

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

18. januar 2007\*

I sag C-220/05,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af tribunal administratif de Lyon (Frankrig) ved afgørelse af 7. april 2005, indgået til Domstolen den 19. maj 2005, i sagen:

**Jean Auroux m.fl.**

mod

**Commune de Roanne,**

procesdeltager:

**Société d'équipement du département de la Loire (SEDL),**

\* Processprog: fransk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne K. Lenaerts, E. Juhász (refererende dommer), J.N. Cunha Rodrigues og M. Ilešič,

generaladvokat: J. Kokott

justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. april 2006,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Jean Auroux m.fl. ved avocat J. Antoine

— commune de Roanne ved avocats P. Petit og C. Xavier

— den franske regering ved G. de Bergues og J.-C. Niollet, som befuldmægtigede,

— den litauiske regering ved D. Kriauciūnas, som befuldmægtiget,

- den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget,
  
- den polske regering ved T. Nowakowski, som befuldmægtiget,
  
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved X. Lewis, som befuldmægtiget,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 15. juni 2006,

afsagt følgende

### Dom

- <sup>1</sup> Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 (EFT L 328, s. 1, herefter »direktivet«).
  
- <sup>2</sup> Anmodningen er blevet fremsat inden for rammerne af en sag anlagt af Jean Auroux og otte andre sagsøgere (herefter »sagsøgerne i hovedsagen«) med påstand om annullation af kommunalbestyrelsen i Roanne kommunes beslutning af 28. oktober 2002, hvorved kommunens borgmester blev bemyndiget til at underskrive en offentlig kontrakt med departementet Loires forsyningselskab (herefter »SEDL«) med henblik på at opføre et fritidscentrum i Roanne.

## Retsforskrifter

### *Fællesskabsbestemmelser*

- 3 Efter ordlyden af direktivets anden betragtning indebærer »den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, som i medlemsstaterne indgås for statens, lokale myndigheders og andre offentligretlige organers regning [...], sammen med ophævelsen af begrænsningerne en samordning af de nationale fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter«.
- 4 Det følger af sjette betragtning til direktivet, at bygge- og anlægskontrakter på under 5 mio. EUR kan udelukkes fra konkurrencen, således som denne er reguleret ved direktivet, og at samordningsforanstaltningerne ikke skal finde anvendelse på dem.
- 5 I henhold til tiende betragtning til direktivet »[nødvendiggør] udviklingen af en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter [...], at de udbudsbekendtgørelser, de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne udarbejder, offentliggøres på fællesskabsplan«. Det tilføjes i samme betragtning, at »de oplysninger, som indeholdes i disse udbudsbekendtgørelser, skal gøre det muligt for entreprenører i Fællesskabets at vurdere, om de påtænkte kontrakter interesserer dem«.
- 6 Følgende er fastsat i direktivets artikel 1, litra a)-d):

»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

[...]

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

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

7 De »i bilag II omhandlede former for virksomhed«, der nævnes i direktivets artikel 1, litra a), er den bygge- og anlægsvirksomhed, der svarer til klasse 50 i den systematiske fortegnelse over økonomiske aktiviteter i De Europæiske Fællesskaber. Blandt disse former for virksomhed findes udtrykkeligt gruppen vedrørende opførelse af bygninger.

8 Følgende er fastsat i direktivets artikel 6:

»1. Dette direktiv finder anvendelse:

- a) på offentlige bygge- og anlægskontrakter, såfremt den anslåede værdi eksklusive moms andrager mindst modværdien i [euro] af 5 000 000 særlige trækingsrettigheder (SDR)
  
- b) på offentlige bygge- og anlægskontrakter som omhandlet i artikel 2, stk. 1, såfremt den anslåede værdi eksklusive moms andrager mindst 5 000 000 [EUR].

[...]

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 [EUR], 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, som stilles til entreprenørens rådighed af de ordregivende myndigheder.

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

### *National ret*

- 9 På tidspunktet for de faktiske omstændigheder var i artikel L. 300-4 i code de l'urbanisme (byplanlægningslov), som affattet ved artikel 8 i lov nr. 2000-1208 af 13. december 2000 (JORF af 14.12.2000, s. 19777), fastsat 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 kommune-fællesskaber 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 dets regning at indgå kontrakter om undersøgelser.

De i kapitel IV i afsnit II i lov nr. 93-122 af 29. januar 1993 om forebyggelse af korrupsion og gennemsigtighed i økonomiske forhold og offentlige procedurer finder ikke anvendelse på offentlige kontrakter vedrørende regional planlægning i henhold til denne artikel.

En offentlig kontrakt vedrørende regional planlægning kan indeholde betingelser, hvorefter det medkontraherende organ inddrages i studier vedrørende gennemførelsen og navnlig revision eller ændring af lokalplanen.«

- 10 Efter at Kommissionen havde indledt traktatbrudsprocedure mod Den Franske Republik, blev artikel L. 300-4 i code de l'urbanisme ændret ved lov nr. 2005-809 af 20. juli 2005 om offentlige kontrakter (JORF af 21.7.2005, s. 11833) 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 fastsat ved dekret vedtaget efter høring af 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.«

11 Følgende er fastsat i artikel 11 i nævnte lov nr. 2005-809:

»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«.

### **Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

12 Ved beslutning af 28. oktober 2002 meddelte kommunalbestyrelsen i Roanne kommunens borgmester bemyndigelse til at underskrive en offentlig kontrakt med SEDL med henblik på at opføre et fritidscentrum (herefter »kontrakten«).

- 13 Kontrakten, der blev indgået den 25. november 2002, indeholdt bestemmelse om opførelse af et fritidscenter i flere på hinanden følgende faser. Den første fase omfattede opførelse af en multibiograf og forretningslokaler, der skulle overdrages til tredjemand, såvel som arbejder, der skulle overdrages til den ordregivende myndighed, nemlig en parkeringsplads, såvel som adgangsveje og offentlige områder. De efterfølgende faser, der forudsatte, at et tillæg til kontrakten blev underskrevet, omfattede i det væsentlige opførelse af andre forretnings- eller virksomhedslokaler og et hotel.
- 14 Ifølge kontraktens præambel var det Roanne kommunes hensigt med denne kontrakt at omdanne en bydel af begrænset værdi og at fremme udviklingen af fritids- og turistsektoren.
- 15 I medfør af kontraktens artikel 2 er SEDL bl.a. pålagt den opgave at erhverve fast ejendom, afholde udvælgelsesprøve for arkitekter og/eller ingeniører, foretage undersøgelser, udføre bygningsarbejderne, udarbejde og opdatere visse regnskabs- og administrationsdokumenter, søge økonomiske midler, etablere effektive foranstaltninger til salg af anlæggene og i almindelighed sikre forvaltningen og koordineringen af projektet og holde kommunen underrettet.
- 16 Det følger af kontraktens artikel 10, stk. 2, at enhver tildeling af arbejder fra SEDL til tredjemand er underlagt principperne om offentlighed og udbud, som fastsat i artikel 48, stk. 1, i lov nr. 93-122 af 29. januar 1993 om offentlige aftaler (JORF af 30.1.1993).
- 17 Ifølge den som bilag til kontrakten vedlagte forhåndsopgørelse er det forventet, at de samlede indtægter i forbindelse med udførelsen af projektets første fase udgør 10 227 103 EUR og 14 268 341 EUR for udførelsen af det samlede projekt. Af dette sidstnævnte totalbeløb hidrører et beløb på 2 925 000 EUR fra bystyret som

modydelse for afståelse af parkeringspladsen. Det er i øvrigt anslået, at SEDL oppebærer 8 099 000 EUR som modydelse for arbejder tiltænkt tredjemand. Det er endelig bestemt, at Roanne kommune bidrager til finansieringen af alle de arbejder, der skal udføres, med et beløb på 2 443 103 EUR for den første byggefase og 3 034 341 EUR for det samlede arbejde.

- 18 Det følger af kontraktens artikel 22-25, at SEDL ved kontraktens udløb udarbejder en afsluttende opgørelse, der skal godkendes af Roanne kommune. Ethvert overskydende beløb, der fremgår af denne opgørelse, skal overføres til kommunen. Sidstnævnte bliver endvidere automatisk ejer af samtlige de områder og anlæg bestemt til overdragelse til tredjemand, der endnu ikke er videresolgt. Roanne kommune sikrer ligeledes opfyldelsen af løbende kontrakter med undtagelse af arbejdskontrakter og overtager de gældsforpligtelser, der er indgået af SEDL.
- 19 Ved stævning indleveret til tribunal administratif de Lyon den 11. december 2002 anlagde sagsøgerne i hovedsagen et annullationssøgsmål til prøvelse af kommunalbestyrelsens beslutning af 28. oktober 2002. I forbindelse med dette søgsmål bestrides gyldigheden af nævnte beslutning både i forhold til national ret og fællesskabsret. For så vidt angår sidstnævnte, gør sagsøgerne i hovedsagen gældende, at der forud for indgåelsen af kontrakten skulle have været afholdt en offentliggørelsesprocedure og et udbud i overensstemmelse med de forpligtelser, der udspringer af direktivet.
- 20 På denne baggrund besluttede tribunal administratif de Lyon at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Foreligger der en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i bestemmelserne i artikel 1 i [direktivet...], såfremt en

ordregivende myndighed overdrager en anden ordregivende myndighed at gennemføre et anlægsarbejde af almen interesse, hvorved denne anden ordregivende myndighed skal overdrage de bygge- og anlægsarbejder 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 mio. [SDR], fastsat i artikel 6 i samme direktiv, alene tage hensyn til den pris, der betales som modydelse for overdragelsen af bygge- og anlægsarbejderne til den ordregivende myndighed, eller til summen af denne pris og 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 procedurer for indgåelse af kontrakter med den begrundelse, at denne aftale kun kan indgås med visse juridiske personer, og at disse procedurer vil blive anvendt af den anden ordregivende myndighed ved indgåelsen af dens bygge- og anlægskontrakter?«

## Om formaliteten med hensyn til spørgsmålene

- 21 Roanne kommune og den franske regering gør indledningsvis gældende, at den præjudicielle anmodning må afvises.
- 22 Roanne kommune gør gældende, at den franske lovgiver ved udstedelsen af lov nr. 2005-809 med tilbagevirkende kraft lovliggjorde offentlige anlægskontrakter, der var blevet indgået, uden at der forinden var afholdt en offentliggørelsesprocedure og et udbud. Henset til, at den forelæggende ret er forpligtet til at anvende den franske lov og at lægge til grund, at aftalen er lovliggjort ved denne lov, forudsætter en afgørelse i hovedsagen ikke, at den begærede fortolkning af fællesskabsretten foretages.
- 23 Den franske regering gør gældende, at forelæggelsesafgørelsen med urette kvalificerer den omhandlede kontrakt som en offentlig planlægningskontrakt i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel L. 304-4 i code de l'urbanisme, som den var affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder. Ifølge den franske regering drejer det sig blot om opførelse af anlæg. Det følger heraf, at spørgsmålet om, hvorvidt en kontrakt vedrørende gennemførelsen af et planlægningsprojekt udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt i direktivets forstand, skal afvises, da det er uden forbindelse med tvistens genstand og realitet.
- 24 Det er ubestridt, at både Roanne kommune og den franske regering påstår anmodningen om præjudiciel forelæggelse afvist, idet de støtter sig på betragtninger vedrørende fortolkning af fransk ret og på en kvalificering af de til grund for hovedsagen liggende faktiske omstændigheder i henhold til nævnte franske ret.

- 25 Således som det fremgår af fast retspraksis, er den i artikel 234 EF fastsatte procedure baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, idet sidstnævnte alene har kompetence til at træffe afgørelse vedrørende fortolkningen og gyldigheden af de af denne artikel omfattede fællesskabsretsakter. I denne forbindelse tilkommer det ikke Domstolen at tage stilling til fortolkningen af national ret eller at afgøre, hvorvidt den fortolkning, den nationale ret lægger til grund, er korrekt (jf. i denne retning dom af 22.10.1974, sag 27/74, Demag, Sml. s. 1037, præmis 8, af 16.4.1991, sag C-347/89, Eurim-Pharm, Sml. I, s. 1747, præmis 16, og af 12.1.2006, sag C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg, Sml. I, s. 589, præmis 20).
- 26 Ligeledes tilkommer det udelukkende den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, 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 (jf. dom af 4.12.2003, sag C-448/01, EVN og Wienstrom, Sml. I, s. 14527, præmis 74, og af 12.4.2005, sag C-145/03, Keller, Sml. I, s. 2529, præmis 33). Når de af den nationale ret stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom.
- 27 Det følger heraf, at de argumenter vedrørende formaliteten, som Roanne kommune og den franske regering har fremført, bør forkastes, og at anmodningen om præjudiciel afgørelse bør antages til realitetsbehandling.

### **Om det første spørgsmål**

- 28 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret det nærmere bestemt oplyst, hvorvidt kontrakten udgør en offentlige bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, litra a).

- 29 Ifølge den i denne bestemmelse anførte definition er offentlige bygge- og anlægskontrakter gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, litra b), på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder eller bygge- og anlægsarbejde, som defineret i direktivet, eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov.
- 30 I deres skriftlige indlæg gør Roanne kommune samt den franske og den polske regering gældende, at kontrakten ikke svarer til denne definition og således ikke udgør en offentlige bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivet.
- 31 Ifølge Roanne kommune udgør kontrakten med hensyn til dens genstand ikke en offentlige bygge- og anlægskontrakt, idet den som offentlig planlægningskontrakt har en genstand, der rækker videre end udførelsen af arbejder. I henhold til fransk ret omfatter sådanne aftaler den samlede udførelse af byudviklingsprojekter eller visse byudviklingspolitikker i alle enkeltheder, bl.a. udarbejdelse af projektplan, administrativ og retlig forvaltning, anskaffelse af grunde gennem ekspropriation og etablering af procedurer for indgåelse af kontrakter.
- 32 Den polske regering bemærker i samme retning, at SEDL ifølge aftalen påtager sig at gennemføre et investeringsprojekt, der omfatter forskellige opgaver. Den polske regering fremhæver i denne henseende, at SEDL ikke vil være den entreprenør, der udfører de i kontrakten fastsatte arbejder, men alene påtager sig at forberede og gennemføre en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Idet det er den polske regerings opfattelse, at den vigtigste del af kontrakten består i at afgive ordrer på arbejderne og at overvåge gennemførelsen heraf, gør den gældende, at kontrakten bør kvalificeres som en »offentlig tjenesteydelsesaftale« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 1 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

- 33 Den franske regering gør gældende, at kontraktdelen vedrørende fritidscentrummet, der omfatter gennemførelsen af arbejder, som tænkes solgt til tredjemand, ikke udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt i direktivets forstand. Det er den franske regerings opfattelse, at netop på grund af den omstændighed, at denne del er tiltænkt tredjemand, kan den ikke betragtes, som om den opfylder kommunens behov. Den franske regering tilføjer, at alene opførelsen af parkeringspladsen for Roanne kommunes regning i princippet kunne udgøre en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Nævnte opførelse falder ikke inden for direktivets anvendelsesområde, eftersom parkeringspladsen ikke afstås til kommunen før efter, at den er blevet opført, i henhold til en særlig procedure, der er fastsat i fransk ret, som er benævnt »salg i senere afsluttet tilstand«, således at det i realiteten drejer sig om en simpel anskaffelse af fast ejendom, hvis genstand ikke er arbejderne, men snarere salg af anlæg til opførelse.
- 34 Den litauiske og den østrigske regering samt Kommissionen er af den opfattelse, at kontrakten udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1. Kommissionen gør nærmere gældende, at uanset at kontrakten omfatter visse opgaver, der udgør levering af tjenesteydelser, er kontraktens hovedformål gennemførelsen af et bygge- og anlægsarbejde, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, litra a) og c).
- 35 De argumenter, der er fremført af Roanne kommune samt af den franske og den polske regering, kan ikke godtages.
- 36 Det er ganske vist korrekt, at kontrakten ud over udførelsen af arbejder tillægger SEDL supplerende opgaver, der, således som flere intervenienter har bemærket, har



karakter af levering af tjenesteydelser. Imidlertid følger det, i modsætning til, hvad Roanne kommune gør gældende, ikke af den blotte omstændighed, at kontrakten omfatter dele, der går ud over udførelsen af arbejder, at den falder uden for direktivets anvendelsesområde.

- 37 Det fremgår af Domstolens retspraksis, at når en kontrakt både indeholder dele, der angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, og dele, der angår andre offentlige kontrakter, er det kontraktens hovedformål, der afgør, hvilket fællesskabsdirektiv om offentlige kontrakter der i princippet finder anvendelse (jf. dom af 19.4.1994, sag C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, Sml. I, s. 1329, præmis 29).
- 38 For så vidt angår anvendelsen af denne retspraksis på det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at SEDL's indsats, i modsætning til, hvad den polske regering gør gældende i sine indlæg, i henhold til kontrakten ikke er begrænset til administration og organisering af arbejderne, men ligeledes udstrækker sig til at omfatte udførelsen af de i kontrakten fastsatte arbejder. I øvrigt fremgår det af fast retspraksis, at det for at kunne kvalificeres som entreprenør i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, litra a), ikke kræves, at den person, der indgår kontrakten med en ordregivende myndighed, selv skal være i stand til direkte at gennemføre den aftalte ydelse med sine egne midler (jf. i denne retning dom af 14.4.1994, sag C-389/92, *Ballast Nedam Groep*, Sml. I, s. 1289, præmis 13, og af 2.12.1999, sag C-176/98, *Holst Italia*, Sml. I, s. 8607, præmis 26). Det følger heraf, at det med henblik på at afgøre, hvorvidt kontraktens hovedformål er gennemførelsen af et bygge- og anlægsarbejde, er uden betydning, at SEDL ikke selv udfører alle arbejderne og lader dem udføre af underentreprenører.
- 39 Den franske regerings argument, hvorefter kontraktens hovedformål på grund af de i præmis 33 anførte betragtninger ikke kan betragtes som udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, litra a), bør forkastes.

- 40 For så vidt angår den franske regerings retlige kvalificering af parkeringspladsen skal det bemærkes, at definitionen af en offentlige bygge- og anlægskontrakt falder inden for fællesskabsrettens område. Henset til, at direktivets artikel 1, litra a), ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes lovgivning for at fastslå dens betydning og rækkevidde, har kvalificeringen af aftalen i fransk ret ikke nogen betydning for afgørelsen af, hvorvidt kontrakten er omfattet af direktivets anvendelsesområde (jf. analogt dom af 20.10.2005, sag C-264/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8831, præmis 36).
- 41 Det følger af direktivets artikel 1, litra c), at bedømmelsen af, hvorvidt der foreligger et bygge- og anlægsarbejde, skal foretages i forhold til den økonomiske og tekniske funktion af resultatet af arbejderne (jf. dom af 27.10.2005, forenede sager C-187/04 og C-188/04, Kommissionen mod Italien, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 26). Som det klart fremgår af flere bestemmelser i kontrakten, har opførelsen af et fritidscentrum til formål at lukke op for kommercielle aktiviteter og tjenesteydelser, således at kontrakten må anses for at opfylde en økonomisk funktion.
- 42 I øvrigt må opførelsen af fritidscentrummet betragtes som svarende til de af Roanne kommune i kontrakten fastlagte behov. Det skal i denne henseende bemærkes, at det af kontrakten omfattede bygge- og anlægsarbejde er det samlede fritidscentrum, hvilket omfatter opførelsen af en multibiograf, forretningslokaler i forbindelse med fritidsaktiviteterne, en parkeringsplads og eventuelt et hotel. Det fremgår af flere af kontraktens bestemmelser, at Roanne kommune med opførelsen af fritidscentrummet i dets helhed tilsigter at genoplive banegårdskvarteret.
- 43 For så vidt angår de øvrige dele, der er omfattet af definitionen af »offentlige bygge- og anlægskontrakter« som fastsat i direktivets artikel 1, litra a), skal det for det første bemærkes, at det er ubestridt, at Roanne kommune, som regional forvaltning, udgør en »ordregivende myndighed« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, litra b), og at der foreligger en skriftlig kontrakt.

44 Det er for det andet ubestridt, at SEDL, som aktiv økonomisk aktør på markedet, der påtager sig at udføre de i kontrakten fastsatte arbejder, skal kvalificeres som entreprenør i direktivets forstand. Således som det er bemærket i denne doms præmis 38, er det i denne henseende uden betydning, at SEDL har gjort brug af underentreprenører for at sikre planlægningen og udførelsen af arbejderne (jf. i denne retning dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 90).

45 Det er endelig åbenbart, at kontrakten er gensidigt bebyrdende. Den gensidigt bebyrdende karakter af en kontrakt henviser til den modydelse til entreprenøren, som følge af udførelsen af de arbejder, der er fastlagt af den ordregivende myndighed (jf. i denne retning dommen i sagen Ordine degli Architetti m.fl., præmis 77). I henhold til kontraktens bestemmelser modtager SEDL et beløb fra Roanne kommune som modydelse for afståelsen af parkeringspladsen. Kommunen påtager sig endvidere en del af omkostningerne for alle de arbejder, der skal udføres. Endelig har SEDL i henhold til aftalen ret til at oppebære indtægter fra tredjemand for afståelse af udførte arbejder.

46 Det fremgår af gennemgangen af kontrakten, at dennes hovedformål, således som Kommissionen har gjort gældende, er udførelsen af en helhed af arbejder, der leder til udførelse af et bygge- og anlægsarbejde i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, litra c), nemlig et fritidscentrum. De tjenesteydelselementer, der er fastsat i kontrakten, såsom erhvervelse af fast ejendom, søgning af økonomiske midler, afholdelse af udvælgelsesprøve for arkitekter og/eller ingeniører og salg af bygningerne, udgør alle en del af gennemførelsen af dette bygge- og anlægsarbejde.

47 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at en kontrakt, hvorved en ordregivende myndighed overdrager en anden ordregivende myndighed at udføre et bygge- og anlægsarbejde, udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den

forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, litra a), 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.

## Om det andet spørgsmål

- 48 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret, at Domstolen angiver de fremgangsmåder, der anvendes ved fastlæggelsen af værdien af den omhandlede bygge- og anlægskontrakt med henblik på at vurdere, hvorvidt den i direktivets artikel 6 fastsatte tærskel er nået.
- 49 Den forelæggende ret foreslår tre mulige grundlag for beregningen af denne tærskel. For det første skal værdien af bygge- og anlægskontrakten fastslås udelukkende på grundlag af de beløb, der betales af den ordregivende myndighed som modydelse for overdragelsen af de bygge- og anlægsarbejder, der overdrages til denne. For det andet udgøres værdien af bygge- og anlægskontrakten af alle de beløb, der betales af den ordregivende myndighed, dvs. som modydelse for de bygge- og anlægsarbejder, der overdrages til denne, samt de økonomiske bidrag, der udbetales for alle de arbejder, der skal udføres. For det tredje skal der ved fastsættelsen af værdien af bygge- og anlægskontrakten tages hensyn til arbejdernes samlede værdi, hvilket omfatter de beløb, der er betalt af den ordregivende myndighed, og dem, der er modtaget fra tredjemand som modydelse for bygge- og anlægsarbejde, der er udført for deres regning.
- 50 Det skal indledningsvis bemærkes, at bestemmelserne i direktivets artikel 6 i henhold til bestemmelsens ordlyd finder anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis værdi når den i denne artikel fastsatte tærskel. Artiklen indeholder ingen bestemmelse, hvorefter de beløb, der skal tages i betragtning ved fastlæggelsen af værdien af en bygge- og anlægskontrakt, skal begrænses til at omfatte dem, der hidrører fra den ordregivende myndighed.

- 51 Endvidere ville det være i strid med direktivets ånd og formål at udlede en sådan regel af nævnte artikel 6.
- 52 Som det fremgår af anden og tiende betragtning til direktivet, har det til formål at fjerne begrænsningerne for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter med henblik på at åbne disse kontrakter for en effektiv konkurrence (jf. dommen i sagen *Ordine degli Architetti m.fl.*, præmis 52). Det anføres i tiende betragtning, at udviklingen af denne konkurrence nødvendiggør offentliggørelse på fællesskabsplan af udbudsbekendtgørelser, der vedrører de pågældende kontrakter, som indeholder tilstrækkelige oplysninger til, at det er muligt for entreprenører i Det Europæiske Fællesskab at vurdere, om de påtænkte kontrakter interesserer dem. I denne henseende tjener den i direktivets artikel 6 fastsatte tærskel til at sikre, at offentlige bygge- og anlægskontrakter, der har en tilstrækkelig høj værdi til, at de kan berettige deltagelse fra andre medlemsstater inden for Fællesskabet, bliver meddelt potentielle tilbudsgivere.
- 53 Henset til, at formålet med de i direktivet fastsatte procedurer for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter netop er at garantere de potentielle tilbudsgivere i Det Europæiske Fællesskab adgang til offentlige bygge- og anlægskontrakter, der interesserer dem, følger det, at det er i forhold til deres synsvinkel, at beregningen af, hvorvidt værdien af en bygge- og anlægskontrakt når den tærskel, der er fastsat i direktivets artikel 6, skal foretages.
- 54 Det er i denne henseende åbenbart, at hvis værdien af en bygge- og anlægskontrakt udgøres af indtægter, der på samme tid hidrører fra den ordregivende myndighed og tredjemand, omfatter den potentielle tilbudsgivers interesse i en sådan bygge- og anlægskontrakt den samlede værdi heraf.

- 55 I modsat fald ville antagelsen, hvorefter kun de af den ordregivende myndighed betalte beløb skulle tages i betragtning ved beregningen af værdien af en bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 6, undergrave direktivets formål. Som følge heraf ville den ordregivende myndighed kunne tildele en bygge- og anlægskontrakt, der har en samlet værdi over den i nævnte artikel 6 fastsatte tærskel, og som kunne interessere andre på markedet aktive entreprenører, uden at anvende den i direktivet fastsatte procedure for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- 56 Det skal endelig bemærkes, at koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder i medfør af direktivets artikel 3 er underlagt dets bestemmelser om offentliggørelse, når den i nævnte bestemmelse fastsatte tærskel er nået. Henset til, at den væsentligste egenskab ved disse kontrakter er, at modydelsen for arbejderne hidrører helt eller delvis fra tredjemand, ville det være i strid med det formål og den systematik, der ligger til grund for direktivet, såfremt beløb hidrørende fra tredjemand i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter blev udelukket fra beregningen af værdien af bygge- og anlægskontrakten for så vidt angår direktivets artikel 6.
- 57 Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at der ved fastlæggelsen af værdien af en bygge- og anlægskontrakt for så vidt angår direktivets artikel 6 skal tages hensyn til bygge- og anlægskontraktens samlede værdi i forhold til en potentiel tilbudsgivers synspunkt, hvilket ikke blot omfatter alle de beløb, som den ordregivende myndighed skal betale, men også indtægter hidrørende fra tredjemand.

### **Om det tredje spørgsmål**

- 58 Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om en ordregivende myndighed ved indgåelse af en kontrakt som den i hovedsagen foreliggende er fritaget for at anvende de i direktivet fastsatte procedurer for indgåelse af kontrakter

med den begrundelse, at denne kontrakt i henhold til national ret kun kan indgås med visse juridiske personer, der selv er ordregivende myndigheder og for deres vedkommende er forpligtede til at anvende nævnte procedurer ved indgåelse af eventuelle efterfølgende bygge- og anlægskontrakter.

- 59 Det skal indledningsvis bemærkes, at de eneste lovlige undtagelser fra anvendelsesområdet for direktivet er dem, der udtrykkeligt er opregnet heri (jf. analogt dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 43, og af 11.5.2006, sag C-340/04, Carbotermo og Consorzio Alisei, Sml. I, s. 4137, præmis 45).
- 60 Direktivet indeholder imidlertid ikke en til artikel 6 i direktiv 92/50 svarende bestemmelse, hvorefter offentlige kontrakter, som på visse betingelser tildeles ordregivende myndigheder, falder uden for direktivets anvendelsesområde (jf. analogt Teckal-dommen, præmis 44, og Carbotermo og Consorzio Alisei-dommen, præmis 46).
- 61 Det skal bemærkes, at artikel 11 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) indeholder en undtagelse for så vidt angår ordregivende myndigheder, der bl.a. anskaffer bygge- og anlægsarbejder gennem en indkøbscentral, som defineret i samme direktivs artikel 1, stk. 10. Denne bestemmelse finder imidlertid ikke tidsmæssig anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

- 62 Det følger heraf, at en ordregivende myndighed ikke er fritaget for at anvende de i direktivet fastsatte procedurer for indgåelse af kontrakter med den begrundelse, at den påtænker at indgå den omhandlede bygge- og anlægskontrakt med en anden ordregivende myndighed (jf. analogt Teckal-dommen, præmis 51, samt dom af 7.12.2000, sag C-94/99, ARGE, Sml. I, s. 11037, præmis 40, og af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 47). Denne konstatering har i øvrigt ingen indvirkning på denne sidstnævnte ordregivende myndigheds egen forpligtelse til at anvende de i direktivet fastsatte procedurer for offentlige udbud (jf. analogt Teckal-dommen, præmis 45).
- 63 Det er korrekt, at offentligt udbud i henhold til Domstolens retspraksis ikke er obligatorisk for kontrakter indgået mellem en lokal myndighed og en fra denne forskellig juridisk person, når både den lokale myndighed udøver en kontrol med den pågældende person, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene, og når denne person udfører hovedparten af sin virksomhed med den eller de myndigheder, som den ejes af (jf. Teckal-dommen, præmis 50, og dom af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 38 og 39).
- 64 Den omstændighed, at SEDL er et lokalt halvoffentligt selskab, hvori indgår private kapitalandele, udelukker, at Roanne kommune kan betragtes som om, den udøver en kontrol hermed, der er analog til den, kommunen udøver over sine egne tjenestegrene. Domstolen har fastslået, at private investeringer i virksomheder styres af overvejelser, som tjener private interesser og forfølger formål af en anden karakter end dem, der forfølges af en offentlig myndighed (jf. dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 49 og 50). Den argumentation, der af Domstolen er lagt til grund i dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau for så vidt angår offentlige tjenesteydelseskontrakter, finder ligeledes anvendelse for så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter.



- 65 Det fremgår af Roanne kommunes indlæg samt indlæggene fra den franske og den polske regering, at direktivets effektive virkning ifølge dem alligevel bevares i tilfælde, hvor, som i denne sag, en anden ordregivende myndighed er forpligtet til at anvende de i direktivet fastsatte procedurer for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter for alle efterfølgende kontrakter. Det er med henblik på at sikre en effektiv konkurrence uden betydning, om en sådan procedure organiseres af den første ordregivende myndighed eller den anden.
- 66 Det skal for det første bemærkes, at direktivet ikke indeholder bestemmelser, hvorefter det ikke skal anvendes i tilfælde af offentlige bygge- og anlægskontrakter, der indgås mellem to ordregivende myndigheder, selv hvis det lægges til grund, at den anden ordregivende myndighed er forpligtet til at udlægge den samlede værdi af bygge- og anlægskontrakten til efterfølgende underentreprenører og med henblik herpå skal anvende de i direktivet fastsatte procedurer for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- 67 I øvrigt er det i det foreliggende tilfælde ikke fastsat i kontrakten, at SEDL er forpligtet til at udlægge den samlede værdi af den oprindelige bygge- og anlægskontrakt til efterfølgende underentreprenører. Endvidere gælder det, således som generaladvokaten med rette har bemærket i punkt 72 i forslaget til afgørelse, at de efterfølgende kontrakter, som en anden ordregivende myndighed indgår med underentreprenører, ofte risikerer alene at repræsentere en del af værdien af den samlede bygge- og anlægskontrakt. Dette kan medføre, at værdien af de efterfølgende bygge- og anlægskontrakter, der indgås af en anden ordregivende myndighed, er mindre end de værdier, der fremgår af direktivets artikel 6, stk. 1, litra a). Således ville direktivet kunne omgås ved at etablere flere på hinanden følgende bygge- og anlægskontrakter.
- 68 Det tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at en ordregivende myndighed ved indgåelse af en kontrakt ikke er fritaget for at anvende de i direktivet fastsatte procedurer for indgåelse af kontrakter med den begrundelse, at denne kontrakt i henhold til national ret kun kan indgås med visse juridiske personer, der selv er ordregivende myndigheder, og for deres vedkommende er forpligtet til at anvende nævnte procedurer ved indgåelse af eventuelle efterfølgende bygge- og anlægskontrakter.

## Sagens omkostninger

- 69 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør 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 (Første Afdeling) for ret:

- 1) En kontrakt, hvorved en ordregivende myndighed overdrager en anden ordregivende myndighed at udføre et bygge- og anlægsarbejde, udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 1, litra a), i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997, 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.
  
- 2) Ved fastlæggelsen af værdien af en bygge- og anlægskontrakt for så vidt angår artikel 6 i direktiv 93/37, som ændret ved direktiv 97/52, skal der tages hensyn til bygge- og anlægskontraktens samlede værdi i forhold til en potentiel tilbudsgivers synspunkt, hvilket ikke blot omfatter alle de beløb, som den ordregivende myndighed skal betale, men også indtægter hidrørende fra tredjemand.

- 3) **En ordregivende myndighed er ved indgåelse af en kontrakt ikke fritaget for at anvende de i direktiv 93/37, som ændret ved direktiv 97/52, fastsatte procedurer for indgåelse af kontrakter med den begrundelse, at denne kontrakt i henhold til national ret kun kan indgås med visse juridiske personer, der selv er ordregivende myndigheder, og for deres vedkommende er forpligtet til at anvende nævnte procedurer ved indgåelse af eventuelle efterfølgende bygge- og anlægskontrakter.**

Underskrifter