelsesområdet for bestemmelserne om offentlige kontrakter uforholdsmæssigt.

51. Det er således nødvendigt med en vis præcision at identificere dette anvendelsesområdes grænser, som skal udgøre de absolutte grænser for anvendelsen af direktivets bestemmelser.

52. Det forekommer mig ud fra en samlet betragtning af lovteksten, hvor der ligeledes tages hensyn til den fortolkning, Domstolen hidtil har foretaget heraf, at kunne udledes det grundlæggende princip, hvorefter der kræves et solidt *direkte bånd* mellem den offentlige myndighed og de bygge- og anlægsarbejder eller arbejder, der skal udføres, for at en bestemt aktivitet kan være omfattet af reglerne om offentlige bygge- og anlægskontrakter. Dette bånd følger almindeligvis af, at bygge- og anlægsarbejderne eller arbejderne udføres på den offentlige myndigheds initiativ.

53. Det er således ikke, hvilket den forelæggende ret imidlertid har fastholdt, tilstrækkeligt med en rent immateriel og indirekte fordel. Den blotte omstændighed, at den aktivitet, der skal vurderes, generelt er i almen interesse, kan heller ikke være tilstrækkeligt hertil. Det skal nemlig bemærkes, at aktiviteterne i tilfælde, hvor de kræver en offentlig myndigheds godkendelse (hvilket normalt er tilfældet for alle byggeaktiviteter) for at kunne godkendes, naturligvis skal være af almen interesse, som udgør referenceparametret for de offentlige myndigheders godkendelse. Den generiske tilstedeværelse af en almen interesse, som berettiger til at godkende udøvelsen af aktiviteterne, kan således ikke, uden at man havner i en ukontrolleret udvidelse af direktivets anvendelsesområde, være det afgørende kriterium for at identificere de faktiske omstændigheder, der er omfattet heraf. Det skal særligt erindres, at en byggetilladelse, dvs. de offentlige myndigheders typiske tilkendegivelse inden for det *objektivt* byplanlægningsmæssige område, som regel er begrænset til at flytte en grænse for udøvelsen af et initiativ, der udgår fra en privatperson, ikke fra den offentlige myndighed.

54. Jeg finder, at kravet om et direkte bånd mellem den offentlige myndighed og de arbejder eller bygge- og anlægsarbejder, der skal udføres, giver mulighed for at forene behovene, som er tilbøjelige til at være modsatte, for at forhindre misbrug og undgå en

ukontrolleret udvidelse af direktivets anvendelsesområde. Særligt giver denne affattelse mulighed for fuldt ud at overholde, hvad Domstolen har fastslået i den flere gange nævnte dom i sagen Auroux m.fl., hvorefter myndighedernes erhvervelse af ejendomsretten over arbejderne ikke er en nødvendig betingelse for at anvende bestemmelserne om offentlige kontrakter. Denne dom kan imidlertid ikke berettige en tilgang, der fuldstændig ser bort fra en fast forbindelse mellem de offentlige myndigheder og de arbejder, der skal gennemføres. Det forekommer mig, at netop kriteriet om et direkte bånd kan være en passende formulering af denne nødvendige forbindelse.

55. Dette direkte bånd kan naturligvis især ses i situationer, hvor en offentlig myndighed direkte erhverver ejendomsretten over det gode, der skal udføres. Der er her klart tale om det mest typiske tilfælde, og denne referencemodel omfatter størstedelen af de tilfælde, hvor direktivet bør finde anvendelse. Tilfælde, hvor goder, der skal udføres, imidlertid for selve myndigheden udgør en *umiddelbar økonomisk fordel,* selv om den offentlige myndighed ikke har erhvervet ejendomsretten over dem, henhører under denne typiske situation. Det kan f.eks. dreje sig om tilfælde, hvor de offentlige myndigheder erhverver en rettighed over udførte goder, der, selv om den er forskellig fra ejendomsretten, alligevel giver mulighed i hvert fald i et vist omfang at anvende godet.

56. Et andet tilfælde med et direkte bånd mellem den offentlige myndighed og de arbejder eller bygge- og anlægsarbejder, der skal udføres, kan efter min opfattelse identificeres i de tilfælde, hvor den offentlige myndighed anvender offentlige midler til uførelsen af arbejderne og/eller bygge- og anlægsarbejderne. I hovedparten af sagerne drejer det sig naturligvis om situationer, som ligeledes er omfattet af det første tilfælde anført i foregående punkt, eftersom de offentlige myndigheder i den mest klassiske model med anvendelse af offentlige midler til udførelse af bygge- og anlægsarbejder eller arbejder, dvs. kontraktmodellen, betaler for at opnå ejendomsretten over de goder, der udføres. Endvidere kan der også i koncessionsmodellen som nævnt anvendes offentlige midler, selv om disse ikke kan dække hele værdien af de arbejder eller bygge- og anlægsarbejder, der skal udføres.

57. Det andet tilfælde omfatter imidlertid også situationer, hvor den offentlige myndighed over for en udbetaling af penge eller andre offentlige midler ikke erhverver ejendomsretten over de goder, der skal udføres. Som Domstolen har præciseret i dommen i sagen Auroux m.fl., er erhvervelsen af ejendomsretten nemlig ikke et uundværligt element. I øvrigt er den omstændighed, at udvælgelsen af de personer, der modtager disse midler, foretages under garantierne sikret ved direktivet, fuldt ud i overensstemmelse med

lighedshensyn og overholdelsen af principper, som ligger til grund for direktivet.

58. Det siger sig selv, at ligeledes situationer, hvor de anvendte offentlige midler ikke er af pekuniær karakter, er omfattet af dette tilfælde. Der tænkes f.eks. på det tilfælde, hvor kontrakt- eller koncessionsgiveren gratis eller til en pris under markedsværdien stiller offentlige arealer til rådighed for at udføre arbejder eller bygge- og anlægsarbejder.

59. Et tredje tilfælde med et direkte bånd mellem den offentlige myndighed og de bygge- og anlægsarbejder eller arbejder, der skal udføres, er af overskydende karakter og vedrører de sager, hvor disse arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder, uden at det første eller andet tilfælde foreligger, alligevel er et resultat af den offentlige myndigheds initiativ. Disse faktiske omstændigheder foreligger særligt, når de offentlige myndigheder på eget initiativ indleder en procedure, der medfører en udførelse af arbejderne eller bygge- og anlægsarbejderne. Den situation, som Domstolen har vurderet i dommen i sagen Auroux m.fl.[30], er en situation af denne art.

60. Det tredje og sidste tilfælde kræver imidlertid en betydelig præcisering. Den offentlige myndigheds virksomhed i denne sammenhæng skal gå ud over den blotte anvendelse af de beføjelser, som myndigheden selv generelt er indrømmet inden for det byplanlægningsmæssige område. Udelukkende herved er det nemlig muligt at drage en linje mellem den virksomhed, der er omfattet af direktivets anvendelsesområde, og den »normale« aktivitet med byplanlægning, som i sig selv derimod er undtaget denne anvendelse. Vurderingen vedrørende den af den offentlige myndighed udøvede virksomheds art i de enkelte konkrete tilfælde skal i praksis foretages af den nationale retsinstans ved en enkeltvis vurdering.

61. Det kan under disse omstændigheder ikke udelukkes, at ligeledes opnåelsen af en vis byplanlægning af området kan være genstand for en kontrakt, der er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Dette gælder imidlertid på betingelse af, at der mellem den offentlige myndighed og de bygge- og anlægsarbejder eller arbejder, der skal udføres, er et direkte bånd i den forstand, hvori det er angivet i de forudgående punkter. Den blotte forfølgelse af den almene interesse gennem anvendelsen af de almindelige beføjelser til byplanlægning er ikke tilstrækkelig til, at de fællesskabsretlige bestemmelser om kontrakter og koncessioner finder anvendelse.

62. I nærværende sag tilkommer det naturligvis den forelæggende ret at vurdere, om der foreligger dette direkte bånd. Jeg bemærker dog, at det på baggrund af de forhold, den nationale retsinstans har fremlagt for Domstolen, forekommer mig vanskeligt at konkludere, at et sådant direkte bånd kan anses

30 — Nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 42.

for at foreligge. Den offentlige myndighed erhverver nemlig, hvilket forekommer mig indiskutabelt, i den foreliggende sag intet gode, og den opnår ingen umiddelbar økonomisk fordel. Der synes heller ikke at foreligge de øvrige mulige situationer, hvor et direkte bånd kan påvises, eftersom Wildeshausen kommune ikke har taget et konkret initiativ for udførelsen af arbejderne, idet den derimod blot har vurderet de forskellige projekter, den er blevet forelagt, og ikke engang har haft udgifter med henblik på byggeriet. På samme måde er disse forbindende forhold heller ikke påviselige i forhold til Bundesanstalt.

C — *Det femte og det sjette spørgsmål*

1. Parternes argumenter

63. Det femte og det sjette præjudicielle spørgsmål vedrører udelukkende den tredje »variant« af begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt[31], og de rejser i et vist omfang hvad angår dette tilfælde igen problemerne, der omtales som led i de første to spørgsmål, særligt det andet.

64. Den forelæggende ret ønsker med det femte spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om »de af den ordregivende myndighed præciserede behov« under nævnte variant blot kan bestå i, at den offentlige myndighed har beføjelser til at sikre, at arbejderne, der skal udføres, er af en almen interesse.

65. Med det sjette spørgsmål anmodes Domstolen derimod om at afklare, om »de af den ordregivende myndighed præciserede behov« reelt kan bestå i de beføjelser, den offentlige myndighed er indrømmet til at undersøge og godkende byggeprojekter.

66. Alle de parter, der har afgivet indlæg, med Helmut Müller som naturlig undtagelse, er principielt enige i, at betingelserne for en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til den tredje variant ikke er opfyldt i en situation som den i hovedsagen omhandlede.

67. Nærmere bestemt har Kommissionen, den nederlandske og den franske regering gjort gældende, at det er nødvendigt at sondre mellem den offentlige myndigheds »aktive« rolle, hvor den tager initiativet til

31 — Jf. punkt 20 ovenfor.

udførelsen af arbejder eller dog udøver en afgørende indflydelse, og en rent »passiv« rolle, hvor de offentlige myndigheders rolle er begrænset til godkendelse og kontrol af privatpersoners projekter. I dette andet tilfælde foreligger der ikke en offentlig kontrakt, men højst de offentlige myndigheders udøvelse af deres almindelige opgaver med planlægning, godkendelse, kontrol osv.

68. Den tyske regering har for sit vedkommende støttet sin opfattelse på den betragtning, at det er nødvendigt, at der ligeledes for den tredje variant af begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt foreligger de betingelser, som denne regering finder nødvendige for, at en af de to første varianter foreligger, herunder særligt en umiddelbar økonomisk fordel for den offentlige myndighed.

2. Bedømmelse

69. Den forelæggende rets valg af ved fremsættelsen af sine spørgsmål til Domstolen at adskille problemstillingen om de to første varianter af begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt, der navnlig er genstand for det andet spørgsmål, fra problemstillingen om den tredje variant, som er centralt for det femte og sjette spørgsmål, forekommer mig at være støttet på ønsket om at ville udlede en betydelig udvidelse af direktivets anvendelsesområde af den tredje variants bogstavelige rækkevidde.

70. Det er, som Kommissionen har klargjort i sit indlæg, utvivlsomt, at den tredje variant af begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt rent faktisk er fastsat for at undgå, at bestemmelsen omgås ved at lade forskellige typer faktiske omstændigheder, som det ville have været umuligt udtømmende at identificere forudgående, være omfattet heraf.

71. Som jeg har bemærket ovenfor, er det imidlertid ikke muligt at anvende reglernes ordlyd for at udvide dens rækkevidde fuldstændig ukontrolleret. Særligt såfremt »de af den ordregivende myndighed præciserede behov« kan omfatte alle funktioner med godkendelse og byplanlægning, som de offentlige myndigheder besidder, vil direktivets anvendelsesområde udvides uforholdsmæssigt.

72. De betragtninger, jeg har fremsat ovenfor vedrørende de første to præjudicielle spørgsmål, skal nemlig ligeledes anvendes på den tredje variant. Der er ingen grund til at finde, at man med hensyn til den tredje variant kan

se bort fra, at det for at kunne anvende direktiv 2004/18 er nødvendigt at have et direkte bånd mellem den offentlige myndighed og de arbejder, der skal udføres.

D — *Delkonklusioner*

73. For således at afslutte min undersøgelse af det første, det andet, det femte og det sjette præjudicielle spørgsmål foreslår jeg Domstolen at besvare dem ved at fastslå, at det, for at der foreligger en kontrakt om eller em koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til direktiv 2004/18, er nødvendigt med et direkte bånd mellem den offentlige myndighed og de bygge- og anlægsarbejder eller arbejder, der skal udføres. Dette direkte bånd kan særligt bestå i, at arbejdet skal erhverves af den offentlige myndighed, eller at det giver denne en umiddelbar økonomisk fordel, eller i, at den offentlige myndighed har taget initiativ til udførelsen eller i hvert fald afholder en del af udgifterne hertil.

E — *Det tredje og det fjerde spørgsmål*

74. Med det tredje og det fjerde spørgsmål ønsker Oberlandesgericht Düsseldorf nærmere bestemt oplyst, om det i begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt er grundlæggende, at entreprenøren forpligter sig til at levere arbejderne eller bygge- og anlægsarbejderne. Spørgsmålene, der fremstår som enkeltvise, kan forklares under hensyn til, at det er utvivlsomt, at køberen af grundene under de faktiske omstændigheder, der er forelagt den nationale retsinstans til prøvelse, ikke ved erhvervelsen har påtaget sig nogen forpligtelse til at bygge.

75. Næsten alle, der har afgivet indlæg, er generelt enige i, at spørgsmålene bør besvares bekræftende, uden at der fremgår væsentlige forskelle i deres opfattelser. Alene selskabet Helmut Müller, sagsøgeren i hovedsagen, har af åbenlyse årsager foreslået, at Domstolen derimod tiltræder den forelæggende rets indstilling, hvorefter denne forpligtelse ikke er nødvendig.

76. Det forekommer mig imidlertid klart, at spørgsmålene skal besvares bekræftende, og at forpligtelsen til at udføre bygge- og anlægsarbejderne og/eller arbejderne er et ufravigeligt forhold, for at der kan foreligge en offentlig bygge- og anlægskontrakt eller -koncession.

77. Dette følger først og fremmest af bestemmelserne i selve direktiv 2004/18, der som

nævnt definerer en offentlig bygge- og anlægskontrakt som en gensidigt bebyrdende aftale. Begrebet er således støttet på tanken om en udveksling af ydelser mellem den ordregivende myndighed, som betaler en pris (eller alternativt afstår en brugsret), og entreprenøren, der skal udføre bygge- og anlægsarbejder eller arbejder. Det er således klart, at den offentlige kontrakt er af gensidigt bebyrdende karakter. Det vil være i åbenbar strid med denne karakter at tillade, at en entreprenør efter at have modtaget tilslag på kontrakten blot ensidigt og uden nogle følger kan beslutte ikke at udføre det bestemte. I modsat fald ville man endelig med at indrømme tilslagsmodtageren skønsbeføjelser i forhold til den ordregivende myndigheds krav og behov.

78. Et andet og indholdsmæssigt forskelligt spørgsmål, som den forelæggende ret ligeledes har fremsat, vedrører spørgsmålet, om det for at skabe en offentlig bygge- og anlægskontrakt er nødvendigt, at den eventuelle forpligtelse, entreprenøren har påtaget sig i forhold til den offentlige myndighed, kan gennemtvinges ad rettens vej. Den nationale retsinstans ønsker således oplyst, om det skal bestemmes, at den ordregivende myndighed, såfremt arbejdet ikke udføres, skal kunne gå rettens vej for at tvinge entreprenøren.

79. Såfremt den forelæggende ret med denne formulering vil spørge Domstolen, om national lovgivning vedrørende bygge- og anlægskontrakter i henhold til direktiv 2004/18 nødvendigvis skal fastsætte et system, hvorefter en entreprenør kan tvinges til at udføre arbejdet eller bygge- og anlægsarbejderne fastsat i kontrakten, forekommer svaret mig at måtte være benægtende, eftersom det ikke er muligt at udlede nogen angivelse i denne retning af direktivet.

80. Dette betyder imidlertid ikke, at entreprenørens eventuelle kontraktbrud kan være uden betydning. Man skal nemlig ikke glemme, at en offentlig bygge- og anlægskontrakt, som jeg har nævnt ovenfor, fuldt ud er en kontrakt, dvs. en retsakt, som, inden for forskellene i de nationale retsordener, altid og i hvert fald er kendetegnet ved sin bindende karakter. Som den tyske regering med føje har bemærket i sit indlæg, er det, for at man kan tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt, nødvendigt, at entreprenøren er kontraktmæssigt forpligtet til at udføre den fastsatte ydelse. Det er imidlertid overladt til national ret at fastsætte følgerne. Der er f.eks. i tilfælde af en entreprenørs kontraktbrud intet til hinder for, at en stats nationale ret foreskriver, at kontrakten ophæves, at en anden entreprenør gives tilslag, og at den offentlige myndighed har ret til at kræve skadeserstatning af den første entreprenør.

81. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer det tredje og det fjerde præjudicielle

spørgsmål ved at fastslå, at begreberne offentlig bygge- og anlægskontrakt og -koncession i henhold til direktiv 2004/18 forudsætter, at entreprenøren er kontraktmæssigt forpligtet til at levere den aftalte ydelse i forhold til den offentlige myndighed. Det tilkommer den nationale ret at fastsætte følgerne af entreprenørens eventuelle kontraktbrud.

1. Parternes opfattelse

83. Den tyske regering har den klareste opfattelse af problemstillingen og udelukker generelt, at koncessionsordningen er forenelig med tilstedeværelsen af en ejendomsret. Dette gælder, for så vidt som koncessionen pr. definition forudsætter, at koncessionsgiver råder over alle de rettigheder, der overføres til koncessionshaveren.

F — *Det syvende spørgsmål*

84. Den nederlandske og den østrigske regering har for deres vedkommende, selv om de ikke fuldstændig udelukker, at en koncession kan være forenelig med ejendomsretten, hævdet, at den offentlige myndigheds rolle i den foreliggende sag har været for begrænset til, at der kan skabes en koncession. Det er ifølge de nævnte regeringer med henblik herpå nemlig nødvendigt, at de offentlige myndigheder i hvert fald har givet koncessionshaveren klare instrukser om de bygge- og anlægsarbejder og/eller arbejder, der skal udføres.

82. Med det syvende spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om man kan skabe en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til direktiv 2004/18, når »koncessionshaveren« har en ejendomsret, som allerede i sig selv giver ham retten til at anvende det gode, der er genstand for koncessionen[32]. Nærmere bestemt er det spørgsmålet, om det i henhold til fællesskabsretten er tilladt, at en koncession har begrænset varighed.

85. Kun Kommissionen har imidlertid indtaget en mere åben opfattelse. Kommissionen finder særligt, at man i den foreliggende sag — idet den lægger vægt på, at det karakteristiske forhold ved en koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder er den omstændighed, at koncessionshaveren bærer den økonomiske risiko i forbindelse med udførelsen af bygge- og anlægsarbejderne eller arbejderne — kan udlede denne økonomiske risiko af »koncessionshaverens« usikkerhed om, hvorvidt den offentlige myndighed vil acceptere vedkommendes byggeprojekter, som det for

32 — Den forelæggende ret har ved affattelsen af spørgsmålet nærmere bestemt henvist til ejendomsretten over grunden, hvor bygge- og anlægsarbejderne eller arbejderne skal udføres. Som retten imidlertid har bemærket i kendelsens præmisser, er retten til at anvende en bygning i henhold til tysk ret en følge af ejendomsretten over den grund, hvor bygningen er opført. Følgelig er det egentlige problem til grund for spørgsmålet netop forholdet mellem koncessionen og ejendomsretten.

at kunne udføre har været nødvendigt forudgående bebyrdende at erhverve grunden.

88. På grundlag af selve formuleringens ordlyd er koncession en mulighed for, at en person kan drage fordel af et gode, som vedkommende ellers ikke kunne have nogen ret over.

2. Bedømmelse

89. Direktiv 2004/18 omtaler for sit vedkommende blot ved definitionen af en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder om »retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet«, som indrømmes den person, der udfører det.

86. Det syvende spørgsmål er ud fra en vis betragtning i hvert fald principielt det mest problematiske. Problemet om koncessioners forenelighed med ejendomsret indeholder nemlig betydelige aspekter ud fra et såvel teoretisk som praktisk synspunkt.

90. For så vidt som denne »ret til udnyttelse« overvejende kan fortolkes bredt under hensyn til den pågældende lovgivnings betydning og generelle opbygning, hvilket forekommer mig at kunne udelukkes, er det muligt at skabe en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, hvis koncessionshaver indrømmes ejendomsretten over de udførte arbejder.

87. Den offentlige myndigheds beslutning om at anvende en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder kan have forskellige årsager. I visse tilfælde kan det være ønsket om at udnytte konkret erfaring i den private sektor eller ønsket om at udføre byggeriet så effektivt som muligt. Der er imidlertid ikke tvivl om, at valget af en koncession i de fleste tilfælde skyldes økonomiske krav. Ved at vælge denne ordning er det nemlig muligt at udføre arbejder af almen interesse uden at belaste samfundets kasser[33].

91. For det første forekommer den omstændighed, som særligt den tyske regering har bemærket, at direktivet omtaler en udnyttelsesret indrømmet koncessionshaver, logisk

33 — Jf. vedrørende denne ordnings formål Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen (EFT 2000 C 121, s. 2) og den nyere Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget om partnerskaber mellem den offentlige og private sektor og om fællesskabsretten om offentlige kontrakter og koncessioner af 15.11.2005 (KOM(2005) 569 endelig, punkt 1).

set at medføre, at koncessionshaver ikke kan have en videre ret over godet, som f.eks. en ejendomsret.

92. Denne situation ville endvidere, ud over at være vanskeligt forenelig med bestemmelsens bogstavelige rækkevidde, fratage de offentlige myndigheder et af de efter min mening væsentligste karaktertræk ved koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder, nemlig den offentlige myndigheds mulighed for en dag at erhverve de udførte arbejder, også eventuelt for udelukkende at gentildele udnyttelsesretten.

93. Med andre ord opstår problemet ikke så meget som følge af de objektive kendetegn for ejendomsretten vedrørende muligheden for at drage fordel af godet som på grund af denne rettigheds oftest tidsmæssigt ubegrænsede karakter. Den koncessionshaveren tildelte udnyttelse kan således aldrig anerkendes for en ubegrænset periode, uanset hvilken retlig benævnelse der danner grundlag for udøvelsen heraf.

94. Det skal endvidere heller ikke glemmes, at det afgørende adskillende forhold, der i typemodellen for koncessioner i henhold til fællesskabsretten særligt tjener til at sondre mellem koncessioner og offentlige kontrakter, er, at der i koncessionen påhviler koncessionshaver en økonomisk risiko, som derimod ikke findes ved offentlige kontrakter[34]. I nærværende sag skal Kommissionen for at kunne fastslå, at denne risiko foreligger, kunne henvise til, at de offentlige myndigheder under udøvelsen af deres aktiviteter inden for byplanlægning, efter at den pågældende person havde erhvervet grunden, kunne afslå byggetilladelser til de planlagte arbejder. Denne »usikkerhed« synes at være den sædvanlige usikkerhed, som en privatperson, der er afhængig af den offentlige myndigheds skønsbeføjelser, befinder sig i, frem for en risiko forbundet med den økonomiske udnyttelse af arbejderne.

95. I øvrigt er den økonomiske risiko, der kendetegner en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til direktivet, ret beset en direkte følge af selve koncessionens tidsbegrænsede karakter. En tidsubegrænset rettighed og de goder, der skal opføres, udelukker imidlertid principielt altid, at der foreligger en økonomisk risiko, fordi det over tid altid er muligt rette op på

34 — Jf. dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 40, og af 13.11.2008, sag C-437/07, Kommissionen mod Italien, præmis 29-31. Den økonomiske risiko skal ikke nødvendigvis være høj, eftersom der er aktiviteter, hvor denne efter indholdet er begrænset. Dette kan dog være hele eller i hvert fald en betydelig del af den risiko, den offentlige myndighed ville løbe, såfremt den direkte udøvede denne virksomhed (dom af 10.9.2009, sag C-206/08, Eurawasser, Sml. I, s. 8377, præmis 69-77).

eventuelle perioder med vanskeligheder, man støder på under udnyttelsen af goderne.

96. Der er endelig et sidste forhold, som taler til fordel for en generel tidsbegrænsning af koncessioner inden for fællesskabsretten. Det er i dette forslag til afgørelse allerede flere gange bemærket, at det grundlæggende formål med de fællesskabsretlige regler for offentlige kontrakter generelt er at begunstige konkurrencen så meget som muligt ved at fjerne alle begrænsninger for de grundlæggende rettigheder. I betragtning heraf medfører en indrømmelse af muligheden for tidsubegrænsede koncessioner, at man til skade for konkurrencen og effektiviteten forhindrer, at udnyttelsen af arbejderne i fremtiden eventuelt sikres af andre personer med regler og efter kriterier, der er mere effektive.

97. Der er to følger af ovenstående. Dels kan koncessioner ikke tildeles tidsubegrænset[35]. Dels kan en person ikke tildeles en koncession over et gode, som vedkommende allerede ejer, undtagen hvis den offentlige myndighed i henhold til national ret efter et bestemt tidsrum erhverver ejendomsretten eller en lignende rettighed over godet.

98. Endelig foreslår jeg, at Domstolen besvarer det syvende præjudicielle spørgsmål med at fastslå, at en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til direktiv 2004/18 aldrig kan fastsætte, at koncessionshaver indrømmes en tidsubegrænset rettighed over det gode, der er genstand for koncessionen.

G — *Det ottende og det niende spørgsmål*

99. Ligeledes det ottende og det niende præjudicielle spørgsmål kan under hensyn til deres genstand behandles sammen. Med det ottende spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om reglerne i direktiv 2004/18 allerede skal finde anvendelse fra det øjeblik, hvor en offentlig myndighed, selv om den endnu ikke formelt har besluttet at give tilslag på en offentlig kontrakt, sælger en grund med henblik på herefter at indgå en kontrakt forbundet med denne. Det niende spørgsmål

35 — Det forekommer mig således, at den nye tyske lov, nævnt ovenfor i fodnote 7, som bl.a. har indført en definition af koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, der udtrykkeligt angiver den tidsbegrænsede karakter af den ret, koncessionshaveren er indrømmet, er rigtig og i overensstemmelse med fællesskabsretten.

vedrører for sit vedkommende derimod muligheden for ud fra en retlig betragtning at anse salget af grunden og det efterfølgende tilslag for en helhed.

100. Begge spørgsmålene vedrører, som det fremgår, muligheden for at straffe eventuelle rettighedsmisbrug, der ved anvendelse af de fællesskabsretlige regler om offentlige kontrakter, som afviger fra den typiske tidsmæssige rækkefølge, der ligeledes er fastsat i direktivet, tilsigter at undgå at anvende disse.

101. Under hensyn til de svar, jeg foreslår at give på førnævnte præjudicielle spørgsmål, navnlig det syvende, skal det bemærkes, at det sandsynligvis er overflødigt ligeledes at besvare den forelæggende rets ottende og niende spørgsmål, hvorved det skal udelukkes, at en offentlig kontrakt eller en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til fællesskabsretten kan være forenelige med den formodede entreprenør/koncessionshavers ejendomsret over de pågældende goder. For fuldstændighedens skyld, og for det tilfælde, at Domstolen ikke deler min opfattelse vedrørende ovenstående spørgsmål, vil jeg imidlertid fremsætte visse korte bemærkninger om spørgsmålet.

102. Blandt dem, der har afgivet indlæg som led i denne sag, har alene Kommissionen støttet den forelæggende rets foretrukne tilgang. Kommissionen har nemlig, selv om den har bemærket, at det tilkommer de nationale retsinstanser at foretage vurderinger af de konkrete sager, indrømmet, at der i en situation som den i hovedsagen omhandlede principielt kan være grundlag for at anvende direktiv 2004/18 allerede fra det øjeblik, hvor myndigheden beslutter at sælge grunden. Alle andre parter har med forskellige bevæggrunde derimod fundet, at den offentlige myndigheds blotte hensigt er uden betydning.

103. Der er, som den forelæggende ret selv har bemærket, ikke tvivl om, at besvarelsen af det ottende og niende spørgsmål ikke kan afvige fra, hvad Domstolen har fastslået i »Mödling«-dommen[36]. I denne sag var Domstolen forelagt en situation, hvor en østrigsk kommune havde tildelt en tjenesteydelse med affaldsindsamling direkte til et selskab, som kommunen kontrollerede 100%, dog at den et par dage senere afstod 49% af selskabet til en privatperson. Domstolen fastslog følgelig, at den retlige vurdering af de faktiske omstændigheder, stillet over for en klart »kunstig selskabskonstruktion«[37], som reelt hindrer den effektive virkning af direktiverne vedrørende kontrakter, skal foretages »i lyset af alle disse faser og deres formål og

36 — Nævnt ovenfor i fodnote 10.
37 — Ibidem, præmis 40.

ikke blot i henhold til deres rent tidsmæssige forløb, således som den østrigske regering har anført«[38].

104. Det forekommer mig klart, at Domstolens argumentation i »Mödling«-dommen er støttet på to led. Det første, som er udtrykkeligt anført, er nødvendigheden af at bevare direktivets effektive virkning[39]. Det andet, der er implicit, men som i grunden er den anden side af medaljen, er hensigten om at straffe rettighedsmisbrug.

105. Det, Domstolen har fastslået i »Mödling«-dommen, kan sikkert gøres alment gældende og giver dermed mulighed for at fastslå, at to formelt adskilte handlinger også ud fra et tidsmæssigt synspunkt kan anses for samtidige eller for at udgøre én enkelt retlig handling med henblik på at undgå rettighedsmisbrug og sikre den effektive virkning af de fællesskabsretlige regler om offentlige kontrakter.

106. Vurderingen tilkommer naturligvis den nationale retsinstans, som er den eneste, der besidder alle de med henblik herpå nødvendige faktiske og retlige oplysninger. Det er imidlertid nødvendigt, at visse strenge betingelser opfyldes af åbenbare grunde forbundet med nødvendigheden af at værne om retssikkerheden. Særligt skal der fra salget af grunden til tildelingen af kontrakten forløbe et ikke overdrevent tidsrum, og der skal være overbevisende forhold for at godtgøre, at myndighedens hensigter vedrørende kontrakten allerede forelå på tidspunktet for grundsalget. Undtaget tilfælde, hvor hensigten til at omgå reglerne er fuldstændig åbenlys, kan udelukkende en efterfølgende vurdering tage passende hensyn til alle de anførte forhold.

107. Jeg foreslår således, at det ottende og det niende præjudicielle spørgsmål, såfremt det er nødvendigt, besvares ved at fastslå, at den retlige vurdering af en sag, når der foreligger klare forhold, der angiver hensigten til at omgå de fællesskabsretlige regler om offentlige kontrakter og koncessioner, kan gå ud på, at de to formelt adskilte handlinger, nemlig salget af en grund og tilslag på en udbuds kontrakt herpå eller en tilsvarende koncession også ud fra et tidsmæssigt synspunkt udgør en enkelt retlig handling. Det tilkommer den nationale retsinstans på grundlag af alle sagens omstændigheder at efterprøve, at hensigten til omgåelse foreligger.

38 — Ibidem, præmis 41.
39 — Ibidem, præmis 42.

V — Forslag til afgørelse

108. Jeg skal som følge heraf foreslå, at Oberlandesgericht Düsseldorfs præjudicielle spørgsmål besvares på følgende måde:

»For at der foreligger en kontrakt om eller en koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, er det nødvendigt med direkte bånd mellem den offentlige myndighed og de bygge- og anlægsarbejder eller arbejder, der skal udføres. Dette direkte bånd kan særligt bestå i, at arbejdet skal erhverves af den offentlige myndighed, eller at det giver denne en umiddelbar økonomisk fordel, eller i, at den offentlige myndighed har taget initiativ til udførelsen eller i hvert fald afholder en del af udgifterne hertil.

Begreberne offentlig bygge- og anlægskontrakt og -koncession i henhold til direktiv 2004/18 forudsætter, at entreprenøren er kontraktmæssigt forpligtet til at levere den aftalte ydelse i forhold til den offentlige myndighed. Det tilkommer den nationale ret at fastsætte følgerne af entreprenørens eventuelle kontraktbrud.

En koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til direktiv 2004/18 kan aldrig fastsætte, at koncessionshaver indrømmes en tidsubegrænset rettighed over det gode, der er genstand for koncessionen.

Når der foreligger klare forhold, der angiver hensigten til at omgå de fællesskabsretlige regler om offentlige kontrakter og koncessioner, kan den retlige vurdering af en sag på ud på, at de to formelt adskilte handlinger, nemlig salget af en grund og tilslag på en udbuds kontrakt herpå eller en tilsvarende koncession, også ud fra et tidsmæssigt synspunkt udgør en enkelt retlig handling. Det tilkommer den nationale retsinstans på grundlag af alle sagens omstændigheder at efterprøve, at hensigten til omgåelse foreligger.«