



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
Föredraget den 11 april 2013¹

Mål C-576/10

**Europeiska kommissionen
mot**

Konungariket Nederländerna

”Fördragsbrott — Direktiv 2004/18/EG — Tillämpning i tiden — Byggkoncession — Principer för tilldelning av kontrakt — Kontrakt med ekonomiska villkor — Direkt ekonomiskt intresse — Koncession för en obestämd tid — Ägande av anläggningen — Eindhovenens kommun”

I – Inledning: Bakgrund och förfarande

A – Kort redogörelse för de faktiska omständigheterna

1. I förevarande talan om fördragsbrott har Europeiska kommissionen gjort gällande att Konungariket Nederländerna har åsidosatt unionsbestämmelserna om offentlig upphandling genom att, när Eindhovenens kommun tilldelade en påstådd byggkoncession, inte ha uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 2 och avdelning III i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.²

2. Målet har sitt ursprung i ett beslut av den 7 augusti 2001, som Eindhovenens kommun fattade (nedan kallad kommunen), om att i kommunen genomföra ett fastighetsprojekt inom ett område som ligger mellan det befintliga området Doornakkers och det nya bostadsområdet Tongelresche Akkers.³ Kommunens avsikt var att bygga om nämnda område (nedan kallat Doornakkers centrum), som kommunen ägde, så att boende i de båda områdena skulle få möjlighet att få tillgång till vissa sociala och kulturella tjänster (en vårdcentral, ett centrum för lek, integration och studier (nedan kallat SPILcentrum) och ett köpcentrum kombinerat med lägenheter).

3. Den 12 september 2001 godkände kommunfullmäktige den detaljplan som hade tagits fram av de kommunala myndigheterna och som avsåg Doornakkersprojektet (bilaga 2 till svaromålet). Detaljplanen innehöll riktlinjerna för ombyggnaden av området i form av en översikt och det planerades för infrastruktur och anläggningar för att förena det befintliga området Doornakkers med det nya bostadsområdet Tongelresche Akkers. I det första området skulle det finnas vårdinrättningar, lokaler för kommersiell verksamhet och lägenheter. I det andra området skulle det erbjudas utrustade fritidsboenden, bland annat sportanläggningar.

1 — Originalspråk: franska.

2 — EUT L 134, s. 114.

3 — Se kommunförvaltningens yttrande av den 26 juli 2001, som godkändes av kommunfullmäktige den 7 augusti 2001 (bilaga 1 till svaromålet).

4. Den 11 april 2002 upprättade de kommunala myndigheterna sitt yttrande som var rubricerat ”Val av byggherre till centrumet i området Doornakkers”.⁴ I yttrandet informerades kommunfullmäktige om vilka kriterier som skulle tillämpas för att välja köparen av den mark där projektet för området Doornakkers skulle genomföras. I yttrandet preciserades även att i köpeavtalet av marken som den tilltänkta avtalspartnern erbjöds skulle ”ramvillkoren och riktlinjerna som kommunen har fastställt, nämligen förfrågningsunderlaget” iakttas och att avtalet skulle ”vara i enlighet med ... köparnas/slutanvändarnas önskemål”.⁵

5. I dessa ramvillkor och riktlinjer preciserades bland annat byggnadernas funktion och höjd i enlighet med stadsplanen. I ramvillkoren och riktlinjerna planerades det för att bygga lägenheter och bostäder, att bygga ut den befintliga vårdcentralen, en förbindelsezon mellan de två huvudsakliga områdena, att det skulle vara lättillgängligt, ett källargarage i enlighet med de kommunala bestämmelserna om parkering, att bevara värdefulla grönområden och för att bygga ett torg och en ny park i området.

6. I ställningstagandet som var rubricerat ”Val av byggherre till centrumet i området Doornakkers”, föreslogs det att de tilltänkta byggherrarna för projektet, företagen Hurks och Haagdijk BV, skulle bjudas in till ett möte. Kommunfullmäktige beslutade den 23 april 2002 att följa ställningstagandet.

7. Således bjöd kommunen i mitten av maj in Hurks och Haagdijk BV per telefon till ett möte den 11 juni 2002.

8. Vid detta möte diskuterades huvudsakligen de ovannämnda ramvillkoren och riktlinjerna samt en handling som var rubricerad ”Information till de byggherrar som deltar i en uttagning”.

9. Den 15 juli 2003 valde kommunen slutligen Hurks som tilltänkt avtalspartner för det köpeavtal som avsåg de berörda markområdena.⁶

10. Från juli 2003 till oktober 2005 preciserade Hurks sin byggnadsplan i en översiktsplan som hade arbetats fram med hjälp av ett arkitektkontor. Översiktsplanen innehöll flera skisser i vilka det noggrant redogjordes för dimensionerna för, och placeringen av, de byggnader som skulle uppföras i enlighet med kommunens ramvillkor och riktlinjer. Översiktsplanen avslutades den 26 oktober 2005 och den godkändes av kommunen den 14 februari 2006.

11. För att genomföra planen ingick kommunen och Hurks ett samarbetsavtal som undertecknades av Hurks den 12 juni 2007 och av kommunen den 16 juli 2007.

12. Parallellt med dessa förhandlingar, bestämde kommunen den 13 februari 2007 att Woonbedrijf skulle bli ägare av SPILcentrum. Ett samarbetsavtal undertecknades av kommunen och Woonbedrijf den 15 april 2008.

B – *Det administrativa förfarandet*

13. Till följd av ett klagomål om att kommunen hade åsidosatt unionsbestämmelserna om offentlig upphandling i samband med projektet för Doornakkers centrum, sände kommissionen den 2 juli 2008 en skrivelse till den nederländska regeringen, i vilken kommissionen bad om upplysningar om det förevarande centrumet. Den nederländska regeringen svarade genom en skrivelse av den 19 december 2008.

4 — Se bilaga 3 till svaromålet.

5 — Se kommunförvaltningens yttrande av den 11 april 2002, som godkändes av kommunfullmäktige den 23 april 2002 (bilaga 3 till svaromålet, punkt 5).

6 — Se bilaga 5 till svaromålet.

14. Eftersom kommissionen ansåg att svaren var bristfälliga, skickade kommissionen den 24 februari 2009 en formell underrättelse till den nederländska regeringen som grundade sig på ett åsidosättande av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling och särskilt av direktiv 2004/18. Den nederländska regeringen svarade genom en skrivelse av den 30 juni 2009. Eftersom kommissionen inte var nöjd med den nederländska regeringens svar, skickade kommissionen ett motiverat yttrande den 9 oktober 2009.

15. Eftersom Nederländernas regering inte ändrade sin uppfattning före den i det motiverade yttrandet angivna fristens utgång, väckte kommissionen den förevarande talan.

II – Tillämpliga bestämmelser

16. I artikel 1.2 och 1.3 i direktiv 2004/18 föreskrivs att:

”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 byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.
- b) *offentliga byggtreprenadkontrakt*: offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggtreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggtreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggtreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat. Med byggtreprenad 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 byggtreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning.”

17. I artikel 2 föreskrivs principerna för tilldelning av kontrakt enligt vilka ”[u]pphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt”.

18. I artikel 16 preciseras att direktivet ”inte [skall] 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”.

19. Avdelningen III i direktiv 2004/18 innehåller slutligen de specialbestämmelser som är tillämpliga på byggkoncessioner.

III – Bedömning

A – De rättsliga problem som ska prövas

20. Innan målet avgörs i sak, bör domstolen pröva följande tre argument som Nederländernas regering har framfört om huruvida talan kan upptas till sakprövning:

- Kommissionen har använt sig av handlingar som den har mottagit eller upptäckt efter att ha utfärdat det motiverade yttrandet.

- Föremålet för talan i kommissionens ansökan har utökats.
- Tillämpningen i tiden (*rationae temporis*) av direktiv 2004/18.

21. Enligt kommissionen, vars uppfattning jag delar, avser det sista argumentet en sakfråga och inte huruvida talan kan tas upp till sakprövning. Jag kommer alltså inledningsvis att pröva de två frågorna om huruvida talan kan upptas till sakprövning för att därefter behandla frågan om direktivets tillämpning i tiden och de andra sakfrågorna.

22. Gällande sakfrågan är parterna huvudsakligen oense om begreppet ”byggkoncession” i den mening som avses i direktiv 2004/18. Enligt Nederländernas regering har kommissionen inte visat att det var fråga om ett offentligt byggentreprenadkontrakt, och därmed inte heller att det var fråga om en byggkoncession.

B – Upptagande till sakprövning

23. Av fast rättspraxis framgår att ett korrekt genomförande av det administrativa förfarandet är nödvändigt enligt fördraget inte bara som en garanti för skyddet av den berörda medlemsstatens rättigheter, utan också för att säkerställa att ett eventuellt domstolsförfarande får ett klart avgränsat tvisteföremål.⁷

24. Det ska erinras om att ”[f]öremålet för talan ska ... enligt fast rättspraxis avgränsas av kommissionens formella underrättelse till den berörda medlemsstaten och dess efterföljande motiverade yttrande. Föremålet får därefter inte utvidgas. Möjligheten för den berörda medlemsstaten att inkomma med sina synpunkter utgör nämligen, även om staten väljer att inte använda sig av den, en i fördraget avsedd väsentlig garanti, och beaktandet av denna garanti är ett viktigt formellt krav för ett korrekt genomförande av förfarandet vid fastställelse av fördragsbrott från en medlemsstats sida. *Följaktligen ska det motiverade yttrandet och kommissionens talan vila på samma grunder som anförs till stöd för den formella underrättelse som inleder det administrativa förfarandet.*”⁸

1. De omtvistade handlingarna

25. Nederländernas regering anser att kommissionen söker visa det påstådda fördragsbrottet genom att grunda sig på handlingar som Nederländernas regering överlämnade till kommissionen eller som kommissionen upprättade efter att ha utfärdat det motiverade yttrandet. Eftersom Nederländernas regering inte under det administrativa förfarandet hade tillfälle att yttra sig över de förevarande handlingarna, har kommissionen åsidosatt Nederländernas regerings rätt till försvar.

a) Vilka är de omtvistade handlingarna?

26. Såsom det har erinrats om ovan är den formella underrättelsen daterad den 24 februari 2009. Nederländernas regering besvarade den formella underrättelsen den 30 juni 2009. Kommissionen delgav den 9 oktober 2009 sitt motiverade yttrande.

7 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-7773), punkt 35, av den 10 april 2003 i mål C-392/99, kommissionen mot Portugal (REG 2003, s. I-3373), punkt 133, och av den 6 september 2012 i mål C-38/10, kommissionen mot Portugal, punkt 16.

8 — Min kursivering, dom av den 14 oktober 2010 i mål C-535/07, kommissionen mot Österrike (REU 2010, s. I-9483), punkt 41.

27. Genom en skrivelse av den 12 maj 2010 begärde dock kommissionen ytterligare upplysningar av Konungariket Nederländerna. Den nederländska regeringen besvarade begäran genom att den 11 juni 2010 skicka in en rad handlingar. Utrikesministern preciserade i sitt svar att kommissionen inte kunde använda dessa upplysningar inom ramen för det förevarande förfarandet.

28. Kommissionen använde emellertid en av dessa handlingar liksom tre andra handlingar, som kommissionen erhöll genom egna efterforskningar som gjordes efter att ha skickat det motiverade yttrandet, och som kommissionen hävdar var tillgängliga för "den breda allmänheten". De fyra omtvistade handlingarna är således följande:

- Samarbetsavtalet av den 15 april 2008 mellan Woonbedrijf – som blir ägare av SPILcentrum – och kommunen (bilaga 5 till ansökan).
- En informationsskrivelse av den 18 mars 2008 från kommunfullmäktige (bilaga 18 till ansökan).
- En förordning av ministern för bostäder, gemenskap och integration av den 6 oktober 2009 med rubriken "Tillfälliga bestämmelser om incitament för projekt att bygga bostäder 2009" och som publicerades i *Staatscourant* den 12 oktober 2009 (bilaga 19 till ansökan).
- En kommuniké från webbplatsen för ministeriet för bostäder, fysisk planering och miljö och som var daterad den 14 december 2009 (bilaga 20 till ansökan).

b) Har kommissionens användning av dessa handlingar betydelse för förfarandets lagenlighet?

29. Såsom jag erinrade om i punkt 24 i detta förslag ska det motiverade yttrandet och kommissionens talan vila på samma grunder som anförs till stöd för den formella underrättelse som inleder det administrativa förfarandet.

30. Således "[kan] kommissionen inte med framgång ... göra gällande att ... på en särskild punkt inte har uppfyllt sina skyldigheter ... med avseende på en särskild faktisk situation som inte angetts i samband med det administrativa förfarandet".⁹ Samtliga särskilda anmärkningar måste nämligen med nödvändighet ha åberopats under det administrativa skedet för att den berörda medlemsstaten ska ges möjlighet att åtgärda den konkreta situation som angetts eller göra invändningar i detta hänseende, eftersom sådana invändningar bland annat kan medföra att kommissionen avstår från denna anmärkning eller att den talan avgränsas som senare väcks vid domstolen.¹⁰

31. Det bör dock noteras att de handlingar som kommissionen i förevarande fall har tillhandahållit, och vars användning har bestridits av Nederländernas regering, avser enbart den faktiska situation som var föremål för det administrativa förfarandet. Syftet med handlingarna är inte att styrka en ny anmärkning, utan endast att belysa kommissionens anmärkning i det förevarande förfarandet.

32. Jag noterar närmare bestämt att de två första handlingarna är daterade i mars och i april 2008 och således är daterade före den formella underrättelsen. Det föreligger ett uppenbart samband mellan handlingarna och den faktiska situationen som har beskrivits i den formella underrättelsen och handlingar av denna typ kan inte vara okända för de nederländska myndigheterna.

9 — Dom av den 26 april 2005 i mål C-494/01, kommissionen mot Irland (REG 2005, s. I-3331), punkt 36.

10 — Jag delar inte Nederländernas uppfattning att det fall som domstolen beskrev i målet kommissionen mot Irland endast begränsas till ett "allmängiltigt fördragsbrott" som endast avser den situationen då en myndighet "systematiskt och varaktigt tolererar" vissa situationer. I samma mål försökte kommissionen tvärtom visa genom att tillhandahålla nya uppgifter att avsikten var "att styrka att det påstådda fördragsbrottet är allmänt och varaktigt". Se domen i det ovannämnda målet, punkt 37.

33. Den första handlingen är ett samarbetsavtal som undertecknades den 15 april 2008 mellan Woonbedrijf och kommunen. Kommunen utsåg emellertid Woonbedrijf som ägare till SPILcentrum redan den 13 februari 2007. När kommunen den 14 februari 2006 beslutade att godkänna Hurks översiktsplan, preciserade kommunen dessutom i sitt beslut att den förevarande planen hade tagits fram av en projektgrupp i vilken bland annat kommunen och Woonbedrijf ingick. Nederländernas regering kunde således inte vara ovetande om att de relationer som hade knutits mellan Woonbedrijf och kommunen var en del av talan.

34. Den andra handlingen är en informationsskrivelse från de kommunala myndigheterna om de bostadsprojekt som kommunen hade initierat för perioden 2005–2010. I skrivelsen hänvisades det vid flera tillfällen uttryckligen till projektet för området Tongelresche Akkers och för Doornakkers centrum. På samma sätt som vad gällde samarbetsavtalet mellan Woonbedrijf och kommunen kunde således Nederländernas regering inte bortse från den eventuella betydelsen av handlingen för målet, eftersom utvecklingen av bostäderna för kommunens del hade ett direkt samband med erhållandet av statliga bidrag och eftersom Doornakkers centrum ingick i denna process.

35. Vad gäller de två andra handlingarna, konstaterar jag att det rör sig om allmänna handlingar, varav en är en administrativ förordning som hade publicerats i *Staatscourant* och den andra är en kommuniké som hade publicerats på en offentlig myndighets webbplats. Den första handlingen reglerade under vilka villkor stöd till programmet för att utveckla bostäder kunde beviljas och den andra är en allmän kommuniké med information om förordningen.

36. Det handlar alltså om handlingar som helt enkelt gör det möjligt att förstå den konkreta situationen och som inte syftar till att anföra en ny anmärkning. Handlingarna belyser tvärtom den anmärkning som hade angetts i den formella underrättelsen och det motiverade yttrandet.

37. Slutligen ska det erinras om att även om kommissionen naturligtvis ska iaktta Nederländernas regerings rätt till försvar, ska Nederländernas regering, i enlighet med skyldigheten om lojalt samarbete som åvilar den enligt artikel 4.3 i EU-fördraget, hjälpa kommissionen att fullgöra sina uppgifter. ”Kommissionen ... [är] [följaktligen] i stor utsträckning ... beroende av uppgifter från eventuella klagande och från den berörda medlemsstaten i fråga om kontroll av att de nationella bestämmelser som införts för att säkerställa att direktivet verkligen genomförs tillämpas korrekt i praktiken, eftersom kommissionen inte har någon egen kontrollbehörighet på området. ... Under sådana omständigheter åligger det nämligen i första hand de nationella myndigheterna att genomföra nödvändiga kontroller på platsen i en anda av lojalt samarbete, i enlighet med den skyldighet att underlätta kommissionens allmänna uppdrag som åvilar samtliga medlemsstater och som domstolen erinrat om i punkt 42 i förevarande dom.”¹¹

38. Jag anser följaktligen att kommissionens talan inte kan avvisas på grund av att kommissionen har använt de ovannämnda handlingarna.

2. Ny anmärkning och utökning av föremålet för talan

39. Nederländernas regering kritiserar vidare kommissionen för att den för första gången i ansökan angav att kommunen tog emot en ”prestation” för att visa att det rörde sig om ett kontrakt med ekonomiska villkor, trots att kommissionen under det administrativa förfarandet endast fokuserade på förekomsten av en ersättning från kommunen till Hurks. Det rör sig om en ny anmärkning som avser förekomsten av en prestation som kommunen tog emot, vilket utökar föremålet för talan.

¹¹ — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Irland, punkterna 42–45.

40. I detta avseende har domstolen i målet kommissionen mot Portugal¹² preciserat att den omständigheten att ”kommissionen, i sin ansökan, i detalj redogjorde för de argument som slutsatsen om det påstådda fördragsbrottet grundades på – argument som i mer allmänna ordalag hade framställts redan i den formella underrättelsen och i det motiverade yttrandet – genom att endast närmare förklara varför den anser att nämnda system är oförenligt med friheten att tillhandahålla tjänster, har således inte ändrat föremålet för fördragsbrottstalan och har följaktligen inte haft någon inverkan på målets omfattning”.

41. Jag delar inte Nederländernas åsikt att denna slutsats inte är tillämplig i förevarande fall. I den formella underrättelsen såväl som i det motiverade yttrandet kritiserade kommissionen Konungariket Nederländerna för att ha åsidosatt unionsbestämmelserna om offentlig upphandling och närmare bestämt direktiv 2004/18. Kommissionen ansåg från början att det avtal som kommunen och Hurks hade ingått var en byggkoncession, i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 2004/18, för vilket det krävs ett avtal med ekonomiska villkor. Kommissionen analyserade uttryckligen detta villkor i sitt motiverade yttrande (sidorna 7–9).

42. Kommissionen har inte anfört någon ny anmärkning i ansökan¹³. Kommissionen aktualiserade sina argument genom att ta med den senaste utvecklingen av domstolens praxis beträffande begreppet ”kontrakt med ekonomiska villkor”, vilket innefattar en prestation från entreprenören för vilken den upphandlande myndigheten har ett ”direkt ekonomiskt intresse” av.¹⁴ Därmed redogjorde kommissionen, enligt min mening, endast i detalj för de argument som slutsatsen om det påstådda fördragsbrottet grundas på, vilka är de argument som i mer allmänna ordalag redan framställdes i den formella underrättelsen och i det motiverade yttrandet.¹⁵

43. Kommissionens talan kan således enligt min mening tas upp till sakprövning.

C – Tillämpningen i tiden (rationae temporis) av direktiv 2004/18

44. Inledningsvis anser jag, som jag redan har preciserat, att den förevarande frågan inte omfattar frågan huruvida talan kan upptas till sakprövning.¹⁶

45. Enligt artikel 80 i direktivet skulle det införlivas senast den 31 januari 2006.

46. Enligt kommissionen började i själva verket inte förhandlingarna förrän efter det att översiktsplanen hade godkänts den 14 februari 2006, det vill säga efter det att direktiv 2004/18 trädde i kraft. Nederländernas regering anser däremot att det är kommunens beslut av den 23 april 2002 som är avgörande för om direktivet är tillämpligt, eftersom det var vid det tillfället som kommunen beslutade att inte använda det europeiska anbudsförfarandet, utan att endast välja två kandidater. Beslutet att gå vidare med Hurks fattades redan den 15 juli 2003.

12 — Dom av den 18 november 2010 i mål C-458/08, kommissionen mot Portugal (REU 2010, s. I-11599), punkt 47 och där angiven rättspraxis.

13 — Se punkterna 156–160.

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

15 — Beträffande att kommissionen i ansökan har åberopat rättspraxis som inte hade angetts vid det administrativa förfarandet i en talan om fördragsbrott, har domstolen slagit fast att ”[g]enom att i ansökan hänvisa till domarna i de ovannämnda Open skies-målen avsåg kommissionen endast att omnämna senaste rättspraxis rörande de principer som reglerar gemenskapens exklusiva externa behörighet, utan att utvidga, ändra eller ens inskränka tvisteföremålet, såsom det angavs i det motiverade yttrandet”. Dom av den 14 juli 2005 i mål C-433/03, kommissionen mot Tyskland (REG 2005, s. I-6985), punkt 29.

16 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-8377).

47. Följande är således nyckeldatumen:

- Den 7 augusti 2001 beslutade Eindhovens kommun att genomföra ett fastighetsprojekt i ett område som låg mellan det befintliga området Doornakkers och det nya bostadsområdet Tongelresche Akkers.¹⁷
- Den 12 september 2001 godkände kommunfullmäktige detaljplanen avseende Doornakkersprojektet som hade tagits fram av kommunen.¹⁸ Detaljplanen innehöll också riktlinjerna för ombyggnaden av området i form av en översikt och det planerades för infrastruktur och anläggningar för att förena det befintliga området Doornakkers med det nya bostadsområdet Tongelresche Akkers. I det första området skulle det finnas vårdinrättningar, lokaler för kommersiell verksamhet och lägenheter. I det andra området skulle det erbjudas utrustade fritidsboenden, med bland annat sportanläggningar.
- Den 11 april 2002 upprättades yttrandet som var rubricerat ”Val av byggherre till centrumet i området Doornakkers”.¹⁹ I yttrandet, som kommunens interna förvaltning hade upprättat, informerades kommunfullmäktige om vilka kriterier som skulle tillämpas för att välja ut köparen av den mark där projektet för området Doornakkers skulle genomföras. I yttrandet preciserades även att i köpeavtalet av marken som den tilltänkta avtalspartnern erbjöds skulle ”ramvillkoren och riktlinjerna som kommunen har fastställt, nämligen förfrågningsunderlaget” iakttas och att avtalet skulle ”vara i enlighet med ... köparnas/slutanvändarnas önskemål”.²⁰ I dessa ramvillkor och riktlinjer preciserades bland annat byggnadernas funktion och höjd i enlighet med stadsplanen. I ramvillkoren och riktlinjerna planerades det för att bygga lägenheter och bostäder, att bygga ut den befintliga vårdcentralen, en förbindelsezon mellan de två huvudsakliga områdena, att det skulle vara lättillgängligt, ett källargarage i enlighet med de kommunala bestämmelserna om parkering, att bevara värdefulla grönområden och för att bygga ett torg och en ny park i området.
- Den 23 april 2002 beslutade kommunfullmäktige att godta ställningstagandet av den 11 april 2002.
- Den 11 juni 2002 träffades kommunen och de två byggherrarna som var tilltänkta att genomföra projektet. Vid detta möte diskuterades de ovannämnda ramvillkoren och riktlinjerna samt ett dokument med rubriken ”Information till de byggherrar som deltar i en uttågning”.²¹
- Den 15 juli 2003 valde kommunen Hurks som samarbetspartner för att genomföra projektet.²²
- Från juli 2003 till oktober 2005 arbetade Hurks fram sina byggnadsplaner (med hjälp av ett arkitektkontor) som preciserades i en översiktsplan. Översiktsplanen innehöll flera skisser i vilka det noggrant redogjordes för dimensionerna för, och placeringen av, de byggnader som skulle uppföras i enlighet med kommunens ramvillkor och riktlinjer.
- Den 31 januari 2006 löpte fristen ut för att införliva direktiv 2004/18.
- Den 14 februari 2006 godkände kommunen Hurks översiktsplan.
- Den 12 juni 2007 undertecknades samarbetsavtalet.

17 — Se kommunförvaltningens yttrande av den 26 juli 2001, som godkändes av kommunfullmäktige den 7 augusti 2001 (bilaga 1 till svaromålet).

18 — Se bilaga 2 till svaromålet.

19 — Se bilaga 4 till svaromålet.

20 — Se kommunförvaltningens yttrande av den 11 april 2002, som godkändes av kommunfullmäktige den 23 april 2002 (bilaga 4 till svaromålet, punkt 5).

21 — Se bilaga 4 till svaromålet.

22 — Se bilaga 5 till svaromålet.

1. Princip och undantag

48. Båda parterna stöder sig på domarna som domstolen meddelade i målen kommissionen mot Frankrike²³ och presstext Nachrichtenagentur²⁴.

49. I domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike belyste domstolen frågan om tillämpligheten i tiden av rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), genom att slå fast såväl en princip som ett undantag.

50. Vad gäller principen "[utgör] en upphandlande myndighets beslut beträffande den typ av förfarande som skall användas, och det eventuella behovet av att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för den offentliga upphandlingen i fråga, ... en särskild fas i förfarandet. I denna fas definieras huvuddragen i förfarandet och den kan normalt *endast inträffa i samband med att förfarandet inleds* ... För att bedöma huruvida direktiv ... är tillämpligt på ett sådant beslut ... *är det därför i princip den tidpunkt vid vilken detta beslut fattades som skall beaktas.*"²⁵ "[D]et skulle [nämligen] strida mot rättssäkerhetsprincipen om de regler som skall tillämpas bestämdes med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet, eftersom denna tidpunkt betecknar slutet på förfarandet, medan den upphandlande myndighetens beslut om huruvida föregående uppmaning till anbudsgivning skall ske normalt fattas i det inledande skedet av förfarandet."²⁶

51. Det finns emellertid ett undantag "om de förhandlingar som fördes [senare] uppvisar betydande skillnader i förhållande till de förhandlingar som förts tidigare och om de följaktligen visar på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet vilket skulle kunna medföra att en tillämpning av bestämmelserna [i ett senare direktiv] är berättigad".²⁷

52. Begreppen "betydande skillnader" och "de väsentliga villkoren i avtalet" har utvecklats i domen i det ovannämnda målet presstext Nachrichtenagentur. För att omfattas av undantaget måste den nödvändiga ändringen ha ett samband med en väsentlig del av avtalet, till exempel:

- Villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än de som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.²⁸
- En väsentlig utsträckning av kontraktets tillämpningsområde så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs.²⁹
- En ändring som kan medföra att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för en anbudsgivare på ett sätt som inte föreskrevs i början.³⁰
- En åtgärd, som inte var föreskriven i det ursprungliga kontraktet, genom vilken den medkontrahent som den upphandlande myndigheten först hade tilldelat kontraktet ersätts.³¹

23 — Domen i det ovannämnda målet av den 5 oktober 2000 (ovan fotnot 16).

24 — Dom av den 19 juni 2008 i mål C-454/06, presstext Nachrichtenagentur (REG 2008, s. I-4401).

25 — Min kursivering, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 36 och 37.

26 — Ibidem, punkt 40.

27 — Ibidem, punkt 44.

28 — Domen i det ovannämnda målet presstext Nachrichtenagentur, punkt 35.

29 — Ibidem, punkt 36.

30 — Ibidem, punkt 37.

31 — Ibidem, punkt 40.

— Priset.

2. Tillämpning i det aktuella målet

53. Undantaget som domstolen slog fast i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike förefaller inte vara tillämpligt på situationen i förevarande mål. Undantaget avser nämligen situationer där ett kontrakt väsentligt har ändrats. Det verkar dock som om det enda kontrakt som kommunen och Hurks undertecknade är daterat till sommaren 2007.

54. Av handlingarna i målet framgår emellertid tydligt att parterna var överens om samtliga väsentliga punkter innan de undertecknade samarbetsavtalet. Kommissionen har för övrigt inte i egentlig mening åberopat att det har förekommit några nya förhandlingar mellan parterna. Men kommissionen anser att vissa väsentliga delar av kontraktet inte avgjordes förrän efter det att fristen för införlivandet av direktiv 2004/18 löpte ut. Enligt kommissionen handlar det således om att analogt tillämpa slutsatsen i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike.³²

55. Jag har inte kommit fram till samma slutsats.

a) Principen

56. Enligt domstolen är det tillämpliga direktivet det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för den offentliga upphandlingen. Denna bestämmelse grundar sig på rättssäkerhetsprincipen, enligt vilken det inte är tillåtet att bestämma de regler som ska tillämpas med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet, eftersom denna tidpunkt betecknar slutet på förfarandet, medan den upphandlande myndighetens beslut om huruvida föregående uppmaning till anbudsgivning ska ske normalt fattas i det inledande skedet av förfarandet.³³

57. Jag anser således att man inte ska beakta huruvida det finns ett avtal i formell mening, utan tvärtom identifiera när i tiden en offentlig myndighet fattar ”beslut beträffande den typ av förfarande som skall användas, och det eventuella behovet av att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för den offentliga upphandlingen i fråga”.³⁴

58. Denna tolkning bekräftas i domen i målet Hochtief och Linde-Kca-Dresden. I målet bekräftade domstolen att när ”[b]eslutet att inte godta det förslag som lämnats av det konsortium som består av [käranden i det nationella målet] och att fortsätta upphandlingen med de två anbudssökande som bedömts vara lämpliga fattades av den upphandlande myndigheten innan fristen för att införliva direktiv 2004/18 hade gått ut ... skulle [det] strida mot rättssäkerhetsprincipen om de regler som ska tillämpas bestämdes med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet, då det beslut som påstås strida mot gemenskapsrätten fattades före [fristen för införlivande hade gått ut]”.³⁵

59. I det här fallet är det otvivelaktigt att beslutet, i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis, fattades av kommunen den 23 april 2002.

32 — Se punkt 46 i kommissionens replik: ”Det ska härledas från rättspraxis att på grundval av principerna om likabehandling och om att förfarandet vid tilldelning av kontrakt ska ske på ett öppet sätt (se artikel 2 i direktivet) ska de offentliga upphandlingarna genomföras på nytt om ett av de väsentliga villkoren i avtalet har ändrats och således leder till att ett kontrakt ingås med en ny avtalspart, *men detta utesluter inte att denna ståndpunkt inte kan tillämpas analogt på andra situationer.*” (Min kursivering.)

33 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 40.

34 — Ibidem, punkt 36.

35 — Dom av den 15 oktober 2009 i mål C-138/08, Hochtief och Linde-Kca-Dresden (REG 2009, s. I-8991), punkterna 28 och 29.

60. Kommunen hade redan godkänt detaljplanen för projektet för Doornakkers centrum den 12 september 2001. Vid denna tidpunkt var riktlinjerna för projektet kända (den nödvändiga infrastrukturen och de nödvändiga anläggningarna för att förena det befintliga området med det nya området, vilka slags byggnader som skulle uppföras etc.).

61. Den 23 april 2002 bestämdes metoden för att välja ut byggherren som skulle genomföra projektet. Det är nämligen vid den tidpunkten som kommunen godkände förvaltningens yttrande, som var rubricerat "Val av byggherre till centrumet i området Doornakkers". I handlingen definierades uttryckligen byggherrens roll och urvalsmetoden (se artiklarna 1.3 och 2). De två i förväg utvalda kandidaterna hade redan lagts fram och bestämmelserna om offentlig upphandling avfärdades uttryckligen: "I slutet av urvalsförfarandet kommer kommunen att utse en byggherre med vilken kommunen kan komma att ingå ett byggherreavtal. För kommunens del handlar det om att hitta en avtalspart för att ingå ett villkorat köpeavtal om marken. De förevarande villkoren ska säkerställa att det planerade närområdet byggs i enlighet med kommunens villkor och önskemål samt i enlighet med förfrågningsunderlaget och med iakttagande av köparnas/slutanvändarnas önskemål. Den omständigheten att kommunen har beslutat sig för en villkorad försäljning innebär att det inte kommer att genomföras något anbudsförfarande och bestämmelserna om offentlig upphandling inte ska tillämpas."³⁶

62. Detta handlar säkerligen om "[den] upphandlande myndighet[en]s beslut beträffande den typ av förfarande som skall användas, och det eventuella behovet av att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för den offentliga upphandlingen".³⁷

b) Undantaget

63. Frågan som återstår är dock om det ovannämnda undantaget är tillämpligt i förevarande fall. Det åligger kommissionen att inom ramen för fördragsbrotttalan, visa att väsentliga delar har ändrats efter den 31 januari 2006, vilket är datumet då fristen för att införliva direktivet löpte ut och som parterna anser vara datumet av avgörande betydelse.

64. Kommissionen har åberopat två omständigheter. Dels fördelningen av den ekonomiska risken för vissa parter i det projektet som avser SPILcentrum, dels ansvaret för att anlägga de offentliga platserna.

i) SPILcentrum

65. Sett till hela projektet, är SPILcentrum den inrättning vars lönsamhet är mest osäker. Hurks ville därför inte ensam bära den ekonomiska risken. Kommunen vägrade dock systematiskt att bära en del av risken. Hurks accepterade slutligen att bygga centrumet för sin egen räkning och på egen risk. I utbyte valde kommunen ett bostadsföretag – Woonbedrijf – till att bli den blivande ägaren av SPILcentrum. Woonbedrijf fick i gengäld ett engångsbidrag på 2,41 miljoner euro.

66. Enligt kommissionen är detta en väsentlig del av samarbetet mellan Hurks och kommunen. Denna del kunde emellertid inte fastställas förrän Woonbedrijf den 13 februari 2007 utsågs till att bli ägare.

36 — Artikel 2.5 i "Yttrande: Val av byggherre till centrumet i närområdet Doornakkers", bilaga 4 till svaromålet.

37 — Domstolens formulering i punkt 36 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike.

ii) Anläggandet av de offentliga platserna

67. I kommunens yttrande som antogs den 23 april 2002, preciserades det i artikel 4.2 att ”byggherren dessutom ska säkerställa att de offentliga platserna anläggs”. Enligt det samarbetsavtal som parterna ingick skulle dock de offentliga platserna förbli kommunens egendom och kommunen var ansvarig ”för sin egen räkning och på egen risk för att [planeringsområdet] skulle göras bebyggbart och beboeligt” (med undantag för marken som var avsatt för köpcentrumet) (artikel 8.1 och 8.2 i samarbetsavtalet).

68. Enligt artikel 1.1 i samarbetsavtalet, avses med begreppet göras beboeligt ”bland annat att anlägga vägar och iordningställa marken samt att anlägga torg, trottoarer, grönområden och offentliga platser inklusive grönkompensationen, och att anlägga väg- och gatuutrustning”.

69. Enligt kommissionen handlar det även i detta fall om en väsentlig del av samarbetet som parterna hade kommit överens om efter det att fristen för att införliva direktiv 2004/18 hade löpt ut.

c) Bedömning

70. Jag anser inte att det är avgörande att det inte beslutades slutgiltigt, förrän efter beslutet av den 23 april 2002, om fördelningen av den ekonomiska risken för vissa parter i projektet för SPILcentrum och om ansvaret att anlägga de offentliga platserna.

71. Om till exempel de utgångspunkter som domstolen nämnde i domen i det ovannämnda målet presstext Nachrichtenagentur används, framgår det att ingen av de två punkter som kommissionen har anfört kan berättiga ett nytt anbudsförfarande:

- Sett till projektet i sin helhet, var de två förevarande punkterna inte tillräckliga för att ”godkänna andra anbudsgivare än de som ursprungligen [hade kunnat] godkän[nas]”.³⁸
- Kontraktets tillämpningsområde utsträcktes inte på något sätt i väsentlig utsträckning så att det även omfattade tjänster som inte först avsågs.³⁹
- Ändringen som avser anläggandet av de offentliga platserna medförde inte en märkbar ändring av kontraktets ekonomiska jämvikt till förmån för den anbudsgivare som tilldelats ett kontrakt på ett sätt som inte ursprungligen föreskrevs.⁴⁰
- Den medkontrahent som den upphandlande myndigheten först hade tilldelat kontraktet ersattes inte med en ny.⁴¹
- Priset hade, som kommissionen själv medger, redan fastställts.⁴²

72. Tvärtom, såsom kommissionen själv har åberopat för att bevisa förekomsten av ett offentligt byggentreprenadkontrakt (vilket är motsägelsefullt), ”visar en jämförelse mellan artikel 1.1 i samarbetsavtalet och den informationsskrivelse som kommunen i juni 2002 delgav de byggherrar som deltog i urvalet att kommunen *i huvudsak redan* 2002 hade fastställt användningsområdet för de byggnader som skulle uppföras”⁴³.

38 — Domen i det ovannämnda målet presstext Nachrichtenagentur, punkt 35.

39 — Ibidem, punkt 36.

40 — Ibidem, punkt 37.

41 — Ibidem, punkt 40.

42 — ”Även om Hurks och kommunen var överens om priset och kommunens försäljning av marken ...” (punkt 46 i kommissionens ansökan).

43 — Min kursivering, punkterna 77 och 78 i kommissionens ansökan.

73. I punkt 43 i ansökan, anser kommissionen till och med att de delar som avgjordes under de förhandlingar som fördes efter beslutet av den 23 april 2002 var detaljer. I punkt 67 i ansökan har kommissionen även bestritt att syftet med samarbetsavtalet endast var att sälja mark, med beaktande av de skyldigheter som byggherrarna ålades vid det informella urvalsförfarandet. Enligt kommissionen "var byggherrarna skyldiga att utforma sina ritningar utifrån ett av kommunen förutbestämt koncept, nämligen en modell som liknas vid en hantel, där båda de borte sidorna utgjorde en kärna med byggnader. Om det endast hade varit frågan om en försäljning av marken, skulle inte den här typen av skyldigheter ha föreskrivits."

74. Så här långt i min bedömning anser jag således att kommissionen inte har lämnat nödvändiga och tillräckliga uppgifter för att visa att direktiv 2004/18, som har åberopats till stöd för talan, är tillämpligt. Det åligger kommissionen att i ett mål enligt artikel 258 FEUF bevisa det påstådda fördragsbrottet.⁴⁴

75. Om kommissionens uppfattning följs leder det för övrigt till en ologisk situation som strider mot lagstiftarens avsikt. Enligt kommissionens resonemang är det nämligen det datum då kommunen godtog översiktsplanen som ska beaktas för att avgöra om direktivet är tillämpligt, det vill säga den 14 februari 2006. Denna översiktsplan, som Hurks hade upprättat, lades fram som en verklig konstruktionsritning. I artikel 2 i samarbetsavtalet, i vilken kontraktets syfte fastställs, preciserades uttryckligen att avsikten var att reglera "metoderna och villkoren för tvåpartssamarbetet mellan parterna för att genomföra projektet *i enlighet med översiktsplanen* och med andra planeringshandlingar".⁴⁵

76. Om det är godkännande av översiktsplanen som ska vara beslutet som avgör om direktivet är tillämpligt, skulle det innebära att en eventuell anbudsinfordran grundar sig på ritningar utförda av en avtalspart som har valts utan anbudsförfarande och som kan komma att inte väljas i slutet av urvalsförfarandet. Vilken byggherre skulle godta att upprätta en liknande översiktsplan utan att kunna garanteras att vara den som verkställer projektet? Vilken byggherre skulle tillåta en konkurrent att använda dennes ritningar?

77. På samma sätt som att rättssäkerheten utgör ett hinder mot att de regler som ska tillämpas bestäms med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet,⁴⁶ utgör säkerligen även rättssäkerheten ett hinder mot att tillämpligheten avgörs med hänsyn till dagen då den offentliga myndigheten godkände ritningarna från den byggherre som tidigare hade valts.

78. I den regel som domstolen fastställde i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike skyddas dessutom konkurrenternas intressen. Att avgöra om direktivet är tillämpligt med hänsyn till beslutet om huruvida ett anbudsförfarande ska genomföras, kan nämligen ha en ändamålsenlig verkan för den talan som eventuellt väcks av en konkurrent som har uteslutits genom den offentliga myndighetens beslut att inte öppna upphandlingen för konkurrens.

79. Genom att underkänna uppfattningen att de bestämmelser som ska tillämpas bestäms med hänsyn till den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet, får regeln lyckligtvis som följd att ett lämpligt datum bibehålls så att de parter som har lidit skada kan bestrida de upphandlande myndigheternas beslut.

44 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 maj 2011 i mål C-306/08, kommissionen mot Spanien (REU 2011, s. I-4541), punkt 94.

45 — Min kursivering.

46 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 40.

80. Eftersom kommissionen inte har anfört några omständigheter som kan visa att direktiv 2004/18, som har åberopats till stöd för talan, var tillämpligt och eftersom kommissionen vid den muntliga förhandlingen bekräftade att den begränsade grunden för talan till enbart det förevarande direktivet (trots att de definitioner och principer som enligt kommissionens mening var tillämpliga, var identiska i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader⁴⁷), anser jag att talan ska ogillas.

81. För det fall domstolen inte instämmer i mitt resonemang och finner att direktiv 2004/18 är tillämpligt, ska jag även analysera sakfrågorna i detta mål.

D – *Prövning i sak*

82. För att slå fast att Konungariket Nederländerna gjort sig skyldig till ett fördragsbrott, ska det fastställas vilket slags kontrakt som slöts mellan kommunen och Hurks om byggandet av Doornackers centrum. Rör det sig endast om en försäljning av marken eller rör det sig om en byggkoncession i den mening som avses i direktiv 2004/18?⁴⁸

1. Bedömning

83. De tre nödvändiga villkoren för att det ska vara fråga om en byggkoncession framgår av definitionen av offentliga byggtreprenadkontrakt och av byggkoncession i artikel 1.2 a och b och 1.3 i direktiv 2004/18. Följande krävs:

- Ett *skriftligt kontrakt* mellan en upphandlande myndighet och en ekonomisk aktör (artikel 1.2 a).
- Ett kontrakt som avser *antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggtreprenader* som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I till direktivet eller av en byggtreprenad, *eller utförande*, oavsett form, *av en byggtreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat* (artikel 1.2 b).
- Ett kontrakt som har slutits med ekonomiska villkor, där ersättningen nödvändigtvis utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning (artikel 1.3).

84. Eftersom det inte har ifrågasatts att det finns ett skriftligt kontrakt mellan kommunen och Hurks ska endast det andra och det tredje villkoret prövas.

a) Ett offentligt byggtreprenadkontrakt

85. En byggkoncession innebär nödvändigtvis, och i första hand, att det finns ett offentligt byggtreprenadkontrakt. Tre olika situationer föreskrivs i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18. Kontraktet ska ha något av följande syften:

- Utförande av sådana byggtreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I till direktiv 2004/18 eller av en byggtreprenad (med byggtreprenad avses resultatet av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion).
- Såväl projektering som utförande av sådana byggtreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I till direktivet eller av en byggtreprenad.

⁴⁷ — EGT L 199, s. 54.

⁴⁸ — Det kan inte röra sig om ett offentligt byggtreprenadkontrakt i egentlig mening, eftersom kommunen inte har lämnat något vederlag (beträffande detta begrepp, se generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien).

— Utförande, oavsett form, av en byggtreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.

86. Enligt Nederländernas regering omfattas inte det kontrakt som slöts mellan kommunen och Hurks av någon av dessa tre kategorier, eftersom det endast rör sig om en försäljning av marken. I artikel 16 i direktiv 2004/18 utesluts uttryckligen denna typ av transaktioner.

87. De avtal som har slutits mellan kommunen och Hurks gäller visserligen försäljning av ett flertal markområden som kommunen ägde. Det framgår emellertid av en läsning av samarbetsavtalet och av helheten av de rättsförhållanden och de ekonomiska förhållanden som knutits mellan Hurks och kommunen att det inte endast kan röra sig om en accessorisk del av avtalet. Dessutom har domstolen ansett att det inte kan uteslutas att direktiv 2004/18 kan vara tillämpligt då ett upphandlingsförfarande avser försäljning av mark beträffande vilken ett byggtreprenadkontrakt ska tilldelas senare.⁴⁹ Resonemanget kan tillämpas då båda transaktionerna föreskrivs i samma avtal.

88. Av motiveringen till det samarbetsavtal som kommunen och Hurks undertecknade framgår följande:

- ”Parterna önskar anlägga ett nytt centrum till förmån för det nya bostadsområdet Tongelresche Akkers och det befintliga området Doornakkers ...” (motivering B).
- ”Kommunen och Hurks har ingått ett avtal om att uppföra de anläggningar som uppräknas i skäl B”, det vill säga en vårdcentral, ett centrum för lek, integration och studier med lägenheter, en utbyggnad av en befintlig vårdcentral med ett källargarage, ett köpcentrum med lägenheter och ett källargarage och lägenheter (motivering F).

89. Kontraktets syfte definierades utan någon som helst hänvisning till försäljning av marken. Enligt artikel 2 i samarbetsavtalet är syftet att reglera ”metoderna och villkoren för tvåpartssamarbetet mellan parterna för att genomföra projektet i enlighet med översiktsplanen och med andra planeringshandlingar”. Det aktuella projektet definierades dock i kontraktet som ”byggandet av planeringsområdet”, vilket innebär att det bland annat krävs att nämnda planeringsområde måste ”göras bebyggbart och beboeligt” i enlighet med villkoren i avtalet (artikel 1.1 i samarbetsavtalet).

90. I kontraktet föreskrevs dessutom att ett arbetslag för projektet skulle bildas, som skulle bestå av en projektgrupp och flera arbetsgrupper, vars roll skulle vara att upprätta planeringshandlingarna – det vill säga det slutgiltiga projektet i detaljplanen, den lokala detaljplanen, förfrågningsunderlaget, handlingarna beträffande nödvändig rivning, ritningarna för att anlägga det offentliga området etc. – och att förbereda parternas beslutsfattande. Ordförande för projektgruppen var kommunens projektledare (artikel 3 i samarbetsavtalet).

91. I artikel 7.5 i samarbetsavtalet, som handlar om försäljning av marken, villkorades försäljningen av marken uttryckligen av att Hurks åtog sig att ”uppföra byggnaderna på markområdet i enlighet med planeringshandlingarna och med tidsplanen”, vilket föreskrevs i artikel 6.

92. Rättegångshandlingarna visar dessutom att priset för marken uppgick till 5 616 024 euro⁵⁰, medan byggkostnaderna för genomförandet av projektet uppskattades till 28 186 000 euro (bilaga 7 till ansökan).

49 — Domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 82.

50 — Nederländernas regering bekräftade vid den muntliga förhandlingen att priset för marken hade tidigare värderats av en oberoende expert och att han inte beaktade en eventuell värdeökning som byggherren senare tillförde. Hurks beviljades ingen nedsättning i gengäld för den vinst som kommunen gjorde till följd av genomförandet av projektet.

93. Av samarbetsavtalet kan således slutsatsen dras att dess syfte inte i huvudsak var att sälja marken, utan framför allt att utföra sådana byggtreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I till direktiv 2004/18, nämligen, för att endast ge ett exempel, byggnadsarbeten eller byggtreprenad i den mening som avses i direktivet.⁵¹

94. Jag anser att det projekt som avses i det aktuella samarbetsavtalet dessutom motsvarar den tredje situationen i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, det vill säga "utförande, oavsett form, av en byggtreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat".

95. Om man nämligen ser till domen i det ovannämnda målet Helmut Müller som kommissionen och Nederländernas regering har åberopat "krävs [det], för att en upphandlande myndighet ska anses ha specificerat sina behov i den mening som avses i [artikel 1.2 b i direktiv 2004/18], att myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggtreprenaden eller åtminstone för att *utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering*."⁵² Detta innebär att "[e]ndast 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 ... inte [innebär] att kravet avseende 'behov som den upphandlande myndigheten har specificerat', i den mening som avses i bestämmelsen är uppfyllt".⁵³

96. Jag delar kommissionens uppfattning i detta avseende. Det framgår av det samarbetsavtal som de båda parterna undertecknade, av andra handlingar som det hänvisades till i samarbetsavtalet (översiktsplanen, handlingarna avseende planeringen etc.) och av den informationsskrivelse som kommunen upprättade i juni 2002 – det vill säga redan i början av projektet – till de två byggherrarna som deltog i urvalet, att kommunen inte endast beslutade om den aktuella fysiska planeringen, utan även om användningsområdet för de byggnader som skulle uppföras.

97. Det går bland annat att se i handlingen som är rubricerad "Doornakkers centrum-programmet"⁵⁴ att antalet byggnader som skulle uppföras angavs i detalj, såväl som antalet rum, rummens användningsområde och till och med deras yta. Även antalet parkeringsplatser som varje lokal skulle tilldelas angavs.⁵⁵

98. Domstolen har emellertid redan preciserat att specifikationer "som ger en detaljerad beskrivning av de byggnader som skulle uppföras, deras egenskaper och utrustning, går mycket längre än en hyresgästs vanliga krav på en nybyggd byggnad av viss storlek".⁵⁶ Ett avtal med sådana specifikationer har, enligt domstolen, som "huvudsakliga syfte ... [att uppföra] de aktuella [byggnaderna] enligt de krav som ställts upp av [den upphandlande myndigheten]".⁵⁷

51 — Beträffande den sistnämnda kategorin, byggtreprenad, är det lämpligt att hänvisa till domen i målet Aurox m.fl. Även i detta fall var det fråga om att ge nytt liv åt ett område genom att skapa ett nöjescentrum som bland annat hade biografanläggning med flera salonger och affärslokaler. Enligt domstolen "följer [det] av artikel 1 c i direktivet att frågan huruvida det föreligger ett byggnadsverk skall bedömas med utgångspunkt i den ekonomiska eller tekniska funktion som är resultatet av bygg- och anläggningsarbetena (se domstolens dom av den 27 oktober 2005 i de förenade målen C-187/04 och C-188/04, kommissionen mot Italien, punkt 26). Det framgår tydligt av flera bestämmelser i avtalet att det nöjescentrum som skall uppföras är avsett att inrymma affärs- och serviceverksamheter. Avtalet måste därför anses fylla en ekonomisk funktion" (dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Aurox m.fl., REG 2007, s. I-385, punkt 41). Det kan inte bestridas att flera aktuella byggnader i det förevarande fallet är avsedda att inrymma affärs- och serviceverksamheter (vårdcentral och SPILcentrum etc.) och fyller därmed en ekonomisk funktion.

52 — Min kursivering, domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 67.

53 — Domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 68.

54 — Bilaga till "Information till de byggherrar som deltar i en uttågning" som upprättades av kommunen inför mötet den 11 juni 2002.

55 — Se bilaga 4 till svaromålet.

56 — Dom av den 29 oktober 2009 i mål C-536/07, kommissionen mot Tyskland (REG 2009, s. I-10355), punkt 58.

57 — Ibidem, punkt 59.

99. Under sådana omständigheter, som liknar omständigheterna i det aktuella målet, har domstolen ansett att om nämnda uppförande utgör en ”byggentreprenad” i den mening som avses i direktivet, om byggentreprenaden är avsedd att fylla en ekonomisk funktion, om värdet är högre än det tröskelvärde som föreskrivs i direktiv 93/37 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader och om kontraktet har slutits med ekonomiska villkor, kan byggentreprenaden kvalificeras som ett offentligt byggentreprenadkontrakt. Det samma gäller i förevarande mål.

100. Projektets arbetslags sammansättning och uppgifter, som definierades i artikel 3 i samarbetsavtalet, återspeglade kommunens önskemål att bibehålla en aktiv roll i projektets utveckling som var mer omfattande än att endast undersöka de byggplaner som presenterats för den och än att fatta beslut med tillämpning av sina befogenheter i frågor avseende stadsplanering. Det var nämligen detta arbetslag, vars ordförande var kommunens projektledare, som skulle upprätta de planeringshandlingar som inte endast innefattade detaljplanen och den lokala detaljplanen, utan även de provisoriska och slutgiltiga projekten för vissa verksamheter, förfrågningsunderlaget och skisser för olika verksamheter samt bygg- och kommunikationsprogrammet (se artikel 5.1–5.3 i samarbetsavtalet). Dessutom skulle de eventuella avvikelserna från översiktsplanen som projektgruppen hade konstaterat godkännas av kommunen (artikel 5.4 i avtalet).

Slutsats i denna del

101. Jag anser att det första villkoret i direktiv 2004/18 för att en byggkoncession ska anses föreligga – det vill säga att det finns ett offentligt byggentreprenadkontrakt – är uppfyllt och att kommissionen har lagt fram tillräcklig bevisning. Det aktuella projektet motsvarar i vart fall det första och det tredje fallet som åsyftas i artikel 1.2 b i direktivet. Projektet syftar nämligen till utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I till direktiv 2004/18 och/eller av en byggentreprenad i den mening som avses i direktivet, och utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.

102. För alla eventualiteters skull preciserar jag igen att Nederländernas regering inte kan vinna framgång med argumentet att de tre fallen i artikel 1.2 b i direktivet sinsemellan utesluter varandra.

103. Såsom kommissionen har uppgett har domstolen redan preciserat att ”sådana anläggningsarbeten som dem som definieras i artikel 4 i lag nr 847/64 utgör byggnads- och konstruktionsarbeten och hör således till de verksamheter som anges i bilaga 2 i [direktiv 2004/18], även om det rör sig om arbeten som i sig själva kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion. Dessa uppfyller således i vart fall de kriterier som angivits i den första och den andra strecksatsen i [direktiv 2004/18].”⁵⁸

104. Den omständigheten att de arbeten som kommunen planerade i det förevarande målet motsvarar flera fall i direktivet kan inte innebära att direktivet inte är tillämpligt.

b) Ett kontrakt med ekonomiska villkor

105. Det tredje villkor som ett kontrakt ska uppfylla för att omfattas av definitionen av byggkoncession är att kontraktet ska ha ingåtts med ekonomiska villkor.

58 — Dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl. (REG 2001, s. I-5409), punkt 59.

106. I enlighet med fast rättspraxis krävs det, för att vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor, att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt kontrakt, i enlighet med detta kontrakt erhåller en prestation mot vederlag, som den upphandlande myndigheten ger till anbudsgivaren⁵⁹. Denna prestation, som är till den upphandlande myndighetens fördel, består i utförande av byggentreprenader för denna myndighets räkning.⁶⁰

i) En prestation och ett direkt ekonomiskt intresse

107. I förevarande mål anges skyldigheten att genomföra byggentreprenad uttryckligen i artikel 7.5 i samarbetsavtalet, i vilket det föreskrivs att "Hurks åtar sig, gentemot kommunen, att uppföra byggnaderna på markområdet i enlighet med planeringshandlingarna och med tidsplaneringen".

108. Domstolen har emellertid i domen i det ovannämnda målet Helmut Müller preciserat att prestationen ska "vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten".⁶¹

109. I stället för att prata om ett direkt ekonomiskt intresse, utvecklade generaladvokaten Mengozzi, i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Helmut Müller, kravet på ett "direkt samband mellan den offentliga myndigheten och de anläggningar som ska uppföras eller de arbeten som ska utföras" så att det kan "föreina behoven, vilka tenderar att stå i motsats till varandra, av att å ena sidan förhindra missbruk och å andra sidan undvika en okontrollerad utvidgning av [direktiv 2004/18:s] tillämpningsområde"⁶².

110. Enligt generaladvokaten Mengozzi kan ett samband konstateras i följande fall:

- När den offentliga myndigheten direkt erhåller äganderätten till den egendom eller de anläggningar som ska uppföras. De situationer där myndigheten inte förvärvar egendomen, men där egendomen omedelbart kommer den till godo ekonomiskt, till exempel genom en nyttjanderätt, är snarlika denna situation.⁶³
- När offentliga medel, eller mer generellt statliga medel (som när marken ställs till förfogande gratis), används för att utföra arbetena eller uppföra anläggningarna.⁶⁴
- När de arbeten som ska utföras eller de anläggningar som ska uppföras är resultatet av ett initiativ från den offentliga myndigheten.⁶⁵ Denna subsidiära kategori ska dock skilja sig från "[a]tt endast tillvarata allmänintresset genom att använda de ordinarie befogenheterna på stadsplaneringsområdet" för att direktiv 2004/18 ska bli tillämpligt.⁶⁶

111. Såsom jag angav ovan i punkt 108 vidhöll inte domstolen kriteriet om direkt samband som sådant i domen i det ovannämnda målet Helmut Müller. Domstolen valde tvärtemot att endast hänvisa till begreppet "direkt ekonomiskt intresse". Jag anser därmed att domstolen uteslöt den ovannämnda subsidiära kategorin – det vill säga fallet med den upphandlande myndighetens initiativ – och följaktligen begränsade direktiv 2004/18:s tillämpningsområde så att det blev mer restriktivt.

59 — För anbudsgivaren utgörs antingen ersättningen av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning (artikel 1.3 i direktiv 2004/18). Detta villkor kommer att prövas senare.

60 — Se domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 48.

61 — Ibidem, punkt 49.

62 — Punkt 54 i generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande i det ovannämnda målet Helmut Müller.

63 — Ibidem, punkt 55.

64 — Ibidem, punkterna 56–58.

65 — Ibidem, punkt 59.

66 — Ibidem, punkt 60.

112. Den förevarande tolkningen ger trots allt de offentliga myndigheterna ett visst utrymme för skönsmässig bedömning. I domen i det ovannämnda målet Helmut Müller uteslöt nämligen endast domstolen en myndighets användning av sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering över stadsbebyggelsen, vilken avser ett allmänintresse, från begreppet direkt ekonomiskt intresse. I övrigt förtydligade domstolen detta med att återge fem inte uttömmande exempel. Det är fråga om de fall då:

- den upphandlande myndigheten blir ägare till resultatet av den byggentreprenad som är föremål för kontraktet,⁶⁷
- den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet, för att använda dem för offentliga ändamål,⁶⁸
- den upphandlande myndigheten får ekonomiska fördelar vid framtida användning eller överlåtelse av anläggningen,⁶⁹
- den upphandlande myndigheten bidragit ekonomiskt vid utförandet av byggentreprenaden,⁷⁰
- den upphandlande myndigheten står riskerna för det fall byggentreprenaden blir ett ekonomiskt misslyckande.⁷¹

113. Domstolen hänvisade inte till det fall som generaladvokaten Mengozzi tog upp, i vilket arbeten som ska utföras eller de anläggningar som ska uppföras är resultatet av ett initiativ från den offentliga myndigheten.⁷² Domstolen uteslöt däremot, i likhet med generaladvokaten Mengozzi, det fallet där den offentliga myndigheten endast använder sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering över stadsbebyggelsen, vilken avser ett allmänintresse.⁷³

Hur förhåller det sig med detta i det förevarande fallet?

114. Det står klart att kommunen i förevarande fall inte blev ägare av den uppförda egendomen och att det för övrigt inte heller var kommunens avsikt.

115. De relationer som kommunen knöt beträffande Doornakkers centrum – oberoende av om de knöts med Hurks eller med andra aktörer som Woonbedrijf⁷⁴ – visar dock att agerandet från kommunens sida är mer omfattande än att endast säkerställa koherensen hos utvecklingen av stadsbebyggelsen i en del av kommunen.⁷⁵

116. Det ska nämligen inte glömmas att kommunen beslutade i detalj om funktionerna i det projektet som skulle genomföras och de innefattar en vårdcentral, ett centrum för lek, integration och studier (SPILcentrum) med lägenheter, en utbyggnad av den befintliga vårdcentralen med ett källargarage, ett köpcentrum med lägenheter och ett källargarage och ytterligare lägenheter (motivering B i samarbetsavtalet).

67 — Domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 50.

68 — Ibidem, punkt 51.

69 — Ibidem, punkt 52.

70 — Ibidem, punkt 52.

71 — Ibidem, punkt 52.

72 — Generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande i målet Helmut Müller, punkt 59.

73 — Domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 57.

74 — Se vad som anförts ovan i punkterna 118–121.

75 — Se domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 55.

117. Kontrakten beträffande användningen och finansieringen av SPILcentrum visar även att kommunen hade ett direkt ekonomiskt intresse av projektet.

118. Såsom jag nämligen har förklarat ovan⁷⁶, ville inte Hurks ensam bära den ekonomiska risken för SPILcentrum med anledning av den osäkra lönsamheten. Hurks accepterade slutligen att bygga SPILcentrum för sin egen räkning och på egen risk, eftersom kommunen i utbyte godkände att bostadsföretaget Woonbedrijf skulle bli ägare av SPILcentrum, och detta gjordes redan den 13 februari 2007.⁷⁷ Hurks visste således med säkerhet att den byggnad som var minst lönsam skulle användas.

119. Woonbedrijf fick i gengäld ett driftsstöd av kommunen vid ett tillfälle på ett belopp om 2,41 miljoner euro för SPILcentrums tre icke-lönsamma aktiviteter, nämligen träningslokalen, mötesplatsen och fritidsgården.⁷⁸

120. Nederländernas regering bekräftade att träningslokalen och mötesplatsen kommer att användas av föreningen Sportbedrijf De Karpen. Nederländernas regering har vidare preciserat att föreningen "tillhör" kommunen.⁷⁹

121. I och med att Woonbedrijf utsågs som ägare av SPILcentrum, att Woonbedrijf och kommunen ingick avtalet den 15 april 2008 och att föreningen Sportbedrijf De Karpen kommer att använda träningslokalen och mötesplatsen, har kommunen säkerställt att SPILcentrum används för offentliga ändamål.

122. Det rör sig om den andra illustrationen av det direkta ekonomiska intresset som domstolen hänvisade till i domen i det ovannämnda målet Helmut Müller. Det direkta ekonomiska intresset föreligger nämligen "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".⁸⁰

123. Det är visserligen inte kommunen själv som ska använda egendomen, utan en förening som tillhör kommunen (enligt Nederländernas regerings uttryck). Domstolen har redan ansett att en stat kan agera via andra organ än sina egna institutioner. Vad gäller statligt stöd, ska "[b]eträffande [villkoret som är knutet till en statlig åtgärd eller en åtgärd som vidtas med hjälp av statliga medel] ... det enligt fast rättspraxis inte göras åtskillnad mellan stöd som ges direkt av staten och stöd som ges genom ett offentligt eller privat organ som har utsetts eller inrättats av denna stat".⁸¹ Detta resonemang kan i tillämpliga delar tillämpas i förevarande fall.

124. Jag anser slutligen att det även kan anses att kommunen bidrog ekonomiskt till projektet (det fjärde exemplet som domstolen hänvisade till i domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 52), eftersom Hurks inte accepterade att bygga SPILcentrum på egen risk förrän kommunen säkerställde att Woonbedrijf skulle bli ägare av nämnda centrum. Woonbedrijf erhöll i utbyte från kommunen ett driftsstöd på mer än 2 miljoner euro.

76 — Se punkterna 12, 33 och 66 i detta förslag till avgörande.

77 — Se motiveringen till samarbetsavtalet av den 15 april 2008 mellan stiftelsen Woonbedrijf och kommunen, s. 2 (bilaga 5 till kommissionens ansökan).

78 — Avtalet som ingicks mellan Woonbedrijf och kommunen den 15 april 2008.

79 — Punkterna 17–20 i svaromålet.

80 — Domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 21.

81 — Dom av den 15 juli 2004 i mål C-345/02, Pearle m.fl. (REG 2004, s. I-7139), punkt 34 och där angiven rättspraxis.

125. Det går även att se en ekonomisk vinst för kommunen i transaktionen, eftersom kommunen lät byggherren betala för byggnader som kommunen själv, om det inte hade funnits ett samarbetsavtal, borde ha betalat. Det ska erinras om att utbyggnaden av vårdcentralen är uppskattad till 8 400 000 euro och byggnaden av SPILcentrum till 7 386 500 euro, varav 3 738 500 euro för de verksamheter som kommunen kan ta över (skolan, träningslokalen och fritidsgården).⁸²

126. Slutligen är flera av verksamheterna (i synnerhet vårdcentralen och köpcentrumet), förutom att de uppfyller ett allmänintresse eller en god planering av stadsbebyggelsen, av ekonomisk natur som till och med kan ge kommunen intäkter genom skatter och diverse utgifter. Med andra ord, för att citera domstolen, kommer den upphandlande myndigheten, som är kommunen, att få ekonomiska fördelar vid framtida användning (eller överlåtelse) av anläggningen (tredje exemplet som domstolen hänvisade till i punkt 52 i domen i det ovannämnda målet Helmut Müller).

127. Jag anser således att det i förevarande fall, mot bakgrund av handlingarna i målet, har visats att det finns ett direkt ekonomiskt intresse hos kommunen. Kommunen har gått längre än att endast "[säkerställa] ... att främja utvecklingen av eller koherensen hos stadsbebyggelsen i en del av kommunen".⁸³

ii) En ersättning

128. Såsom jag erinrade om ovan, krävs det för att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor, att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt kontrakt, i enlighet med detta kontrakt erhåller en prestation mot *vederlag*.

129. Om prestationen, för den upphandlande myndigheten, består i att anbudsgivaren utför byggentreprenaden, består ersättningen av antingen rätten att utnyttja anläggningen eller dels en sådan rätt, dels betalning (artikel 1.3 i direktiv 2004/18).

130. Med beaktande av de rättsförhållanden som har knutits mellan kommunen och Hurks, frågar jag mig framför allt huruvida det verkligen förelegat en "nyttjanderätt" som överlåtits till Hurks, trots att Hurks ägde marken och den egendom som skulle uppföras. Såsom Nederländernas regering har förklarat vid den muntliga förhandlingen betyder utnyttja att dra fördelar av och att ansvara för nackdelarna av tredje mans anläggning. Så är emellertid inte fallet här.

131. Om det ändå är frågan om att "utnyttja" i den mening som avses i direktiv 2004/18, uppkommer det två frågor till i det förevarande målet. För det första: Är beviljandet av en byggkoncession – och alltså rätten att utnyttja anläggningen – för en obegränsad tid förenlig med unionsrätten? För det andra: Föreligger det vidare en ersättning om koncessionshavaren är eller blir ägare av marken och/eller den uppförda byggnadsentreprenaden?

– Byggkoncession och obegränsad tid?

132. Inledningsvis delar jag kommissionens uppfattning att direktiv 2004/18 inte innehåller någon som helst uppgift om att en koncession måste vara begränsad i tiden.

133. Domstolen har redan haft tillfälle att pröva denna fråga. Jag tänker på domen i de ovannämnda målen pressetext Nachrichtenagentur och Helmut Müller. Enligt Nederländernas regering framgår det i punkt 79 i domen i det ovannämnda målet Helmut Müller att ett koncessionsavtal för en obegränsad tid i sig strider mot unionsrätten.

82 — Enligt de siffror som Nederländernas regering överlämnade i sitt svar till kommissionen den 19 december 2008 (bilaga 7 till ansökan).

83 — Domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 55.

134. Jag kan inte låta bli att påpeka att domstolen inte gjorde ett tydligt uttalande då domstolen valde att uttrycka sig i konditionalis då den preciserade att "[v]ad beträffar koncessionernas varaktighet ... 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".⁸⁴

135. Domstolen hänvisade dessutom till punkt 73 i domen i det ovannämnda målet presstext Nachrichtenagentur i vilken domstolen uttalade att "det i sig är främmande för systemet för och ändamålet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling att offentliga kontrakt avseende tjänster ingås för obestämd tid". Denna punkt i domen kan dock inte skiljas från följande punkt som utgör slutsatsen av domstolens resonemang. Domstolen beslutade i punkten att "[f]ör närvarande finns det i gemenskapsrätten emellertid inte något förbud mot att ingå offentliga kontrakt avseende tjänster för obestämd tid".⁸⁵

136. Unionsrätten har emellertid inte ändrats sedan domen meddelades. I motsats till ramavtal, har den europeiska lagstiftaren ännu inte fastställt någon tidsbegränsning för koncessionsavtal.⁸⁶ En sådan begränsning föreslås i förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner⁸⁷ som nu är under diskussion. Om ändringen godtas, kommer unionsrätten att påtvinga en tidsbegränsning. Det kommer inte att finnas några tvivel kring tolkningen av det som domstolen benämnde "systemet ... och ändamålet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling"⁸⁸.

137. Det är slutligen riktigt att ett tillvägagångssätt som består i att offentliga kontrakt ingås för obestämd tid på sikt kan hindra den fria konkurrensen mellan potentiella leverantörer och tillämpningen av bestämmelserna i unionsdirektiv som säkerställer offentlighet i förfaranden vid offentlig upphandling.⁸⁹ Att helt enkelt utesluta avtal för en obegränsad tid från direktiv 2004/18:s tillämpningsområde medför dock enligt min mening en risk som är ännu större – då den är vanligare – nämligen risken att samma regler kringgås.

138. I likhet med vad kommissionen påpekade i sin ansökan räcker det nämligen, om sådana koncessionsavtal inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18, att parterna ingår ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor, men för en obegränsad tid, för att undgå bestämmelserna om jämlikhet, insyn och icke-diskriminering som ligger till grund för bestämmelserna om offentlig upphandling.

139. Det ska slutligen förstås vad som menas med "obegränsad tid". Enligt min mening skiljer sig "obegränsad tid" från "oändlig tid", som inte har något slut. Ett kontrakt för en obegränsad tid är tvärtom ett kontrakt där varaktigheten inte har fastställts från början, men som kan upphöra på grund av vissa skäl som har angetts i kontraktet, med eller utan förvarning och med eller utan skadestånd.

140. Mot bakgrund härav, anser jag således att en koncession för obegränsad tid, såsom har definierats i punkten ovan kan omfattas av direktiv 2004/18.

141. Detta är inte aktuellt i förevarande mål, eftersom Hurks inte har upplåtits en koncession för en obegränsad tid, utan det var äganderätten till marken och de anläggningar som skulle uppföras som överläts. För Hurks rör det sig inte om en rättighet för en obegränsad tid utan en rättighet för en "oändlig tid". För kommunen är kontraktets varaktighet tvärtom tydligt identifierad. När de byggnader

84 — Domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 79.

85 — Domen i det ovannämnda målet presstext Nachrichtenagentur, punkt 74. Även om tvisten som gav upphov till denna dom gällde ett tjänstekontrakt, hindrar det inte enligt min mening att resonemanget tillämpas på offentliga byggentreprenadkontrakt. I domen i målet Helmut Müller rörde det sig för övrigt om ett offentligt byggentreprenadkontrakt.

86 — Artikel 32.2 fjärde stycket i direktiv 2004/18.

87 — Se artikel 16 i förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897 slutlig) och den ändring som rådet har föreslagit (18007/12) (011/0437 (COD)).

88 — Domen i det ovannämnda målet presstext Nachrichtenagentur, punkt 73.

89 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet presstext Nachrichtenagentur, punkt 73.

som avses i samarbetsavtalet är uppförda, har kontraktet genomförts, och parternas rättigheter och skyldigheter upphör. De enda skälen till att säga upp samarbetsavtalet innan det upphör, avser de villkor som är nödvändiga för att genomföra projektet, såsom att beviljas ett giltigt bygglov⁹⁰ eller entreprenörens soliditet.⁹¹

142. Den enda frågan som i själva verket i förevarande fall uppkommer vid prövningen av den ersättning som är nödvändig för att ett byggkoncessionsavtal ska ses som ett kontrakt med ekonomiska villkor, är frågan om ägandet av hela området.

– Byggkoncession och ägande?

143. Enligt kommissionen överläts äganderätten av marken till Hurks tillsammans med en nyttjanderätt för en obegränsad tid, eftersom det inte hade varit möjligt för Hurks att själv genomföra den byggentreprenad som angavs i samarbetsavtalet om endast marken hade sålts till Hurks.

144. I artikel 7.2 och 7.3 i samarbetsavtalet, angavs emellertid att förekomsten av ett bygglov var ett villkor som om det inte uppfylldes kunde leda till att försäljningen av marken hävdades eller senarelades, beroende på de aktuella omständigheterna. Genomförandet av byggnadsentreprenaden var därför endast möjligt genom att kommunen, i artikel 6 i samarbetsavtalet, åtog sig att samarbeta fullt ut.

145. Enligt Nederländernas regering ska en ägares nyttjande skiljas från en koncessionshavares nyttjande. I det första fallet sker nyttjandet på grundval av ägarens äganderätt. I det andra fallet sker utnyttjandet på grundval av en koncession som ägaren har beviljat koncessionshavaren. Eftersom kommunen i det förevarande fallet hade överlåtit äganderätten för marken till Hurks, anser Nederländernas regering att Hurks utnyttjar marken i egenskap av ägare och inte i egenskap av koncessionshavare. Till stöd för sin argumentation har Nederländernas regering på nytt åberopat domen i målet Helmut Müller.

146. I förslaget till avgörande i det ovannämnda målet Helmut Müller ansåg generaladvokaten Mengozzi att även om formuleringen ”rätten att utnyttja” som används i direktiv 2004/18 i definitionen av byggkoncession kunde tolkas extensivt, var det enligt Mengozzis mening, ”med hänsyn till bestämmelsens innebörd och allmänna systematik, uteslutet att det kan föreligga en byggkoncession, när koncessionshavaren tillerkänns äganderätten till de uppförda anläggningarna”.⁹²

147. Domstolen var mer nyanserad. ”För att en upphandlande myndighet ska kunna överlåta rätten att utnyttja anläggningen till sin avtalspart i den mening som avses i [artikel 1.3 i direktiv 2004/18], måste [visserligen] den upphandlande myndigheten kunna förfoga över nyttjanderätten till anläggningen.”⁹³ Enligt domstolen ”är [så] *vanligtvis* inte fallet när den enda grunden för nyttjanderätten är den berörda aktörens äganderätt”, eftersom ”[s]å 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”.⁹⁴

148. Även om principen är att utesluta en koncession då byggherren äger marken, tyder således användandet av orden ”vanligtvis” och ”i princip” på att det finns en möjlighet till undantag.

90 — Se artikel 7.2 och 7.3 i samarbetsavtalet som undertecknades av kommunen och Hurks.

91 — Se artikel 12.2 i det ovannämnda samarbetsavtalet.

92 — Ovannämnda förslag till avgörande, punkt 90.

93 — Domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 72.

94 — Min kursivering, ibidem, punkterna 73 och 74.

149. Domstolen har dock inte lämnat någon antydning om de möjliga undantagen. Det enda indicium i förklaringen av regeln var att den upphandlande myndigheten inte kan förfoga över anläggningen när ”den enda grunden för nyttjanderätten är ... aktörens äganderätt”.⁹⁵

150. Det ska medges att även doktrinen är delad beträffande detta uttalande.

151. För vissa var svaret tydligt. Om den offentliga myndigheten inte förblir eller blir ägare av den anläggning som är föremål för kontraktet, är det inte fråga om koncession, eftersom den offentliga myndigheten inte kan upplåta en egendom som den inte har någon rättighet knuten till.⁹⁶ Såsom jag preciserade ovan, ska den upphandlande myndigheten enligt direktivet ge koncessionshavaren, som ersättning för att utföra byggentreprenaden, rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning (artikel 1.3 i direktiv 2004/18). Äganderätten innefattar en nyttjanderätt. Om äganderätten har överlåtits, kan således inte nyttjanderätten överlåtas.

152. Enligt förespråkarna för detta synsätt, som jag anser är restriktivt, låter koncessionshavaren nödvändigtvis den upphandlande myndigheten vara ägare och koncessionshavaren bibehåller förvaltningen av egendomen för att bland annat göra den tillgänglig för allmänheten och för att i utbyte erhålla betalning.⁹⁷

153. Andra författare förespråkar ett bredare koncessionsbegrepp i direktiv 2004/18.⁹⁸ Enligt dessa författare innebär nyttjandet av en byggentreprenad rätten att dra fördel av den utan att nödvändigtvis ta ut avgifter från användarna. Enligt denna tolkning kan byggherren överföra nyttjanderätten av byggentreprenaden i det pris som marken, bostäderna och andra anläggningar säljs för. I det fallet förblir inte, eller återgår inte, äganderätten till egendomen till den upphandlande myndigheten, men avtalsparten har likväl kunnat utnyttja den egendom som denne har uppfört, genom att sälja den.

154. Denna tolkning är i enlighet med definitionerna i direktiv 2004/18, eftersom byggkoncession definieras genom hänvisning till definitionen av offentlig byggentreprenad. Det är emellertid riktigt att enligt definitionen av offentlig kontrakt för byggentreprenader krävs det inte att egendomen förblir eller blir den upphandlande myndighetens egendom. Enligt de författare som förespråkar att koncession ska tolkas extensivt, ska det inte göras en åtskillnad mellan de två olika typerna av kontrakt utifrån vem som är ägare.⁹⁹

95 — Min kursivering, ibidem, punkt 73.

96 — ”Domen i [det ovannämnda] målet Helmut Müller ... lärde oss att det endast kan vara fråga om koncession om den upphandlande myndigheten fortsätter att äga de berörda anläggningarna, eftersom tanken är att man inte kan upplåta det man inte äger eller det man inte längre äger”(Llorens, F., och Soler-Couteaux, P., ”Marchés, DSP, concession de travaux ou d’aménagement: de quelques problèmes de frontière, Contrats et marchés publics”, *Les revues Jurisclasseur*, november 2011, punkt 10). Samma författare har uttryckt sig på samma sätt i en första kommentar av domen i det ovannämnda målet Helmut Müller: ”En sak är klar och det är att försäljningen av marken inte kan likställas med en byggkoncession om den anläggning som ska uppföras förblir (definitivt) köparens egendom. ... Debatten har således avslutats om att det inte är att likställa med en nyttjanderätt, som är av samma typ som en koncession, att köparen av marken utnyttjar de byggnader som denne tänker uppföra i egenskap av ägare.” Författarna ställer sig emellertid frågande till det fall – som är likt förevarande fall – där den upphandlande myndigheten bidrar ekonomiskt till byggandet eller om den upphandlande myndigheten har tagit initiativet till byggandet. Men i det fallet ”kan inte kontraktet mer likställas vid en koncession även om köparens nyttjande endast avser den byggnadsentreprenad som köparen äger” (Llorens, F., och Soler-Couteaux, P., ”La vente de terrains, la concession de travaux publics et le marché public de travaux: la vision de la CJUE (à propos de l’arrêt Helmut Müller), Contrats et marchés publics”, *Les revues Jurisclasseur*, mars 2010, punkt 5). För en kritik av denna uppfattning, se Durviaux, A.-L., ”Droit européen des marchés publics et autres contrats publics”, *RTD eur.*, 2011, s. 423–447, sp. nr 13. För en restriktiv tolkning, se även Fatôme, E., och Richer, L., ”Concession de travaux et droit d’exploitation”, *AJDA*, 2012, s. 682: ”Då rätten att utnyttja en egendom är en del av äganderätten till denna egendom, är det logiskt att anse, för att ett kontrakt ska kunna kvalificeras som byggkoncession, att det är nödvändigt att det i kontraktet föreskrivs att byggentreprenaden blir den upphandlande myndighetens egendom när avtalsparten har genomfört avtalet.” Se även Meister, M., ”Champ d’application de la directive 2004/18 et notion de ’travaux’”, *Europe*, maj 2010, s. 29.

97 — Se, för ett liknande resonemang, Fatôme, E., och Richer, L., ”Concession de travaux et droit d’exploitation”, op. cit. Dessa författare hänvisar till generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien (dom av den 16 september 2010 i mål C-306/08).

98 — Fatôme, E., och Richer, L., ”Concession de travaux et droit d’exploitation”, op. cit.

99 — Se, för ett liknande resonemang, Llorens, F., och Soler-Couteaux, P., ”Marchés, DSP, concession de travaux ou d’aménagement: de quelques problèmes de frontière, Contrats et marchés publics”, *Les revues Jurisclasseur*, november 2011, punkt 10.

155. För andra har inte frågan ännu avgjorts och ett förtydligande på denna punkt skulle vara önskvärt.¹⁰⁰

156. Jag delar den sistnämnda åsikten.

157. Om man vill gå utanför de ramar som domstolen slog fast i domen i det ovannämnda målet Helmut Müller – nämligen att den upphandlande myndigheten inte kan förfoga över anläggningen när ”den enda grunden för nyttjanderätten är ... aktörens äganderätt”¹⁰¹ – finns det anledning att fråga sig vilken annan grund som kan ge upphov till en nyttjanderätt och som inte är äganderätten.

158. Vilken annan grund kan i förevarande fall vara ursprung till nyttjanderätten?

159. Bortsett från äganderätten som utövas avseende marken och byggnaderna – och oberoende av om äganderätten erhöles innan eller i samband med transaktionen och av om byggherren erhöles äganderätten av tredje man eller den upphandlande myndigheten – är den enda grund jag eventuellt kan se beviljandet av nödvändiga tillstånd för att uppföra den byggtreprenad som avses i samarbetsavtalet.

160. Det ska dock inte glömmas att domstolen i domen i det ovannämnda målet Helmut Müller avfärdade uppfattningen att den ekonomiska risk som var knuten till koncessionen fanns i osäkerheten i huruvida de nödvändiga byggloven skulle beviljas. Enligt domstolen var inte risken i det fallet knuten till koncessionen, utan till den upphandlande myndighetens befogenhet avseende stadsplanering.¹⁰² I förevarande mål finns det dessutom inte någon risk för byggherren, eftersom det uttryckligen angavs i samarbetsavtalet att ”i köpeavtalet avseende den berörda marken bör det anges att leveransen av marken ska äga rum under förutsättning att ett giltigt bygglov har beviljats den dag då byggarbetet påbörjas, såsom det föreskrivs i artikel 9.1”¹⁰³ och att ”tillhandahållandet av marken för köpcentrumet och bostäderna senast ska ske fyra veckor efter det att ett giltigt bygglov för att uppföra de berörda verksamheterna är tillgängligt”.¹⁰⁴

161. Jag anser följaktligen analogt att det inte av det uppsägningsvillkor som avser beviljandet av ett tillstånd, går att härleda en grund för att utnyttja anläggningarna. Om tillståndet saknas, kommer anläggningarna helt enkelt inte att uppföras och försäljningen av marken upphävs eventuellt (artikel 7.2–7.4 i samarbetsavtalet).

162. Hurks behöver visserligen kommunens hjälp för att erhålla de nödvändiga tillstånden och undantagen för att uppföra byggtreprenaden. Det förefaller dock inte som om det är kommunen som beviljar tillstånden. Villkoret kan således inte anses som en grund för nyttjanderätten.

163. Mer generellt ställer jag mig frågande till om det överhuvudtaget förekommer situationer där nyttjanderätten inte är den enda grunden för den upphandlande myndighetens eller aktörens äganderätt.

164. De olika klassiska juridiska formerna för att nyttja något utan att äga det kan alltid härledas från äganderätten (oberoende av om det exempelvis rör sig om servitut, tomträtt eller nyttjanderätt). Om koncessionshavaren åtnjuter någon av dessa nyttjanderättsformer (servitut, tomträtt eller nyttjanderätt), är denne således inte ägare och frågan om det är omöjligt med en koncession uppkommer följaktligen inte.

100 — Brown, A., ”Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben C-451/80: clarification on the application of the EU procurement rules to land sales and development agreements”, *P.P.L.R.*, 2010, 4, NA 125–130.

101 — Min kursivering, domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 73.

102 — Ibidem, punkt 78.

103 — Artikel 7.2 i samarbetsavtalet som slöts mellan Eindhovens kommun och Hurks.

104 — Artikel 7.3 i det ovannämnda samarbetsavtalet.

165. Om denna rätt har beviljats av den upphandlande myndigheten, är koncessionshavaren inte ägare. Koncessionshavaren har endast en begränsad nyttjanderätt och åtnjuter denna rätt i kraft av det nyttjandetillstånd som den upphandlande myndigheten beviljade.

166. Om det tvärtom är koncessionshavaren som upplåter ett servitut, en tomträtt eller en nyttjanderätt, gör koncessionshavaren detta i egenskap av ägare och det nyttjande som denne eventuellt bibehåller härleds från koncessionshavarens äganderätt.

167. Den osäkerhet som följer av formuleringen i domen i det ovannämnda målet Helmut Müller avseende betydelsen av att aktören äger anläggningen är enligt min mening mycket begränsad och förbehållen situationer som inte tycks förekomma i förevarande mål.

168. I likhet med generaladvokaterna Mengozzi och Jääskinen anser jag i min tur att domstolen helt enkelt ska utesluta möjligheten till en byggkoncession när den (tilltänkta) koncessionshavaren ska ges äganderätten till de uppförda anläggningarna.¹⁰⁵

169. Även om domstolen på det ena eller andra sättet undanröjer osäkerheten kring betydelsen av att operatören äger anläggningen och som följer av domen i det ovannämnda målet Helmut Müller, anser jag i vart fall att kommissionen i det aktuella fallet inte har visat att det har lämnats en ersättning – nämligen rätten att utnyttja eller dels denna rätt, dels betalning – till företaget Hurks som är ägare av marken och de anläggningar som skulle uppföras. Det kan därmed inte vara fråga om ett byggkoncessionsavtal.

170. Med beaktande av det sista övervägandet föreslår jag att domstolen ska ogilla kommissionens talan.

171. Det är riktigt att med min slutsats kvarstår risken att bestämmelserna om offentliga kontrakt kringgås genom ett köpekontrakt där äganderätten övergår. Denna situation är säkerligen inte tillfredsställande. Det rör sig dock om ett övervägande *de lege ferenda*.

172. Domstolen ska i förevarande mål inom de snäva ramar som gäller för prövning av en talan om fördragsbrott pröva talan utifrån de befintliga bestämmelserna och de bevis som kommissionen har lagt fram. Om kommissionen anser att den risk som det redogjordes för ovan är överhängande och negativ för Europeiska unionen, ankommer det på kommissionen att använda sin initiativrätt inom lagstiftningsområdet för att ändra direktiv 2004/18.

2. Sammanfattning

173. Det tillämpliga direktivet är det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och avgör det eventuella behovet av att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för den offentliga upphandlingen i fråga.

174. Jag anser att Eindhovens kommun fattade detta beslut den 23 april 2002. Direktiv 2004/18 var således, enligt min mening, inte tillämpligt. Kommissionen grundade emellertid sin talan på direktivet.

105 — Se generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande i det ovannämnda målet Helmut Müller, punkt 90. Vad beträffar generaladvokaten Jääskinen skrev han följande i punkt 97 i sitt förslag till avgörande inför domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien: "Även om det emellertid antas att äganderätten till den fastighet som exploatören erhåller ska betraktas som ett tillerkännande av en nyttjanderätt (*vilket inte stämmer enligt min uppfattning*), tillerkänns denna rättighet för en obegränsad tid, och denna tolkning är således inte förenlig med den definition av begreppet koncession som domstolen fastställt i domarna i målen Helmut Müller och presstext Nachrichtenagentur." (Min kursivering.) Som jag förklarade ovan delar jag däremot inte generaladvokaten Jääskinens uppfattning om betydelsen av om ett kontrakt är för en obegränsad tid vid kvalificeringen av en transaktion.

175. De nödvändiga förutsättningarna för att det ska vara fråga om en byggkoncession framgår av definitionerna av offentliga byggtreprenadkontrakt och byggkoncession i artikel 1.2 a och b och 1.3 i direktiv 2004/18. De är tre till antalet. Följande krävs:

- Ett *skriftligt kontrakt* mellan en upphandlande myndighet och en ekonomisk aktör.
- Ett kontrakt som avser antingen *utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggtreprenader* som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I till direktiv 2004/18 eller av en byggtreprenad, *eller utförande*, oavsett form, *av en byggtreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.*
- Ett *kontrakt som har slutits med ekonomiska villkor*, där ersättningen nödvändigtvis utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning (artikel 1.3).

176. Jag anser att ett avtal med ekonomiska villkor dels innebär att den upphandlande myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse i att koncessionshavaren uppför anläggningen, dels innebär en ersättning för koncessionshavaren, nämligen rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning. För att uppfylla detta villkor, utifrån hur bestämmelserna är utformade i dag, kan koncessionen beviljas för en obegränsad tid, men inte på oändlig tid, särskilt i form av att äganderätten överläts till avtalsparten.

177. Eftersom Hurks följaktligen grundar sin nyttjanderätt på äganderätten till den mark som köptes av Eindhovenens kommun och Hurks således inte erhöll äganderätten från ett byggkoncessionsavtal, anser jag att kommissionens talan ska ogillas.

IV – Rättegångskostnader

178. Enligt artikel 138 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom Konungariket Nederländerna har yrkat att kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna, ankommer det följaktligen på kommissionen att bära rättegångskostnaderna.

179. Förbundsrepubliken Tyskland ska i enlighet med artikel 140 i rättegångsreglerna bära sina rättegångskostnader.

V – Förslag till avgörande

180. I överensstämmelse med skälen ovan föreslår jag att domstolen ska

- i första hand ogilla Europeiska kommissionens talan då Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster inte är tillämpligt i tiden,
- i andra hand ogilla Europeiska kommissionens talan, eftersom direktiv 2004/18/EG inte är tillämpligt då det aktuella avtalet inte är ett byggkoncessionsavtal,
- i vart fall, förplikta kommissionen att ersätta Konungariket Nederländernas rättegångskostnader. Förbundsrepubliken Tyskland ska bära sina rättegångskostnader.