FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIILO JÄÄSKINEN
föredraget den 16 september 2010 [1]

1. Kommissionen har väckt förevarande talan om fördragsbrott i syfte att domstolen ska fastställa att Konungariket Spanien, genom att tilldela integrerade handlingsprogram, IHP, en stadsplaneringsåtgärd inom den autonoma regionen Valencia, som gjorts möjlig genom LRAU [2] och den lag som följt efter denna, LUV [3] har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiven om offentlig upphandling 93/37/EEG [4] och 2004/18/EG [5].

2. Domstolen har genom denna talan möjlighet att på nytt befatta sig med behandlingen av stadsplaneringsåtgärder inom ramen för bestämmelserna om offentlig upphandling och ytterligare klargöra innebörden av begreppen ekonomiska villkor och koncessioner i de aktuella direktiven om offentlig upphandling.

3. Förevarande talan om fördragsbrott har inletts till följd av ett stort antal framställningar till Europaparlamentet i vilka kritik riktats mot olika aspekter av LRAU, bland annat platsen för utförande av de planerade projekten och deras inverkan på miljön, expropriering utan rimlig ersättning av fastighetsägare och fastighetsägarnas skyldighet att betala för infrastrukturanläggningar som de inte önskat eller behöver. [6] Kommissionen undersökte de olika invändningarna och fastställde att den enda väg som den kunde inleda ett förfarande på var på grundval av bestämmelserna om offentlig upphandling, av det skälet att kommissionen antingen saknade behörighet [7] eller

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Lag 6/1994 av den 15 november 1994 om stadsplanering inom den autonoma regionen Valencia (Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana, nedan kallad LRAU).

3 — LRAU upphävdes med verkan från den 1 februari 2006 genom lag 16/2005 av den 30 december om stadsplanering inom Valencia (Ley Urbanística Valenciana, nedan kallad LUV).

4 — Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54) (nedan kallat direktiv 93/37), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1) och kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 (EGT L 285, s. 1).

5 — Direktiv 93/37 ersattes av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114) (nedan kallat direktiv 2004/18), med verkan från den 31 januari 2006.

6 — Europaparlamentets utskott för framställningar, meddelande till ledamöter av den 25 januari 2007, CM\650375, PE341.524/REVII (EP:s rapport).

7 — Till exempel vad gäller exproprieringens rimlighet eller fastighetsägarnas skyldighet att betala för infrastrukturanläggningar, eftersom detta område omfattades av medlemsstaternas behörighet enligt artikel 295 EG (EP: s rapport, s. 7 och s. 14).

på grund av att den rättsliga argumentationen inte var helt övertygande. [8] Eftersom framställarnas kritik huvudsakligen avsåg andra frågor än iakttagande av bestämmelserna om offentlig upphandling [9], kommer kommissionens förevarande talan och utgången i målet knappast vara till någon tröst för dem.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – *EU-rätten* [10]

1. Direktiv 93/37

4. Direktiv 93/37 är tillämpligt på offentliga byggentreprenader och byggkoncessioner.

5. Offentliga upphandlingskontrakt för byggentreprenader definieras som ”skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en [upphandlande myndighet]…, som omfattar utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna eller arbete …, eller utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven”. [11]

6. Koncession definieras som ”ett kontrakt av samma typ som angivits i a utom det att ersättningen för utförda arbeten består i antingen enbart … rätten till nyttjande av anläggningen eller i en kombination av denna rätt och betalning”. [12]

7. Artikel 6.6 innehåller ett allmänt krav på icke-diskriminering.

8. Enligt artikel 11 ska meddelanden i sin helhet publiceras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* och TED-databanken.

9. Artikel 12 avser fristen för mottagande av anbud. I denna bestämmelse föreskrivs en period på 52 dagar från det att meddelandet publicerats vid tillämpning av ett öppet upphandlingsförfarande.

8 — Till exempel vad gäller miljöskador, eftersom kommissionen fastställde att de spanska myndigheterna för samtliga allmänna planer gjorde en miljökonsekvensbedömning i enlighet med rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt (EGT L 175, s. 40; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 226) (EP:s rapport, sidorna 7 och 12–14).

9 — Europaparlamentets rapport om det påstådda missbruket av den valencianska fastighetslagen LRAU och dess effekt på europeiska medborgare (Fourtou), A6-0382/2005, s. 5, punkt I (http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2005-0382+0+DOC+PDF+V0//EN&language=EN).

10 — Eftersom talan om fördragsbrott i förevarande mål väcktes före ikraftträdandet av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUT C 115, 2008, s. 47), har hänvisningarna till artiklarna i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EGT C 325, 2002, s. 33) behållits genomgående.

11 — Artikel 1 a i direktiv 93/37.

12 — Artikel 1 d i direktiv 93/37.

10. Kapitel 2 i avdelning IV, det vill säga artiklarna 24–29, avser kriterier för kvalitativt urval. Artikel 24 innehåller en förteckning över de fall där en entreprenör kan uteslutas från deltagande i en upphandling, bland annat när en entreprenör är i konkurs eller har fällts för en lagstridig handling som hänför sig till yrkesutövningen. Artiklarna 25–29 avser bevis som kan begäras av en entreprenör om att han är införd i ett yrkes- eller handelsregister och om hans ekonomiska ställning och tekniska förmåga och innehåller dessutom en bestämmelse för de medlemsstater som har officiella förteckningar över godkända entreprenörer.

2. Direktiv 2004/18

11. Genom direktiv 2004/18 har bland annat direktiv 93/37 ändrats. Det förstnämnda direktivet omfattar samtliga offentliga kontrakt, vilket definieras som ”skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.” [13]

12. Offentliga byggentreprenadkontrakt definieras vidare som ”offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggentreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat”. [14]

13. Offentliga tjänstekontrakt definieras som andra offentliga kontrakt än offentliga byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II. [15]

14. Byggkoncession definieras som ”ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning”. [16]

15. En tjänstekoncession definieras som ”ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten

13 — Artikel 1.2 a i direktiv 2004/18.

14 — Artikel 1.2 b i direktiv 2004/18.
15 — Artikel 1.2 d i direktiv 2004/18.
16 — Artikel 1.3 i direktiv 2004/18.

eller av dels en sådan rätt, dels betalning ” [17] och omfattas inte av direktivet. [18]

16. Direktiv 2004/18 ska inte tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom. [19]

17. I artikel 2 föreskrivs att upphandlande myndigheter vid tilldelning av kontrakt ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.

18. Artikel 6 avser konfidentialitet avseende tekniska hemligheter och affärshemligheter och andra konfidentiella aspekter i anbuden, och den upphandlande myndigheten får enligt denna bestämmelse inte offentliggöra uppgifter som lämnats in och förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna.

19. I artikel 24 föreskrivs att en upphandlande myndighet i meddelandet om upphandling ska ange huruvida den godkänner alternativa anbud eller inte och att den i förfrågningsunderlaget ska ange vilka minimikrav som gäller för alternativa anbud och eventuella särskilda villkor som gäller för redovisningen av anbuden. En upphandlande myndighet ska endast beakta de alternativa anbud som uppfyller de ställda minimikraven.

20. Artikel 30 avser fall som motiverar det förhandlade förfarandet med offentliggörande av meddelande om upphandling. I bestämmelsen anges det sätt på vilket ett sådant förhandlat förfarande ska äga rum.

21. Artikel 31.4 a avser fall som motiverar användning av det förhandlade förfarandet utan offentliggörande av meddelande om upphandling, särskilt när kompletterande byggentreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet är nödvändiga för att genomföra det förhandlade förfarandet.

22. Artikel 48.2 innehåller en förteckning över de bevis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet som får lämnas.

23. I artikel 53 föreskrivs att den upphandlande myndigheten vid tilldelning av offentliga kontrakt ska tillämpa de kriterier som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är de ekonomiskt mest fördelaktiga (som kan

17 — Artikel 1.4 i direktiv 2004/18.

18 — Artikel 17 i direktiv 2004/18. Artikel 17 gäller oberoende av artikel 3, som avser särskilda eller exklusiva rättigheter att utöva en offentlig tjänsteverksamhet. Artikel 3 är emellertid inte relevant i förevarande fall.

19 — Artikel 16 a i direktiv 2004/18.

omfatta olika kriterier som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga, bland annat miljöegenskaper, kvalitet, pris och kostnadseffektivitet) eller har det lägsta priset. I denna bestämmelse hänvisas även till den upphandlande myndighetens skyldighet att om möjligt ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning.

B — *Nationell rätt*

3. Statens lagstiftning

24. I Spanien omfattas offentlig upphandling av statens behörighet. Statens behörighet omfattar även expropriering och egendomsrätt. Å andra sidan faller planering och markanvändning under den regionala lagstiftarens befogenheter inom den ram som fastställs i författningen och statens lagstiftning. [20] LRAU och LUV antogs på grundval av den regionala behörigheten att reglera planering, användning och expropriering av mark.

20 — Artikel 148.1 i den spanska författningen från år 1978.

25. I den spanska författningen fastställs rätten till privat egendom och arv. Innehållet i dessa rättigheter begränsas emellertid av deras sociala funktion i enlighet med lag. [21] Enligt denna har var och en rätt till en lämplig bostad. Myndigheterna bidrar till att skapa de förutsättningar som krävs för att utöva denna rättighet genom lämplig lagstiftning om markanvändning i det allmännas intresse och för att förhindra spekulation. En värdeökning av marken till följd av stadsplaneringsåtgärder som vidtagits av myndigheterna ska komma samhället till godo. [22]

26. Den spanska statens lagstiftning om planering och markanvändning har genomgått ett antal ändringar efter antagandet av LRAU. De aktuella bestämmelserna har integrerats i TRLS. [23] Det kan vara lämpligt att redogöra för vissa grundläggande principer i denna lagstiftning, vilka också låg till grund för den tidigare lagstiftning som var tillämplig under det administrativa förfarandet.

27. Enligt TRLS är områdes- och stadsplanering icke-kommersiella offentliga tjänster som syftar till att reglera markanvändning i det allmännas intresse och fastställa

21 — Artikel 33 i den spanska författningen från år 1978.

22 — Artikel 47 i den spanska författningen från år 1978.

23 — Kungligt lagstiftningsdekret 2/2008 om godkännande av den konsoliderade versionen av plan- och bygglagen (Real Decreto Legislativo 2/2008 por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo, nedan kallad TRLS), BOE nr 154, av den 26 juni 2008.

de rättigheter och skyldigheter som följer av egendomsrätten med avseende på de mål som är kopplade till markanvändningen. Fastställandet av dessa mål för varje enskild fastighet ger enbart rätt till kompensation i de fall som uttryckligen föreskrivs i lag. Lagstiftningen om planering och markanvändning ska säkerställa att myndigheterna reglerar och kontrollerar expropriering av mark under olika skeden, från att marken tas i besittning till anläggning av infrastruktur och byggverksamhet samt till markanvändning av någon privat- eller offentligrättslig person. Dessutom måste det mervärde som uppkommer genom de åtgärder som myndigheterna vidtar komma samhället till godo. [24]

28. Privatpersoner, markägare och andra kan inom ramen för näringsfriheten utföra stadsplaneringsarbeten när dessa inte ska genomföras av behöriga myndigheter. Tillstånd för att utföra sådana arbeten måste beviljas i förfaranden om offentlig upphandling som möjliggör för det lokala samhället att på ett lämpligt sätt få del av det mervärde som uppkommer genom stadsplaneringsåtgärden. [25]

29. Åtgärder för främjande av stadsplanering kan kräva 1) överföring utan vederlag av områden som är reserverade för gator, grönområden och andra gemensamma områden samt inom vissa gränser områden som är reserverade för den lokala myndigheten för offentliga ändamål som motsvarar de byggmöjligheter som åtgärden innebär, 2) finansiering och utförande av samtliga arbeten avseende stadsplaneringen i enlighet med åtgärden och uppbyggnad av nödvändig infrastruktur samt 3) överföring av infrastrukturer och anläggningar till den behöriga myndigheten tillsammans med närliggande områden. [26]

– Regional lagstiftning

Definition av IHP

30. Enligt LRAU och LVS kan stadsplanering [27] inom den autonoma regionen Valencia äga rum enligt ordningen för isolerade

24 — Artikel 3 TRLS.

25 — Artikel 6 a TRLS.

26 — Artikel 16 TRLS.

27 — Denna omfattar en allmän plan för stadens markanvändning (Plan General de Predenación Urbana), i vilken hela det kommunala området delas in i tre kategorier av fastigheter: befintlig stadsmark, mark som ska exploateras i framtiden och mark som inte kan exploateras eller landsbygdsområden. Vid stadsplanering överförs mark från den andra kategorin till den första kategorin. Se Muñoz Gielen, D. och Korthals Altes, W., "Lessons from Valencia: Separating infrastructure provision from land ownership", *Town and Planning Review* 2007, volym. 78(1), sidorna 61 och 62. Stadsplanering (*urbanización*), omfattar planering, fastighetsreglering, tekniska arbeten och utbyggnad av infrastrukturer (Muñoz Gielen, D. och Korthals Altes, ovan s. 62).

handlingsåtgärder (Actuaciones Aisladas) (när det rör sig om en enda fastighet) eller ordningen för integrerade handlingsåtgärder (när det rör sig om två eller fler fastigheter där det finns ett behov av att ansluta den mark som kan exploateras till ett servicenätverk). [28]

31. Integrerade handlingsåtgärder är alltid offentliga [29] och kan utföras direkt eller indirekt. En lokal myndighet som önskar exploatera fastigheten i fråga genom det integrerade handlingsförfarandet kan välja mellan dessa två förfaranden. [30] Om den väljer det direkta förvaltningsförfarandet finansieras bygg- och anläggningsarbeten och investeringar med offentliga medel [31] och förvaltas av den upphandlande myndigheten. [32] Om den beslutar sig för det indirekta förvaltningsförfarandet väljer den lokala myndigheten ut en exploatör, och markägarna måste utge ersättning för exploateringskostnader till exploatören proportionellt till den mark som de överlämnat för projektet.

b) IHP-förfarandet

32. En möjlighet att genomföra en integrerad handlingsåtgärd är att inleda IHP-förfarandet. [33] Både när det gäller LRAU och LUV omfattar IHP-förfarandet fyra skeden: inledning, urval, fastighetsreglering och uppbyggande av infrastruktur. [34]

33. IHP-förfarandet kan inledas av den lokala myndigheten eller på begäran av en annan person oberoende av om denna äger den berörda fastigheten eller inte. [35] En detaljerad exploateringsplan måste godkännas av den lokala myndigheten. [36] Inom ramen för IHP sker ett slutgiltigt urval mellan de alternativ för markanvändning inom området som godkänts enligt den gällande planen.

34. Enligt LRAU ska IHP-förfarandet inledas när begäran om att offentliggöra ett tekniskt alternativ till IHP framställs. [37] Denna handling innehåller uppgifter om det område som ska exploateras och om de detalj- eller strukturplaner som ska genomföras inom ramen för IHP och omfattar ett förslag om markanvändning och dess integrering till närliggande områden. [38] Den lokala myndigheten kan antingen avslå begäran eller offentliggöra

28 — Artikel 6.2 LRAU och artiklarna 14 och 15.

29 — Artikel 7.2 LRAU samt artiklarna 3 LUV och 117.4 LUV.

30 — Artikel 7.2 LRAU och artikel 130.3 LUV.

31 — Även i det fallet har fastighetsägare ekonomiskt ansvar i form av särskilda exploateringsavgifter.

32 — Artikel 7 LRAU och artikel 117.4 LUV.

33 — Artikel 12 LRAU innehåller en förteckning över olika stadsplaner. IHP anges i denna förteckning i artikel 12 g LRAU.

34 — Muñoz Gielen och Korthals Altes (ovan fotnot 27), s. 67.

35 — Artikel 44 LRAU samt artiklarna 118 och 130 LUV.

36 — Artikel 29 LRAU och artikel 151 LUV.

37 — Artiklarna 45.1 och 32 LRAU.

38 — Artikel 125.2 LUV, som motsvarar artikel 32 LRAU. Artikel 126 LUV innehåller en förteckning över de uppgifter som måste anges i det tekniska anbudet.

uppgifterna i de regionala tidningarna, [39] och härvid framföra eller underlåta att framföra synpunkter. [40] Under det offentliga samrådet kan var och en inkomma med synpunkter eller lämna alternativa tekniska anbud. Vid denna tidpunkt kan även ekonomiska anbud lämnas. [41] I de finansiella anbuden fastställs de rättsliga, ekonomiska och finansiella villkoren i IHP. [42] Den lokala myndigheten godkänner sedan IHP genom att välja ut ett tekniskt anbud och ett finansiellt anbud (som inte nödvändigtvis måste ha lämnats av en och samma person). [43] I LRAU fastställs dessutom ett förenklat förfarande inom ramen för vilket det första tekniska anbud som lämnas av den som inlett IHP inte behöver godkännas av den lokala myndigheten. Det måste dock ha attesterats av en notarius publicus. [44]

35. Enligt LUV inleds IHP av en person som lämnat in en av de handlingar som anges i LUV. [45] Dessa handlingar ingår i förfrågningsunderlaget för tilldelningen av IHP [46] på grundval av vilket senare anbud bedöms. [47] När handlingarna lämnats in beslutar den upphandlande myndigheten huruvida den avser att tillämpa det direkta eller indirekta förvaltningsförfarandet. [48] Om det indirekta förvaltningsförfarandet väljs godkänns de specifikationer som anges i de handlingar som lämnats in [49] antingen implicit [50] eller explicit, och förfarandet för tilldelning av IHP börjar med offentliggörande av ett meddelande i EU:s officiella tidning och i regionala tidningar. [51] Om IHP medför en ändring i strukturplaneringen är den upphandlande myndighetens godkännande enbart giltigt om den regionala regeringen lämnar ett slutgiltigt godkännande. [52]

c) Syftet med IHP

36. Syftet med IHP är att fastställa omfattningen av den integrerade handlingsåtgärden genom att bestämma de bygg- och anläggningsarbeten som ska utföras, frister samt den tekniska och ekonomiska grunden för att genomföra åtgärden. [53] Syftet är att exploatera

39 — Allmänna informationsbladet och *Diario Oficial de la Generalidad Valenciana* (den autonoma regionen Valencias officiella tidning).

40 — Artikel 45.2 LRAU.

41 — Artikel 46 LRAU.

42 — Artikel 125.3 LUV, som motsvarar artikel 32 LRAU. En förteckning över komponenter som det tekniska anbudet måsta innehålla finns i artikel 127 LUV. I det finansiella anbudet fastställs till exempel exploateringskostnaderna, koefficienten för att utröna förhållandet mellan markarealen före exploatering och omfattningen av de byggnadsrätter som fastighetsägare kommer att erhålla samt de sätt på vilket IHP finansieras.

43 — Artikel 47.1 LRAU.

44 — Artikel 48 LRAU.

45 — Artikel 130 LUV. De handlingar som måste inlämnas anges i förteckningen i artikel 131.2 LUV.

46 — Artikel 131.2 LUV.

47 — Artikel 135 LUV.

48 — Artikel 130.3 LUV.

49 — Artikel 131.2 LUV.

50 — Genom tyst beslut. Artikel 130.5 LUV.

51 — Artikel 132.2 LUV.

52 — Artikel 137.5 LUV.

53 — Artikel 29.2 LRAU och artikel 117 LUV.

två eller fler tomter genom att omvandla dem till mark som kan bebyggas och ansluta dem till befintliga servicenätverk. [54]

37. Såväl enligt LRAU som enligt LUV *måste* följande mål uppnås genom IHP: [55]

— anslutning av nya (exploaterade) tomter till ett nätverk av infrastruktur, kommunikationer och befintliga serviceanläggningar,

— uppbyggnad av ny infrastruktur och offentliga platser,

— fullständig exploatering av området och utförande av nödvändiga, kompletterande offentliga bygg- och anläggningsarbeten,

— anskaffande av mark för IHP,

— tillerkännande av rätt till exploatering, och

— tilldelning av de medel som krävs för att genomföra IHP.

38. Utöver ovannämnda skyldigheter föreskrivs i den autonoma regionens lagstiftning att även följande *kan* uppnås genom ett IHP: [56]

— fördelar för den lokala myndigheten, [57]

— utförande av övriga bygg- och anläggningsarbeten, och

— uppförande av allmännyttiga bostäder.

d) Kompetensfördelning enligt IHP

39. Den lokala myndigheten kontrollerar och övervakar IHP-förfarandet. Vid indirekta förfaranden ansvarar den för valet av exploatör [58] och för att godkänna IHP [59] och föreslå ändringar om detta skulle vara nödvändigt. Efter att IHP avslutats övergår de bygg- och anläggningsarbeten som uppförts till den lokala myndigheten tre månader efter det att de formellt erbjudits den lokala förvaltningsmyndigheten utan att denna yttrat sig i detta avseende eller från och med den tidpunkt då de öppnas för allmänheten. [60] Efter

54 — Artikel 6.3 LRAU och artikel 14 LUV.

55 — Artikel 30 LRAU och artikel 124.1 LUV.

56 — Artikel 30.2 LRAU och artikel 124.2 LUV.

57 — Enligt Muñoz Gielen och Korthals Altes (ovan fotnot 27), s. 67, kan detta omfatta uppbyggnad av offentliga byggnader (till exempel simbassänger och sportanläggningar). Dessa kostnader kan inte innefattas i urbaniseringskostnader och de måste betalas ut från exploatörens vinstmarginal.

58 — Artikel 47 LRAU.

59 — Artikel 47 LRAU och artikel 137 LUV.

60 — Artikel 188.2 LUV.

övergången övergår underhållsskyldigheterna till den lokala förvaltningsmyndigheten. Den upphandlande myndigheten kan gå med på att erhålla ett penningbelopp i stället för fastigheten, motsvarande den exploateringsvinst på 10 procent som den har rätt till. [61]

40. Vid direkta förfaranden är den lokala myndigheten själv exploatör, men vid indirekta förfaranden väljs exploatören ut av den lokala myndigheten genom offentliga upphandlingsförfaranden. I det sistnämnda fallet definieras exploatören i den regionala lagstiftningen som en offentlig företrädare som är ansvarig för planeringen och genomförandet av IHP. [62]

41. Exploatören är ansvarig för framställandet av den tekniska dokumentation som krävs enligt förfrågningsunderlaget och utvecklingen och förvaltningen av omallokeringen av mark [63] samt för valet av den underleverantör som ska utföra bygg- och anläggningsarbetena. [64] Exploatören är enligt LUV skyldig att lägga ut de bygg- och anläggningsarbeten som omfattas av IHP-avtalen på underentreprenörer i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling såvida inte vissa tröskelvärden överskrids, det bara är en enda markägare som berörs eller, om flera markägare finns, samtliga enhälligt instämmer med exploatören att denna kan utföra bygg- och anläggningsarbetena själv. Som motprestation erhåller exploatören en del av den bebyggda marken och/eller kontantbetalning av markägarna. [65]

42. Fastighetsägaren kan välja mellan expropriering och deltagande i IHP. Om han väljer expropriering kommer han att erhålla ett penningbelopp som beräknas på grundval av det ursprungliga värdet av den berörda marken. [66] I en sådan situation är den lokala myndigheten ansvarig för exproprieringen och exploatören skyldig att betala ersättning. [67] Om fastighetsägaren väljer att delta i IHP är han skyldig att betala en del av exploateringskostnaderna antingen genom att överlåta en del av sin fastighet till exploatören eller genom att direkt betala en summa pengar till honom. [68] Som motprestation erhåller han mark som kan bebyggas.

61 — Artikel 23 LUV.

62 — Artikel 29.6 LRAU och artikel 119 LUV.

63 — I detta syfte delar exploatören i enlighet med LUV upp hela det område som ska exploateras och omfördelar det till markägarna och kommunen när bygg- och anläggningsarbetena har slutförts så att markägaren erhåller bebyggd mark i samma proportion (jämfört med andra markägare) som de bidragit till exploateringen genom överlåtelse av fastigheter eller genom överlåtelse av fastigheter och inbetalning av en summa pengar.

64 — Artikel 119 LUV.

65 — Artikel 71 LRAU.

66 — Artikel 29.9C LRAU. Artiklarna 28.2, 32 och 162.3 LUV.

67 — Muñoz Gielen och Korthals Altes (ovan fotnot 27), s. 68.

68 — Artikel 29.9B LRAU och artikel 162 LUV.

43. Fastighetsägaren är skyldig att betala följande kostnader i förhållande till den markareal han överlåtit inom ramen för projektet: [69]

— kostnader för exploateringsarbeten och ersättning för de investeringar som krävs för att uppnå målen med IHP,

— den vinst som exploatören erhåller genom IHP (begränsad till 10 procent enligt LUV men inte enligt LRAU), och

— tillhörande förvaltningskostnader.

II – Det administrativa förfarandet

44. Den 21 mars 2005 skickade kommissionen en formell underrättelse till Spanien i vilken den anförde att olika bestämmelser i LRAU avseende tilldelning av IHP stod i strid med direktiv 93/37. I sitt svar på underrättelsen bestred den spanska regeringen att IHP var ett offentligt avtal i den mening som avses i direktivet och hänvisade till förslaget att anta en ny lag, nämligen LUV.

45. Efter att skriftväxling hade ägt rum mellan kommissionen och de spanska myndigheterna, skickade kommissionen den 15 december 2005, då den inte fann Spaniens svar tillfredsställande, ett motiverat yttrande där Spanien uppmanades att vidta de åtgärder som krävdes inom en frist på tre veckor, det vill säga senast den 6 januari 2006, för att säkerställa att LRAU är förenlig med direktiv 93/37.

46. I det motiverade yttrandet anges att tilldelningen av IHP enligt LRAU står i strid med 1) direktiv 93/37, ”särskilt artiklarna 1 och 11–13 (i andra hand artiklarna 3 och 15), samt kapitel 2 i avdelning IV”, 2) direktiv 92/50, [70] ”särskilt artiklarna 1 och 15–19 och kapitel 2 i avdelning VI” samt 3) ”artiklarna 43–55 i fördraget och allmänna principer som domstolen fastställt”.

47. I sitt svar av den 26 januari 2006 meddelade Spanien att LUV, som trädde i kraft den 1 februari 2006, ersatte LRAU.

48. I anslutning till ytterligare en skriftväxling sände kommissionen den 10 april 2006 en kompletterande formell underrättelse avseende den pågående överträdelsen, detta på grund av att fristen för införlivande av direktiv 2004/18 hade löpt ut.

69 — Artikel 67 LRAU och artikel 168 LUV, exploateringsarbeten och andra nödvändiga bygg- och anläggningsarbeten, restaurering av byggnader, utarbetning och förvaltning av tekniska projekt, förvaltningskostnader, arvoden för tekniska rapporter m.m.

70 — Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

49. Kommissionen sände den 12 oktober 2006 ett kompletterande motiverat yttrande till Spanien, i vilket den angav att tilldelningen av IHP enligt 1) LUV stod i strid med direktiv 2004/18 och vissa allmänna unionsrättsliga principer som fastställs i EG-fördraget och enligt 2) LRAU (för perioden den 21 mars 2005–31 januari 2006) stod i strid med artiklarna 2, 6, 24, 30, 31.4 a, 36, 48.2 och 53 i direktiv 2004/18 och ”principen om likabehandling och icke-diskriminering som följer av EG-fördraget och domstolens rättspraxis, artiklarna 10 EG och 49 EG” och avdelning III som avser koncessioner avseende byggentreprenader.

50. Eftersom kommissionen inte ansåg att Spaniens svar på det motiverade yttrandet var tillfredsställande, väckte den förevarande talan och yrkade att domstolen skulle fastställa att Spanien 1) ”underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/37, särskilt artiklarna 1, 6.6, 11 och 12 samt kapitel 2 i avdelning IV i direktivet (artiklarna 24–29)”, genom att tilldela IHP enligt LRAU och 2) genom att tilldela IHP enligt LUV (som genomförts genom det regionala valencianska dekretet 67/2006 av den 12 maj 2006 om godkännande av förordningen om stads- och regionplanering) underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2, 6, 24, 30, 31.4a, 48.2 och 53.2 i direktiv 2004/18. [71]

III – Tvistens omfattning

51. Kommissionen har under det administrativa förfarandet och i sina skriftliga yttranden till domstolen tagit upp en rad frågor som går utöver fördragsbrottsförfarandet såsom detta definieras i ansökan. Det är därför viktigt att exakt fastställa föremålet för förevarande fördragsbrottsförfarande.

52. Även om kommissionen inte uttryckligen undantagit direkt genomförda IHP från ansökan ska förevarande fördragsbrottsförfarande tolkas på så sätt att det enbart omfattar indirekt genomförande av IHP, eftersom de invändningar som gjorts som avser det sätt på vilket exploatören valts logiskt sett enbart kan avse det indirekta

71 — Texten i dekret nr 67/2006 tycks inte återges i handlingarna.

genomförandeförfarandet.[72] Domstolen ska därför pröva huruvida denna situation omfattas av de aktuella direktiven och i förekommande fall pröva om den strider mot dessa.

53. Om tilldelningen av kontraktet till exploatören inte anses omfattas av de aktuella direktiven, ska domstolen enligt min mening inte pröva huruvida det indirekt genomförda IHP strider mot fördraget, eftersom kommissionen inte har yrkat att domstolen ska fastställa att IHP inte är förenligt med fördraget eller med vissa allmänna principer.[73] Kommissionen har i sitt motiverade yttrande anfört att IHP möjligen är oförenligt med fördraget och med de allmänna principer som följer av domstolens rättspraxis, men detta har inte åberopats vid domstolen.

54. Kommissionen får naturligtvis begränsa omfattningen av det förfarande som anhängiggjorts vid domstolen. När detta sker kan domstolen emellertid inte avgöra frågor som ligger utanför räckvidden av fördragsbrottsförfarandet såsom denna fastställts av kommissionen.[74] Domstolen måste beakta principen *ne eat iudex ultra petita partium* (domstolen får inte döma utöver vad som har yrkats av parterna). En noggrann läsning av kommissionens ansökan är särskilt viktig i förevarande fördragsbrottsförfarande, eftersom det administrativa förfarandet pågick relativt länge och var komplicerat, handlingarna i målet är omfattande och parternas argumentation omfattar fler frågor än vad som anges i ansökan.

55. Eftersom kommissionen enbart har tagit upp frågan huruvida LRAU är förenlig med direktiv 93/37 och LUV med direktiv 2004/18,[75] ligger det utanför domstolens lagliga kompetensområde (*ultra vires*) att i förevarande fördragsbrottsförfarande pröva huruvida LRAU är förenlig med direktiv 92/50 och med fördraget.

56. Det ska dessutom beaktas att formuleringen i det första yrkandet avseende LRAU och direktiv 93/37 är öppen, medan det andra yrkandet avseende LUV och direktiv 2004/18 innehåller en uttömmande uppräkning.

72 — Domstolen kan av formuleringen i ansökan dra slutsatsen att ett särskilt yrkande har framställts. Se dom av den 10 december 1957 i mål 8/56, ALMA mot Höga myndigheten (REG 1957, sidorna 99 och 100), och av den 1 juli 1964 i mål 80/63, Degreef mot kommissionen (REG 1964, s. 408).

73 — Dom av den 23 oktober 2007 i mål C-112/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-8995).

74 — Domstolen är bunden av det tvisteföremål som anges i yrkandet (dom av den 25 september 1979 i mål 232/78, kommissionen mot Frankrike, REG 1979, s. 2729, punkt 3, svensk specialutgåva, volym 4, s. 505), punkt 3. Domstolen måste kunna fastställa tvistemålet exakt på grundval av ansökan (dom av den 27 februari 1980 i mål 168/78, kommissionen mot Frankrike, REG 1980, s. 347, punkterna 17–25, svensk specialutgåva, volym 5, s. 1, och av den 28 januari 1986 i mål 270/83, kommissionen mot Frankrike, REG 1986, s. 273, punkterna 710, svensk specialutgåva, volym 8, s. 389).

75 — Ovan fotnot 70.

Domstolen kan således inom ramen för det andra yrkandet enbart pröva det påstådda fördragsbrottet i förhållande till de artiklar i direktiv 2004/18 som uttryckligen nämnts.

IV – Upptagande till sakprövning

57. Konungariket Spanien har gjort gällande att det första yrkandet inte kan tas upp till sakprövning, huvudsakligen av två skäl: 1) Kommissionen inledde fördragsbrottsförfarandet trots att den var medveten om att direktiv 93/37 snart skulle träda ur kraft och ersättas av direktiv 2004/18, som redan hade offentliggjorts vid den tidpunkt då den formella underrättelsen skickades. Eftersom den regionala lagen upphävdes två år innan talan väcktes, finns det inget berättigat intresse av att fullfölja prövningen. 2) Kommissionen hade mer än tio år på sig för att inleda fördragsbrottsförfarandet, och den beslutade sig för att göra detta kort innan direktiv 93/37 trädde ur kraft.

58. Dessa invändningar kan avvisas kort. Det framgår av fast rättspraxis att det inte krävs att kommissionen har ett specifikt intresse av att väcka en talan om fördragsbrott, och den kan väcka talan vid den tidpunkt som den anser vara lämplig. [76]

59. Det följer dessutom av fast rättspraxis att förekomsten av ett fördragsbrott ska bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angetts i det motiverade yttrandet. [77] I detta sammanhang kan vanligtvis lagar och andra föreskrifter som har antagits efter att den nämnda fristen har löpt ut inte beaktas.

60. Det är följaktligen med avseende på den lagstiftning som var i kraft den 6 januari 2006, den tidpunkt då den frist som angavs i det motiverade yttrandet av den 15 december 2005 löpte ut, som bedömningen av huruvida det påstådda fördragsbrott som avses med förevarande anmärkning förelåg ska göras. Vid denna tidpunkt var såväl LRAU som direktiv 93/37 i kraft även om de trädde ur kraft kort därefter. [78]

61. Konungariket Spanien har till sitt försvar emellertid anfört en annan intressant punkt, nämligen den ovanligt korta fristen på tre veckor som sträckte sig över jultiden, inom

76 — Dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-3609), punkt 29 och där angiven rättspraxis, och av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland (REG 2005, s. I-4713), punkt 16.

77 — Dom av den 10 april 2003 i mål C-114/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2003, s. I-3783), punkt 9, och av den 14 juli 2005 i mål C-433/03, kommissionen mot Tyskland (REG 2005, s. I-6985, punkt 32).

78 — Direktiv 2004/18 antogs den 31 mars 2004. Fristen för införlivande löpte ut den 31 januari 2006 och direktiv 93/37 upphävdes vid samma tidpunkt. LUV, som antogs av parlamentet i den autonoma regionen Valencia den 22 december 2005, trädde också i kraft den 31 januari 2006.

vilken den skulle svara på det första motiverade yttrandet. [79]

62. Den frist som kommissionen fastställer i sitt motiverade yttrande måste emellertid vara rimlig. [80] Rimligheten ska härvid bedömas med beaktande av samtliga omständigheter i det konkreta fallet. [81] Kortare frister kan ibland vara tillåtna när det krävs att åtgärder mot överträdelsen vidtas skyndsamt. Kommissionen har i förevarande fördragsbrottsförfarande inte fastställt att detta var nödvändigt.

63. Enligt min mening är treveckorsfristen [82] inte rimlig. Kommissionen kan inte ha förväntat sig att Spanien inom denna period skulle anpassa LRAU till direktiv 93/37 eller upphöra att tilldela nya IHP enligt LRAU, vilket skulle ha krävts för att efterfölja det motiverade yttrandet. Den enda rimliga förklaringen till att kommissionen fastställt en sådan kort frist för vidtagande av korrigerande åtgärder är att kommissionen hade kännedom om att såväl direktiv 93/37 som LUV skulle träda ut kraft inom kort och att de ville att dessa bestämmelser skulle omfattas av fördragsbrottsförfarandet.

64. Det följer av domstolens rättspraxis att mycket korta frister kan vara motiverade i särskilda situationer såsom när den berörda medlemsstaten har kännedom om kommissionens anmärkningar före förfarandet i fråga. [83] Vid förevarande fördragsbrottsförfarande hade Konungariket Spanien kännedom om kommissionens ståndpunkt under nästan nio månader, eftersom den formella underrättelsen skickades den 21 mars 2005.

65. Den korta fristen förefaller i alla händelser inte ha medfört några negativa följder för Konungariket Spanien. Medlemsstaten besvarade det motiverade yttrandet genom skrivelse av den 26 januari 2006 och kommissionen beaktade deras försvar trots att detta inkom efter utgången av den frist som angavs i det motiverade yttrandet. Konungariket Spanien hade också genom skrivelse av den 17 mars 2006 möjlighet att inkomma med kompletterande yttranden. Det följer av domstolens rättspraxis att talan kan tas upp till sakprövning i sådana fall där det inte finns några negativa följder trots att fristerna fastställts vara orimliga. [84]

79 — Enligt en kopia av LUV i handlingarna i målet skulle LUV träda i kraft den 12 januari 2006. Handlingarna i målet innehåller inga uppgifter om när och varför denna tidpunkt sköts upp till den 31 januari 2006.

80 — Dom av den 2 februari 1988 i mål 293/85, kommissionen mot Belgien (REG 1988, s. 305), punkt 14.

81 — Ibidem, punkt 14.

82 — Det är intressant att notera att det i kommissionens interna dokument "Manual of Procedures" fram till februari 2005 angavs att frister ska förlängas med en månad under semestertider, inklusive jul. Denna inofficiella bestämmelse ströks uppenbarligen från kommissionens nya interna dokument som antogs i februari 2005. Se Eberhard och Riedl i Mayer (utgivare), *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, artikel 226, punkterna 42 och 52.

83 — Domen i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 80), punkt 14.

84 — Dom av den 31 januari 1984 i mål 74/82, kommissionen mot Irland (REG 1984, s. 317), punkterna 12 och 13.

66. Förevarande talan kan därför tas upp till sakprövning i sin helhet.

V – Huruvida de aktuella direktiven om offentlig upphandling är tillämpliga på IHP

A – *Avtal om markanvändning och offentlig upphandling*

67. Före prövningen av den rättsliga kvalificeringen av IHP med avseende på direktiv 2004/18 ska det hänvisas till den specifika karaktären hos IHP som offentlig-privata partnerskap som syftar till att möjliggöra för offentliga organ att fullgöra sina skyldigheter på ett effektivt sätt. Detta sker genom att privat exploatering och skyldigheten att tillhandahålla infrastruktur inom ramen för denna verksamhet främjas. [85]

68. Markanvändning och stadsplanering omfattas huvudsakligen av medlemsstaternas behörighet. I medlemsstaterna är planering, markanvändning och stadsplanering huvudsakligen förbehållen den offentliga sektorn. Fastighetsägare, fastighetsinvesterare och byggföretag kan emellertid ofta ha ett intresse av att exploatera områden som inte varit föremål för ett detaljerat planeringsförfarande för att kunna nyttja potentiella byggrättigheter som är kopplade till marken. Detta kan även medföra fördelar för myndigheterna eftersom de inte behöver använda sina egna begränsade budget- och förvaltningsresurser. Denna situation har medfört en utveckling av olika former av samarbetsavtal (markanvändningsavtal) mellan den lokala regeringen och privata ekonomiska aktörer.

69. Syftet med markanvändningsavtal är att möjliggöra byggverksamhet på ett visst område. Inom ramen för ett sådant avtal ger de lokala myndigheterna garantier avseende utövandet av offentliga planeringsprivilegier (såsom garantier för att fastställa byggrättigheter på ett visst sätt) som motprestation till åtaganden av den ekonomiska aktören i fråga. Med andra ord sker utarbetandet av en detaljerad plan med ett visst innehåll vad gäller omfattningen, platsen och planerad

85 — Avseende frågan på vilket sätt privata initiativ kan bidra till att tillhandahålla offentliga tjänster på ett ur kostnadssynpunkt förmånligt sätt, se Bovis, C. *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, OUP, 2006 (omtryckt 2009), kapitel 10: ”Public Procurement and Public-Private Partnerships”. Avseende frågan huruvida privata initiativ bidragit till att övervinna stagnationen av exploatering i Valencia, se Muñoz Gielen och Korthals Altes (ovan fotnot 27).

användning av byggrättigheter som motprestation [86] för ett åtagande att finansiera och uppföra de strukturanläggningar som anges i den detaljerade planen och möjligen även de byggnader som krävs för offentliga ändamål, såsom allmännyttiga tjänster eller allmännyttiga bostäder.

70. IHP är ett exempel på markanvändningsavtal. Det problem som uppkommer här är emellertid att IHP grundar sig på att initiativ tas av en privatperson. [87] Syftet med LRAU och LUV har varit att övervinna stagnationen vad avser stadsplanering (och följaktligen stagnation vad avser uppförande av sådana offentliga strukturanläggningar som är kopplade till sådana projekt i Spanien) genom att lägga tyngdpunkten på privata initiativ i form av exploatörens verksamhet, som skiljer sig från såväl markägande som offentlig förvaltningsverksamhet. IHP utgör följaktligen huvudsakligen ett system för urval av ett alternativ för markexploatering [88] och för att låta det genomföras av en exploatör på ett så effektivt sätt som möjligt.

71. Såsom kommissionen har påpekat leder detta inom ramen för offentlig upphandling och framför allt i förhållande till utförande av byggentreprenader emellertid till att ett sådant system i sig är diskriminerande, eftersom privata investerare privilegieras i förhållande till senare deltagande anbudsgivare. [89]

72. Detta är skälet till att det är mycket svårt att placera IHP-systemet i bestämmelserna om offentlig upphandling.

73. Vid bedömningen av vilka fall som omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling har domstolen i sin rättspraxis hittills utgått från ett relativt extensivt synsätt till förmån för en tillämpning av bestämmelserna

86 — I flera rättssystem anses byggrättigheter emellertid inte utgöra rättigheter som uppkommer genom planeringsbeslut från myndigheter, utan som sakrätter som tillkommer fastighetsägare till oexploaterad mark och som redan existerar i någon form även om dessa rättigheter inte kan utövas före antagandet av en detaljerad plan. Detta förefaller även vara utgångspunkten i den spanska lagstiftningen (Muñoz Gielen och Korthals Altes, ovan fotnot 27, sidorna 61 och 62). Ofta förhåller det sig på det sättet att det möjliga innehållet i en detaljerad plan regleras i offentligrättsliga bestämmelser, vilket innebär att de lokala myndigheternas möjligheter att själva åta sig att anta en viss plan som motprestation för ett privat företags åtagande är begränsade genom lag.

87 — Även om ett IHP tekniskt sett kan inledas såväl av den lokala myndigheten som av en privatperson, var syftet med den modell som på 1990-talet genomfördes genom LRAU, enligt vilken exploatören har en central betydelse, att öka antalet privata initiativ vad avser stadsplanering. För närmare uppgifter i detta avseende, se Muñoz Gielen och Korthals Altes (ovan fotnot 27), s. 65.

88 — Konungariket Spanien har anfört att det vid urvalet av ett IHP-initiativ till exempel kan vara fråga om att välja mellan uppförandet av ett köpcentrum eller ett bostadsområde.

89 — Genom LUV infördes emellertid en åtskillnad mellan exploatören och byggentreprenören, eftersom exploatören, med vissa undantag, är skyldig att utse en byggentreprenör enligt EU-bestämmelserna om offentlig upphandling.

om offentlig upphandling. [90] Detta har gett upphov till en diskussion avseende frågan huruvida avtal om markanvändning ska eller bör klassificeras som offentliga kontrakt eller närmare bestämt som offentliga byggentreprenadkontrakt, eftersom de ofta direkt eller indirekt avser utförande av bygg- och anläggningsarbeten av exploatören eller fastighetsägaren. [91] Frågan huruvida det föreligger ett kontrakt med ekonomiska villkor har visat sig vara särskilt problematisk, det rör sig närmare bestämt om huruvida tillerkännandet av nya byggrättigheter av den myndigheten kan betraktas som ekonomisk motprestation för de infrastrukturanläggningar som exploatören är skyldig att upprätta för myndigheten. [92]

74. Domstolen valde nyligen i domen i målet Helmut Müller [93] emellertid att inte tillämpa den funktionella tolkning som kommissionen föreslog i det fallet, vilken möjligen hade medfört att de befogenheter och verksamheter som traditionellt sett är förbehållna lokala myndigheter inom området för planerings- och byggrätten i betydande omfattning hade underkastats bestämmelserna om byggentreprenader. Domstolen slog fast att bestämmelserna om offentlig upphandling har till syfte att tillämpa de unionsrättsliga bestämmelserna vid tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens regionala eller lokala myndigheters samt andra offentligrättsliga organs räkning. [94] En myndighets användning av sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering över stadsbebyggelsen, vilken avser ett allmänintresse, syftar inte i sig till att en avtalsprestation ska erhållas eller till att den upphandlande myndighetens direkta ekonomiska intresse ska tillgodoses, såsom krävs enligt direktiv 2004/18. [95]

75. Begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt är ett självständigt och objektivt begrepp i EU-rätten. [96] Jag anser att domstolen emellertid ska visa viss återhållsamhet om en extensiv tolkning av EU-rätten i praktiken leder till att ett nationellt instrument förlorar sitt existensberättigande eller en detaljerad unionsrättslig bestämmelse är tillämplig på en situation som inte har be-

90 — Dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl. (REG 2001, s. I-5409), och även dom av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien (REG 2008, s. I-619), punkterna 70–75, av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike (REG 2005, s. I-8831), punkterna 56–58, och av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux (REG 2007, s. I-385).

91 — Se avseende denna diskussion Hakkola, Esa: Hankintalainsäädäntö ja maankäyttösopimukset, ”Public procurement legislation and land-use agreements”, *Lakimies* 5/2007, sidorna 723–745, och Paradissis, J., ”Planning agreements and EC public procurement law”, *Journal of Planning & Environment Law*, 2003, sidorna 666–677.

92 — Hakkola, E. (ovan fotnot 91), s. 741, Paradissis (ovan fotnot 91), sidorna 669–672.

93 — Dom av den 25 mars 2010 i mål C-451/08, Helmut Müller (REG 2010, s. I-2673).

94 — Ibidem, punkt 46.

95 — Ibidem, punkt 57.

96 — Domstolen har tillämpat de aktuella direktiven om offentlig upphandling på olika byggnadsplaner när det har fastställts att de uppfyller de objektiva villkoren i direktivet (domarna i målen La Scala, Auroux, och kommissionen mot Frankrike, samtliga ovan fotnot 90). Domstolen har i tidigare rättspraxis fastställt att de mål som myndigheterna eftersträvar saknar relevans (domen i målet La Scala, ovan fotnot 90, och domen i målet kommissionen mot Italien, ovan fotnot 90, punkt 70) och i stället fokuserat på om kriterierna för ett offentligt kontrakt är uppfyllda.

aktats av gemenskapslagstiftaren under lagstiftningsförfarandet.

76. I förevarande fördragsbrottsförfarande skulle den praktiska följden av att klassificera IHP som ett offentligt byggentreprenadkontrakt bli att motverka privata initiativ inom området för planering och exploatering av mark, eftersom IHP i den mån som det anses omfattas av direktiven om offentlig upphandling inte är förenligt med det centrala syftet med offentlig upphandling, nämligen att säkerställa att samtliga anbudsgivare behandlas lika. Den enda möjligheten som kvarstår i planeringsrättsligt avseende är den klassiska modellen, enligt vilken myndigheterna ska utarbeta och anta samtliga dokument avseende planering och markanvändning samt direkt finansiera och organisera genomförandet av denna med medel ur den offentliga budgeten.

77. Vid bedömningen av huruvida förevarande mål rör frågor avseende offentlig upphandling, det vill säga vid bedömningen av huruvida bestämmelserna i fråga omfattas av de aktuella direktiven, ska domstolen säkerställa att innebörden av vissa kriterier i direktiven om offentlig upphandling inte tänjs enbart för att de aktuella avtalen ska kunna omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. En sådan lösning skulle utgöra en Prokrustessäng. [97]

B – *Villkoren för att tillämpa direktiven*

78. Det är ostridigt att de lokala myndigheter som tilldelar IHP i förevarande mål är upphandlande myndigheter, att exploatörerna är ekonomiska aktörer och att ett skriftligt kontrakt slutits mellan dessa i den mening som avses i direktiven 93/37 och 2004/18. Dessutom avser kommissionens förfarande enbart IHP med avseende på vilka värdet överstiger de tröskelvärden som anges i direktiven 93/37 och 2004/18.

79. Det är emellertid omtvistat huruvida kontraktet i fråga är ett kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i de relevanta direktiven.

1. Frågan huruvida den upphandlande myndigheten har slutit ett kontrakt med ekonomiska villkor

80. Domstolen har med avseende på syftet med direktiven om offentlig upphandling,

97 — I den grekiska mytologin var Procrustes en smed och bandit från Attika, som utövade fysiskt våld mot människor genom att sträcka dem eller hugga av deras ben så att de passade i en järnsäng.

nämligen att öppna marknaden för nationell offentlig upphandling för konkurrens och undvika att det skapas hinder för utövandet av grundläggande rättigheter som fastställts i fördraget, gjort en extensiv tolkning av begreppet ekonomiska villkor. [98]

81. Trots att begreppet ekonomiska villkor inte enbart omfattar pengar [99] uppkommer frågan huruvida den upphandlande myndigheten måste ha ekonomiska intressen eller om det räcker att någon, oavsett vem, har ett ekonomiskt intresse. Den sistnämnda tolkningen innebär att bestämmelser om offentliga byggentreprenadkontrakt också skulle vara tillämpliga när privatpersoner finansierar och genomför bygg- och anläggningsarbeten på sin egen fastighet i samförstånd med och med godkännande av den upphandlande myndigheten utan att själva ha motsvarande ekonomiska fördelar och utan att den upphandlande myndigheten haft några rättsliga skyldigheter med avseende på dess genomförande. [100]

82. I domen i målet La Scala fastställde domstolen att det i det fallet rörde sig om ett kontrakt med ekonomiska villkor trots att exploatören, som samtidigt var fastighetsägare, var skyldig att betala exploateringskostnaderna, eftersom den lokala myndigheten var skyldig att utföra de infrastrukturanläggningar som var nödvändiga.

83. Enligt min mening skiljer sig ovannämnda fall från förevarande fall. Genom att avstå från de exploateringsavgifter som normalt sett betalades i sådana fall uppkom en ekonomisk nackdel för den upphandlande myndigheten, vilket inte är fallet här.

84. I domen i målet Parking Brixen slog domstolen fast att den upphandlande myndigheten skulle betala en motprestation direkt till tjänsteleverantören för att det skulle vara fråga om ett offentligt tjänsteavtal. [101] Domstolen slog således fast att det vid den aktuella tjänsten (driften av en offentlig avgiftsbelagd parkeringsplats) inte rörde sig om ett offentligt tjänstekontrakt, eftersom ersättningen inte härrörde från den ifrågavarande offentliga myndigheten, utan från de avgifter som tredjeman betalade för användningen av den ifrågavarande parkeringsplatsen. [102]

98 — Skäl 2 i direktiv 2004/18. Generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Auroux m.fl. (ovan fotnot 90), punkt 57.

99 — Domstolens rättspraxis avseende begreppet ekonomiska villkor har hittills avsett detta.

100 — Det förhåller sig på det sättet vad gäller de fall som regleras i artikel 120.7 LUV, i vilken det föreskrivs ett undantag från skyldigheten att genomföra ett upphandlingsförfarande för att välja byggnadsentreprenör som ska utföra de byggnadsentreprenader som omfattas av IHP när marken enbart ägs av en enda person eller när det finns en enhällig överenskommelse mellan fastighetsägarna och exploatören.

101 — Dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 39.

102 — Ibidem, punkt 40.

85. I målet Helmut Müller slog generaladvokaten Mengozzi nyligen fast att tanken att det sker ett utbyte av prestationer mellan den upphandlande myndigheten, vilken betalar ett pris, och entreprenören, vilken ska utföra arbetena eller uppföra anläggningarna, ligger till grund för begreppet kontrakt med ekonomiska villkor. Det är enligt generaladvokaten således uppenbart att det offentliga kontraktet är av ömsesidigt bindande karaktär. [103]

86. Jag instämmer i denna uppfattning. För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndigheten har ekonomiska nackdelar antingen positivt i form av en betalningsskyldighet gentemot den ekonomiska aktören eller negativt i form av ett bortfall av inkomster eller medel som annars ska erläggas.

87. Enbart den omständigheten att den upphandlande myndigheten kan begära att tredje man ska betala för bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster kan inte räcka, i motsats till vad kommissionen har påstått, eftersom det inte finns något förhållande av ömsesidigt bindande karaktär som har karaktären av ett utbyte av prestationer med ett ekonomiskt värde mellan den upphandlande myndigheten och den ekonomiska aktör som utför aktuella bygg- och anläggningsarbeten eller tillhandahåller aktuella tjänster.

88. För detta talar även att ett av de syften som eftersträvas med direktiven om offentlig upphandling är att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids när upphandlande myndigheter lägger ut pengar på de offentliga marknaderna. [104] När den upphandlande myndigheten inte använder medel ur den offentliga budgeten finns det följaktligen inte någon risk för att konkurrensen snedvrids i den mening som avses i direktiven 93/37 och 2004/18. [105]

89. Kravet på ekonomiska villkor innebär följaktligen att den upphandlande myndigheten antingen direkt eller indirekt måste

103 — Generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande i målet Helmut Müller, ovan fotnot 93, punkt 77.

104 — Detta kan härledas ur det allmänna mål som anges i skäl 2 att hindra att konkurrensen snedvrids. Se även Bovis, ovan fotnot 85, sidorna 14–22.

105 — Denna situation är analog med de situationer där bestämmelserna i EU:s lagstiftning om statligt stöd inte är tillämpliga av det skälet att den fördel som de berörda nationella bestämmelserna medför finansieras genom privata medel och denna fördel därför inte belastar den offentliga budgeten. Se till exempel dom av den 17 mars 1993 i de förenade målen C-72/91 och C-73/91, Slomann Neptun (REG 1993, s. I-887; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-47), punkterna 19 och 21, och av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkterna 59–61.

använda egna medel.[106] En direkt finansiering föreligger när den upphandlande myndigheten använder medel ur den offentliga budgeten för att betala för aktuella bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster. En indirekt finansiering föreligger när ekonomiska nackdelar uppkommer för den upphandlande myndigheten till följd av det sätt på vilket bygg- och anläggningsarbetena eller tjänsterna finansieras.

90. I förevarande fördragsbrottsförfarande ska exploatören bära exploateringskostnaderna vid det indirekta IHP-förfarandet, men han kan av fastighetsägarna begära ersättning för dessa kostnader. Det är således fastighetsägarna som betalar för de bygg- och anläggningsarbeten som exploateringen kräver.

106 — I dom av den 18 november 2004 i mål C-126/03, kommissionen mot Tyskland (REG 2004, s. I-11197), punkt 20, slog domstolen fast att användningen av offentliga medel inte är avgörande för huruvida det är fråga om ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artiklarna 8 och 11 i direktiv 92/50 (ovan fotnot 70). I det fallet tilldelades den offentliga myndigheten staden München ett offentligt tjänstekontrakt från en annan upphandlande myndighet och frågan uppkom huruvida det var rättsenligt av staden att på förhand låta ett privat företag tillhandahålla en tjänst som grundade sig på ovannämnda tjänstekontrakt utan att genomföra ett upphandlingsförfarande enligt de aktuella direktiven. I det sammanhanget fanns det uppenbarligen ett ekonomiskt förhållande mellan staden och det privata företaget även om det finansierades genom stadens ”privata” intäkter, som denna erhöll genom det offentliga tjänstekontrakt som hade tilldelats den. Jag anser inte att domstolen härmed velat säga att begreppet ekonomiska villkor inte är den avgörande faktorn i ett offentligt kontrakt eller att ersättningen inte direkt eller indirekt måste härröra från den upphandlande myndighetens medel. Syftet med unionsbestämmelserna om offentlig upphandling är att skapa transparenta och icke-diskriminerande konkurrensvillkor för ekonomiska förhållanden mellan offentliga myndigheter och företag och inte att reglera ekonomiska förhållanden mellan företag som ingår avtal om tillhandahållande av varor och tjänster med varandra.

91. Eftersom kravet om ekonomiska villkor inte har uppfyllts i förevarande fördragsbrottsförfarande, kan direktiven 93/37 och 2004/18 enbart tillämpas på den regionala lagstiftningen om IHP kan betraktas som en byggkoncession, eftersom tjänstekoncessioner inte omfattas av ovannämnda direktiv.[107]

2. Huruvida det föreligger en byggkoncession

92. I förevarande fördragsbrottsförfarande har det omfattande diskuterats huruvida det främsta syftet med IHP är tillhandahållande av en tjänst eller utförande av bygg- och anläggningsarbeten, eftersom det är ostridigt

107 — Direktiv 93/37 är enbart tillämpligt på byggentreprenader, och enligt artikel 17 i direktiv 2014/18 är det direktivet inte tillämpligt på tjänster. Artikel 17 gäller oberoende av artikel 3 i direktiv 2004/18, men denna artikel saknar relevans i förevarande fall.

att de båda komponenterna föreligger.[108] Denna fråga behöver emellertid inte prövas, eftersom det enligt min mening inte föreligger någon byggkoncession i förevarande fall och fördragsbrottsförfarandet inte avser tjänstekoncessioner.

93. En byggkoncession är ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning.[109] I förevarande fall har exploatören (som i detta fall är koncessionshavaren) inte rätt att nyttja färdiga bygg- och anläggningsarbeten.

94. Vid IHP övergår äganderätten till samliga bygg- och anläggningsarbeten som definieras i avtalet (det vill säga anläggningen av vägar och trottoarer, parkeringsplatser, vägskyltar, nätverk för vatten-, gas- och elförsörjning, avledning av avloppsvatten samt av grönområden inklusive parker och träd) till den upphandlande myndigheten efter slutförandet.[110] De kan som sådana nyttjas gratis (gator, parker och allmänna byggnader) eller mot betalning som fastställs av den upphandlande myndigheten eller det organ som har anförtrotts uppgiften att förvalta och underhålla anläggningarna. Exploatörerna har inte någon rätt att nyttja dessa bygg- och anläggningsarbeten, eftersom de i sådana fall inte har möjlighet att begära betalning från den

108 — I förevarande fall beror svaret på frågan avseende kontraktets främsta syfte på om tyngdpunkten läggs på strukturen av exploateringskostnaderna eller på den exploateringsvinst som uppkommer genom IHP. Av de utspridda uppgifterna i handlingarna i målet framgår att komponenterna för byggentreprenader är betydlig större än tjänstekomponenterna inom ramen för exploateringskostnaderna. Konungariket Spanien har emellertid betonat IHP:s tjänstekaraktär avseende investeringar i fast egendom och har i detta avseende hänvisat till att byggentreprenader enbart är av underordnad betydelse i förhållande till det överordnade mål som eftersträvas med IHP, nämligen att skapa byggtomter som kan exploateras för privat byggverksamhet. Ur ekonomisk synvinkel är syftet med IHP att skapa ekonomiska möjligheter för fastighetsägare vars värde överstiger kostnaderna för byggentreprenaden och övriga exploateringskostnader samt ersättning till exploatören. Vid de två IHP som påtalas i Muñoz Gielen och Korthals Altes (ovan fotnot 27), s. 69, uppgick exploateringskostnaderna per kvadratmeter byggrättigheter till 89 euro och 54 euro, och marknadspriset för exploaterad mark per kvadratmeter byggrättigheter var 512 euro och cirka 500 euro. Detta kan tala för att det ekonomiska och rättsliga syftet med IHP är tillhandahållande av tjänster av exploatören till fastighetsägare och inte utförande av byggentreprenader för den upphandlande myndigheten.

109 — Artikel 1.3 i direktiv 2004/18 och artikel 1 d i direktiv 93/37.

110 — Enligt artikel 16 TRLS är fastighetsägare skyldiga att till de behöriga myndigheterna överlåta den mark som krävs för vägar, grönområden och andra offentliga områden och dessutom mellan 5 och 15 procent av deras mark för allmänna ändamål. Denna artikel införlivades genom artikel 23 LUV, i vilken regleras fastighetsägarnas skyldighet att utan vederlag överlåta mark för allmänna ändamål inom ramen för en exploatering. (Det bör erinras om att de tomter som fastighetsägare erhåller inte nödvändigtvis befinner sig på den fastighet som de ägde före IHP. Enligt artikel 180.2 LUV omfattar omfördelning (*reparcelacion forzosa)* överlåtelse av detta område till den berörda lokala myndigheten. I artikel 188.2 LUV regleras den tidpunkt vid vilken stadsplaneringsarbetena anses ha överförts till förvaltningen och den tidpunkt vid vilken skyldigheten att underhålla dem upphör. Av vad som anförts ovan framgår att IHP inte skulle omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 om de klassificerades som offentliga tjänstekontrakt, eftersom de avser förvärv av mark och annan fast egendom.

som nyttjar anläggningen. De erhåller i stället ersättning i kontanter eller i form av tomter från fastighetsägarna. Erhållande av tomter kan emellertid inte betecknas som nyttjande av bygg- och anläggningsarbeten, eftersom de bygg- och anläggningsarbeten som definieras i IHP består av såväl uppbyggnaden av infrastrukturer som nödvändiga anslutningar till befintliga nätverk. Dessa tomter ägs av exploatören. [111] Han kan naturligtvis nyttja dem, men han gör detta i egenskap av ägare och inte i egenskap av koncessionsinnehavare.

95. Det föreligger därför ingen rätt att nyttja de bygg- och anläggningsarbeten som gjorts till följd av IHP, och kontraktet kan således inte utgöra en koncession avseende byggentreprenader även om det främsta syftet med kontraktet fastställts utgöra utförande av bygg- och anläggningsarbeten.

96. Om det främsta syftet med IHP klassificeras som tillhandahållande av en tjänst uppkommer frågan huruvida exploatören har rätt att nyttja sin egen tjänst. [112] Svaret på denna fråga saknar emellertid betydelse för utgången i förevarande fördragsbrottsförfarande, eftersom de tillämpliga direktivsbestämmelser som kommissionen nämnt i ansökan inte skulle vara tillämpliga om en tjänstekoncession antogs föreligga.

97. Även om det emellertid antas att äganderätten till den fastighet som exploatören erhåller ska betraktas som ett tillerkännande av en nyttjanderätt (vilket inte stämmer enligt min uppfattning), tillerkänns denna rättighet för en obegränsad tid, och denna tolkning är således inte förenlig med den definition av begreppet koncession som domstolen fastställt i domarna i målen Helmut Müller och pressetext. [113]

98. Direktiven 93/37 och 2004/18 är således inte tillämpliga på omständigheterna i förevarande mål, och kommissionens talan ska därmed ogillas.

111 — Enligt artikel 11 LUV är stadstomter *(solares)* tomter som åtminstone har exploaterats enligt följande: i) tillgång från en eller flera allmänna vägar, ii) dricksvattens- och elektricitetsförsörjning i en omfattning som räcker för att möta den förväntade efterfrågan, iii) avloppsnät och iv) tillgång för fotgängare via belagda och belysta gator. Mark för bebyggelse måste dessutom ha anslutits till allmännyttiga tjänster i omgivningen genom den infrastruktur som krävs.

112 — Spanien har gjort gällande att IHP ska klassificeras som en tjänstekoncession när exploatören ges rätt att tillhandahålla och nyttja en offentlig tjänst.

113 — Domstolen har slagit fast att tilldelningen av en koncession för en obegränsad tid på lång sikt kan hämma konkurrensen och således inte är förenlig med huvudsyftet med bestämmelserna om offentlig upphandling. Se dom av den 19 juni 2008 i mål C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur (REG 2008, s. I-4401), punkt 74, och domen i målet Helmut Müller (ovan fotnot 93), punkt 79.

VI – Förslag till avgörande

99. Jag föreslår att domstolen ogillar talan och förpliktar kommissionen att bära rättegångskostnaderna.