DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 12 juli 2001 *

I mål C-399/98,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG), från Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi,

Piero De Amicis,

Consiglio Nazionale degli Architetti,

Leopoldo Freyrie

och

Comune di Milano,

i närvaro av:

Pirelli SpA,

Milano Centrale Servizi SpA,

Fondazione Teatro alla Scala, tidigare Ente Autonomo Teatro alla Scala,

* Rättegångsspråk: italienska.

angående tolkningen av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54),

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C. Gulmann samt domarna V. Skouris (referent), J.-P. Puissochet, R. Schintgen och F. Macken,

generaladvokat: P. Léger,
justitiesekreterare: byrådirektören L. Hewlett,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi och Piero De Amicis, genom P. Mantini, avvocato,

— Consiglio Nazionale degli Architetti och Leopoldo Freyrie, genom A. Tizzano, avvocato,

— kommunen Milano, genom F.A. Roversi Monaco, G. Pittalis, S. De Tuglie, L. G. Radicati di Brozolo, avvocati och A. Kronshagen, avocat,

— Pirelli SpA, genom G. Sala, A. Pappalardo och G. Greco, avvocati,

— Milano Centrale Servizi SpA, genom G. Sala, A. Pappalardo och L. Decio, avvocati,

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

— Italiens regering, genom U. Leanza, i egenskap av ombud, biträdd av P. G. Ferri, därefter av M. Fiorilli, avvocati dello Stato,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom P. Stancanelli och M. Nolin, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 12 oktober 2000 av: Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, företrädd av P. Mantini, Consiglio Nazionale degli Architetti, företrätt av F. Sciaudone, avvocato, kommunen Milano, företrädd av L. Radicati di Brozolo, Pirelli SpA, företrätt av G. Sala, A. Pappalardo och G. Greco, Milano Centrale Servizi SpA, företrätt av L. Decio, Fondazione Teatro alla Scala, företrädd av V. D. Gesmundo, Italiens regering, företrädd av M. Fiorilli, och kommissionen, företrädd av P. Stancanelli,

och efter att den 7 december 2000 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia har genom beslut av den 11 juni 1998, som inkom till domstolens kansli den 9 november samma år, i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) ställt två frågor om tolkningen av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54, nedan kallat direktivet).

2 Dessa frågor har uppkommit i två mål som väckts av dels Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi (arkitektorganisation i provinserna Milano och Lodi, nedan kallat Ordine degli Architetti) och Piero de Amicis, arkitekt, dels Consiglio Nazionale degli Architetti (det nationella arkitektsamfundet, nedan kallat CNA) och Leopoldo Freyrie, arkitekt, mot kommunen Milano. Bolagen Pirelli SpA (nedan kallat Pirelli) och Milano Centrale Servizi SpA (nedan kallat MCS) liksom la Fondazione Teatro alla Scala, tidigare Ente Autonomo Teatro alla Scala (nedan kallat FTS), har samtliga intervenierat i målet.

Tillämpliga bestämmelser

Den gemenskapsrättsliga lagstiftningen

3 Direktivet har antagits med stöd av artikel 57.2 i EG-fördraget (nu artikel 47.2 EG i ändrad lydelse), artikel 66 i EG-fördraget (nu artikel 55 EG) och artikel 100a i EG-fördraget (nu artikel 95 EG i ändrad lydelse).

4 I andra övervägandet i direktivet föreskrivs att "[f]ör att samtidigt uppnå etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster vad gäller offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten i medlemsstaterna genom statliga, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ under offentlig rätt, krävs inte bara att man undanröjer hinder, utan också att man samordnar nationella förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten".

5 Av tionde övervägandet i direktivet framgår att "[f]ör att garantera utvecklingen av effektiv konkurrens inom det offentliga upphandlingsområdet är det nödvändigt att meddelanden från de upphandlande myndigheterna annonseras ut inom hela gemenskapen".

6 I artikel 1 a, 1 b och 1 c i direktivet föreskrivs följande:

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

a) *Offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten*: skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en av de nedan under b upphandlande myndigheterna, som omfattar utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna eller arbete som anges nedan under c, eller utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven.

b) *Upphandlande myndigheter*: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

...

c) *Entreprenad*: resultatet av ett byggnads- eller anläggningsarbete i dess helhet, vilket i sig självt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion."

7 De "i bilaga 2 angivna verksamheterna" som nämns i artikel 1 a i direktivet, omfattar byggnads- och konstruktionsarbeten som motsvarar klass 50 i de

allmänna industriella klassificeringarna av ekonomiska aktiviteter inom Europeiska gemenskaperna (nedan kallade NACE). Bland dessa verksamheter anges uttryckligen en kategori som är hänförlig till konstruktion av byggnader för bostadsändamål.

8 I artikel 3.4 i direktivet föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall se till att koncessionshavare som inte är en upphandlande myndighet tillämpar bestämmelserna om publicering i artikel 11.4, 11.6, 11.7, 11.9—13 och i artikel 16, då det gäller upphandlingar med underentreprenörer med ett värde av minst 5 000 000 [euro] ..."

9 Artiklarna 4 och 5 i direktivet anger på vilka typer av upphandling som direktivet inte skall tillämpas. Det rör sig om upphandling inom de områden som regleras av rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 297, s. 1), upphandlingar som omfattas av sekretess eller när deras utförande måste förenas med särskilda säkerhetsåtgärder eller om hänsyn till medlemsstatens grundläggande säkerhet så kräver, liksom offentlig upphandling som är underkastad andra procedurregler och vilka tilldelats enligt vissa internationella överenskommelser eller genom ett särskilt förfarande hos en internationell organisation.

10 I artikel 6.1 i direktivet föreskrivs att direktivet skall gälla offentliga bygg- och anläggningsarbeten med ett uppskattat värde exklusive mervärdesskatt som uppgår till minst 5 000 000 euro.

11 Vad gäller förfarandena för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, preciseras i artikel 7.2 och 7.3 i direktivet de fall då de upphandlande myndigheterna får använda sig av förhandlat förfarande, vilket enligt artikel 1 g i direktivet definieras som ett förfarande genom vilket "de upphandlande myndigheterna tillfrågar vissa utvalda entreprenörer och förhandlar kontraktsvillkoren med en eller flera av dem".

12 I artikel 7.2 i direktivet föreskrivs särskilt tre fall då det förhandlade förfarandet skall föregås av publicering av ett meddelande om upphandling. I artikel 7.3 finns det fem fall uppräknade då det förhandlade förfarandet inte behöver föregås av en sådan publicering. För det första gäller det i sådana fall då ett öppet eller selektivt förfarande har visat sig vara resultatlöst. För det andra gäller det i sådana fall då arbetena på grund av faktiska eller rättsliga skäl bara kan utföras av en viss entreprenör. För det tredje gäller det i sådana fall då det föreligger synnerlig brådska orsakad av exceptionella omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna. För det fjärde gäller det vid ytterligare arbeten avseende en upphandling som redan avslutats. För det femte gäller det sådana arbeten som innebär en upprepning av liknande arbeten för vilka en upphandling redan avslutats enligt ett öppet eller selektivt förfarande.

13 I artikel 7.4 i direktivet preciseras att de upphandlande myndigheterna i alla andra fall skall upphandla offentliga bygg- och anläggningsarbeten genom öppet eller selektivt förfarande.

14 Enligt artikel 11.2 i direktivet skall upphandlande myndigheter som önskar upphandla bygg- och anläggningsarbeten i ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande enligt villkoren i artikel 7.2, tillkännage sin avsikt i ett meddelande.

15 I enlighet med artikel 11.9 i direktivet skall detta meddelande publiceras i sin helhet i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning.*

Den nationella lagstiftningen

Den italienska lagstiftningen om stadsplanering

16 Det framgår av handlingarna i målet att uppförandet av byggnader står under offentliga myndigheters tillsyn enligt italiensk rätt. Det framgår av artikel 1 i legge n° 10, norme per la edificabilità dei suoli (lag nr 10, vilken innehåller bestämmelser rörande markbebyggelse), av den 28 januari 1977 (GURI nr 27 av den 29 januari 1977, nedan kallad lag nr 10/77), att "[a]ll verksamhet som innebär att stads- och fastighetsbebyggelsen inom kommunen förändras, medför en skyldighet att bära kostnaderna som uppkommer med anledning härav samt att det för utförandet av arbetena krävs tillstånd av ordföranden i kommunfullmäktige".

17 Av artikel 3 i samma lag, med rubriken "Avgift för beviljande av bygglov", framgår att det "[f]ör beviljande av bygglov krävs att en avgift som står i proportion till kostnaderna för anläggningen och byggkostnaderna betalas" (nedan kallad stadsplaneringsavgift).

18 Stadsplaneringsavgiften skall betalas till kommunen när bygglov beviljas. Enligt artikel 11.1 i lag nr 10/77 kan emellertid "tillståndsinnehavaren åta sig att direkt uppföra tätbebyggelseanläggningarna på det sätt och med de garantier som

kommunen föreskriver mot att hela eller delar av den avgift som skall betalas avräknas".

19 Enligt artikel 4.1 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 (lag nr 847 om möjlighet för kommuner och kommuner som går samman att ta lån för förvärv av fast egendom i enlighet med lag nr 167 av den 18 april 1962), av den 29 september 1964 i dess lydelse enligt artikel 44 i lag nr 865 av den 22 januari 1971 och artikel 17 i lag nr 67 av den 11 mars 1988 (nedan kallad lag nr 847/64), avses med primära tätbebyggelseanläggningar vägar i bostadsområden, rastplatser och parkeringsområden, avlopp, vattenledningar, ledningar för el- och gasförsörjning, offentlig belysning samt bebyggda grönområden.

20 Enligt artikel 4.2 i samma lag avses med sekundära tätbebyggelseanläggningar daghem och förskolor, grundskolor samt byggnadskomplex avsedda för högre utbildning, lokala marknader, lokala kommunala byggnader, kyrkor och andra byggnader för religiöst bruk, lokala sportanläggningar, samlingslokaler och hälso- och kulturanläggningar samt lokala grönområden.

21 Föreskrifter liknande dem i artikel 11.1 i lag nr 10/77 fanns redan i artikel 31.4 i legge urbanistica (stadsplaneringslag) nr 1150 av den 17 augusti 1942 (GURI nr 244 av den 17 augusti 1942), i dess lydelse enligt ramlagen nr 765 av den 6 augusti 1967 (nedan kallad lag nr 1150/42), ehuru dessa endast gällde primära tätbebyggelseanläggningar. Enligt dessa föreskrifter är "beviljandet av bygglov i samtliga fall beroende av att det finns primära tätbebyggelseanläggningar eller att kommunen avser att uppföra sådana anläggningar inom tre år eller att enskilda åtar sig att uppföra dessa samtidigt som de uppför den byggnad som avses i bygglovet".

22 Vad närmare bestämt avser det samordnade uppförandet av flera anläggningar genom en plan för markexploatering, det fall som avses i målen vid den nationella domstolen, föreskrivs följande i artikel 28.5 i lag nr 1150/42:

"Kommunen skall bevilja bygglov på villkor att ett avtal ingås, vilket skall registreras på fastighetsägarens begäran och i vilket det skall föreskrivas följande:

1) ... de områden som är nödvändiga för uppförande av sekundära tätbebyggelseanläggningar skall avträdas utan vederlag med de begränsningar som föreskrivs i punkt 2.

2) Fastighetsägaren skall bära kostnaderna för primära tätbebyggelseanläggningar samt för en del av kostnaderna för sekundära tätbebyggelseanläggningar som hör till exploateringen eller anläggningar som är nödvändiga för att knyta samman området med offentlig infrastruktur. Andelen skall bestämmas i förhållande till omfattningen och arten av de arbeten som skall utföras enligt planen för markexploatering.

3) De frister, inom vilka de i föregående punkt angivna arbetena måste slutföras, får inte överstiga 10 år.

..."

23 I artikel 28.9 i samma lag föreskrivs att "[f]risten för att uppföra tätbebyggelseanläggningar som fastighetsägaren skall stå för uppgår till 10 år".

24 Vad beträffar den regionala lagstiftningen föreskrivs i artikel 8 i den regionala lagen i Lombardiet nr 60 av den 5 december 1977 (Bolletino Ufficiale della Regione Lombardia, andra tillägget till nr 49 av den 12 december 1977, nedan kallad Lombardiets regionala lag nr 60/77) att enskilda i en ansökan om bygglov kan ansöka om "tillstånd att direkt uppföra en eller flera primära eller sekundära tätbebyggelseanläggningar mot att hela eller delar av stadsplaneringsavgiften avräknas". Vidare föreskrivs att sådant tillstånd skall utfärdas av ordföranden i kommunfullmäktige "om det kan anses vara av allmänt intresse att sådana anläggningar direkt uppförs".

25 Utförandet av sådana anläggningsarbeten som föreskrivs i en plan för markexploatering regleras däremot i artikel 12 i samma regionala lag, i dess lydelse enligt regional lag nr 31 av den 30 juli 1986 (Bolletino Ufficiale della Regione Lombardia, andra tillägget till nr 31 av den 4 augusti 1986, nedan kallad Lombardiets regionala lag nr 31/86). I artikel 12.1 i denna lag föreskrivs följande:

"... det avtal som krävs för att bygglov skall utfärdas för de åtgärder som avses i en plan för markexploatering skall innehålla föreskrifter om

a) ...

b) att fastighetsägarna skall bära kostnaderna för uppförandet av samtliga primära tätbebyggelseanläggningar samt för en del av de sekundära tätbebyggelseanläggningar eller de anläggningar som är nödvändiga för att knyta samman området med offentlig infrastruktur (...) Om dessa kostnader understiger de avgifter som föreskrivs separat för primära respektive sekundära tätbebyggelseanläggningar i den mening som avses i denna lag, skall mellanskillnaden betalas. I stället för att begära ett direkt uppförande av anläggningarna, kan kommunen alltid kräva att ett belopp skall betalas som står i proportion till den faktiska kostnaden för att uppföra de tätbebyggelseanläggningar som hör till markexploateringen samt till det bebyggda

områdets omfattning och art, vilket inte får understiga de avgifter som föreskrivs i det kommunala beslut som avses i artikel 3 i förevarande lag."

26 I artikel 22 b i Lombardiets regionala lag nr 51 av den 15 april 1975 finns sekundära tätbebyggelseanläggningar, inklusive kulturanläggningar, förtecknade.

Den italienska lagstiftningen rörande det administrativa förfarandet

27 Enligt artikel 11 i legge n° 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (lag nr 241 om införande av nya regler rörande det administrativa förfarandet och tillgång till administrativa handlingar) av den 7 augusti 1990 (GURI nr 192 av den 18 augusti 1990, nedan kallad lag nr 241/90), är det tillåtet för myndigheter att "utan att skada tredje mans intressen eller allmänintresset, ingå avtal med de berörda parterna i syfte att fastställa det förhandlingsbara innehållet i den slutgiltiga rättsakten eller, i de fall som föreskrivs i lag, ersätta rättsakten med dessa avtal".

Tvisten i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

28 Det framgår av beslutet om hänskjutande att det förfarande som lett till förevarande begäran om förhandsavgörande har sin grund i att det i två mål väckts talan om ogiltigförklaring av kommunfullmäktige i Milanos beslut nr 82/96 av den 12 september 1996 och beslut nr 6/98 av den 16 och 17 februari 1998 (nedan kallade de omtvistade besluten).

29 Kommunfullmäktige i Milano godkände genom beslut nr 82/96 ett bygg- och anläggningsprojekt, vilket är uppdelat på olika åtgärder och benämnt projektet Scala 2001.

30 Med detta projekt avsågs att följande arbeten skulle utföras:

— renovering och anpassning av den historiskt intressanta byggnaden Scalateatern, vilken har en yta på ca 30 000 kvadratmeter,

— anpassning av de kommunala byggnaderna i Ansaldokomplexet,

— uppförande av en ny teater (vanligtvis kallad Teatro alla Bicocca, officiellt benämnd Teatro degli Arcimboldi) i området Bicocca med cirka 2 300 platser på en yta av 25 000 kvadratmeter (till vilket kommer en parkering på 2 000 kvadratmeter) avsedd att inledningsvis inrymma Scalateaterns verksamhet under den tid som krävs för genomförandet av renoverings- och anpassningsarbetena. Därefter skall anläggningen kunna inrymma all verksamhet som avser teaterföreställningar och andra kulturella evenemang.

31 Det framgår av handlingarna i målet att på privat initiativ — genom företaget Pirelli tillsammans med andra enskilda aktörer, vilka samtliga agerade i egenskap av fastighetsägare och markexploatörer — höll området i Bicocca på att exploateras i stor skala, kallat Bicoccaprojektet, i syfte att ombilda det tidigare industriområdet och uppföra ett stort antal byggnationer. Detta privata initiativ, som hade tagits år 1990, var på väg att avslutas vid den aktuella tidpunkten. Kommunen Milano hade redan planerat att, inom ramen för de byggnadsåtgärder som skulle vidtas i området, upprätta ett byggnadskomplex av allmänt

intresse för flera kommuner och hade därför bestämt att uppförandet av den nya teatern enligt projektet Scala 2001 skulle utgöra en del av detta byggnadskomplex.

32 Genom beslut nr 82/96 åtog sig kommunfullmäktige i Milano även ett antal skyldigheter vad gäller genomförande, tidsfrister och finansiering av projektet Scala 2001 genom att godta ett avtal som kommunen Milano ingått med Pirelli, Ente Autonomo Teatro alla Scala och MCS, ombud för markexploatörerna i projektet Bicocca. Detta avtal undertecknades den 18 oktober 1996 och innehöll bland annat följande genomförandevillkor vad gäller den del av projektet Scala 2001 som benämnts Bicocca:

— Pirelli skulle stå för kostnaderna för att samordna projektets inledande, slutgiltiga och genomförande skeden samt för samordning under genomförandet av renoveringsarbetena av Scalateatern, anpassning av Ansaldokomplexet och uppförandet av Bicoccateatern medan MCS anförtroddes den konkreta samordningen,

— MCS skulle — som ombud för markexploatörerna i exploateringsprojektet, i det område som berördes av markexploateringen och på den mark som skulle exploateras och som markexploatörerna hade åtagit sig att kostnadsfritt överlåta till kommunen Milano — uppföra Bicoccateatern (samt dess parkering) som en sekundär tätbebyggelseanläggning mot att stadsplaneringsavgifterna som skulle betalas till kommunen Milano avräknades i enlighet med nationell och regional italiensk lagstiftning. Det preciserades att MCS åtaganden var begränsade till byggnadens utsida, genom att det skulle sörja för alla installationer. MCS åtog sig bland annat att färdigställa byggnaden före utgången av år 1998.

— Kommunen Milano skulle däremot stå för de invändiga arbetena i Bicoccateatern, vilka skulle föregås av ett förfarande om offentlig upphandling.

33 Ordine degli Architetti samt Piero De Amicis har, för egen räkning, väckt talan om ogiltigförklaring av beslut nr 82/96 vid Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

34 Kommunfullmäktige i Milano har, till följd av nya riktlinjer som antogs i början av år 1998 av den nya kommunfullmäktige vilken hade önskemål om att Bicoccateatern skulle rymma en större publik än Scalateatern, antagit beslut nr 6/98, genom vilket det bland annat

— godkände det preliminära projektet för uppförande av den nya teatern i området Bicocca,

— fastställde att detta arbete skulle genomföras delvis genom direkt uppförande av markexploatörerna enligt "de avtalsrättsliga skyldigheter som följer av planen för markexploatering" och att kostnaderna för det arbete som skulle utföras av markexploatörerna skulle uppgå till 25 miljarder ITL, delvis genom ett upphandlingsförfarande på anmodan av kommunen Milano,

— införde ändringar i avtalet av den 18 oktober 1996 vad gällde tidsfristerna för genomförandet av vissa planerade åtgärder. I synnerhet fastställdes datumet för färdigställandet av Bicoccateatern till den 31 december 2000.

35 CNA samt Leopoldo Freyrie har, för egen räkning, väckt talan om ogiltigförklaring av beslut nr 6/98 vid Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

36 Sökandena har i de båda målen om ogiltigförklaring, som anhängiggjorts och förenats vid den ovannämnda domstolen, ifrågasatt giltigheten av de omtvistade besluten med hänsyn till såväl den italienska lagstiftningen om stadsplanering och offentlig upphandling som gemenskapslagstiftningen. De har hävdat att Bicoccateatern, i synnerhet ur gemenskapsrättslig synvinkel, uppvisar typiska kännetecken för en offentlig anläggning, vilket borde ha föranlett kommunfullmäktige i Milano att inleda ett anbudsförfarande i enlighet med gemenskapslagstiftningen i stället för att genom de omtvistade besluten tilldela kontraktet efter eget gottfinnande och därigenom åsidosätta Ordine degli Architettis och ifrågavarande arkitekters intressen.

37 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia har i sin begäran om förhandsavgörande konstaterat att kommunen Milano har tillämpat den nationella och regionala italienska stadsplaneringslagstiftningen på ett korrekt sätt. Den nationella domstolen var emellertid osäker på huruvida denna lagstiftning skall tillämpas då den, utan föregående uppmaning till anbudsgivning, tillåter att en anläggning uppförs som har ett värde överstigande det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet, och den har därför beslutat att förklara målet vilande och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1. Är de nationella och regionala bestämmelser som medger byggentreprenörer (som innehar bygglov eller en godkänd plan för markexploatering) att direkt uppföra anläggningar mot att hela eller delar av de avgifter som dessa är skyldiga att betala avräknas (artikel 11 i lag nr 10/77, artiklarna 28 och 31 i lag nr 1150 av den 17 augusti 1942, artiklarna 8 och 12 i Lombardiets regionala lag nr 60 av den 5 december 1977) förenliga med direktiv

93/37/EEG med avseende på de principer om strikt konkurrens som gemenskapens rättsordning ålägger medlemsstaterna i fråga om offentliga bygg- och anläggningsarbeten som uppgår till eller överstiger 5 000 000 [euro]?

2. Kan det, trots ovannämnda konkurrensprinciper, anses vara förenligt med gemenskapens rättsordning att det ingås avtal mellan offentliga myndigheter och enskilda (vilket generellt medges enligt artikel 11 i lag nr 241 av den 7 augusti 1990) på områden som kännetecknas av att de offentliga myndigheterna väljer en part med vilken de avtalar om vissa tjänster, i fall då värdet av tjänsterna överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktiven på området?"

Den första frågan

Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning

38 Kommunen Milano och FTS har bestritt att det skulle föreligga något samband mellan den första tolkningsfrågan och föremålet för talan vid den nationella domstolen.

39 Kommunen Milano och FTS har gjort gällande att den nationella domstolen, eftersom sökandena i målet vid den nationella domstolen är arkitekter och branschorganisationer för arkitekter, begränsat prövningen av målet till att enbart omfatta tilldelningen av kontraktet för projekteringen av Bicoccateatern,

och att själva utförandet inte är föremål för prövning. Ett sådant projekteringsarbete skall anses utgöra en tjänst. Den första tolkningsfrågan avser emellertid en tolkning av direktiv 93/37, vilket har till syfte att reglera offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och inte tjänster. Offentlig upphandling av tjänster regleras 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).

40 Eftersom den ifrågavarande projekteringen dessutom helt enkelt hade skänkts till kommunen Milano, ingår inte kostnaden för detta arbete i byggnadskostnaderna för Bicoccateatern, vars direkta genomförande mot avräkning för stadsplaneringsavgifterna skulle ha åsidosatt arkitekternas intressen.

41 Domstolen erinrar om att det — inom ramen för det samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna som har inrättats genom artikel 177 i fördraget — enligt domstolens fasta rättspraxis uteslutande ankommer på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen (se särskilt dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra, REG 2001, s. I-2099). En tolkningsfråga från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (se särskilt domen i det ovannämnda målet PreussenElektra, punkt 39).

42 Det framgår av beslutet om hänskjutande att sökandena vid den nationella domstolen ifrågasatt de omtvistade besluten på grund av att dessa tillät ett direkt uppförande av en offentlig anläggning, nämligen Bicoccateatern, utan att ett anbudsförfarande i enlighet med gemenskapsrätten tillämpades, vilket skadat sökandenas intressen. Det framgår även av beslutet om hänskjutande att sökandenas talan kunde tas upp till sakprövning.

43 Det råder inget tvivel om att för det fall ett anbudsförfarande i enlighet med gemenskapsrätten skulle ha föregått uppförandet av Bicoccateatern, hade detta omfattat de delar av arbetet som avser själva projekteringen. Att en sådan möjlighet finns enligt direktivet framgår för övrigt av direktivets lydelse i artikel 1 a, enligt vilken beteckningen "offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten" används för avtal som omfattar utförandet eller för såväl projekteringen som för utförandet av arbeten.

44 Av detta följer att domstolen inte kan godta argumentet att den första tolkningsfrågan, på grund av att denna rör tolkningen av direktivet, inte skulle ha något samband med föremålet för talan vid den nationella domstolen.

45 Mot bakgrund av dessa konstateranden är påståendet att projekteringen av Bicoccateatern utförts utan vederlag inte sådant att relevansen av den första frågan ifrågasätts.

46 Den första frågan skall således upptas till sakprövning.

Prövning i sak

47 Den första tolkningsfrågan avser huruvida de nationella och regionala bestämmelser, vilka tillåter att en anläggning direkt uppförs mot att hela eller delar av den avgift som skall betalas avräknas, som är föremål för prövning vid den nationella domstolen är förenliga med direktivet.

48 Det kan inledningsvis erinras om att domstolen, inom ramen för ett förfarande enligt artikel 177 i fördraget, inte är behörig att uttala sig om huruvida nationella bestämmelser är förenliga med gemenskapsrätten. Domstolen är emellertid behörig att tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla upplysningar om tolkningen av gemenskapsrätten som kan göra det möjligt för sistnämnda domstol att i det aktuella målet bedöma om bestämmelserna är förenliga med nämnda rättsordning (se särskilt dom av den 30 april 1998 i de förenade målen C-37/96 och C-38/96, Sodiprem m.fl., REG 1998, s. I-2039, punkt 22).

49 Den första frågan skall således anses syfta till att få klarhet i huruvida direktivet utgör hinder för en nationell stadsplaneringslagstiftning, vilken tillåter att den som innehar bygglov eller en godkänd plan för markexploatering direkt uppför en anläggning mot att hela eller delar av avgiften för bygglovet avräknas när värdet av detta arbete motsvarar eller överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet.

50 För att besvara denna fråga, såsom den omformulerats, skall det utredas huruvida ett direkt uppförande av en sådan anläggning som är föremål för prövning vid den nationella domstolen utgör ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avses i artikel 1 a i direktivet.

51 För att det skall vara fråga om ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten enligt denna bestämmelse skall följande kriterier vara uppfyllda. Det skall vara fråga om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en av de upphandlande myndigheter som avses i artikel 1 b i direktivet och som särskilt avser utförandet av vissa arbeten eller anläggningar som definieras i direktivet.

52 Eftersom det för tillämpningen av direktivet krävs att det skall röra sig om ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, bör artikel 1 a tolkas på så sätt att bestämmelsens ändamålsenliga verkan säkerställs. Det är i det avseendet viktigt att påpeka att direktivet syftar till att undanröja hinder för att uppnå etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster vad gäller offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten för att skapa effektiv konkurrens inom denna sektor, vilket framgår av dess ingress samt av dess andra och tionde överväganden. För att garantera utvecklingen av sådan konkurrens är det nödvändigt att meddelanden från de upphandlande myndigheterna annonseras ut inom hela gemenskapen, vilket anges i det tionde övervägandet.

53 Det skall även påpekas att det av direktivet direkt framgår vad som avses med upphandlande myndighet (artikel 1 b), bygg- och anläggningsarbeten (artikel 1 a och bilaga 2) och entreprenad (artikel 1 c).

54 De definitioner som givits av gemenskapslagstiftaren understryker vilken betydelse dessa kriterier har med hänsyn till direktivets ändamål. Dessa kriterier bör följaktligen vara av avgörande betydelse vid bedömningen av huruvida det rör sig om ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avses i direktivet.

55 Vid utförandet eller projekteringen och utförandet av arbeten eller utförandet av arbeten som är avsedda för en sådan upphandlande myndighet som avses i direktivet innebär detta att bedömningen av dessa situationer i förhållande till övriga kriterier i artikel 1 a i direktivet, bör göras på så sätt att det kan säkerställas att direktivets ändamålsenliga verkan inte äventyras. Detta gäller särskilt i de situationer då det föreligger särskilda omständigheter till följd av nationella bestämmelser som är tillämpliga på dessa.

56 Med beaktande av dessa kriterier skall det utredas huruvida ett direkt uppförande av en anläggning, som utsidan av en teater, på de villkor som gäller enligt den italienska stadsplaneringslagen, utgör ett offentligt bygg- och anläggningsarbete.

Kriteriet avseende de upphandlande myndigheterna

57 Det framgår att den kommun som är part vid den nationella domstolen enligt artikel 1 b i direktivet är en regional eller lokal myndighet och att den följaktligen omfattas av den definition av upphandlande myndighet som anges i denna bestämmelse.

Kriteriet avseende utförandet av arbeten i den mening som avses i artikel 1 a i direktivet

58 Enligt artikel 1 a i direktivet avses med offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten följande:

— utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna,

— utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av en sådan entreprenad som definieras i artikel 1 c, det vill säga resultatet av ett byggnads- eller anläggningsarbete i dess helhet, vilket i sig självt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion,

— utförandet, oavsett medel, av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven.

59 Det skall konstateras att sådana anläggningsarbeten som dem som definieras i artikel 4 i lag nr 847/64 utgör byggnads- och konstruktionsarbeten och hör således till de verksamheter som anges i bilaga 2 i direktivet, även om det rör sig om arbeten som i sig själva kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion. Dessa uppfyller således i vart fall de kriterier som angivits i den första och den andra strecksatsen i föregående punkt.

60 Vad gäller i synnerhet uppförandet av utsidan av en teater, som är fallet i målet vid den nationella domstolen, utgör detta en verksamhet som är hänförlig till grupp 501 i NACE, benämnd "Konstruktion av bostadslägenheter, kontorsbyggnader, sjukhus och andra byggnader avsedda för bostadsändamål eller ej", vilken finns angiven i bilaga 2 i direktivet.

61 Av detta följer att genomförandet av ett sådant anläggningsarbete som uppförandet av utsidan av en teater omfattas av de typer av arbeten som anges i artikel 1 a i direktivet.

62 Det framgår således av punkterna 57—61 i förevarande dom att de två viktiga kriterierna för att kunna dra slutsatsen att det rör sig om ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, nämligen dels att det är fråga om en upphandlande myndighet, dels att det är fråga om den typ av arbeten eller entreprenader som är i fråga, är uppfyllda i en sådan situation som den som är föremål för prövning vid den nationella domstolen.

Kriteriet att det skall föreligga ett avtal

63 Kommunen Milano, Pirelli, MCS och FTS har gjort gällande att detta kriterium inte är uppfyllt, på grund av att ett sådant direkt utförande av anläggningsarbeten som föreskrivs i bestämmelserna i den nationella och regionala italienska stadsplaneringslagstiftningen inte har samma syfte, ändamål, särdrag och skyddsintressen som den gemenskapsrättsliga regleringen av offentlig upphandling.

64 De har dessutom påpekat att de lokala myndigheterna saknar möjlighet att välja den person som skall utföra arbetena, eftersom det i lag är reglerat att det är den person som äger den mark som markexploateringen avser.

65 Svaranden och intervenienterna vid den nationella domstolen har slutligen gjort gällande att det inte föreligger något avtalsförhållande mellan parterna, även om man härvid beaktar att ett direkt genomförande sker i enlighet med åtagandena i avtalet om markexploatering. Eftersom avtalet om markexploatering är ett offentligrättsligt avtal, vilket innebär att det har inslag av myndighetsutövning, ett avtal som enskilda inte råder över, är det inte fråga om ett avtal i den mening

som avses i direktivet. De kommunala myndigheterna bibehåller rätten till myndighetsutövning vad gäller markanvändning, "däribland rätten att ändra eller upphäva översiktsplaner för att kunna anpassa dem till utvecklingen eller att anta nya bedömningskriterier som bättre motsvarar behoven" (se dom nr 6941 av den 25 juli 1994, meddelad av Corte suprema di cassazione, förenade avdelningar). Av dessa skäl föreligger inte de omständigheter som skulle utgöra grunden för ett avtalsförhållande och som är utmärkande för entreprenadavtal.

66 Domstolen påpekar först att det förhållandet att den nationella bestämmelsen om direkt utförande av anläggningsarbeten utgör en del av ett regelverk för stadsplanering med utmärkande särdrag och med ett specifikt ändamål, som skiljer sig från det i direktivet, inte är tillräckligt för att ett direkt genomförande inte skall omfattas av direktivets tillämpningsområde när de kriterier som uppställs i direktivet är uppfyllda.

67 Som den nationella domstolen har påpekat kan de tätbebyggelseanläggningar som anges i artikel 4 i lag nr 847/64 mycket väl anses utgöra offentliga arbeten dels på grund av att de, med hänsyn till sina funktionella egenskaper, avser att uppfylla stadsplaneringskrav som avser mer än enbart individuell boendemiljö, dels på grund av att den behöriga myndigheten på rättslig grund har kontroll över dem och garanteras tillgång i syfte att kunna tillse att samtliga boende i området kan komma i åtnjutande av anläggningarna.

68 Dessa omständigheter är av betydelse eftersom de bekräftar att de anläggningar som skall uppföras, redan från början, var avsedda för offentlig användning.

69 Vidare framgår det visserligen av beslutet om hänskjutande att artikel 28.5 i lag nr 1150/42 föreskriver att det, inom ramen för markexploatering, är möjligt att

direkt uppföra sekundära tätbebyggelseanläggningar och att ett direkt genomförande, enligt artikel 12 i Lombardiets regionala lag nr 60/77, i dess lydelse enligt artikel 3 i Lombardiets regionala lag nr 31/86, utgör huvudregeln. Dessa bestämmelser utesluter emellertid inte att det föreligger ett sådant avtalsförhållande som avses i artikel 1 a i direktivet.

70 Å ena sidan framgår det av den ovannämnda bestämmelsen i Lombardiets regionala lagstiftning att de kommunala myndigheterna bibehåller möjligheten att, i stället för ett direkt uppförande av anläggningar, kräva betalning av ett belopp som står i proportion till deras faktiska kostnader och det bebyggda områdets omfattning och art. Vid direkt uppförande av en anläggning skall ett avtal om markexploatering å andra sidan under alla omständigheter ingås mellan de kommunala myndigheterna och den eller de fastighetsägare vars mark skall exploateras.

71 Det är visserligen korrekt att de kommunala myndigheterna inte kan välja avtalspart eftersom avtalsparten enligt lag med nödvändighet skall vara ägaren av marken som skall exploateras. Denna omständighet är emellertid inte tillräcklig för att kunna utesluta att det föreligger ett avtalsförhållande mellan den kommunala myndigheten och markexploatören eftersom det är avtalet om markexploatering som ingåtts mellan dem som fastställer vilka anläggningar som exploatören vid varje enskilt tillfälle skall uppföra liksom villkoren härför, samt kommunens godkännande av planerna att uppföra anläggningarna. Det är för övrigt i enlighet med de åtaganden som markexploatören gjort i avtalet som kommunen på rättslig grund garanteras tillgång till anläggningarna, med tanke på deras offentliga användning.

72 Detta konstaterande bekräftas dessutom i målet vid den nationella domstolen av den omständigheten att arbetet med Bicoccateatern, enligt de omtvistade besluten, delvis skulle genomföras genom ett direkt uppförande av markexploatörerna "enligt de avtalsrättsliga skyldigheter som följer av planen för markexploatering" delvis genom ett upphandlingsförfarande på anmodan av kommunen Milano.

73 I motsats till de argument som svaranden och intervenienterna framfört till stöd för sin talan vid den nationella domstolen hindrar slutligen inte den omständigheten att avtalet om markexploatering är ett offentligrättsligt avtal och att det har inslag av myndighetsutövning att det finns ett sådant avtalsförhållande som föreskrivs i artikel 1 a i direktivet, utan tvärtom talar denna omständighet för detta. Ett avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en entreprenör utgör nämligen i flera medlemsstater ett administrativt avtal, vilket som sådant omfattas av offentlig rätt.

74 Mot bakgrund av ovanstående beaktanden är de förhållanden som skall fastställas genom avtalet för markexploatering och de överenskommelser som skall göras inom ramen för avtalet tillräckliga för att kravet på ett avtalsförhållande som uppställs i artikel 1 a i direktivet skall vara uppfyllt.

75 Det skall tilläggas att denna tolkning är förenlig med direktivets huvudsakliga syfte vilket, såsom preciserats i punkt 52 i förevarande dom, är att skapa konkurrens inom området för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Utvecklingen av konkurrens inom gemenskapen, enligt de förfaranden som anges i direktivet, är nämligen en garanti för att det inte förekommer någon risk för favorisering från de upphandlande myndigheternas sida. Det förhållandet att de upphandlande myndigheterna inte själva har möjlighet att välja avtalspart kan således inte i sig rättfärdiga att direktivet inte skulle vara tillämpligt eftersom det skulle resultera i att genomförandet av ett anläggningsarbete, på vilket direktivet i annat fall skulle ha varit tillämpligt, inte skulle utsättas för konkurrens inom gemenskapen.

Kriteriet avseende ekonomiska villkor i avtalet

76 Enligt svaranden och intervenienterna vid den nationella domstolen var avtalet under alla omständigheter inte bilateralt, eftersom det inte fanns någon motprestation från kommunens sida. Betalningen av stadsplaneringsavgiften eller ett

direkt uppförande av tätbebyggelseanläggningarna har nämligen inte sin motsvarighet i markexploatörernas rätt till bygglov, och utförandet av arbetena inom ramen för förändringsprocessen i området hänger inte samman med den vinst som dessa ger eller med den fördel som bygglovsinnehavaren kan dra härav.

77 Domstolen påpekar att de ekonomiska villkoren i avtalet avser den motprestation som den aktuella offentliga myndigheten utför med anledning av utförandet av sådana anläggningsarbeten som anges i ett avtal som avses i artikel 1 a i direktivet och vilka den offentliga myndigheten skall ha tillgång till.

78 På grund av de särskilda omständigheter som är utmärkande för den italienska stadsplaneringslagstiftningen uppkommer frågan huruvida ett avtal som ingåtts i samband med ett direkt uppförande av en tätbebyggelseanläggning skall anses innehålla ekonomiska villkor för den kommunala myndigheten i en sådan situation som är för handen i målet vid den nationella domstolen, ur en särskild synvinkel.

79 Av artikel 28.5 punkt 2 i lag nr 1150/42 och artikel 12 b i Lombardiets regionala lag nr 60/77, i dess lydelse enligt artikel 3 i Lombardiets regionala lag nr 31/86, framgår att det är ägarna till marken som skall exploateras som skall bära kostnaderna för primära tätbebyggelseanläggningar liksom för en del av kostnaderna för sekundära tätbebyggelseanläggningar som är hänförliga till markexploateringen eller de byggnadsarbeten som är nödvändiga för att knyta samman det aktuella området med offentlig infrastruktur.

80 I artikel 11.1 i lag nr 10/77 föreskrivs att "tillståndsinnehavaren kan åta sig att direkt uppföra tätbebyggelseanläggningar... mot att hela eller delar av den avgift som skall betalas avräknas". Betalningen av stadsplaneringsavgiften är, enligt artikel 3 i samma lag, kopplad till beviljandet av bygglovet.

81 Uttrycket "avräknas" som används i artikel 11.1 i lag nr 10/77 gör det möjligt att anse att kommunala myndigheter, genom att godkänna ett direkt uppförande av tätbebyggelseanläggningar, avstår från att kräva in de avgifter som skall betalas enligt artikel 3 i samma lag.

82 Svaranden och intervenienterna vid den nationella domstolen har emellertid, liksom den italienska regeringen, hävdat att en sådan tolkning inte är korrekt, i synnerhet därför att betalningen av stadsplaneringsavgiften är ett alternativ till ett direkt uppförande och att det följaktligen skulle vara felaktigt att anse att kommunen hur som helst har en penningfordran som den kommunala myndigheten avstår från att kräva in vid ett direkt uppförande. Ett direkt uppförande av anläggningarna har en ändamålsenlig verkan genom att det står markexploatören fritt att utföra ett byggnadsarbete mot att denne befrias från skyldigheten att betala den stadsplaneringsavgift som skall betalas för beviljat bygglov. Med uttrycket "avräknas" avses således befrielsen från denna skyldighet vid ett byggnadsarbete och inte någon ersättning eller någon annan slags förmån som kommunen tilldelar markexploatören.

83 Eftersom dessa invändningar rör tolkningen av den italienska stadsplaneringslagstiftningen och hur denna är utformad vad gäller sambandet mellan stadsplaneringsavgifterna och ett direkt uppförande, skall det härvid erinras om den bedömning som den nationella domstolen har gjort i detta avseende.

84 I motsats till de argument som framförts av svaranden och intervenienterna har den nationella domstolen, i beslutet om hänskjutande, konstaterat att den som har bygglov eller godkänd plan för markexploatering och som uppför anläggningar inte utför någon prestation utan vederlag, eftersom denne betalar en skuld av motsvarande värde, utan något tillägg i pengar. Denna skuld uppstår till

förmån för kommunen och avser stadsplaneringsavgiften, utan att dess drag av alternativ förpliktelse (betalning i pengar eller direkt utförande av arbeten) medför att grunden därför är beroende av vilket av dessa sätt att fullgöra förpliktelsen som valts (eller förutsetts av lagstiftaren).

85 Denna tolkning av den nationella lagstiftningen är förenlig med direktivets syfte, vilket erinrades om i punkt 52 i förevarande dom, och garanterar således direktivets ändamålsenliga verkan.

86 Mot bakgrund av det anförda skall kriteriet avseende ekonomiska villkor i avtalet anses vara uppfyllt.

Kriteriet att avtalet skall vara skriftligt

87 Det är i detta avseende tillräckligt att domstolen påpekar att detta kriterium inte har bestritts och att avtalet om markexploatering mellan kommunen och fastighetsägaren/fastighetsägarna upprättades skriftligen.

Kriteriet att avtalsparten skall vara entreprenör

88 Enligt svaranden och intervenienterna vid den nationella domstolen samt den italienska regeringen är detta kriterium inte uppfyllt eftersom det inte fastställts

att markexploatören agerat i egenskap av entreprenör eller byggföretag, utan att denne enbart agerat såsom ägare av den mark som exploateras. Det fordras inte att markexploatören uppfyller särskilda tekniska eller ekonomiska villkor etcetera, utan det ställs endast krav på att denne till de kommunala myndigheterna lämnar tillräckliga garantier för de åtaganden som markexploatören förbundit sig att fullgöra enligt avtalet om markexploatering.

89 Det framgår vidare av de svar som lämnats på en fråga som domstolen ställt att det enbart är den markexploatör som innehar bygglov som skall utse de entreprenörer som skall anlitas för att utforma och genomföra anläggningsarbetena. Markexploatören som innehar bygglov utför arbetena i sitt eget namn och inte för den kommuns räkning, till vilken denne förbundit sig att överlåta anläggningarna när dessa slutförts.

90 Det skall i detta avseende påpekas att det enligt artikel 1 a i direktivet inte krävs att den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet direkt skall kunna utföra den avtalade prestationen med egna resurser för att anses vara entreprenör, utan att det är tillräckligt att denne är i stånd att utföra den aktuella prestationen genom att lämna nödvändiga garantier härför.

91 I artikel 20 i direktivet föreskrivs att "[d]e upphandlande myndigheterna får i kontraktsdokumenten begära att anbudsgivaren i anbudet anger till vilken del han ämnar lägga ut kontraktet på underentreprenörer".

92 Domstolen har, i linje med detta, angående direktiv 92/50 fastställt att direktivet skall tolkas så att det tillåter att en tjänsteleverantör, för att bevisa att han

uppfyller de ekonomiska, finansiella och tekniska villkoren för att delta i ett anbudsförfarande i syfte att teckna ett kontrakt om offentlig upphandling av tjänster, åberopar andra enheters kapacitet, oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören har till enheterna i fråga, under förutsättning att denne kan bevisa att han faktiskt förfogar över resurser hos dessa enheter, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet (se dom av den 2 december 1999 i mål C-176/98, Holst Italia, REG 1999, s. I-8607).

93 Det framgår av handlingarna i målet att den markexploatör som innehar bygglov, i en sådan situation som är föremål för prövning vid den nationella domstolen, i enlighet med dennes åtaganden enligt avtalet om markexploatering som ingåtts med den kommunala myndigheten, är skyldig att lämna den kommunala myndigheten tillräckliga garantier vad gäller uppförandet av anläggningarna som skall överlåtas till kommunen och att den underentreprenör som markexploatören utsett för genomförandet av arbetena godtar det avtal som ingåtts med den kommunala myndigheten. Så var fallet i målet vid den nationella domstolen eftersom MCS godtog de avtal som ingåtts mellan kommunen Milano och Pirelli.

94 Under dessa omständigheter kan varken det faktum att markexploatören inte kan genomföra de aktuella arbetena med egna resurser, eller det faktum att den underentreprenör som anlitas för att utföra arbetena har blivit utvald av markexploatören som innehar bygglov och inte av den kommunala myndigheten, utesluta att det ovannämnda kriteriet är uppfyllt.

95 Det förhållandet att anläggningarbetena utförs av bygglovsinnehavaren i eget namn innan denne överlåter anläggningarna till kommunen, innebär inte heller att kommunen, i samband med genomförandet av ett sådant arbete, inte skall anses agera i egenskap av upphandlande myndighet.

96 Följaktligen skall även kriteriet att avtalsparten skall vara entreprenör anses vara uppfyllt.

97 Mot bakgrund av det ovanstående drar domstolen slutsatsen att ett direkt utförande av ett anläggningsarbete enligt de villkor som föreskrivs i den italienska lagstiftningen om stadsplanering utgör ett offentligt upphandlingkontrakt för bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avses i artikel 1 a i direktivet.

98 Av detta följer att direktivet är tillämpligt när det uppskattade värdet exklusive mervärdesskatt av ett sådant anläggningsarbete motsvarar eller överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i artikel 6.1 i direktivet.

99 Detta konstaterande innebär att de kommunala myndigheterna, varje gång de skall tilldela ett sådant offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, är skyldiga att följa de förfaranden som föreskrivs i detta direktiv.

100 Detta innebär inte att de kommunala myndigheterna med nödvändighet själva måste tillämpa de anbudsförfaranden som föreskrivs i detta direktiv för att de skall anses följa direktivet vid utförandet av ett anläggningsarbete. Den ändamålsenliga verkan av direktivet garanteras i lika hög grad om de kommunala myndigheterna enligt nationell lagstiftning genom avtal kan förplikta markexploatörer som beviljats bygglov att utföra avtalade arbeten genom att använda de förfaranden som föreskrivs i direktivet i syfte att fullgöra de skyldigheter som åligger den kommunala myndigheten enligt direktivet. I detta fall skall nämligen markexploatören, i enlighet med det avtal som ingåtts med kommunen enligt vilket denne befrias från stadplaneringsavgiften mot att en offentlig anläggning uppförs, anses ha en uttrycklig fullmakt från kommunen att uppföra denna anläggning. En sådan möjlighet för andra aktörer än de upphandlande myndigheterna vad gäller tillämpningen av reglerna om publicering i direktivet föreskrivs för övrigt uttryckligen i artikel 3.4 i direktivet vad gäller koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten.

101 Vad gäller de förfaranden som föreskrivs i direktivet, framgår det av artikel 7.4 jämförd med artikel 11.2 och 11.9 att upphandlande myndigheter som önskar

upphandla bygg- och anläggningsarbeten måste tillkännage sin avsikt genom att publicera ett meddelande i *Europeiska gemenskapernas tidning* om det inte är fråga om något av de fall som uttömmande uppräknas i artikel 7.3 i direktivet, enligt vilken de upphandlande myndigheterna får använda ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling.

102 I förevarande fall har det av handlingarna i målet inte framkommit någon omständighet som tyder på att ett direkt utförande av anläggningsarbeten på de villkor som föreskrivs i den italienska lagstiftningen om stadsplanering kan omfattas av något av de fall som omnämns i artikel 7.3 i direktivet.

103 Den första tolkningsfrågan skall således besvaras så att direktivet utgör hinder för en nationell stadsplaneringslagstiftning, vilken tillåter att den som innehar bygglov eller en godkänd plan för markexploatering — utan beaktande av de förfaranden som föreskrivs i direktivet — direkt uppför en anläggning mot att hela eller delar av avgiften för bygglovet avräknas när värdet av detta arbete motsvarar eller överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet.

Den andra tolkningsfrågan

104 CNA har bestritt att denna fråga är relevant. Eftersom inget av de villkor som föreskrivs i artikel 11 i lag nr 241/90 är uppfyllt i tvisten vid den nationella domstolen samt med hänsyn till det faktum att avtal om offentlig upphandling som ingås utan beaktande av de förfaranden som föreskrivs i direktivet på detta

område med säkerhet åsidosätter rättigheterna för de entreprenörer eller de personer med fria yrken som strävar efter att tilldelas ett kontrakt, är artikel 11 i lag nr 241/90 inte tillämplig på de förhållanden som är föremål för prövning vid den nationella domstolen.

105 Det saknas visserligen skäl att uttala sig om de argument som framförts av CNA, men domstolen konstaterar att den nationella domstolen varken har preciserat vilka gemenskapsrättsliga bestämmelser som den begär tolkning av eller i vilka särskilda avseenden som den aktuella italienska lagstiftningen, som är föremål för prövning vid den nationella domstolen, medför svårigheter i förhållande till gemenskapsrätten.

106 Det är inte möjligt att utan dessa uppgifter avgränsa det konkreta tolkningsproblem vad gäller de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, som skulle kunna uppstå vid prövningen vid den nationella domstolen.

107 Under dessa omständigheter skall det konstateras att den andra frågan inte kan upptas till sakprövning.

Rättegångskostnader

108 De kostnader som har förorsakats den italienska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

— angående de frågor som genom beslut av den 11 juni 1998 har ställts av Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia — följande dom:

Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten utgör hinder för en nationell stadsplaneringslagstiftning, vilken tillåter att den som innehar bygglov eller en godkänd plan för markexploatering — utan beaktande av de förfaranden som föreskrivs i direktivet — direkt uppför en anläggning mot att hela eller delar av avgiften för bygglovet avräknas när värdet av detta arbete motsvarar eller överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet.

Gulmann Skouris Puissochet

Schintgen Macken

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 12 juli 2001.

R. Grass C. Gulmann

Justitiesekreterare Ordförande på sjätte avdelningen