DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 26 maj 2011 *

I mål C-306/08,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 9 juli 2008,

Europeiska kommissionen, företrädd av A. Alcover San Pedro, D. Kukovec och M. Konstantinidis, samtliga i egenskap av ombud,

sökande,

mot

Konungariket Spanien, företrätt av M. Muñoz Pérez, i egenskap av ombud,

svarande, meddelar

* Rättegångsspråk: spanska.

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna D. Šváby (referent), R. Silva de Lapuerta, E. Juhász och T. von Danwitz,

generaladvokat: N. Jääskinen,
justitiesekreterare: handläggaren R. Şereş,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 6 maj 2010,

och efter att den 16 september 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54), i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 (EGT L 285, s. 1) (nedan kallat direktiv 93/37), och 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 (EUT L 134, s. 114), genom att tilldela integrerade handlingsprogram (nedan kallade IHP), med tillämpning av lag 6/1994 av den 15 november 1994 om stadsplanering inom den autonoma regionen Valencia (Ley 6/1994, de 15 noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana (nedan kallad LRAU), därefter lag 16/2005 av den 30 december 2005 om stadsplanering inom den autonoma regionen Valencia (Ley 16/2005, de 30 diciembre, Urbanística Valenciana (nedan kallad LUV).

Tillämpliga bestämmelser

Unionslagstiftningen

Direktiv 92/50/EEG

2 Sextonde skälet i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3 s. 139) har följande lydelse:

”I vissa fall kan offentlig upphandling av tjänster, särskilt i fråga om fastighetsförvaltning, även omfatta bygg- och anläggningsarbeten. Det framgår av direktiv 71/305/EEG att endast sådana kontrakt som avser slutförande av ett arbete skall betraktas som offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten. Om sådana arbeten är accessoriska och inte det egentliga ändamålet med kontraktet är de inte

tillräcklig grund för att kontraktet skall betraktas som ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och upphandlingsarbeten."

3 I artikel 8 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

"Kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 A skall upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III–VI."

4 I kategori 12 i bilaga 1 A till direktiv 92/50 nämns särskilt "arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, besläktade vetenskapliga och tekniska konsulttjänster, liksom teknisk provning och analys".

Direktiv 93/37

5 I artikel 1 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) *Offentliga byggentreprenadkontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor vilka ingås mellan en leverantör och en nedan under b angiven upphandlande myndighet som avser antingen utförande eller såväl utförande som projektering av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga II eller av en byggentreprenad som anges nedan under c, eller utförande,

oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.

…

c) *Byggentreprenad*: resultatet av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

d) *Byggkoncession*: ett kontrakt av samma typ som angivits i a med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

…”

6 Enligt artikel 6.6 i direktiv 93/37 ska de upphandlande myndigheterna iaktta icke-diskrimineringsprincipen.

7 I artiklarna 11 och 12 i direktiv 93/37 anges gemensamma regler för offentliggörande av information på detta område. Däri föreskrivs bland annat att meddelandet om upphandling i sin helhet ska offentliggöras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* samt tidsfrister för mottagande av anbud och för när förfrågningsunderlaget och kompletterande handlingar ska sändas.

8 I artiklarna 24–29 i direktiv 93/37 anges tillämpliga kvalitativa kriterier för urval av entreprenörerna, bland vilka återfinns utvärderingskriterier avseende deras tekniska kapacitet.

Direktiv 2004/18

9 Skäl 10 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Ett kontrakt kan bedömas vara ett offentligt byggentreprenadkontrakt endast om det specifikt avser utförande av de verksamheter som avses i bilaga I, även om kontraktet kan omfatta utförandet av andra tjänster som är nödvändiga för utförandet av dessa verksamheter. Offentlig upphandling av tjänster, inbegripet fastighetsförvaltningstjänster, får i vissa fall omfatta byggentreprenad. Om emellertid sådan byggentreprenad är av underordnad betydelse jämfört med kontraktets huvudinnehåll och är en följd av eller ett komplement till detta, kan det faktum att sådan byggentreprenad ingår i upphandlingen inte anses vara ett tillräckligt skäl för att klassificera kontraktet som ett offentligt byggentreprenadkontrakt.”

10 I artikel 1 i direktiv 2004/18 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.

…

d) offentliga tjänstekontrakt: andra offentliga kontrakt än offentliga byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

…

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.

4. *tjänstekoncession*: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

… ”

11 Enligt artikel 2 i direktiv 2004/18 ska de upphandlande myndigheterna tillämpa principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet.

12 Enligt artikel 6 i direktiv 2004/18 får uppgifter som lämnats in och förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna inte offentliggöras.

13 I artikel 17 i direktiv 2004/18 föreskrivs att: ”[u]tan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i artikel 3 skall detta direktiv inte tillämpas på tjänstekoncessioner enligt artikel 1.4”.

14 I artikel 24 i direktiv 2004/18 föreskrivs regler för framläggande av alternativa anbud från anbudsgivarna, om kriteriet för kontraktstilldelning är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

15 I artikel 53 i direktiv 2004/18 anges kriterier för tilldelning av kontrakt. I nämnda bestämmelse föreskrivs vidare att den upphandlande myndigheten är skyldig att ange hur de olika kriterierna viktas inbördes när tilldelning sker på grundval av kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

16 I kategori 12 i bilaga II A till direktiv 2004/18 nämns särskilt ”Arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, därmed sammanhängande vetenskapliga och tekniska konsulttjänster, teknisk provning och analys”.

Lagstiftningen i den autonoma regionen Valencia

IHP

17 Enligt LRAU och LUV föreskrivs två ordningar för stadsplanering, nämligen isolerade åtgärder när det är fråga om en fastighet som ska bebyggas, och integrerade åtgärder när det är fråga om gemensam planering som avser två eller flera fastigheter som ska bebyggas gemensamt (artikel 6.2 och 6.3 LRAU samt artiklarna 14 och 15 LUV).

18 Genomförandet av integrerade åtgärder regleras av IHP (artikel 12 G LRAU och artikel 39 a LUV). Syftet är att fastställa omfattningen av den integrerade åtgärden och de arbeten som ska utföras, att fastsälla tillämpliga frister, fastställa de tekniska och ekonomiska villkoren för genomförandet, fastställa exploatörens åtaganden och skyldigheter genom att förhållandena mellan denne samt berörda fastighetsägare och myndigheter bestäms och att fastställa garantier för att säkerställa att dessa förpliktelser iakttas samt tillämpliga påföljder (artikel 29.2 LRAU och artikel 117.1 LUV).

19 I IHP ska särskilt bestämmelser för att uppnå följande nödvändiga syften anges: planering av samtliga fastigheter, anslutning och anpassning av berörda fastigheter till befintlig infrastruktur, befintliga energinät, kommunikationsnät och nät för allmänna nyttigheter, myndighetens erhållande av fastigheter utan kostnad, till nytta för det allmänna, erforderliga bygglov för allmän mark – utan kostnad och till nytta för myndigheterna, genomförandet av den rättsliga omklassificeringen av aktuella fastigheter och en rättvis fördelning av kostnader och intäkter mellan berörda parter (artikel 30 LRAU och artikel 124 LUV).

20 Genomförandet av isolerade åtgärder kan ske såväl i privat regi som i det allmännas regi. Däremot ska IHP alltid genomföras i det allmännas regi. Myndigheterna kan därvid bestämma om genomförandet ska ske direkt eller indirekt (artikel 7.1 och 7.2 LRAU samt artikel 117.4 LUV). Genomförandet är direkt när samtliga arbeten och investeringar finansieras med allmänna medel och ombesörjs av myndigheterna, dess organ eller offentliga företag (artikel 7.2 LRAU och artikel 117.4 LUV) utan att dessa gör en vinst på verksamheten (artikel 128.4 LUV). Vid indirekt genomförande delegerar däremot myndigheterna uppgiften som exploatör till en enskild, som kan men inte behöver vara fastighetsägare, och som utses genom ett offentligt förfarande i konkurrens med andra (artikel 7.2 LRAU och artikel 117.4 LUV).

Det indirekta genomförandeförfarandet

21 Inom ramen för det indirekta genomförandeförfarandet av IHP har exploatören rollen som det offentliga organ som har ansvar för åtgärder för planering och genomförande av stadsplaneringen enligt IHP. Dessa åtgärder innefattar under alla omständigheter upprättande av tekniska handlingar i databaser, initiativ till och genomförande av motsvarande fastighetsombildningar, samt i förekommande fall kontakterna med den entreprenör som ska genomföra projektet, i de fall och enligt de villkor som anges i lagen. Exploatören ska finansiera de investeringar, arbeten, anläggningar och ersättningar som krävs för att programmet ska kunna genomföras. Programmet ska omfattas av tillräckliga garantier. Ersättning för kostnaderna kan tas ut av de fastighetsägare vars fastigheter är föremål för planeringsåtgärder till följd av den integrerade åtgärden, antingen i form av fast egendom eller i form av likvida medel (artikel 29.9 A LRAU samt artiklarna 119 och 162.1 LUV). Dessa kostnader inbegriper bland annat entreprenadkostnaderna och exploatörens vinst, vilken enligt LUV kan uppgå till högst 10 procent av entreprenadkostnaderna (artikel 67.1 LRAU och artikel 168 LUV).

22 De fastighetsägare som berörs av den integrerade åtgärden kan medverka med sina obebyggda fastigheter och som ersättning erhålla bebyggda fastigheter. De kan särskilt, i proportionerlig omfattning, bidra till att täcka kostnaderna för planeringsåtgärden genom att överlåta en del av sina fastigheter till exploatören eller genom att betala ersättning kontant för sin del av kostnaderna för stadsplaneringen (artikel 29.9 B LRAU och artikel 162.2 LUV).

23 De fastigheter som tillhör fastighetsägare som uttryckligen vägrar att medverka kan begära att fastigheten exproprieras till ursprungligt värde (artikel 29.9 C LRAU och artikel 162.3 LUV).

24 Myndigheterna kan, ex officio eller på begäran av exploatören, besluta om expropriering eller tvingande fastighetsombildning när så är nödvändigt för att genomföra IHP (artiklarna 29.10, 66 och 68 LRAU samt artiklarna 162.3 och 169 LUV).

Förfarandet för tilldelning och godkännande

– LRAU

25 I enlighet med artikel 44 LRAU kan förfarandet inledas på initiativ av ett offentligt organ eller en enskild som kan men inte behöver vara ägare till de fastigheter som omfattas av planen.

26 Enligt artikel 45.1 LRAU kan enskilda begära att myndigheten offentliggör ett tekniskt anbud avseende en IHP som ska innehålla en avskrift av den behöriga myndighetens godkännande av planen eller begäran, med minimivillkoren för anslutning och integrering med avseende på förslaget till integrerad åtgärd, samt det preliminära planförslaget.

27 Enligt artikel 45.2 LRAU kan myndigheten avslå begäran eller kungöra den för allmänheten, i förekommande fall med yttranden och alternativ.

28 Det föreskrivs i artikel 46 LRAU att förslaget till IHP, oavsett om det utarbetats av en enskild eller av den behöriga myndigheten, ska offentliggöras i en allmän dagstidning och i den autonoma regionen Valencias officiella tidning. I enlighet med samma bestämmelse kan yttranden eller tekniska anbud inges under samrådsfasen. När denna fas är över kan anbudsgivarna inge rättsliga och ekonomiska anbud. Yttranden och tekniska anbud ska inges i öppet kuvert inom 20 dagar från publiceringen av förslaget till IHP, och de rättsliga och ekonomiska anbuden i slutet kuvert inom fem dagar från den tidpunkt då den nämnda fristen löpt ut. Den sistnämnda fristen kan förlängas med 20 dagar.

29 I artikel 46.2 LRAU anges de handlingar som ska ingå dels i det tekniska anbudet, det vill säga bland annat beskrivningen av entreprenaden, dels i det rättsliga och ekonomiska anbudet, i vilka ingår detaljerade bestämmelser om förhållandet mellan exploatören och fastighetsägarna, eventuella redan befintliga avtal dem emellan, en beräkning, om än preliminär och approximativ, av entreprenadkostnaden och ersättningen till exploatören samt det index med vilket entreprenadkostnaderna ska korrigeras.

30 Myndigheten kan i enlighet med artikel 47 LRAU avslå samtliga anbud och i förekommande fall besluta att själv genomföra IHP, eller godkänna IHP och fastställa dess innehåll genom att välja ett tekniskt anbud och ett rättsligt och ekonomiskt anbud bland de anbud som ingetts, med ändringar i de delar som den finner lämpligt. Myndigheten kan samtidigt tilldela IHP till den anbudsgivare som ingett ett rättsligt och ekonomiskt anbud som bygger på det lämpligaste tekniska anbudet. Denna tilldelning sker enligt kriterier som anges i IHP och bland vilka ingår garantier eller möjligheter till samarbete mellan berörda fastighetsägare för att underlätta eller säkerställa genomförandet av den integrerade åtgärden.

31 Myndigheten och exploatören ska ingå ett stadsplaneringskontrakt vilket enligt artikel 32 c LRAU ska innehålla deras respektive åtaganden, frister, exploatörens garantier samt överenskomna påföljder vid bristande uppfyllelse av den sistnämndes förpliktelser.

32 Enligt artikel 48 LRAU kan ett förenklat förfarande ske på initiativ av en enskild.

33 I artikel 67.3 LRAU föreskrivs att de ursprungliga kostnaderna i IHP kan omräknas när förslaget till stadsplan godkänns, om det föreligger objektiva skäl som exploatören inte kunde förutse.

– LUV

34 I enlighet med artikel 130 LUV kan förfarandet för tilldelning och godkännande av en IHP inledas på initiativ av en kommun eller på initiativ av en enskild, vare sig denne är fastighetsägare eller ej.

35 Enligt artikel 130.2 LUV kan enskilda till sin ansökan bifoga en planeringshandling avseende en detaljerad eller strukturell plan som ska genomföras samt de handlingar som avses i artikel 131.2 a–e LUV.

36 Myndigheten kan enligt artikel 130.3 LUV avslå den enskildes begäran, inleda det indirekta genomförandeförfarandet eller besluta att använda sig av direkt genomförande.

37 Enligt artikel 130.5 LUV anses ett kontrakt ha ingåtts om myndigheten inte svarar inom tre månader från det att den förste anbudsgivaren ingett ett anbud som innefattar genomförandet av gällande stadsplanedirektiv.

38 I enlighet med artikel 131.2 LUV medför ett beslut att inleda det indirekta genomförandeförfarandet avseende IHP även ett godkännande av de särskilda specifikationerna avseende tilldelningsförfarandet för IHP. I dessa ska både anges huruvida alternativa anbud godtas och definieras på vilket sätt anbudsgivarna kan föreslå sådana anbud samt fastslås de minimivillkor som anbudsgivarna ska uppfylla.

39 Enligt artikel 132.2 och 132.4 LUV ska anbudsförfrågan avseende tilldelning av IHP publiceras, åtminstone i *Europeiska unionens officiella tidning* och i den autonoma regionen Valencias officiella tidning, oberoende av det uppskattade värdet av IHP.

40 Anbuden ska enligt artikel 133 LUV innehålla handlingar som utvisar den kapacitet som krävs enligt det tekniska anbudet liksom enligt det rättsliga och ekonomiska anbudet.

41 Utvärderingskriterierna för anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet anges i artikel 123 LUV.

42 Innehållet i det tekniska anbudet preciseras i artikel 126 LUV.

43 Innehållet i det rättsliga och ekonomiska anbudet specificeras för sin del i artikel 127 LUV. Enligt denna bestämmelse ska anbudet innehålla villkoren för samarbetet mellan exploatören och de berörda fastighetsägarna och särskilt villkoren för ersättning till dem samt tillräcklig information för att fastighetsägarna ska få kännedom om de ekonomiska följderna som det aktuella anbudet medför för dem. I det rättsliga och ekonomiska anbudet ska särskilt kostnaderna för stadsplaneringen, exploatörens vinst och den tillämpliga omräkningskoefficienten vid betalning för fastigheterna anges.

44 I artikel 135.3 LUV anges tilldelningskriterierna för IHP, som ska utvärderas vad gäller det tekniska anbudet.

45 I artikel 135.4 LUV anges de utvärderingskriterier som ska användas vad gäller utvärderingen av de rättsliga och ekonomiska anbuden, särskilt kostnaden för stadsplaneringen samt den minsta andelen fastigheter eller byggrätter som ska ställas till exploatörens förfogande genom tvingande fastighetsombildning eller den största andel egna fastigheter eller närståendes fastigheter som påverkas av särskilda krav på byggnation enligt IHP.

46 I artikel 137 LUV finns bestämmelser som är tillämpliga på tilldelning och godkännande av IHP. Enligt artikel 137.5 LUV villkoras myndighetens slutliga godkännande av IHP av att den regionala regeringen gett sitt godkännande när IHP medför ändringar i den strukturella planeringen.

47 Enligt artikel 138 LUV ska kontraktet med exploatören inom en månad efter kontraktstilldelningen bekräftas i en officiell handling. I nämnda artikel anges vilka delar som ska ingå i denna handling.

48 I artikel 143.4 d LUV föreskrivs att myndigheten, för det fall kontraktet med exploatören skulle sägas upp, kan tillfråga de anbudsgivare som lämnat rättsliga och ekonomiska anbud avseende det utvalda tekniska anbudet att fullfölja genomförandet av programmet eller i andra hand inleda en ny anbudsinfordran på grundval av det tekniska anbud som antagits efter den första anbudsinfordran.

49 Myndigheten kan enligt artikel 155.6 och 155.7 LUV göra ändringar i det förslag till stadsplan som ingår i det anbud som antagits när IHP tilldelades, om de genomförda ändringarna inte motsvarar mer än 20 procent av kostnaden för entreprenaden.

50 Enligt artikel 168.3 LUV kan det högsta beloppet för stadsplanekostnaderna inte ökas utan att det sker en uppräkning vilken inte kan medföra en ökning av den del som motsvarar exploatörens vinst.

51 Vad gäller genomförandet av entreprenaden krävs enligt LUV att detta ska överlåtas till en entreprenör som valts av exploatören inom ramen för ett offentligt upphandlingsförfarande enligt bestämmelserna om tilldelning av offentliga kontrakt. Den berörde exploatören eller denne närstående bolag kan inte delta i detta upphandlingsförfarande.

52 Enligt den första övergångsbestämmelsen för LUV regleras IHP:er som upprättats innan LUV trädde i kraft, det vill säga den 1 februari 2006, av LRAU, i den mån de godkänts av kommunen före denna tidpunkt eller den maximala tidsfristen för att fatta ett uttryckligt beslut om godkännande löpt ut.

Det administrativa förfarandet och kommissionens talan

53 Kommissionen meddelade, efter klagomål och genom en formell underrättelse den 21 mars 2005, Konungariket Spanien att flera bestämmelser i LRAU avseende tilldelning av IHP enligt kommissionen stod i strid med direktiv 93/37 och direktiv 92/50. Genom skrivelse av den 31 mars 2005 besvarade Konungariket Spanien den formella underrättelsen och gjorde gällande att tilldelningen av IHP inte utgjorde en offentlig upphandling som omfattades av dessa direktiv. Konungariket Spanien hänvisade bland annat till förarbetena till LUV vilka även gett upphov till kontakter och skriftväxling mellan denna medlemsstat och kommissionen.

54 Kommissionen ansåg inte att de förklaringar som Konungariket Spanien gett var tillräckliga. Kommissionen ansåg vidare att tilldelningen av IHP enligt LRAU utgjorde ett åsidosättande av nämnda direktiv. Kommissionen skickade därför den 15 december 2005 ett motiverat yttrande till medlemsstaten i fråga, vilket yttrande denna medlemsstat uppmanades att följa inom en treveckorsfrist som löpte ut den 6 januari 2006.

55 Konungariket Spanien gjorde i sitt svar på det motiverade yttrandet av den 26 januari 2006 gällande att LUV, genom vilken LRAU skulle upphävas, hade antagits och skulle träda i kraft den 1 februari 2006. Medlemsstaten inkom, efter skriftväxling med kommissionen, genom skrivelse av den 17 mars 2006 med ytterligare synpunkter.

56 Mot bakgrund av att det påstådda åsidosättandet fortgick och fristen för att införliva direktiv 2004/18 löpt ut skickade kommissionen den 10 april 2006 en kompletterande formell underrättelse till Konungariket Spanien, som besvarade densamma genom skrivelse av den 7 juli 2006.

57 Kommissionen ansåg att dels LUV, dels tilldelningen av IHP enligt LRAU mellan den 21 mars 2005 och den 31 januari 2006 utgjorde ett åsidosättande av bland annat direktiv 2004/18 och skickade därför den 12 oktober 2006 ett kompletterande motiverat yttrande.

58 Konungariket Spanien vidhöll sin inställning i sitt svar på det kompletterande motiverade yttrandet av den 11 januari 2007. Kommissionen väckte därför förevarande talan och har yrkat att domstolen ska fastställa att Konungariket Spanien:

— har åsidosatt sina skyldigheter enligt artiklarna 1, 6.6, 11, 12 och 24–29 i direktiv 93/37 genom att tilldela IHP enligt LRAU,

— har åsidosatt sina skyldigheter enligt artiklarna 2, 6, 24, 30, 31.4 a och 53 i direktiv 2004/18 genom att tilldela IHP enligt LUV.

Begäran om återupptagande av det muntliga förfarandet

59 Kommissionen har genom skrivelse av den 22 november 2010 begärt att det muntliga förfarandet ska återupptas. Kommissionen har gjort gällande att frågan avseende den behöriga myndighetens ekonomiska deltagande, vilket generaladvokaten analyserat i sitt förslag till avgörande, utgör en grundläggande omständighet i tvisten som kräver ytterligare klarlägganden.

60 Det ska erinras om att domstolen på eget initiativ eller på förslag från generaladvokaten, eller på parternas begäran, kan återuppta det muntliga förfarandet i enlighet med artikel 61 i rättegångsreglerna, om den anser att den inte har tillräcklig kännedom om omständigheterna i målet eller om detta ska avgöras på grundval av ett argument som inte har avhandlats mellan parterna (se, bland annat, dom av den 8 september 2009 i mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, REG 2009, s. I-7633, punkt 31 och där angiven rättspraxis).

61 I domstolens stadga och i rättegångsreglerna föreskrivs däremot inte någon möjlighet för parterna att inkomma med yttranden över generaladvokatens förslag till avgörande (se domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkt 32).

62 Domstolen finner, efter att ha hört generaladvokaten, att den i förevarande fall förfogar över alla uppgifter som är nödvändiga för att den ska kunna avgöra det anhängiggjorda målet och att det inte är aktuellt att pröva ett argument som inte har avhandlats vid domstolen. Det finns därför inte någon anledning att besluta att återuppta det muntliga förfarandet.

Talan

Upptagande till sakprövning

63 Konungariket Spanien har anfört att talan i vissa delar, vad avser åsidosättande av direktiv 93/37 genom LRAU, inte kan tas upp till sakprövning. Konungariket Spanien anser att den omständigheten att det i det första motiverade yttrandet krävdes att

LRAU skulle anpassas till direktiv 93/37 i stället för till direktiv 2004/18, vars införlivandefrist snart höll på att löpa ut, kan kritiseras.

64 Enligt Konungariket Spanien hade LRAU upphört att tillämpas vid ikraftträdandet av LUV, och kommissionen har inte visat att ett betydande antal IHP hade godkänts enligt LRAU under införlivandefristen för LUV. Konungariket Spanien anser vidare att det – i de fall, såsom i det förevarande, då de nationella bestämmelserna och gemenskapsbestämmelserna har upphävts mer än två år före talans väckande – saknas intresse av att få saken prövad.

65 Det är följaktligen med avseende på den lagstiftning som var i kraft den 6 januari 2006, den tidpunkt då fristen som angavs i det första motiverade yttrandet av den 15 december 2005 löpte ut, som bedömningen av huruvida det påstådda fördragsbrott som avses med förevarande anmärkning förelåg ska göras. Det ska emellertid påpekas att, vid denna tidpunkt, såväl LRAU som direktiv 93/37 var i kraft.

66 Vad beträffar kommissionens val av tidpunkt för att inleda förfarandet mot Konungariket Spanien, ska det erinras om att det åligger kommissionen att, inom ramen för fullgörandet av den uppgift som ankommer på den enligt artikel 211 EG, övervaka tillämpningen av bestämmelserna i fördraget och kontrollera att medlemsstaterna har agerat i enlighet med dessa bestämmelser. Om kommissionen anser att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter, ska den bedöma om det är lämpligt att väcka talan mot denna medlemsstat, fastställa vilka bestämmelser medlemsstaten har åsidosatt och bedöma vid vilken tidpunkt den bör väcka talan vid domstolen, varvid de överväganden som ligger till grund för ett sådant val inte kan påverka frågan huruvida talan kan upptas till sakprövning (se dom av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien, REG 1998, s. I-3851, punkt 27, av den 8 december 2005 i mål C-33/04, kommissionen mot Luxemburg, REG 2005, s. I-10629, punkt 66, och av den 19 maj 2009 i mål C-531/06, kommissionen mot Italien, REG 2009, s. I-4103, punkt 23).

67 Mot bakgrund av ovanstående ska den invändning om rättegångshinder som framförts av Konungariket Spanien ogillas.

Prövning i sak

Parternas argument

68 Kommissionen anser att flera delar av förfarandet för tilldelning och godkännande av IHP med indirekt genomförandeförfarande enligt LRAU och LUV strider mot artiklarna 1, 6.6, 11, 12, och 24–29 i direktiv 93/37 och artiklarna 2, 6, 24, 30, 31.4 a, och 53 i direktiv 2004/18.

69 Kommissionen har hävdat att relationen mellan myndigheten och exploatören enligt direktiven 93/37 och 2004/18 utgör ett offentligt kontrakt vars huvudsakliga syfte enligt beskrivningen av en integrerad åtgärd är att genomföra en offentlig entreprenad.

70 Den omständigheten att det faktiska genomförandet av entreprenadarbetena inom ramen för LUV av exploatören överlåts på en entreprenör förändrar inte bedömningen att det är fråga om ett offentligt entreprenadkontrakt, eftersom det är exploatören som i förhållande till myndigheten åtar sig att utföra arbetena.

71 Vad gäller frågan huruvida tilldelningen och godkännandet av IHP avser ekonomiska villkor, har kommissionen anmärkt att det genom LRAU och LUV inrättas ett system

med ett kontrakt mellan två parter, exploatören och kommunen, enligt vilket ersättningen har ett direkt samband med genomförandet av entreprenaden och utförandet av vissa anknutna tjänster. Exploatören erhåller vidare ersättning i likvida medel eller motsvarande ersättning i fast egendom från fastighetsägarna.

72 Enligt kommissionen framgår det av myndighetens beslut om godkännande av IHP och val av exploatör att det är fråga om ett kontrakt med ekonomiska villkor. Detta framgår även av dennes offentliga befogenheter att tillse att bestämmelserna i den godkända IHP efterlevs.

73 Kommissionen har tillagt att när myndigheten beslutar att IHP ska omfattas av ett direkt genomförandeförfarande ska myndigheten själv genomföra projektet och betala de därför nödvändiga kostnaderna. I ett sådant fall betalar myndigheten kostnaderna som sedan övervältras på fastighetsägarna medan myndigheten inte har några kostnader men inte heller några intäkter när det indirekta genomförandeförfarandet väljs. Kommissionen har härav dragit slutsatsen att när myndigheten väljer ett indirekt genomförandeförfarande får den inte längre vissa intäkter, och den omständigheten att den inte heller får vidkännas vissa kostnader påverkar inte denna slutsats.

74 Kommissionen har slutligen påpekat att, såsom det framgår bland annat av dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl. (REG 2001, s. I-5409) punkterna 77 och 84, och av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl. (REG 2007, s. I-385), punkterna 45 och 57, den omständigheten att betalningar görs av tredje man visar att det är fråga om ett kontrakt med ekonomiska villkor.

75 Kommissionen har i sin replik påpekat att Tribunal Supremo har kommit till den diametralt motsatta slutsatsen jämfört med den uppfattning som Konungariket Spanien har hävdat. Tribunal Supremos slutsats överensstämmer i huvudsak med kommissionens analys.

76 Konungariket Spanien har för sin del hävdat att relationen mellan myndigheten och exploatören, mot bakgrund av det sätt på vilket denne ersätts, inte utgör ett offentligt entreprenadkontrakt utan en koncession som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven 93/37 och 2004/18 och att tilldelningen av IHP därmed omfattas av principerna i unionens primärrätt.

77 Enligt denna medlemsstat har kommissionen blandat ihop IHP och entreprenaden. Entreprenadarbetena är nämligen inte IHP:ns enda eller ens huvudsakliga ändamål. Godkännande av IHP genom tilldelning inbegriper även finansiering och fastighetsombildning samt fördelning av entreprenadarbeten till tjänsteleverantörerna. Exploatören är således även ekonomiskt ansvarig för genomförandet av entreprenadarbetena samt ansvarig för att vidta nödvändiga administrativa åtgärder för att säkerställa att åtgärderna inte medför några kostnader för myndigheten och för en rättvis fördelning av kostnader och dithörande vinst mellan fastighetsägarna.

78 Konungariket Spanien har även gjort gällande att det inte förekommer något vederlag från myndighetens sida, eftersom exploatörens ersättning uteslutande kommer från fastighetsägarna.

79 För det första har inte fastighetsägarens skyldighet att finansiera stadsplaneringen och följaktligen att ersätta exploatören sin grund i myndighetens ensidiga beslut utan följer av dennes frivilliga beslut att delta i fastighetsombildningen och således få tillgång till nya fastigheter att bebygga.

80 I LRAU och LUV föreskrivs vidare inte någon garanti för betalning med offentliga medel, något som skulle tyda på att det är fråga om ett kontrakt med ekonomiska villkor mellan myndigheten och exploatören. Det är den sistnämnda som är ansvarig i förhållande till myndigheten om entreprenören eller fastighetsägarna inte skulle uppfylla sina respektive skyldigheter.

81 Valet av ett indirekt genomförandeförfarande framför ett direkt sådant innebär slutligen inte att det är fråga om ett kontrakt med ekonomiska villkor i större utsträckning än när myndigheten gör bruk av sin rätt att genomföra fastighetsbildning eller expropriering.

82 Konungariket Spanien har mot denna bakgrund hävdat att exploatören inte ska betraktas som en anbudsgivare som vunnit en upphandling i egentlig mening utan som koncessionshavare, eftersom ersättningen beror på hur de fastigheter som ska bebyggas utnyttjas på marknaden och inte på ett fast pris som satts av myndigheten. Exploatörens roll påminner särskilt om en tjänstekoncession, emedan den ekonomiska förvaltningen av fastighetsombildningen är den från ekonomisk synpunkt viktigaste uppgiften.

83 Konungariket Spanien har dessutom gjort gällande att kommissionens ståndpunkt strider mot den ändamålsenliga verkan av direktiven 93/37 och 2004/18.

Domstolens bedömning

84 Det ska inledningsvis erinras om att förevarande talan enbart avser tilldelning av kontrakt avseende stadsplanering i enlighet med de lagar som efter varandra antagits av den autonoma regionen Valencia på grundval av dess befogenhet att reglera fysisk planering.

85 Kommissionen har i synnerhet kritiserat Konungariket Spanien för tilldelningen av IHP, det vill säga integrerade åtgärder med syfte att bebygga flera intilliggande fastigheter i enlighet med en gemensam plan, enligt vilken fastigheterna ska förberedas för bebyggelse med tillämpning av dels LRAU, dels LUV, i strid med direktiv 93/37 respektive direktiv 2004/18.

86 Kommissionens kritik avser endast förfarandet för tilldelning av IHP vid indirekta genomförandeförfaranden. Dessa innebär enligt den aktuella lagstiftningen att den behöriga upphandlande myndigheten till ett enskilt rättssubjekt, som utvalts genom ett konkurrensutsatt förfarande, delegerar uppgiften att exploatera marken. Det är härvidlag utan betydelse huruvida denne äger de aktuella fastigheterna eller ej.

87 Kommissionen har hävdat att de aktuella stadsplaneringskontrakten ska betraktas som offentliga byggentreprenadkontrakt och att därför kraven i direktiv 93/37, sedermera direktiv 2004/18 ska respekteras. Detta framgår, vad gäller anmärkningarna mot LRAU, av att den rättsliga grunden för talan begränsats till att avse åsidosättande av direktiv 93/37 och, vad avser anmärkningarna mot LUV, av det kompletterande motiverade yttrandet samt av vad kommissionen angett i sin ansökan och bekräftat vid förhandlingen.

88 Det ska, vad gäller begreppet offentliga byggentreprenader i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 93/37 och artikel 1.2 b i direktiv 2004/18 erinras om att detta begrepp avser skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga II till direktiv 93/37 och bilaga I till direktiv 2004/18 eller av en byggentreprenad enligt definitionen i artikel 1 c i direktiv 93/37 och artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, eller utförande av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.

89 Det framgår vidare av sextonde skälet i direktiv 92/50 och av skäl 10 i direktiv 2004/18, jämförda med artikel 1 a i direktiv 93/37 och artikel 1.2 b i direktiv 2004/18 att ett kontrakt kan bedömas vara ett offentligt byggentreprenadkontrakt endast om det motsvarar den definition som getts i förevarande punkt och att utförandet av andra

tjänster som inte avses med kontraktet inte kan anses vara ett tillräckligt skäl för att klassificera kontraktet som ett offentligt byggentreprenadkontrakt.

90 Det framgår vidare av domstolens rättspraxis att det är det huvudsakliga ändamålet med ett kontrakt som avgör vilket system av unionsbestämmelser om offentlig upphandling som i princip är tillämpligt, när kontraktet innehåller såväl delar vilka har samband med offentliga byggentreprenadkontrakt, som delar vilka har samband med andra slags offentliga kontrakt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Auroux m.fl., punkt 37).

91 Fastställandet av detta ändamål ska ske med beaktande av vilka huvudprestationer som överväger och vilka som, i den egenskapen, är karaktäristiska för detta kontrakt i motsats till dem som endast är av accessorisk eller kompletterande karaktär och som är obligatoriska på grund av kontraktets själva ändamål (dom av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-619, punkt 49).

92 I förevarande mål har kommissionen begränsat sig till att göra gällande att de omtvistade stadsplaneringskontrakten ska kvalificeras som offentliga entreprenadkontrakt, eftersom det huvudsakliga ändamålet med IHP är en entreprenad som, i den mening som avses i artikel 1 c i direktiv 93/37 och artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, avser stadsplanering, för att till två eller flera fastigheter iordningställa en väg med vägbeläggning, distribution av dricksvatten och elektricitet, bortledning av avloppsvatten från rännstenarna och belysning. Kommissionen har hävdat att de tjänster som exploatören tillhandahåller – såsom upprättande av tekniska handlingar, utarbetande och förvaltning av markfördelningen, eller, enligt LUV, att utvälja den entreprenör som ska utföra arbetena – är tekniska och en följd av kontraktet.

93 Konungariket Spanien har även tillbakavisat kommissionens påstående att IHP är att betrakta som en byggentreprenad i den mening som avses i direktiven 93/37 och 2004/18 och har hävdat att genomförandet av en sådan entreprenad inte utgör

det enda eller ens det huvudsakliga ändamålet med IHP. Medlemsstaten i fråga har gjort gällande att exploatören även är ekonomiskt ansvarig för entreprenadens utförande och även skyldig att vidta åtgärder för att säkerställa att åtgärderna inte medför någon kostnad för myndigheten samt att det sker en rättvis fördelning av kostnaderna för åtgärden, och motsvarande ökning av fastigheternas värde, mellan de fastighetsägare som finansierar densamma. Denna medlemsstat har för övrigt hävdat att de aktuella kontrakten är att betrakta som tjänstekoncessioner i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2004/18.

94 Enligt fast rättspraxis åligger det kommissionen att i mål om fördragsbrott enligt artikel 226 EG bevisa det påstådda fördragsbrottet genom att förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera huruvida fördragsbrott föreligger. Kommissionen får nämligen inte stödja sig på någon presumtion (dom av den 27 januari 2011 i mål C-490/09, kommissionen mot Luxemburg, REU 2011, s. I-247, punkt 49 och där angiven rättspraxis).

95 Vad avser arten av de uppgifter som exploatören har ansvar för har kommissionen, oaktat Konungariket Spaniens analys, inte sökt stödja sina egna påståenden och tillbakavisa medlemsstatens påståenden genom en fördjupad undersökning av dessa omständigheter.

96 Det har nämligen inte visats att entreprenaden, som avser anslutning och anpassning av berörda fastigheter till befintlig infrastruktur, befintliga energinät, kommunikationsnät och nät för allmänna nyttigheter, utgör det huvudsakliga ändamålet med det kontrakt som sluts mellan kommunen och exploatören inom ramen för en IHP vid indirekt genomförande. Exploatörens genomförande av IHP innefattar nämligen, såsom angetts bland annat i punkterna 21 och 23 ovan, verksamheter som inte kan kvalificeras som entreprenader i den mening som avses i de direktiv som kommissionen har åberopat i sin ansökan. Dessa omfattar utarbetande av utvecklingsplan, initiativ till och genomförande av motsvarande fastighetsombildningar, erhållande utan kostnad och till nytta för det allmänna, av fastigheter och erforderliga bygglov för allmän

mark, genomförandet av den rättsliga omklassificeringen av aktuella fastigheter och en rättvis fördelning av kostnader och intäkter mellan berörda parter samt finansiering och garantier avseende de investeringar, arbeten, anläggningar och ersättningar som krävs för att programmet ska kunna genomföras. Detta gäller även när exploatören, i likhet med vad som anges i artikel 119.1 LUV ska anordna en offentlig upphandling för att utse den entreprenör som ska utföra entreprenaden.

97 Det ska vidare konstateras att vissa av de verksamheter som omfattas av IHP, vare sig de sker enligt LRAU eller LUV, som de som uppräknats i föregående punkt, till sin natur förefaller motsvara verksamheter som avses i kategori 12 i bilaga I A till direktiv 92/50 och bilaga II A till direktiv 2004/18 om tjänster som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50 respektive artikel 1.2 d i direktiv 2004/18.

98 Härav följer att kommissionen inte visat att det huvudsakliga ändamålet med det kontrakt som sluts mellan kommunen och exploatören omfattas av offentlig upphandling av byggentreprenader i den mening som avses i direktiv 93/37 och i direktiv 2004/18, vilket är en förutsättning för att det påstådda fördragsbrottet ska föreligga.

99 Kommissionens talan ska således ogillas.

Rättegångskostnader

100 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Konungariket Spanien har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska Konungariket Spaniens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) Talan ogillas.

2) Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter