DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

12. juli 2001 *

I sag C-399/98,

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

Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi,

Piero De Amicis,

Consiglio Nazionale degli Architetti,

Leopoldo Freyrie

mod

Comune di Milano,

procesdeltagere:

Pirelli SpA,

Milano Centrale Servizi SpA,

Fondazione Teatro alla Scala, tidligere Ente Autonomo Teatro alla Scala,

* Processprog: italiensk.

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C. Gulmann, og dommerne V. Skouris (refererende dommer), J.-P. Puissochet, R. Schintgen og F. Macken,

generaladvokat: P. Léger
justitssekretær: fuldmægtig L. Hewlett,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi og Piero De Amicis ved avvocato P. Mantini

— Consiglio Nazionale degli Architetti og Freyrie ved avvocato A. Tizzano

— byen Milano ved avvocati F.A. Roversi Monaco, G. Pittalis, S. De Tuglie, L.G. Radicati di Brozolo, og avocat A. Kronshagen

— Pirelli SpA ved avvocati G. Sala, A. Pappalardo og G. Greco

— Milano Centrale Servizi SpA ved avvocati G. Sala, A. Pappalardo og L. Decio

— Fondazione Teatro alla Scala di Milano ved avvocati P. Barile, S. Grassi og V.D. Gesmundo

— den italienske regering ved U. Leanza, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello Stato P.G. Ferri og efterfølgende M. Fiorilli

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved P. Stancanelli og M. Nolin, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 12. oktober 2000 er afgivet mundtlige indlæg af Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi ved avvocato P. Mantini, Consiglio Nazionale degli Architetti ved avvocato F. Sciaudone, byen Milano ved avvocato L.G. Radicati di Brozolo, Pirelli SpA ved avvocati G. Sala, A. Pappalardo og G. Greco, Milano Centrale Servizi SpA ved avvocato L. Decio, Fondazione Teatro alla Scala ved avvocato V.D. Gesmundo, den italienske regering ved M. Fiorilli, og af Kommissionen ved P. Stancanelli,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 7. december 2000,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 11. juni 1998, indgået til Domstolen den 9. november 1998, har Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54, herefter »direktivet«).

2 Disse spørgsmål er blevet rejst inden for rammerne af to sager, hvoraf den ene er anlagt af Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi (arkitektsammenslutningerne i Milano og Lodi provinserne, herefter »Ordine degli Architetti«) og arkitekt De Amicis, og den anden af Consiglio Nazionale degli Architetti (det nationale arkitektråd, herefter »CNA«) og arkitekt Freyrie mod byen Milano. Selskaberne Pirelli SpA (herefter »Pirelli«) og Milano Centrale Servizi SpA (herefter »MCS«) samt Fondazione Teatro alla Scala, tidligere Ente Autonomo Teatro alla Scala (herefter »FTS«), er blevet procestilvarslet.

Relevante retsregler

Fællesskabsbestemmelser

3 Direktivet blev vedtaget med hjemmel i EF-traktatens artikel 57, stk. 2 (efter ændring nu artikel 47, stk. 2, EF), EF-traktatens artikel 66 (nu artikel 55 EF) og EF-traktatens artikel 100 A (efter ændring nu artikel 95 EF).

4 Efter ordlyden af direktivets anden betragtning indebærer »den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, som i medlemsstaterne indgås for statens, lokale myndigheders og andre offentligretlige organers regning [...] sammen med ophævelsen af begrænsningerne en samordning af de nationale fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter«.

5 Ifølge direktivets tiende betragtning nødvendiggør »udviklingen af en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter [...] at de udbudsbekendtgørelser, de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne udarbejder, offentliggøres på fællesskabsplan«.

6 Direktivets artikel 1, litra a), b) og c), bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

a) 'offentlige bygge- og anlægskontrakter', gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov

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

[...]

c) 'bygge- og anlægsarbejde', resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.«

7 De »i bilag II omhandlede former for virksomhed«, der nævnes i direktivets artikel 1, litra a), er den bygge- og anlægsvirksomhed, der svarer til klasse 50 i

den systematiske fortegnelse over økonomiske aktiviteter i De Europæiske Fællesskaber (herefter »NACE«). Blandt disse former for virksomhed findes udtrykkeligt gruppen vedrørende opførelse af bygninger.

8 Direktivets artikel 3, stk. 4, bestemmer:

»Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at indehavere af en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, der ikke er en ordregivende myndighed, anvender reglerne om offentliggørelse i artikel 11, stk. 4, 6, 7 og 9 til 13, og artikel 16 ved indgåelsen af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder med tredjemand, når værdien af disse kontrakter andrager 5 000 000 [EUR] eller derover [...]«

9 Direktivets artikel 4 og 5 angiver, hvilke typer af kontrakter direktivet ikke finder anvendelse på. Det drejer sig om bygge- og anlægskontrakter, der er omfattet af Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1), offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis de er erklæret hemmelige, hvis arbejdets udførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger, eller hvis beskyttelsen af medlemsstaternes væsentlige interesser gør det nødvendigt, såvel som offentlige kontrakter, som er omfattet af andre procedureregler, og som indgås i henhold til visse internationale aftaler eller en international organisations særlige procedure.

10 Direktivets artikel 6, stk. 1, bestemmer, at direktivet finder anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis anslåede værdi uden moms andrager 5 000 000 EUR eller derover.

11 For så vidt angår fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter præciserer direktivets artikel 7 i stk. 2 og 3 de tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder kan anvende fremgangsmåden med udbud efter forhandling, der i direktivets artikel 1, litra g), er defineret som den fremgangsmåde, hvorved »de ordregivende myndigheder henvender sig til de af dem valgte entreprenører og forhandler kontraktens vilkår med en eller flere af disse«.

12 Direktivets artikel 7, stk. 2, fastsætter tre tilfælde, hvor udbud efter forhandling skal gennemføres efter offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Artikel 7, stk. 3, opregner fem tilfælde, hvor der ikke forud for fremgangsmåden med udbud efter forhandling skal være sket en sådan offentliggørelse, nemlig for det første det tilfælde, hvor et offentligt eller et begrænset udbud viser sig at være afholdt forgæves, for det andet det tilfælde, hvor der faktisk eller retligt kun findes en eneste entreprenør, der kan udføre arbejdet, for det tredje det tilfælde, hvor der foreligger tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, for det fjerde tilfældet med supplerende arbejder til en allerede indgået kontrakt og for det femte tilfældet med arbejder, der er en gentagelse af tilsvarende arbejder, der allerede har været genstand for en kontrakt indgået efter et offentligt eller begrænset udbud.

13 Direktivets artikel 7, stk. 4, præciserer, at i alle andre tilfælde anvender de ordregivende myndigheder ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter offentligt eller begrænset udbud.

14 Ifølge direktivets artikel 11, stk. 2, skal de ordregivende myndigheder, som ønsker at indgå en offentlig bygge- og anlægskontrakt ved offentligt eller begrænset udbud eller ved udbud efter forhandling i de i artikel 7, stk. 2, omhandlede tilfælde, tilkendegive deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.

15 Denne bekendtgørelse skal i overensstemmelse med direktivets artikel 11, stk. 9, offentliggøres i sin helhed i *De Europæiske Fællesskabers Tidende.*

Den nationale lovgivning

Den italienske lovgivning om byplanlægning

16 Det fremgår af sagen, at byggeentreprenørvirksomhed i italiensk ret er underlagt de offentlige myndigheders kontrol. I overensstemmelse med artikel 1 i legge n° 10, per la edificabilità dei suoli (lov nr. 10 om bestemmelser vedrørende byggemodnede arealer) af 28. januar 1977 (GURI nr. 27 af 29.1.1977, herefter »lov nr. 10/77«), medfører »[e]nhver virksomhed, der omfatter en byplanmæssig og ejendomsmæssig ændring af det kommunale område [...] deltagelse i de udgifter, der følger heraf, og arbejdernes udførelse er betinget af borgmesterens udstedelse af en tilladelse«.

17 Efter ordlyden af samme lovs artikel 3, der har overskriften »Bidrag for udstedelse af byggetilladelse«, »medfører udstedelse af byggetilladelse, at der skal betales et bidrag, der beregnes i forhold til udgifterne til infra- og servicestrukturerne og byggeomkostningerne« (herefter »bidrag til infra- og servicestrukturudgifterne«).

18 Bidraget til infra- og servicestrukturudgifterne betales til kommunen på tidspunktet for byggetilladelsens udstedelse. Imidlertid fastsætter artikel 11, stk. 1, i lov nr. 10/77, at »indehaveren af byggetilladelsen mod helt eller delvist fradrag

for det skyldige bidrag kan forpligte sig til direkte at udføre infra- og servicestrukturarbejdet på de vilkår og med den garanti, kommunen har fastsat«.

19 Efter ordlyden af artikel 4, stk. 1, i legge n° 847, autorizzazione ai Comuni e loro consorzi a contrarre mutui per l'acquisizione delle aree ai sensi della legge 18. aprile 1962, n° 167 (lov nr. 847, der tillader, at kommuner og sammenslutninger af kommuner optager lån til erhvervelse af arealer i overensstemmelse med lov nr. 167, af 18.4.1962) af 29. september 1964, som ændret ved artikel 44 i lov nr. 865 af 22. januar 1971 og artikel 17 i lov nr. 67 af 11. marts 1988 (herefter »lov nr. 847/64«), udgør primære infra- og servicestrukturer, herunder offentlige rum, veje i beboelsesområder, hvile- og parkeringsarealer, kloaker, vandledningsnet, distributionsnet for elektricitet og gas, offentlig belysning samt anlagte grønne områder.

20 Ifølge samme lovs artikel 4, stk. 2, udgør sekundære infra- og servicestrukturer vuggestuer og børnehaver, folkeskoler samt indretninger og komplekser beregnet for uddannelser efter den obligatoriske skolegang, lokale markeder, filialer af kommunens tjenestegrene, kirker og andre bygninger til religiøst formål, lokale sportsanlæg, socialcentre og kulturelle og sundhedsmæssige indretninger samt lokale grønne områder.

21 Bestemmelser med et tilsvarende indhold som i artikel 11, stk. 1, i lov nr. 10/77, dog udelukkende for primære infra- og servicestrukturarbejder, fandtes allerede i artikel 31, stk. 4, i legge urbanistica (lov om byplanlægning) nr. 1150 af 17. august 1942 (GURI nr. 244 af 17.8.1942), som affattet ved rammelov nr. 765 af 6. august 1967 (herefter »lov nr. 1150/42«), der bestemmer, at »opnåelse af byggetilladelse dog altid er betinget af eksistensen af primært infra- og servicestrukturarbejde eller af en kommunalplan med henblik på virkeliggørelse heraf inden for tre år efter en af private påtagen forpligtelse til at udføre disse arbejder samtidigt med de i tilladelsen omhandlede byggerier«.

22 Hvad specielt angår koordineringen af udførelsen af en flerhed af bygge- og anlægsarbejder i henhold til en udstykningsplan, hvilket tilfælde svarer til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, bestemmer artikel 28, stk. 5, i lov nr. 1150/42:

»Kommunens godkendelse er betinget af indgåelse af en aftale, der skal udarbejdes af ejeren, og som bestemmer:

1) [...] vederlagsfri overdragelse af de nødvendige arealer med henblik på sekundært infra- og servicestrukturarbejder inden for de i punkt nr. 2 fastlagte rammer

2) ejeren forpligtes til at bære de udgifter, der er forbundet med de primære infra- og servicestrukturarbejder, samt en andel af udgifterne til de sekundære infra- og servicestrukturarbejder, der er forbundet med udstykningen, eller til de arbejder, der er nødvendige med henblik på områdets tilslutning til de offentlige forsyningsnet; beløbet for denne andel fastsættes i forhold til vigtigheden af og kendetegnene ved de arbejder, der skal udføres i udstykningen

3) fristerne for færdiggørelsen af de i det foregående afsnit fastsatte arbejder kan ikke være på over ti år

[...]«

23 Samme lovs artikel 28, stk. 9, bestemmer, at »[f]risten for udførelse af de infra- og servicestrukturarbejder, som ejeren skal foretage, fastsættes til ti år«.

24 Med hensyn til regionernes lovgivning bestemmer artikel 8 i regionen Lombardiets lov nr. 60 af 5. december 1977 (*Bolletino Ufficiale della Regione Lombardia*, 2. supplement til nr. 49 af 12.12.1977, herefter »regionen Lombardiets lov nr. 60/77«), at private i ansøgningen om opnåelse af en almindelig byggetilladelse kan ansøge om »at opnå godkendelse til direkte at udføre et eller flere primære eller sekundære infra- og servicestrukturarbejder, som fradrages helt eller delvist i bidraget til infra- og servicestrukturudgifterne«, idet denne godkendelse meddeles af borgmesteren, »for så vidt han finder, at denne direkte udførelse er i offentlighedens interesse«.

25 Derimod er udførelsen af infra- og servicestrukturarbejde, der er fastsat i en udstykningsplan, reguleret ved artikel 12 i samme lov, som ændret ved regionens lov nr. 31 af 30. juli 1986 (*Bolletino Ufficiale della Regione Lombardia*, 2. supplement til nr. 31 af 4.8.1986, herefter »regionen Lombardiets lov nr. 31/86«). Denne artikel bestemmer i stk. 1:

»[...] den aftale, som udstedelsen af byggetilladelser til de arbejder, der er fastsat i udstykningsplanerne, er afhængig af, skal indeholde:

a) [...]

b) udførelse fra ejernes side af samtlige primære infra- og servicestrukturarbejder og en andel af de sekundære infra- og servicestrukturarbejder eller af de arbejder, der er nødvendige med henblik på områdets tilslutning til de offentlige forsyningset [...]; når udførelsen af arbejderne indebærer udgifter, der er lavere end de udgifter, der udtrykkeligt var blevet fastsat for primære og sekundære infra- og servicestrukturer i nærværende lovs forstand, skal forskelsbeløbet betales; kommunen kan altid, i stedet for og til afløsning af den direkte udførelse af arbejderne, kræve betaling af et beløb, der er proportionalt med de faktiske udgifter ved de infra- og servicestrukturarbejder, der er forbundet med udstykningen, samt med vigtigheden af og kendetegnene ved byggerierne, der dog ikke kan være lavere end de udgifter,

der er fastsat i den kommunalbeslutning, som omhandles i nærværende lovs artikel 3«.

26 Endvidere opregner artikel 22, litra b), i regionen Lombardiets lov nr. 51 af 15. april 1975 en liste over sekundære infra- og servicestrukturarbejder, der omfatter kulturelle tilbud.

Den italienske lovgivning om forvaltningens sagsbehandling

27 Efter ordlyden af artikel 11 i legge n° 241, nuove norme in materia de procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (lov nr. 241 om indførelse af nye bestemmelser om forvaltningens sagsbehandling og om retten til aktindsigt i administrative dokumenter) af 7. august 1990 (GURI nr. 192 af 18.8.1992, herefter »lov nr. 241/90«), kan forvaltningen »med forbehold af tredjemands rettigheder og under alle omstændigheder med henblik på at varetage offentlige interesser, indgå aftaler med de berørte parter med henblik på at fastsætte det skønsmæssige indhold af den endelige afgørelse, eller erstatte denne i de af loven fastsatte tilfælde«.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

28 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at grundlaget for den sag, der har givet anledning til nærværende præjudicielle forelæggelse, findes i to annullationssøgsmål anlagt til prøvelse af Milano byråds afgørelse nr. 82/96 af 12. september 1996 og nr. 6/98 af 16. og 17. februar 1998 (herefter »de anfægtede afgørelser«).

29 Ved sin afgørelse nr. 82/96 godkendte Milano byråd en bygge- og anlægsplan fordelt på tre forskellige led, der blev benævnt »projekt 'Scala 2001'«.

30 Dette projekt omhandlede udførelsen af følgende bygge- og anlægsarbejder:

— restaurering og ombygning af den historiske bygning Teatro alla Scala med et areal på ca. 30 000 m^2

— ombygning af de kommunale ejendomme i Ansaldo-komplekset

— endelig i det område, der benævnes »Bicocca«, opførelse af et nyt teater (almindeligvis kaldet »Teatro alla Bicocca«, hvis officielle navn er »Teatro degli Archimboldi«) med ca. 2 300 pladser på et areal på 25 000 m^2 (samt 2 000 m^2 parkeringsplads) bestemt til i en første fase at huse Teatro alla Scala's aktiviteter i den periode, som det tager at udføre restaurerings- og ombygningsarbejdet af sidstnævnte teater; herefter skal det benyttes til at huse samtlige typiske aktiviteter ved opførelsen af skuespil og andre kulturelle arrangementer.

31 Det fremgår af sagen, at en stor udstykning — det såkaldte projekt »Bicocca«, der var iværksat på et privat initiativ — på daværende tidspunkt var under udførelse inden for Bicocca området med det formål at foretage en byplanmæssig omdannelse af dette tidligere industriområde, og som indebar ombygning af en større helhed af bygninger; Pirelli optrådte i forbindelse hermed sammen med andre private erhvervsdrivende i egenskab af grundejer og ansvarlig for udstykningen. Dette private initiativ, der havde været i gang siden 1990, var ved at blive afsluttet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder. Inden for rammerne af de byplanmæssige foranstaltninger, der var vedtaget for de berørte arealer, havde byen Milano allerede planlagt opførelsen af en indretning i almenhedens interesse

»med fælleskommunal karakter«. Byen havde besluttet, at opførelsen af det i projekt »Scala 2001« forudsete nye teater, skulle udgøre en del af denne indretning.

32 Ved afgørelse nr. 82/96 vedtog Milano byråd også en række aftaler vedrørende bygge- og anlægsarbejdernes gennemførelse, frister og finansiering af projekt »Scala 2001«, idet byrådet godkendte en særlig aftale indgået af byen Milano med Pirelli, Ente Autonomo Teatro alla Scala og MCS, der er mandatar for investorerne bag projekt »Bicocca«. Denne aftale, der blev underskrevet den 18. oktober 1996, indeholdt bl.a. følgende bestemmelser for gennemførelsen for så vidt angår »Bicocca«-delen af projekt »Scala 2001«:

— Pirelli påtog sig de udgifter, der var forbundet med styringen af projektets indledende fase, endelige fase og udførelsesfase, samt omkostningerne i den fase, hvor der skete udførelse af arbejderne med restaurering af Teatro alla Scala, ombygning af ejendommene i Ansaldo-komplekset og opførelse af Bicocca teatret, idet den konkrete koordinering af opgaverne blev overladt til MCS.

— MCS opførte — i kraft af sin stilling som mandatar for investorerne bag udstykningsprojektet — i det område, der var berørt af denne udstykning, og på det hertil bestemte areal, som investorerne havde forpligtet sig til at afstå vederlagsfrit til byen Milano, Bicocca teatret (samt den tilhørende parkeringsplads) som et sekundært infra- og servicestrukturarbejde, som blev fradraget i det bidrag til infra- og servicestrukturudgifterne, som i henhold til italiensk national og regional lovgivning skyldtes til byen Milano. Det var præciseret, at MCS's forpligtelse var begrænset til at opføre bygningens »ydre skal« og sørge for tilslutning af alle installationer. MCS påtog sig bl.a. en forpligtelse til at aflevere den historiske bygning inden udløbet af 1998.

— Derimod forblev ansvaret for arbejderne under tag på Bicocca teatret Milano bys, som for at få arbejderne gennemført ville gøre brug af et offentligt udbud.

33 Ordine degli Architetti og arkitekt Piero De Amicis på egne vegne anlagde et annullationssøgsmål ved Tribunale amministrative regionale per la Lombardia til prøvelse af afgørelse nr. 82/96.

34 Efter de nye retningslinjer, der i begyndelsen af 1998 blev udarbejdet af den nye kommunalforvaltning, som ønskede, at Bicocca teatrets størrelse skulle gøre det muligt at modtage et større publikum end Teatro alla Scala, vedtog Milano byråd afgørelse nr. 6/98, hvorved det bl.a.:

— godkendte forprojektet til opførelsen af det nye teater i Bicocca-området

— bekræftede, at udførelsen af dette arbejde vil ske delvis ved direkte udførelse fra grundejernes side »i overensstemmelse med deres kontraktmæssige forpligtelser i henhold til udstykningsplanen« — beløbet for de bygge- og anlægsarbejder, der skal realiseres af grundejerne, beløber sig til 25 mia. ITL — og delvis ved en af byen Milano iværksat udbudsprocedure

— foretog ændringer i aftalen af 18. oktober 1996 for så vidt angår fristerne for gennemførelsen af visse af de fastsatte foranstaltninger; særligt blev den for færdiggørelsen af Bicocca teatret angivne dato således fastsat til den 31. december 2000.

35 CNA og Leopoldo Freyrie på egne vegne anlagde sag ved Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia med påstand om annullation af afgørelse nr. 6/98.

36 I de to annullationssøgsmål, der er anlagt ved denne ret og forenet i hovedsagen, har sagsøgerne bestridt såvel gyldigheden af de anfægtede afgørelser i relation til italiensk ret på området for byplanlægning og offentlige kontrakter som i henhold til fællesskabsretten. Sagsøgerne har særligt i relation til fællesskabsretten gjort gældende, at Bicocca teatret har karakter af et offentligt arbejde, hvorfor byrådet i Milano skulle have fulgt den fællesskabsretlige fremgangsmåde for indkaldelse af bud; det har derimod ved de anfægtede afgørelser tildelt kontrakten uden udbud, hvorved Ordine degli Architetti og de sagsøgende arkitekters uomtvistelige interesser led skade.

37 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardi fastslår bl.a. i sin forelæggelseskendelse, at byen Milano har anvendt den italienske, nationale og regionale lovgivning på området for byplanlægning korrekt. Retten, der imidlertid stiller sig tvivlende over for spørgsmålet om, hvorvidt den skal undlade at anvende denne lovgivning, idet den gør det muligt at udføre et infra- og servicestrukturarbejde, hvis værdi overskrider den i direktivet fastsatte tærskelværdi, uden iværksættelse af et forudgående udbud, har udsat sagen og besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Strider de nationale og regionale bestemmelser, som giver en bygherre (der er indehaver af en byggetilladelse eller en godkendt udstykningsplan) ret til direkte at udføre infra- og servicestrukturarbejder mod fuldstændigt eller delvis fradrag i skyldigt bidrag (jf. artikel 11 i lov nr. 10/77, artikel 28-31 i lov nr. 1150 af 17.8.1942 og artikel 8-12 i regionen Lombardiets lov nr. 60 af 5.12.1977), mod direktiv 93/37/EØF, henset til principperne om strikt

konkurrence, som fællesskabsretten pålægger medlemsstaterne for alle bygge- og anlægskontrakter, hvis værdi andrager 5 000 000 [EUR] eller derover?

2) Kan det — uanset de ovennævnte konkurrencemæssige principper — antages, at fællesskabsretten tillader aftaler mellem offentlige myndigheder og borgere (som der er almindelig lovhjemmel for i artikel 11 i lov nr. 241 af 7.8.1990) i sager karakteriseret af myndighedernes valg af en borger, med hvem de kan aftale udførelse af bestemte ydelser, når disse ydelser overstiger den tærskelværdi, der er fastsat i direktiverne på området?«

Det første præjudicielle spørgsmål

Formaliteten

38 Byen Milano og FTS har bestridt, at der findes en forbindelse mellem det første spørgsmål og hovedsagens genstand.

39 De har bemærket, at henset til stillingen for sagsøgerne i hovedsagen, der er arkitekter og erhvervssammenslutninger, der repræsenterer arkitekter, har den forelæggende ret begrænset realitetsbehandlingen af hovedsagen til kun at omfatte de aspekter, der vedrører tildelingen af arbejdet med projekteringen af

Bicocca teatret, og ikke arbejderne vedrørende udførelse af bygge- og anlægsarbejdet. Et sådant projekteringsarbejde udgør en tjenesteydelse. Det første spørgsmål vedrører imidlertid fortolkningen af direktiv 93/37, hvis genstand er offentlige bygge- og anlægskontrakter og ikke tjenesteydelser, der er reguleret i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af procedurerne for tildeling af tjenesteydelseskontrakter (EFT L 209, s. 1).

40 Hertil kommer, at eftersom det omhandlede projekteringsarbejde simpelthen blot blev tilbudt Milano by, indgår den hermed forbundne omkostning ikke i byggeomkostningerne for Bicocca teatret, hvis direkte udførelse »med fradrag« i bidrag til infra- og servicestrukturer har skadet arkitekternes interesser.

41 Det bemærkes, at i henhold til Domstolens faste praksis tilkommer det inden for rammerne af det samarbejde, der i henhold til traktatens artikel 177 er indført mellem Domstolen og de nationale retsinstanser, udelukkende den nationale retsinstans, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen (jf. bl.a. dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 38). Afslag på at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national retsinstans er kun muligt, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (jf. bl.a. PreussenElektra-dommen, præmis 39).

42 I den foreliggende sag fremgår det af forelæggelseskendelsen, at sagsøgerne i hovedsagen har bestridt de anfægtede afgørelser, for så vidt som de muliggjorde en direkte udførelse af et offentligt arbejde, nemlig Bicocca teatret, uden at følge en fællesskabsretlig udbudsprocedure, og således skadede deres interesser. Det fremgår endvidere af denne kendelse, at de af sagsøgerne i hovedsagen anlagte sager blev antaget til realitetsbehandling.

43 Der er ikke tvivl om, at hvis der skulle afholdes et EF-udbud for opførelse af Bicocca teatret, ville dette kunne omfatte den del, der vedrører projekteringsarbejdet. At der findes en mulighed herfor inden for direktivets rammer, bekræftes i øvrigt af ordlyden af dets artikel 1, litra a), hvorefter der i dette direktiv ved »offentlige bygge- og anlægskontrakter« forstås kontrakter, som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder.

44 Det følger heraf, at argumentet, hvorefter det første spørgsmål ikke har sammenhæng med hovedsagens genstand, fordi det vedrører en fortolkning af direktivet, skal forkastes.

45 Henset til disse konstateringer kan det argument, der er udviklet på grundlag af, at arbejdet med projektering af Bicocca teatret var vederlagsfrit, ikke rejse tvivl om det første spørgsmåls relevans.

46 Derfor skal dette spørgsmål besvares.

Realiteten

47 Det første spørgsmål vedrører de i hovedsagen omhandlede nationale og regionale bestemmelsers forenelighed med direktivet, for så vidt som de tillader direkte udførelse af et infra- og servicestrukturarbejde, som fradrages helt eller delvist i det skyldige bidrag.

48 For det første bemærkes, at Domstolen under en sag i henhold til traktatens artikel 177 ikke er kompetent til at træffe afgørelse om foreneligheden af en national foranstaltning med fællesskabsretten. Domstolen er dog beføjet til at forsyne den nationale ret med alle under fællesskabsretten henhørende fortolkningsbidrag, som gør det muligt for denne ret at vurdere spørgsmålet om forenelighed med henblik på at afgøre den indbragte sag (jf. bl.a. dom af 30.4.1998, forenede sager C-37/96 og C-38/96, Sodiprem m.fl., Sml. I, s. 2039, præmis 22).

49 Derfor skal det første spørgsmål forstås således, at det ønskes oplyst, om direktivet er til hinder for en national lovgivning på området for byplanlægning, når denne tillader, at indehaveren af en byggetilladelse eller en godkendt udstykningsplan, direkte gennemfører et infra- og servicestrukturarbejde, som helt eller delvis fradrages i det bidrag, der skyldes for tilladelsens udstedelse, og dette arbejdes værdi andrager eller overstiger den i det nævnte direktiv fastsatte tærskelværdi.

50 Med henblik på at besvare det således omformulerede spørgsmål skal det undersøges, om den direkte udførelse af et infra- og servicestrukturarbejde, som det i hovedsagen omhandlede, udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt i direktivets artikel 1, litra a)'s forstand.

51 Ifølge den definition, som denne bestemmelse giver, skal følgende forhold være opfyldt, for at der foreligger en offentlig bygge- og anlægskontrakt: en gensidigt bebyrdende kontrakt, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed, som defineret i direktivets artikel 1, litra b), på den anden side, og som til genstand har enten udførelse af en bestemt type arbejde eller arbejder defineret ved direktivet.

52 Idet det er en betingelse for, at direktivet finder anvendelse, at der foreligger en »offentlig bygge- og anlægskontrakt«, skal artikel 1, litra a), fortolkes på en sådan måde, at dets effektive virkning sikres. Det er i den forbindelse vigtigt at bemærke, at direktivet, som det fremgår af dets præambel og anden og tiende betragtning, har til formål at fjerne begrænsningerne for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter med henblik på at åbne disse kontrakter for en effektiv konkurrence. Udviklingen af denne konkurrence nødvendiggør, som det er præciseret i tiende betragtning, offentliggørelse på fællesskabsplan af de udbudsbekendtgørelser, der vedrører de pågældende kontrakter.

53 Endvidere er der grund til at bemærke, at direktivet selv præciserer, hvad der skal forstås ved »ordregivende myndighed« [artikel 1, litra b)], ved »bygge- og anlægskontrakter« [artikel 1, litra a), og bilag II] og ved »bygge- og anlægsarbejde« [artikel 1, litra c)].

54 Den af fællesskabslovgiver således givne definition bekræfter den betydning, som disse forhold har med hensyn direktivets formål. Det følger heraf, at disse forhold skal spille en afgørende rolle, når det skal vurderes, om der er tale om en »offentlig bygge- og anlægskontrakt« i direktivets forstand.

55 Det anførte betyder, at i de situationer, hvor der er tale om udførelse eller projektering og udførelse af et bygge- og anlægsarbejde eller udførelse af et arbejde til brug for en ordregivende myndighed i direktivets forstand, skal vurderingen af disse situationer i relation til de andre forhold, der er nævnt i direktivets artikel 1, litra a), foretages på en måde, der sikrer, at direktivets effektive virkning ikke tilsidesættes, navnlig når disse situationer er særegne som følge af de bestemmelser i national ret, der finder anvendelse herpå.

56 Det er i lyset af disse kriterier, at det skal undersøges, om den direkte udførelse af et infra- og servicestrukturarbejde, som den ydre skal af et teater, under omstændigheder som dem, der er fastsat i den italienske lovgivning om byplanlægning, udgør et »offentligt bygge- og anlægsarbejde«.

Om der er tale om en ordregivende myndighed

57 Det er ubestridt, at den i hovedsagen sagsøgte kommune er en lokal myndighed i direktivets artikel 1, litra b)'s forstand, og den er derfor omfattet af den definition af ordregivende myndighed, som denne bestemmelse giver.

Om det forhold, der vedrører udførelse af et bygge- og anlægsarbejde eller udførelse af et arbejde i direktivets artikel 1, litra a)'s forstand

58 Efter ordlyden af direktivets artikel 1, litra a), skal de offentlige bygge- og anlægskontrakter til genstand have:

— enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed

— eller udførelse eller både udførelse og projektering af et bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c), dvs. et arbejde, der udgør resultatet af en helhed af bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion

— eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov.

59 Det skal fastslås, at infra- og servicestrukturarbejder, som de i artikel 4 i lov nr. 847/64 opregnede, udgør bygge- og anlægsaktiviteter, hvorfor de er omfattet af de i direktivets bilag II omhandlede former for virksomhed, hvortil kommer, at de også udgør arbejder, der er bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk og teknisk funktion. De opfylder således i det mindste de kriterier, der er nævnt i den foregående præmis' første og andet led.

60 Hvad mere præcist angår bygningen af teatrets ydre skal, som i tvisten i hovedsagen, udgør den en virksomhed, der omfattes af klasse 501 i NACE, benævnt »Opførelse af bygninger (til beboelse og andet)«, hvilken er nævnt i direktivets bilag II.

61 Det følger heraf, at udførelse af et infra- og servicestrukturarbejde, som opførelse af den ydre skal af et teater, henhører under de bygge- og anlægsarbejder, der henvises til i direktivets artikel 1, litra a).

62 Det følger således af denne doms præmis 57-61, at de to forhold, der er vigtige for at fastslå, at der foreligger en »offentlig bygge- og anlægskontrakt«, nemlig forholdet vedrørende den ordregivende myndighed og det forhold, der vedrører de berørte bygge- og anlægsarbejder, er opfyldt i en situation som den i hovedsagen omhandlede.

Om der foreligger en kontrakt

63 Byen Milano, Pirelli, MCS og FTS er af den opfattelse, at dette forhold ikke er opfyldt, idet den direkte udførelse af infra- og servicestrukturarbejder er fastsat i form af regler i den italienske nationale og regionale lovgivning om byplanlægning, hvis genstand, formål, karakteristika og interesser, som de har til formål at beskytte, er forskellige fra bestemmelserne i fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter.

64 De har endvidere understreget, at den lokale myndighed ikke har mulighed for at vælge den, der skal gives ansvaret for at udføre arbejderne, idet denne person udpeges ved loven i kraft af sin stilling som ejer af de arealer, der skal udstykkes.

65 Endelig har sagsøgte og intervenienterne i hovedsagen gjort gældende, at selv om man antager, at den direkte udførelse finder sted i henhold til forpligtelser påtaget i henhold til udstykningsaftalen, er det kontraktmæssige forhold fortsat ikke opfyldt. Eftersom udstykningsaftalen er en offentligretlig aftale, der er en del af udøvelsen af den offentlige myndighed og ikke en privatretlig aftale, kan der ikke være tale om en »kontrakt« i direktivets forstand. Kommunen bevarer de

beføjelser, som den offentlige myndighed tillægger den med hensyn til forvaltningen af dens område, »herunder beføjelsen til at ændre eller tilbagekalde byplaner under hensyntagen til situationens udvikling eller vedtage nye vurderingskriterier, der svarer bedre til de nævnte behov« (dom afsagt af Corte suprema di cassazione, forenede afdelinger, nr. 6941, af 25.7.1994). Af samme grund indeholder udstykningsaftalen ikke de forhold, der udgør den kontraktmæssige »årsag«, og som er særegne for en entreprisekontrakt.

66 Det bemærkes for det første, at den omstændighed, at den bestemmelse i national ret, der bestemmer, at den direkte udførelse af infra- og servicestrukturarbejder er en del af bestemmelserne om byplanlægning, der har sine egne kendetegn og forfølger et specifikt formål, der er forskelligt fra direktivets, ikke er tilstrækkeligt til at udelukke den direkte udførelse fra direktivets anvendelsesområde, når de forhold, der kræves, for at det finder anvendelse, er opfyldt.

67 I denne forbindelse kan, som også den forelæggende ret har oplyst, de infra- og servicestrukturarbejder, der nævnes i artikel 4 i lov nr. 847/64, udmærket være offentlige arbejder, dels som følge af deres egne funktionelle kvaliteter, der kan opfylde de infra- og servicestrukturkrav, der ikke er begrænset til det enkelte byggeri, dels på grund af den omstændighed, at retten til at udføre et sådant arbejde tilkommer den kompetente forvaltning, der retligt har hjemmel til at sikre dets virkeliggørelse med henblik på at sikre den kollektive nytte for samtlige brugere af området.

68 Disse forhold er vigtige, idet de bekræfter den offentlige tilknytning, der fra starten tillægges de arbejder, der skal udføres.

69 Endvidere fremgår det ganske vist af forelæggelseskendelsen, at artikel 28, stk. 5, i lov nr. 1150/42 giver mulighed for direkte udførelse af sekundære infra- og

servicestrukturarbejder i forbindelse med en udstykning, og at den direkte udførelse i medfør af artikel 12 i regionen Lombardiets lov nr. 60/77, som ændret ved artikel 3 i regionen Lombardiets lov nr. 31/86, er hovedreglen. Disse bestemmelser kan imidlertid ikke udelukke det kontraktmæssige forhold, der er fastsat i direktivets artikel 1, litra a).

70 Således følger det af den ovennævnte bestemmelse i regionen Lombardiets regionale lov, dels at den kommunale forvaltning altid bevarer muligheden for, at den i stedet for arbejdernes direkte udførelse kan kræve betaling af et beløb, der er proportionalt med deres faktiske omkostninger samt med byggeriernes vigtighed og kendetegn. Dels skal en udstykningsaftale i tilfælde af direkte udførelse af infra- og servicestrukturarbejder under alle omstændigheder indgås mellem kommunalforvaltningen og ejeren/ejerne af de arealer, der skal udstykkes.

71 Kommunalforvaltningen har ganske vist ikke mulighed for at vælge sin medkontrahent, idet denne person i overensstemmelse med loven nødvendigvis er den, der har ejendomsretten til de arealer, der skal udstykkes. Denne omstændighed er imidlertid ikke tilstrækkelig til at udelukke den kontraktmæssige karakter af det forhold, der er etableret mellem kommunalforvaltningen og den, der foretager udstykningen, eftersom det er udstykningsaftalen, der er indgået mellem dem, der fastlægger de infra- og servicestrukturarbejder, som den, der forestår udstykningen, hver gang skal gennemføre samt de hertil hørende betingelser, herunder kommunens godkendelse af projekterne for disse arbejder. Hertil kommer, at det er i henhold til de forpligtelser, som den, der foretager udstykningen, har påtaget sig i den nævnte aftale, at kommunen besidder en retlig adkomst, der sikrer, at den har rådighed over de således fastlagte arbejder, med henblik på at de kan overgives til offentlighedens benyttelse.

72 Denne konstatering støttes endvidere i hovedsagen af den omstændighed, at Bicocca teatret ifølge de anfægtede afgørelser dels skal opføres ved grundejerens direkte udførelse »i overensstemmelse med deres kontraktmæssige forpligtelser i henhold til udstykningsplanen«, dels ved en udbudsprocedure, der skal forestås af byen Milano.

73 Endelig er den omstændighed, at udstykningsplanen henhører under offentlig ret og er en del af udøvelsen af offentlig myndighed, i modsætning til den argumentation, der er gjort gældende af sagsøgte og intervenienterne i hovedsagen, ikke til hinder for, at det kontraktmæssige forhold, der er fastsat i direktivets artikel 1, litra a), er opfyldt, men denne omstændighed taler næsten til støtte herfor. I flere medlemsstater er den aftale, der indgås mellem en ordregivende myndighed og en entreprenør, en forvaltningsaftale, der som sådan henhører under offentlig ret.

74 Henset til det ovenfor anførte er de forhold, der er defineret i udstykningsaftalen, og de aftaler, der er indgået inden for rammerne af sidstnævnte, tilstrækkelige til, at det kontraktmæssige forhold, som direktivets artikel 1, litra a), kræver, er til stede.

75 Det skal tilføjes, at denne fortolkning er i overensstemmelse med direktivets afgørende formål, der således, som det er præciseret i denne doms præmis 52, er at åbne de offentlige bygge- og anlægskontrakter for konkurrence. Det er således åbningen for konkurrencen inden for Fællesskabet ifølge de i direktivet fastsatte procedurer, der garanterer, at der ikke er risiko for, at de offentlige myndigheder udøver favoritisme. Den omstændighed, at de offentlige myndigheder ikke har mulighed for at vælge deres medkontrahent, kan derfor ikke i sig selv begrunde, at direktivet ikke anvendes, idet en sådan mulighed vil føre til, at udførelsen af et arbejde, som dette direktiv ellers ville have fundet anvendelse på, udelukkes fra konkurrencen inden for Fællesskabet.

Om kontrakten er gensidigt bebyrdende

76 Ifølge sagsøgte og intervenienterne i hovedsagen er der under alle omstændigheder ikke tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt, idet der ikke påhviler kommunen nogen modydelse. Således modsvarer betalingen af bidraget til infra-

og servicestrukturudgifterne eller den direkte udførelse af infra- og servicestrukturarbejderne ikke grundejerens ret til at opnå byggetilladelse og byggemodning af arealerne, hvilket finder sted inden for rammerne af forløbet med områdets omdannelse, og ikke er afhængig af den nytte, som grundejeren opnår, eller den fordel, som indehaveren af byggetilladelsen drager heraf.

77 Det bemærkes i denne forbindelse, at den gensidigt bebyrdende karakter af en kontrakt henviser til den modydelse, som den berørte offentlige myndighed udreder som følge af udførelsen af de arbejder, der er genstand for den i direktivets artikel 1, litra a), nævnte kontrakt, og hvorover den offentlige myndighed har rådighed.

78 Spørgsmålet om, hvorvidt den kontrakt, der er indgået i tilfælde af direkte udførelse af et infra- og servicestrukturarbejde, har en gensidigt bebyrdende karakter for kommunalforvaltningen, skal, i en situation som den der foreligger i hovedsagen, ses under en specifik synsvinkel, der har sammenhæng med de særlige forhold, der karakteriserer den italienske lovgivning om byplanlægning.

79 Det følger således af artikel 28, stk. 5, nr. 2), i lov nr. 1150/42 og artikel 12, litra b), i regionen Lombardiets lov nr. 60/77, som ændret ved artikel 3 i regionen Lombardiets lov nr. 31/86, at det er ejerne af de arealer, der skal udstykkes, der bærer omkostningerne ved de primære infra- og servicestrukturarbejder samt en del af omkostningerne ved de sekundære infra- og servicestrukturarbejder, der er forbundet med udstykningen, eller de arbejder, der er nødvendige med hensyn til det berørte områdes tilslutning til de offentlige forsyningsnet.

80 Imidlertid bestemmer artikel 11, stk. 1, i lov nr. 10/77, »at indehaveren af byggetilladelsen [...] kan forpligte sig til direkte at udføre infra- og servicestrukturarbejdet [mod helt eller delvist fradrag]« for det skyldige bidrag til infra- og servicestrukturudgifterne, hvis betaling i overensstemmelse med samme lovs artikel 3 er nødvendig for opnåelse af tilladelse.

81 De i artikel 11, stk. 1, i lov nr. 10/77 anvendte ord »mod fradrag« gør det muligt at antage, at kommunalforvaltningen ved at acceptere den direkte udførelse af infra- og servicestrukturarbejderne giver afkald på at opkræve det beløb, der skyldes på grund af det i samme lovs artikel 3 fastsatte bidrag.

82 Imidlertid har sagsøgte og intervenienterne i hovedsagen samt den italienske regering gjort gældende, at en sådan fortolkning ikke er korrekt, navnlig fordi betalingen af bidraget til infra- og servicestrukturudgifterne er fastsat som et alternativ til arbejdernes direkte udførelse, hvorfor det er forkert at antage, at der er tale om et kommunalt pengekrav, der er skyldigt under alle omstændigheder, og som kommunalforvaltningen giver afkald på at opkræve i tilfælde af, at arbejderne udføres direkte. Formålet med arbejdernes direkte udførelse er at give grundejeren mulighed for selv at vælge muligheden for at opføre et byggeri mod fritagelse for pligten til at betale det bidrag til infra- og servicestrukturudgifter, der skyldes for opnåelse af tilladelsen. Ordene »mod fradrag« henviser altså til den frigørende virkning, som arbejdernes udførelse har, og ikke til en modydelse eller til en hvilken som helst anden fordel, som kommunen yder til grundejerne.

83 Da disse indsigelser har sammenhæng med fortolkningen af den italienske lovgivning om byplanlægning og med den måde, hvorpå denne fastlægger forholdet mellem skylden i relation til bidraget til infra- og servicestrukturudgifterne og den direkte udførelse af arbejderne, er der grund til at henvise til den vurdering, den forelæggende ret har foretaget heraf.

84 Retten fastslår i forelæggelseskendelsen — i modsætning til de argumenter, der er gjort gældende af sagsøgte og intervenienterne i hovedsagen — at indehaveren af en byggetilladelse eller en godkendt udstykningsplan, der udfører infra- og servicestrukturarbejerne, ikke udfører nogen ydelse vederlagsfrit, idet han afvikler en skyld af samme værdi, medmindre der betales et supplerende

pengebeløb, der kommer kommunen til gode, nemlig bidraget til infra- og servicestrukturudgifterne, uden at forpligtelsens alternative karakter — bidrag i form af kontant betaling eller direkte udførelse af arbejderne — gør det muligt at gøre forskel på forpligtelsens indhold under hensyntagen til den valgte (eller af lovgiver på forhånd fastsatte) gennemførelsesmåde.

85 Denne fortolkning af den nationale lovgivning er i overensstemmelse med direktivets formål, som beskrevet i denne doms præmis 52, og er altså egnet til at sikre direktivets effektive virkning.

86 Det følger heraf, at forholdet vedrørende kontraktens gensidigt bebyrdende karakter skal anses for at være opfyldt.

Om kontrakten er indgået skriftligt

87 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at skriftligheden ikke er bestridt, og at det er et faktum, at udstykningsaftalen mellem kommunen og ejeren/ejerne af de arealer, der skulle udstykkes, blev indgået skriftligt.

Om der er tale om en entreprenør

88 Dette forhold er ifølge sagsøgte og intervenienterne i hovedsagen samt den italienske regering ikke opfyldt, idet grundejeren ikke er identificeret som

entreprenør eller som entreprenørvirksomhed, men blot er identificeret på grundlag af ejendomsretten til de arealer, der udgør udstykningen. Der er ikke krav om, at grundejeren skal opfylde særlige betingelser vedrørende teknisk og økonomisk formåen mv., når bortses fra forpligtelsen til at stille tilstrækkelige garantier over for kommunen i relation til de i henhold til udstykningsaftalen påtagne forpligtelser.

89 Hertil kommer, at det følger af de svar, der er givet på et af Domstolen stillet spørgsmål, at det udelukkende tilkommer den grundejer, der er indehaver af byggetilladelsen, at vælge de entreprenører, der skal gives ansvaret for at projektere og udføre arbejderne. Grundejeren udfører arbejderne i eget navn og ikke for den kommunes regning, over for hvem han forpligter sig til at afstå arbejderne, når de er færdiggjort.

90 Det bemærkes, at direktivets artikel 1, litra a), ikke kræver, at den person, der indgår en kontrakt med en ordregivende myndighed, skal være i stand til direkte at gennemføre den aftalte ydelse med sine egne midler, for at kunne kvalificeres som entreprenør; det er tilstrækkeligt, at personen er i stand til at få udført den ydelse, der er tale om, ved at stille de garantier, der er nødvendige med hensyn hertil.

91 Således bestemmer direktivets artikel 20, at »[i] udbudsbetingelserne kan den ordregivende myndighed anmode den bydende om i buddet at angive, hvilke dele af arbejdet han eventuelt har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand«.

92 Domstolen har ud fra samme tankegang i relation til direktiv 92/50 fastslået, at dette tillader, at en tjenesteyder med henblik på at godtgøre, at han opfylder de

økonomiske, finansielle og tekniske betingelser for at deltage i en udbudsprocedure vedrørende afslutning af en offentlig tjenesteydelsesaftale, kan henvise til andre virksomheders kvalifikationer, uanset hvorledes han retligt er forbundet med dem, såfremt han kan bevise, at han virkeligt råder over de af disse virksomheders ressourcer, der er nødvendige for at opfylde aftalen (jf. dom af 2.12.1999, sag C-176/98, Holst Italia, Sml. I, s. 8607).

93 Det fremgår af sagen, at den grundejer, der er indehaver af tilladelsen, i en situation som den i hovedsagen omhandlede, i henhold til de forpligtelser, der er påtaget inden for rammerne af den med kommunalforvaltningen indgåede udstykningsaftale, er forpligtet til at stille garantier over for forvaltningen, der er tilstrækkelige til at dække udførelsen af de arbejder, der vil blive afstået til kommunen, og at den erhvervsdrivende, der er udvalgt af grundejeren til at udføre arbejderne, tilslutter sig de med kommunalforvaltningen indgåede aftaler. Dette var tilfældet i hovedsagen, for så vidt som MCS underskrev de aftaler, som byen Milano havde indgået med Pirelli.

94 Under disse omstændigheder gør hverken den omstændighed, at grundejeren ikke er i stand til med sine egne midler at udføre de arbejder, der er tale om, eller det forhold, at den erhvervsdrivende, der gives ansvaret for at udføre disse arbejder, udvælges af den grundejer, der er indehaver af byggetilladelsen, og ikke af kommunalforvaltningen, det muligt at udelukke, at det ovenfor nævnte forhold foreligger.

95 Hertil kommer, at den omstændighed, at indehaveren af byggetilladelsen udfører infra- og servicestrukturarbejderne i sit eget navn, inden han afstår dem til kommunen, ikke kan fratage kommunen dens status som ordregivende myndighed i forhold til udførelsen af et sådant arbejde.

96 Derfor skal forholdet i relation til status som entreprenør også anses for at være opfyldt.

97 Henset til det ovenfor anførte skal det fastslås, at den direkte udførelse af et infra- og servicestrukturarbejde under de omstændigheder, der er fastsat i den italienske lovgivning om byplanlægning, udgør et »offentligt bygge- og anlægsarbejde« i direktivets artikel 1, litra a)'s forstand.

98 Det følger heraf, at når den anslåede værdi uden moms af et sådant arbejde andrager eller overstiger den i direktivets artikel 6, stk. 1, fastsatte tærskelværdi, finder dette anvendelse.

99 Denne konstatering er ensbetydende med, at kommunalforvaltningen er forpligtet til at overholde de i dette direktiv fastsatte fremgangsmåder, hver gang den indgår en sådan offentlig bygge- og anlægskontrakt.

100 Dette betyder ikke, at det, for at direktivet overholdes i tilfælde af udførelse af et infra- og servicestrukturarbejde, nødvendigvis er kommunalforvaltningen selv, der skal anvende de i dette direktiv fastsatte fremgangsmåder med hensyn til indgåelse. Direktivets effektive virkning tilgodeses fuldt ud ligeså godt, hvis den nationale lovgivning gør det muligt for kommunalforvaltningen at forpligte den grundejer, der er indehaver af tilladelsen, til, ved de aftaler, den indgår med grundejeren, at udføre de aftalte arbejder under anvendelse af de i direktivet fastsatte fremgangsmåder, hvilket sker for at opfylde de forpligtelser, der påhviler kommunalforvaltningen i henhold til direktivet. I dette tilfælde skal grundejeren således i henhold til de med kommunen indgåede aftaler, der som modydelse for udførelsen af et offentligt infra- og servicestrukturarbejde fritager ham fra bidraget til infra- og servicestrukturudgifterne, anses for indehaver af en fuldmagt udstedt af kommunen til brug for dette arbejdes udførelse. En sådan mulighed for, at direktivets bestemmelser om offentliggørelse anvendes af andre personer end den ordregivende myndighed, er i øvrigt udtrykkeligt fastsat i direktivets artikel 3, stk. 4, i tilfælde af offentlige bygge- og anlægskoncessioner.

101 Vedrørende de i direktivet fastsatte fremgangsmåder følger det af artikel 7, stk. 4, og artikel 11, stk. 2 og 9, læst i sammenhæng, at de ordregivende myndigheder,

der ønsker at indgå en offentlig bygge- og anlægskontrakt, skal bekendtgøre deres hensigt ved at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, medmindre der er tale om et af de i direktivets artikel 7, stk. 3, udtømmende opregnede tilfælde, hvor myndighederne er bemyndiget til at anvende udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

102 Der er ikke i sagen noget forhold, der gør det muligt at antage, at den direkte udførelse af et infra- og servicestrukturarbejde på de betingelser, der er fastsat i den italienske lovgivning om byplanlægning, kan henføres under et af de i sidstnævnte bestemmelse nævnte tilfælde.

103 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at direktivet er til hinder for en national lovgivning om byplanlægning, når denne, uden for de i direktivet fastsatte fremgangsmåder, tillader, at indehaveren af en byggetilladelse eller en godkendt udstykningsplan for et infra- og servicestrukturarbejde udfører dette arbejde mod helt eller delvist fradrag i det bidrag, der skyldes for tilladelsens udstedelse, og værdien af dette arbejde andrager eller overstiger den i nævnte direktiv fastsatte tærskelværdi.

Det andet præjudicielle spørgsmål

104 CNA har bestridt dette spørgsmåls relevans. Eftersom ingen af de i artikel 11 i lov nr. 241/90 fastsatte betingelser er opfyldt i tvisten i hovedsagen og henset til det forhold, at de aftaler, der er indgået med henblik på indgåelse af offentlige kontrakter uden for de fremgangsmåder, der er fastsat i direktiverne på dette

område, bestemt skader de rettigheder, der tilkommer de entreprenører eller udøvere af liberale erhverv, der har et håb om at få tildelt kontrakten, finder artikel 11 i lov nr. 241/90 ikke anvendelse under de omstændigheder, der er omhandlet i hovedsagen.

105 Det kan, uden at det er nødvendigt at behandle den argumentation, CNA har gjort gældende, fastslås, at den forelæggende ret hverken har præciseret, hvilke bestemmelser i fællesskabsretten den ønsker fortolket, eller de præcise aspekter af den berørte italienske lovgivning, hvis anvendelse i tvisten i hovedsagen giver anledning til problemer i forhold til fællesskabsretten.

106 Det er ikke, når disse angivelser ikke foreligger, muligt at afgrænse det konkrete problem med hensyn til fortolkningen af de bestemmelser i fællesskabsretten, der kunne rejses i tvisten i hovedsagen.

107 Herefter skal det fastslås, at det andet spørgsmål skal afvises.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ved kendelse af 11. juni 1998, for ret:

Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter er til hinder for en national lovgivning om byplanlægning, når denne, uden for de i direktivet fastsatte fremgangsmåder, tillader, at indehaveren af en byggetilladelse eller en godkendt udstykningsplan for et infra- og servicestrukturarbejde udfører dette arbejde direkte mod helt eller delvist fradrag i det bidrag, der skyldes for tilladelsens udstedelse, og værdien af dette arbejde andrager eller overstiger den i nævnte direktiv fastsatte tærskelværdi.

Gulmann Skouris Puissochet

Schintgen Macken

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. juli 2001.

R. Grass C. Gulmann

Justitssekretær Formand for Sjette Afdeling