FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

föredraget den 17 november 2009[1]

1. Förevarande mål, som har föranletts av en rad tolkningsfrågor från Oberlandesgericht Düsseldorf, ger domstolen återigen tillfälle att behandla frågan om skillnaden mellan offentliga byggentreprenadkontrakt och den stadsplaneringsverksamhet som de offentliga myndigheterna bedriver.

2. Närmare bestämt står en offentlig myndighets försäljning av mark till en privat aktör i centrum för det mål som den nationella domstolen ska ta ställning till. Typiskt sett kan en sådan transaktion föranleda en diskussion om huruvida det eventuellt föreligger statligt stöd.[2] I förevarande fall tycks dock inte några sådana farhågor föreligga. Det specifika i detta fall är i stället att den offentliga myndigheten beslutade att sälja marken till den anbudsgivare som visade att dess planer för nyttjande och uppförande, med avseende på själva marken, var de mest intressanta och fördelaktiga för de kommunala myndigheterna, vilka är behöriga att fatta beslut om stadsplaneringen i området. Den nationella domstolen vill få klarhet i huruvida de bestämmelser som reglerar offentliga kontrakt, särskilt bestämmelserna om byggkoncessioner, ska tillämpas i det sammanhanget.

I — Tillämpliga bestämmelser

3. De bestämmelser som domstolen har ombetts att ta ställning till finns i direktiv 2004/18/EG[3] (nedan kallat direktivet).

1 — Originalspråk: italienska.

2 — Det är uppenbart att ett eventuellt statligt stöd kan föreligga om försäljningen av den offentliga egendomen sker till ett lägre pris än marknadspriset. Se i det avseendet särskilt kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT C 209, 1997, s. 3).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

4. I artikel 1 i direktivet föreskrivs följande:

”1. I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som anges i punkterna 2–15:

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 byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

b) *offentliga byggentreprenadkontrakt*: offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggentreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat. Med byggentreprenad avses ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

…

3. byggkoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

…”

II — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

5. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (federal myndighet som förvaltar det offentliga fastighetsbeståndet) (nedan kallad Bundesanstalt) tillkännagav i oktober 2006, genom annonser i press och på Internet, att den hade för avsikt att sälja mark på cirka 24 hektar i Wildeshausens kommun. På marken fanns i synnerhet ett kasernområde som sedan de första månaderna år 2007 inte längre används.

6. I den annons som Bundesanstalt publicerade angavs att man måste komma överens med Wildeshausens kommun om de tillåtna användningarna av marken.

7. I maj 2007 lät Bundesanstalt utföra en värdering, varvid markens värde uppskattades till 2,33 miljoner euro.

8. Bolaget Helmut Müller GmbH (nedan kallat Helmut Müller) hade redan i november 2006 lämnat ett anbud om att köpa marken för 4 miljoner euro, dock på villkor att detaljplaneringen av området överensstämde med bolagets planer. Detta anbud antogs inte.

9. I januari 2007 bad Bundesanstalt de eventuellt intresserade att utforma ett anbud avseende marken utan en på förhand fastställd detaljplan. I det sammanhanget lämnade Helmut Müller ett köpeanbud på 1 miljon euro. Ett annat bolag, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (nedan kallat GSSI), lämnade däremot ett anbud på 2,5 miljoner euro.

10. Därefter bad Wildeshausens kommun anbudsgivarna att presentera sina planer för hur området skulle användas. Dessa planer diskuterades med kommunen, varvid även Bundesanstalt deltog. Den 24 maj 2007 uppgav Wildeshausens kommunstyrelse att den föredrog GSSI:s plan och att den var beredd att inleda ett förfarande för att fastställa detaljplanen för området på grundval av denna plan. I kommunstyrelsens beslut angavs dock uttryckligen att denna preferens inte skulle anses vara bindande för kommunens behörighet vad beträffar stadsplanering, vilken kommunstyrelsen förbehöll sig rätten att utöva fritt.

11. Den 6 juni 2007 sålde Bundesanstalt marken till GSSI. Köpekontraktet innehåller inte någon hänvisning till den framtida användningen av den överlåtna marken.

12. Försäljningen av marken överklagades vid nationell domstol av Helmut Müller. Bolaget gjorde särskilt gällande att försäljningen borde ha skett i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling.

13. Tvisten anhängiggjordes vid den nationella domstolen, vilken har ställt följande tolkningsfrågor:

”1) Krävs det, för att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt enligt artikel 1.2 b i [direktiv 2004/18], att byggentreprenaden, på ett konkret eller materiellt sätt, utförs åt den upphandlande

myndigheten och att denna kommer myndigheten omedelbart till godo ekonomiskt?

2) I den mån det vid definitionen av ett offentligt byggentreprenadkontrakt i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18 inte kan bortses från inslaget av utförande: Ska ett utförande presumeras ha skett enligt det andra alternativet i bestämmelsen, om byggentreprenaden uppfyller ett särskilt offentligt ändamål för den upphandlande myndigheten (till exempel främjar utvecklingen av stadsbebyggelsen i en del av kommunen) och kontraktet gör den upphandlande myndigheten rättsligt befogad att säkerställa att det offentliga ändamålet uppnås och att anläggningen är tillgänglig i framtiden för detta ändamål?

3) Innebär begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt, enligt det första och andra alternativet i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, ett krav på att entreprenören är direkt eller indirekt skyldig att utföra byggentreprenaden? Måste det i förekommande fall vara fråga om en skyldighet som kan åberopas inför domstol?

4) Innebär begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt, enligt det tredje alternativet i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, ett krav på att entreprenören är skyldig att utföra byggentreprenaden eller att denna entreprenad utgör föremålet för kontraktet?

5) Omfattar begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt, enligt det tredje alternativet i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, kontrakt som, genom att tillgodose de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat, ska säkerställa att den anläggning som ska uppföras är tillgänglig för ett visst offentligt ändamål och genom vilka den upphandlande myndigheten (enligt avtalet) samtidigt ges rättslig befogenhet att (indirekt i eget intresse) säkerställa att anläggningen är tillgänglig i enlighet med det offentliga ändamålet?

6) Är villkoren för att det ska vara fråga om 'behov som den upphandlande myndigheten har specificerat', enligt artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, uppfyllda när byggentreprenaden ska utföras enligt planer som har prövats och godkänts av den upphandlande myndigheten?

7) Ska det inte anses vara fråga om en byggkoncession enligt artikel 1.3 i direktiv 2004/18

när koncessionshavaren samtidigt är ägare eller kommer att bli ägare till fastigheten på vilken anläggningen ska uppföras eller om byggkoncessionen tilldelas för en obegränsad tid?

8) Är direktiv 2004/18 även tillämpligt, med följd att den upphandlande myndigheten är skyldig att anordna ett anbudsförfarande, när en fastighetsförsäljning genom tredje man och tilldelningen av ett offentligt byggentreprenadkontrakt inte sker vid samma tidpunkt och byggentreprenadkontraktet ännu inte har tilldelats när försäljningen av fastigheten sker, men den upphandlande myndigheten vid den sistnämnda tidpunkten hade för avsikt att tilldela ett sådant kontrakt?

9) Ska de skilda, men likväl sammanhängande, transaktionerna som rör en fastighetsförsäljning och ett offentligt byggentreprenadkontrakt anses utgöra en enhet, enligt bestämmelserna om offentlig upphandling, när avsikten, vid den tidpunkt då köpekontraktet slöts, var att tilldela ett offentligt byggentreprenadkontrakt och parterna medvetet har skapat en nära anknytning mellan kontrakten i materiellt och i förekommande fall även i tidsmässigt hänseende (se dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705)?”

III — Inledande anmärkningar

A — *Den nationella domstolens rättspraxis*

14. För förståelsen av de tolkningsfrågor som har ställts av den nationella domstolen krävs ett klargörande. Det ska särskilt noteras, vilket den nationella domstolen själv har påpekat i sitt beslut, att den nationella domstolens (Oberlandesgericht Düsseldorf) nuvarande rättspraxis i vissa avseenden skiljer sig från den mest utbredda uppfattningen i rättspraxis och doktrin rörande bestämmelserna om offentlig upphandling.

15. Den nationella domstolens ståndpunkt utgår från antagandet att det förhållandet att ett förfarande till sin karaktär huvudsakligen avser stadsplanering i princip inte utgör hinder för att gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling kan tillämpas. I det avseendet har den nationella domstolen hänvisat till domstolens rättspraxis i målen Ordine degli architetti m.fl.[4] och kommissionen mot Frankrike[5].

16. Vidare har den nationella domstolen, av den rättspraxis som bygger på domen i målet Auroux m.fl.[6], utläst principen att

4 — Domstolens dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl. (REG 2001, s. I-5409).

5 — Domstolens dom av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike (REG 2005, s. I-8831).

6 — Domstolens dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl. (REG 2007, s. I-385).

tillämpligheten av gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling är helt oberoende av om den upphandlande myndigheten avser att förvärva, eller till och med enbart disponera över och använda, de anläggningar som ska uppföras. Med andra ord ska gemenskapsbestämmelserna om upphandling tillämpas oavsett huruvida det finns ett inslag av materiellt förvärv av egendom från den upphandlande myndighetens sida. Den nytta som den upphandlande myndigheten vill uppnå kan även vara av immateriell art och exempelvis bestå i, såsom i det aktuella fallet, att uppnå bestämda mål vad gäller utvecklingen av stadsbebyggelsen i kommunen.[7]

17. På grundval av denna rättspraxis har den nationella domstolen tolkat den situation som föreligger i målet vid den nationella domstolen enligt följande. Bolaget GSSI tilldelades en byggkoncession,[8] avseende vilken de relevanta bestämmelserna i gemenskapsrätten borde ha tillämpats.[9] Det förhållandet att bolaget GSSI förvärvar äganderätten till den aktuella egendomen är inte oförenligt med denna tolkning, eftersom begreppet koncession, såsom det definieras i direktivet, inte hindrar att koncessionen gäller för en obegränsad tid eller att koncessionshavaren tillerkänns äganderätten till den egendom som koncessionen avser.

18. Det förhållandet att Wildeshausens kommun, trots att den hade gett uttryck för sin preferens för de stadsplaneringsåtgärder som föreslagits av bolaget GSSI, formellt sett inte förband sig att godkänna dessa åtgärder utgör enligt den nationella domstolen inte en omständighet som kan vederlägga dess tolkning av tvisten. Den nationella domstolen har särskilt hänvisat till domstolens dom i målet kommissionen mot Österrike (kallat Mödling)[10], till stöd för att även en händelse som kronologiskt sett inträffat efter tilldelningen, om den i praktiken varit avgörande för densamma, kan behövas tas i beaktande vid den rättsliga bedömningen av fallet. I annat fall skulle den ändamålsenliga verkan av bestämmelserna i gemenskapsrätten lätt kunna äventyras.

7 — Efter beslutet om hänskjutande har för övrigt den tyska lagstiftningen ändrats genom lag av den 20 april 2009 om modernisering av bestämmelserna om offentlig upphandling (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BGBl. I s. 790), varigenom 99 § GWB (lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar) har ändrats, genom att det bland annat preciseras att det, med avseende på det tredje alternativet av definitionen av ett offentligt byggentreprenadkontrakt, krävs att den upphandlande myndigheten får en omedelbar ekonomisk fördel. Se även nedan fotnot 35.

8 — Det är dock inte helt klart vem som beviljade denna koncession. Kommissionen, som i det avseendet har visat sig vara ganska öppen för den nationella domstolens ståndpunkter, var vid förhandlingen tvungen att medge att både Bundesanstalt och Wildeshausens kommun i detta fall uppvisar vissa av de särdrag som är typiska för denna roll, utan att det är möjligt att ge den ena eller den andra företräde i det avseendet.

9 — Om man håller sig till beslutet om hänskjutande föreligger det inte några tvivel om att de tröskelvärden som föreskrivs för tillämpningen av direktivet i detta fall har överskridits med råge. I själva verket innehåller den nationella domstolens resonemang otvivelaktiga hypotetiska inslag, eftersom markens värde i sig inte överstiger tröskelvärdena. Med beaktande av fast rättspraxis, enligt vilken det i princip ankommer på den nationella domstolen att bedöma relevansen av frågorna för att avgöra tvisten, anser jag dock att domstolen i förevarande mål ska besvara frågorna från Oberlandesgericht Düsseldorf. Se i det avseendet exempelvis dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 61, av den 7 september 1999 i mål C-355/97, Beck och Bergdorf (REG 1999, s. I-4977), punkt 22, av den 7 juni 2007 i de förenade målen C-222/05–C-225/05, van der Weerd m.fl. (REG 2007, s. I-4233), punkt 22, och av den 17 juli 2008 i mål C-500/06, Corporación Dermoestética (REG 2008, s. I-5785), punkt 23.

10 — Domstolens dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-9705).

19. Som jag påpekat ovan har dock den nationella domstolen medgett att det långtifrån råder full enighet om dess tolkning av gemenskapsrätten, såvitt avser de delar som är tillämpliga i förevarande mål. Genom sina tolkningsfrågor har således Oberlandesgericht Düsseldorf bett domstolen att klargöra huruvida denna tolkning är korrekt eller ej.

B — *Skillnaderna mellan de olika språkversionerna av artikel 1 i direktivet*

20. I artikel 1 i direktivet anges, i de flesta språkversioner,[11] tre olika typer av ”offentliga byggentreprenadkontrakt”[*]. [*I den svenska språkversionen av artikel 1.2 b i direktiv 2004/18 används uttrycket ”byggentreprenad” för samtliga tre nedannämnda typer av offentliga byggentreprenadkontrakt. För att underlätta förståelsen av generaladvokatens resonemang anges det italienska begreppet inom hakparentes, efter en direktöversättning av begreppet. Övers. anm.] Det rör sig särskilt om

— utförande, eventuellt åtföljt av projektering, av bygg- och anläggnings*arbeten* [*lavori*][12] av de typer som anges i bilaga I till direktivet (det första alternativet),

— utförande, eventuellt åtföljt av projektering, av en *anläggning* [*opera*][13] (det andra alternativet), och

— utförande, oavsett form, av en *anläggning* [*opera*][14] som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat (det tredje alternativet).

21. Omedelbart därefter anges i direktivet att med ”byggentreprenad” [*opera*][15] avses ”ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion”.

22. Det ska omedelbart påpekas att de olika språkversionerna av direktivet innehåller en del avvikelser av viss betydelse.

23. Först och främst finns det avvikelser som följer av att man använder en terminologi som inte alltid är konsekvent inom de tre

11 — Dock inte i alla språkversioner: det andra angivna alternativet har till exempel inte någon motsvarighet i den portugisiska språkversionen.

12 — På tyska ”von Bauvorhaben”, på engelska ”of works”, på franska ”de travaux”, på spanska ”de obras”, på nederländska ”van werken”, på portugisiska ”de trabalhos”, och på grekiska ”εργασιών”.

13 — På tyska ”eines Bauwerks”, på engelska ”a work”, på franska ”d'un ouvrage”, på spanska ”de una obra”, på nederländska ”van een werk”, och på grekiska ”ενός έργου”.

14 — På tyska ”einer Bauleistung”, på engelska ”of a work”, på franska ”d'un ouvrage”, på spanska ”de una obra”, på nederländska ”van een werk”, på portugisiska ”de uma obra”, och på grekiska ”ενός έργου”.

15 — På tyska ”Bauwerk”, på engelska ”work”, på franska ”ouvrage”, på spanska ”obra”, på nederländska ”werk”, på portugisiska ”obra”, på grekiska ”έργο”.

angivna alternativen. Detta framgår särskilt om man betraktar de termer som används i vissa språkversioner, såsom angetts i fotnoterna till de aktuella alternativen.

24. Dessutom innehåller den tyska språkversionen två ytterligare betydelsefulla avvikelser. För det första anges det i det tredje alternativet att utförandet av den verksamhet som föreskrivs där ska ske ”genom tredje man” (durch Dritte). Denna precisering saknas i de andra språkversionerna.[16] För det andra anges inte den verksamhet som det tredje alternativet avser som ”anläggning” [*opera*] (Bauwerk), utan som ”byggverksamhet” (Bauleistung), med följden att den efterföljande definitionen av byggentreprenad [*opera*], i den tyska texten, förefaller tillämplig endast på det andra alternativet och inte på det tredje.[17]

25. Förekomsten av nyss angivna textuella problem talar starkt emot att försöka hitta den ”korrekta” tolkningen av bestämmelserna genom en strikt bokstavlig analys av dessa, även om analysen dessutom begränsas till en enda språkversion. I själva verket kan endast en systematisk och en teleologisk tolkning, tillsammans med ett visst mått av sunt förnuft vid tolkningen, vara vägledande i sökandet efter den innebörd som bestämmelserna ska ges.

IV — Rättslig bedömning

A — *Inledning: begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt*

26. För att kunna ge ett så fullständigt svar som möjligt på den nationella domstolens frågor är det nödvändigt att inledningsvis fastställa vad som huvudsakligen kännetecknar ett byggentreprenadkontrakt.

27. Det bör omgående preciseras att det rör sig om ett begrepp som enbart avser gemenskapsrätten, varför kvalificeringen av ett fall

16 — Jag vill dock påpeka att, såsom särskilt den österrikiska regeringen framhöll vid förhandlingen, preciseringen i den tyska texten i praktiken gör den kanske helt enkelt ”mer specifik” jämfört med de övriga språkversionerna, snarare än avvikande. Med hänsyn till den aktuella bestämmelsens struktur förefaller det svårt, även med hänvisning till de andra språkversionerna, att fastställa ett fall som hör till det tredje alternativet där anläggningarna [*opere*] inte uppförs av en ”tredje man”. Under alla omständigheter ska det erinras om att enligt fast rättspraxis kan avvikelser i en specifik språkversion av en gemenskapsrättslig bestämmelse inte ensam ligga till grund för tolkningen av denna bestämmelse eller tillmätas större betydelse än övriga språkversioner. Se i det avseendet exempelvis dom av den 27 mars 1990 i mål C-372/88, Cricket St. Thomas (REG 1990, s. I-1345), punkt 18, och av den 19 april 2007 i mål C-455/05, Velvet & Steel Immobilien (REG 2007, s. I-3225), punkt 19.

17 — Dessa särdrag i den tyska språkversionen har sin upprinnelse redan i rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 210, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3). Genom direktiv 89/440 infördes för första gången den nuvarande ”tredelade” definitionen av offentliga byggentreprenadkontrakt i gemenskapens rättsordning.

på grundval av den nationella rätten i en medlemsstat inte är relevant här.[18]

28. Vad beträffar kontraktets föremål fastställs det i direktiv 2004/18, såsom framgått ovan, tre grundläggande typer. Sammanfattningsvis kan man dock säga att begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i artikel 1 i ovannämnda direktiv, omfattar dels utförandet av specifika bygg- och anläggningsarbeten som kan hänföras till de typer som anges i bilaga I till direktivet, dels uppförandet av anläggningar. Med andra ord omfattar begreppet både byggverksamhet, oberoende av om resultatet av arbetena utgör egendom av bestämd och/eller avslutad karaktär, och verksamhet som avser uppförandet, eventuellt även genom tredje man, av specifik ”fullbordad” egendom. Sådan egendom, vars ”fullbordade” karaktär fastställs i direktivet genom anmärkningen att dessa fyller ”en teknisk eller ekonomisk funktion”, betecknas normalt som ”anläggningar”.

29. Vad beträffar de enskilda specifika situationer som ska bedömas, måste frågan huruvida de omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 naturligtvis bedömas från fall till fall. Jag anser dock i allmänhet att ett flexibelt synsätt, baserat snarare på den tudelade indelningen arbeten/anläggningar som angetts i föregående punkt än på den tredelade indelning som förekommer i de flesta språkversioner av artikel 1, i de flesta fall gör det möjligt att lösa frågan huruvida de objektiva villkoren för att tillämpa direktivet är uppfyllda.

30. Oavsett vilket synsätt som väljs ska det dock hållas i minnet att något som kännetecknar alla offentliga byggentreprenadkontrakt är förekomsten av ett inslag av byggande. Med andra ord ska de verksamheter som bedrivs medföra att egendom uppförs. Enbart förvärv av redan befintlig egendom är nämligen uttryckligen undantaget från direktivets tillämpningsområde.[19]

31. I artikel 1 i direktivet anges uttryckligen andra huvudsakliga kännetecken för ett byggentreprenadkontrakt. Det föreskrivs nämligen att byggentreprenadkontraktet är ett *skriftligt* kontrakt *med ekonomiska villkor*. Sistnämnda kännetecken innebär således att entreprenörens prestation motsvaras av en motprestation från den offentliga

18 — Se domen i målet Auroux m.fl. (ovan fotnot 6), punkt 40.

19 — Se artikel 16 i direktivet.

myndighetens sida, inte nödvändigtvis i pengar men som naturligtvis går att värdera ekonomiskt.[20]

32. Som bekant föreskrivs det dock i direktivet ett alternativ till den ”typiska” modellen, där den offentliga myndigheten betalar (i vid bemärkelse, såsom framgått ovan) byggmästaren för en uppförd anläggning. Enligt denna alternativa modell, vilken avser byggkoncession, utgörs ”ersättningen för arbetet endast ... av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning”. Enligt den nationella domstolen ska bestämmelserna om byggkoncessioner tillämpas på det aktuella fallet, eftersom den offentliga myndigheten har begränsat sig till att låta den aktör som avser att utföra vissa bygg- och anläggningsarbeten fullt ut dra nytta, enligt bestämmelserna om äganderätt, av resultaten av sin byggverksamhet. Denna fråga kommer att diskuteras mer i detalj nedan, särskilt i samband med bedömningen av den sjunde tolkningsfrågan.

33. Ett ytterligare påpekande som måste göras avser det mål som de offentliga myndigheterna eftersträvar genom de anläggningar och/eller arbeten som de avser att genomföra. Såsom har klargjorts i domstolens rättspraxis saknar det eftersträvade målet relevans för huruvida direktivets bestämmelser är tillämpliga.[21] Det enda som är relevant är således huruvida de objektiva villkor som anges i rättsakten är uppfyllda.

34. Gemenskapslagstiftningens likgiltighet inför de mål som de offentliga myndigheterna eftersträvar i de konkreta enskilda fallen har sin förklaring i att, såsom framgår av skälen till direktivet, huvudsyftet med gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling är att undanröja inskränkningar i de grundläggande friheterna och främja effektiv konkurrens.[22] Följaktligen ses saken med utgångspunkt från de aktörer som kan vara intresserade av att utföra arbetena: det står klart att för dessa aktörer är det mål som den offentliga myndigheten avser att uppnå irrelevant.

35. Direktivets omfattande och ambitiösa syften, vilka visserligen ska hållas i minnet vid tolkningen av direktivet, ska dock inte anses innebära att direktivets tillämpningsområde kan utvidgas utan begränsningar, med stöd

20 — I stället för att betala en summa pengar kan den offentliga myndigheten exempelvis befria en person från skyldigheten att betala vissa avgifter: se domen i målet Ordine degli Architetti m.fl. (ovan fotnot 4), punkterna 76–86.

21 — Dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), punkt 32. Se även dom av den 18 november 2004 i mål C-126/03, kommissionen mot Tyskland (REG 2004, s. I-11197), punkt 18, och av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), punkt 26.

22 — Se särskilt skäl 2 i direktiv 2004/18 och dessförinnan andra och tionde skälen i rådets upphävda direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54). Se i det avseendet även domen i målet Ordine degli Architetti m.fl. (ovan fotnot 4), punkt 52, och dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl. (REG 2002, s. I-11617), punkt 51 och där angiven rättspraxis.

av målet med denna rättsakt. Det ska särskilt påpekas att vissa särskilda sektorer som direktivet inte är tillämpligt på redan har angetts i direktivet: se särskilt artiklarna 10–16. Följaktligen kan inte en rent ”funktionell” tolkning av direktivet, vilken görs med beaktande endast av direktivets grundläggande mål, godtas.

36. Om man intar ett ”funktionellt” tolkningssynsätt, vilket särskilt kommissionen tycks förespråka, uppkommer nämligen det avgörande problemet att fastställa bedömningskriteriet för att direktivet ska vara tillämpligt. Kommissionen har själv uppgett att dess största bekymmer är att vissa personer kan skaffa sig en fördel utan att först ha jämställts med andra personer som potentiellt sett är intresserade av att skaffa sig en sådan fördel. I sådana fall som det aktuella består fördelen i den värdeökning av marken som följer av att den offentliga myndigheten tillåter att viss byggverksamhet utförs på denna mark. Om man tillämpar kommissionens tolkning ska följaktligen varje ”värdeökning” av fast egendom som kan hänföras till de offentliga myndigheternas verksamhet lyda under direktivets bestämmelser. Det är dock uppenbart att om man godtar denna ståndpunkt riskerar man att behöva godta antagandet, även om det är orimligt, att *all stadsplaneringsverksamhet* lyder under direktivets bestämmelser: åtgärder som reglerar möjligheterna att uppföra bygganläggningar förändrar nämligen per definition, även på ett väsentligt sätt, värdet på den mark som de avser.

37. I själva verket finns det inte någon som gör gällande denna extrema ståndpunkt. Det ska dock framhållas att den utgör den logiska konsekvensen av en rent funktionell tolkning av direktivet.

38. Som bekant är det riktigt att domstolen i sin rättspraxis på vissa områden uttryckligen har gjort en ”funktionell” tolkning av bestämmelserna i gemenskapsrätten. På området för offentlig upphandling har så skett med avseende på begreppen upphandlande myndighet och offentligrättsligt organ.[23] Det ska dock i det avseendet först och främst påpekas att vid dessa tillfällen användes den funktionella tolkningen för att klargöra innebörden av ett specifikt begrepp, och inte för att allmänt definiera tillämpningsområdet för hela regelverket för offentlig upphandling. I de ovannämnda målen hade dessutom tillämpningen av en funktionell tolkning huvudsakligen till syfte att förhindra att enorma luckor uppstod som skulle ge omfattande utrymme för missbruk: jag syftar exempelvis på det mål där ett offentligrättsligt organs typiska verksamhet

23 — Se exempelvis domen i målet Universale-Bau m.fl. (ovan fotnot 22), punkt 53, dom av den 13 december 2007 i mål C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl. (REG 2007, s. I-11173), punkt 37, och av den 10 april 2008 i mål C-393/06, Ing. Aigner (REG 2008, s. I-2339), punkt 37.

övertogs efter bildandet av ett bolag, utan att bolagsordningen ändrades,[24] eller på det mål där den offentliga finansieringen (av i det fallet ett programföretag) skedde genom att påföra alla som innehade en radio- eller TV-mottagare en avgift, i stället för genom en direkt utbetalning av offentliga medel.[25]

39. Enligt min mening står det således klart att direktivets tillämpningsområde i stället ska fastställas med hänvisning till, i första hand, de objektiva villkor som anges i själva direktivet. Det betyder naturligtvis inte att den som gör tolkningen måste undvika varje resonemang av ”funktionellt” slag. I själva verket är det uppenbart att de mål som eftersträvas med direktivet utgör en av de viktigaste utgångspunkterna vid tolkningen[26]: dessa kan dock inte utgöra den enda jämförelseparametern och de kan inte bortse från lagstiftarens avsikt att definiera bestämmelsernas tillämpningsområde.

40. Jag ska nu övergå till att pröva tolkningsfrågorna. På grund av det logiska samband det mellan frågorna, kommer jag först att behandla den första, den andra, den femte och den sjätte frågan.

24 — Domen i målet Universale-Bau m.fl. (ovan fotnot 22).

25 — Domen i målet Bayerischer Rundfunk m.fl. (ovan fotnot 22). Se även, för en liknande situation, dom av den 11 juni 2009 i mål C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns (REG 2009, s. I-4779), punkt 57.

26 — Se exempelvis dom av den 17 november 1983 i mål 292/82, Merck (REG 1983, s. 3781), punkt 12, av den 14 oktober 1999 i mål C-223/98, Adidas (REG 1999, s. I-7081), punkt 23, och av den 7 juni 2005 i mål C-17/03, VEMW m.fl. (REG 2005, s. I-4983), punkt 41.

B — *Den första och den andra frågan*

41. Den nationella domstolen har ställt de första två tolkningsfrågorna, vilka kan behandlas gemensamt, för att domstolen ska klargöra huruvida det i allmänhet, för att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt enligt direktiv 2004/18, krävs att kontraktet avser egendom där byggentreprenaden materiellt sett utförs åt den offentliga myndigheten, vilken är till omedelbar ekonomisk nytta för myndigheten. Om svaret är jakande, det vill säga om det – för att använda den nationella domstolens terminologi – ”inte kan bortses från inslaget av utförande”, vill den nationella domstolen få klarhet i huruvida ett sådant inslag går att identifiera enbart på grund av att man allmänt eftersträvar att uppnå ett offentligt ändamål, till exempel vissa stadsplaneringsåtgärder i kommunen.

1. Parternas ståndpunkter

42. De parter som har yttrat sig i förevarande mål har intagit ett mycket brett spektrum av ståndpunkter.

43. Den tyska regeringen har, med stöd i det avseendet av Bundesanstalt och i stor

utsträckning av den österrikiska regeringen, med eftertryck hävdat att det krävs att det föreligger ett inslag av utförande för att man ska kunna tala om ett offentligt byggentreprenadkontrakt. I själva verket har denna regering hävdat att det inte nödvändigtvis måste vara fråga om ett utförande av materiellt slag, och att även enbart en ekonomisk fördel för den offentliga myndigheten kan vara tillräcklig. Den tyska regeringen anser dock att det inte räcker att enbart allmänt eftersträva att uppnå ett offentligt mål, såsom i förevarande fall. Vad beträffar domstolens dom i målet Auroux m.fl., vilken såsom framgått ovan utgör en av grundvalarna för den ståndpunkt som den nationella domstolen tenderar att inta, har den tyska regeringen påpekat att det, i det mål som utmynnande i nämnda dom, togs för givet att det förelåg direkt ekonomisk nytta för den offentliga myndigheten, varför domstolen inte ansåg det nödvändigt att rikta sin uppmärksamhet på den frågan. Detta ska dock inte på något sätt tolkas så, att det inte föreligger något krav på ekonomisk nytta: även om detta krav inte uttryckligen anges i direktivet, är det underförstått i direktivets allmänna systematik. Vad beträffar de argument som grundar sig på behovet av att säkerställa direktivets ändamålsenliga verkan och förhindra risken för missbruk, anser den tyska regeringen att dessa inte kan göra det möjligt att i det fördolda tillämpa direktivet utanför dess naturliga tillämpningsområde. Eventuella behov av att förhindra missbruk utanför den offentliga upphandlingssektorn ska tillgodoses genom att använda andra lagstiftningsinstrument, men inte direktiv 2004/18.

44. Kommissionen har däremot intagit en diametralt motsatt ståndpunkt jämfört med den tyska regeringen. Enligt kommissionen är den enda avgörande omständigheten för att besvara den nationella domstolens fråga det förhållandet att det enligt direktivets lydelse inte krävs att en utomstående person utför något åt den offentliga myndigheten för att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt. Att kräva att det föreligger ett inslag av utförande skulle således innebära att det införs ett villkor som inte krävs enligt rättsakten.

45. Slutligen har den nederländska regeringen intagit en ståndpunkt som ligger mitt emellan de ovannämnda. Denna regering anser att även om det inte krävs att entreprenaden utförs åt den offentliga myndigheten, och detta även mot bakgrund av domstolens rättspraxis, krävs det dock, för att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt, att den offentliga myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse. Ett sådant direkt ekonomiskt intresse kan, alltefter omständigheterna, bestå antingen i en ekonomisk fördel för den offentliga myndigheten eller i vad som den nederländska regeringen betecknar som en ”risk för förluster” som bärs av myndigheten. I det mål som den nationella domstolen har att pröva, anser den nederländska regeringen emellertid att det inte föreligger något sådant ekonomiskt intresse, eller i vart fall att det inte går att identifiera något sådant ekonomiskt intresse på grundval av de uppgifter som den nationella domstolen har lämnat.

2. Bedömning

46. Enligt mitt synsätt ligger den korrekta tolkningen av direktiv 2004/18 mitt emellan de två ”extrema” ståndpunkter som den tyska regeringen och kommissionen har intagit. Å andra sidan delar jag inte heller helt den nederländska regeringens ståndpunkt, som jag anser i allt för hög grad hänvisar till en ekonomisk aspekt för att definiera begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt.

47. För att kunna besvara den fråga som har ställts till domstolen anser jag att det är viktigt att utgå från den tolkning som ska göras av domen i det ovannämnda målet Auroux m.fl.[27] Bakgrunden till det mål som utmynnade i denna dom var som bekant att en kommunal myndighet, utan anbudsinfordran, hade anförtrott åt en annan upphandlande myndighet att utföra stadsplaneringsåtgärder. I det sammanhanget skulle den andra upphandlande myndigheten, genom att delvis använda medel som tillhandahölls av kommunen, uppföra olika anläggningar som var avsedda att delvis säljas till tredje man, delvis lämnas över till den kommunala myndigheten. Domstolen ansåg att detta utgjorde ett offentligt byggentreprenadkontrakt och slog fast att det i det avseendet saknade relevans huruvida det föreskrevs att den första upphandlande myndigheten, det vill säga kommunen, skulle bli ägare till hela eller delar av det byggnadsverk som skulle uppföras.[28]

48. Som den tyska regeringen har påpekat är det riktigt att det i det målet inte förelåg något tvivel om att vissa av de anläggningar som skulle uppföras, åtminstone delvis, direkt skulle komma den kommunala myndigheten till godo. Det är dock även riktigt att den mycket vida formulering som domstolen valde enligt min mening utesluter att det är nödvändigt att betrakta det direkta utförandet av entreprenaden till förmån för en offentlig myndighet som ett villkor för att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt.

49. Vidare ska dock ett annat utmärkande drag i det fall som prövades i ovannämnda dom framhållas: i det fallet hade den kommunala myndigheten betalat en stor summa pengar och den hade tillsammans med den andra upphandlande myndigheten direkt tagit initiativet till att få till stånd uppförandet av de önskade anläggningarna.

50. Även om begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt ska ges en vid tolkning för att undvika eventuella missbruk, kan det, såsom jag redan har påpekat ovan, inte utvidgas på ett obestämt sätt.[29] En sådan ”funktionalistisk” tolkning kan inte helt bortse från gränserna för direktivets tillämpningsområde. Visserligen är det naturligtvis riktigt att huvudsyftet med direktiven om offentlig upphandling är att främja konkurrensen mellan företagen och öppna marknader, men samtidigt är det riktigt att, utanför direktivets

27 — Ovan fotnot 6.

28 — Ibidem, punkt 47.

29 — Se ovan punkt 35 och följande punkter.

tillämpningsområde, detta syfte ska eftersträvas genom användandet av andra lämpliga lagstiftningsinstrument, utan att tillämpningsområdet för bestämmelserna om offentlig upphandling utvidgas alltför mycket.

51. Det är således nödvändigt att med viss precision fastställa tillämpningsområdets gränser, vilka ska utgöra de definitiva gränserna för när bestämmelserna i direktivet är tillämpliga.

52. Jag anser att det av en helhetsbedömning av rättsakten, även med beaktande av den tolkning som domstolen hittills har gett den, går att utläsa den grundläggande principen att det, för att en viss verksamhet ska omfattas av reglerna för offentliga byggentreprenadkontrakt, krävs att det föreligger ett starkt *direkt samband* mellan den offentliga myndigheten och de arbeten som ska utföras eller de anläggningar som ska uppföras. Ett sådant samband följer normalt av att utförandet av arbetena eller uppförandet av anläggningarna sker på initiativ av den offentliga myndigheten.

53. Det räcker således inte med en nytta som enbart är av immateriell art och indirekt, vilket däremot den nationella domstolen har gjort gällande. Det räcker inte heller att den verksamhet som ska bedömas i allmänhet tillgodoser ett allmänintresse. Det ska nämligen påpekas att i de fall där verksamheten kräver tillstånd från en offentlig myndighet (vilket normalt är fallet med all byggverksamhet), är det uppenbart att själva verksamheten, för att tillstånd ska kunna beviljas, måste vara förenlig med allmänintresset, vilket utgör måttstocken för de offentliga myndigheternas tillståndsverksamhet. Den allmänna förekomsten av ett allmänintresse som motiverar tillståndet att bedriva verksamheten kan således inte utgöra det avgörande kriteriet för att fastställa de fall som omfattas av direktivets tillämpningsområde, i annat fall skulle direktivets tillämpningsområde utvidgas okontrollerat. Det ska särskilt hållas i minnet att ett bygglov, det vill säga det typiska uttrycket för myndighetsutövning på det område som *objektivt sett* avser stadsplanering, i regel inskränker sig till att undanröja ett hinder för att genomföra ett initiativ som har tagits av en privat aktör och inte av den offentliga myndigheten.

54. Jag anser att kravet på att det ska föreligga ett direkt samband mellan den offentliga myndigheten och de anläggningar som ska uppföras eller de arbeten som ska utföras gör det möjligt att förena behoven, vilka tenderar att stå i motsats till varandra, av att å ena sidan förhindra missbruk och å andra sidan undvika en okontrollerad utvidgning

av direktivets tillämpningsområde. En sådan formulering gör det möjligt att till fullo iaktta domstolens uttalande i domen i det redan flera gånger omnämnda målet Auroux m.fl., enligt vilket det inte utgör ett nödvändigt villkor för att tillämpa bestämmelserna om offentliga kontrakt att myndigheten förvärvar anläggningarna. Denna dom kan dock inte användas som rättfärdigande för ett synsätt där man helt bortser från en stark anknytning mellan de offentliga myndigheterna och de anläggningar som ska uppföras. Jag anser att just kriteriet direkt samband kan utgöra en lämplig formulering av denna nödvändiga anknytning.

55. Ett sådant direkt samband går tydligt att identifiera framför allt i de situationer där den offentliga myndigheten direkt erhåller äganderätten till den egendom som ska uppföras. Det är uppenbart att det är fråga om det mest typiska fallet, och till den referensmodellen hör de flesta fall där direktivet ska tillämpas. Även de situationer där den egendom som ska uppföras, även om den inte har förvärvats av den offentliga myndigheten, i vart fall kommer myndigheten *omedelbart till godo ekonomiskt* är närliggande en sådan typisk situation. Det kan exempelvis vara fråga om fall där de offentliga myndigheterna förvärvar en rätt med avseende på uppförd egendom, som visserligen skiljer sig från äganderätt men ändå gör det möjligt att nyttja egendomen, i vart fall i viss utsträckning.

56. Ett annat typfall med ett direkt samband mellan den offentliga myndigheten och de anläggningar som ska uppföras eller de arbeten som ska utföras kan enligt min mening anses föreligga i de fall där den offentliga myndigheten använder offentliga medel för att utföra arbetena och/eller uppföra anläggningarna. Det är uppenbart att det i de flesta fall är fråga om situationer som även hör till det första typfall som angetts i föregående punkt, eftersom de offentliga myndigheterna, enligt den mest klassiska modellen för användning av offentliga medel för att utföra arbeten eller uppföra anläggningar, det vill säga upphandling, betalar för att erhålla äganderätten till den egendom som kommer att uppföras. Som framgått kan det för övrigt även i fråga om koncessionsmodellen förekomma användning av offentliga medel, även om dessa medel inte får täcka hela värdet på de anläggningar som ska uppföras eller de arbeten som ska utföras.

57. Det andra typfallet omfattar dock även situationer där den offentliga myndigheten, trots utbetalning av pengar eller andra offentliga medel, inte förvärvar äganderätten till den egendom som ska uppföras. Som domstolen klargjorde i domen i målet Auroux m.fl. är nämligen förvärvandet av äganderätten inte ett nödvändigt inslag. Det förhållandet att, när de offentliga myndigheterna avser att använda offentliga medel, urvalet av de personer som kommer att erhålla dessa medel

sker i enlighet med de garantier som direktivet ger förefaller för övrigt vara helt förenligt med hänsyn till skälighet och iakttagandet av direktivets grundläggande principer.

58. Det säger sig självt att till detta typfall hör även de situationer där de offentliga medel som används inte är av pekuniär natur: man kan som exempel tänka sig det fallet där offentligägd mark, för att uppföra anläggningarna eller utföra arbetena, ställs till entreprenörens eller koncessionshavarens förfogande gratis eller till ett pris som understiger marknadspriset.

59. Ett tredje typfall med ett direkt samband mellan den offentliga myndigheten och de arbeten som ska utföras eller de anläggningar som ska uppföras är aktuellt i resterande fall, där anläggningarna och/eller arbetena, då det första eller det andra typfallet inte är för handen, i vart fall är resultatet av ett initiativ från den offentliga myndigheten. Ett sådant fall föreligger när de offentliga myndigheterna, på eget initiativ, sätter i gång ett förfarande som leder till att anläggningarna uppförs eller arbetena utförs. Det var en situation av detta slag som domstolen bedömde i det ovannämnda målet Auroux m.fl.[30]

60. Det tredje och sista typfallet kräver dock en viktig precisering. Den verksamhet som bedrivs av den offentliga myndigheten i det sammanhanget måste avse mer än att myndigheten bara utövar de befogenheter som den allmänt har tillerkänts på stadsplaneringsområdet. Det är nämligen endast på detta sätt som det går att dra en klar skiljelinje mellan den verksamhet som omfattas av direktivets tillämpningsområde och ”normal” stadsplaneringsverksamhet, vilken i sig däremot inte omfattas av direktivet. I praktiken ska bedömningen av vilken typ av verksamhet som den offentliga myndigheten bedriver i de konkreta enskilda fallen göras av den nationella domstolen, genom en bedömning från fall till fall.

61. I det sammanhanget kan det inte uteslutas att ett kontrakt som omfattas av direktivets tillämpningsområde även kan avse vissa stadsplaneringsåtgärder i området. Det förutsätter dock att det föreligger ett direkt samband, i den mening som angetts i punkterna ovan, mellan den offentliga myndigheten och de arbeten som ska utföras eller de anläggningar som ska uppföras. Att endast tillvarata allmänintresset genom att använda de ordinarie befogenheterna på stadsplaneringsområdet räcker inte för att gemenskapsbestämmelserna om kontrakt och koncessioner ska vara tillämpliga.

62. I förevarande mål ankommer det naturligtvis på den nationella domstolen att bedöma huruvida ett sådant direkt samband föreligger. Jag vill dock påpeka att det, på grundval av de uppgifter som den nationella domstolen har lämnat till domstolen, förefaller föga troligt att ett direkt samband kan anses föreligga. Det tycks råda enighet om att

30 — Punkt 42 (ovan fotnot 6).

den offentliga myndigheten i det aktuella fallet inte kommer att förvärva någon egendom och att den inte heller kommer att erhålla någon direkt ekonomisk fördel. Inte heller tycks någon av de övriga möjliga situationer där ett direkt samband kan identifieras föreligga, eftersom Wildeshausens kommun inte har tagit något särskilt initiativ för att anläggningarna ska uppföras, utan i stället har inskränkt sig till att bedöma de olika planer som ingavs till den, och kommunen inte heller har behövt bära några kostnader för uppförandet. På samma sätt tycks det inte heller gå att identifiera någon sådan anknytning vad beträffar Bundesanstalt.

C — *Den femte och den sjätte frågan*

1. Parternas argument

63. Den femte och den sjätte tolkningsfrågan avser enbart begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt enligt det tredje ”alternativet”[31] och utgör i viss mån en upprepning, med hänvisning till detta typfall, av de frågeställningar som väckts inom ramen för de första två frågorna, särskilt den andra frågan.

64. Närmare bestämt har den nationella domstolen ställt den femte frågan för att få klarhet i huruvida ”de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat” enligt ovannämnda alternativ helt enkelt kan bestå i att den offentliga myndigheten har befogenhet att säkerställa att de anläggningar som ska uppföras tillgodoser ett allmänintresse.

65. Genom den femte frågan vill den nationella domstolen i stället att domstolen ska klargöra huruvida de ovannämnda ”behov som den upphandlande myndigheten har specificerat” faktiskt kan bestå i den befogenhet att pröva och godkänna byggplaner som den offentliga myndigheten har getts.

66. Samtliga parter som har yttrat sig, med Helmut Müller som enda självklara undantag, är i princip eniga om att i en sådan situation som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen är villkoren för att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt enligt det tredje alternativet inte uppfyllda.

67. Närmare bestämt har kommissionen, den nederländska och den franska regeringen insisterat på att det är nödvändigt att göra åtskillnad mellan en ”aktiv” roll från den offentliga myndighetens sida, där

31 — Se ovan punkt 20.

myndigheten tar initiativet till att uppföra anläggningarna, eller i vart fall har ett avgörande inflytande, och en enbart ”passiv” roll, där de offentliga myndigheterna begränsar sig till uppgifterna att godkänna och kontrollera de planer som härrör från privata aktörer. I det andra fallet är det inte fråga om ett offentligt kontrakt, utan på sin höjd om att de offentliga myndigheterna utför sina ordinarie uppgifter vad gäller planering, godkännande, kontroll, etcetera.

68. Den tyska regeringen har grundat sin ståndpunkt på att det, även med avseende på det tredje alternativet med avseende på begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt, krävs att de villkor som denna regering anser är nödvändiga för att ett av de första två alternativen ska föreligga är uppfyllda, i synnerhet villkoret om en direkt ekonomisk nytta för den offentliga myndigheten.

2. Bedömning

69. Jag tror att den nationella domstolens val att, vid indelningen av de frågor som den har ställt till domstolen, skilja frågeställningen avseende de två första alternativen med avseende på begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt, som särskilt den andra frågan avser, från frågeställningen avseende det tredje alternativet, som står i centrum för den femte och den sjätte frågan, grundar sig på önskan att av det tredje alternativets ordalydelse utläsa en betydande utvidgning av direktivets tillämpningsområde.

70. Det råder dock inga tvivel om, vilket kommissionen för övrigt har påpekat i sina yttranden, att det tredje alternativet med avseende på begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt faktiskt utformades i syfte att förhindra kringgåenden av bestämmelserna, genom att göra det möjligt att låta olika typer av fall, som det skulle vara omöjligt att på ett uttömmande sätt identifiera på förhand, omfattas av bestämmelserna.

71. Som jag påpekat ovan kan dock inte ordalydelsen i rättsakten användas för att helt okontrollerat utvidga rättsaktens tillämpningsområde. Om uttrycket ”de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat” kunde omfatta alla de uppgifter avseende godkännande och stadsplanering som de offentliga myndigheterna har, skulle direktivets tillämpningsområde utvidgas alltför mycket.

72. I själva verket måste det resonemang som jag har fört ovan beträffande de två första tolkningsfrågorna även tillämpas med avseende på det tredje alternativet. Det finns inte någon anledning att anse att det, med avseende på det tredje alternativet, går att bortse

från kravet på ett direkt samband mellan den offentliga myndigheten och de anläggningar som ska uppföras för att direktiv 2004/18 ska kunna tillämpas.

D — *Slutsats i denna del*

73. Mot bakgrund av min bedömning av den första, den andra, den femte och den sjätte tolkningsfrågan föreslår jag således att domstolen ska besvara frågorna enligt följande. För att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt eller en byggkoncession enligt direktiv 2004/18 krävs det att det föreligger ett direkt samband mellan den upphandlande myndigheten och de arbeten som ska utföras eller de anläggningar som ska uppföras. Ett sådant direkt samband kan särskilt bestå i att anläggningen är avsedd att förvärvas av den offentliga myndigheten eller att anläggningen omedelbart kommer myndigheten till godo ekonomiskt, eller i det förhållandet att den upphandlande myndigheten har tagit initiativet till uppförandet eller åtminstone delvis bär kostnaderna för detta.

E — *Den tredje och den fjärde frågan*

74. Oberlandesgericht Düsseldorf har ställt den tredje och den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida det är väsentligt, för begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt, att entreprenören är skyldig att uppföra anläggningarna eller utföra arbetena. Frågorna, vilka framstår som speciella, har sin förklaring i att det, i det mål som den nationella domstolen har att pröva, är utrett att markförvärvaren, genom förvärvet av marken, inte har åtagit sig någon skyldighet att bygga.

75. Nästan alla de som har yttrat sig i målet är i allmänhet eniga om att frågorna måste besvaras jakande, utan att det framgår några väsentliga skillnader mellan deras ståndpunkter. Endast bolaget Helmut Müller, klaganden i målet vid den nationella domstolen, har av uppenbara skäl föreslagit att domstolen i stället ska godta den nationella domstolens ståndpunkt att någon sådan skyldighet inte krävs.

76. Jag anser dock att det står klart att frågorna ska besvaras jakande och att skyldigheten att utföra arbetena och/eller uppföra anläggningarna utgör ett oumbärligt inslag för att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt eller en byggkoncession.

77. Detta framgår först och främst av bestämmelserna i direktiv 2004/18, vari – såsom

angetts ovan – byggentreprenadkontrakt definieras som ett kontrakt med ekonomiska villkor. Till grund för begreppet ligger således tanken att det sker ett utbyte av prestationer mellan den upphandlande myndigheten, vilken betalar ett pris (alternativt upplåter en nyttjanderätt), och entreprenören, vilken ska utföra arbetena eller uppföra anläggningarna. Det är således uppenbart att det offentliga kontraktet är av ömsesidigt bindande karaktär. Det skulle klart strida mot denna karaktär att godta att en entreprenör, efter att ha tilldelats kontraktet, ensidigt och utan några konsekvenser, helt enkelt kan besluta att inte utföra vad som planerats. I annat fall skulle det leda till att en entreprenör tillerkändes ett utrymme för skönsmässig bedömning vad beträffar den upphandlande myndighetens krav och behov.

78. En annan och begreppsmässigt separat fråga som också har ställts av den nationella domstolen avser huruvida det, för att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt, krävs att den eventuella skyldighet som entreprenören har åtagit sig gentemot den offentliga myndigheten kan åberopas inför domstol. Den nationella domstolen vill således få klarhet i huruvida det ska föreskrivas en möjlighet för den upphandlande myndigheten att, för det fall byggentreprenaden inte utförs, kunna väcka talan för att förplikta entreprenören att utföra den.

79. Om den nationella domstolen genom denna formulering avser att fråga domstolen om det, vad gäller byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i direktiv 2004/18, krävs att det i den nationella rättsordningen med nödvändighet föreskrivs mekanismer varigenom en entreprenör kan förpliktas att uppföra den anläggning eller utföra de arbeten som föreskrivs i kontraktet, anser jag att svaret ska vara nekande, eftersom det i direktivet inte går att hitta något som stöder detta.

80. Det betyder dock inte att entreprenörens eventuella underlåtenhet kan vara irrelevant. Som jag påpekat ovan får man nämligen inte glömma att ett offentligt byggentreprenadkontrakt i alla avseenden utgör ett kontrakt, det vill säga en rättshandling, som i de olika nationella rättsordningarna alltid, och under alla omständigheter, kännetecknas av att den är bindande. Som den tyska regeringen har anfört i sina yttranden krävs det att entreprenören är skyldig enligt avtal att utföra den föreskrivna prestationen, för att det ska kunna vara tal om ett offentligt byggentreprenadkontrakt. Följderna av den eventuella underlåtenheten regleras däremot i nationell rätt: det finns ingenting som hindrar att det, vid underlåtenhet från en entreprenörs sida, i den nationella rätten i en stat exempelvis föreskrivs att kontraktet ska hävas, att kontraktet ska tilldelas en annan entreprenör och en rätt för den offentliga myndigheten att helt enkelt kräva skadestånd av den första entreprenören.

81. Jag föreslår därför att domstolen ska besvara den tredje och den fjärde tolkningsfrågan enligt

följande. Begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt och begreppet byggkoncession enligt direktiv 2004/18 förutsätter att entreprenören enligt avtal är skyldig, att, gentemot den offentliga myndigheten, utföra den överenskomna prestationen. Följderna av entreprenörens eventuella underlåtenhet ska fastställas i den nationella rätten.

F — *Den sjunde frågan*

82. Den nationella domstolen har ställt den sjunde frågan för att få klarhet i huruvida det kan föreligga en byggkoncession enligt direktiv 2004/18 när ”koncessionshavaren” innehar en äganderätt som redan i sig ger vederbörande rätt att nyttja den egendom som koncessionen avser.[32] Mer allmänt rör frågan huruvida det enligt gemenskapsrätten är tillåtet med en byggkoncession som gäller för en obegränsad tid.

1. Parternas ståndpunkter

83. Den tyska regeringen har intagit den mest tydliga ståndpunkten i frågan och anser att det i allmänhet är uteslutet att institutet koncession är förenligt med att det föreligger en äganderätt. Skälet till detta är att koncessionen per definition förutsätter att koncessionsgivaren innehar rättigheter som överförs på koncessionshavaren.

84. Den nederländska och den österrikiska regeringen har visserligen inte ovillkorligen uteslutit att koncessionen kan vara förenlig med äganderätten, men de har hävdat att den offentliga myndighetens roll i detta fall var alltför begränsad för att det ska kunna föreligga en koncession. För det syftet krävs det, enligt ovannämnda regeringar, att de offentliga myndigheterna ger koncessionshavaren åtminstone exakta instruktioner om de arbeten som ska utföras och/eller de anläggningar som ska uppföras.

85. Endast kommissionen har i stället intagit en mer liberal ståndpunkt. Med stöd av det förhållandet att det som utmärker en byggkoncession är att koncessionshavaren bär den ekonomiska risk som hänger samman med utförandet av arbetena eller uppförandet av anläggningarna, har kommissionen hävdat att det i förevarande fall går att identifiera en sådan ekonomisk risk i ovissheten, för ”koncessionshavaren”, om den offentliga myndigheten kommer att godta dennes byggplaner,

32 — För att vara exakt har den nationella domstolen vid formuleringen av frågan hänvisat till äganderätten till *den mark* på vilken arbetena ska utföras eller anläggningarna ska uppföras. Som den nationella domstolen dock har påpekat i motiveringen till beslutet om hänskjutande, är nyttjanderätten till en byggnad enligt tysk rätt en direkt följd av äganderätten till den mark på vilken byggnaden har uppförts. Följaktligen är den verkliga frågeställning som ligger till grund för frågan just sambandet mellan koncessionen och äganderätten.

för vars genomförande det var nödvändigt att först förvärva marken mot vederlag.

2. Bedömning

86. Den sjunde frågan är ur ett visst perspektiv den mest problematiska, i vart fall i principiellt hänseende. Frågan huruvida byggkoncessionen och äganderätten är förenliga med varandra har nämligen betydande konsekvenser både ur teoretisk och praktisk synvinkel.

87. Att en offentlig myndighet väljer att använda sig av en byggkoncession kan ha flera olika anledningar. I vissa fall kan det vara önskan att dra fördel av specifik erfarenhet som finns inom den privata sektorn eller önskan att mer effektivt uppföra bygganläggningar. Det råder dock ingen tvekan om att man i de flesta fall väljer koncession av ekonomiska skäl. Genom att använda sig av detta institut är det nämligen möjligt att uppföra anläggningar av allmänintresse utan att belasta allmänna medel. [33]

33 — Se, vad beträffar detta *ratio legis*, kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EGT C 121, 2000, s. 2), punkt 1.2, och mer nyligen kommissionens meddelande till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner av den 15 november 2005 (KOM(2005) 569 slutlig), punkt 1.

88. Enligt uttryckets etymologi är en koncession möjligheten för en aktör att nyttja egendom avseende vilken vederbörande i annat fall inte skulle kunna göra gällande någon rätt.

89. I direktiv 2004/18 talas det enbart, vid definitionen av byggkoncession, om ”rätten att utnyttja anläggningen”, vilken som ersättning tillerkänns den aktör som uppför anläggningen.

90. Även om ”rätten att utnyttja” kan tolkas extensivt, är det enligt min mening, med hänsyn till bestämmelsens innebörd och allmänna systematik, uteslutet att det kan föreligga en byggkoncession, när koncessionshavaren tillerkänns äganderätten till de uppförda anläggningarna.

91. Som särskilt den tyska regeringen har påpekat tycks, för det första, det förhållandet

– att det i direktivet talas om en rätt att utnyttja anläggningen som tillerkänns koncessionshavaren – logiskt sett innebära att koncessionshavaren inte kan ha en mer omfattande rätt med avseende på egendomen, såsom äganderätt.

92. En sådan situation är inte bara svår att förena med bestämmelsens ordalydelse, utan medför dessutom att de offentliga myndigheterna fråntas det som jag anser vara ett av de huvudsakliga kännetecknen för en byggkoncession, nämligen möjligheten för den offentliga myndigheten att en dag bli ägare till de uppförda anläggningarna, om det så endast vore i syfte att på nytt tilldela rätten att utnyttja anläggningarna.

93. Med andra ord uppstår problemet snarare med avseende på vad som objektivt sett kännetecknar äganderätten såvitt avser möjligheten att nyttja egendomen, på grund av att denna rätt tenderar att gälla en obegränsad tid. Koncessionshavarens nyttjanderätt kan således aldrig tillerkännas för en obegränsad tidsperiod, oavsett på vilken rättslig grund detta nyttjande kan ske.

94. Man får för övrigt inte heller glömma att i det typiska för en koncession enligt gemenskapsrätten är det avgörande och utmärkande kännetecknet – vilket särskilt har till funktion att särskilja en koncession från ett offentligt kontrakt – att det i koncessionen finns en ekonomisk risk som koncessionshavaren bär, en risk som däremot inte finns i fråga om offentliga kontrakt.[34] I det fall som är i fråga här måste kommissionen, för att anse att det föreligger en risk av denna typ, hänföra denna risk till det förhållandet att de offentliga myndigheterna, vid utövandet av de uppgifter som avser stadsplanering, kan neka bygglov för de planerade anläggningarna efter det att den berörda aktören har förvärvat marken. Detta ”riskmoment” tycks dock snarare utgöra den normala ovisshet som varje privat aktör, som är i behov av en skönsmässig åtgärd från den offentliga myndighetens sida, svävar i än en risk som hänger samman med det ekonomiska nyttjandet av anläggningarna.

95. För övrigt är den ekonomiska risk som kännetecknar den byggkoncession som föreskrivs i direktivet vid närmare anblick en direkt följd även av att koncessionen är begränsad i tiden. En rätt med obegränsad giltighet avseende den egendom som ska uppföras gör det däremot i princip möjligt att alltid utesluta att det föreligger en ekonomisk risk, eftersom det med tiden alltid är möjligt

34 — Se dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 40, och av den 13 november 2008 i mål C-437/07, kommissionen mot Italien, punkterna 29–31. Denna risk behöver inte nödvändigtvis vara stor, eftersom det finns verksamheter där risken i sig är begränsad: den måste dock utgöra hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den offentliga myndigheten skulle utsättas för om den direkt bedrev denna verksamhet (dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, Eurawasser, REG 2009, s. I-8377, punkterna 69–77).

att åtgärda eventuella svårigheter som uppstått vid nyttjandet av egendomen.

96. Det finns slutligen en sista omständighet som talar för att allmänt tidsbegränsa koncessionerna inom gemenskapsrätten. Det har redan påpekats flera gånger i förevarande förslag till avgörande att det grundläggande syftet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling i allmänhet är att i största möjliga mån främja konkurrensen, genom att undanröja alla inskränkningar i de grundläggande friheterna. Att godta att koncessioner kan gälla för en obegränsad tidsperiod skulle ur den synvinkeln innebära att det, till nackdel för konkurrensen och effektiviteten, anses uteslutet att nyttjandet av anläggningarna i framtiden kan säkerställas, eventuellt av andra aktörer, på villkor och enligt kriterier som är mycket mer effektiva.

97. Två konsekvenser följer av det ovan anförda. För det första kan koncessioner i allmänhet inte tilldelas för en obegränsad tidsperiod.[35] För det andra kan inte en aktör tilldelas en koncession avseende egendom som vederbörande redan äger, såvida inte den offentliga myndigheten, på grundval av nationell rätt, efter en viss tid förvärvar äganderätten till egendomen eller en motsvarande rätt.

98. Sammanfattningsvis föreslår jag att domstolen ska besvara den sjunde tolkningsfrågan enligt följande. En byggkoncession enligt direktiv 2004/18 kan aldrig innebära att koncessionshavaren tillerkänns en rätt som gäller för en obegränsad tidsperiod med avseende på den egendom som koncessionen avser.

G — *Den åttonde och den nionde frågan*

99. Även den åttonde och den nionde tolkningsfrågan kan, med avseende på innehåll, prövas gemensamt. Den nationella domstolen har ställt den åttonde frågan för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i direktiv 2004/18 ska tillämpas redan från och med den tidpunkt då en offentlig myndighet, även om den formellt sett ännu inte har beslutat att tilldela ett offentligt kontrakt, säljer mark i syfte att senare tilldela ett kontrakt avseende denna mark. Den nionde frågan avser

35 — Jag anser således att den nya tysken lagen (vilken nämns ovan i fotnot 7) är korrekt och förenlig med gemenskapsrätten. Genom den nya lagen infördes bland annat en definition av byggkoncession vari det uttryckligen anges att den rätt som koncessionshavaren tillerkänns är tidsbegränsad.

däremot huruvida markförsäljningen och den därpå följande tilldelningen av kontraktet kan anses utgöra en helhet ur rättslig synvinkel.

100. Som framgår avser båda frågorna möjligheten att beivra eventuella rättsmissbruk, som syftar till att undvika en tillämpning av gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling, genom en tillämpning av dessa bestämmelser som bortser från den typiska kronologiska ordning som även föreskrivs i direktivet.

101. Det ska påpekas att det – med beaktande av de svar som jag har föreslagit ska ges på de föregående tolkningsfrågorna, särskilt svaret på den sjunde frågan – antagligen är onödigt att ge den nationella domstolen ett svar även på den åttonde och den nionde frågan, eftersom det ska anses uteslutet att ett offentligt byggentreprenadkontrakt eller en byggkoncession enligt gemenskapsrätten är förenliga med en äganderätt för den förmodade entreprenören/koncessionshavaren med avseende på egendomen. Jag ska dock, för fullständighetens skull och för det fall domstolen inte delar min bedömning av föregående frågor, göra vissa kortfattade påpekanden i det avseendet.

102. Bland de parter som har yttrat sig i förevarande mål är det bara kommissionen som har ställt sig positiv till det synsätt som den nationella domstolen förespråkar. Kommissionen har visserligen påpekat att det ankommer på de nationella domstolarna att göra bedömningen i varje enskilt fall, men den har medgett att det, i en sådan situation som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen, i princip är möjligt att tillämpa direktiv 2004/18 redan från och med den tidpunkt då myndigheten beslutar att sälja marken. Alla andra parter har däremot, visserligen med olika nyanseringar, hävdat att enbart den offentliga myndighetens avsikt i sig saknar relevans.

103. Som den nationella domstolen har anfört råder det inte någon tvekan om att det i svaret på den åttonde och den nionde frågan inte kan bortses från vad domstolen slog fast i domen i målet Mödling.[36] I det målet skulle domstolen ta ställning till en situation där en österrikisk kommun direkt hade gett ett bolag, som helt kontrollerades av kommunen, i uppdrag att handha insamlingen av avfall, även om den därefter, några dagar senare, överlät 49 procent av bolaget till en privat aktör. Domstolen slog följaktligen fast att när det föreligger en uppenbart ”artificiell konstruktion”,[37] vilken i huvudsak resulterar i att den ändamålsenliga verkan av direktiven om upphandling hindras, kan den rättsliga

36 — Ovan fotnot 10.
37 — Ibidem, punkt 40.

bedömningen av fallet göras ”med beaktande av samtliga dessa moment jämte deras syfte, och inte utifrån deras strikt kronologiska förlopp”[38].

104. Jag anser att det är uppenbart att domstolens resonemang i domen i målet Mödling vilar på två grundvalar. Den första, vilken anges uttryckligen, är nödvändigheten av att skydda direktivets ändamålsenliga verkan.[39] Den andra, vilken är underförstådd men som i grund och botten utgör den andra sidan av medaljen, är önskan att beivra rättsmissbruk.

105. Det som domstolen slog fast i domen i målet Mödling kan naturligtvis generaliseras och gör det således möjligt att hävda att, för att förhindra rättsmissbruk och säkerställa den ändamålsenliga verkan av gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling, två handlingar som formellt sett är åtskilda, även ur kronologisk synvinkel, kan anses ha skett samtidigt eller också utgöra en enda rättshandling.

106. Det ankommer naturligtvis på den nationella domstolen att göra bedömningen, vilken ensam har tillgång till alla de uppgifter om de faktiska och rättsliga omständigheterna som krävs för det ändamålet. Av uppenbara skäl som hänger samman med kraven på rättssäkerhet krävs det dock att vissa stränga villkor är uppfyllda. Det får i synnerhet inte förflyta en alltför lång tid mellan markförsäljningen och tilldelningen av kontraktet, och det måste finnas övertygande uppgifter som visar att myndighetens avsikt vad gäller kontraktet förelåg redan vid tidpunkten för markförsäljningen. Utom i fall av uppenbart missbruk, då det redan från början är uppenbart att avsikten är att kringgå bestämmelserna, kan samtliga angivna uppgifter beaktas på ett lämpligt sätt endast genom en bedömning i efterhand.

107. Jag föreslår således att den åttonde och den nionde tolkningsfrågan vid behov ska besvaras enligt följande. När det föreligger klara uppgifter som tyder på en avsikt att kringgå gemenskapsbestämmelserna om offentliga kontrakt och koncessioner, kan två handlingar som formellt sett är åtskilda, även ur kronologisk synvinkel, nämligen försäljningen av mark och tilldelningen av ett kontrakt eller en koncession avseende marken, vid den rättsliga bedömningen av ett fall anses utgöra en enda rättshandling. Det ankommer på den nationella domstolen att, på grundval av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, pröva huruvida det föreligger en sådan avsikt att kringgå bestämmelserna.

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

V — Förslag till avgörande

108. Avslutningsvis föreslår jag att domstolen ska besvara frågorna från Oberlandesgericht Düsseldorf enligt följande:

”För att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt eller en byggkoncession enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, krävs det att det föreligger ett direkt samband mellan den upphandlande myndigheten och de arbeten som ska utföras eller de anläggningar som ska uppföras. Ett sådant direkt samband kan särskilt bestå i att anläggningen är avsedd att förvärvas av den offentliga myndigheten eller att anläggningen omedelbart kommer myndigheten till godo ekonomiskt, eller i det förhållandet att den upphandlande myndigheten har tagit initiativet till uppförandet eller åtminstone delvis bär kostnaderna för detta.

Begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt och begreppet byggkoncession enligt direktiv 2004/18 förutsätter att entreprenören enligt avtal är skyldig att, gentemot den offentliga myndigheten, utföra den överenskomna prestationen. Följderna av entreprenörens eventuella underlåtenhet ska fastställas i den nationella rätten.

En byggkoncession enligt direktiv 2004/18 kan aldrig innebära att koncessionshavaren tillerkänns en rätt som gäller för en obegränsad tidsperiod med avseende på den egendom som koncessionen avser.

När det föreligger klara uppgifter som tyder på en avsikt att kringgå gemenskapsbestämmelserna om offentliga kontrakt och koncessioner, kan två handlingar som formellt sett är åtskilda, även ur kronologisk synvinkel, nämligen försäljningen av mark och tilldelningen av ett kontrakt eller en koncession avseende marken, vid den rättsliga bedömningen av ett fall anses utgöra en enda rättshandling. Det ankommer på den nationella domstolen att, på grundval av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, pröva huruvida det föreligger en sådan avsikt att kringgå bestämmelserna."