DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

25. marts 2010 *

I sag C-451/08,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) ved afgørelse af 2. oktober 2008, indgået til Domstolen den 16. oktober 2008, i sagen:

Helmut Müller GmbH

mod

Bundesanstalt für Immobilienaufgaben,

procesdeltagere:

Gut Spascher Sand Immobilien GmbH,

* Processprog: tysk.

Stadt Wildeshausen,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af formanden for Anden Afdeling, J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), som fungerende formand for Tredje Afdeling, og dommerne P. Lindh, A. Rosas, A.Ó Caoimh og A. Arabadjiev,

generaladvokat: P. Mengozzi
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 23. september 2009,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Helmut Müller GmbH ved Rechtsanwalt O. Grübbel

— Bundesanstalt für Immobilienaufgaben ved Rechtsanwalt S. Hertwig

— Stadt Wildeshausen ved Rechtsanwalt J. Lauenroth

— den tyske regering ved M. Lumma og J. Möller, som befuldmægtigede

— den franske regering ved G. de Bergues og J.-S. Pilczer, som befuldmægtigede

— den italienske regering ved avvocato dello Stato G. Fiengo

— den nederlandske regering ved C. Wissels og Y. de Vries, som befuldmægtigede

— den østrigske regering ved E. Riedl og M. Fruhmann, som befuldmægtigede

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved G. Wilms og C. Zadra, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 17. november 2009,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af begrebet »offentlige bygge- og anlægskontrakter« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i 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).

2 Anmodningen er indgivet i forbindelse med en sag mellem Helmut Müller GmbH (herefter »Helmut Müller«) og Bundesanstalt für Immobilienaufgabe (herefter »Bundesanstalt«) vedrørende sidstnævntes salg af en grund, hvorpå køberen efterfølgende skulle udføre bygge- og anlægsarbejder, der svarer til byplanlægningsformål, der er fastsat af en regional myndighed, i det foreliggende tilfælde Stadt Wildeshausen.

Retsforskrifter

EU-retlige forskrifter

3 Anden betragtning til direktiv 2004/18 har følgende ordlyd:

»Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt [EF-]traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en vis værdi er det dog tilrådeligt at udarbejde bestemmelser om fællesskabssamordning af nationale procedurer for indgåelse af sådanne kontrakter, der bygger på disse principper, for at sikre deres virkninger og garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter. Disse samordningsbestemmelser bør derfor fortolkes i overensstemmelse med såvel ovennævnte regler og principper som traktatens øvrige bestemmelser.«

4 Direktivets artikel 1, stk. 2 og 3, bestemmer:

»2. a) Ved »offentlige kontrakter«forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.

b) Ved »offentlige bygge- og anlægskontrakter« forstås offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I omhandlede aktiviteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed. Ved »bygge- og anlægsarbejde« forstås resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.

[…]

3. Ved »koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder« forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris.«

5 Artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18 har følgende ordlyd:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter:

a) om erhvervelse eller leje — uanset finansieringsform — af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller vedrørende rettigheder hertil; […]«

Nationale retsforskrifter

6 § 10, stk. 1, i byggeloven (Baugesetzbuch) af 23. september 2004 (BGB1. 2004, s. 2414, herefter »BauGB«) bestemmer:

»Kommunen træffer afgørelse om byplanlægningen for området.«

7 § 12 i BauGB har følgende ordlyd:

»1) Kommunen kan ved byplanlægningen i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder bestemme, at et projekt skal imødekommes, når bygherren på grundlag af en gennemførelsesplan for projektet, som er aftalt med kommunen, og udviklingsforanstaltninger (projekt- og udviklingsplaner) er rede til at forpligte sig og forpligter sig til at gennemføre projektet inden for en vis frist og til at bære alle eller en del af projekterings- og udviklingsomkostningerne, før der træffes afgørelse i henhold til § 10, stk. 1 (gennemførelseskontrakten). […]

[…]

3 a) Når byplanlægningen i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder gennem udpegelsen af en byggezone […] eller på anden måde fastsætter bygge- og anlægsarbejdets anvendelse, […] skal […] det fastsættes, at inden for rammerne af den fastlagte anvendelse kan alene projekter, som bygherren har forpligtet sig til at gennemføre i gennemførelseskontrakten, godkendes. […]

[…]«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

8 Bundesanstalt var ejer af en ejendom benævnt »Wittekind kaserne«, som havde et areal på næsten 24 ha, beliggende i Wildeshausen (Tyskland).

9 I oktober 2005 besluttede byrådet i Stadt Wildeshausen med henblik på en genanvendelse til civile formål af den omhandlede grund, som udgjorde ca. 3% af byens bebyggede og ubebyggede område, at foretage undersøgelser med henblik på et byudviklingsprojekt.

10 I oktober 2006 oplyste Bundesanstalt gennem internettet og annoncer i dagspressen sin hensigt om at sælge Witteskind kasernen.

11 Den 2. november 2006 fremsatte Helmut Müller, et selskab i ejendomsbranchen, et tilbud om at købe grunden for 4 mio. EUR, der dog var betinget af, at der forelå en byggeplan baseret på selskabets udnyttelseskoncept for grunden.

12 Wittekind kaserne blev forladt i begyndelsen af 2007.

13 I januar 2007 indledte Bundesanstalt en udbudsprocedure med henblik på at sælge ejendommen hurtigst muligt.

14 Den 9. januar 2007 indgav Helmut Müller et bud på 400 000 EUR, som han forhøjede til 1 mio. EUR den 15. januar 2007.

15 Et andet ejendomsselskab, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (herefter »GSSI«), som på daværende tidspunkt var under stiftelse, indgav et bud på 2,5 mio. EUR.

16 Der blev indgivet to andre bud.

17 Ifølge en sagkyndig erklæring fremlagt for den forelæggende ret af Bundesanstalt udgjorde grundens værdi den 1. maj 2007 2,33 mio. EUR.

18 Ifølge forelæggelsesafgørelsen er tilbudsgivernes projekter blevet præsenteret for Stadt Wildeshausen med deltagelse af Bundesanstalt, og projekterne er blevet drøftet med tilbudsgiverne.

19 Bundesanstalt havde i mellemtiden vurderet Helmut Müller og GSSI's projekter og foretrak sidstnævntes projekt på grund af byplanlægningshensyn, idet projektet ville give Stadt Wildeshausen yderligere tiltrækningskraft, og myndigheden underrettede GSSI herom.

20 Det blev derfor besluttet at afvente salget af grunden, indtil byrådet i Stadt Wildeshausen havde godkendt projektet. Bundesanstalt bekræftede, at myndigheden ville henholde sig til Stadt Wildeshausens afgørelse.

21 Ifølge forelæggelsesafgørelsen traf byrådet i Stadt Wildeshausen afgørelse til fordel for GSSI's projekt, og den 24. maj 2007 fastslog det særligt:

»Byrådet i Stadt Wildeshausen har bemyndigelse til at undersøge det projekt, der er fremlagt af M.R. [direktøren for GSSI] og til at indlede en procedure med henblik på etablering af en byplanlægning for området, der svarer hertil […]

Der eksisterer ikke i henhold til loven nogen ret til at opnå udfærdigelse af en byplanlægning for området (evt. forbundet med et projekt).

Loven forbyder [Stadt Wildeshausen] at træffe bindende foranstaltninger vedrørende mulighederne for bebyggelse eller at binde sin skønsbeføjelse (som i øvrigt har retlige rammer) før afslutningen af en almindelig byplanlægningsprocedure.

Tidligere beslutninger binder således på ingen måde [Stadt Wildeshausens] byplanlægning.

Bygherren og andre parter, der er berørt af projektet, bærer risici, der er forbundne med planlægningsomkostningerne mv.«

22 Straks efter denne afgørelse af 24. maj 2007 ophævede byrådet i Stadt Wildeshausen beslutningen fra oktober 2005 om påbegyndelse af indledende byplanlægningsundersøgelser.

23 Ved notarialakt af 6. juni 2007 solgte Bundesanstalt efter aftale med Stadt Wildeshausen Wittekind kaserne til GSSI. Myndigheden underrettede Helmut Müller herom den 7. juni 2007. I januar 2008 blev GSSI tinglyst som ejer af den pågældende ejendom. Ved notarialakt af 15. maj 2008 bekræftede Bundesanstalt og GSSI salgskontrakten af 6. juni 2007.

24 Helmut Müller anlagde sag ved Vergabekammer (førsteinstansmyndighed i udbudssager), idet han gjorde gældende, at der ikke havde fundet nogen forskriftsmæssig udbudsprocedure sted til trods for, at salget af den pågældende kaserne var omfattet af bestemmelserne om tildeling af offentlige kontrakter. Helmut Müller gjorde gældende, at salgskontrakten var ugyldig, fordi han ikke i rette tid var blevet informeret i sin egenskab af købskandidat til den pågældende grund.

25 Vergabekammer afviste sagen, idet der reelt ikke var tildelt nogen kontrakt om bygge- og anlægsarbejde til GSSI.

26 Helmut Müller appellerede denne afgørelse til Oberlandesgericht Düsseldorf, idet han gjorde gældende, at henset til omstændighederne skulle GSSI betragtes som havende opnået en offentlig bygge- og anlægskontrakt i form af en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder. Helmut Müller er af den opfattelse, at de relevante afgørelser er blevet truffet efter fælles overenskomst mellem Bundesanstalt og Stadt Wildeshausen.

27 Oberlandesgericht Düsseldorf er tilbøjelig til at lægge denne argumentation til grund. Retten er af den opfattelse, at Stadt Wildeshausen i en ikke alt for fjern fremtid — som

endnu ikke kan præciseres — vil udøve sin skønsbeføjelse ved fastlæggelsen af en byplanlægning for området i forbindelse med bygge- og anlægsarbejderne i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i § 12 i BauGB, og indgå en gennemførelseskontrakt med GSSI i samme bestemmelses forstand, idet myndigheden således tildeler GSSI en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

28 Da Stadt Wildeshausen ikke skulle foretage nogen betaling, fandt retten, at den pågældende offentlige bygge- og anlægskontrakt skulle indgås i den retlige form af en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, og at GSSI skulle bære de økonomiske risici forbundet med denne transaktion. Retten mente endvidere, at overførslen af ejendomsretten til grunden og tildelingen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt skulle betragtes som et hele i forbindelse med udbudsbestemmelserne. Bundesanstalts og Stadt Wildeshausens foranstaltninger er alene tidsmæssigt forskudte.

29 Oberlandesgericht Düsseldorf har tilføjet, at den har været af samme opfattelse i andre sager og særligt i afgørelse af 13. juni 2007 vedrørende flyvepladsen Ahlhorn (Tyskland). Denne vurdering var der imidlertid ikke fuldstændig enighed om, idet den dominerende opfattelse blandt de tyske retter gik i en anden retning. Ifølge den forelæggende ret var den tyske forbundsregering i øvrigt ved at ændre den tyske lovgivning på udbudsområdet i en retning, der gik imod rettens opfattelse.

30 De lovforarbejder, som den forelæggende ret har henvist til, tilsigtede at give visse præciseringer vedrørende definitionen af begrebet »offentlige bygge- og anlægskontrakter« i § 99, stk. 3, i loven mod konkurrencebegrænsning (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) af 15. juli 2005 (BGB1. 2005 I, s. 2114) med følgende formuleringer, hvor de påtænkte ændringer er fremhævet med kursiv:

»Offentlige bygge- og anlægskontrakter er kontrakter vedrørende enten udførelse eller både projektering og udførelse, *for den ordregivende myndighed*, af arbejde eller bygge- og anlægsarbejde, som er resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter

bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion, eller af bygge- og anlægsarbejde, *som bibringer den ordregivende myndighed en økonomisk fordel,* og som gennemføres af tredjemænd i overensstemmelse med de behov, denne har præciseret.«

31 Forarbejderne planlagde endvidere en supplering af lovens § 99 med et nyt stk. 6, som skulle indeholde følgende definition på koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder:

»Som koncessionskontrakt om bygge- og anlægsarbejder forstås en kontrakt vedrørende udførelse af en bygge- og anlægskontrakt, hvori vederlaget for arbejdet ikke består af en godtgørelse, men af retten til at udnytte installationen i en fastlagt periode eller eventuelt i denne ret sammen med betaling af en pris.«

32 Kort efter indgivelsen af nærværende præjudicielle anmodning blev disse ændringer vedtaget inden for rammerne af loven om modernisering af udbudsbestemmelserne (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts) af 20. april 2009 (BGBl. 2009 I, s. 790).

33 Under disse omstændigheder har Oberlandesgericht Düsseldorf besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det en betingelse for, at der foreligger en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1, stk. 2, litra b), i [direktiv 2004/18], at der i faktisk eller fysisk

forstand udføres bygge- og anlægsarbejde for den ordregivende myndighed, og at dette arbejde umiddelbart bibringer sidstnævnte en økonomisk fordel?

2) For så vidt som der ved definitionen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv [2004/18] ikke kan ses bort fra indkøbselementet: Foreligger der et indkøb i overensstemmelse med bestemmelsens anden mulighed, hvis de påtænkte arbejder for den ordregivende myndighed opfylder et bestemt offentligt formål (f.eks. den bymæssige udvikling af et kommunalt område), og den ordregivende myndighed i henhold til kontrakten er i besiddelse af retlig beføjelse til at sikre, at det offentlige formål bliver opfyldt, og at det dertil nødvendige bygge- og anlægsarbejde fremover vil være til rådighed?

3) Kræver begrebet offentlig kontrakt i overensstemmelse med første og anden mulighed i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv [2004/18], at entreprenøren er direkte eller indirekte forpligtet til at levere arbejderne? Skal der i bekræftende fald foreligge en retligt bindende forpligtelse?

4) Kræver begrebet en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til tredje mulighed i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv [2004/18], at entreprenøren er forpligtet til at udføre arbejderne, eller at arbejderne udgør kontraktens genstand?

5) Henhører kontrakter, hvormed det ved opfyldelsen af de af den ordregivende myndighed præciserede behov er hensigten at sikre, at de arbejder, der skal udføres for et bestemt offentligt formål, skal være til rådighed, og hvorved den ordregivende myndighed (ved kontraktlige bestemmelse) tillægges retlig beføjelse til at

sikre (i sin egen indirekte interesse), at arbejdet står til rådighed for det offentlige formål, under den tredje mulighed i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv [2004/18]?

6) Er begrebet »behov præciseret af den ordregivende myndighed« i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv [2004/18] opfyldt, hvis bygge- og anlægsarbejdet skal udføres i overensstemmelse med planer, der er kontrolleret og godkendt af den ordregivende myndighed?

7) Skal der antages ikke at foreligge nogen koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv [2004/18], hvis indehaveren af koncessionskontrakten er eller bliver ejer af den grund, hvorpå arbejderne skal udføres, eller koncessionen er tildelt for en ubegrænset periode?

8) Skal direktiv [2004/18] — med den retsvirkning, at der påhviler den ordregivende myndighed en forpligtelse til at afholde en udbudsprocedure — også anvendes, hvis en tredjemands grundsalg og tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt finder sted tidsforskudt, og når den offentlige bygge- og anlægskontrakt endnu ikke var tildelt på tidspunktet for indgåelse af aftalen om grundsalget, men den ordregivende myndighed på sidstnævnte tidspunkt agtede at tildele en sådan kontrakt?

9) Skal særskilte, men forbundne, transaktioner vedrørende et grundsalg og [tildeling af] en offentlig bygge- og anlægskontrakt antages at udgøre en enhed i forhold til bestemmelserne om tildeling af offentlige kontrakter, når der forelå en hensigt til at foretage tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt på tidspunktet for indgåelse af aftalen om grundsalget, og parterne bevidst havde skabt en snæver materiel — og muligvis også tidsmæssig — forbindelse mellem kontrakterne (jf. dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705)?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

34 I de fleste sprogversioner af direktiv 2004/18 omfatter begrebet »offentlige bygge- og anlægskontrakter« i direktivets artikel 1, stk. 2, litra b), tre tilfælde. Det første består i udførelse, eventuelt med projektering, af arbejder vedrørende en af de i bilag I til direktivet omhandlede aktiviteter. Det andet tilfælde vedrører udførelse, eventuelt med projektering, af et bygge- og anlægsarbejde. Det tredje tilfælde er udførelse på en hvilken som helst måde af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed.

35 Et »bygge- og anlægsarbejde« i samme bestemmelses forstand er defineret som »resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion«.

36 Mens de fleste sprogversioner anvender udtrykket »bygge- og anlægsarbejde« for såvel andet som tredje tilfælde, anvender den tyske version forskellige udtryk, nemlig »Bauwerk« for det andet tilfælde og »Bauleistung« for det tredje.

37 Endelig er den tyske version den eneste, der i artikel 1, stk. 2, litra b), bestemmer, at den aktivitet, der er omfattet af det tredje tilfælde, skal gennemføres ikke alene »på en hvilken som helst måde«, men også »af tredjemænd« (»durch Dritte«).

38 Ifølge fast retspraksis kan den formulering, der er anvendt i en sproglig version af en EU-retlig bestemmelse, ikke alene tjene som grundlag for bestemmelsens fortolkning eller tillægges større betydning end de øvrige sproglige versioner. Dette ville være i strid med kravet om en ensartet anvendelse af EU-retten. I tilfælde af uoverensstemmelse mellem de forskellige sproglige versioner skal den pågældende bestemmelse fortolkes på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den er led i (jf. dom af 27.3.1990, sag C-372/88, Cricket St Thomas, Sml. I, s. 1345, præmis 18 og 19, af 12.11.1998, sag C-149/97, Institute of the Motor Industry, Sml. I, s. 7053, præmis 16, og af 9.10.2008, sag C-239/07, Sabatauskas m.fl., Sml. I, s. 7523, præmis 38 og 39).

39 Det er i lyset af disse betragtninger, at den forelæggende rets spørgsmål skal besvares.

Det første og det andet spørgsmål

40 Med de to første spørgsmål, som behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om begrebet »offentlige bygge- og anlægskontrakter« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, kræver, at der i faktisk eller fysisk forstand udføres bygge- og anlægsarbejde for den ordregivende myndighed, og at dette arbejde umiddelbart bibringer sidstnævnte en økonomisk fordel, eller om det er tilstrækkeligt, at de pågældende arbejder opfylder et offentligt formål, såsom den bymæssige udvikling af et kommunalt område.

41 Det skal først præciseres, at en offentlig myndigheds salg til en virksomhed af en grund med eller uden bygninger ikke udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18. Inden for rammerne af en sådan kontrakt skal den offentlige myndighed for det første have rollen som køber og ikke sælger. For det andet skal genstanden for en sådan kontrakt bestå i udførelse af arbejde.

42 Denne analyse understøttes af ordlyden af direktivets artikel 16, litra a).

43 Det er således udelukket, at et salg såsom Bundesanstalts salg i hovedsagen af Wittekind kaserne til GSSI i sig selv kan udgøre en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18.

44 Den forelæggende rets spørgsmål vedrører imidlertid ikke dette sælger-køber forhold, men snarere forholdet mellem Stadt Wildeshausen og GSSI, nemlig mellem den offentlige myndighed, der er kompetent på området for byplanlægning, og køberen af Wittekind kaserne. Retten ønsker oplyst, om forholdet mellem dem kan udgøre en offentlig bygge- og anlægskontrakt i bestemmelsens forstand.

45 Det bemærkes i denne forbindelse, at i henhold til artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 forstås ved »offentlige kontrakter« gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt.

46 Begrebet kontrakt er afgørende inden for rammerne af fastlæggelsen af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18. Som det fremgår af anden betragtning til direktivet, har det til formål at anvende EU-rettens bestemmelser på indgåelse af kontrakter på vegne af staten, regionale myndigheder og andre offentligretlige organer. Andre kategorier af aktiviteter, som påhviler de offentlige myndigheder, er ikke omfattet af det pågældende direktiv.

47 Endvidere er det kun gensidigt bebyrdende kontrakter, som kan udgøre offentlige kontrakter henhørende under direktiv 2004/18.

48 Kontraktens gensidigt bebyrdende karakter indebærer, at den ordregivende myndighed, som har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til kontrakten, modtager en ydelse mod et vederlag. Ydelsen består i udførelsen af det arbejde, som den ordregivende myndighed ønsker at opnå (jf. dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 77, og af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 45).

49 En sådan ydelse skal efter sin natur og i henhold til opbygningen og formålet med direktiv 2004/18 bibringe den ordregivende myndighed en økonomisk fordel.

50 Denne økonomiske interesse er klart godtgjort, når det fremgår, at den ordregivende myndighed bliver ejer af de bygge- og anlægsarbejder, der er genstand for kontrakten.

51 En sådan økonomisk interesse kan ligeledes konstateres, hvis det er bestemt, at den ordregivende myndighed får en retlig adkomst, som sikrer den rådigheden over det arbejde, der er genstand for bygge- og anlægskontrakten, henset til dets offentlige anvendelse (jf. i denne retning dommen i sagen Ordine degli Architetti m.fl., præmis 67, 71 og 77).

52 Den økonomiske interesse kan endelig ligge i de økonomiske fordele, som den ordregivende myndighed kan drage af anvendelsen eller den fremtidige afståelse af bygge- og anlægsarbejderne, på grund af dennes økonomiske deltagelse i deres gennemførelse eller i de risici, som den bærer i tilfælde af arbejdets økonomiske fiasko (jf. i denne retning dommen i sagen Auroux m.fl., præmis 13, 17, 18 og 45).

53 Domstolen har allerede fastslået, at en kontrakt, hvorved en ordregivende myndighed overdrager en anden ordregivende myndighed at udføre et bygge- og anlægsarbejde, kan udgøre en offentlig bygge- og anlægskontrakt uafhængigt af, hvorvidt det

er fastsat, at den første ordregivende myndighed er eller bliver ejer af hele eller en del af dette bygge- og anlægsarbejde (Dommen i sagen Auroux m.fl., præmis 47).

54 Følgelig indebærer begrebet »offentlige bygge- og anlægskontrakter« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, at udførelsen af de bygge- og anlægsarbejder, der er genstand for kontrakten, skal bibringe den ordregivende myndighed en økonomisk fordel, uden at det dog er nødvendigt, at ydelsen består i erhvervelse af en materiel eller fysisk genstand.

55 Der opstår et spørgsmål om, hvorvidt disse betingelser er opfyldt, når det omhandlede bygge- og anlægsarbejde tilsigter at opfylde et formål af almen offentlig interesse, som det påhviler den ordregivende myndighed at sikre overholdelsen af, såsom bymæssig udvikling eller sammenhæng i et område af en kommune.

56 I Den Europæiske Unions medlemsstater skal udførelsen af byggearbejder — i det mindste når arbejdet har et vist omfang — normalt gøres til genstand for en forudgående godkendelse fra den offentlige myndighed, der er kompetent på området for byplanlægning. Myndigheden skal under udøvelse af sin regulerede virksomhed vurdere, om udførelsen af bygge- og anlægsarbejdet er i overensstemmelse med den offentlige interesse.

57 Den blotte udøvelse af regulerede virksomhed på området for byplanlægning, som tilsigter at tage hensyn til den offentlige interesse, har imidlertid ikke til formål at modtage en kontraktmæssig ydelse eller at forfølge den ordregivende myndigheds direkte økonomiske interesse, således som det kræves efter artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18.

58 Følgelig skal det første og det andet spørgsmål besvares med, at begrebet »offentlige bygge- og anlægskontrakter« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, ikke kræver, at der i faktisk eller fysisk forstand udføres bygge- og anlægsarbejde for den ordregivende myndighed, når dette arbejde

umiddelbart bibringer sidstnævnte en økonomisk fordel. Sidstnævntes udøvelse af sin regulerede virksomhed på området for byplanlægning er ikke tilstrækkeligt til at opfylde denne betingelse.

Det tredje og det fjerde spørgsmål

59 Med det tredje og det fjerde spørgsmål, som behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om begrebet »offentlig bygge- og anlægskontrakt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, kræver, at den ordregivende myndighed er direkte eller indirekte forpligtet til at gennemføre de arbejder, der er genstand for kontrakten, og at denne forpligtelse er retligt bindende.

60 Som anført i denne doms præmis 45 og 47, defineres offentlige bygge- og anlægskontrakter i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, som gensidigt bebyrdende aftaler. Dette begreb bygger på den tanke, at den ordregivende myndighed forpligter sig til at gennemføre den ydelse, der er genstand for kontrakten, mod et vederlag. Ved at indgå en offentlig bygge- og anlægskontrakt forpligter den ordregivende myndighed sig således til at udføre eller lade udføre det arbejde, der er genstand for kontrakten.

61 Det er uden betydning, om den ordregivende myndighed udfører arbejdet ved egne midler eller gør brug af underleverandører (jf. i denne retning dommen i sagen Ordine degli Architetti m.fl., præmis 90, og i sagen Auroux m.fl., præmis 44).

62 Da de forpligtelser, der kan udledes af kontrakten, er retligt bindende, kan gennemførelsen heraf gøres gældende ved domstolene. Da der ikke findes EU-retlige bestemmelser og i overensstemmelse med princippet om procesautonomi, overlades fastsættelsen af gennemførelsesbestemmelserne for sådanne forpligtelser til national ret.

63 Følgelig skal tredje og fjerde spørgsmål besvares med, at begrebet »offentlig bygge- og anlægskontrakt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, kræver, at den ordregivende myndighed er direkte eller indirekte forpligtet til at gennemføre de arbejder, der er genstand for kontrakten, og at denne forpligtelse er retligt bindende i henhold til bestemmelserne i national ret.

Det femte og det sjette spørgsmål

64 Med det femte og det sjette spørgsmål, som behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om »behov præciseret af den ordregivende myndighed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i tredje tilfælde i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, kan bestå enten i den omstændighed, at den ordregivende myndighed udøver sin kompetence til at sikre, at det bygge- og anlægsarbejde, der skal udføres, svarer til en offentlig interesse, dvs. i udøvelsen af den ordregivende myndigheds kompetence til at kontrollere og godkende byggeplaner.

65 Disse spørgsmål udspringer af den omstændighed, at den ordregivende myndighed i hovedsagen, nemlig Stadt Wildeshausen, ikke har oprettet en fortegnelse over behov i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder, som skal gennemføres på Witterkind kasernes grund. I henhold til forelæggelsesafgørelsen har byrådet blot besluttet, at det var rede til at undersøge det projekt, der er fremlagt af GSSI, og til at indlede en procedure med henblik på udfærdigelse af en byplanlægning for området, der svarer hertil.

66 I det tredje tilfælde i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18 fremgår det, at offentlige bygge- og anlægskontrakter har til formål at gennemføre »et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed«.

67 For at det kan antages, at en ordregivende myndighed har præciseret sine behov i denne bestemmelses forstand, skal sidstnævnte have truffet foranstaltninger med henblik på at definere karakteren af bygge- og anlægsarbejdet eller i det mindste haft afgørende indflydelse på arbejdets projektering.

68 Den omstændighed alene, at den ordregivende myndighed ved udøvelsen af sin regulerede virksomhed på området for byplanlægning har undersøgt visse byggeprojekter, som er forelagt den, eller har truffet afgørelse i henhold til sine beføjelser på dette område, opfylder ikke kravet vedrørende »behov præciseret af den ordregivende myndighed« i bestemmelsens forstand.

69 Det femte og det sjette spørgsmål skal derfor besvares med, at »behov præciseret af den ordregivende myndighed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i tredje tilfælde i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, ikke kan bestå i den omstændighed alene, at den ordregivende myndighed undersøger visse byggeprojekter, som er forelagt den, eller træffer en afgørelse under udøvelse af sine beføjelser på området for byplanlægning.

Det syvende spørgsmål

70 Med det syvende spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om det er udelukket, at der foreligger en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/18, når den eneste operatør, som koncessionskontrakten kan tildeles, allerede er ejer af den grund, hvorpå bygge- og anlægsarbejdet skal udføres, eller når koncessionen er tildelt for en ubegrænset periode.

71 I henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/18 forstås ved koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder »en kontrakt med samme karakteristika som

offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris«.

72 For at en ordregivende myndighed skal kunne overføre retten til at udnytte et arbejde til sin medkontrahent i denne bestemmelses forstand, skal denne ordregivende myndighed kunne råde over udnyttelsen af arbejdet.

73 Dette er normalt ikke tilfældet, når råderetten alene udspringer af den pågældende operatørs ejendomsret.

74 Ejeren af en grund har således råderet til grunden under overholdelse af de gældende retsregler. Så længe en operatør har råderet over den grund, som han ejer, er den ordregivende myndigheds mulighed for at tildele en koncessionskontrakt vedrørende denne udnyttelse i princippet udelukket.

75 Det skal endvidere bemærkes, at kernen af en koncession ligger i den omstændighed, at koncessionshaveren selv bærer den væsentligste økonomiske risiko — eller i hvert fald en væsentlig del heraf — forbundet med driften (jf. i denne retning vedrørende offentlige tjenesteydelseskoncessioner dom af 10.9.2009, sag C-206/08, Eurawasser, Sml. I, s. 8377, præmis 59 og 77).

76 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har anført, at denne risiko kan ligge i entreprenørens usikkerhed for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt byrådets byplanlægningstjeneste godkender hans planer eller ej.

77 Dette argument kan ikke lægges til grund.

78 I et tilfælde som det af Kommissionen anførte er risikoen forbundet med den ordregivende myndigheds regulerede virksomhed på området for byplanlægning og ikke med det kontraktforhold, der følger af koncessionen. Følgelig er risikoen ikke forbundet med driften.

79 For så vidt angår varigheden af koncessionskontrakterne er der under alle omstændigheder tungtvejende grunde, herunder særligt opretholdelsen af konkurrencen, som taler for at betragte tildeling af en koncessionskontrakt uden tidsbegrænsning som værende i strid med Unionens retsorden, således som generaladvokaten har anført i punkt 96 og 97 i forslaget til afgørelse (jf. i samme retning dom af 19.6.2008, sag C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, Sml. I, s. 4401, præmis 73).

80 Det syvende spørgsmål skal derfor besvares med, at under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede er det udelukket, at der foreligger en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/18.

Det ottende og det niende spørgsmål

81 Den forelæggende rets ottende og niende spørgsmål behandles samlet. Med det ottende spørgsmål ønsker retten nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i direktiv 2004/18 finder anvendelse på en situation, hvor en offentlig myndighed sælger en grund til en virksomhed, mens en anden offentlig myndighed har til hensigt at indgå en bygge- og anlægskontrakt vedrørende grunden, skønt denne endnu ikke formelt har besluttet at tildele kontrakten. Det niende spørgsmål vedrører muligheden for ud fra en retlig betragtning at anse salget af grunden og den efterfølgende tildeling af en bygge- og anlægskontrakt for en helhed.

82 I denne henseende er det berettiget ikke straks at udelukke anvendelsen af direktiv 2004/18 på en procedure for tildeling af en kontrakt i to faser, karakteriseret ved salg af en grund, som senere gøres til genstand for en bygge- og anlægskontrakt, idet disse to transaktioner betragtes som en helhed.

83 Imidlertid bekræfter omstændighederne i hovedsagen ikke, at en sådan anvendelse af direktivet forudsættes.

84 Som den franske regering har anført i sine skriftlige indlæg, har parterne i hovedsagen ikke indgået retligt bindende kontraktmæssige forpligtelser.

85 Stadt Wildeshausen og GSSI har for det første ikke underskrevet sådanne forpligtelser.

86 GSSI har for det andet ikke indgået nogen forpligtelse til at gennemføre projektet til udnyttelse af den købte grund.

87 Endelig indeholder notarialakterne vedrørende salget ingen indicier for efterfølgende tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

88 De hensigter, der henvises til i sagens akter, udgør ikke bindende forpligtelser og kan på ingen måde opfylde betingelsen om en skriftlig aftale, som kræves i henhold til selve begrebet offentlige kontrakter i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18.

89 Det ottende og det niende spørgsmål skal derfor besvares med, at under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede finder bestemmelserne i direktiv 2004/18 ikke anvendelse på en situation, hvor en offentlig myndighed sælger en grund til en virksomhed, mens en anden offentlig myndighed har til hensigt at indgå en bygge- og anlægskontrakt vedrørende grunden, skønt denne endnu ikke formelt har besluttet at tildele kontrakten.

Sagens omkostninger

90 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

1) **Begrebet »offentlige bygge- og anlægskontrakter« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra b), i 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, kræver ikke, at der i faktisk eller fysisk forstand udføres bygge- og anlægsarbejde for den ordregivende myndighed, når dette arbejde umiddelbart bibringer sidstnævnte en økonomisk fordel. Sidstnævntes udøvelse af sin regulerede virksomhed på området for byplanlægning er ikke tilstrækkeligt til at opfylde denne betingelse.**

2) **Begrebet »offentlig bygge- og anlægskontrakt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, kræver, at den ordregivende myndighed er direkte eller indirekte forpligtet til at gennemføre**

de arbejder, der er genstand for kontrakten, og at denne forpligtelse er retligt bindende i henhold til bestemmelserne i national ret.

3) »Behov præciseret af den ordregivende myndighed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i tredje tilfælde i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, kan ikke bestå i den omstændighed alene, at den ordregivende myndighed undersøger visse byggeprojekter, som er forelagt den, eller træffer en afgørelse under udøvelse af sine beføjelser på området for byplanlægning.

4) Under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede er det udelukket, at der foreligger en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder i henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/18.

5) Under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede finder bestemmelserne i direktiv 2004/18 ikke anvendelse på en situation, hvor en offentlig myndighed sælger en grund til en virksomhed, mens en anden offentlig myndighed har til hensigt at indgå en bygge- og anlægskontrakt vedrørende grunden, skønt denne endnu ikke formelt har besluttet at tildele kontrakten.

Underskrifter