FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT N. JÄÄSKINEN

fremsat den 16. september 2010[1]

1. I det foreliggende traktatbrudssøgsmål har Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Spanien ved at tildele programmer om integreret handling (Integrated Action Programmes, herefter »IAP'er«), en ordning for byudvikling i regionen Valencia, som er indført ved LRAU[2] og dens efterfølger LUV[3], har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til udbudsdirektiverne 93/37/EØF[4] og 2004/18/EF[5].

2. Med dette søgsmål får Domstolen mulighed for endnu en gang at vurdere behandlingen af byplanmæssige foranstaltninger inden for rammerne af udbudsreglerne samt yderligere at præcisere betydningen af »gensidigt bebyrdende aftaler« og »koncessioner« som omhandlet i de pågældende udbudsdirektiver.

3. Dette søgsmål er en følge af en lang række andragender, som er indgivet til Europa-Parlamentet, hvori der klages over en række forhold i forbindelse med LRAU, herunder udviklingsprojekternes geografiske beliggenhed og deres indvirkning på miljøet, ekspropriation af jord uden rimelig kompensation og grundejernes pligt til at betale for infrastrukturanlæg, de hverken ønsker eller har behov for[6]. Kommissionen har undersøgt de forskellige indsigelser og fastslået, at den eneste mulighed er at lægge EU's regler om tildeling af offentlige kontrakter til grund, da Kommissionen enten ikke har kompetence[7], eller de retlige argumenter ikke er overbevisende

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Ley 6/1994 af 15.11.1994, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana (lov om byudvikling i regionen Valencia, herefter »LRAU«).

3 — LRAU blev ophævet med virkning fra den 1.2.2006 ved Ley 16/2005 af 30.12.2005, Urbanística Valenciana (lov om byudvikling i Valencia, herefter »LUV«).

4 — Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 4, herefter »direktiv 93/37«), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 (EFT L 328, s. 1) og Kommissionens direktiv 2001/78/EF af 13.9.2001 (EFT L 285, s. 1).

5 — Direktiv 93/37 blev med virkning fra den 31.1.2006 erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114, herefter »direktiv 2004/18«).

6 — Udvalget om Andragender, Europa-Parlamentet, meddelelse til medlemmerne af 25.1.2007, CM\650375, PE341.524/REVII (herefter »Europa-Parlamentets betænkning«).

7 — F.eks. med hensyn til rimeligheden af ekspropriationen eller grundejernes forpligtelse til at betale for infrastrukturanlæg, da dette i henhold til artikel 295 EF henhører under medlemsstaternes kompetence (Europa-Parlamentets betænkning, s. 7 og 14).

nok [8]. Da de væsentligste klagepunkter vedrørte andre forhold end overholdelse af udbudsreglerne [9], vil Kommissionens foreliggende søgsmål og udfaldet af sagen dog ikke være til megen trøst for de personer, der har fremført dem.

I — Retsforskrifter

A — *EU-retten* [10]

1. Direktiv 93/37

4. Direktiv 93/37 finder anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter og koncessionskontrakter.

5. Offentlige bygge- og anlægskontrakter er defineret som »gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed […], 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 […] eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov« [11].

6. Koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder er defineret som »en kontrakt med samme karakteristika som dem, der er omhandlet under litra a), bortset fra, at vederlaget for det arbejde, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet, eller i denne ret sammen med betaling af en pris« [12].

7. Artikel 6, stk. 6, indeholder et generelt krav om ligebehandling.

8. Artikel 11 bestemmer, at bekendtgørelser skal offentliggøres i deres helhed i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* og i TED-basen.

9. Artikel 12 vedrører tidsfristerne for modtagelse af bud. Den bestemmer, at fristen for modtagelse af bud ved offentlige udbud ikke må være kortere end 52 dage fra datoen for offentliggørelse af bekendtgørelsen.

8 — F.eks. med hensyn til miljøskader, da Kommissionen fandt, at de spanske myndigheder foretog en vurdering af indvirkningen på miljøet for alle generelle planer i overensstemmelse med Rådets direktiv 85/337/EØF af 27.6.1985 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet (EFT L 175, s. 40) (Europa-Parlamentets betænkning, s. 7 og 12-14).

9 — Europa-Parlamentets betænkning »om påstande om uretmæssigheder i forbindelse med loven om regulering af bymæssig bebyggelse i Valencia og dens virkninger for unionsborgerne« (Fourtou), A6-0382/2005, s. 5, afsnit »I« (http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2005-0382+0+DOC+PDF+V0//DA&language=DA).

10 — Da dette traktatbrudssøgsmål blev anlagt, før traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde trådte i kraft (EUT 2008 C 115, s. 47), henvises der i hele forslaget til artiklerne i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EFT 2002 C 325, s. 33).

11 — Artikel 1, litra a), i direktiv 93/37.

12 — Artikel 1, litra d), i direktiv 93/37.

10. Kapitel 2, afsnit IV, dvs. artikel 24-29, vedrører kriterierne for kvalitativ udvælgelse. Artikel 24 opregner situationer, hvor en entreprenør kan udelukkes fra at deltage i en kontrakt og omfatter forhold som f.eks., hvor en entreprenørs bo er under konkurs, eller hvor en entreprenør er blevet dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om hans faglige hæderlighed. Artikel 25-29 omhandler de beviser, som en entreprenør kan blive anmodet om at fremlægge til godtgørelse af, at denne er optaget i det faglige register og til godtgørelse af entreprenørens finansielle og tekniske formåen, samt de medlemsstater, der har officielle lister over godkendte entreprenører.

2. Direktiv 2004/18

11. Direktiv 2004/18 er en omarbejdning af bl.a. direktiv 93/37. Direktiv 2004/18 omfatter alle offentlige kontrakter, der er defineret som »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv«. [13].

12. Offentlige bygge- og anlægskontrakter er defineret som »offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I omhandlede aktiviteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed« [14].

13. Offentlige tjenesteydelseskontrakter er endvidere defineret som »offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II« [15].

14. Koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder er defineret som »en kontrakt med samme karakteristika som offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris« [16].

15. En koncessionskontrakt om tjenesteydelser er defineret som »en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten

13 — Artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18.

14 — Artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18.

15 — Artikel 1, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/18.

16 — Artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/18.

udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris« [17], og er udelukket fra direktivet [18].

16. Direktiv 2004/18 finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter om erhvervelse eller leje — uanset finansieringsform — af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller vedrørende rettigheder hertil [19].

17. Artikel 2 bestemmer, at de ordregivende myndigheder skal overholde principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handle på en gennemsigtig måde.

18. Artikel 6 vedrører fortrolige tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud og bestemmer, at den ordregivende myndighed ikke må offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige.

19. Artikel 24 bestemmer, at de ordregivende myndigheder skal angive i udbudsbekendtgørelsen, om de tillader alternative tilbud eller ej, og de ordregivende myndigheder, der tillader alternative tilbud, skal angive i udbudsbetingelserne, hvilke mindstekrav alternative tilbud skal opfylde, og hvilke specifikke krav der eventuelt stilles til deres udformning. Kun de alternative tilbud, som opfylder de krævede minimumskrav, vil komme i betragtning.

20. Artikel 30 omhandler tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse. Den fastsætter måden, hvorpå udbud med forhandling skal gennemføres.

21. Artikel 31, stk. 4, litra a), omhandler tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse og nærmere bestemt, hvordan disse skal gennemføres ved supplerende arbejder eller tjenesteydelser, som ikke er omfattet af de oprindelige udbud eller den oprindelige kontrakt.

22. Artikel 48, stk. 2, opregner de måder, hvorpå de økonomiske aktørers tekniske formåen kan godtgøres.

23. Artikel 53 bestemmer, at de kriterier, som de ordregivende myndigheder skal lægge til grund ved tildelingen af offentlige kontrakter, enten skal være det tilbud, som set ud

17 — Artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18.

18 — Artikel 17 i direktiv 2004/18. Artikel 17 er under forbehold af artikel 3, som omhandler særlige eller eksklusive rettigheder til at udføre en offentlig servicefunktion. Artikel 3 har dog ingen relevans i den foreliggende sag.

19 — Artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18.

fra ordregiverens synspunkt er det økonomisk mest fordelagtige tilbud (hvilket bl.a. kan omfatte forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. miljøegenskaber, kvalitet, pris, rentabilitet) eller den laveste pris. Den bestemmer også, at den ordregivende myndighed, såfremt det er muligt, skal angive, hvordan den relativt vil vægte de kriterier, der er valgt med henblik på at afgøre, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige, eller angive kriteriernes prioriterede rækkefølge med det vigtigste først.

B — *Nationale bestemmelser*

1. Statslig lovgivning

24. I Spanien henhører offentlige indkøbsaftaler under statens lovgivningskompetence. Denne statslige kompetence udstrækker sig også til ekspropriation og ejendomsret. Planlægning og arealanvendelse henhører dog under den regionale lovgivningskompetence inden for rammerne af forfatningen og den statslige lovgivning [20]. LRAU og LUV er udstedt på grundlag af den regionale kompetence til at lovgive om planlægning, anvendelse og udvikling af landområder.

20 — Artikel 148, stk. 1, i den spanske forfatning fra 1978.

25. Den spanske forfatning anerkender den private ejendomsret og arveretten, dog under forbehold af deres sociale funktion inden for de i loven fastsatte rammer [21]. I henhold til loven har alle ret til en passende bolig. De offentlige myndigheder bidrager til at skabe de nødvendige forudsætninger for at kunne udøve denne ret gennem passende lovgivning om rådighed over jord i almenhedens interesse for at undgå spekulation, idet fællesskabet skal drage fordel af den prisstigning på jord, som foranlediges af de byudviklingsforanstaltninger, som de offentlige myndigheder træffer [22].

26. Den spanske statslige lovgivning om planlægning og arealanvendelse har undergået flere ændringer siden vedtagelsen af LRAU, og den nuværende retlige ramme er indarbejdet i TRLS [23]. Det er hensigtsmæssigt at forklare visse grundlæggende principper i denne lovgivning, der også lå til grund for de tidligere retsakter, der fandt anvendelse under den administrative procedure.

27. Ifølge TRLS er områdeplanlægning og byudvikling ikke-erhvervsmæssige offentlige tjenesteydelser, der har til formål at organisere arealanvendelsen i overensstemmelse med almenhedens interesse og fastsætte rettigheder

21 — Artikel 33 i den spanske forfatning fra 1978.

22 — Artikel 47 i den spanske forfatning fra 1978.

23 — Real Decreto Legislativo 2/2008 por el que se aprueba el texto refundido de la lay del suelo (lovdekret nr. 2/2008 om godkendelse af den konsoliderede udgave af lov om arealanvendelse, herefter »TRLS«), BOE nr. 154 af 26.6.2008.

og forpligtelser vedrørende ejendomsret under hensyn til målene med arealanvendelsen. Kategoriseringen af disse mål for hvert enkelt areal indebærer ikke en ret til erstatning, medmindre det udtrykkeligt fremgår af loven. Lovgivningen om planlægning og arealanvendelse skal sikre, at de offentlige myndigheder regulerer og kontrollerer arealudviklingen gennem de forskellige faser fra besiddelse og opførelse af infrastrukturanlæg til bygge- og anlægsaktiviteter til brug for enhver offentlig eller privat person. Endvidere skal fællesskabet nyde godt af den værdistigning, der foranlediges af de foranstaltninger, som de offentlige myndigheder træffer [24].

28. Private parter, grundejere og andre kan inden for rammerne af princippet om økonomisk frihed udføre arbejde, som vedrører byudvikling, såfremt det ikke udføres af den kompetente myndighed. Arbejde af denne art skal udbydes i en offentlig konkurrencedygtig udbudsprocedure, der gør det muligt for lokalsamfundet at drage fordel på passende måde af den værdistigning, der foranlediges som følge af byudviklingen [25].

29. Foranstaltninger til fremme af byudvikling kan kræve:(1) vederlagsfri overførsel af de arealer, der er udlagt til gader, grønne områder og andre kommunale områder, samt, med visse begrænsninger svarende til de byggemuligheder, der skabes ved foranstaltningen, områder, der er udlagt til offentlige formål, til den lokale myndighed, (2) finansiering og udførelse af alle de arbejder, der vedrører byudviklingen i overensstemmelse med foranstaltningen og oprettelse af de nødvendige infrastrukturanlæg og (3) overførsel af infrastrukturanlæggene og arbejdet, sammen med de tilstødende områder, til de kompetente myndigheder [26].

24 — Artikel 3, TRLS.

25 — Artikel 6, litra a), TRLS.

2. Regional lovgivning

a) Definition af IAP

30. Ifølge LRAU og LUV kan byudvikling [27] i den selvstændige region Valencia ske i henhold til bestemmelserne om isoleret

26 — Artikel 16, TRLS.

27 — Dette omfatter en generel arealanvendelsesplan (Plan General de Ordenación Urbana), hvori alle kommunens arealer opdeles i tre kategorier: eksisterende landbrugsjord, jord, som skal byggemodnes i fremtiden, og jord eller landbrugsområder, der ikke kan/skal byggemodnes. Jf. D. Muñoz Gielen og W. Korthals Altes, »Lessons from Valencia: Separating infrastructure provision from land ownership«, *Town and Planning Review 2007*, bind 78(1), s. 61-62. Byudvikling omfatter overførsel fra kategori to til kategori et. Byudvikling (urbanización) omfatter planlægning, jordfordeling, ingeniørarbejde og tilvejebringelse af infrastrukturanlæg. (D. Muñoz Gielen og W. Korthals Altes, ibidem, s. 62).

foranstaltning (Actuaciones Aisladas) (i tilfælde, hvor det drejer sig om en enkelt grund) eller bestemmelserne om integreret foranstaltning (Actuaciones Integradas) (i tilfælde, hvor det drejer sig om to eller flere grunde, og når det er nødvendigt at tilslutte byggegrunden til et forsyningsnet) [28].

31. Integrerede foranstaltninger er altid offentlige [29] og kan udføres direkte eller indirekte. Den lokale myndighed, som ønsker at byggemodne det pågældende areal gennem den integrerede procedure, kan frit vælge mellem disse procedurer [30]. Vælges den direkte forvaltningsprocedure, finansieres arbejdet og investeringen gennem offentlige midler [31] og forvaltes af den ordregivende myndighed [32]. Vælges den indirekte forvaltningsprocedure, vælger den lokale myndighed en entreprenør, hvorefter grundejerne godtgør entreprenørens omkostninger til byggemodning forholdsmæssigt på grundlag af det areal, de bidrager med til projektet.

b) IAP-proceduren

32. En af måderne, hvorpå denne integrerede handlingsplan kan udføres, er ved at anvende IAP-proceduren [33]. Både i LRAU og LUV består IAP-proceduren af fire trin: indledning, udvælgelse, jordfordeling og tilvejebringelse af infrastrukturanlæg [34].

33. IAP-proceduren kan iværksættes af den lokale myndighed eller på anmodning af en hvilken som helst person, uanset om de ejer den pågældende jord eller ej [35]. En detaljeret udviklingsplan, medmindre den allerede foreligger i form af den generelle plan for byudvikling, skal godkendes af den lokale myndighed [36]. IAP omfatter et endeligt valg mellem de forskellige alternativer til arealanvendelse i henhold til den gældende plan.

34. I henhold til LRAU anvendes IAP-proceduren, såfremt der fremsættes en anmodning om offentliggørelse af et teknisk alternativ til en IAP [37]. Dette dokument fastslår, hvilket areal der skal byggemodnes, anfører de detaljerede eller strukturelle planer, som skal gennemføres inden for rammerne af IAP'en, og omfatter et forslag til arealanvendelse og integration af dette i de omkringliggende arealer [38]. Den lokale myndighed kan enten afslå anmodningen eller offentliggøre informationen ved at offentliggøre den i de regionale

28 — Artikel 6, stk. 2, i LRAU og artikel 14 og 15 i LUV.

29 — Artikel 7, stk. 2, i LRAU, artikel 3 og artikel 117, stk. 4, i LUV.

30 — Artikel 7, stk. 2, i LRAU og artikel 130, stk. 3, i LUV.

31 — Grundejerne bærer også i disse tilfælde det økonomiske ansvar i form af en særlig byggemodningsafgift.

32 — Artikel 7, i LRAU og artikel 117, stk. 4, i LUV.

33 — Artikel 12, i LRAU opregner en liste over forskellige byudviklingsplaner. IAP er opregnet i artikel 12, litra g), i LRAU.

34 — Muñoz Gielen og Korthals Altes, nævnt ovenfor i fodnote 27, s. 67.

35 — Artikel 44 i LRAU og artikel 118 og 130 i LUV.

36 — Artikel 29 i LRAU og artikel 151 i LUV.

37 — Artikel 45, stk. 1, og artikel 32 i LRAU.

38 — Artikel 125, stk. 2, i LUV, som svarer til artikel 32 i LRAU. En liste over de genstande, som det tekniske bud skal omfatte, fremgår af artikel 126 i LUV.

tidender [39] med eller uden bemærkninger [40]. Under den offentlige høring kan alle fremsætte bemærkninger eller indgive alternative tekniske bud. På dette tidspunkt kan der også afgives økonomiske bud [41]. De økonomiske bud er afgørende for de retlige, økonomiske og finansielle betingelser for IAP'en [42]. Den lokale myndighed godkender derefter en IAP ved at vælge et teknisk bud og et økonomisk bud (dog ikke nødvendigvis fra den samme person) [43]. I henhold til LRAU er der også mulighed for at anvende en forenklet procedure, hvor det første tekniske bud, som afgives af initiativtageren til IAP, ikke behøver at blive godkendt af den lokale myndighed, men blot bekræftet ved en notar [44].

35. I henhold til LUV iværksættes en IAP af en person, som indgiver et af de dokumenter, som er opregnet i LUV [45]. Disse dokumenter bliver en del af specifikationerne for tildeling af IAP'en [46] og danner grundlag for vurderingen af senere bud [47]. Når alle dokumenterne er indgivet, beslutter de ordregivende myndigheder, om de ønsker at anvende den direkte eller den indirekte gennemførelsesprocedure [48]. Valget af en indirekte gennemførelsesprocedure omfatter godkendelse af specifikationerne i de indsendte dokumenter [49], enten indirekte [50] eller udtrykkeligt, og processen med tildeling af en IAP begynder med offentliggørelse af en meddelelse i EU-Tidende samt i de regionale tidender [51]. Medfører en IAP en ændring i den strukturelle udvikling, er den ordregivende myndigheds godkendelse af IAP'en kun gyldig, såfremt den godkendes endeligt af den regionale regering [52].

c) Formålet med IAP

36. Formålet med IAP er at fastlægge omfanget af den integrerede foranstaltning ved at definere de arbejder, der skal udføres, tidsfristerne samt det tekniske og økonomiske grundlag for gennemførelse af foranstaltningen [53]. Formålet er at byggemodne to eller

39 — Ethvert tidsskrift med almindelige oplysninger, der udgives i regionen Valencia og *Diario Oficial de la Generalidad Valenciana* (Officielle tidende i regionen Valencia).

40 — Artikel 45, stk. 2, i LRAU.

41 — Artikel 46 i LRAU.

42 — Artikel 125, stk. 3, i LUV, som svarer til artikel 32 i LRAU. En fortegnelse over de genstande, der skal indgå i det tekniske bud, fremgår af artikel 127 i LUV. Det økonomiske bud omfatter f.eks. omkostningerne til byggemodning, koefficienten, som fastsætter forholdet mellem jord før byggemodning og den byggeret, grundejeren skal tildeles, samt hvordan IAP'en skal finansieres.

43 — Artikel 47, stk. 1, i LRAU.

44 — Artikel 48 i LRAU.

45 — Artikel 130 i LUV. De dokumenter, som skal fremsendes, fremgår af artikel 131, stk. 2, i LUV.

46 — Artikel 131, stk. 2, i LUV.

47 — Artikel 135 i LUV.

48 — Artikel 130, stk. 3, i LUV.

49 — Artikel 131, stk. 2, i LUV.

50 — Ved tavshed fra myndighedernes side i henhold til artikel 130, stk. 5, i LUV.

51 — Artikel 131, stk. 2, i LUV.

52 — Artikel 137, stk. 5, i LUV.

53 — Artikel 29, stk. 2, i LRAU og artikel 117 i LUV.

flere parceller ved at omdanne dem til byggemodnede grunde og tilslutte dem til eksisterende forsyningsnet [54].

37. Ifølge både LRAU og LUV *skal* der med en IAP opnås følgende [55]:

— tilslutning af nye (byggemodnede) byggegrunde til et net af infrastrukturer, kommunikationsstrukturer og eksisterende offentlige forsyningstjenester

— oprettelse af nye infrastrukturanlæg og offentlige pladser

— fuldstændig byggemodning af arealet og udførelse af de nødvendige supplerende offentlige bygge- og anlægsarbejder

— erhvervelse af grunde til brug i forbindelse med IAP'en

— erhvervelse af ret til byggemodning

— fremskaffelse af de midler, der er nødvendige til at gennemføre IAP'en.

38. I tillæg til disse forpligtelser anfører den regionale lovgivning følgende, som også *kan* opnås i forbindelse med en IAP [56]:

— fordele for den lokale myndighed [57]

— udførelse af andre arbejder

— byggeri af sociale boliger.

d) Ansvarsfordeling inden for rammerne af IAP

39. Den lokale myndighed kontrollerer og har tilsynet med IAP-proceduren. Den har ansvar for at vælge en entreprenør i de sager, som gør brug af den indirekte procedure [58], for at godkende den pågældende IAP [59] og for at fremlægge eventuelle nødvendige forslag til ændringer. Ved afslutningen af IAP'en overdrages byggeriet til den lokale myndighed tre måneder efter, at det formelt er blevet tilbudt til de lokale forvaltningsmyndigheder, uden at der er modtaget svar herpå, eller fra, at det er blevet åbnet for offentligheden [60]. Efter modtagelse overtager den lokale

54 — Artikel 6, stk. 3, i LRAU og artikel 14 i LUV.

55 — Artikel 30 i LRAU og artikel 124, stk. 1, i LUV.

56 — Artikel 30, stk. 2, i LRAU og artikel 124, stk. 2, i LUV.

57 — Ifølge Muñoz Gielen og Korthals Altes, nævnt ovenfor i fodnote 27, s. 67, kan dette omfatte byggeri af offentlige bygninger (f.eks. svømmebade og sportsanlæg). Disse omkostninger kan ikke inkluderes i byudviklingsomkostningerne og skal betales ud af entreprenørens avance.

58 — Artikel 47 i LRAU.

59 — Artikel 47 i LRAU og artikel 137 i LUV.

60 — Artikel 188, stk. 2, i LUV.

forvaltningsmyndighed vedligeholdsforpligtelserne. Den ordregivende myndighed kan indgå aftale om at modtage en pengeydelse i stedet for jord, som svarer til den del af overskuddet fra byggemodningen på 10 %, som denne har ret til [61].

40. Anvendes den direkte procedure, er den lokale myndighed selv entreprenør. Anvendes den indirekte procedure, vælges entreprenøren af den lokale myndighed gennem et offentligt udbud. Ved den indirekte procedure betragtes entreprenøren ifølge den regionale lovgivning som repræsentant for det offentlige og ansvarlig for udvikling og gennemførelse af IAP'en [62].

41. Entreprenøren har ansvar for at udfærdige de skriftlige tekniske dokumenter i henhold til specifikationerne og for at fastlægge og gennemføre arealtildelingen [63] samt at udvælge de underleverandører, som skal udføre arbejdet [64]. Entreprenøren er den person, hvis økonomiske bud er blevet godkendt som følge af IAP-proceduren, og han er ansvarlig for gennemførelsen af det tekniske tilbud, der er blevet godkendt, hvilket ikke nødvendigvis er hans eget. I henhold til LUV har entreprenøren pligt til at indgå underleverandøraftaler i overensstemmelse med reglerne om offentlige udbud om de arbejder, som skal udføres i henhold til IAP'en, medmindre grænserne ikke er overskredet, hvis der kun er én grundejer, eller, såfremt der er tale om flere grundejere, de alle giver deres samtykke til, at denne selv kan udføre arbejdet. Som modydelse modtager entreprenøren en del af den byggemodnede jord og/eller et kontant beløb fra grundejerne [65].

42. Grundejeren kan vælge mellem ekspropriation eller at deltage i IAP'en. Vælger grundejeren ekspropriation, modtager han en pris på grundlag af den oprindelige værdi af det pågældende areal [66]. I en sådan situation har den lokale myndighed ansvar for ekspropriationen, mens det påhviler entreprenøren at betale erstatningen [67]. Vælger grundejeren at deltage, vil denne have pligt til at betale en forholdsmæssig andel af omkostningerne til byggemodning enten ved at overføre en del af jorden til entreprenøren eller ved at betale denne direkte i form af en pengeydelse [68]. Til gengæld herfor modtager han byggemodnet jord.

61 — Artikel 23 i LUV.

62 — Artikel 29, stk. 6, i LRAU og artikel 119 i LUV.

63 — Dette omfatter, at entreprenøren i henhold til LUV opdeler det areal, der skal byggemodnes, og genfordeler det blandt grundejerne og kommunen, når arbejdet er færdigt, således at grundejerne får byggemodnet jord i det samme forhold (i forhold til de andre grundejere) som det beløb, de har bidraget med til byggemodningen ved at afstå jord eller afstå jord og samtidig erlægge et kontant beløb.

64 — Artikel 119 i LUV.

65 — Artikel 71 i LRAU.

66 — Artikel 29, stk. 9, i LRAU. Artikel 28, stk. 2, artikel 32 og artikel 162, stk. 3, i LUV.

67 — Muñoz Gielen og Korthals Altes, nævnt ovenfor i fodnote 27, s. 68.

68 — Artikel 29, stk. 9, i LRAU og artikel 162 i LUV.

43. Grundejeren har pligt til at betale følgende omkostninger i forhold til det areal, han har bidraget med til projektet [69]:

— udgifterne til byggemodning og skadesløsholdelse i forbindelse med nødvendige investeringer for at opfylde IAP-målene

— den fortjeneste, som entreprenøren har realiseret som følge af IAP'en, (begrænset til 10 % i henhold til LUV, men ubegrænset i henhold til LRAU)

— de dermed forbundne omkostninger til forvaltning.

II — Den administrative procedure

44. Den 21. marts 2005 tilstillede Kommissionen Spanien en åbningsskrivelse, hvori den anførte, at en række bestemmelser i LRAU vedrørende tildelingen af IAP var i strid med direktiv 93/37. De spanske myndigheder besvarede denne skrivelse ved at anføre, at IAP er en offentlig kontrakt som omhandlet i direktivet, og henviste til forslaget om vedtagelse af den nye lov, LUV.

45. Den 15. december 2005, efter en udveksling af skrivelser mellem Kommissionen og de spanske myndigheder, og da Kommissionen ikke var tilfreds med de modtagne svar, fremsendte Kommissionen en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede Spanien til at træffe de nødvendige foranstaltninger inden for tre uger, dvs. senest den 6. januar 2006, for at sikre, at LRAU er i overensstemmelse med direktiv 93/37.

46. Kommissionen anførte i den begrundede udtalelse, at tildeling af IAP i overensstemmelse med LRAU er i strid med 1) direktiv 93/37 »og navnlig artikel 1, stk. 6, nr. 6), artikel 11-13 (subsidiært artikel 3 og 15), samt kapitel 2, afsnit IV«, 2) direktiv 92/50 [70] »og navnlig artikel 1, 15-19 og kapitel 2, afsnit VI«, og 3) »traktatens artikel 43-55 og generelle principper som fastslået af Domstolen«.

47. Spanien svarede den 26. januar 2006, at LUV, som ville træde i kraft den 1. februar 2006, ville erstatte LRAU.

48. Efter en yderligere udveksling af skrivelser fremsendte Kommissionen den 10. april 2006 en yderligere åbningsskrivelse til Spanien om den fortsatte tilsidesættelse og som følge af udløbet af tidsfristen for gennemførelse af direktiv 2004/18.

69 — Artikel 67 i LRAU og artikel 168 i LUV — bygge- og anlægsarbejder og andet nødvendigt arbejde, restaurering af bygninger, udfærdigelse og forvaltning af tekniske projekter, omkostninger til forvaltning, honorarer for tekniske rapporter osv.

70 — Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

49. Den 12. oktober 2006 fremsendte Kommissionen en yderligere begrundet udtalelse til Spanien, hvori den anførte, at tildelingen af IAP i henhold til 1) LUV var i strid med direktiv 2004/18 og »visse generelle principper i EU-retten afledt af EF-traktaten«, og i henhold til 2) LRAU (for perioden 21.3.2005 til 31.1.2006) var i strid med artikel 2, 6, 24, 30, artikel 31, stk. 4, litra a), artikel 36, artikel 48, stk. 2, og artikel 53 i direktiv 2004/18 og »ligebehandlingsprincippet samt princippet om forbud mod forskelsbehandling som afledt af EF-traktaten og Domstolens praksis, artikel 10 og 49 EF«, og subsidiært afsnit III i direktiv 2004/18 vedrørende koncessionskontrakter.

50. Da Kommissionen ikke var tilfreds med Spaniens svar på den yderligere begrundede udtalelse, besluttede den at anlægge det foreliggende søgsmål, hvori den har nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at 1) Spanien ved at tildele IAP i overensstemmelse med LRAU »har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til [direktiv 93/37] og navnlig direktivets artikel 1, nr. 6), stk. 6, artikel 11, 12 og kapitel 2 i afsnit IV (artikel 24-29)«, og 2) ved at tildele IAP i overensstemmelse med LUV (som gennemført ved det valencianske regionale dekret nr. 67/2006 af 12.5.2006 vedrørende bestemmelser om fysisk og regional planlægning og forvaltning [71]) »har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2, 6, 24, 30, artikel 31, stk. 4, litra a), artikel 48, stk. 2, og artikel 53, stk. 2, i direktiv 2004/18«.

III — De faktiske omstændigheder

51. Under den administrative procedure og i de skriftlige indlæg for Domstolen har Kommissionen berørt en række spørgsmål, der ligger uden for dette traktatbrudssøgsmåls genstand, således som det er defineret i påstanden i stævningen. Det er derfor vigtigt at fastslå den nøjagtige rækkevidde af det foreliggende traktatbrudssøgsmål.

52. Selv om Kommissionen ikke udtrykkeligt har udelukket IAP'er, som forvaltes direkte, fra de i stævningen nedlagte påstande, skal dette traktatbrudssøgsmål fortolkes således, at det kun vedrører IAP'er, som forvaltes indirekte, da de klagepunkter, der rejses i denne sag, som vedrører den måde, hvorpå entreprenøren vælges, logisk set kun kan vedrøre

71 — Det er mit indtryk, at ordlyden af dekret 67/2006 ikke er indeholdt i sagens akter.

den indirekte forvaltningsprocedure [72]. Det er derfor op til Domstolen at undersøge, om dette forhold er omfattet af de pågældende direktivers anvendelsesområde, og i bekræftende fald, om de udgør en tilsidesættelse heraf.

53. Hvis tildelingen af kontrakt til entreprenøren ikke er omfattet af anvendelsesområdet for de pågældende direktiver, skal Domstolen efter min opfattelse ikke undersøge, om den indirekte forvaltede IAP udgør en tilsidesættelse af traktaten, da Kommissionen ikke har nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at IAP er uforenelig med traktaten eller andre generelle principper [73]. Kommissionen har rejst spørgsmålet om eventuel uforenelighed med traktaten og de generelle principper afledt af Domstolens praksis i de begrundede udtalelser, men ikke over for Domstolen.

54. Det står selvfølgelig Kommissionen frit for at begrænse rækkevidden af sagen ved Domstolen. I så fald kan Domstolen dog ikke træffe afgørelse om spørgsmål, som ikke er omfattet af det traktatbrudssøgsmål, som Kommissionen har anlagt [74]. Domstolen skal iagttage princippet om *ne eat iudex ultra petita partium* (Domstolen må ikke gå ud over de nedlagte påstande). En grundig gennemlæsning af Kommissionens stævning er særlig vigtigt i det foreliggende traktatbrudssøgsmål, da den administrative procedure har været forholdsvis lang og kompliceret, sagsakterne er omfangsrige, og parternes indlæg omhandler flere problemer end dem, der fremgår af stævningen.

55. Da Kommissionen kun har rejst tvivl om LRAU's forenelighed med direktiv 93/37 og LUV's forenelighed med direktiv 2004/18, vil Domstolen overskride sine beføjelser, hvis den træffer afgørelse om LRAU's forenelighed med direktiv 92/50 [75] og dens forenelighed med traktaten.

56. Det bemærkes i denne forbindelse også, at ordlyden af det første anbringende vedrørende LRAU og direktiv 93/37 er åbent formuleret, mens det andet anbringende, som vedrører LUV og direktiv 2004/18, indeholder

72 — Domstolen kan udlede af stævningens ordlyd, at en særlig påstand er nedlagt. Jf. Domstolens dom af 10.12.1957, sag 8/56, ALMA mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 49, org.ref.: Rec. s. 179, på s. 191, og af 1.7.1964, sag 80/63, Degreef mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 507, org. ref.: Rec. s. 767, på s. 798.

73 — Dom af 23.10.2007, sag C-112/05, Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland, Sml. I, s. 8995.

74 — Domstolen er bundet af sagens genstand, således som den er angivet i stævningen, jf. dom af 25.9.1979, sag 232/78, Kommissionen mod Den Franske Republik, Sml. I, s. 2729, præmis 3. Domstolen skal kunne fastslå sagens genstand præcist på grundlag af stævningen (jf. dom af 27.2.1980, sag 168/78, Kommissionen mod Den Franske Republik, Sml. I, s. 347, præmis 17-25, og af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Den Franske Republik, Sml. s. 273, præmis 7-10).

75 — Nævnt ovenfor i fodnote 70.

en udtømmende fortegnelse. Hvad angår det andet anbringende kan Domstolen derfor kun undersøge den påståede tilsidesættelse i forhold til de udtrykkeligt nævnte artikler i direktiv 2004/18.

IV — Formaliteten

57. Spanien har gjort gældende, at den første påstand skal afvises af to grunde: 1) Kommissionen anlagde traktatbrudssøgsmålet, selv om den vidste, at direktiv 93/37 var ved at udløbe og erstattet af direktiv 2004/18, som allerede var offentliggjort på det tidspunkt, hvor åbningsskrivelsen blev sendt. Da den regionale lov blev ophævet to år, før søgsmålet blev anlagt, er der ingen retlig interesse i at undersøge denne. 2) Kommissionen har haft mere end ti år til at anlægge traktatbrugssøgsmålet, men valgte først at gøre det lige før direktiv 93/37's udløb.

58. Disse indvendinger kan afvises i korthed. Det følger af fast retspraksis, at det ikke påhviler Kommissionen at påvise, at den har en særlig søgsmålsinteresse, og at den kan anlægge sag på et hvilket som helst tidspunkt, som den finder passende [76].

59. Ifølge fast retspraksis skal spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et traktatbrud, vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse [77]. Vedtagelsen af love, forordninger og administrative bestemmelser efter udløb af denne frist kan normalt ikke tages i betragtning.

60. Spørgsmålet, om Spanien har begået det påståede traktatbrud, skal altså afgøres på grundlag af den lovgivning, som var i kraft den 6. januar 2006, som var den dag, hvor fristen, som fremgik af den begrundede udtalelse af 15. december 2005, udløb. Den dato var både LRAU og direktiv 93/37 i kraft, selv om begge ville udløbe kort tid derefter [78].

61. Til sit forsvar har Spanien anført et andet interessant synspunkt, nemlig den usædvanligt korte tidsfrist på tre uger, som strakte sig

76 — Dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis, og af 2.6.2005, sag C-394/02, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4713, præmis 16.

77 — Dom af 10.4.2003, sag C-114/02, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 3783, præmis 9, og af 14.7.2005, sag C-433/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6985, præmis 32.

78 — Direktiv 2004/18 blev vedtaget den 31.3.2004. Gennemførelsesperioden sluttede den 31.1.2006, og direktiv 93/37 blev ophævet samme dag. LUV, som blev vedtaget af det regionale parlament i Valencia den 22.12.2005, trådte også i kraft den 31.1.2006.

hen over juledagene, inden for hvilken den første begrundede udtalelse skulle besvares [79].

62. Kommissionen har pligt til at fastsætte en rimelig tidsfrist i sin begrundede udtalelse [80]. Rimeligheden af den fastsatte frist skal vurderes fra sag til sag under hensyn til samtlige konkrete omstændigheder [81]. En kort frist kan være begrundet, når det haster med at råde bod på et traktatbrud. I den foreliggende traktatbrudssag har Kommissionen ikke godtgjort, at der foreligger sådanne presserende omstændigheder.

63. Tidsfristen på tre uger [82] er efter min opfattelse ikke en rimelig tidsfrist. Kommissionen kan ikke have forventet, at Spanien skulle have tilpasset LRAU til direktiv 93/37 på denne tid eller ophøre med at tildele nye IAP'er i overensstemmelse med LRAU, hvilket ville have været nødvendigt for at efterkomme den begrundede udtalelse. Den eneste plausible forklaring på, at Kommissionen fastsatte en så kort tidsfrist for at efterkomme den begrundede udtalelse, var efter min opfattelse, at den vidste, at både direktiv 93/37 og LRAU var ved at træde ud af kraft, og at den ønskede, at traktatbrudssøgsmålet skulle være omfattet af disse bestemmelser.

64. Det følger af Domstolens praksis, at meget korte tidsfrister kan være begrundede i særlige forhold, bl.a. når den berørte medlemsstat er på det rene med Kommissionens standpunkt i god tid forud for sagen [83]. I det foreliggende traktatbrudssøgsmål havde Spanien kendt til Kommissionens standpunkt i næsten ni måneder, da åbningsskrivelsen blev sendt den 21. marts 2005.

65. Under alle omstændigheder synes den korte tidsfrist ikke at have haft nogen negative følger for Spanien. Medlemsstaten besvarede den begrundede udtalelse den 26. januar 2006, og selv om det var senere end den i den begrundede udtalelse fastsatte tidsfrist, tog Kommissionen dette forsvar i betragtning. Spanien havde også mulighed for at indgive yderligere indlæg i en skrivelse af 17. marts 2006. Det følger af Domstolens praksis, at sådanne sager antages til realitetsbehandling, såfremt der ingen negative følger foreligger, selv om tidsfristen ikke vurderes at være rimelig [84].

79 — Ifølge kopien af LUV, som indgår i sagsakterne, skulle LUV træde i kraft den 12.1.2006. Det fremgår ikke af sagsakterne, hvornår og hvorfor denne dato blev udskudt til den 31.1.2006.

80 — Dom af 2.2.1988, sag 293/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 305, præmis 14.

81 — Ibidem, præmis 14.

82 — Det er også interessant at bemærke, at Kommissionens Manual of Procedures (et internt kommissionsdokument) indtil februar 2005 anførte, at i ferieperioder, herunder julen, skulle alle tidsfrister forlænges med en måned. Denne uofficielle regel synes at være blevet slettet fra Kommissionens senere Manual of Procedures, som blev vedtaget i februar 2005. Jf. Eberhard og Riedl i Mayer (ed.), *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag*, artikel 226 EGV, præmis 42 og 52.

83 — Dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, nævnt ovenfor i fodnote 80, præmis 14.

84 — Dom af 31.1.1984, sag 74/82, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 317, præmis 12 og 13.

66. Søgsmålet kan derfor fuldt ud antages til realitetsbehandling.

V — Finder de relevante udbudsdirektiver anvendelse på IAP'er?

A — *Aftaler om arealanvendelse og offentlige indkøb*

67. Før undersøgelsen af den retlige klassifikation af IAP'er i henhold til direktiv 2004/18 er det vigtigt at bemærke IAP's særlige kendetegn som offentlig-private partnerskaber, hvis formål det er at gøre det muligt for den offentlige myndighed at opfylde sine pligter på en effektiv måde. IAP opfylder dette mål ved at fremme privat udvikling, samtidig med at entreprenøren pålægges en pligt til at tilvejebringe offentlige infrastrukturanlæg [85].

68. Arealanvendelse og byplanlægning henhører hovedsageligt under medlemsstaternes kompetenceområde. I medlemsstaterne er planlægning, zoneinddeling, arealanvendelse og byudvikling normalt forbeholdt det offentlige. Grundejere, investorer i fast ejendom og byggeselskaber kan dog ofte have en interesse i at byggemodne områder, der ikke har været genstand for en detaljeret planlægningsproces, for at kunne udnytte eventuelle byggerettigheder, der er knyttet til jorden. I sådanne tilfælde kan de offentlige myndigheder også drage fordel, da de på denne måde kan undgå at binde deres egen knappe kapital og administrative ressourcer. Disse omstændigheder har ført til udvikling af forskellige former for samarbejdsaftaler (herefter »aftaler om arealanvendelse«) mellem de lokale myndigheder og private økonomiske aktører.

69. Formålet med aftaler om arealanvendelse er at gøre det muligt at udføre byggerier i et nærmere angivet område. I en aftale af denne art giver de lokale myndigheder visse garantier med hensyn til udøvelsen af deres planlægning (f.eks. et tilsagn om at definere byggerettigheder på en bestemt måde) til gengæld for, at de pågældende økonomiske aktører påtager sig en række forpligtelser. En detaljeret plan, der konkretiserer f.eks. antal, placering og planlagt brug af byggerettigheder,

85 — Hvordan private initiativer kan bidrage til at tilvejebringe omkostningseffektive, offentlige tjenesteydelser jf. C. Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, OUP, 2006 (genoptryk 2009), kapitel 10: »Public Procurement and Public-Private Partnerships«. Nærmere oplysninger om, hvordan private initiativer har bidraget til at afhjælpe stagnationen i byggemodningsprocessen i Valencia jf. Muñoz Gielen og Korthals Altes, nævnt ovenfor i fodnote 27.

vedtages med andre ord som modydelse [86] for en forpligtelse til at finansiere og oprette de infrastrukturanlæg, som er indeholdt i den detaljerede plan, samt eventuelt bygninger, der skal anvendes til offentlige formål, f.eks. offentlige tjenesteydelser eller socialt byggeri.

70. IAP er et eksempel på en aftale om arealanvendelse. Problemet, som opstår i forbindelse hermed, er det tilgrundliggende princip om, at initiativet bliver taget af en privatperson [87]. Formålet med LRAU og LUV har været at løse problemet med stagnationen i byudviklingen (og dermed også stagnationen i byggeriet af offentlig infrastruktur, der er forbundet med sådanne projekter i Spanien) ved at lægge vægt på det private initiativ i form af entreprenørens aktiviteter, der adskiller sig fra både grundejerens og den offentlige administrative forvaltnings aktiviteter. IAP udgør derfor i det væsentlige et system til udvælgelse af et alternativ til arealanvendelse [88], som entreprenøren herefter skal gennemføre på den mest effektive måde.

71. Virkningen heraf på den offentlige udbudsprocedure, og navnlig hvad angår udførelsen af de dermed forbundne offentlige bygge- og anlægsarbejder, er, således som Kommissionen har påpeget, at et sådant system i sagens natur indebærer forskelsbehandling som følge af den private initiativtagers privilegerede stilling i forhold til efterfølgende budgivere [89].

72. Af denne grund er IAP-systemet meget vanskeligt at indordne under udbudsbestemmelserne.

73. Ved afgørelsen af, hvad der falder inden for rammerne af offentligt udbud, følger det af Domstolens hidtidige praksis, at den har valgt en relativt bred og udbudsvenlig

86 — I mange retssystemer betragtes byggerettigheder imidlertid ikke som rettigheder, der skabes gennem de offentlige myndigheders planlægningsbeslutninger, men som rettigheder, der i eller anden form allerede består som grundejernes ejendomsrettigheder til ikke-byggemodnet jord, selv om de ikke kan udnyttes, før en detaljeret plan er vedtaget. Dette synes også at være udgangspunktet i den spanske lovgivning. (Muñoz Gielen og Korthals Altes, nævnt ovenfor i fodnote 27, s. 61-62). Ofte er indholdet af en detaljeret plan også retligt underlagt en offentligretlig lovramme, som juridisk begrænser regeringens muligheder for at forpligte sig til at vedtage en bestemt plan som modydelse for en privat virksomheds forpligtelser.

87 — Teoretisk set kan både den lokale myndighed og privatpersonen iværksætte en IAP, men LRAU-modellen, som blev vedtaget i 1990'erne, hvor entreprenøren spiller en central rolle, blev dog indført med det mål at øge antallet af private initiativer i forbindelse med byudviklingsprojekter. Nærmere oplysninger herom findes i Muñoz Gielen og Korthals Altes, nævnt ovenfor i fodnote 27, s. 65.

88 — Spanien har anført, at valget af et IAP-initiativ f.eks. kan indebære et valg mellem byggeri af et indkøbscenter eller et boligområde.

89 — Med LUV blev der imidlertid indført en sondring mellem entreprenøren og den bygherre, som skal stå for det offentlige byggeri, ved, med få undtagelser, at forpligte entreprenøren til at udpege en bygherre i overensstemmelse med EU's udbudsbestemmelser.

tilgang [90]. Det har givet anledning til diskussion om, hvorvidt aftaler om arealanvendelse er klassificeret eller burde klassificeres som offentlige kontrakter eller nærmere bestemt som offentlige bygge- og anlægskontrakter, da de ofte, direkte eller indirekte, omfatter entreprenørens eller grundejerens udførelse af offentlige bygge- og anlægsarbejder [91]. Særligt problematisk er spørgsmålet om gensidigt bebyrdende aftaler, og nærmere bestemt, om de offentlige myndigheders tildeling af nye byggerettigheder kan betragtes som en økonomisk modydelse for den infrastruktur, som entreprenøren har pligt til at tilvejebringe for den offentlige myndighed [92].

74. I en senere dom, Helmut Müller-dommen [93], har Domstolen dog valgt ikke at følge den af Kommissionen foreslåede funktionelle fortolkning, som kunne have medført, at en betydelig del af de beføjelser og aktiviteter, som traditionelt tilkommer de lokale myndigheder i forbindelse med planlægnings- og byggeret, ville være blevet underlagt bestemmelserne om offentlige bygge- og anlægsarbejder. Domstolen anførte, at formålet med udbudsbestemmelserne er at anvende EU-rettens bestemmelser på indgåelse af kontrakter på vegne af staten, regionale myndigheder og andre offentligretlige organer [94]. Den blotte udøvelse af regulerende virksomhed på området for byplanlægning, som tilsigter at tage hensyn til den offentlige interesse, har imidlertid ikke til formål at modtage en kontraktmæssig ydelse eller at forfølge den ordregivende myndigheds direkte økonomiske interesse, således som direktiv 2004/18 foreskriver [95].

75. Begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt er et selvstændigt og objektivt begreb i EU-retten [96]. Efter min opfattelse bør Domstolen dog udvise en vis tilbageholdenhed, hvis en bred fortolkning af et begreb i EU-retten i praksis vil føre til, at et instrument i national lovgivning mister sin eksistensberettigelse, eller en detaljeret EU-retsakt finder anvendelse

90 — Dom af 12.7.2001, sag C-399/98, La Scala, Sml. I, s. 5409, endvidere anvendt i dom af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 70-75, af 20.10.2005, sag C-264/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8831, præmis 56-58, og af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux, Sml. I, s. 385.

91 — Hvad angår denne diskussion jf. Esa Hakkola: Hankintalainsäädäntö ja maankäyttösopimukset, »Public procurement legislation and land-use agreements«, Lakimies 5/2007 s. 723-745, og J. Paradissis: »Planning agreements and EC public procurement law«, *Journal of Planning & Environment Law*, 2003, s. 666-677.

92 — Esa Hakkola, ibidem, s. 741, Paradissis, ibidem, s. 669-672.

93 — Dom af 25.3.2010, sag C-451/08, Helmut Müller, Sml. I, s. 2673.

94 — Ibidem, præmis 46.

95 — Ibidem, præmis 57.

96 — Domstolen har anvendt de pågældende udbudsdirektiver på forskellige planlægningsbestemmelser, såfremt det har kunnet fastslås, at de opfylder de objektive forudsætninger for direktivets anvendelse (La Scala-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 90, Auroux-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 90, dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 90). Det følger af tidligere retspraksis, at det ingen relevans har, hvilke formål de offentlige myndigheder forfølger (La Scala-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 90; dom af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 90, præmis 70), og at det afgørende i stedet er, om kriterierne for, at der foreligger en offentlig kontrakt, er opfyldt.

på omstændigheder, som lovgiver ikke havde i tankerne under lovgivningsproceduren.

76. I den foreliggende sag vil en klassifikation af IAP som en offentlig bygge- og anlægskontrakt have den praktiske konsekvens, at private afholdes fra at tage initiativer på området planlægning og arealudvikling, da IAP, hvis den er omfattet af anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne, synes at være i strid med udbudsbestemmelsernes primære mål, nemlig ligebehandling af alle budgivere. Den eneste mulighed i planlægningsloven ville da være den klassiske model, hvor de offentlige myndigheder udarbejder og vedtager alle de dokumenter, som vedrører planlægning og arealanvendelse, og finansierer og organiserer udførelsen heraf direkte fra den offentlige kasse.

77. Ved efterprøvelsen af, om denne sag rejser spørgsmål om offentlige indkøb, dvs. ved efterprøvelsen af, om de pågældende bestemmelser er omfattet af de pågældende direktiver, bør Domstolen være varsom med ikke at strække betydningen af visse kriterier i udbudsdirektiverne for vidt for at få ordningen til at passe ind i anvendelsesområdet for udbudsbestemmelserne. En sådan løsning ville være det samme som at lægge direktiverne på en Prokrustesseng [97].

B — *Forudsætninger for anvendelse af direktiverne*

78. Det er i den foreliggende sag ubestridt, at myndighederne, som tildeler IAP'erne, er ordregivende myndigheder, at entreprenørerne er økonomiske aktører, og at der indgås en skriftlig kontrakt mellem disse som omhandlet i direktiv 93/37 og 2004/18. Endvidere vedrører Kommissionens søgsmål kun IAP'er, hvis værdi overstiger de beløbsgrænser, som er fastsat i direktiv 93/37 og 2004/18.

79. Det er imidlertid omtvistet, om den pågældende kontrakt er en gensidigt bebyrdende aftale som omhandlet i direktiv 2004/18.

1. Er der tale om en gensidigt bebyrdende aftale fra den ordregivende myndigheds side?

80. Begrebet gensidigt bebyrdende aftale er blevet fortolket bredt af Domstolen i lyset af

97 — I den græske mytologi var Prokrustes en slyngel og bandit fra Attika, som overfaldt rejsende og enten strakte dem eller skar deres ben af for at få dem til at passe i en jernseng.

formålet med udbudsdirektiverne, som er at åbne de nationale udbudsmarkeder over for konkurrence og at undgå hindringer for udøvelsen af de grundlæggende friheder, som er sikret ved traktaten [98].

81. Selv om en gensidigt bebyrdende aftale ikke kun omfatter en pengeydelse [99], er spørgsmålet, om en sådan modydelse skal komme fra den ordregivende myndighed selv, eller om det er tilstrækkeligt, at der foreligger en modydelse, uanset hvem der yder den. Sidstnævnte fortolkning vil betyde, at bestemmelserne om offentlige bygge- og anlægskontrakter også vil finde anvendelse, hvor en privat part finansierer og udfører offentlige arbejder på sin egen jord efter aftale med og godkendt af den ordregivende myndighed uden selv at modtage nogen tilsvarende økonomisk fordel, og uden at den ordregivende myndighed har nogen retlige forpligtelser med hensyn til udførelsen heraf [100].

82. I La Scala-dommen fastslog Domstolen, at der forelå en gensidigt bebyrdende aftale, selv om det var entreprenøren — som samtidig var grundejeren — der skulle bære byggemodningsomkostningerne, fordi kommunen havde en forpligtelse til at udføre den nødvendige infrastruktur.

83. Efter min opfattelse adskiller den nævnte sag sig fra den foreliggende. Ved at give afkald på byggemodningsafgiften, der normalt opkræves i sådanne situationer, led den ordregivende myndighed en økonomisk skade, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

84. I Parking Brixen-dommen fastslog Domstolen, at en offentlig tjenesteydelsesaftale indebærer en modydelse, der betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen [101]. Domstolen fastslog således, at den pågældende tjenesteydelse (driften af en offentlig betalingsparkeringsplads) ikke var en offentlig tjenesteydelsesaftale, fordi vederlaget ikke hidrørte fra den ordregivende myndighed, men blev udgjort af et beløb, der betaltes af tredjeparter for brugen af den omhandlede parkeringsplads [102].

98 — Anden betragtning til direktiv 2004/18 og generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Auroux-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 90, punkt 57.

99 — Dette er, hvad Domstolens praksis har drejet sig om indtil nu, med hensyn til »gensidigt bebyrdende aftale«.

100 — Dette vil være tilfældet i henhold til artikel 120, stk. 7, i LUV, som foreskriver fritagelse fra pligten til at afholde en udbudsprocedure med henblik på udvælgelse af den bygherre, som skal stå for de offentlige arbejder, der indgår i IAP'en, hvis jorden kun ejes af en enkelt person, eller hvis der er fuldstændig enighed mellem grundejerne og entreprenøren.

101 — Jf. dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 39.

102 — Ibidem, præmis 40.

85. Senere, i Helmut Müller-sagen, var generaladvokat Mengozzi af den opfattelse, at begrebet gensidigt bebyrdende aftale er støttet på tanken om en udveksling af ydelser mellem den ordregivende myndighed, som betaler en pris, og entreprenøren, der skal udføre et eller flere bygge- og anlægsarbejder. Efter generaladvokat Mengozzis opfattelse er det således klart, at den offentlige kontrakt er af *gensidigt bebyrdende karakter* [103].

86. Jeg kan tilslutte mig denne opfattelse. Efter min opfattelse er det, for at der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale, nødvendigt, at den ordregivende myndighed bærer den økonomiske skade enten positivt i form af en betalingsforpligtelse over for den økonomiske aktør eller negativt i form af tab af indkomst eller på anden måde forfaldne midler.

87. Den ordregivende myndigheds berettigelse til at kræve, at en tredjepart betaler for arbejderne eller tjenesteydelserne, kan, i modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, ikke alene være tilstrækkeligt, da der intet gensidigt bindende forhold er med hensyn til udveksling af ydelser af reel økonomisk værdi mellem den ordregivende myndighed og de økonomiske aktører, der udfører de pågældende arbejder eller tjenesteydelser.

88. Herfor taler også den omstændighed, at et af formålene med udbudsdirektiverne er at sikre, at der ingen konkurrenceforvridning sker, når ordregivende myndigheder indgår aftaler på offentlige markeder [104]. Det følger heraf, at hvis den ordregivende myndighed ikke anvender offentlige midler, er der ingen fare for konkurrenceforvridning som omhandlet i direktiv 93/37 og 2004/18 [105].

89. Kravet om, at aftalen skal være gensidigt bebyrdende, betyder således, at den

103 — Generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse i Helmut Müller-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 93, punkt 77.

104 — Dette kan udledes af det generelle formål om at hindre konkurrenceforvridning i anden betragtning. Jf. også Bovis, nævnt ovenfor i fodnote 85, s. 14-22.

105 — Denne situation svarer til de tilfælde, hvor unionsbestemmelserne om statsstøtte ikke finder anvendelse, fordi der ingen byrde påligger de offentlige ressourcer, svarende til den fordel, der skabes ved de nationale regler, da fordelen er finansieret ved private midler. Jf. f.eks. dom af 17.3.1993, forenede sager C-72/91 og C-73/91, Slomann Neptun, Sml. s. 887, præmis 19 og 21, og af 13.3.2001, sag C-379/98, PresussenElektra, Sml. s. 2099, præmis 59-61.

ordregivende myndighed skal anvende sine egne midler, direkte eller indirekte [106]. En direkte finansiering foreligger, når den ordregivende myndighed anvender offentlige midler som betaling for de pågældende arbejder eller tjenesteydelser. Indirekte finansiering foreligger, når den ordregivende myndighed lider en økonomisk skade som følge af den måde, hvorpå arbejdet eller tjenesteydelsen finansieres.

90. I den foreliggende traktatbrudssag er det entreprenøren, der har ansvar for at finansiere omkostningerne til byggemodning i den indirekte IAP-procedure, men denne har ret til at opkræve udgifterne hertil hos grundejerne. Det er således grundejerne, der betaler for de offentlige arbejder, som nødvendiggøres af byggemodningen.

106 — I dom af 18.11.2004, sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I. s, 11197, præmis 20, fastslog Domstolen, at anvendelsen af offentlige midler ikke er afgørende for, om der foreligger en offentlig aftale som omhandlet i artikel 8 og 11 i direktiv 92/50, nævnt ovenfor i fodnote 70. I dette tilfælde blev den offentlige myndighed (byen München) tildelt en offentlig tjenesteydelsesaftale fra en anden ordregivende myndighed, og spørgsmålet var, om det var lovligt af byen på forhånd at overlade ansvaret for en tjenesteydelse under førstnævnte kontrakt uden at iværksætte et udbud i henhold til det pågældende direktiv. I den sammenhæng skete der en åbenbar økonomisk udveksling mellem byen og den private virksomhed, selv om den var finansieret med byens »private« indtægter, som denne havde modtaget i forbindelse med tildelingen af den offentlige tjenesteydelseskontrakt. Jeg tror ikke, at Domstolen havde til hensigt at fastslå, at en gensidigt bebyrdende aftale ikke er et vigtigt element i en offentlig kontrakt, eller at en sådan gensidigt bebyrdende aftale ikke må stamme direkte eller indirekte fra den ordregivende myndigheds midler. Hele formålet med EU's lovgivning om offentlige indkøb er at skabe konkurrencedygtige, gennemsigtige og ikke-forskelsbehandlende betingelser for økonomisk udveksling mellem offentlige myndigheder og virksomheder og ikke at regulere de økonomiske forhold mellem virksomheder, der leverer varer og tjenester til hinanden.

91. Da kravet om, at aftalen skal være gensidigt bebyrdende, ikke er opfyldt i denne traktatbrudssag, er den eneste måde, hvorpå direktiv 93/37 og 2004/18 kan finde anvendelse på den regionale lovgivning, hvis IAP kan kategoriseres som en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, da koncessionskontrakter om tjenesteydelser er udelukket fra disse direktiver [107].

2. Er der tale om en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder?

92. I det foreliggende traktatbrudssøgsmål er det blevet diskuteret indgående, om hovedformålet med IAP er tilvejebringelse af en tjenesteydelse eller udførelse af offentlige bygge- og anlægsarbejder, da det er ubestridt,

107 — Direktiv 93/37 finder kun anvendelse på bygge- og anlægsarbejder, og direktiv 2004/18 finder i henhold til artikel 17 ikke anvendelse på tjenesteydelser. Artikel 17 gælder med forbehold af artikel 3 i direktiv 2004/18, men denne artikel er ikke relevant i den foreliggende sag.

at aftalen omfatter begge elementer [108]. Det er dog ikke nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet, da der efter min opfattelse ikke er tale om en koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder i den foreliggende situation, og traktatbrudssøgsmålet vedrører ikke koncessionsaftaler om tjenesteydelser.

93. En koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder er defineret som en kontrakt med samme karakteristika som offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejder bortset fra, at vederlaget for det bygge- og anlægsarbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte arbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris [109]. I den foreliggende situation har entreprenøren (som her svarer til koncessionshaveren) ikke ret til at udnytte det udførte bygge- og anlægsarbejde.

94. I IAP'en overgår alt det offentlige arbejde, som er defineret i kontrakten (dvs. anlægget af veje og fortove, parkeringspladser, vejskilte, vand-, gas- og elektricitetsforsyningsanlæg, spildevandsafledning og anlægget af grønne områder, herunder parker og træer) til den ordregivende myndigheds ejendom efter færdiggørelsen [110]. Det kan som sådan anvendes gratis (gader, parker og offentlige bygninger) eller mod betaling af et beløb, som fastsættes af den ordregivende myndighed eller det organ, der er udpeget til at lede og vedligeholde de pågældende anlæg og bygninger. Entreprenørerne får ikke ret til at udnytte disse offentlige arbejder, fordi de ikke har mulighed

108 — I dette tilfælde afhænger svaret på spørgsmålet om, hvad hovedformålet med kontrakten er, af, om der lægges vægt på strukturen af byggemodningsomkostningerne eller på den fortjeneste i forbindelse med byggemodningen, som opnås på grundlag af en IAP. Det fremgår af de spredte oplysninger i sagsakterne, at komponenten offentlige bygge- og anlægsarbejder udgør en meget større post i byggemodningsomkostningerne end tjenesteydelseskomponenten. Spanien har imidlertid fremhævet de ydelser, der tilvejebringes i forbindelse med IAP'en, som tjenesteydelser vedrørende investering i fast ejendom med henvisning til den omstændighed, at de offentlige bygge- og anlægsarbejder kun er underordnede i forhold til hovedformålet med IAP'erne, som er at byggemodne grunde til private byggeaktiviteter. Derfor er det nødvendigt, at den enkelte IAP skaber økonomiske muligheder for grundejere af en værdi, som overstiger udgifterne til offentlige arbejder og andre byggemodningsomkostninger, herunder vederlaget til entreprenøren. I begge de IAP'er, som er beskrevet i Muñoz Gielen og Korthals Altes, nævnt ovenfor i fodnote 27, s. 69, udgjorde byggemodningsomkostningerne henholdsvis 89 EUR og 54 EUR pr. kvadratmeter byggeret, og markedsprisen på byggemodnet jord pr. kvadratmeter byggeret udgjorde henholdsvis 512 EUR og ca. 500 EUR. Det kan tale for, at det økonomiske og retlige formål med IAP er entreprenørens tilvejebringelse af en offentlig tjenesteydelse til grundejerne, ikke udførelsen af offentlige bygge- og anlægsarbejder for den ordregivende myndighed.

109 — Artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/18 og artikel 1, litra d), i direktiv 93/37.

110 — I henhold til artikel 16 i TRLS har grundejere pligt til at afgive den jord til de kompetente myndigheder, der er nødvendig til veje, grønne områder og andre fællesarealer, samt mellem 5 og 15 % af deres jord til offentlige formål. Denne artikel er gennemført ved artikel 23 i LUV, som nærmere angiver grundejernes pligt til uden vederlag at afstå jord til offentlige formål som led i byggemodning (det skal bemærkes, at de byggegrunde, som grundejerne tildeles, ikke nødvendigvis ligger det samme sted som den jord, de ejede, før IAP'en blev iværksat). I henhold til artikel 180, stk. 2, i LUV omfatter genfordeling af jord (reparcelacion forzosa) overførsel af disse arealer til den pågældende lokale myndighed. Artikel 188, stk. 2, i LUV regulerer det tidspunkt, hvor byudviklingsarbejdet anses for at være modtaget af administrationen, og pligten til vedligehold heraf er overgået til dem. Det følger heraf, at hvis IAP klassificeres som en offentlig tjenesteydelseskontrakt, er den ikke omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18, da det vedrører erhvervelse af jord og anden fast ejendom.

for at opkræve gebyrer fra brugerne af de pågældende anlæg og byggerier. I stedet modtager de et kontant vederlag eller byggegrunde fra grundejerne. Modtagelse af byggegrunde kan dog ikke betragtes som udnyttelse af offentlige arbejder, da offentlige arbejder, som defineret i en IAP, består af oprettelse af infrastrukturanlæg samt de nødvendige forbindelser til eksisterende netværk [111]. Disse grunde er entreprenørens ejendom. Han kan selvfølgelig udnytte dem, men dette sker som ejer og ikke som koncessionshaver.

95. Derfor foreligger der ingen ret til at udnytte de arbejder, som er opstået på grundlag af IAP'en, og kontrakten kan derfor ikke udgøre en koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejde, end ikke hvis det blev fastslået, at hovedformålet med kontrakten er udførelsen af de pågældende bygge- og anlægsarbejder.

96. Hvis hovedformålet med IAP er at blive klassificeret som en tjenesteydelse, opstår spørgsmålet, om entreprenøren har ret til at udnytte sin egen tjenesteydelse [112]. Besvarelsen af dette spørgsmål er dog ikke afgørende for at træffe afgørelse i det foreliggende traktatbrudssøgsmål, da det, såfremt det udgjorde en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, ikke ville være omfattet af de relevante bestemmelser i de direktiver, som Kommissionen har anført i sin stævning.

97. Selv hvis det antoges, at ejendomsretten til jorden, som entreprenøren modtager, blev betragtet som tildeling af en udnyttelsesret (hvilket det efter min opfattelse ikke er), ville en sådan ret blive givet for en ubegrænset periode og således være i strid med den definition af en koncessionskontrakt, som følger af Domstolens praksis i Helmut Müller-dommen og Pressetexte-dommen [113].

98. Efter min opfattelse finder direktiv 93/37 og 2004/18 derfor ikke anvendelse på den foreliggende situation, og Spanien skal derfor frifindes.

111 — I henhold til artikel 11 i LUV er byggegrunde (solares) grunde, som er byggemodnet, og som mindst opfylder følgende betingelser: i) har adgangsvej via en eller flere offentlige veje, ii) er tilsluttet drikkevands- og elektricitetsforsyningsnet med en kapacitet, der er tilstrækkelig til at opfylde den forventede efterspørgsel, iii) har et kloaksystem og iv) har adgangsvej for fodgængere via asfalterede og oplyste gader. Endvidere skal byggegrundene være tilsluttet med de nødvendige infrastrukturanlæg til de offentlige forsyningsselskaber i de omgivende arealer.

112 — Spanien har gjort gældende, at IAP bør klassificeres som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, når entreprenøren har ret til at tilvejebringe og udnytte en offentlig tjeneste.

113 — Domstolen har fastslået, at tildeling af en koncessionskontrakt for en ubegrænset tidsperiode på langt sigt kan hindre konkurrencen og således vil være i strid med hovedformålet med udbudsbestemmelserne. Jf. dom af 19.6.2008, sag C-454/06, Pressetext, Sml. I, s. 4401, præmis 74, og Helmut Müller-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 93, præmis 79.

VI — Forslag til afgørelse

99. Jeg foreslår, at Spanien frifindes, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.