FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 7. december 2000 [1]

1. Denne sag giver Domstolen mulighed for at udtale sig om det materielle anvendelsesområde for de fællesskabsretlige regler om offentlige bygge- og anlægskontrakter i en sammenhæng, der vedrører en national lovgivning om byplanlægning.

2. Sammenblandingen af offentlige og private interesser, som de forekommer i en sag om udstykning, kan ikke undgå at give anledning til spørgsmål, når den nationale lovgivning overlader det til private erhvervsdrivende selv at udføre de grundlæggende infra- og servicestrukturarbejder eller mindre vigtige og mere fritidsprægede infra- og servicestrukturarbejder, der er en del af deres projekt.

3. Det er spørgsmål af denne art, den italienske ret er stillet over for i hovedsagen, hvilket har fået den til at forelægge præjudicielle spørgsmål, der involverer en undersøgelse af betingelserne for anvendelse af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [2].

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 199, s. 54, herefter »direktivet«.

I — Relevante retsregler

A — *Fællesskabsbestemmelserne*

4. 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.«

5. De former for erhvervsvirksomhed i bilag II, der nævnes i artikel 1, litra a), er de bygge- og ingeniørtjenester, der svarer til klasse 50 i den systematiske fortegnelse over økonomiske aktiviteter i De Europæiske Fællesskaber (NACE). Opførelse af bygninger er udtrykkeligt nævnt blandt disse former for virksomhed.

6. Direktivets artikel 2 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de ordregivende myndigheder overholder eller sørger for, at bestemmelserne i dette direktiv bliver overholdt, når de yder direkte tilskud på mere end 50% til en bygge- og anlægskontrakt, som indgås af andre end dem selv.

2. Stk. 1 vedrører kun kontrakter, der falder ind under klasse 50, gruppe 502, i den systematiske fortegnelse over økonomiske aktiviteter i De Europæiske Fællesskaber (NACE), og kontrakter, der vedrører opførelse af hospitaler, sportsanlæg, rekreative anlæg, anlæg til fritidsformål, skole- og universitetsbygninger og bygninger til administrative formål.«

7. Artikel 4 og 5 opregner de kontrakttyper, direktivet ikke finder anvendelse på, såsom kontrakter, der er reguleret af direktiv 90/531/EØF[3], offentlige bygge- og anlægskontrakter, der er erklæret hemmelige, eller hvis arbejdets udførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger eller offentlige kontrakter, som er omfattet af andre procedureregler, og som indgås i henhold til konkrete internationale aftaler.

8. Artikel 6 fastsætter tærskelværdien for direktivets anvendelse til 5 000 000 ECU uden moms.

9. Artikel 7, stk. 2 og 3, opregner de tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder kan benytte sig af udbud efter forhandling, hvilket ifølge definitionen i direktivets artikel 1, litra g), omfatter de nationale fremgangsmåder, hvorved »de ordregivende myndigheder henvender sig til de af dem valgte entreprenører og forhandler

3 — Rådets direktiv af 17.9.1990 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1).

kontraktens vilkår med en eller flere af disse«.

10. Det fremgår af artikel 7, stk. 4, at i alle andre tilfælde end dem, der er nævnt i artikel 7, stk. 2 og 3, anvender de ordregivende myndigheder ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter offentligt eller begrænset udbud.

B — *De italienske bestemmelser*

Bestemmelser om byplanlægning og fælles infra- og servicestrukturer

11. Ifølge de gældende *nationale bestemmelser* er byggevirksomhed underlagt de offentlige myndigheders kontrol. Ifølge artikel 1 i lov nr. 10/77 af 28. januar 1977[4] medfører enhver virksomhed, der omfatter en byplanmæssig og ejendomsmæssig ændring, at der skal betales en del af de udgifter, der er forbundet med arbejdernes gennemførelse, og arbejdernes udførelse er betinget af, at »sindaco« (borgmesteren) udsteder en tilladelse.

12. Efter ordlyden af samme lovs artikel 3 medfører udstedelsen af byggetilladelse, at der skal betales et bidrag, der beregnes i forhold til infra- og servicestrukturerne og byggeomkostningerne.

13. Bidraget til infra- og servicestrukturerne betales til kommunen på tidspunktet for byggetilladelsens udstedelse. Imidlertid kan indehaveren af byggetilladelsen i overensstemmelse med artikel 11, stk. 1, i lov nr. 10/77 mod helt eller delvist fradrag for det skyldige bidrag forpligte sig til direkte at udføre infra- og servicestrukturarbejdet på de vilkår og med den garanti, kommunen har fastsat.

14. Hvad specielt angår koordineringen af udførelsen af en flerhed af forskellige bygge- og anlægsarbejder i henhold til en udstykningsplan, hvilket tilfælde svarer til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, bestemmer artikel 28, stk. 5, i den nævnte lov nr. 1150/42 om byplanlægning[5], at kommunens godkendelse af udstykningen er betinget af, at der indgås en aftale, der skal udarbejdes af ejeren. I bestemmelsen hedder det:

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

4 — Lov, der indeholder bestemmelser vedrørende byggemodnede arealer (GURI nr. 27 af 29.1.1977).

5 — Lov af 17.8.1942 (GU nr. 244 af 17.8.1942).

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 må ikke være på over ti år.«

Artikel 28, stk. 9, i lov nr. 1150/42 om byplanlægning bestemmer desuden, at fristen for udførelse af de infra- og servicestrukturarbejder, som ejeren skal foretage, fastsættes til ti år.

15. Ifølge artikel 4 i lov nr. 847/64 af 29. september 1964[6] betragtes kulturelle og sundhedsmæssige indretninger som sekundære infra- og servicestrukturer.

16. Artikel 8 i Lombardiets *regionale lov* nr. 60 af 5. december 1977[7] bestemmer, at private kan udføre infra- og servicestrukturarbejder, som fradrages i det bidrag til de infra- og servicestrukturudgifter, der skal betales for en almindelig byggetilladelse. Ansøgere om en tilladelse kan ansøge den udstedende myndighed om at opnå godkendelse til direkte at udføre et eller flere primære eller sekundære infra- og servicestrukturarbejder, idet denne tilladelse meddeles af »sindaco« (borgmesteren), for så vidt han finder, at denne direkte udførelse er i offentlighedens interesse.

17. Derimod er udførelsen af infra- og servicestrukturarbejder, der er fastsat i en udstykningsplan, reguleret ved artikel 12 i den nævnte lov, som erstattet af artikel 3 i regionens lov nr. 31 af 30. juli 1986[8]. Ifølge denne artikel skal den aftale, som udstedelsen af byggetilladelser til de arbejder, der er fastsat i udstykningsplanerne, er afhængig af, bestemme, at ejerne udfører 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 forsyningsset. Når udførelsen af arbejderne indebærer udgifter, der er lavere end de udgifter, der udtrykkeligt var blevet fastsat for de 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 artikel 3.

6 — Som ændret ved artikel 44 i lov nr. 865 af 22.1.1971 og ved artikel 17 i lov nr. 67 af 11.3.1988.

7 — *Bolletino regionale Lombardia*, 2. supplement til nr. 49 af 12.12.1977.

8 — *Bolletino regionale Lombardia*, 2. supplement til nr. 31 af 4.8.1986.

18. Den regionale lovgivning indeholder også en liste over sekundære infra- og servicestrukturarbejder, som omfatter kulturindretninger [9].

Lovgivning om forvaltningens sagsbehandling

19. Den forelæggende ret har bemærket, at de sager, der omhandles i hovedsagen, ikke er fremmede for visse former af det, der i Italien betegnes som borgervenlig forvaltning. Ved denne handlemåde giver de offentlige myndigheder afkald på eller smidiggør myndighedstiltag af ensidig karakter for i stedet at forhandle direkte med borgeren om indholdet af de forvaltningsakter, som berører ham [10].

20. Den almindelige lov nr. 241 af 7. august 1990 om forvaltning fastsætter nye bestemmelser om forvaltningens sagsbehandling og om retten til aktindsigt i administrative dokumenter.

21. Lovens artikel 11 bestemmer, at forvaltningen med forbehold af tredjemands rettigheder og under alle omstændigheder med henblik på at varetage offentlige interesser kan 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.

II — Sagens faktiske omstændigheder og hovedsagen

22. Ved afgørelse nr. 82/96 af 12. september 1986 godkendte Milano byråd en bygge- og anlægsplan, der bestod af forskellige dele, og som var benævnt projekt »Scala 2001«.

23. Disse dele omfattede i korthed gennemførelse af følgende bygge- og anlægsarbejder:

— Restaurering og ombygning af den historiske bygning Teatro alla Scala.

— Ombygning af de kommunale ejendomme i et ejendomskompleks.

— Opførelse i det område, der benævnes »Bicocca«, af et nyt teater 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 de aktiviteter, der udøves i Piazza Scalas

9 — Artikel 22, litra b), i Lombardiets regionale lov nr. 51 af 15.4.1975.

10 — Jf. punkt 6 i forelæggelseskendelsen.

historiske hovedkvarter, i den periode, der er nødvendig for at udføre restaurerings- og ombygningsarbejdet af Piazza Scala [11]. Senere skal denne bygning benyttes til at huse alle almindelige aktiviteter vedrørende opførelsen af skuespil og andre kulturelle arrangementer.

24. I Bicocca området var der planlagt en stor udstykning, der involverede en ombygning af en større helhed af bygninger med det formål at foretage en byplanmæssig omdannelse af dette tidligere industriområde. Società Pirelli (herefter »Pirelli«) optrådte i forbindelse hermed sammen med andre private erhvervsdrivende som grundejer og ansvarlig for udstykningen. Dette private initiativ, der havde været undervejs i lang tid, og som var blevet behandlet efter alle led i de administrative procedurer [12], var ved at blive afsluttet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, der gav anledning til hovedsagen.

25. Blandt de byplanmæssige foranstaltninger, der var vedtaget for dette område, havde byen Milano allerede planlagt opførelsen af en indretning i almenhedens interesse »med fælleskommunal karakter«. Teatret skulle udgøre en del af denne indretning.

26. Ved afgørelse nr. 82/96 vedtog Milano byråd herefter en række aftaler vedrørende gennemførelsen af bygge- og anlægsarbejderne, frister herfor og finansiering af projekt »Scala 2001«, idet byrådet godkendte en særlig aftale indgået mellem byen Milano på den ene side og Pirelli, Ente Autonomo Teatro alla Scala [13] og Milano Centrale Servizi SpA [14], der er mandatar for investorerne bag »Progetto Biocca« (projekt »Bicocca«), på den anden side. Denne aftale, der blev underskrevet den 18. oktober 1996 [15], indeholdt følgende bestemmelser om gennemførelsen for så vidt angår »Bicocca«-delen af projekt »Scala 2001«:

— MCS skulle — i kraft af sin stilling som mandatar for investorerne bag udstykningsprojektet — opføre det nye teater (samt den tilhørende parkeringsplads) som et sekundært infra- og servicestrukturarbejde i Bicocca-området og på det hertil bestemte areal, som investorerne havde forpligtet sig til at afstå vederlagsfrit til byen Milano. Opførelsen af teatret skulle »fradrages« i de bidrag til byplanlægningen, som skyldtes i henhold til italiensk national og regional lovgivning. Den påtagne forpligtelse var begrænset til an opførelse af bygningens »ydre skal«. Derimod forblev ansvaret for arbejderne under tag på Bicocca-teatret Milano bys, som for at få arbejderne gennemført skulle gøre brug af et offentligt udbud, og

— MCS skulle aflevere den historiske bygning inden udløbet af 1998.

11 — Ifølge den forelæggende ret bærer dette teater navnet »Teatro alla Bicocca« (herefter »teatret«).

12 — Rammeaftalen er fra januar 1990. Den aftale, der vedrører udførelsen af infra- og strukturarbejder, blev indgået den 1.5.1993, mens aftalen om byplanlægning blev indgået den 10.9.1994.

13 — Nu kendt under navnet Fondazione Teatro alla Scala (herefter »FTS«).

14 — Herefter »MCS«.

15 — Herefter »aftalen«.

27. L'Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi (arkitektsammenslutningerne i provinserne Milano og Lodi) og arkitekt Piero De Amicis [16] anlagde sag ved Tribunale amministrative regionale per la Lombardia (Italien) med påstand om annullation af afgørelse nr. 82/96.

28. Efter de nye retningslinjer, der blev opstillet af den nye kommunalforvaltning i begyndelsen af 1998, vedtog Milano byråd afgørelse nr. 6/98 af 16. og 17. februar 1998, hvorved det:

— godkendte forprojektet til opførelsen af teatret

— bekræftede, at dette arbejde vil ske delvis ved direkte udførelse fra entreprenørernes side »i overensstemmelse med deres kontraktmæssige forpligtelser i henhold til udstykningsplanen«; det blev også præciseret, at beløbet for de omhandlede bygge- og anlægsarbejder beløb sig til 25 mia. ITL

— ændrede de i aftalen fastsatte frister for gennemførelsen af visse foranstaltninger; datoen for færdiggørelsen af det nye teater blev således fastsat til den 31. december 2000.

29. Consiglio Nazionale degli Architetti (det nationale arkitektråd) og arkitekt Leopoldo Freyrie [17] anlagde sag ved Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia med påstand om annullation af afgørelse nr. 6/98.

30. I de to annullationssøgsmål har sagsøgerne gjort gældende, at de anfægtede afgørelser er ugyldige i forhold til såvel italiensk lovgivning på områderne for byplanlægning og offentlige kontrakter som fællesskabsretten. Parterne har i relation til tilsidesættelsen af fællesskabsretten gjort gældende, at teatret har karakter af et offentligt arbejde, hvorfor byrådet skulle have benyttet den procedure for offentlige udbud, der er fastsat i fællesskabslovgivningen, i stedet for at tildele kontrakten efter forhandling. Herved led de interesser, som OAML og de sagsøgende arkitekters uomtvisteligt har, skade.

III — De præjudicielle spørgsmål

31. Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia fastslår i sin forelæggelses-

16 — Herefter vil disse to parter i hovedsagen blive omtalt under betegnelsen »OAML«.

17 — Herefter vil disse to parter i hovedsagen blive omtalt under betegnelsen »CNA«.

kendelse, at byen Milano har anvendt den italienske lovgivning (national og regional) på området for byplanlægning korrekt. Derimod udtaler den nationale ret, at den for så vidt angår fællesskabslovgivningen stiller sig tvivlende over for spørgsmålet om, hvorvidt den direkte gennemførelse af et infra- og servicestrukturarbejde, som fradrages i det skyldige bidrag, er en offentlig bygge- og anlægskontrakt i fællesskabsrettens forstand.

32. Derfor har retten besluttet at forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Strider de nationale og regionale bestemmelser, som giver en bygherre (der er indehaver af en byggetilladelse og 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 og 31 i lov nr. 1150 af 17.8.1942 og artikel 8 og 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?«

IV — Formaliteten med hensyn til det første præjudicielle spørgsmål

33. Byen Milano og FTS tvivler på, at der består en forbindelse mellem det første præjudicielle spørgsmål og hovedsagens genstand.

34. De har gjort gældende, at den nationale ret har begrænset realitetsbehandlingen af de for retten anlagte sager til kun at omfatte de aspekter af tvisten, der vedrører tildelingen af arbejdet med projektering af teatret, men ikke arbejderne vedrørende selve bygge- og anlægsarbejdets udførelse. Denne beslutning er begrundet med, at sagsøgerne ikke er entreprenører, men arkitekter og deres faglige sammenslutninger.

Derfor kan det første præjudicielle spørgsmål, der omfatter en fortolkning af direk-

tivet, ikke bidrage til afgørelsen af en tvist, der omhandler levering af tjenesteydelser.

35. Byen Milano og FTS har tilføjet, at Pirelli og MCS simpelt hen tilbød arbejdet med projektering af teatret til den kommunale administration uden krav om vederlag. Derfor kan disse projekteringsomkostninger ikke være indeholdt i de bygge- og anlægsomkostninger, der skal fradrages i bidraget til udgifterne til infra- og servicestrukturarbejder.

Med dette argument synes parterne i hovedsagen at forsvare idéen om, at det forhold, at projekteringsdelen af det omtvistede projekt er vederlagsfri, får projektet til at falde uden for direktivets anvendelsesområde, der er baseret på en forudsætning om, at det omhandlede bygge- og anlægsprojekt udføres mod vederlag.

36. Det følger af Domstolens faste retspraksis, at det inden for rammerne af det samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, der er indført ved EF-traktatens artikel 177, udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retslige afgørelse, 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. Derfor er Domstolen, når de forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, principielt forpligtet til at træffe afgørelse om præjudicielle spørgsmål [18].

37. En afvisning fra realitetsbehandling af en anmodning fra en national retsinstans er kun mulig, hvis det viser sig, at den fortolkning af fællesskabsretten, som den pågældende retsinstans ønsker, åbenbart savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand [19].

38. Det kan ikke i denne sag anerkendes, at en tvist, der omhandler den måde, hvorved den erhvervsdrivende, der skal gives ansvaret for opførelsen af et teater, udvælges, ikke har nogen forbindelse med fællesskabsbestemmelserne vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, når projektet er blevet iværksat på en kommunes initiativ, og det pågældende arbejde i national ret betragtes som en kollektiv infra- og servicestrukturfacilitet.

39. Endvidere har det argument, hvorefter sagernes realitet kun omfatter de aspekter af sagerne, der vedrører teatrets projektering, men ikke selve bygge- og anlægsarbejderne, ingen støtte i forelæggelseskendelsen. Argumentet dementeres tilmed af, at kendelsen fastslår, at sagen kan antages til realitetsbehandling, men uden at omtale en sådan begrænsning [20]. Jeg skal tilføje, at efter ordlyden af direktivets artikel 1, litra a), omfatter offentlige bygge- og anlægskontrakter kontrakter, som til genstand har »både udførelse og projektering af arbejder«.

18 — Jf. bl.a. dom af 6.7.1995, sag C-62/93, BP Supergaz, Sml. I, s. 1883, præmis 10, og af 7.9.1999, sag C-355/97, Beck og Bergdorf, Sml. I, s. 4977, præmis 22.

19 — Jf. fodnote 17.

20 — Jf. s. 6 i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen.

40. For så vidt endelig angår den omstændighed, at projekteringen udføres vederlagsfrit, vedrører det fremførte argument sagens realitet og er ikke af interesse for formaliteten. Derfor er der ikke anledning til på grundlag af denne betragtning at konkludere, at det forelagte spørgsmål ikke har forbindelse med tvisten i hovedsagen.

41. Derfor skal det første præjudicielle spørgsmål besvares.

V — De præjudicielle spørgsmål

42. Den forelæggende ret ønsker med sine to spørgsmål, at Domstolen tager stilling til, om forskellige bestemmelser i italiensk ret om byplanlægning er forenelige med fællesskabsretten.

43. Det er grund til at anvende Domstolens faste retspraksis, ifølge hvilken det gælder, at skønt Domstolen i henhold til traktatens artikel 177 ikke har kompetence til at anvende en fællesskabsregel på et bestemt tilfælde og dermed til at bedømme en national bestemmelse efter denne regel, kan den dog, som led i det ved denne artikel indførte judicielle samarbejde, på grundlag af oplysningerne i sagens akter forsyne en national domstol med de fællesskabsretlige fortolkningselementer, som kan være hensigtsmæssige for den ved vurderingen af denne bestemmelses virkninger [21].

44. Derfor skal direktivet fortolkes med henblik på at gøre det muligt for den forelæggende ret at træffe afgørelse om lovligheden af en lovgivning, der giver en erhvervsdrivende mulighed for at deltage i opførelsen af en offentlig infra- og servicestrukturfacilitet uden et forudgående udbud i konkurrence.

45. Jeg minder om, at det andet præjudicielle spørgsmål drejer sig om, hvorvidt kontrakter mellem offentlige myndigheder og private på områder, hvor de offentlige myndigheder vælger en privat person, som de aftaler visse ydelser med, er forenelig med Fællesskabets retsorden, når disse ydelser overstiger den tærskelværdi, der er fastsat i udbudsdirektiverne.

46. Når et spørgsmål som i denne sag kan forstås således, at der ønskes en fortolkning af fællesskabsretten, men spørgsmålet ikke nævner de fællesskabsbestemmelser, der ønskes fortolket, påhviler det Domstolen af samtlige de oplysninger, som fremlægges af den nationale ret, og navnlig af begrundelsen til forelæggelsen, at udlede de elementer i fællesskabsretten, som skal fortolkes, når der henses til sagens genstand [22].

21 — Jf. f.eks. dom af 8.12.1987, sag 20/87, Gauchard, Sml. s. 4879, præmis 5.

22 — Jf. Gauchard-dommen, præmis 6 og 7.

47. Den forelæggende ret ønsker med dette spørgsmål at opnå en afgørelse i forhold til fællesskabsretten af det princip i italiensk ret, som den betegner med ordene »borgervenlig forvaltning«, dvs. »i hvilken den offentlige forvaltning giver afkald på eller smidiggør myndighedstiltag af ensidig karakter og i stedet [...] forhandler [direkte] med borgeren vedrørende indholdet af de forvaltningsakter, som berører ham« [23].

48. Den italienske ret har lagt til grund, at de ydelser, som disse aftaler kan finde anvendelse på, »overskrider det tærskelbeløb, der er fastsat i direktiverne på området« [24]. Derfor ser det ud til, at spørgsmålet — når der ikke foreligger mere præcise oplysninger om de fællesskabsbestemmelser, der omtvistes — kun vedrører en fortolkning af de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter.

49. Den forelæggende ret har endvidere anført: »Den konkrete sag [...] kan [...] uden videre indgå i en videregående national lovgivning, hvis hensigt det er at begunstige modeller med forhandlede fremgangsmåder« [25], idet den herved nævner artikel 11 i den almindelige lov nr. 241/90.

50. Retten har imidlertid ikke givet tilstrækkelige oplysninger om denne lovgivnings særlige karakter, således som den kunne blive anvendt i hovedsagen, set i forhold til lovgivningen på området for byplanlægning, der er nævnt i det første spørgsmål.

Under disse omstændigheder ser det ud til, at en fortolkning af de relevante fællesskabsbestemmelser om offentlige kontrakter kan give den italienske ret det svar, den har brug for med henblik på at vurdere lovligheden af begge de nævnte former for lovgivning. Der skal derfor ikke sondres mellem de to præjudicielle spørgsmål.

51. Derfor skal det antages, at den forelæggende ret med de forelagte spørgsmål reelt ønsker oplyst, om direktivet er til hinder for en national lovgivning, hvorefter det, når gennemførelsen af en udstykningsplan forudsætter bygge- og anlægsarbejder med henblik på at opføre en offentlig infra- og servicestrukturfacilitet, tilkommer indehaveren af byggetilladelsen at iværksætte disse arbejder for egen regning mod fritagelse for betaling af det bidrag, der skyldes kommunen for byggetilladelsen, medmindre kommunen beslutter at opkræve bidraget i stedet for og til afløsning af den direkte gennemførelse af arbejderne uden at følge de samordnede procedurer for tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter, der er fastsat i det nævnte direktiv.

52. Inden jeg foretager en undersøgelse af direktivet, er det nødvendigt, at jeg først kort ser på de infra- og servicestrukturarbejder, der har forårsaget tvisten i hovedsagen.

23 — Jf. s. 16 i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen.

24 — Jf. kendelsens s. 17.

25 — Jf. kendelsens s. 17.

A — *Den retlige karakter af et teater i national ret og fællesskabsretten*

53. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at et teater i italiensk ret udgør et sekundært infra- og servicestrukturarbejde [26].

Efter den nationale lovs ordlyd klassificeres kulturfaciliteter, som en sådan bygning omfattes af, i kategorien for sekundære infra- og servicestrukturarbejder, uden at der er fastsat en »formåls- og funktionsbegrænsning i relation til bydelen« [27]. Denne bevidste mangel på begrænsning viser ifølge den italienske retsinstans »lovgivers specifikke vilje til for sådanne arbejders vedkommende at bortse fra at lægge den snævre byplanlægningssammenhæng til grund« [28].

54. Det forhold, at en national kulturfacilitet betragtes som en indretning, der er nødvendig for tilrettelæggelsen af en udstrykning, kan virke overraskende [29].

Det forhold, at der ikke i retlig henseende sondres mellem et nationalteater og en infra- og servicestrukturfacilitet, der er beregnet til at forbinde udstykningen med offentlige tjenester — i italiensk ret kvalificeret som primære infra- og servicestrukturer — eller en sekundær infra- og servicestrukturfacilitet, som f.eks. vuggestuer eller grønne områder, fører til, at et teater sammenlignes med en facilitet, der er nødvendig for den bebyggelse, der er under opførelse.

55. Således bliver et teater, hvis aktiviteter rækker langt ud over det lokalområde, hvor det er placeret — som følge af den retlige status, det er tillagt i henhold til loven — omfattet af bestemmelser om byplanlægning, der skaber forpligtelser, der er særligt forbundet med dette områdes behov og faciliteter. I henhold til italiensk ret er en privat erhvervsdrivende, der udstykker parceller, forpligtet til at dække samtlige de udgifter, der kan henføres til den pågældende infra- og servicestrukturfacilitet, hvilket i denne sag betyder, at han har særligt høje omkostninger [30].

56. Det tilkommer ikke mig at fremkomme med en vurdering af den omhandlede lov. Denne vurdering henhører under lovgivers enekompetence og opfattelse af, hvad byplanlægning omfatter.

57. Det tilkommer dog Domstolen at sikre, at en sådan udformning af byområder ikke kan skade de interesser, som fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter har til formål at beskytte.

26 — Jf. kendelsens s. 6 og 7.

27 — Jf. kendelsens s. 10, sidste afsnit.

28 — Jf. kendelsens s. 10, sidste afsnit.

29 — Den forelæggende ret henviser til sin egen praksis, hvorefter der antages »at foreligge et infra- og servicestrukturprojekt, hvor der er tale om et kulturcenter, flere kommuner har brugsret til« (jf. s. 11, sidste afsnit, i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen).

30 — De byggetiltag, MCS blev anmodet at iværksætte i forbindelse med opførelsen af teatret, beløber sig til 25 mia. ITL (jf. s. 13, andet afsnit, i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen).

58. Ifølge den forelæggende ret henhører opførelsen af teatret under offentlige bygge- og anlægsarbejder i direktivets forstand [31]. Den retlige status, som national lovgivning tillægger faciliteter af denne art, har ikke desto mindre bestemte konsekvenser, som ser ud til at fravige den ved direktivet indførte ordning. Den bygherre, der foretager udstykningen, er forpligtet til selv at foretage eller lade foretage bygge- og anlægsarbejderne [32], medmindre kommunen beslutter at opkræve bidraget til infrastrukturen i stedet for at vælge den direkte gennemførelse af arbejderne [33]. Det skal endvidere præciseres, at kommunen kun kan afvise direkte gennemførelse og kræve betaling, såfremt der foreligger begrundede offentlige interesser i at sikre en korrekt og effektiv gennemførelse af udstykningsplanen [34].

59. Man kan frygte, at en udbredt anvendelse af tilsvarende lovgivninger i medlemsstaterne vil kunne gøre fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter virkningsløse. Medlemsstaterne kan være foranledigede til at indsætte hele kategorier af offentlige arbejder i deres byplanlægningslovgivning med det formål at unddrage dem fra fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, der betragtes som bebyrdende og omkostningstunge i både tid og penge.

60. Derfor må betydningen af denne diskussion om en national lovgivning, der har sådanne karakteristika, ikke undervurderes.

61. For at afgøre, om man kan tillade, at de i direktivet opstillede fremgangsmåder med hensyn til indgåelse af offentlige kontrakter ikke finder anvendelse i en sag som den, der foreligger i hovedsagen, skal direktivets materielle anvendelsesområde afgrænses i lyset af sine formål.

31 — Jf. s. 10 i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen.

32 — Det er i det mindste, hvad der fremgår af forelæggelseskendelsen (jf. bl.a. s. 9, tredje afsnit, i den danske oversættelse). Jeg bemærker imidlertid, at OAML og CNA ikke er enige i denne fortolkning af den nationale lovgivning (jf. fodnote på s. 1, under iii), i CNA's skriftlige indlæg og punkt 1.1.1 i OAML's skriftlige indlæg), idet de finder, at den direkte gennemførelse »mod fradrag« udgør en mulighed og ikke en forpligtelse. Domstolen har ikke i medfør af sin retspraksis kompetence til at fortolke nationale bestemmelser, og det tilkommer de nationale domstole at fastlægge den nøjagtige betydning af nationale administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser (dom af 9.2.1999, sag C-343/96, Dilexport, Sml. I, s. 579, præmis 51). Som følge heraf lægger jeg til grund, at der i national ret består et princip, hvorefter der gælder en retlig forpligtelse til direkte gennemførelse »mod fradrag« for den, der udstykker, idet kommunen dog kan træffe en anden afgørelse, således som det er beskrevet af den forelæggende ret.

33 — Jf. s. 11 i den første sproglige version af forelæggelseskendelsen.

34 — Jf. s. 6, femte afsnit, i den franske oversættelse af den italienske regerings skriftlige indlæg.

B — *Begrebet offentlige bygge- og anlægskontrakter*

62. Direktivets definition af begrebet »offentlige bygge- og anlægskontrakter« er opstillet i artikel 1, litra a).

63. De seks betingelser, der er fastsat i denne bestemmelse, er som følger: Aftalen skal være formaliseret ved en *gensidigt*

bebyrdende kontrakt, som indgås *skriftligt* mellem en *entreprenør* og en *ordregivende myndighed*, og som til genstand har en *bestemt slags bygge- og anlægsarbejde.*

Betingelsen om, at retsforholdet skal være kontraktligt

64. Jeg har allerede sagt, at det er ubestridt, at arbejdet med opførelsen af teatret er et offentligt bygge- og anlægsarbejde, eller i det mindste, at denne bygning er et bygge og anlægsarbejde i direktivets forstand [35]. Det er ikke bestridt, at aftalen er indgået skriftligt. Endelig er en kommune en ordregivende myndighed i direktivets artikel 1, litra b)'s forstand, idet lokale myndigheder betragtes som ordregivende myndigheder [36].

65. Derimod er jeg af den opfattelse, at retsforhold som dem, der forbinder Milano by med de andre sagsøgte i hovedsagen, under de betingelser, der er fastlagt i den nationale lovgivning, ikke er kontraktlige. Hertil kommer, at betingelsen om, at den part, der ifølge direktivet skal være den ordregivende myndigheds kontraktpart, skal være entreprenør, ikke nødvendigvis er opfyldt i en lovgivning som den her omhandlede. Endelig har forholdet mellem kommunen og grundejeren efter min mening ikke den gensidigt bebyrdende karakter, som kræves i henhold til direktivet.

35 — Jf. dette forslags punkt 58.

36 — Hertil skal man tilføje, at kontraktens værdi, som den forelæggende ret angiver, overstiger det i direktivets artikel 3, stk. 1, fastsatte tærskelbeløb (s. 14, punkt 4, første og andet afsnit, i den franske oversættelse af forelæggelseskendelsen).

66. Jeg vil nu undersøge disse tre betingelser hver for sig.

67. Det er korrekt, at parterne har underskrevet en kontrakt. Men dens indhold omfatter kun gennemførelsesbestemmelser for projektet, som f.eks. arbejdernes fordeling mellem MCS, der står for gennemførelsen af bygningens ydre skal, og Milano by, der står for arbejderne under tag, samt datoen for bygningens aflevering.

68. Men der mangler noget i kontrakten, som i mine øjne er afgørende i et kontraktforhold: muligheden for at vælge sin medkontrahent. Ifølge den forelæggende ret er den erhvervsdrivende, som skal udføre infra- og servicestrukturarbejderne, *ganske enkelt udpeget ved lov* — i denne sag ved artikel 12 i regionallov nr. 60 af 1977 [37]. Det følger således af denne bestemmelse, at arbejderne skal udføres af grundejeren.

37 — Jf. s. 12, første afsnit, i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen. Det præciseres, at artikel 12 foretager denne udpegelse for alle primære infra- og servicestrukturarbejder og for en del af de sekundære infra- og servicestrukturarbejder samt for de arbejder, der er nødvendige med henblik på områdets tilslutning til de offentlige forsyningsnet (jf. s. 9 i den danske version af forelæggelseskendelsen). OAML og CNA anlægger en anden fortolkning af denne artikel. De finder, at gennemførelsen »mod fradrag« kun vedrører det sekundære infra- og servicestrukturarbejde, i det omfang det er nødvendigt for områdets tilslutning til de offentlige forsyningsnet. Disse betragtninger vedrører fortolkning af national ret, hvilket ligger uden for Domstolens kompetence, og jeg henholder mig til den forelæggende rets fortolkning af denne bestemmelse, hvilket er i overensstemmelse med Domstolens retspraksis, som jeg har citeret i fodnoten på s. 31 i dette forslag.

69. Denne ikke-kontraktlige metode til at bestemme, hvem der er forpligtet (»debitor«) til at udføre infra- og servicestrukturarbejderne, bekræftes af dens retlige stilling i national ret. FTS har henvist til en dom afsagt af Corte suprema di cassazione, hvorefter »ejerens forpligtelse til at påtage sig udgifterne vedrørende de primære infra- og servicestrukturarbejder og en del af de sekundære infra- og servicestrukturarbejder [...] udgør [...] en reel forpligtelse. Det følger heraf, at disse arbejder skal udføres af dem, der er ejere på tidspunktet for byggetilladelsens udstedelse, *hvilket meget vel kan være andre personer end de i aftalen angivne*, idet disse personer har erhvervet en del af de grunde, på hvilke der vil blive tilvejebragt forskellige parceller eller grupper af parceller« [38].

70. Det forhold, at den, der er ansvarlig for infra- og servicestrukturarbejdet, ikke kan vælge entreprenøren, begrænser efter min opfattelse betydeligt den risiko for forskelsbehandling, de ordregivende myndigheder udøver, når de søger at favorisere nationale eller lokale erhvervsdrivende.

71. Lad mig et øjeblik standse op ved det hovedformål, direktivet forfølger: Det består netop i at fjerne den forskelsbehandlende praksis på området for offentlige kontrakter. Jeg kan se, at ordlyden af direktivets artikel 1, litra a), helt præcist i den del, der vedrører kravet om et kontraktforhold, klart viser det formål, som fællesskabslovgiver har tillagt bestemmelsen.

72. Direktivet har til formål at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter [39].

73. Indrømmelse af en national fortrinsstilling udgør en hindring for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser — principper, som direktivet hviler på [40] — og for udviklingen af en effektiv konkurrence [41]. Man kan ikke nægte, at såfremt nationale erhvervsdrivende indrømmes en fordel i forhold til deres konkurrenter, der er statsborgere i andre medlemsstater, vil de sidstnævnte blive afskrækket fra at tage fast ophold på det nationale område eller fra at rejse dertil, selv hvis det kun sker for at udøve deres virksomhed.

74. Hvis en ordregivende myndighed frit kan vælge en entreprenør, der mod betaling skal forestå gennemførelsen af bygge- og anlægsarbejder, er der en reel risiko for, at myndighederne vælger deres kontraktparter på grundlag af andre kriterier end rent økonomiske, hvilket er fastslået mange

38 — Dom af 10.12.1994 (Cass. I, nr. 10947) og af 17.6.1996 (Cass. III, nr. 5541), citeret s. 25 i den franske oversættelse af FTS's skriftlige indlæg. Min fremhævelse.

39 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 33.

40 — EF-traktatens artikel 57, stk. 2 (efter ændring nu artikel 47, stk. 2, EF), og EF-traktatens artikel 66 (nu artikel 55 EF) er nævnt i betragtningerne til direktivet. Se også tiende betragtning til direktivet.

41 — Jf. tiende betragtning.

gange i medlemsstaternes nationale myndigheders praksis.

75. Favorisering af nationale erhvervsdrivende tager ikke hensyn til kriterier, der vedrører arbejdernes kvalitet og pris, der skal være afgørende for virksomhedernes udvælgelse. Denne situation truer både de forbigåede konkurrenters interesser, idet de skades derved, at de udelukkes fra at vinde, og skatteydernes interesser, idet de offentlige myndigheders anvendelse af skatteindtægterne ikke er blevet ledet af strengt økonomiske hensyn.

76. Det er grunden til, at fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter, navnlig direktivet, samordner fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige kontrakter ved at organisere udbud blandt de erhvervsdrivende.

77. Dette er også begrundelsen for, at direktivet blandt de betingelser, der er afgørende for, om det finder anvendelse, opstiller et krav om, at der etableres et kontraktforhold. Fællesskabsrettens procedureregler inden for offentlig kontrakter er kun begrundede, *hvis de ordregivende myndigheder har en skønsmargen ved udvælgelsen af de erhvervsdrivende*. Ellers vil de begrænsninger, de indførte procedureregler medfører, miste deres begrundelse, som består i risikoen for, at de frie bevægelser og konkurrencen skades. Det må ikke glemmes, at friheden til at vælge også giver mulighed for at udøve forskelsbehandling.

78. Denne valgfrihed foreligger ikke her. Den kunne genopstå, hvis grundejeren, der, som det vil fremgå, ikke nødvendigvis er entreprenør, blev tvunget af den ordregivende myndighed, navnlig i relation til udvælgelsen af den erhvervsdrivende, der skal udføre arbejderne. Det er klart, at ethvert pres fra den offentlige myndigheds side på dette felt vil være en omgåelse af loven — hvis ikke af den nationale lov, så i det mindste af fællesskabsbestemmelserne — og vil retteligt skulle ses og behandles som en kontrakt mellem den ordregivende myndighed og entreprenøren.

79. Under alle omstændigheder har den kommunale forvaltning ingen adgang til at gribe ind i nærværende sag, hvad enten det drejer sig om valget af entreprenør eller forholdet til denne entreprenør i løbet af gennemførelsesperioden, hvilket også næsten alle parter har erkendt.

80. Ifølge den omhandlede nationale lovgivning kan kommunen beslutte sig for at kræve betaling af bidraget til byplanlægning, eller den kan erstatte denne forpligtelse med et krav om direkte gennemførelse af arbejdet.

81. Det skal sikres, at denne genindførelse af en grad af beslutningsfrihed for så vidt angår valget af entreprenør ikke medfører en risiko for, at den ordregivende myndighed igen vender tilbage til en praksis, der er forskelsbehandlende.

82. Dette spørgsmål vil naturligvis kun opstå i det tilfælde, hvor kommunen måtte beslutte at udnytte sin ret til at opkræve bidraget i stedet for at få arbejdet udført »mod fradrag«.

83. Det er klart, at de i direktivet opstillede fremgangsmåder under disse omstændigheder skal anvendes, idet den ordregivende myndighed beslutter sig for at rette henvendelse til andre entreprenører. Men herved foretager han netop et valg, i det mindste i negativ betydning, idet han fratager grundejeren retten til selv at udføre arbejdet.

84. Jeg finder ikke, at denne frygt er begrundet. For det første er det ikke givet, at grundejeren altid selv er entreprenør, og at han, hvis han var det, automatisk ville ønske at få ret til at udføre arbejdet. I begge de nævnte tilfælde kan denne ret også betragtes som en urimelig byrde, og — ud fra et personligt synspunkt — en ubegrundet byrde. Dette gælder navnlig, da grundejeren, hvis han selv forestår arbejdets udførelse, og de hermed forbundne udgifter er lavere end det forudsatte udgiftsniveau, forbliver bundet til at betale forskelsbeløbet til kommunen. Derfor kan udførelsen af arbejderne udgøre en forpligtelse, hvor der ikke er udsigt til, at den økonomiske stilling forbedres, hvis arbejdet udføres direkte. For det andet gælder det, at hvis den således udelukkede grundejer måtte ønske at udføre arbejderne, har han fortsat, hvis direktivet anvendes korrekt, mulighed for at afgive et bud.

85. Derfor kan betingelsen om, at retsforholdet skal være kontraktligt, ikke anses for at være opfyldt.

Betingelsen om, at der skal være en entreprenør involveret

86. Det forhold, at grundejeren ikke altid er entreprenør, er den anden grund til, at jeg finder, at idéen om, at en national lovgivning, der uden undtagelse kræver direkte udførelse af infra- og servicestrukturarbejder »mod fradrag«, tilsidesætter direktivet.

87. Denne betingelse forudsætter som bekendt en kontrakt *mellem en ordregivende myndighed og en entreprenør.*

88. Men den omhandlede nationale lovgivning kræver ikke af grundejeren, at han skal være entreprenør. Derfor skal grundejeren, hvis han ikke selv er i stand til at udføre arbejderne, udpege en entreprenør til at forestå opgaven. Det er med denne entreprenør og ikke med den ordregivende myndighed, at han skal indgå en kontrakt, hvorved han bliver bygherre. Hvis, som jeg allerede har understreget [42], kommunen ikke er involveret i forholdet mellem grundejeren og entreprenøren, vil dens mulighed

42 — Punkt 79 i dette forslag.

for at udøve indflydelse således blive reduceret væsentligt.

89. Begrundelsen for at afvise, at der er tale om en offentlig kontrakt, følger ikke alene af, at der ikke er en entreprenør, der har direkte forbindelse til kommunen, men også af, at den ordregivende myndighed ikke er involveret i det bygge- og anlægsarbejde, som bygherren overdrager til entreprenøren [43].

90. Hermed er begrundelsen for at lade direktivet finde anvendelse endnu engang gået tabt. Den grænse, der adskiller området for offentlige kontrakter fra strengt private retsforhold, er overskredet. Grundejeren, en privat erhvervsdrivende, der er ansvarlig for at betale bygge- og anlægsarbejderne mod fradrag i bidraget til byplanlægning, tilpasser sig igen den forretningsmæssige virkelighed, der giver ham et incitament til at foretage et valg, der tager hensyn til hans egne interesser. Udgiftskontrol foretaget af en ordregivende myndighed, der nemt kunne komme til at tro sig frigjort fra enhver budgetbegrænsning, afløses af den påpasselighed, en privat erhvervsdrivende, der er interesseret i at begrænse sine udgifter, udviser. Derfor er effektiv konkurrence næsten sikret automatisk, idet den private erhvervsdrivende, som frit kan vælge en hvilken som helst entreprenør, og som kun er debitor for den pris, han skal betale entreprenøren, ud fra økonomiske hensyn vil vælge den mest fordelagtige ydelse til den laveste pris.

Betingelsen om, at retsforholdet skal være gensidigt bebyrdende

91. Jeg mangler at angive begrundelsen for, at jeg finder, at forholdet mellem grundejeren og kommunen med henblik på udførelsen af den omtvistede infra- og servicestruktur ikke er gensidigt bebyrdende, som omhandlet i direktivets artikel 1, litra a).

92. Derimod finder den forelæggende ret ikke, at indehaveren af en byggetilladelse, når han udfører infra- og servicestrukturarbejder, leverer en vederlagsfri ydelse. Han afvikler snarere en skyld af samme størrelse, som kommunen bliver kreditor for, når han beslutter sig for at udføre bygge- og anlægsarbejder, der vil give anledning til, at der opstår krav om infra- og servicestrukturer [44].

93. Jeg har påvist, at formålet med direktivet er af fjerne de ordregivende myndigheders forskelsbehandlende praksis. Man

43 — Jf. herom generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i Gestión Hotelera Internacional (dom af 19.4.1994, sag C-331/92, Sml. I, s. 1329, præmis 35 og 41), hvori han påviser, at en blandet kontrakt, som den forelæggende ret behandlede, og som både vedrørte udførelse af bygge- og anlægsarbejder og afståelse af goder, ikke henhører under Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 1971 II, s. 613). Lenz forklarede, at den potentielle bydende pr. definition ikke, henset til selskabets formål, kunne være en byggevirksomhed, med det resultat, at den omhandlede offentlige kontrakt — der havde til formål at tildele en koncession på udnyttelsen af et spillekasino og et hotel — omfattede en forpligtelse til at udføre bygge- og anlægsarbejder ved at give dem i opdrag til en tredjemand, hvorfor den ikke udgjorde en offentlig bygge- og anlægskontrakt som defineret i direktiv 71/305. Domstolen lagde i det væsentlige denne fortolkning til grund i dommens præmis 24.

44 — S. 14 og 15 i den danske oversættelse fra forelæggelseskendelsen.

kan imidlertid rejse det spørgsmål, om risikoen for at skade den frie bevægelighed og konkurrencen fortsat består, når der ikke præsteres nogen økonomisk modydelse til bygge- og anlægsarbejdernes udførelse.

94. De erhvervsdrivendes motivation skal søges i deres udsigt til at opnå en økonomisk fortjeneste ved at få kontrakter tildelt. Forskelsbehandling i forbindelse med tildeling af kontrakter er uacceptabel, idet tildeling af kontrakter indebærer, at den valgte entreprenør får betaling. Man kan vanskeligt forestille sig nogen form for favorisering af en udvalgt erhvervsdrivende, hvis ikke den ordregivende myndighed skulle finansiere kontrakten. Hvis en ydelse, der leveres gratis eller finansieres af den part, der forestår udførelsen af bygge- og anlægsarbejderne, lader hånt om princippet om konkurrence, skyldes det, at ydelsen skader sidstnævntes interesser, og ikke, at den giver ham en fordel i forhold til hans konkurrenter.

Under disse omstændigheder er der ikke nogen begrundelse for at følge de i direktivet fastsatte fremgangsmåder, når der udøves forskelsbehandling ved tildeling af en kontrakt uden økonomisk modydelse til en entreprenør. Det er tilstrækkeligt, hvis det antages, at der kan opstå en situation, hvor forbindelsen er kontraktmæssig og ikke retlig, at den erhvervsdrivende afviser at indgå kontrakten, for at denne konkurrencemæssige ulempe forsvinder.

95. Hvad er i denne forbindelse den omhandlede nationale lovs karakteristika?

96. Hvis man henholder sig til, hvad der fremgår af sagsakterne, ser det ud til, at der kan opstilles to alternative muligheder.

97. Enten udfører eller lader grundejeren bygge- og anlægsarbejderne udføre mod fradrag i bidraget til byplanlægning. Eller han betaler bidraget til kommunen ved dennes påkrav, og kommunen lader herefter bygge- og anlægsarbejderne udføre under overholdelse af bestemmelserne om offentlige kontrakter. Som vi har set, udgør den sidstnævnte situation en undtagelse fra princippet om direkte udførelse »mod fradrag«.

98. Den forelæggende ret finder ikke, at grundejeren udfører en vederlagsfri ydelse. Den har ret, for så vidt som udførelsen af bygge- og anlægsarbejder »mod fradrag« fritager ham for betaling af det bidrag, der påhviler ham. Hans handling har således økonomisk karakter, idet der foreligger en betaling. Selv om denne betaling foretages in natura og ikke erlægges i form af penge, afvikler den skylden.

99. Hvis det økonomiske forhold — eller snarere »afgiftsmæssige« forhold, henset til karakteren af det bidrag, i stedet for hvilket der udføres bygge- og anlægsarbejder »mod fradrag« — undersøges grundigt, kan jeg konstatere, at den risiko for forskelsbehandling, der sædvanligvis følger af den offentlige finansiering af private aktiviteter, ikke er til stede i denne sag.

100. Den økonomiske karakter af forholdet mellem grundejeren og kommunen i den omhandlede nationale lovgivning er således ikke den samme som den gensidigt bebyrdende karakter, der kræves i henhold til direktivet, og som efter min mening udgør den eneste trussel mod de interesser, der beskyttes af denne retsakt.

101. I modsætning til den situation, der oftest er tale om ved tildeling af offentlige kontrakter, ser det ikke ud til, at den offentlige myndighed stiller nogen finansiering til rådighed ved en direkte udførelse af bygge- og anlægsarbejder »mod fradrag«[45]. På sin side bærer grundejeren, der ikke modtager nogen anden betaling, udgifterne. Når arbejdet er afsluttet, er kommunens formue blevet forøget med bygningens værdi, uden at den har haft nogen udgift, mens grundejerens formue er blevet tilsvarende mindre, uden at han har modtaget nogen anden modydelse end fritagelsen for betaling af bidraget.

102. Det følger heraf, at det kun er forholdet mellem grundejeren og entreprenøren, der har en gensidigt bebyrdende karakter, med ikke forholdet mellem grundejeren og kommunen. Realiteten er, at det kontraktforhold, der mest ligner det i direktivet nævnte, er det, der forbinder grundejeren med entreprenøren.

103. Derfor kan forholdet mellem kommunen og grundejeren ikke kvalificeres som et »gensidigt bebyrdende« retsforhold som omhandlet i direktivet. Når kommunen ikke finansierer nogen del af arbejdet i det tilfælde, hvor udførelsen sker direkte »mod fradrag«, kan den ikke anses for at favorisere den erhvervsdrivende, der tildeles kontrakten, såfremt direktivet ikke finder anvendelse.

104. Argumentet om, at det i henhold til direktivets artikel 2 kræves, at direktivet finder anvendelse, må forkastes af de samme grunde.

105. Jeg minder om, at denne bestemmelse pålægger medlemsstaterne at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for, at de ordregivende myndigheder respekterer eller lader respektere direktivet, når de støtter en bygge- og anlægskontrakt direkte med mere end 50%, der er indgået af et andet organ end dem selv.

106. Denne bestemmelse har til hensigt at hindre praksis, der har til formål at omgå bestemmelserne om offentlige kontrakter. Visse ordregivende myndigheder kan være fristet til at overdrage arbejdet med at udføre bygge- og anlægsarbejder, der henhører under offentlige kontrakter, til private organer[46]. Som følge af, at disse organer ikke selv er ordregivende myndigheder, vil det være let for dem at omgå de retlige begrænsninger til skade for de interesser, som direktivet beskytter. Denne

45 — Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at samtlige omkostninger bæres af Pirellig og af MCS, som mellemmand.

46 — Flamme, M.-A., og Flamme, P., »Enfin l'Europe des marchés publics«, *Actualité juridique — Droit administratif*, 20.11.1989, s. 651.

risiko er derimod begrænset, når den offentlige støtte er lavere end 50% af kontraktværdien, idet en privat erhvervsdrivende, der finansierer størstedelen af et projekt, vil være interesseret i at udvise større fornuft i forvaltningen af sine egne midler.

107. Direktivets artikel 2 kan ikke i denne sag fortolkes således, at den finder anvendelse på bygge- og anlægsarbejder, som en grundejer har overdraget til en entreprenør, eftersom de ikke finansieres af kommunen.

Forslag til afgørelse

108. Henset til disse betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia forelagte spørgsmål som følger:

»Artikel 1, litra a), i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter er ikke til hinder for en national lovgivning, der bestemmer, at når gennemførelsen af en udstykningsplan forudsætter bygge- og anlægsarbejder med henblik på opførelsen af en offentlig infra- og servicestrukturfacilitet, tilkommer det indehaveren af byggetilladelsen at iværksætte disse arbejder for egen regning mod fritagelse for betaling af det bidrag, der skyldes kommunen i henhold til byggetilladelsen, medmindre kommunen beslutter sig for at opkræve bidraget i stedet for og til afløsning af den direkte gennemførelse af arbejderne, uden at følge de samordnede procedurer for tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter, der er fastsat i direktivet.«