DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 25 mars 2010 *

I mål C-451/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) genom beslut av den 2 oktober 2008, som inkom till domstolen den 16 oktober 2008, i målet

Helmut Müller GmbH

mot

Bundesanstalt für Immobilienaufgaben,

ytterligare deltagare i rättegången:

Gut Spascher Sand Immobilien GmbH,

* Rättegångsspråk: tyska.

Wildeshausens kommun,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden på andra avdelningen J.N. Cunha Rodrigues (referent), tillförordnad ordförande på tredje avdelningen, samt domarna P. Lindh, A. Rosas, A. Ó Caoimh och A. Arabadjiev,

generaladvokat: P. Mengozzi,
justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 23 september 2009,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Helmut Müller GmbH, genom O. Grübbel, Rechtsanwalt,

— Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, genom S. Hertwig, Rechtsanwalt,

— Wildeshausens kommun, genom J. Lauenroth, Rechtsanwalt,

— Tysklands regering, genom M. Lumma och J. Möller, båda i egenskap av ombud,

— Frankrikes regering, genom G. de Bergues och J.-S. Pilczer, båda i egenskap av ombud,

— Italiens regering, genom G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— Nederländernas regering, genom C. Wissels och Y. de Vries, båda i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom E. Riedl och M. Fruhmann, båda i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom G. Wilms och C. Zadra, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 17 november 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Helmut Müller GmbH (nedan kallat Helmut Müller) och Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (federal myndighet med ansvar för fastighetsfrågor) (nedan kallad Bundesanstalt). Målet rör Bundesanstalts försäljning av mark på vilken köparen avser att senare utföra en byggentreprenad som uppfyller ändamål avseende utveckling av stadsbebyggelsen, vilka specificerats av en enhet på lokal nivå, i förevarande fall Wildeshausens kommun.

Tillämpliga bestämmelser

Unionslagstiftningen

3 I skäl 2 i direktiv 2004/18 anges följande:

”Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i [EG-]fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovannämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.”

4 I artikel 1.2 och 1.3 i direktivet föreskrivs följande:

”2. a) *offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

b) *offentliga byggentreprenadkontrakt*: offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggentreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat. Med byggentreprenad avses ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

…

3. byggkoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning.”

5 Artikel 16 a i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser

a) förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom; …”

Den nationella lagstiftningen

6 I 10 § punkt 1 i bygglagen (Baugesetzbuch) av den 23 september 2004 (BGBl. 2004 I, s. 2414) (nedan kallad BauGB) föreskrivs följande:

”Kommunen antar en detaljplan genom särskilt beslut (Satzung).”

7 I 12 § BauGB föreskrivs följande:

”1) Kommunen får mot bakgrund av en detaljplan för byggentreprenaden bestämma huruvida en plan kan genomföras då byggherren, på grundval av en plan för utförande av projektet som utarbetats i samråd med kommunen och åtgärder för utveckling (projekt- och utvecklingsplan), är beredd att åta sig och inom en viss tid åtar sig att genomföra planen och att helt eller delvis stå för de kostnader i samband med planering och utveckling som uppkommer innan ett beslut antagits i den mening som avses i 10 § punkt 1 (kontrakt om utförande). …

…

3 a) I detaljplanen för byggentreprenaden ska anges för vilket ändamål byggentreprenaden ska utföras genom att det område som ska bebyggas fastställs … eller på annat sätt … Inom ramen för de för byggentreprenaden uppställda ändamålen är endast de projekt som byggherren åtagit sig att genomföra enligt kontraktet om utförande tillåtna. …

…”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

8 Bundesanstalt var ägare till en fastighet med beteckningen ”Wittekind-kasernen”. Fastighetens areal är nästan 24 hektar i Wildeshausen (Tyskland).

9 I oktober 2005 beslutade kommunstyrelsen i Wildeshausens kommun, med hänsyn till att den planerade att åter använda marken i fråga för civilt bruk, att genomföra undersökningar för att använda området för stadsbebyggelse. Området motsvarar ungefär 3 procent av kommunens bebyggda och obebyggda områden.

10 I oktober 2006 meddelade Bundesanstalt via Internet och dagstidningar att den avsåg att sälja Wittekind-kasernen.

11 Helmut Müller, som är ett företag verksamt inom fastighetssektorn, lämnade den 2 november 2006 ett anbud på 4 miljoner euro för att köpa fastigheten, dock på villkor att bolagets planer avseende användningen av marken skulle beaktas vid utarbetandet av stadsplanen för området.

12 Wittekind-kasernen togs ur bruk i början av år 2007.

13 I januari år 2007 inledde Bundesanstalt en anbudsinfordran i syfte att så snart som möjligt avyttra fastigheten i befintligt skick.

14 Helmut Müller lämnade den 9 januari 2007 ett anbud på 400 000 euro. Den 15 januari 2007 höjde bolaget anbudet till 1 miljon euro.

15 Ett annat fastighetsföretag, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (nedan kallat GSSI), som då var under bildande, lämnade ett anbud på 2,5 miljoner euro.

16 Ytterligare två anbud lämnades in.

17 Enligt en värdering som Bundesanstalt låtit utföra, vilken företetts vid den nationella domstolen, var marken i fråga värd 2,33 miljoner euro den 1 maj 2007.

18 Enligt beslutet om hänskjutande lät Wildeshausens kommun, under medverkan av Bundesanstalt, anbudsgivarna presentera sina planer och diskuterade dessa med dem.

19 Bundesanstalt gjorde under tiden en bedömning av Helmut Müllers och GSSI:s planer. Bundesanstalt uppgav att den föredrog GSSI:s plan av stadsplaneringsskäl, och angav att GSSI:s plan skulle komma att göra Wildeshausens kommun mer attraktiv, vilket Bundesanstalt underrättade kommunen om.

20 Parterna kom överens om att fastigheten inte skulle avyttras förrän kommunstyrelsen i Wildeshausens kommun hade godkänt planen. Bundesanstalt uppgav att den skulle rätta sig efter Wildeshausens kommuns beslut.

21 Den nationella domstolen har även uppgett att kommunstyrelsen i Wildeshausens kommun avgjorde ärendet till förmån för den plan som GSSI hade utarbetat. I beslut av den 24 maj 2007 angav kommunstyrelsen följande:

”Kommunstyrelsen i Wildeshausens kommun ska undersöka den plan som herr R. [GSSI:s direktör] har presenterat, samt påbörja ett förfarande i syfte att upprätta en detaljplan för området ...

Det finns ingen lagstadgad rättighet att få en detaljplan antagen (i förekommande fall med avseende på ett projekt).

Det är enligt lag förbjudet för [Wildeshausens kommun] att göra bindande åtaganden avseende bebyggelse eller att fatta beslut inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning (som för övrigt ska ske i enlighet med vad som stadgas i lag och andra föreskrifter) innan ett stadsplaneringsförfarande har avslutats i vederbörlig ordning.

Tidigare fattade beslut är på intet sätt bindande med avseende på stadsplaneringen för [Wildeshausens kommun].

Byggherren och andra berörda parter i projektet ska stå risken för utgifterna i samband med planeringen samt andra utgifter.”

22 Så snart som detta beslut av den 24 maj 2007 hade fattats, återkallade kommunstyrelsen i Wildeshausens kommun det beslut som den hade fattat i oktober år 2005 om inledande av preliminära undersökningar avseende stadsbebyggelse.

23 I samförstånd med Wildeshausens kommun sålde Bundesanstalt Wittekind-kasernen till GSSI, genom ett kontrakt upprättat av notarius publicus (Notar) den 6 juni 2007. Bundesanstalt underrättade Helmut Müller om detta den 7 juni 2007. I januari år 2008 fördes GSSI in i fastighetsregistret som ägare till denna fastighet. Bundesanstalt och GSSI bekräftade köpekontraktet av den 6 juni 2007, genom ett kontrakt upprättat av notarius publicus den 15 maj 2008.

24 Helmut Müller begärde överprövning hos Vergabekammer (organ som är behörigt att i första instans pröva frågor gällande offentlig upphandling), och hävdade att det inte hade genomförts något upphandlingsförfarande i enlighet med reglerna, fastän försäljningen av kasernen omfattades av bestämmelserna om offentlig upphandling. Helmut Müller gjorde gällande att köpekontraktet var ogiltigt därför att bolaget i egenskap av intresserad köpare av marken inte hade informerats i rätt tid.

25 Vergabekammer avvisade begäran om överprövning och angav som skäl i huvudsak att GSSI inte hade tilldelats något byggentreprenadkontrakt.

26 Helmut Müller överklagade detta beslut till Oberlandesgericht Düsseldorf, och gjorde gällande att det med hänsyn till omständigheterna skulle anses att GSSI skulle komma att tilldelas ett byggentreprenadkontrakt i form av en byggkoncession. Enligt Helmut Müller hade Bundesanstalt och Wildeshausens kommun tillsammans fattat de relevanta besluten.

27 Oberlandesgericht Düsseldorf var benägen att godta denna argumentation. Oberlandesgericht Düsseldorf ansåg att Wildeshausens kommun i en nära framtid, även om

det ännu inte kan anges när, kommer att kunna utöva sitt utrymme för skönsmässig bedömning, genom att upprätta en detaljplan för byggentreprenad i den mening som avses i 12 § BauGB, tilldela GSSI ett kontrakt om utförande i den mening som avses i samma bestämmelse, och således tilldela GSSI ett offentligt byggentreprenadkontrakt.

28 Med hänsyn till att kommunen Wildeshausen inte ska utge någon ersättning ansåg Oberlandesgericht Düsseldorf att det offentliga byggentreprenadkontraktet skulle tilldelas i form av en byggnadskoncession och att GSSI skulle stå den ekonomiska risken för transaktionen. Domstolen ansåg även att överlåtelsen av äganderätten till marken och tilldelningen av det offentliga byggentreprenadkontraktet skulle ses som en helhet enligt bestämmelserna om offentlig upphandling. De åtgärder som Bundesanstalt och Wildeshausens kommun vidtog skedde endast vid olika tidpunkter.

29 Oberlandesgericht Düsseldorf angav vidare att den hade intagit samma ståndpunkt i andra mål som anhängiggjorts vid den, bland annat i beslut av den 13 juni 2007 om flygplatsen i Ahlhorn (Tyskland). Oberlandesgericht Düsseldorfs uppfattning delades emellertid inte av alla, då den uppfattning som dominerade bland de tyska domstolarna var en annan. Enligt beslutet om hänskjutande var dessutom den tyska förbundsregeringen på väg att ändra den tyska lagstiftningen avseende offentlig upphandling på motsatt sätt än vad som förordats av ovannämnda domstol.

30 I det lagförslag som den hänskjutande domstolen hänvisat till föreskrivs att definitionen av begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt, enligt 99 § punkt 3 i lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) av den 15 juli 2005 (BGBl. 2005 I, s. 2114), ska förtydligas enligt följande, varvid de planerade ändringarna har kursiverats:

”Byggentreprenadkontrakt är kontrakt som antingen avser utförande eller både projektering och utförande, för *den upphandlande myndighetens räkning* av en

byggentreprenad som är resultatet av bygg- och anläggningsarbeten och som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion, eller en byggentreprenad *som är av ett direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten* vilken utförs av tredje man och tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat."

31 Det planerades även att komplettera 99 § i ovannämnda lag med en ny sjätte punkt, med följande definition av byggkoncessioner:

"En byggkoncession är ett kontrakt om utförande av ett byggentreprenadkontrakt där ersättningen för arbetet inte utgörs av betalning utan av rätten att utnyttja anläggningen under en viss tid eller, eventuellt, av dels en sådan rätt, dels betalning."

32 En kort tid efter framställandet av förevarande begäran om förhandsavgörande antogs dessa ändringar genom lagen om modernisering av bestämmelserna om offentlig upphandling (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts) av den 20 april 2009 (BGBl. 2009 I, s. 790).

33 Mot denna bakgrund beslutade Oberlandesgericht Düsseldorf att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Krävs det, för att det ska föreligga ett offentligt byggentreprenadkontrakt enligt artikel 1.2 b i direktiv [2004/18], att byggentreprenaden, på ett konkret eller

materiellt sätt, utförs åt den upphandlande myndigheten och att myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse härav?

2) I den mån ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv [2004/18] endast kan föreligga om den upphandlande myndigheten erhållit en prestation: Ska en prestation presumeras ha erhållits enligt det andra alternativet i bestämmelsen, om byggentreprenaden måste uppfylla ett särskilt offentligt ändamål för den upphandlande myndigheten (till exempel främja utvecklingen av stadsbebyggelsen i en del av kommunen) och kontraktet ger den upphandlande myndigheten rättslig befogenhet att säkerställa att det offentliga ändamålet uppnås och att anläggningen är tillgänglig i framtiden för detta ändamål?

3) Innebär begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt, enligt det första och andra alternativet i artikel 1.2 b i direktiv [2004/18], ett krav på att entreprenören är direkt eller indirekt skyldig att utföra byggentreprenaden? Måste det i förekommande fall vara fråga om en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol?

4) Innebär begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt, enligt det tredje alternativet i artikel 1.2 b i direktiv [2004/18], ett krav på att entreprenören är skyldig att utföra byggentreprenaden eller att denna entreprenad utgör föremålet för kontraktet?

5) Omfattar begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt, enligt det tredje alternativet i artikel 1.2 b i direktiv [2004/18], kontrakt som, genom att tillgodose de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat, ska säkerställa att den anläggning som ska uppföras är tillgänglig för ett visst offentligt ändamål och genom vilka den upphandlande myndigheten (enligt avtalet) samtidigt ges rättslig

befogenhet att (indirekt i eget intresse) säkerställa att anläggningen är tillgänglig i enlighet med det offentliga ändamålet?

6) Är villkoren för att det ska vara fråga om ’behov som den upphandlande myndigheten har specificerat’, enligt artikel 1.2 b i [direktiv 2004/18], uppfyllda när byggentreprenaden ska utföras enligt planer som har prövats och godkänts av den upphandlande myndigheten?

7) Ska det anses inte vara fråga om en byggkoncession enligt artikel 1.3 i direktiv [2004/18] när koncessionshavaren samtidigt är ägare eller kommer att bli ägare till fastigheten på vilken anläggningen ska uppföras eller om byggkoncessionen tilldelas för en obegränsad tid?

8) Är direktiv [2004/18] tillämpligt, med följd att den upphandlande myndigheten är skyldig att anordna ett anbudsförfarande, när en fastighetsförsäljning genom tredje man och tilldelningen av ett offentligt byggentreprenadkontrakt inte sker vid samma tidpunkt och byggentreprenadkontraktet ännu inte har tilldelats när försäljningen av fastigheten sker, men den upphandlande myndigheten vid den sistnämnda tidpunkten hade för avsikt att tilldela ett sådant kontrakt?

9) Ska de skilda, men likväl sammanhängande, transaktionerna bestående i en fastighetsförsäljning och [tilldelning av] ett offentligt byggentreprenadkontrakt anses utgöra en helhet, enligt bestämmelserna om offentlig upphandling, när avsikten, vid den tidpunkt då köpekontraktet slöts, var att tilldela ett offentligt byggentreprenadkontrakt och parterna medvetet har skapat en nära anknytning mellan kontrakten i materiellt och i förekommande fall även i tidsmässigt hänseende (se dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705)?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

34 I de flesta språkversioner av direktiv 2004/18 innefattar begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt, som föreskrivs i artikel 1.2 b i detsamma, tre alternativ. Det första avser utförande, eventuellt tillsammans med projektering, av en byggentreprenad som omfattas av en av de kategorier som anges i bilaga I till direktivet. Det andra avser utförande, eventuellt tillsammans med projektering, av en byggentreprenad. Det tredje alternativet avser utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.

35 I samma bestämmelse definieras ”byggentreprenad” som ett ”resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion”.

36 I de flesta språkversioner används begreppet ”byggentreprenad” för såväl det andra som det tredje alternativet. I den tyska språkversionen används däremot två skilda begrepp, nämligen ”Bauwerk” (byggentreprenad) för det andra alternativet och ”Bauleistung” (byggarbete) för det tredje.

37 Det är dessutom endast i den tyska språkversionen av artikel 1.2 b som det föreskrivs att den verksamhet som avses i det tredje alternativet inte endast ska utföras ”oavsett form”, utan även ”av tredje man” (durch Dritte).

38 Enligt fast rättspraxis kan den formulering som använts i en av språkversionerna av en unionsrättslig bestämmelse inte ensam ligga till grund för tolkningen av denna bestämmelse eller tillmätas större betydelse än övriga språkversioner. Detta skulle strida mot kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten. I händelse av skillnader mellan språkversionerna, ska bestämmelsen i fråga tolkas mot bakgrund av den allmänna systematiken i och syftet med de föreskrifter i vilka den ingår (se dom av den 27 mars 1990 i mål C-372/88, Cricket St Thomas, REG 1990, s. I-1345, punkterna 18 och 19, av den 12 november 1998 i mål C-149/97, Institute of the Motor Industry, REG 1998, s. I-7053, punkt 16, och av den 9 oktober 2008 i mål C-239/07, Sabatauskas m.fl., REG 2008, s. I-7523, punkterna 38 och 39).

39 Det är mot denna bakgrund som de frågor som den nationella domstolen ställt ska besvaras.

Den första och den andra frågan

40 Den nationella domstolen har ställt de två första frågorna, som ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, innebär ett krav på att den byggentreprenad som är föremål för kontraktet på ett konkret eller materiellt sätt utförs åt den upphandlande myndigheten och att myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse härav, eller huruvida det räcker att byggentreprenaden uppfyller ett offentligt ändamål, såsom att främja utvecklingen av stadsbebyggelsen i en del av kommunen.

41 Domstolen påpekar inledningsvis att försäljning, från en offentlig myndighet till ett företag, av mark eller mark på vilken det redan uppförts byggnader, inte utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18. Den offentliga myndigheten måste nämligen vara köpare och inte säljare, för att det ska vara fråga om ett sådant kontrakt. Syftet med ett sådant kontrakt ska vidare vara att utföra en byggentreprenad.

42 Denna analys bekräftas av ordalydelsen i artikel 16 a i direktivet.

43 Det är följaktligen uteslutet att en sådan försäljning, som Bundesanstalts försäljning av Wittekind-kasernen till GSSI, i målet i den nationella domstolen, i sig kan utgöra ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18.

44 De frågor som den nationella domstolen ställt avser emellertid inte förhållandet mellan säljaren och köparen, utan avser snarare förhållandet mellan Wildeshausens kommun och GSSI, det vill säga mellan den myndighet som är behörig i frågor avseende stadsplanering och köparen av Wittekind-kasernen. Den nationella domstolen vill få klarhet i huruvida dessa förhållanden kan anses ge upphov till ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i den nämnda bestämmelsen.

45 I artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 föreskrivs härvid att med offentliga kontrakt avses skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor.

46 Begreppet kontrakt är av stor betydelse vid definitionen av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18. I skäl 2 i direktivet anges att direktivet har till syfte att tillämpa de unionsrättsliga bestämmelserna vid tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ. Annan verksamhet som omfattas av offentliga myndigheters behörighet omfattas inte av direktivet.

47 Dessutom kan endast ett kontrakt med ekonomiska villkor utgöra ett offentligt kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18.

48 För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt byggentreprenadkontrakt, i enlighet med detta kontrakt erhåller en prestation mot vederlag. Denna prestation består i utförande av byggentreprenader för den upphandlande myndighetens räkning (se dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., REG 2001, s. I-5409, punkt 77, och av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl., REG 2007, s. I-385, punkt 45).

49 En sådan prestation ska, med hänsyn tagen till dess karaktär samt till systematiken i och syftena med direktiv 2004/18, vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.

50 Det föreligger helt klart ett sådant ekonomiskt intresse när den upphandlande myndigheten blir ägare till resultatet av den byggentreprenad som är föremål för kontraktet.

51 Ett sådant ekonomiskt intresse föreligger även när den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet, för att använda dem för offentliga ändamål (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Ordine degli Architetti m.fl., punkterna 67, 71 och 77).

52 Det ekonomiska intresset kan även bestå i de ekonomiska fördelar som den upphandlande myndigheten kan få vid framtida användning eller överlåtelse av anläggningen, i att myndigheten bidragit ekonomiskt vid utförandet av byggentreprenaden eller i de risker som myndigheten står för det fall att byggentreprenaden blir ett ekonomiskt misslyckande (se, för ett liknande resonemang domen i det ovannämnda målet Auroux m.fl., punkterna 13, 17, 18 och 45).

53 Domstolen har redan slagit fast att ett avtal genom vilket en upphandlande myndighet åt en annan upphandlande myndighet anförtror uppförandet av en anläggning kan utgöra ett offentligt byggentreprenadkontrakt, oberoende av om det föreskrivs

att den första upphandlande myndigheten är eller ska bli ägare till hela eller delar av anläggningen (domen i det ovannämnda målet Auroux m.fl., punkt 47).

54 Av det ovan anförda följer att begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, innebär ett krav på att den byggentreprenad som är föremål för kontraktet utförs åt den upphandlande myndigheten och att myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse härav. Det är emellertid inte nödvändigt att prestationen utgörs av förvärv av ett konkret eller materiellt föremål.

55 Frågan är huruvida dessa villkor är uppfyllda när den planerade byggentreprenaden ska uppfylla ett offentligt ändamål av allmänintresse vars säkerställande ankommer på den upphandlande myndigheten, såsom att främja utvecklingen av eller koherensen hos stadsbebyggelsen i en del av kommunen.

56 För utförande av byggentreprenader i Europeiska unionens medlemsstater krävs det vanligtvis att den upphandlande myndighet som är behörig i frågor avseende stadsplanering dessförinnan beviljat tillstånd, åtminstone om byggentreprenaden är av en viss storlek. Denna myndighet ska inom ramen för sin tillsynsbefogenhet bedöma huruvida utförandet av byggentreprenaden är förenlig med allmänintresset.

57 En myndighets användning av sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering över stadsbebyggelsen, vilken avser ett allmänintresse, syftar emellertid inte i sig till att en avtalsprestation ska erhållas eller till att den upphandlande myndighetens direkta ekonomiska intresse ska tillgodoses, såsom krävs enligt artikel 1.2 a i direktiv 2004/18.

58 Mot denna bakgrund ska den första och den andra frågan besvaras enligt följande. Begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, innebär inte ett krav på att den byggentreprenad som är föremål för kontraktet på ett konkret eller materiellt sätt utförs åt den upphandlande myndigheten, under förutsättning att myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av

byggentreprenaden. Den omständigheten att den upphandlande myndigheten använder sig av sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering räcker inte för att det sistnämnda villkoret ska vara uppfyllt.

Den tredje och den fjärde frågan

59 Den nationella domstolen har ställt den tredje och den fjärde frågan, som ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, innebär ett krav på att entreprenören är direkt eller indirekt skyldig att utföra den byggentreprenad som är föremål för kontraktet, och om det i förekommande fall måste vara fråga om en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol.

60 Såsom har erinrats om i punkterna 45 och 47 ovan definieras ett offentligt byggentreprenadkontrakt enligt artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 som ett kontrakt med ekonomiska villkor. Detta begrepp grundas på antagandet att entreprenören åtar sig att utföra den prestation som är föremål för kontraktet mot ett vederlag. Entreprenören är således skyldig, när den ingått ett offentligt byggentreprenadkontrakt, att utföra eller att låta utföra den byggentreprenad som är föremål för kontraktet.

61 Det har ingen betydelse om entreprenören utför byggentreprenaden med egna medel eller om den använder sig av underentreprenörer (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Ordine degli Architetti m.fl., punkt 90 och Auroux m.fl., punkt 44).

62 Eftersom de skyldigheter som följer av kontraktet är rättsligt bindande måste deras fullgörande kunna åberopas inför domstol. Med beaktande av att det inte föreskrivs några bestämmelser i unionsrätten i detta hänseende och av principen om medlemsstaternas självbestämmanderätt i processuella frågor, regleras villkoren för fullgörandet av dessa skyldigheter av nationell rätt.

63 Mot denna bakgrund ska den tredje och den fjärde frågan besvaras enligt följande. Begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, innebär ett krav på att entreprenören är direkt eller indirekt skyldig att utföra den byggentreprenad som är föremål för kontraktet. Det måste vara fråga om en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten.

Den femte och den sjätte frågan

64 Den nationella domstolen har ställt den femte och den sjätte frågan, som ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida de ”behov som den upphandlande myndigheten har specificerat”, enligt det tredje alternativet i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, kan bestå i att den upphandlande myndigheten antingen utövar sin befogenhet att säkerställa att den anläggning som ska uppföras är av allmänintresse, eller utövar sin befogenhet att pröva och godkänna de byggplaner som ska utföras.

65 Dessa frågor har sin grund i att den förmodade upphandlande myndigheten, det vill säga Wildeshausens kommun, i målet i den nationella domstolen hade upprättat en lista över de behov som skulle tillgodoses med avseende på den byggentreprenad som skulle utföras på fastigheten Wittekind-kasernen. Enligt beslutet om hänskjutande beslutade kommunen endast att den skulle undersöka den plan som GSSI hade presenterat, samt påbörja ett förfarande i syfte att upprätta en detaljplan för området.

66 Det föreskrivs emellertid, inom ramen för det tredje alternativet i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, att offentliga byggentreprenadkontrakt avser utförande av en ”byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat”.

67 Det krävs, för att en upphandlande myndighet ska anses ha specificerat sina behov i den mening som avses i bestämmelsen, att myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggentreprenaden eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering.

68 Endast den omständigheten att en upphandlande myndighet, med utövande av sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering, undersöker vissa av de byggplaner som presenterats för den, eller fattar beslut med tillämpning av sina befogenheter på området innebär inte att kravet avseende ”behov som den upphandlande myndigheten har specificerat”, i den mening som avses i bestämmelsen är uppfyllt.

69 Mot denna bakgrund ska den femte och den sjätte frågan besvaras enligt följande. Kravet avseende ”behov som den upphandlande myndigheten har specificerat”, enligt det tredje alternativet i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, är inte uppfyllt bara därför att en upphandlande myndighet undersöker vissa av de byggplaner som presenterats för den, eller fattar beslut inom ramen för sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering.

Den sjunde frågan

70 Den nationella domstolen har ställt den sjunde frågan för att få klarhet i huruvida det inte kan anses vara fråga om en byggkoncession i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 2004/18, när den enda aktör som kan tilldelas koncessionen redan är ägare till marken på vilken anläggningen ska uppföras eller om byggkoncessionen tilldelas för en obegränsad tid.

71 I artikel 1.3 i direktiv 2004/18 föreskrivs att med byggkoncession avses ”ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att

ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning”.

72 För att en upphandlande myndighet ska kunna överlåta rätten att utnyttja anläggningen till sin avtalspart i den mening som avses i bestämmelsen, måste den upphandlande myndigheten kunna förfoga över nyttjanderätten till anläggningen.

73 Så är vanligtvis inte fallet när den enda grunden för nyttjanderätten är den berörda aktörens äganderätt.

74 Ägaren till marken har nämligen rätt att nyttja densamma med iakttagande av tillämpliga rättsliga föreskrifter. Så länge som en aktör åtnjuter rätten att nyttja den mark som den äger, är det i princip uteslutet för en upphandlande myndighet att tilldela en koncession med avseende på detta nyttjande.

75 Kännetecknet för en koncession är att koncessionsinnehavaren själv bär den huvudsakliga ekonomiska risken som är knuten till nyttjandet, eller åtminstone en stor del av denna (se, för ett liknande resonemang, avseende koncessioner av offentliga tjänster, dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, Eurawasser, REG 2009, s. I-8377, punkterna 59 och 77).

76 Europeiska gemenskapernas kommission har hävdat att denna risk kan avse entreprenörens osäkerhet, med avseende på huruvida myndigheten med ansvar för stadsplanering i den berörda kommunen kommer att godkänna dess planer eller inte.

77 Detta argument kan inte godtas.

78 I en sådan situation som den som kommissionen hänvisat till är risken knuten till den upphandlande myndighetens befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering, och inte till det avtalsförhållande som följer av koncessionen. Risken är följaktligen inte knuten till koncessionen.

79 Vad beträffar koncessionernas varaktighet gäller följande. Såsom generaladvokaten påpekade i punkterna 96 och 97 i sitt förslag till avgörande, talar i vilket fall starka skäl, däribland upprätthållandet av konkurrensen, för att tilldelning av koncessioner för en obegränsad tid inte är förenligt med Europeiska unionens rättsordning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2008 i mål C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, REG 2008, s. I-4401, punkt 73).

80 Mot denna bakgrund ska den sjunde frågan besvaras enligt följande. Det är inte fråga om en byggkoncession i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 2004/18 under sådana omständigheter som dem som är aktuella i målet vid den nationella domstolen.

Den åttonde och den nionde frågan

81 Den åttonde och den nionde fråga som den nationella domstolen ställt ska prövas tillsammans. Ovannämnda domstol har ställt den åttonde frågan för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i direktiv 2004/18 är tillämpliga i en situation där en upphandlande myndighet säljer mark till ett företag, medan en annan offentlig myndighet avser att tilldela ett kontrakt avseende utförande av en byggentreprenad på denna mark, även om sistnämnda myndighet ännu inte fattat ett formellt beslut om tilldelning av kontraktet. Den nionde frågan avser huruvida markförsäljningen och den därpå följande tilldelningen av kontraktet kan anses utgöra en helhet i rättsligt hänseende.

82 Det kan inte direkt uteslutas att direktiv 2004/18 kan vara tillämpligt på ett upphandlingsförfarande som sker i två steg, vilket kännetecknas av försäljning av mark beträffande vilken ett byggentreprenadkontrakt ska tilldelas senare, eftersom dessa transaktioner kan ses som en helhet.

83 Omständigheterna i målet i den nationella domstolen ger emellertid inte stöd för att det finns förutsättningar för en sådan tillämpning av direktivet.

84 Parterna i det nationella målet har, såsom den franska regeringen har angett i sina skriftliga yttranden, inte ingått avtal om rättsligt bindande skyldigheter.

85 Wildeshausens kommun och GSSI har för det första inte ingått avtal om skyldigheter av en sådan natur.

86 GSSI har inte heller gjort något som helst åtagande att utföra projektet avseende exploatering av den mark som förvärvats.

87 I köpekontrakten upprättade av notarius publicus anges slutligen inte något om att ett offentligt byggentreprenadkontrakt ska tilldelas.

88 De avsikter som framgår av handlingarna i målet ger inte upphov till bindande skyldigheter och kan ingalunda uppfylla villkoret att det ska vara fråga om ett skriftligt kontrakt, vilket följer av själva begreppet offentligt kontrakt enligt artikel 1.2 a i direktiv 2004/18.

89 Mot denna bakgrund ska den åttonde och den nionde frågan besvaras enligt följande. Bestämmelserna i direktiv 2004/18 är, under sådana omständigheter som de i målet i den nationella domstolen, inte tillämpliga i en situation där en upphandlande myndighet säljer mark till ett företag, medan en annan offentlig myndighet avser att tilldela ett byggentreprenadkontrakt avseende denna mark, även om sistnämnda myndighet ännu inte fattat ett formellt beslut om tilldelning av kontraktet.

Rättegångskostnader

90 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) Begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i artikel 1.2 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, innebär inte ett krav på att den byggentreprenad som är föremål för kontraktet på ett konkret eller materiellt sätt utförs åt den upphandlande myndigheten, under förutsättning att myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av byggentreprenaden. Den omständigheten att den upphandlande myndigheten använder sig av sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering räcker inte för att det sistnämnda villkoret ska vara uppfyllt.

2) Begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, innebär ett krav på att entreprenören är direkt

eller indirekt skyldig att utföra den byggentreprenad som är föremål för kontraktet. Det måste vara fråga om en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol, i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten.

3) **Kravet avseende ”behov som den upphandlande myndigheten har specificerat”, enligt det tredje alternativet i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, är inte uppfyllt bara därför att en upphandlande myndighet undersöker vissa av de byggplaner som presenterats för den, eller fattar beslut inom ramen för sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering.**

4) **Det är inte fråga om en byggkoncession i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 2004/18 under sådana omständigheter som dem som är aktuella i målet vid den nationella domstolen.**

5) **Bestämmelserna i direktiv 2004/18 är, under sådana omständigheter som dem i målet i den nationella domstolen, inte tillämpliga i en situation där en upphandlande myndighet säljer mark till ett företag, medan en annan offentlig myndighet avser att tilldela ett byggentreprenadkontrakt avseende denna mark, även om sistnämnda myndighet ännu inte fattat ett formellt beslut om tilldelning av kontraktet.**

Underskrifter