

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)
den 18 januari 2007 *

I mål C-220/05,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställdes av Tribunal administratif de Lyon (Frankrike) genom beslut av den 7 april 2005, som inkom till domstolen den 19 maj 2005, i målet

Jean Auroux m.fl.,

mot

Commune de Roanne,

ytterligare deltagare i rättegången:

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

* Rättegångsspråk: franska.

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna K. Lenaerts, E. Juhász (referent), J.N. Cunha Rodrigues och M. Ilešič,

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 27 april 2006,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Jean Auroux m.fl., genom J. Antoine, avocat,
- Commune de Roanne, genom P. Petit och C. Xavier, avocats,
- Frankrikes regering, genom G. de Bergues och J.-C. Niollet, båda i egenskap av ombud,
- Litauens regering, genom D. Kriauciūnas, i egenskap av ombud,

- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

- Polens regering, genom T. Nowakowski, i egenskap av ombud,

- Europeiska gemenskapernas kommission, genom X. Lewis, i egenskap av ombud,

och efter att den 15 juni 2006 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- ¹ Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader (EGT L 199, s. 54), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1) (nedan kallat direktivet).

- ² Begäran har framställts i ett mål om ogiltigförklaring av kommunfullmäktige i Commune de Roannes beslut av den 28 oktober 2002 om bemyndigande för kommunfullmäktiges ordförande att ingå ett kontrakt om uppförande av ett nöjescentrum i Roanne med Société d'équipement du département de la Loire (nedan kallat SEDL). Talan i det målet har väckts av Jean Auroux och åtta andra sökande (nedan kallade sökandena i målet vid den nationella domstolen).

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

- 3 I andra skälet i direktivet anges att för att samtidigt uppnå etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i medlemsstaterna vad gäller offentlig upphandling av byggtreprenader som genomförs för statens räkning, för regionala eller lokala myndigheters räkning och andra offentligrättsliga organs räkning, krävs det inte endast att hinder undanröjs, utan även att det samtidigt sker en samordning av de nationella förfarandena för offentlig upphandling av byggtreprenader.
- 4 Det följer av sjätte skälet i direktivet att offentliga byggtreprenadkontrakt som understiger 5 000 000 euro får undantas från den konkurrensutsättning som inrättas genom direktivet och att de samordningsåtgärder som föreskrivs i direktivet inte skall tillämpas på dessa kontrakt.
- 5 I tionde skälet i direktivet anges att för att en effektiv konkurrens skall utvecklas inom området för offentlig upphandling krävs det att meddelanden om upphandling från medlemsstaternas upphandlande myndigheter offentliggörs i hela gemenskapen. Det tilläggs i tionde skälet att upplysningarna i dessa meddelanden om offentlig upphandling måste göra det möjligt för leverantörer i gemenskapen att bedöma huruvida de kontrakt som erbjuds är av intresse för dem.
- 6 I artikel 1 a–d i direktivet föreskrivs följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

- a) ’Offentliga byggtreprenadkontrakt’: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor vilka ingås mellan en leverantör och en nedan under b angiven

upphandlande myndighet som avser antingen utförande av, eller såväl utförande som projektering av, sådana byggtreprenader som omfattas av bilaga 2 eller ett sådant byggnadsverk som anges nedan under c, eller utförande av ett byggnadsverk som motsvarar behov som specificerats av den upphandlande myndigheten, oavsett på vilket sätt som utförandet sker.

- b) 'Upphandlande myndigheter': statliga, regionala eller lokala myndigheter, offentligrättsliga organ samt sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ,

...

- c) 'Byggnadsverk': resultatet av bygg- och anläggningsarbeten som i sig självt skall fylla en ekonomisk eller teknisk funktion.

- d) 'Byggkoncession': ett kontrakt av samma typ som anges ovan under a, med den skillnaden att ersättningen för arbetet antingen enbart utgörs av rätten att utnyttja byggnadsverket, eller utgörs av dels en sådan rätt och dels betalning."

7 De "i bilaga 2 angivna verksamheterna" som nämns i artikel 1 a i direktivet, omfattar byggnads- och konstruktionsarbeten som motsvarar klass 50 i de allmänna industriella klassificeringarna av ekonomiska aktiviteter inom Europeiska gemenskaperna. Bland dessa verksamheter anges uttryckligen en kategori som är hänförlig till uppförandet av byggnader.

8 I artikel 6 i direktivet föreskrivs följande:

”1. Det här direktivet gäller för

- a) offentliga byggentreprenadkontrakt med ett uppskattat värde, exklusive mervärdesskatt, som uppgår till minst 5 000 000 särskilda dragningsrätter (SDR) i euro,

- b) offentliga byggentreprenadkontrakt som avses i artikel 2.1 när det uppskattade värdet exklusive mervärdesskatt uppgår till minst 5 000 000 euro,

...

3. När utförandet av ett byggnadsverk är uppdelat i flera delar och varje del är föremål för upphandling, skall värdet av varje del tas i beaktande för att beräkna det belopp som avses ovan i artikel 1.1. För det fall det sammanlagda värdet av delarna överstiger det belopp som avses ovan i artikel 1.1 skall bestämmelserna i artikel 1.3 tillämpas på samtliga delar. De upphandlande myndigheterna får undanta delar vars uppskattade värde exklusive mervärdesskatt är mindre än 1 000 000 euro från tillämpningen av artikel 1.1, under förutsättning att det sammanlagda beloppet för delarna i fråga inte överstiger 20 procent av delarnas sammanlagda värde.

4. Inget byggnadsverk eller kontrakt får delas upp i syfte att undanta byggnadsverket eller kontraktet i fråga från direktivets tillämpningsområde.

5. Vid beräkningen av det belopp som avses ovan i artikel 1.1, liksom det belopp som avses nedan i artikel 7, skall, förutom de belopp som är hänförliga till det offentliga byggentreprenadkontraktet, även det uppskattade värdet av de varor som är nödvändiga för utförandet av bygg- och anläggningsarbetena och som ställs till leverantörens förfogande av de upphandlande myndigheterna tas i beaktande.

6. De upphandlande myndigheterna skall se till att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika leverantörer.”

Den nationella rätten

- 9 Vid tiden för omständigheterna i målet föreskrevs följande i artikel L. 300-4 i lagen om stadsplanering (Code de l'urbanisme), i dess lydelse enligt artikel 8 i lag nr 2000-1208 av den 13 december 2000 (JORF av den 14 december 2000, s. 19777):

”Staten, regionala och lokala myndigheter eller deras offentliga organ får anförtro projektering och utförande av stadsplaneringsåtgärder som omfattas av denna del i förevarande författning åt offentligrättsliga eller privaträttsliga subjekt som är lämpade därtill.

Avtal får ske i form av ett offentligt avtal om stadsplanering när det ingås med ett offentligt organ, ett halvoffentligt bolag enligt lag nr 83-597 av den 7 juli 1983 eller ett halvoffentligt bolag i vilket mer än hälften av kapitalet innehas av en eller flera av följande offentligrättsliga subjekt: Stat, regioner, län (département), kommuner eller sammanslutningar av kommuner. I detta fall kan det organ som är part till avtalet anförtros uppgiften att genomföra förvärv genom expropriation och utövande av förköpsrätt, att utföra samtliga åtgärder beträffande stadsplanering, material och utrustning som bidrar till det övergripande projekt som utgör föremålet för det offentliga avtalet om stadsplanering.

De organ som nämns i föregående stycke får i enlighet med fullmaktsavtal enligt vilka de åläggs att sluta projekteringsavtal för myndigheternas räkning och i deras namn, anförtros ansvaret för uppföljningen av de förberedande projekteringsåtgärder som är nödvändiga för att fastställa ramarna för projektet.

Bestämmelserna i kapitel IV i avsnitt II i lag nr 93-122 av den 29 januari 1993 om förebyggande av mutor och bestickning och om insyn i näringslivet och i offentliga förfaranden är inte tillämpliga på offentliga avtal om stadsplanering som upprättats med tillämpning av denna artikel.

I ett offentligt avtal om stadsplanering får föreskrivas under vilka villkor som det organ som är part till avtalet är delaktigt i projekteringen, och särskilt i granskningen och ändringen av den lokala stadsplanen.”

- ¹⁰ Efter det att Europeiska gemenskapernas kommission hade inlett ett fördragsbrottsförfarande mot Republiken Frankrike, ändrades artikel L 300-4 i lagen om stadsplanering på följande sätt genom lag nr 2005-809 av den 20 juli 2005 om stadsplaneringskoncessioner (JORF av den 21 juli 2005, s. 11833):

”Staten samt lokala och regionala myndigheter, liksom deras offentliga organ, får överlåta utförandet av stadsplaneringsåtgärder som omfattas av denna del av förevarande författning till personer som är lämpade därtill.

Vid tilldelningen av stadsplaneringskoncessioner är koncessionsgivaren skyldig att iaktta ett förfarande om offentliggörande i syfte att göra det möjligt att ge in flera konkurrerande anbud. Genom dekret i Conseil d’État föreskrivs villkoren för förfarandet om offentliggörande.

Koncessionshavaren ombesörjer ledningen av de arbeten och den utrustning som hänför sig till det projekt som avses i koncessionen samt utför projektering och varje uppdrag som är nödvändigt för att utföra projektet. Koncessionshavaren får av koncessionsgivaren åläggas att förvärva egendom som är nödvändig för projektets genomförande, i förekommande fall genom expropriation eller genom utövande av förköpsrätt. Koncessionshavaren genomför försäljning, uthyrning eller annan upplåtelse av fast egendom som är belägen inom området för koncessionen.”

11 I artikel 11 i lag nr 2005-809 föreskrivs följande:

”Med undantag för domstolsavgöranden som äger rättskraft, skall följande koncessioner och avtal vara giltiga, även om deras laglighet har angripits under åberopande av att utseendet av planläggaren inte har föregåtts av ett förfarande för offentliggörande som gör det möjligt att ge in flera konkurrerande anbud:

1 Stadsplaneringskoncessioner, offentliga avtal om stadsplanering och avtal om stadsplanering som har undertecknats före offentliggörandet av denna lag.”

Twisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12 Genom beslut av den 28 oktober 2002 bemyndigade kommunfullmäktige i Commune de Roanne fullmäktiges ordförande att ingå ett avtal med SEDL om uppförande av ett nöjescentrum (nedan kallat avtalet).

- 13 I avtalet, som ingicks den 25 november 2002, föreskrevs att utförandet av nöjescentrumet skulle ske i successiva etapper. Den första etappen avsåg byggandet av en biografanläggning med flera salonger samt affärslokaler avsedda att överlåtas till tredje man samt ett antal byggnadsverk avsedda att lämnas över till den upphandlande myndigheten, nämligen en parkeringsplats, tillfartsvägar och offentliga platser. De efterföljande etapperna, vilka förutsatte ingåendet av ett tilläggsavtal till avtalet, avsåg i huvudsak uppförandet av ytterligare affärs- och servicelokaler samt ett hotell.
- 14 Enligt avtalets ingress är Commune de Roannes avsikt med projektet att uppgradera en del av staden som har föga värde och att underlätta utvecklingen av nöjen och turism.
- 15 I kraft av artikel 2 i avtalet anförtroddes SEDL uppdraget att bland annat genomföra fastighetsförvärv, ordna en arkitekturtävling och/eller en ingenjörstävling, genomföra projekteringar, utföra byggnadsarbeten, upprätta och uppdatera vissa bokföringshandlingar och administrativa handlingar, söka finansiering, upprätta ändamålsenliga sätt att marknadsföra anläggningarna, ombesörja ledning och samordning av projektet i allmänhet samt handha kommunens informationsåtgärder.
- 16 Av artikel 10 andra stycket i avtalet följer att varje tilldelning av byggentreprenader till tredje man som utförs av SEDL är underkastad de principer om offentliggörande och konkurrensutsättning som föreskrivs i artikel 48.1 i lag nr 93-122 av den 29 januari 1993 (JORF av den 30 januari 1993).
- 17 Enligt den uppskattade balansräkning som finns bilagd avtalet, beräknas de totala intäkterna vid utförandet av den första etappen uppgå till 10 227 103 euro och till 14 268 341 euro vid utförandet av hela projektet. Av sistnämnda totalbelopp härrör 2 925 000 euro från staden som ersättning för överlåtelsen av parkeringsplatsen. Det

uppskattas vidare att SEDL erhåller 8 099 000 euro i ersättning för de byggnadsverk som är avsedda att överlåtas till tredje man. Det föreskrivs slutligen att Commune de Roanne skall lämna finansiella bidrag till samtliga byggnadsverk som skall utföras med ett belopp om 2 443 103 euro för den första etappen och med ett belopp om 3 034 341 euro för byggentreprenaden i dess helhet.

- 18 Det följer av artiklarna 22–25 i avtalet att SEDL vid avtalets upphörande skall fastställa en utgående balansräkning som skall godkännas av Commune de Roanne. Eventuella överskott i balansräkningen skall betalas till kommunen. Kommunen blir vidare med automatik ägare till all mark och de byggnadsverk som är avsedda att överlåtas till tredje man och som ännu inte sålts. Commune de Roanne garanterar även fullgörelsen av löpande avtal, med undantag för anställningsavtal, och övertar de skulder som SEDL ådragit sig.
- 19 Genom ansökan som kom in till Tribunal administratif de Lyon den 11 december 2002, har sökandena i målet vid den nationella domstolen väckt talan om ogiltigförklaring av kommunfullmäktiges beslut av den 28 oktober 2002. Sökandena i målet vid den nationella domstolen har ifrågasatt det nämnda beslutets laglighet enligt såväl nationell rätt som enligt gemenskapsrätten. Beträffande beslutets laglighet enligt gemenskapsrätten har de gjort gällande att ingåendet av avtalet borde ha föregåtts av offentliggörande och konkurrensutsättning i enlighet med de skyldigheter som följer av direktivet.
- 20 Det är mot denna bakgrund som Tribunal administratif de Lyon har beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Är ett avtal enligt vilket en upphandlande myndighet ger en annan upphandlande myndighet uppdraget att genomföra en stadsplaneringsåtgärd för att

tillgodose allmänna intressen, genom vilket den andra upphandlande myndigheten till den första upphandlande myndigheten överlämnar de byggnadsverk som utförts för att tillgodose myndighetens behov och enligt vilket vid avtalets upphörande den första upphandlande myndigheten med automatik övertar äganderätten till annan mark och andra byggnadsverk i den mån de inte avyttrats till tredje man, att anse som ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 i direktiv 93/37 av den 14 juni 1993...?

- 2) Om svaret på den första frågan är jakande, skall man vid bedömningen av om ovannämnda tröskelvärde om 5 000 000 (SDR), fastställt i artikel 6 i samma direktiv, har uppnåtts beakta endast det pris som betalas för de byggnadsverk som överläts till den upphandlande myndigheten, eller summan av detta pris och de bidrag som lämnats även om dessa inte annat än delvis är avsedda för dessa byggnadsverk, eller hela kostnaden för byggentreprenaden, eftersom den egendom som inte avyttrats vid avtalets upphörande med automatik blir den först upphandlande myndighetens egendom och denna myndighet övertar ansvaret för fullgörelsen av löpande avtal samt för eventuella skulder som den andra upphandlande myndigheten ådragit sig?

- 3) Om svaren på de två första frågorna är jakande, är den första upphandlande myndigheten undantagen, vid ingåendet av ett sådant avtal, från skyldigheten att tillämpa de upphandlingsförfaranden som föreskrivs i direktivet, på den grunden att detta avtal endast kan ingås med vissa juridiska personer och upphandlingsförfarandena i fråga tillämpas av den andra upphandlande myndigheten när den myndigheten upphandlar byggentreprenader?"

Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning

- 21 Commune de Roanne och den franska regeringen har inledningsvis gjort gällande att begäran om förhandsavgörande skall avvisas.
- 22 Commune de Roanne har hävdat att den franska lagstiftaren, genom utfärdandet av lag nr 2005-809, med retroaktiv verkan har förklarat att de offentliga avtal om stadsplanering som ingåtts utan att de föregåtts av offentliggörande eller konkurrensutsättning är giltiga. Eftersom den hänskjutande domstolen är skyldig att tillämpa fransk rätt och därför är skyldig att anse att avtalet är giltigt i kraft av ovannämnda lag, är den tolkning av gemenskapsrätten som begärts inte längre nödvändig för att avgöra tvisten vid den nationella domstolen.
- 23 Den franska regeringen har gjort gällande att i begäran om förhandsavgörande har avtalet i fråga felaktigt kvalificerats som ett avtal om stadsplanering i den mening som avses i artikel L. 300-4 i lagen om stadsplanering, i dess lydelse vid tidpunkten för omständigheterna i målet. Enligt den franska regeringen är det endast fråga om ett uppförande av byggnadsverk. Av detta följer att frågan huruvida ett avtal om genomförande av ett stadsplaneringsprojekt utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt i direktivets mening inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den saknar samband med de verkliga omständigheterna och föremålet för tvisten.
- 24 Det är ostridigt att såväl Commune de Roanne som den franska regeringen har grundat sitt yrkande om avvisning av begäran om förhandsavgörande på överväganden vilka avser tolkningen av fransk rätt och bedömningen enligt fransk rätt av de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.

- 25 Det framgår emellertid av fast rättspraxis att förfarandet enligt artikel 234 EG grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EG-domstolen. EG-domstolen är endast behörig att uttala sig om tolkningen eller giltigheten av de gemenskapsrättsakter som avses i nämnda artikel. Det ankommer inte på domstolen att tolka bestämmelser i nationell rätt eller att avgöra huruvida den nationella domstolens tolkning av sådana bestämmelser är korrekt (se, för ett liknande resonemang, domstolens domar av den 22 oktober 1974 i mål 27/74, Demag, REG 1974, s. 1037, punkt 8, av den 16 april 1991 i mål C-347/89, Eurim-Pharm, REG 1991, s. I-1747, punkt 16, och av den 12 januari 2006 i mål C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg, REG 2006, s. I-589, punkt 20).
- 26 Det ankommer också uteslutande på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts, och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen (se domstolens domar av den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN och Wienstrom, REG 2003, s. I-14527, punkt 74, och av den 12 april 2005 i mål C-145/03, Keller, REG 2005, s. I-2529, punkt 33). Följaktligen är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av gemenskapsrätten.
- 27 Av det ovan anförda följer att de argument som framförts av Commune de Roanne och av den franska regeringen inte kan leda till bifall för avvisningsyrkandet. Domstolen förklarar därför att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning.

Den första frågan

- 28 Den nationella domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida avtalet utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i direktivet.

- 29 I enlighet med den definition som ges av begreppet i den bestämmelsen är offentliga byggtreprenadkontrakt skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor vilka ingås mellan en leverantör och en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktivet och som avser antingen utförande av, eller såväl utförande som projektering av, sådana i direktivet definierade byggtreprenader och byggnadsverk, eller utförandet av ett byggnadsverk som motsvarar behov som specificerats av den upphandlande myndigheten, oavsett på vilket sätt som utförandet sker.
- 30 Commune de Roanne, den franska regeringen och den polska regeringen har i sina skriftliga yttranden gjort gällande att avtalet inte motsvarar denna definition och att det således inte utgör ett offentligt byggtreprenadkontrakt i direktivets mening.
- 31 Enligt Commune de Roanne utgör inte avtalet, med hänsyn till dess föremål, ett offentligt byggtreprenadkontrakt, eftersom avtalet är ett offentligt avtal om stadsplanering vars föremål är mer omfattande än utförandet av byggtreprenader. Enligt fransk rätt avser nämligen sådana avtal genomförandet av ett stadsplaneringsprojekt i dess helhet eller genomförandet av alla slags stadsplaneringspolitiska åtgärder, bland annat organisation och igångsättning av projektet, administrativ och juridisk ledning, förvärv av mark genom expropriation och upprättandet av kontrakt.
- 32 Den polska regeringen har i likhet härmed anfört att enligt avtalet har SEDL åtagit sig att genomföra ett investeringsprojekt som innehåller flera uppdrag. Den polska regeringen har understrukit att i detta hänseende är SEDL inte en leverantör som utför de i kontraktet föreskrivna byggtreprenaderna, utan SEDL har endast åtagit sig att förbereda och leda en offentlig upphandling av byggtreprenader. Den polska regeringen anser att den viktigaste delen i kontraktet består i att göra beställningar av byggnadsverk och att utöva tillsyn över dessa byggnadsverks utförande och har därför gjort gällande att avtalet skall kvalificeras som ett offentligt tjänstekontrakt i den mening som avses i artikel 1 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

- 33 Den franska regeringen har gjort gällande att den del av nöjescentrumet som avser utförandet av byggtreprenader vilka är avsedda att säljas till tredje man, inte utgör ett offentligt byggtreprenadkontrakt i direktivets mening. Den franska regeringen anser att just på grund av att denna del av nöjescentrumet är avsedd för tredje man, kan den inte anses motsvara några behov för kommunen. I tillägg har den franska regeringen anfört att endast uppförandet av parkeringsplatsen för Commune de Roannes räkning skulle, i och för sig, kunna utgöra ett offentligt byggtreprenadkontrakt. Uppförandet av parkeringsplatsen i fråga faller emellertid inte heller inom direktivets tillämpningsområde, eftersom den kommer att överlätas till kommunen först sedan den uppförts. Denna överlåtelse kommer att ske enligt ett särskilt förfarande i fransk rätt benämnt försäljning efter framtida färdigställande, så att det i själva verket är fråga om ett vanligt fastighetsförvärv vars föremål inte så mycket utgörs av byggtreprenaderna, som av försäljningen av de byggnadsverk som skall utföras.
- 34 Den litauiska regeringen, den österrikiska regeringen och kommissionen anser att avtalet utgör ett offentligt byggtreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 i direktivet. Kommissionen har i synnerhet gjort gällande att, trots att avtalet innehåller vissa uppdrag som innebär tillhandahållande av tjänster, är det huvudsakliga föremålet för avtalet utförandet av ett byggnadsverk som motsvarar behov som specificerats av den upphandlande myndigheten i den mening som avses i artikel 1 a och c i direktivet.
- 35 De argument som framförts av Commune de Roanne, den franska regeringen och den polska regeringen kan inte godtas.
- 36 Det är förvisso riktigt att SEDL enligt avtalet, utöver utförandet av byggtreprenader, även åläggs tilläggsförpliktelser som har samband med tillhandahållande

av tjänster, vilket påpekats av flera av intervenienterna. I motsats till vad Commune de Roanne har hävdad, följer det emellertid inte enbart av den omständigheten att avtalet innehåller vissa delar som är mer långtgående än utförandet av byggtreprenader, att avtalet faller utanför direktivets tillämpningsområde.

- 37 Det framgår av domstolens rättspraxis att det är det huvudsakliga föremålet för ett kontrakt som avgör vilket gemenskapsdirektiv om offentlig upphandling som i princip är tillämpligt, när kontraktet innehåller såväl delar vilka har samband med offentliga byggtreprenadkontrakt, som delar vilka har samband med andra slags offentliga kontrakt (se domstolens dom av den 19 april 1994 i mål C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, REG 1994, s. I-1329, punkt 29).
- 38 Vad gäller tillämpningen av denna rättspraxis på omständigheterna i förevarande mål skall det understrykas att, i motsats till vad den polska regeringen har gjort gällande i sitt yttrande, SEDL:s åtagande enligt avtalets ordalydelse inte är begränsat till att administrera och organisera byggtreprenaderna utan innefattar även utförandet av de byggtreprenader som anges i avtalet. Enligt domstolens fasta rättspraxis krävs det inte att den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet själv skall kunna utföra den avtalade prestationen med egna resurser för att kvalificeras som leverantör ansvarig för ett offentligt byggtreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i direktivet (se, för ett liknande resonemang, domstolens domar av den 14 april 1994 i mål C-389/92, *Ballast Nedam Groep*, REG 1994, s. I-1289, punkt 13, och av den 2 december 1999 i mål C-176/98, *Holst Italia*, REG 1999, s. I-8607, punkt 26). Av detta följer att det, vid bedömningen av huruvida det huvudsakliga föremålet för avtalet är utförandet av ett byggnadsverk, saknar betydelse att SEDL inte självt fullgör byggtreprenaderna utan låter dessa arbeten fullgöras av underleverantörer.
- 39 Det argument som har framförts av den franska regeringen, med innebörd att föremålet för avtalet — på de grunder som angivits ovan i punkt 33 — inte kan anses vara utförandet av ett byggnadsverk som motsvarar behov som specificerats av den upphandlande myndigheten i den mening som avses i artikel 1 a i direktivet, kan inte godtas.

- 40 Beträffande den rättsliga kvalifikation som den franska regeringen har gjort av parkeringsplatsen, kan det konstateras att definitionen av vad som utgör ett offentligt byggtreprenadkontrakt är en fråga för gemenskapsrätten. Eftersom det i artikel 1 a i direktivet inte uttryckligen hänvisas till medlemsstaternas rätt för att bestämma den bestämmelsens innebörd och räckvidd, är den rättsliga kvalifikationen av kontraktet enligt fransk rätt inte relevant, i syfte att avgöra huruvida avtalet faller inom direktivets tillämpningsområde eller inte (se analogt domstolens dom av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike, REG 2005, s. I- 8831, punkt 36).
- 41 Det följer 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, ej publicerad i rättsfallssamlingen, 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.
- 42 Det måste vidare anses att uppförandet av nöjescentrumet motsvarar de behov som specificerats av Commune de Roanne i avtalet. I detta hänseende skall det understrykas att det byggnadsverk som avses i avtalet är nöjescentrumet i dess helhet, vilket inbegriper uppförandet av en biografanläggning med flera salonger, lokaler för nöjesrelaterade tjänster, en parkeringsplats samt eventuellt ett hotell. Det framgår av flera bestämmelser i avtalet att Commune de Roanne söker ge nytt liv åt kvarteret kring järnvägsstationen och en ny inriktning på detta kvarters utveckling, genom att uppföra nöjescentrumet i dess helhet.
- 43 Vad gäller de övriga delarna i definitionen av ett offentligt byggtreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i direktivet, kan det för det första noteras att det är ostridigt att Commune de Roanne är en lokal eller regional myndighet och därför är att anse som en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktivet. Det är vidare ostridigt att det föreligger ett skriftligt kontrakt.

- 44 Det är för det andra ostridigt att SEDL, i sin egenskap av ekonomisk aktör som är aktiv på marknaden och som åtagit sig utföra de byggentreprenader som anges i avtalet, skall anses som leverantör i direktivets mening. Såsom det erinrats om i punkt 38 ovan, saknar det i detta hänseende betydelse om SEDL anlitar underleverantörer för att genomföra projektering och utförande av byggentreprenaderna (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., REG 2001, s. I-5409, punkt 90).
- 45 Det är vidare uppenbart att avtalet slutits på ekonomiska villkor. De ekonomiska villkoren i ett avtal avser den motprestation leverantören erbjuder av den upphandlande myndigheten med anledning av utförandet av byggentreprenaderna i fråga (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Ordine degli Architetti m.fl., punkt 77). Enligt bestämmelserna i avtalet erhåller SEDL ett belopp från Commune de Roanne som ersättning för överlåtelsen av parkeringsplatsen. Kommunen har även åtagit sig att bidra till utgifterna för samtliga byggnadsverk som skall utföras. I kraft av avtalet ges SEDL slutligen rätt att uppbära intäkter från tredje man som ersättning för överlåtelse av de byggnadsverk som utförts.
- 46 Vid en bedömning av avtalet framgår det att dess huvudsakliga föremål, såsom kommissionen har hävdad, är utförandet av ett antal bygg- och anläggningsarbeten vilka innebär att ett byggnadsverk utförs i den mening som avses i artikel 1 c i direktivet, det vill säga ett nöjescentrum. De delar av avtalet som avser tjänster, såsom fastighetsförvärv, sökande efter finansiering, ordnandet av en arkitekttävling och/eller en ingenjörstävling samt marknadsföringen av byggnaderna ingår i färdigställandet av detta byggnadsverk.
- 47 Med hänsyn till vad som ovan anförts skall den första frågan besvaras på följande sätt: Ett avtal genom vilket en upphandlande myndighet anförtror åt en annan upphandlande myndighet att utföra ett byggnadsverk utgör ett offentligt byggentreprenad

prenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i direktivet, oberoende av om det föreskrivs att den första upphandlande myndigheten är eller skall bli ägare till hela eller delar av byggnadsverket.

Den andra frågan

- 48 Den nationella domstolens andra fråga avser det närmare tillvägagångssättet för att bestämma värdet av kontraktet i fråga, i syfte att avgöra huruvida det i artikel 6 i direktivet föreskrivna tröskelvärdet är uppnått.
- 49 Den nationella domstolen har föreslagit tre möjliga metoder för att beräkna tröskelvärdet. Enligt den första metoden skulle värdet av kontraktet bestämmas uteslutande på grundval av de belopp som den upphandlande myndigheten betalar i ersättning för de byggnadsverk som överlämnas till den. Enligt den andra metoden skulle värdet av kontraktet utgöras av det sammanlagda värdet av samtliga belopp som betalas av den upphandlande myndigheten, det vill säga ersättningen för de byggnadsverk som överlämnas och det finansiella bidrag som lämnas för samtliga byggnadsverk som skall utföras. Enligt den tredje metoden skulle, vid bestämmandet av värdet av kontraktet, det sammanlagda värdet av byggtreprenaderna beaktas, vilket inbegriper de belopp som betalas av den upphandlande myndigheten och de belopp som erhålls från tredje man för de byggnadsverk som utförs för deras räkning.
- 50 Det skall först erinras om att artikel 6 i direktivet enligt dess ordalydelse är tillämplig på offentliga byggtreprenadkontrakt vilkas värde når upp till det tröskelvärde som föreskrivs i bestämmelsen. I artikel 6 föreskrivs inte någon regel med innebörd att de belopp som skall tas i beaktande vid bestämmandet av värdet av ett kontrakt är begränsade till de belopp som härrör från den upphandlande myndigheten.

- 51 Det skulle dessutom stå i strid med direktivets andemening och syfte att utläsa en sådan regel ur dess artikel 6.
- 52 Det följer av andra och tionde skälen i direktivet att det syftar till att avskaffa hindren för etableringsfriheten och för friheten att tillhandahålla tjänster med avseende på offentliga byggentreprenadkontrakt, för att låta dessa kontrakt bli föremål för en effektiv konkurrens (se domen i det ovannämnda målet *Ordine degli Architetti m.fl.*, punkt 52). I tionde skälet anges det att för att en sådan konkurrens skall utvecklas är det nödvändigt att meddelandena om upphandling offentliggörs i hela gemenskapen och att dessa meddelanden innehåller tillräckligt med upplysningar för att göra det möjligt för leverantörer i gemenskapen att bedöma huruvida de kontrakt som erbjuds är av intresse för dem. I detta hänseende syftar tröskelvärdet i artikel 6 i direktivet till att säkerställa att potentiella anbudsgivare upplyses om de offentliga upphandlingar som har ett tillräckligt högt värde för att motivera att anbudsgivare från andra medlemsstater deltar i förfarandet.
- 53 Syftet med de förfaranden för offentlig upphandling av byggentreprenader som föreskrivs i direktivet är att säkerställa att potentiella anbudsgivare i gemenskapen får tillgång till de offentliga kontrakt som intresserar dem. Det är således från dessa anbudsgivares synvinkel som beräkningen skall ske av huruvida värdet av ett kontrakt når upp till tröskelvärdet i artikel 6 i direktivet.
- 54 Det är i detta hänseende uppenbart att en potentiell anbudsgivare är intresserad av det sammanlagda värdet av ett kontrakt, när värdet av kontraktet i fråga utgörs av såväl intäkter från den upphandlande myndigheten som intäkter från tredje man.

- 55 Den motsatta ståndpunkten, enligt vilken endast de belopp som betalas av den upphandlande myndigheten skall tas i beaktande vid beräkningen av värdet av ett kontrakt i den mening som avses i artikel 6 i direktivet, skulle stå i strid med direktivets syfte. Denna ståndpunkt skulle leda till att den upphandlande myndigheten skulle kunna tilldela en leverantör ett kontrakt med ett sammanlagt värde som överstiger tröskelvärdet i artikel 6 och som skulle kunna vara av intresse för andra leverantörer på marknaden, utan att tillämpa de förfaranden för offentlig upphandling av byggtreprenader som föreskrivs i direktivet.
- 56 Det skall vidare erinras om att byggkoncessioner enligt artikel 3 i direktivet är underkastade reglerna om offentliggörande i de fall det tröskelvärde som anges i den artikeln är uppnått. Eftersom ett av de grundläggande kännetecknen för dessa koncessioner är att ersättningen för de arbeten som utförts helt eller delvis kommer från tredje man, skulle det stå i strid med direktivets syfte och systematik om belopp från tredje man skulle vara uteslutna från beräkningen av värdet av ett kontrakt enligt artikel 6 i direktivet.
- 57 Mot bakgrund av det ovan anförda skall den andra frågan besvaras på följande sätt: Vid bestämmandet av värdet av ett kontrakt enligt artikel 6 i direktivet skall det totala värdet av ett byggtreprenadkontrakt, sett ur en potentiell anbudsgivares synvinkel, tas i beaktande. Detta värde inbegriper inte endast samtliga belopp som den upphandlande myndigheten skall betala, utan även samtliga intäkter från tredje man.

Den tredje frågan

- 58 Den nationella domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida den upphandlande myndigheten, vid ingåendet av ett sådant avtal som det är fråga om i målet vid den nationella domstolen, är befriad från skyldigheten att tillämpa de

förfaranden för offentlig upphandling av byggentreprenader som föreskrivs i direktivet på grund av att avtalet i fråga enligt nationell rätt endast kan ingås med vissa juridiska personer, vilka själva är upphandlande myndigheter och vilka i sin tur är skyldiga att tillämpa de i direktivet föreskrivna förfarandena vid eventuella efterföljande upphandlingar.

- 59 De enda undantag från tillämpningen av direktivet som är tillåtna är de undantag som är uttryckligen angivna däri (se analogt domstolens domar av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121, punkt 43, och av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo och Consorzio Alisei, REG 2006, s. I-4137, punkt 45).
- 60 Direktivet innehåller dock inte någon bestämmelse som är jämförbar med artikel 6 i direktiv 92/50, enligt vilken offentliga kontrakt som tilldelas upphandlande myndigheter på vissa villkor är undantagna från det direktivets tillämpningsområde (se analogt domarna i de ovannämnda målen Teckal, punkt 44, samt Carbotermo och Consorzio Alisei, punkt 46).
- 61 I artikel 11 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114) föreskrivs ett undantag för upphandlande myndigheter som bland annat anskaffar byggentreprenader med hjälp av en inköpscentral i den mening som avses i artikel 1.10 i det direktivet. Den bestämmelsen är emellertid av tidsskäl inte tillämplig på omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.

- 62 Av detta följer att en upphandlande myndighet inte är befriad från skyldigheten att tillämpa de förfaranden för offentlig upphandling av byggentreprenader som föreskrivs i direktivet på grund av att den har för avsikt att ingå kontraktet i fråga med en annan upphandlande myndighet (se analogt domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 51, och domar av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE, REG 2000, s. I-11037, punkt 40, och av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkt 47). Detta konstaterande påverkar för övrigt inte skyldigheten för den andra upphandlande myndigheten att i sin tur tillämpa de anbudsförfaranden som föreskrivs i direktivet (se analogt domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 45).
- 63 Det är riktigt att det enligt domstolens rättspraxis inte krävs någon anbudsinfördran för kontrakt som ingås mellan en lokal eller regional myndighet och en från denna myndighet fristående person under förutsättning att den lokala eller regionala myndigheten utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, och att den ifrågavarande juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter av vilka den innehas (se domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 50, och dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien, REG 2005, s. I-139, punkterna 38 och 39).
- 64 Den omständigheten att SEDL är ett halvoffentligt bolag i vars aktiekapital det ingår privat kapital innebär att det är uteslutet att Commune de Roanne kan anses utöva en kontroll över det bolaget som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning. Domstolen har slagit fast att privata investeringar i företag styrs av överväganden som är specifika för privata intressen och som görs i andra syften än de som eftersträvas av en offentlig myndighet (se domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkterna 49 och 50). Det resonemang som domstolen fört i domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, med avseende på offentliga tjänstekontrakt, äger även tillämplighet på offentliga byggentreprenadkontrakt.

- 65 Det framgår av yttrandena från Commune de Roanne, den franska regeringen och den polska regeringen att dessa anser att direktivets ändamålsenliga verkan är bibehållen i ett fall som det förevarande, i vilket den andra upphandlande myndigheten är skyldig att tillämpa de förfaranden för offentlig upphandling av byggtreprenader som föreskrivs i direktivet på efterföljande upphandlingar. För säkerställandet av en effektiv konkurrens skulle det sakna betydelse huruvida ett sådant förfarande anordnas av den första upphandlande myndigheten eller av den andra upphandlande myndigheten.
- 66 Det skall först och främst erinras om att direktivet inte innehåller några bestämmelser som gör det möjligt att avstå från att tillämpa direktivet på offentliga byggtreprenadkontrakt som ingås mellan två upphandlande myndigheter, även i det fallet att den andra upphandlande myndigheten är skyldig att lägga ut hela värdet av kontraktet på underentreprenörer och således skulle vara skyldig att tillämpa de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i direktivet.
- 67 I förevarande mål är det inte heller föreskrivet i avtalet att SEDL är skyldigt att lägga ut hela det ursprungliga kontraktet på underentreprenörer. Det förhåller sig dessutom så att, liksom generaladvokaten har påpekat i punkt 72 i sitt förslag till avgörande, när en andra upphandlande myndighet anlitar underentreprenörer, föreligger det en risk att föremålet för varje efterföljande kontrakt ofta kommer att avse endast en del av den totala upphandlingen. Detta kan leda till att värdet av de efterföljande upphandlingar som genomförs av en andra upphandlande myndighet kan vara lägre än det värde som anges i artikel 6.1 a i direktivet. Direktivets tillämpning kan således kringgås genom att en rad på varandra följande upphandlingar genomförs.
- 68 Mot bakgrund av det ovan anförda skall den tredje frågan besvaras på följande sätt: En upphandlande myndighet är inte befriad från skyldigheten att tillämpa de förfaranden för offentlig upphandling av byggtreprenader som föreskrivs i direktivet på den grunden att avtalet enligt nationell rätt endast kan ingås med vissa juridiska personer, vilka själva är upphandlande myndigheter och vilka i sin tur är skyldiga att tillämpa förfarandena i fråga vid eventuella efterföljande upphandlingar.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

- 1) **Ett avtal genom vilket en upphandlande myndighet anförtror åt en annan upphandlande myndighet att utföra ett byggnadsverk utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, oberoende av om det föreskrivs att den första upphandlande myndigheten är eller skall bli ägare till hela eller delar av byggnadsverket.**
- 2) **Vid bestämmandet av värdet av ett kontrakt enligt artikel 6 i direktiv 93/37, i dess lydelse enligt direktiv 97/52, skall det totala värdet av byggentreprenadkontraktet, sett ur en potentiell anbudsgivares synvinkel, tas i beaktande. Detta värde inbegriper inte endast samtliga belopp som den upphandlande myndigheten skall betala, utan även samtliga intäkter från tredje man.**

