FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT
fremsat den 15. juni 2006 [1]

I — Indledning

1. I den foreliggende sag har en fransk retsinstans, tribunal administratif de Lyon [2], stillet Domstolen flere spørgsmål om fortolkning af europæisk udbudsret. Disse spørgsmål er opstået i forbindelse med en retstvist om et fritidscenter i den franske by Roanne, som et halvoffentligt byudviklingsselskab fik overdraget at projektere at planlægge og opføre, uden at der var afholdt udbud forinden. Projektet er navnlig kendetegnet ved, at kun enkelte dele af det planlagte fritidscenter efter opførelsen skulle tilfalde byen selv, hvorimod byudviklingsselskabet skulle sælge andre dele direkte til tredjeparter; byen skulle dog være med til at finansiere dem og overtage de dele, der ikke var blevet solgt ved projektets afslutning samt i sidste ende bære risikoen for tab.

2. På baggrund heraf ønsker den forelæggende ret for det første oplyst, hvilke bestemmelser i europæisk udbudsret der overhovedet kan anvendes på et sådant projekt, og især hvorledes udtrykket »offentlig bygge- og anlægskontrakt« skal fortolkes. Spørgsmålet er desuden, om der ved fastlæggelsen af kontraktens værdi skal tages hensyn til projektets samlede omfang, eller om der ved beregningen heraf udelukkende skal medregnes den pris, som den ordregivende myndighed skal betale for de dele af anlægget, der er tiltænkt denne, i givet fald med tillæg af det samlede finansieringsbeløb, myndigheden overtager. Endelig skal det afklares, om det kan undlades at gennemføre en udbudsprocedure, hvis den omhandlede kontrakt i henhold til national ret under alle omstændigheder kun kan indgås med bestemte juridiske personer, og disse på deres side skulle gennemføre udbudsprocedurer ved indgåelse af eventuelle påfølgende kontrakter.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Lyons forvaltningsdomstol, herefter også »den forelæggende ret«.

II — Retsregler

A — *Fællesskabsret*

3. Artikel 1 i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter[3] (herefter »direktiv 93/37«) bestemmer bl.a. følgende:

»I dette direktiv forstås ved:

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

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

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

— der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter

og

— som er en juridisk person

og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kon-

3 — EFT L 199, s. 54. Dette direktiv blev ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 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«). Denne ændring gjaldt imidlertid først med virkning fra den 31.1.2006 og har derfor ikke betydning for de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

trol, eller hvortil staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet

[...]

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

[...]«

4. Artikel 6 i direktiv 93/37, som ændret ved direktiv 97/52 [4], bestemmer følgende:

»1. Dette direktiv finder anvendelse

a) på offentlige bygge- og anlægskontrakter, såfremt den anslåede værdi eksklusive moms andrager mindst modværdien i ecu af 5 000 000 særlige trækningsrettigheder (SDR)

[...]

3. Er bygge- og anlægsarbejdet opdelt i flere delarbejder, for hvilke der indgås særskilte kontrakter, tages værdien af hvert delarbejde i betragtning ved beregningen af det i stk. 1 omhandlede beløb. Er delarbejdernes samlede værdi lig med eller større end det i stk. 1 omhandlede beløb, finder dette stykke anvendelse på alle delarbejderne. De ordregivende myndigheder kan undlade at anvende stk. 1 på delarbejder, hvis anslåede værdi uden moms er under 1 000 000 ECU, forudsat at den samlede værdi af disse delarbejder ikke overstiger 20% af arbejdets samlede værdi.

4. Intet bygge- og anlægsarbejde og ingen kontrakt må opdeles med henblik på at undgå, at arbejdet eller kontrakten omfattes af dette direktiv.

5. Ved beregningen af det beløb, som omhandles i stk. 1 og i artikel 7, skal foruden bygge- og anlægskontraktens værdi tages hensyn til den anslåede værdi af de til arbejdets udførelse nødvendige materialer,

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter, EFT L 328, s. 1.

som stilles til entreprenørens rådighed af de ordregivende myndigheder.

6. De ordregivende myndigheder påser, at de enkelte entreprenører ikke udsættes for forskelsbehandling.«

5. I den periode, der er relevant i det foreliggende tilfælde, var modværdien af tærskelbeløbet på 5 000 000 SDR 6 242 028 EUR [5].

B — *National ret*

6. I den affattelse, der gjaldt på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen [6], bestemte artikel L. 300-4 i den franske code de l'urbanisme [7] (herefter »den gamle artikel L. 300-4 i code de l'urbanisme«) følgende:

»Staten, de lokale myndigheder eller deres offentlige organer kan overlade undersøgelsen og udførelsen af de planlægningsforanstaltninger, der er omhandlet i nærværende lov, til alle offentlige eller private retssubjekter, der er egnet hertil.

Hvis aftalen indgås med et offentligt organ, et lokalt halvoffentligt selskab som omhandlet i lov nr. 83-597 af 7. juli 1983 eller et halvoffentligt selskab, i hvilket en eller flere af de offentlige retssubjekter stat, regioner, departementer, kommuner eller kommunefællesskaber ejer over halvdelen af kapitalen, kan aftalen indgås i form af en offentlig kontrakt vedrørende regional planlægning. I dette tilfælde kan det overlades til det medkontraherende organ at stå for de erhvervelser gennem ekspropriation eller forkøb og gennemføre alle planlægnings- og byggemodningsforanstaltninger og -handlinger, der udgør en del af det overordnede projekt, der er genstand for den offentligretlige planlægningsaftale.

Det kan overlades til ovennævnte organer at foretage de indledende undersøgelser, der kræves for at fastlægge projektets karakteristika; dette sker da inden for rammerne af en bemyndigelseskontrakt, der berettiger dem til på myndighedens eller myndighedsfællesskabets vegne og for denne eller dettes regning at indgå kontrakter om undersøgelser.

[...]«

5 — Jf. offentliggørelsen af modværdier af tærskelbeløbene i direktiverne om offentlige indkøb gældende fra den 1.1.2002, Kommissionens meddelelse, EFT 2001 C 332, s. 21, nr. 2, tredje spalte.

6 — Denne affattelse bygger på lov nr. 2000-1208 af 13.12.2000, JORF af 14.12.2000.

7 — Byplanlægningslov.

7. Efter at Kommissionen havde anlagt traktatbrudssag mod Frankrig, blev artikel L. 300-4 i code de l'urbanisme ændret ved lov nr. 2005-809 [8] og affattet således:

»Staten og de lokale myndigheder samt deres offentlige organer kan overlade udførelsen af de planlægningsforanstaltninger, der er omhandlet i nærværende lov, til alle retssubjekter, der er egnet hertil.

Tildeling af planlægningskoncessioner foretages af koncessionsgiver inden for rammerne af en offentliggørelsesprocedure, der giver mulighed for at afgive flere konkurrerende tilbud, på de betingelser, der er opstillet ved dekret fra Conseil d'État.

Koncessionshaveren sikrer kontrollen med de arbejder og byggemodningsforanstaltninger, der udgør en del af koncessionsprojektet, og gennemførelsen af de undersøgelser og alle de opgaver, der er nødvendige for at udføre projektet. Koncessionsgiveren kan pålægge koncessionshaveren at stå for erhvervelse af det, der er nødvendigt for at udføre projektet, i givet fald også gennem ekspropriation eller forkøb. Koncessionshaveren gennemfører salg, udlejning eller overladelse af brugsret til fast ejendom, som ligger på det område, der er omfattet af koncessionen.«

8 — Lov af 20.7.2005, JORF af 21.7.2005.

8. Desuden bestemmer artikel 11 i lov nr. 2005-809 følgende:

»Med forbehold af retskraftige domstolsafgørelser, der anfægtes med den begrundelse, at det organ, som planlægningen overlades til, ikke er udpeget efter en offentliggørelsesprocedure, der har givet mulighed for at afgive flere konkurrerende tilbud, erklæres følgende for gyldigt:

1. De planlægningskoncessioner, de offentligretlige planlægningsaftaler og de planlægningsaftaler, der er undertegnet inden offentliggørelsen af nærværende lov

[...]«

III — Faktiske omstændigheder og hovedsagen

9. I 2002 besluttede den franske by Roanne at opføre et fritidscenter som byudviklingsforanstaltning. I første byggefase skulle projektet navnlig omfatte en såkaldt »multibiograf«; desuden var det planlagt at opføre

forretningslokaler, en offentlig parkeringsplads med ca. 320 båse, adgangsveje og offentlige pladser. En senere byggefase skulle omfatte opførelse af yderligere forretningslokaler og et hotel.

10. Udførelsen af projektet blev overladt til et halvoffentligt byudviklingsselskab, Société d'équipement du département de la Loire (SEDL). Med henblik herpå indgik byen Roanne den 25. november 2002 en offentligretlig planlægningsaftale [9] med SEDL, som Roannes kommunalbestyrelse ved beslutning af 28. oktober 2002 forinden havde bemyndiget borgmesteren til at underskrive.

11. Ved denne aftale blev det bl.a. overdraget SEDL at erhverve grundstykker, søge finansielle midler, fremlægge bestemte regnskabsdokumenter, lade undersøgelser foretage, afholde udvælgelsesprøve for ingeniører, lade bygge- og anlægsarbejderne udføre og sikre koordination af projektet samt at holde kommunalbestyrelsen i Roanne ajour.

12. I henhold til den indgåede aftale skulle den offentlige parkeringsplads, der skulle anlægges til byens fritidscenter, adgangsvejene samt de offentlige pladser, indgå i byen Roannes formue. De andre planlagte anlæg skulle derimod sælges til tredjeparter, og det ansloges, at SEDL som ansvarlig for projektet ville kunne opnå i alt 8 099 000 EUR ved salg.

13. Hvad angår den offentlige parkeringsplads bestemte aftalen, at byen Roanne skulle betale et vederlag på 2 925 000 EUR til SEDL. Byen skulle desuden bidrage med kapital til finansieringen af alle de anlæg, der skulle opføres, idet den skulle deltage med 2 443 103 EUR for den første byggefase og 3 034 341 EUR for hele entreprisen [10]. Desuden skulle byen Roanne ved projektets afslutning automatisk blive ejer af de områder og anlæg, som SEDL på det tidspunkt endnu ikke måtte have solgt til tredjeparter; byen skulle fra det tidspunkt sikre, at de igangværende kontrakter blev udført, og overtage de gældsforpligtelser, som SEDL havde indgået indtil da. Byen Roanne har desuden udtrykkeligt påtaget sig hele risikoen for tab ved projektet [11].

14. Der fandt ikke nogen offentlig bekendtgørelse eller udbudsprocedure sted forud for indgåelsen af den offentligretlige planlægningsaftale med SEDL.

9 — Convention publique d'aménagement.

10 — I et bilag til den offentligretlige planlægningsaftale, som den franske regering har fremlagt for Domstolen, anslås der desuden et beløb på 210 000 EUR, der skal betales af de øvrige deltagere (såkaldte »partenaires du pôle d'échanges«).

11 — Det anføres således i artikel 25-1 i den offentligeretlige planlægningsaftale, at: »[...] le risque financier de l'opération est à la charge de la Collectivité Publique Cocontractante [...]«.

15. Sagsøgerne i hovedsagen er medlemmer af oppositionen i Roannes kommunalbestyrelse. De har for Tribunal administratif Lyon anmodet om annullation af kommunalbestyrelsens beslutning af 28. oktober 2002 og bl.a. gjort gældende, at de europæiske udbudsregler er blevet tilsidesat. Efter deres opfattelse skulle der være gennemført en udbudsprocedure som omhandlet i direktiv 93/37.

IV — Anmodning om præjudiciel afgørelse og sagsforløb for Domstolen

16. Ved dom af 1. april 2004 har Tribunal administratif Lyon udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Foreligger der en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1 i direktiv 93/37, som ændret, såfremt en ordregivende myndighed overdrager en anden ordregivende myndighed at gennemføre en planlægningsforanstaltning af almen interesse, hvorved denne anden ordregivende myndighed skal overdrage de arbejder til den første myndighed, der er beregnet til at opfylde dennes behov, og hvorved den første myndighed ved kontraktens udløb automatisk bliver ejer af områder og anlæg, som ikke er blevet overdraget til tredjemand?

2) Hvis spørgsmål 1) besvares bekræftende, skal man da ved vurderingen af ovennævnte tærskel på 5 000 000 særlige trækningsrettigheder, der er fastsat i artikel 6 i samme direktiv, alene tage hensyn til den pris, der betales som modydelse for overdragelsen af anlæggene til den ordregivende myndighed, eller til summen af denne pris og de betalte finansierende bidrag, selv om disse kun delvis kan henregnes til udførelsen af disse arbejder, eller endelig, til hele beløbet for arbejderne, idet de arbejder, der ikke er overdraget ved udløbet af kontrakten, automatisk tilhører den ordregivende myndighed, og denne fortsætter de igangværende kontrakter og overtager de gældsforpligtelser, der er indgået af den anden ordregivende myndighed?

3) Hvis spørgsmål 1 og 2 besvares bekræftende, er den første ordregivende myndighed ved indgåelsen af en sådan kontrakt da fritaget for at anvende de i samme direktiv fastsatte fremgangsmåder for indgåelse af kontrakter med den begrundelse, at denne aftale kun kan indgås med visse juridiske personer, og at disse fremgangsmåder vil blive anvendt af den anden ordregivende myndighed ved indgåelsen af dens bygge- og anlægskontrakter?«

17. Ud over byen Roanne som sagsøgte i hovedsagen har den franske regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber afgivet skriftlige og mundtlige indlæg. Der er desuden afgivet skriftlige indlæg af den litauiske, den østrigske og den polske regering. Sagsøgerne i hovedsagen har ikke afgivet deres skriftlige indlæg inden for fristen, men de har afgivet mundtlige indlæg for Domstolen.

V — Stillingtagen

A — *Formaliteten*

18. Byen Roanne og den franske regering har ytret tvivl om, hvorvidt anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

19. Byen Roanne har indledningsvis gjort gældende, at de præjudicielle spørgsmål ikke er relevante for afgørelsen af sagen, da den franske lovgiver efterfølgende udtrykkelig har erklæret offentligretlige planlægningsaftaler som den, der er omtvistet her, for gyldige (såkaldt »validation législative«). Der kan derfor ikke længere sættes spørgsmålstegn ved aftalens gyldighed med den begrundelse, at der ikke er gennemført en udbudsprocedure.

20. Ifølge fast retspraksis tilkommer det udelukkende den nationale retsinstans på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Domstolen kan således kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national retsinstans, når det *klart* fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller når problemet er af generel eller hypotetisk karakter, og Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [12]. Bortset fra disse tilfælde er Domstolen principielt forpligtet til at træffe en afgørelse om præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af en bestemmelse i Fællesskabsretten [13].

21. I det foreliggende tilfælde fremgår det på ingen måde *klart*, at de spørgsmål, som tribunal administratif Lyon har stillet vedrø-

12 — Jf. blot dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59-61, af 18.11.2003, sag C-216/01, Budéjovický Budvar, Sml. I, s. 13617, præmis 47, af 7.6.2005, sag C-17/03, VEMW m.fl., Sml. I, s. 4983, præmis 34, og af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 24.

13 — Bosman-dommen, præmis 59, Budéjovický Budvar-dommen, præmis 47, og IATA og ELFAA, dommen, præmis 24 (alle nævnt i fodnote 12).

rende fortolkningen af direktiv 93/37, ikke har betydning for løsningen af hovedsagen.

22. Det er ganske vist rigtigt, at artikel 11 i lov nr. 2005-809 efterfølgende erklærer bestemte offentligretlige planlægningsaftaler for gyldige, selv hvis de er indgået uden en eventuelt påkrævet udbudsprocedure.

23. Genstanden for hovedsagen er imidlertid ikke spørgsmålet, om den *aftale*, der er indgået mellem byen Roanne og SEDL, er gyldig, men derimod, om den *kommunalbestyrelsesbeslutning*, hvorved borgmesteren i Roanne på forhånd blev bemyndiget til at underskrive denne aftale, er gyldig. Der er altså i det væsentlige tale om en intern retstvist i kommunen, hvor det i første række er spørgsmålet om kompetencen hos byen Roannes organer, der skal undersøges [14]. Det kan meget vel have betydning for afgørelsen af denne retstvist, hvilke europæiske udbudsregler der skulle være overholdt, selv hvis den aftale, der er indgået med SEDL, skulle vise sig at være gyldig i forholdet udadtil. Det virker i hvert fald ikke på forhånd udelukket, at det også kan komme i betragtning at annullere en kommunalbestyrelsesbeslutning, selv hvis en offentligretlig planlægningsaftale, der er indgået med et byudviklingsselskab på grundlag af denne beslutning, som sådan ikke kan anfægtes for en retsinstans. I øvrigt tilkommer det udelukkende de nationale retsinstanser at prøve, om en eventuel ugyldig kommunalbestyrelsesbeslutning har betydning for gyldigheden af aftalen mellem byen Roanne og SEDL.

24. Byen Roannes indvending om, at de præjudicielle spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, kan derfor ikke tages til følge.

25. Efter den franske regerings opfattelse er de præjudicielle spørgsmål desuden ikke relevante for afgørelsen af sagen, da de vedrører en offentligretlig planlægningsaftale. Et kommunalt fritidscenter som det, hovedsagen vedrører, er i virkeligheden slet ikke nogen planlægningsforanstaltning. De spørgsmål, der er stillet Domstolen, er således af ren hypotetisk art.

26. Denne indvending er heller ikke overbevisende. Det spiller nemlig ingen rolle,

14 — Da der således slet ikke skal tages stilling til, om den offentligretlige planlægningsaftale i hovedsagen er gyldig, skal Domstolen heller ikke afgøre, om artikel 11 i lov nr. 2005-809 *ikke må anvendes* i tilfælde af, at bestemmelsen strider mod fællesskabsretten (jf. om de nationale retsinstansers forpligtelse til at undlade at anvende bestemmelser, der strider mod fællesskabsretten, fast retspraksis siden dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 21 og 24, senest bekræftet i dom af 3.5.2005, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. I, s. 3565, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis).

hvorledes den aftale, der blev indgået med SEDL, skulle kvalificeres i henhold til national ret, og om byen Roanne samt den forelæggende ret med rette eller urette har lagt til grund, at der er tale om en offentligretlig planlægningsaftale [15]. For i sager i henhold til artikel 234 EF har Domstolen kun kompetence til at fortolke fællesskabsretten; det tilkommer den derimod ikke at fortolke nationale regler eller vurdere, om den fortolkning heraf, som den forelæggende ret har anlagt, er korrekt [16]. Domstolen skal således tage hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder, som ifølge forelæggelseskendelsen er baggrunden for de præjudicielle spørgsmål [17].

27. Men selv hvis aftalen mellem byen Roanne og SEDL i virkeligheden ikke skal kvalificeres som en offentligretlig planlægningsaftale, råder Domstolen i det foreliggende tilfælde over tilstrækkelige oplysninger om de faktiske og retlige omstændigheder i hovedsagen til at give den forelæggende ret en hensigtsmæssig besvarelse af de spørgsmål, den har stillet vedrørende fortolkningen af direktiv 93/37. Som anført ovenfor er disse spørgsmål også relevante i en konkret retstvist om, hvorvidt en beslutning fra Roannes kommunalbestyrelse er gyldig, og de kan derfor på ingen måde anses for at være af hypotetisk art.

28. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse skal derfor antages til realitetsbehandling.

B — *Realiteten*

1. Første spørgsmål: udtrykket »offentlig bygge- og anlægskontrakt«

29. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om der foreligger en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1 i direktiv 93/37, såfremt en ordregivende myndighed overdrager en anden ordregivende myndighed den byudviklingsforanstaltning at projektere og opføre et fritidscenter, hvoraf kun visse dele efter opførelsen skal tilfalde den første ordregivende myndighed selv, hvorimod den anden ordregivende myndighed skal sælge andre dele direkte til tredjeparter, hvorved den første myndighed overtager de dele, der ikke er blevet solgt ved projektets afslutning, og i sidste ende bærer risikoen for tab.

15 — Jf. i denne retning også dom af 20.10.2005, sag C-264/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8831, præmis 36. Herefter skal det ikke undersøges, hvorledes national ret kvalificerer en bestemt aftale, når det skal afklares, om denne er en offentlig kontrakt som omhandlet i udbudsdirektiverne.

16 — Dom af 12.1.2006, sag C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg, Sml. I, s. 589, præmis 20, og af 10.1.2006, sag C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze, Sml. I, s. 289, præmis 63.

17 — Turn- und Sportunion Waldburg-dommen (nævnt i fodnote 16), præmis 21, og af 30.6.2005, sag C-28/04, Tod's og Tod's France, Sml. I, s. 5781, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis.

30. Det følger af definitionen i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37, at en offentlig bygge- og anlægskontrakt vedrører bestemte bygge- og anlægsydelser, der er beskrevet nærmere i direktivet, og hvorved der indgås en gensidigt bebyrdende kontrakt mellem en ordregivende myndighed og en entreprenør.

a) Kontraktens genstand: afgrænsning over for offentlige tjenesteydelsesaftaler og andre offentlige aftaler

31. I henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 kan følgende tre typer bygge- og anlægsydelser være genstand for en offentlig bygge- og anlægskontrakt [18]:

— enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed [19]

— eller udførelse eller både udførelse og projektering af et bygge- og anlægsarbejde; ved et »bygge- og anlægsarbejde« forstås i denne forbindelse resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion [artikel 1, litra c), i direktiv 93/37]

— eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre [20], som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov.

32. Ifølge den forelæggende rets angivelser skulle det kommunale fritidscenter, som skulle opføres i Roanne, navnlig indeholde en multibiograf og forretningslokaler, en offentlig parkeringsplads, adgangsveje og offentlige pladser; en senere byggefase skulle omfatte opførelse af yderligere forretningslokaler og et hotel.

33. Udførelsen af et sådant fritidscenter kræver bygge- og anlægsydelser af alle de tre kategorier, der er omfattet af artikel 1, litra a), i direktiv 93/37: For det første er der tale om arbejder, der kun kan udføres på grundlag af mange af de i bilag II i direktiv

18 — Jf. også dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi m.fl., »La Scala-dommen«, Sml. I, s. 5409, præmis 58.

19 — Bilag II i direktiv 93/37 indeholder en liste over former for erhvervsvirksomhed svarende til den systematiske fortegnelse over økonomiske aktiviteter i De Europæiske Fællesskaber (NACE). Den systematiske fortegnelse indeholder bl.a. NACE-position 501.1: »Byggeentreprenørvirksomhed (uden specialisering)«, der henhører under NACE-gruppe 501: »Opførelse af bygninger (til beboelse eller andet)«.

20 — Den udtrykkelige tilføjelse »durch Dritte« [af en tredjepart], som anvendes i den tyske udgave, foretages ikke i de andre sproglige udgaver af direktivet.

93/37 omhandlede former for virksomhed [21]. For det andet udfører SEDL i det foreliggende tilfælde fritidscentret ved hjælp af bygge- og anlægsydelser fra andre erhvervsdrivende, i overensstemmelse med de detaljerede krav, som byen Roanne har stillet [22] og under dens kontrol [23]. For det tredje er et fritidscenter som det her omtvistede også resultatet af en sum af bygge- og anlægsarbejder, der, henset til den tilstræbte forbedring af byens infrastruktur [24], opfylder en økonomisk funktion [25]; der er følgelig tale om et bygge- og anlægsarbejde som omhandlet i artikel 1, litra a), sammenholdt med litra c), i direktiv 93/37 [26]. Hvert af de tre synspunkter gør det således nærliggende at antage, at opførelsen af et fritidscenter som det, byen Roanne har planlagt, principielt henhører under det saglige anvendelsesområde for direktiv 93/37.

34. Genstanden for den offentligretlige planlægningsaftale, som byen Roanne indgik med SEDL, var imidlertid mere end blot *opførelse* af det kommunale fritidscenter. Det blev bl.a. overladt til SEDL at erhverve grundstykker, søge finansielle midler, fremlægge bestemte regnskabsdokumenter, lade undersøgelser foretage, afholde udvælgelsesprøve for ingeniører, sikre koordination af projektet samt holde byen ajour. SEDL skulle desuden sælge en stor del af de anlæg, der skulle opføres.

35. Med disse yderligere opgaver er der også kommet tjenesteydelseselementer ind i aftalen mellem byen Roanne og SEDL. På baggrund heraf er spørgsmålet, hvorledes der skal skelnes mellem offentlige bygge- og anlægsarbejder på den ene side og offentlige tjenesteydelsesaftaler i henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 [27] på den anden side. Flere af sagens parter har også henvist hertil over for Domstolen.

36. Blandt de nævnte tjenesteydelseselementer er det kun *projekteringen* af bygge- og anlægsarbejdet, der kan henføres under det saglige anvendelsesområde for direktiv 93/37, forudsat at aftalen vedrører *både* projektering *og* udførelse af arbejdet [jf.

21 — Jf. ovenfor under punkt 31, første led, i dette forslag til afgørelse.

22 — Jf. ovenfor under punkt 31, tredje led. Jf. også nedenfor under punkt 52 og 53 i dette forslag til afgørelse.

23 — I den forbindelse fremgår det navnlig af forelæggelseskendelsen, at SEDL's forslag skal forelægges byen Roanne til godkendelse, at byen Roanne kan forlange, at SEDL fremlægger alle dokumenter, og at byen kan overvåge og færdes på byggepladserne, samt at den kan gøre indsigelser gældende over for SEDL.

24 — I forelæggelseskendelsen betegnes projektet udtrykkeligt som en byudviklingsforanstaltning.

25 — Jf. i denne retning — hvad angik opførelse af motorvejsstrækninger — dom af 12.9.2000, sag C-276/97, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6251, præmis 32, og af 27.10.2005, forenede sager C-187/04 og C-188/04, Kommissionen mod Italien, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 28.

26 — Jf. ovenfor under punkt 31, andet led, i dette forslag til afgørelse.

27 — Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, EFT L 209, s. 1, herefter »direktiv 92/50«. Dette direktiv blev ophævet og erstattet af direktiv 2004/18, men først med virkning fra den 31.1.2006, og denne ændring af retstilstanden har derfor ikke betydning i forbindelse med de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

artikel 1, litra a), i direktiv 93/37]. Dette er tilfældet for en offentligretlig planlægningsaftale som den, der er indgået mellem byen Roanne og SEDL, eftersom det udtrykkelig følger af aftalen, at SEDL skal overtage både projektering og udførelse af bygge- og anlægsarbejderne.

37. For så vidt angår alle de andre tjenesteydelseselementer må der være tale om en *blandet aftale*, der retligt skal kvalificeres ud fra, hvad der er aftalens hovedformål. Aftalen kan kun betragtes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis projekteringen og udførelsen af byggeprojektet sammenlignet med SEDL's øvrige opgaver udgør kontraktens hovedformål; bygge- og anlægsarbejderne må ikke blot være accessoriske [28].

38. Det tilkommer den nationale retsinstans at foretage denne bedømmelse [29]. Domstolen er dog beføjet til at forsyne den nationale ret med fortolkningsbidrag, som gør det muligt for denne ret at træffe en afgørelse, og som retten skal støtte sig til [30].

39. Principielt kan værdien af de aftalte ydelser være et holdepunkt, når det skal afgøres, hvad der er en blandet aftales hovedformål, og bedømmes, hvilken betydning de enkelte dele af aftalen har. I det omfang, der kan fastslås en individuel pris for hver enkelt ydelse, der skal leveres, bør værdien af projekterings- samt bygge- og anlægsarbejderne således sammenlignes med værdien af de øvrige ydelser, der skal leveres. Der skal dog under alle omstændigheder også foretages en objektiv bedømmelse af aftalen som helhed. Det kan nemlig først på grundlag heraf vurderes, om bygge- og anlægsydelserne ikke blot i kvantitativ, men også i kvalitativ henseende, er aftalens hovedformål [31].

40. I det foreliggende tilfælde vides det ikke, hvilken værdi de enkelte ydelser, SEDL skulle levere, blev anslået til [32]. Det eneste afgørende er derfor en samlet objektiv betragt-

28 — Jf. i samme retning 16. betragtning til direktiv 92/50, hvis indhold også bekræftes af tiende betragtning til direktiv 2004/18. Jf. hvad angår kravet om en bedømmelse af, hvad der er hovedformålet i en kontrakt, når der skal skelnes mellem det materielle anvendelsesområde for direktiv 93/37 og andre udbudsdirektiver, også dom af 19.4.1994, sag C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, Sml. I, s. 1329, præmis 26-29.

29 — Gestión Hotelera Internacional-dommen (nævnt i fodnote 28), præmis 28; jf. også dom af 19.1.2006, sag C-265/04, Bouanich, Sml. I, s. 923, præmis 54.

30 — Fast retspraksis, jf. bl.a. La Scala-dommen (nævnt i fodnote 18), præmis 48.

31 — Mens afgrænsningen af offentlige tjenesteydelsesaftaler fra offentlige indkøbsaftaler i henhold til artikel 2 i direktiv 92/50 kun afhænger af værdien af de pågældende tjenesteydelser og varer (jf. senest dom af 11.5.2006, sag C-340/04, Carbotermo, Sml. I, s. 4137, præmis 31), findes der ikke en tilsvarende bestemmelse vedrørende afgrænsningen af offentlige tjenesteydelsesaftaler fra offentlige bygge- og anlægskontrakter. For så vidt angår sidstnævnte skelnen går 16. betragtning i direktiv 92/50 ud fra kvalitative kriterier (bygge- og anlægsarbejderne skal »udgøre kontraktens genstand«); der tages endnu tydeligere udgangspunkt i kvalitative kriterier i tiende betragtning til direktiv 2004/18, hvor der tales om arbejde, der er »accessorisk i forhold til kontraktens hovedformål og derfor udgør en mulig følge heraf eller et supplement hertil«.

32 — Der foreligger kun en individuel pris for den offentlige parkeringsplads, som er tiltænkt byen Roanne. Bortset herfra skal byen Roanne yde et samlet finansieringsbidrag til hele projektet. Desuden har byen Roanne erklæret sig villig til at overtage de dele af fritidscentret, der ikke er solgt til tredjeparter ved projektets afslutning, og til at overtage alle bestående gældsforpligtelser.

ning af aftalen: Det blev overdraget til SEDL at opføre et kommunalt fritidscenter som byudviklingsforanstaltning. Formålet med den opgave, der bestod i at erhverve grundstykker og søge finansielle midler, var kun at forberede dette projekt. Det samme gælder for den udvælgelse af ingeniører, som SEDL skulle foretage. De opgaver, der består i at koordinere projektet og holde byen ajour samt at fremlægge regnskabsdokumenter, er rene accessoriske forpligtelser, der blot skal ledsage SEDL's egentlige projektering og opførelse af fritidscentret. Den opgave, der består i at sælge store dele af fritidscentret, virker ligeledes underordnet i forhold til projekteringen og opførelsen af centret.

41. Den forelæggende ret har derfor med rette antaget, at opførelsen af anlæg som de her omtvistede, når der henses til karakteren og betydningen af de øvrige arbejder, der er tale om, ikke kan anses for blot at være accessoriske. På baggrund af de holdepunkter, Domstolen har om de faktiske omstændigheder i hovedsagen, er projekteringen og opførelsen af det kommunale fritidscenter derimod det centrale i den kontrakt, som byen Roanne har tildelt SEDL.

42. Det kan navnlig ikke tale imod at kvalificere en aftale som den her omtvistede som en bygge- og anlægskontrakt, at det fritidscenter, der skal opføres, var tænkt som en byudviklingsforanstaltning, og at det kun var en ret ubetydelig del af fritidscentret — en offentlig parkeringsplads, adgangsveje og offentlige pladser — som skulle tilfalde byen efter færdiggørelsen af projektet, hvorimod de øvrige anlæg skulle sælges til tredjeparter. Udtrykket »offentlig bygge- og anlægskontrakt« afhænger nemlig ikke af anvendelsesformålet med det bygge- og anlægsarbejde, der skal opføres. Domstolen har således allerede fastslået, at udtrykket ikke kun omfatter kontrakter, som indgås for at opfylde den opgave at imødekomme almenhedens behov [33]. Det kan ligeledes ikke gøre nogen forskel, om den ordregivende myndighed selv vil benytte det bygge- og anlægsarbejde, der skal opføres, eller har til hensigt at stille det til rådighed for almenheden eller enkelte tredjeparter.

43. Artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 skal derimod fortolkes i lyset af formålet med reguleringen [34], hvorefter der ved offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fjernes begrænsninger i etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser og sikres en effektiv konkurrence på de pågældende markeder [35]. Disse mål kan også være i fare, såfremt den ordregivende myndighed tildeler en kontrakt på et bygge- og anlægsarbejde, der — f.eks. som planlægnings- eller byud-

33 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 32; jf. i samme retning dom af 18.11.2004, sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 11197, præmis 18, og af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 26.

34 — La Scala-dommen (nævnt i fodnote 18), præmis 52, 54 og 75.

35 — Jf. især anden og tiende betragtning til direktiv 93/37 samt La Scala-dommen (nævnt i fodnote 18), præmis 52 og 75, af 27.11.2001, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini, Sml. I, s. 9233, præmis 34 og 35, af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau, Sml. I, s. 11617, præmis 51 og 89, og af 7.10.2004, sag C-247/02, Sintesi, Sml. I, s. 9215, præmis 35 ff.; i samme retning Carbotermo-dommen (nævnt i fodnote 31), præmis 58.

viklingsforanstaltning eller af socialpolitiske grunde — helt eller delvis skal komme almenheden eller private parter til gode. Risikoen for konkurrenceforvridning som følge af, at enkelte erhvervsdrivende begunstiges frem for andre, foreligger nemlig altid allerede i det øjeblik, en ordregivende myndighed beslutter sig for at tildele en virksomhed en kontrakt om et byggeprojekt, uanset hvorfor og i hvilken forbindelse bygge- og anlægsarbejdet skal opføres, og hvorledes det skal anvendes.

44. Det forhold, at det er overdraget SEDL at skaffe byggegrunden, og byen Roanne først erhverver de dele af fritidscentret, der er tiltænkt den — nemlig den offentlige parkeringsplads, adgangsveje og offentlige pladser — fra SEDL, når de er *færdige* [36], medfører heller ikke, at en offentligretlig planlægningsaftale som den foreliggende falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 93/37. Genstanden for aftalen mellem byen Roanne og SEDL er nemlig ifølge de foreliggende oplysninger ikke blot overgivelse af et færdigt fritidscenter, men derimod udtrykkeligt også den forudgående projektering og opførelse af bygge- og anlægsarbejdet under overholdelse af de betingelser, byen stiller, og SEDL har udtrykkelig forpligtet sig hertil. Omvendt har byen Roanne på sin side ikke blot besluttet at købe et færdigt bygge- og anlægsarbejde, men også allerede tildelt en kontrakt om udførelse heraf.

45. Af samme grund kan den omtvistede aftale i øvrigt heller ikke kvalificeres som en »offentlig indkøbsaftale« som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 [37]. Som nævnt er de nødvendige projekterings- og bygge- og anlægsarbejder ikke blot accessoriske, men selve genstanden for den indgåede aftale. Den mere specielle regulering er i et sådant tilfælde bestemmelserne om offentlige bygge- og anlægsarbejder [38].

46. Endelig kan det ikke udledes af SEDL's bemyndigelse til at sælge store dele af fritidscentret direkte til tredjeparter, at der foreligger en *koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder* i henhold til artikel 1, litra d), i direktiv 93/37. Trekantskonstellationen mellem byen Roanne, SEDL og de tredjeparter, der er købere, og hvis betaling udgør en stor del af SEDL's vederlag, minder ganske vist om et koncessionsforhold. En offentlig koncession er dog desuden kendetegnet ved, at den ordregivende myndigheds medkontrahent bærer den økonomiske risiko ved handelen [39]. Dette er ikke tilfældet her, hvor byen Roanne kontraktmæssigt har forpligtet sig til at overtage de

36 — Der er set ud fra en fransk synsvinkel tale om et såkaldt »vente en l'état futur d'achèvement«.

37 — Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, EFT L 199, s. 1, herefter »direktiv 93/36«. Dette direktiv blev ophævet og erstattet af direktiv 2004/18, men først med virkning fra den 31.1.2006, og denne ændring af retstilstanden har derfor ikke betydning i forbindelse med de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

38 — Artikel 1, litra a), andet punktum, i direktiv 93/36; jf. også Gestión Hotelera Internacional (fodnote 28), præmis 25 og 26.

39 — Jf. i denne retning — vedrørende forskellen mellem offentlige tjenesteydelsesaftaler og offentlige tjenesteydelseskoncessioner — dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 40.

dele af fritidscentret, der ikke er solgt ved projektets afslutning, og også i øvrigt bærer risikoen for tab ved projektet.

47. På baggrund heraf skal en aftale som den, der er indgået mellem byen Roanne og SEDL, kvalificeres som en offentlig bygge- og anlægskontrakt og henhører under anvendelsesområdet for direktiv 93/37.

b) Gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed på den anden side

48. I henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 kan der endvidere kun antages at foreligge en offentlig bygge- og anlægskontrakt, såfremt leveringen af bygge- og anlægsydelserne er aftalt ved en gensidigt bebyrdende kontrakt, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed på den anden side.

49. I sin egenskab af lokal myndighed er byen Roanne en *ordregivende myndighed* [jf. artikel 1, litra b), i direktiv 93/37]. Den omstændighed, at SEDL muligvis i første omgang opfører fritidscentret i eget navn og derefter — for en dels vedkommende — afstår det til byen Roanne, taler ikke imod at kvalificere byen som ordregivende myndighed ved bygge- og anlægskontrakten [40].

50. Udtrykket »entreprenør« defineres ikke nærmere i direktiv 93/37. I konkurrenceretten omfatter begrebet »virksomhed« enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, og enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, er økonomisk virksomhed [41]. Denne definition kan også overføres til området for offentlige bygge- og anlægskontrakter. I overensstemmelse med formålet med direktiv 93/37, hvorefter der skal fjernes begrænsninger i etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser og sikres en effektiv konkurrence vedrørende offentlige kontrakter [42], skal begrebet »entreprenør« også fortolkes bredt på dette område. Dette bekræftes nu også af den definition, der opstilles i artikel 1, stk. 8, i direktiv 2004/18 for fremtidige tilfælde. I henhold til denne bestemmelse er en »entreprenør« enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning heraf, som på markedet tilbyder udførelse af de pågældende ydelser.

40 — La Scala-dommen (nævnt i fodnote 18), præmis 95.

41 — Fast retspraksis; jf. senest Cassa di Risparmio di Firenze-dommen (nævnt i fodnote 16), præmis 107 og 108, og dom af 23.3.2006, sag C-237/04, Enirisorse, Sml. I, s. 2843, præmis 28 og 29, begge domme med yderligere henvisninger.

42 — Anden betragtning og tiende betragtning, første punktum, til direktiv 93/37. Jf. også punkt 43 i dette forslag til afgørelse.

51. Der er et marked for ydelser i forbindelse med projektering og udførelse af bygge- og anlægsprojekter som dem, byen Roanne havde brug for i det foreliggende tilfælde. På dette marked kan der ud over private virksomheder også optræde halvoffentlige byudviklingsselskaber som udbydere. Et sådant selskab kan således være »entreprenør« i henhold til direktiv 93/37.

52. Det taler ikke umiddelbart imod at kvalificere et byudviklingsselskab som SEDL som entreprenør, at det muligvis ikke er i stand til og heller ikke kommer til at opføre anlæggene med sine egne midler, men på sin side i betydeligt omfang eller endog helt er afhængigt af ydelser fra underentreprenører [43]. For bygge- og anlægsydelser kan i henhold til denne bestemmelse udføres »ved et hvilket som helst middel« [44]. At dette også omfatter inddragelse af underentreprenører, fremgår særlig tydeligt af den tyske version af bestemmelsen; dér tales der om, at bygge- og anlægsydelser kan leveres »af tredjeparter«.

53. Hvis et byudviklingsselskab tilbyder projektering og udførelse af et anlæg, er det, også selv om det måtte benytte sig af underentreprenører, selv »entreprenør« i henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37. I et sådant tilfælde er byudviklingsselskabet mere end den ordregivende myndigheds fuldmægtig (fransk »mandataire«), der blot hjælper myndigheden med at finde egnede entreprenører og udfører koordinerende arbejde. Den, der forpligter sig til at projektere og udføre et bygge- og anlægsarbejde [45], er entreprenør i henhold til direktiv 93/37.

54. Det er i øvrigt ikke nødvendigt, at virksomheden drives med gevinst for øje, for at der kan være tale om en entreprenør i henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37. Dette følger allerede af, at ordregivende myndigheder også kan tildeles offentlige kontrakter [46]. Selv private virksomheder kan i vanskelige tider, hvor det er svært at få ordrer, være interesseret i at modtage ordrer, de ikke forventer giver nogen eller kun en ringe fortjeneste, for derved i hvert fald bedre at kunne dække deres faste omkostninger. På baggrund heraf taler det også i det foreliggende tilfælde ikke på forhånd imod at kvalificere SEDL som entreprenør, at selskabet ifølge den offentligretlige planlægningsaftale har forpligtet sig til at overføre en eventuel gevinst fra opførelse og salg af det kommunale fritidscenter til byen Roanne [47].

43 — La Scala-dommen (nævnt i fodnote 18), præmis 90. Jf. om inddragelse af underleverandører; jf. også — for så vidt angår tjenesteydelsesaftaler — dom af 2.12.1999, sag C-176/98, Holst Italia, Sml. I, s. 8607, præmis 26 ff, og dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (nævnt ovenfor i fodnote 33), præmis 18.

44 — Jf. herom også ovenfor under punkt 31, tredje led, i dette forslag til afgørelse.

45 — I den offentligretlige planlægningsaftale (artikel 2, stk. 4, heri) har SEDL udtrykkelig forpligtet sig til at opføre anlæggene: »[...] l'Aménageur s'engage, pour sa part, à [...] réaliser la construction des volumes, y compris les parkings, [...]«.

46 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 50, andet punktum, og af 7.12.2000, sag C-94/99, ARGE, Sml. I, s. 11037, præmis 40; jf. i samme retning dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (nævnt ovenfor i fodnote 33), præmis 18 og 19, og af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 38-40.

47 — Artikel 22, stk. 2, i den offentlige planlægningsaftale.

55. Ved planlægningsaftalen af 25. november 2002 blev der indgået en *skriftlig aftale* mellem byen Roanne og SEDL. Det forhold, at planlægningsaftalen har en offentligretlig karakter og i givet fald giver SEDL tilladelse til at udøve visse former for offentlig myndighed, navnlig gennemførelse af ekspropriationer, er ikke til hinder for at kvalificere den som en *kontrakt* som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 [48].

56. Det er også på forhånd udelukket, at der kan være tale om en »*in house-aftale*« eller »*quasi in house-aftale*« [49] i henhold til »Teckal-retspraksis« [50], da SEDL er et halvoffentligt selskab, og de lokale myndigheder, der har andele i selskabet, derfor ikke kan udøve en kontrol over selskabet, som svarer til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene [51].

57. En kontrakt er altid *gensidigt bebyrdende*, når den ordregivende myndighed erlægger en modydelse som følge af de ydelser, der skal leveres [52]. I overensstemmelse med direktivets formål, hvorefter der skal sikres konkurrence på markedet for offentlige bygge- og anlægskontrakter og bidrages til at gennemføre etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser [53], skal udtrykket »gensidigt bebyrdende« fortolkes bredt. Det omfatter ikke blot modydelser i form af penge, men også enhver form for forpligtelse, som den ordregivende myndighed påtager sig til gengæld for, at bygge- og anlægskontrakten gennemføres, f.eks. et løfte om at yde konkrete bidrag til finansiering af projektet eller til dækning af eventuelle tab i forbindelse med udførelsen af projektet.

58. I det foreliggende tilfælde har byen Roanne ikke blot forpligtet sig til at betale 2 925 000 EUR for overdragelsen af den offentlige parkeringsplads. Den har desuden forpligtet sig til at bidrage med kapital til finansieringen af alle de anlæg, der skulle opføres, idet den skulle deltage med 2 443 103 EUR for den første byggefase og 3 034 341 EUR for hele entreprisen. Desuden ville byen Roanne ved projektets afslutning automatisk blive ejer af de områder og anlæg, som på det tidspunkt endnu ikke måtte være solgt til tredjeparter; byen skulle fra det tidspunkt sikre, at de igangværende kontrakter blev udført, og de gældsforpligtelser, som SEDL havde indgået indtil da, blev opfyldt. Hver af disse forpligtelser har

48 — La Scala-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 18), præmis 73.

49 — Jf. punkt 2 i mit forslag til afgørelse af 1.3.2005 i sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585.

50 — Teckal-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 46), præmis 50, andet punktum, dom af 8.5.2003, sag C-349/97, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 3851, præmis 204, fjerde punktum, Stadt Halle og RPL Lochau-dommen (nævnt i fodnote 33), præmis 49, andet punktum, dommen i sagen Kommissionen mod Spanien (nævnt i fodnote 46), præmis 38, dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 34, og Carbotermo-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 31), præmis 33; jf. også — hvad angår forhold uden for de udbudsretlige direktiver — Parking Brixen-dommen (nævnt i fodnote 39), præmis 58, 59 og 62, og dom af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 24 ff.

51 — Stadt Halle og RPL Lochau-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 33), præmis 49, dommen i sagen Kommissionen mod Østrig (nævnt ovenfor i fodnote 50), præmis 46, og ANAV-dommen (nævnt i fodnote 50), præmis 31.

52 — Jf. i denne retning La Scala-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 18), præmis 77.

53 — Anden betragtning og tiende betragtning, første punktum, til direktiv 93/37. Jf. også punkt 43 i dette forslag til afgørelse.

karakter af en modydelse fra den ordregivende myndighed for SEDL's projektering og opførelse af fritidscentret. En offentligretlig planlægningsaftale som den foreliggende er følgelig en gensidigt bebyrdende kontrakt.

2. Andet spørgsmål: beregning af tærskelværdierne

60. Det andet spørgsmål fra den forelæggende ret vedrører kontraktens værdi som omhandlet i artikel 6 i direktiv 93/37, som ændret ved direktiv 97/62.

c) Foreløbig konklusion

59. Dermed opfylder en offentligretlig planlægningsaftale som den, der er omtvistet i hovedsagen, alle kravene til en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Det første præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares således:

Der foreligger en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1 i direktiv 93/37, såfremt en ordregivende myndighed overdrager en anden ordregivende myndighed den byudviklingsforanstaltning at projektere og opføre et fritidscenter, hvoraf kun visse dele efter opførelsen skal tilfalde den første ordregivende myndighed selv, hvorimod den anden ordregivende myndighed skal sælge andre dele direkte til tredjeparter, hvorved den første ordregivende myndighed overtager de dele, der ikke er blevet solgt ved projektets afslutning, og i sidste ende bærer risikoen for tab.

61. Problemet med at fastlægge kontraktens værdi beror i det foreliggende tilfælde på, at SEDL's indtægter fra projektering og opførelse af fritidscentret er sammensat af flere dele; for det først betaler byen Roanne et beløb på 2 925 000 til SEDL for opførelse af den offentlige parkeringsplads. For det andet betaler byen Roanne et samlet bidrag til finansieringen af alle anlæg, der skal opføres, der er anslået til 2 443 103 EUR for den første byggefase og 3 034 341 EUR for hele entreprisen, og for det tredje oppebærer SEDL indtægter fra salget af de dele af fritidscentret, der ikke skal tilfalde byen Roanne, til tredjeparter. Den sum, der kan opnås ved salg, beløber sig ifølge den offentligretlige planlægningsaftale til 8 099 000 EUR.

62. Den forelæggende ret ønsker i det væsentlige oplyst, hvilke synspunkter der skal tages hensyn til ved beregningen af kontraktens værdi: Det er afgørende for, om tærskelværdien på 5 000 000 SDR var overskredet eller ej. Artikel 6 i direktiv 93/37 siger intet herom. Der kan dog udledes vigtige synspunkter af formålet med direkti-

vet, som har betydning ved beregningen af kontraktens værdi.

63. Som allerede nævnt har direktiv 93/37 det overordnede formål at bidrage til at gennemføre etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser og sikre en effektiv konkurrence på markedet for offentlige kontrakter [54]. Formålet med den tærskelværdi, der er opstillet i direktivets artikel 6, er at identificere de offentlige bygge- og anlægskontrakter, der har særlig interesse for entreprenører fra andre medlemsstater [55]. Det er navnlig med henblik på at varetage sådanne entreprenørers interesser og sikre, at de behandles på samme måde som indenlandske tilbudsgivere, at der i direktiv 93/37 kræves gennemførelse af særlige udbudsprocedurer [56].

64. Inden for rammerne af artikel 6 i direktiv 93/37 er det afgørende derfor den potentielle tilbudsgivers synsvinkel. Det kan kun på grundlag heraf fastslås, om en offentlig bygge- og anlægskontrakt kan have særlig interesse for udenlandske virksomheder [57], og den særlige udbudsprocedure i henhold til direktivet derfor af hensyn til åbning af markedet og sikring af konkurrence skal anvendes på kontrakten.

65. Set ud fra potentielle tilbudsgiveres perspektiv er det frem for alt det *samlede omfang* af den offentlige bygge- og anlægskontrakt, der er afgørende, altså den samlede omsætning entreprenøren kan opnå [58]. Har en offentlig bygge- og anlægsaftale en sådan karakter, at kun visse dele af de anlæg, der skal opføres, skal tilfalde den ordregivende myndighed selv, hvorimod bygge- og anlægsarbejdet i øvrigt skal sælges direkte til tredjeparter, skal der ved beregningen af kontraktens værdi også tages hensyn til de dele, der er tiltænkt tredjeparter.

66. Det har derimod ingen betydning, om alle eller blot visse dele af den omsætning, entreprenøren opnår, stammer fra den ordregivende myndigheds midler, eller om dele af omsætningen kommer direkte fra tredje-

54 — Anden betragtning og tiende betragtning, første punktum, til direktiv 93/37. Jf. også punkt 43 i dette forslag til afgørelse.

55 — Jf. i denne retning sjette betragtning til direktiv 93/37.

56 — Ganske vist kræver de grundlæggende friheder også for det tilfælde, at tærskelværdien ikke er overskredet, at der sikres en vis offentlighed (krav om gennemskuelighed, jf. dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16-22, Parking Brixen-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 39), præmis 46-50, og ANAV-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 50), præmis 18-22), men kravene er mindre, end når de udbudsretlige direktiver finder anvendelse (jf. mit forslag til afgørelse i Parking Brixen-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 49), punkt 37.

57 — Dette synspunkt fremhæves også i dom af 5.10.2000, sag C-16/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8315, præmis 44 og 46, der vedrørte en lignende problematik i forbindelse med Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84).

58 — Det er i sidste ende også denne grundlæggende opfattelse, der ligger bag artikel 6, stk. 3-5, i direktiv 93/37. I henhold til disse bestemmelser skal bygge- og anlægsarbejdet eller bygge- og anlægskontrakten betragtes under ét, og der skal undgås opdelinger, der helt eller delvis ville unddrage bygge- og anlægsarbejdet eller bygge- og anlægskontrakten fra en udbudsprocedure.

parter. Så længe det samlede projekt, inklusive enkelte dele, der måtte være tiltænkt tredjeparter, tildeles af den ordregivende myndighed og i hvert fald delvis finansieres af denne, er der nemlig også for det samlede projekts vedkommende fare for, at udenlandske tilbudsgivere forskelsbehandles, således at virkeliggørelsen af formålet om at åbne markedet og sikre konkurrence sættes på spil.

67. Hvis dette synspunkt overføres til et tilfælde som det foreliggende, betyder det, at der på ingen måde blot skulle tages hensyn til vederlaget på 2 925 000 EUR, som byen Roanne skulle betale for den offentlige parkeringsplads, og det anslåede finansieringsbidrag på 3 034 341 EUR [59]. Medregnes skulle derudover alle de indtægter, som det ansloges, at den ansvarlige entreprenør ville opnå ved salg af dele af fritidscentret til tredjeparter, dvs. yderligere 8 099 000 EUR. Dette gælder i det foreliggende tilfælde så meget desto mere, som også de dele af fritidscentret, der skulle tilfalde tredjeparter, i betydeligt omfang blev subventioneret ved byen Roannes samlede finansieringsbidrag.

68. Hvis man derimod kun medregnede byen Roannes egentlige betalingsforpligtelser [60] og ikke inddrog de indtægter ved salg på 8 099 000 EUR, som kommer fra tredjeparter, men derimod kun de hæftelsesrisici, som byen har overtaget i denne forbindelse [61], ville kontraktens værdi ikke fuldt ud afspejle de indtægter, der kan opnås, og dermed potentielle tilbudsgiveres interesse i bygge- og anlægskontrakten.

69. På baggrund heraf skal det andet præjudicielle spørgsmål besvares således:

Ved beregningen af kontraktens værdi som omhandlet i artikel 6 i direktiv 93/37, som ændret ved direktiv 97/52, skal der tages hensyn til kontraktens samlede omfang set ud fra entreprenørens synsvinkel. Det er ikke tilstrækkeligt blot at medregne prisen på enkelte af de dele af et bygge- og anlægsarbejde, der overdrages til den ordregivende myndighed, samt de hæftelsesrisici, denne måtte have påtaget sig.

59 — Så vidt vides var det på forhånd planlagt at overdrage det til én og samme entreprenør at udføre begge byggefaser. Det afgørende er derfor byens finansieringsbidrag til det samlede projekt (dette gælder a fortiori på grundlag af artikel 6, stk. 3, i direktiv 93/37, hvorefter værdien af flere delarbejder skal adderes). Desuden skulle der tages hensyn til de i fodnote 10 nævnte 210 000 EUR, som andre deltagere skulle bidrage med.

60 — Dvs. 2 925 000 EUR for den offentlige parkeringsplads og et finansieringsbidrag på 3 034 341 EUR for det samlede projekt (jf. under fodnote 59).

61 — Dvs. det forhold, at byen Roanne automatisk bliver ejer af de dele af fritidscentret, der ikke er solgt til tredjeparter ved projektets afslutning, samt byens overtagelse af alle løbende gældsforpligtelser.

3. Tredje præjudicielle spørgsmål: fritagelse for at anvende en udbudsprocedure

70. Med sit tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om det kan undlades at gennemføre en udbudsprocedure i henhold til direktiv 93/37, hvis den omhandlede kontrakt i henhold til national ret under alle omstændigheder kun kan indgås med bestemte juridiske personer, og disse på deres side skulle gennemføre udbudsprocedurer ved indgåelse af eventuelle påfølgende kontrakter.

71. I henhold til fast retspraksis skal de udbudsretlige direktiver også anvendes, hvis den, kontrakten tildeles, selv er en ordregivende myndighed [62]. Selv i et sådant tilfælde skal der derfor principielt gennemføres en udbudsprocedure.

72. Det kan nemlig ganske vist tænkes, at den entreprenør, kontrakten tildeles — f.eks. idet han fungerer som hovedentreprenør — er forpligtet til at gennemføre udbudsprocedurer, når han senere skal vælge underentreprenører. Sådanne efterfølgende udbudsprocedurer vedrører imidlertid normalt kun enkelte dele af den samlede kontrakt. Desuden kan det tænkes, at de kontrakter, der er indgået med underentreprenørerne, allerede som følge af at kontrakternes værdi er mindre, ligger under de gældende tærskelværdier og dermed også falder uden for de udbudsretlige direktivers anvendelsesområde. Desuden ville i hvert fald den koordinationsfunktion, som hovedentreprenører har, på denne måde altid være unddraget gennemførelsen af en udbudsprocedure. Eventuelle senere udbudsprocedurer med underentreprenører kan derfor ikke afhjælpe det forhold, at der ikke først er gennemført en udbudsprocedure med henblik på udvælgelse af hovedentreprenøren.

73. Dette er også tilfældet her: Det bestemmes ganske vist, at SEDL tildeler underentreprenører visse opgaver ved projektering og opførelse af byen Roannes fritidscenter og i denne forbindelse også gennemfører udbudsprocedurer, men dette indbefatter på ingen måde alle de opgaver, som SEDL har overtaget i henhold til den offentligretlige planlægningsaftale, navnlig ikke selskabets koordinationsopgaver og det samlede ansvar, der påhviler det ved opførelsen af fritidscentret. Genstanden for den offentligretlige planlægningsaftale mellem byen Roanne og SEDL er altså ikke den samme som genstanden for eventuelle påfølgende kontrakter mellem SEDL og dette selskabs underentreprenører.

74. Alt dette taler for at antage, at en offentligretlig planlægningsaftale som den

62 — Teckal-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 46), præmis 42, andet punktum, og præmis 51, og ARGE-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 46), præmis 40; jf. i samme retning dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (nævnt ovenfor i fodnote 33), præmis 18 og 19, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien (nævnt ovenfor i fodnote 46), præmis 38-40.

foreliggende ikke kunne indgås uden en forudgående udbudsprocedure.

75. La Scala-dommen taler heller ikke imod denne antagelse; i denne sag fastslog Domstolen, at det ikke var nødvendigt, at en kommune gennemførte udbudsprocedurer i henhold til direktiv 93/37, inden den indgik en offentlig bygge- og anlægskontrakt, og anførte, at direktivets effektive virkning tilgodeses fuldt ud ligeså godt, hvis den nationale lovgivning gør det muligt for kommunalforvaltningen at forpligte den grundejer, der er indehaver af tilladelsen, til på hans side at anvende disse procedurer [63].

76. En sådan vurdering var nemlig, som Domstolen senere har præciseret, ikke kun begrundet under de særlige omstændigheder, der forelå i La Scala-sagen; i denne sag var der tale om, at den, der skulle udføre kontrakten, var udpeget ved lov i kraft af sin status som ejer af de arealer, der skulle udstykkes, og som indehaver af byggetilladelsen, og at kommunen som ordregivende myndighed ikke havde mulighed for at vælge en anden entreprenør [64].

63 — La Scala-dommen (nævnt i fodnote 18), præmis 100.

64 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig (nævnt ovenfor i fodnote 15), præmis 57.

77. Intet tyder på, at byen Roanne i det foreliggende tilfælde havde så indskrænkede valgmuligheder, og at SEDL ved lov på forhånd var udpeget som den, kontrakten skulle tildeles.

78. Ganske vist kunne offentligretlige planlægningsaftaler på det relevante tidspunkt i henhold til fransk ret kun indgås med en begrænset kreds af personer. Det følger nemlig af den gamle artikel L. 300-4, stk. 2, i code de l'urbanisme, at det på daværende tidspunkt kun var franske offentlige organer og visse halvoffentlige franske selskaber, der kunne komme på tale som medkontrahenter. Men dette betyder ikke, at kontrakten — som i La Scala-sagen — ved lov kun kunne tildeles en enkelt entreprenør, og det på forhånd stod fast, hvem der var tale om.

79. Der er også en yderligere grund til, at det forhold, at der findes en bestemmelse som den gamle artikel L. 300-4, stk. 2, i code de l'urbanisme, ikke kan begrunde, at man undlader at anvende udbudsproceduren i henhold til direktiv 93/37: Da bestemmelsen begrænser kredsen af mulige medkontrahenter til få, juridiske personer, der er kendetegnet ved, at de enten er franske offentlige organer eller kontrolleres af sådanne, udelukker en sådan bestemmelse på forhånd, at ordregivende myndigheder overvejer at lade udenlandske entreprenører være medkon-

trahenter ved offentligretlige planlægningsaftaler. Dermed ville markedet ikke kunne åbnes ved en række betydelige bygge- og anlægskontrakter. Dette ville være i strid med direktivets formål, hvorefter der ved offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fjernes begrænsninger i etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser og sikres en effektiv konkurrence på de pågældende markeder [65].

80. Det er kun artikel 6 i direktiv 92/50, der giver mulighed for at undlade at anvende udbudsproceduren, nemlig i tilfælde af, at en offentlig tjenesteydelsesaftale tildeles et organ, som selv er en ordregivende myndighed, på grundlag af bestemte enerettigheder, der tilkommer organet. Da der er tale om en undtagelsesregel, skal denne bestemmelse dog fortolkes indskrænkende [66] og kan ikke overføres analogt til andre udbudsretlige direktiver [67]. I øvrigt har halvoffentlige byudviklingsselskaber som SEDL så vidt vides heller ikke nogen »eneret« som omhandlet i artikel 6 i direktiv 92/50 til at projektere og oprette kommunale fritidscentre.

81. I det foreliggende tilfælde er det ikke nødvendigt at tage stilling til, om det i fremtiden kan forholde sig anderledes på grund af artikel 11 i direktiv 2004/18, da de faktiske omstændigheder i hovedsagen forelå på et tidspunkt, hvor dette direktiv ikke skulle anvendes.

82. Tredje præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares således:

»Det kan ikke undlades at gennemføre en udbudsprocedure i henhold til direktiv 93/37, blot fordi den omhandlede kontrakt i henhold til national ret under alle omstændigheder kun kan indgås med bestemte juridiske personer, og disse på deres side skulle gennemføre udbudsprocedurer ved indgåelse af eventuelle påfølgende kontrakter.«

65 — Jf. især anden og tiende betragtning til direktiv 93/37 samt forbuddet mod forskelsbehandling i henhold til direktivets artikel 6, stk. 6. Jf. i samme retning også dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig (nævnt ovenfor i fodnote 15), præmis 60, 61 og 68.

66 — Jf. om princippet om indskrænkende fortolkning af undtagelser til de udbudsretlige principper dommen i sagen Kommissionen mod Spanien (nævnt ovenfor i fodnote 50), præmis 48, Stadt Halle og RPL Lochau-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 33), præmis 46, og ANAV-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 50), præmis 26.

67 — I denne retning Teckal-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 46), præmis 44, og Carbotermo-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 31), præmis 33.

VI — Forslag til afgørelse

83. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at svare tribunal administratif de Lyon således:

»1) Der foreligger en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1 i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, såfremt en ordregivende myndighed overdrager en anden ordregivende myndighed den byudviklingsforanstaltning at projektere og opføre et fritidscenter, hvoraf kun visse dele efter opførelsen skal tilfalde den første ordregivende myndighed selv, hvorimod den anden ordregivende myndighed skal sælge andre dele direkte til tredjeparter, hvorved den første ordregivende myndighed overtager de dele, der ikke er blevet solgt ved projektets afslutning, og i sidste ende bærer risikoen for tab.

2) Ved beregningen af kontraktens værdi som omhandlet i artikel 6 i direktiv 93/37, som ændret ved direktiv 97/52, skal der tages hensyn til kontraktens samlede omfang set ud fra entreprenørens synsvinkel. Det er ikke tilstrækkeligt blot at medregne prisen på enkelte af de dele af et bygge- og anlægsarbejde, der overdrages til den ordregivende myndighed, samt de hæftelsesrisici, denne måtte have påtaget sig.

3) Det kan ikke undlades at gennemføre en udbudsprocedure i henhold til direktiv 93/37, blot fordi den omhandlede kontrakt i henhold til national ret under alle omstændigheder kun kan indgås med bestemte juridiske personer, og disse på deres side skulle gennemføre udbudsprocedurer ved indgåelse af eventuelle påfølgende kontrakter.«