DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 22 april 2010 *

I mål C-423/07,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 13 september 2007,

Europeiska kommissionen, företrädd av D. Kukovec, M. Konstantinidis och av S. Pardo Quintillán, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av M. Canal Fontcuberta, abogada, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Konungariket Spanien, företrätt av F. Díez Moreno, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

meddelar

* Rättegångsspråk: spanska.

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden på tredje avdelningen K. Lenaerts, tillförordnad ordförande på fjärde avdelningen, samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent), J. Malenovský och T. von Danwitz,

generaladvokat: P. Mengozzi,
justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 september 2009,

och efter att den 20 oktober 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 3 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54), och därmed enligt artiklarna 11.3, 11.6, 11.7, 11.11 och 11.12 i det direktivet, och har åsidosatt principerna i EG-fördraget, särskilt principerna om likabehandling och om förbud mot

diskriminering, genom att bland de arbeten som var föremål för en koncession och som angavs i meddelandet och i handlingarna med särskilda administrativa klausuler om tilldelningen av koncessionen för byggande, underhåll och drift av anslutningsvägar från motorvägen A-6 till Segovia och Ávila, samt för underhåll och drift av sträckan Villalba–Adanero på motorväg A-6 från och med år 2018, inte ta med vissa entreprenader som senare tilldelades inom ramen för koncessionen, däribland entreprenaderna avseende den avgiftsfria sträckan av motorvägen A-6.

Gemenskapslagstiftningen

2 I femte skälet i direktiv 93/37 anges följande: ”Med hänsyn till att koncessioner ökar i betydelse vid offentlig upphandling av byggentreprenader och till att de är av särskild beskaffenhet bör detta direktiv innehålla regler om annonsering.”

3 I artikel 1 c i direktivet anges följande:

”Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.”

4 Artikel 1 d i direktivet innehåller följande definition:

”Med byggkoncession avses ett kontrakt av samma slag som [ett sådant byggentreprenadkontrakt] som avses ovan i led a, men som innebär att ersättningen består i antingen enbart rätt att utnyttja byggnadsverket eller i en kombination av denna rätt och betalning.”

5 I artikel 3 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

”1. Då de upphandlande myndigheterna sluter koncessionsavtal om byggentreprenader, ska bestämmelserna om annonsering i artikel 11.3, 11.6, 11.7, 11.9–13 och artikel 15 gälla för det avtalet, om värdet uppgår till minst 5 000 000 ecu.

…

4. Medlemsstaterna ska se till att byggkoncessionshavare som inte är upphandlande myndigheter tillämpar bestämmelserna om annonsering i artikel 11.4, 11.6, 11.7, 11.9–13 och i artikel 16, om dessa avser att tilldela tredje man byggentreprenadkontrakt som har ett värde av minst 5 000 000 ecu. …

…”

6 I artikel 11 i direktiv 93/37, som ingår i del III i direktivet, med rubriken ”Gemensamma bestämmelser för annonsering”, anges följande:

”1. Upphandlande myndigheter ska i ett vägledande meddelande ange de viktigaste upplysningarna om de byggentreprenadkontrakt som de avser att tilldela och vars värde uppgår till minst det värde som anges i artikel 6.1.

…

3. Upphandlande myndigheter som avser att upphandla en byggkoncession ska tillkännage sin avsikt i ett meddelande.

…

6. Meddelandena enligt punkterna 1–5 ska utformas enligt förlagorna i bilagorna 4–6 och ska innehålla de uppgifter som anges i bilagorna.

…

7. De upphandlande myndigheterna ska sända meddelandena enligt punkterna 1–5 så fort som möjligt och på lämpligaste sätt till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. …

…

9. Meddelandena enligt punkterna 2, 3 och 4 ska i sin helhet publiceras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*…

10. Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer ska publicera meddelandena senast 12 dagar efter avsändandet. Vid påskyndat förfarande enligt artikel 14 ska denna frist minskas till fem dagar.

11. Meddelandet får inte publiceras i de officiella tidningarna eller i annan press i det land där de upphandlande myndigheterna finns före dagen för avsändandet till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, och det måste innehålla uppgift om detta datum. Det får inte innehålla andra uppgifter än dem som publiceras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

12. De upphandlande myndigheterna måste kunna styrka att avsändandet har skett viss dag.

…”

7 Bilagorna som ovannämnda artikel 11.6 i direktiv 93/37 hänvisar till innehåller förlagor till de meddelanden som de upphandlande myndigheterna ska publicera i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Bilaga 4 i direktivet avser upphandling av byggentreprenader, bilaga 5 avser byggkoncessioner, och bilaga 6 innehåller den

förlaga till meddelande som ska användas när koncessionshavaren i sin tur avser att lägga ut arbetena på tredje man.

8 I artikel 15 i direktivet anges följande:

”Upphandlande myndigheter som avser att tilldela en byggkoncession ska fastställa en tidsfrist för mottagande av ansökningar om att tilldelas koncessionen, som ska vara minst 52 dagar från den dag då meddelandet avsändes.”

9 I artikel 61 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 följande, under rubriken ”Tilldelning av kompletterande byggentreprenader till koncessionshavaren”:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på kompletterande byggentreprenader som inte ingår vare sig i det ursprungliga koncessionsprojektet eller i det ursprungliga kontraktet, vilka på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för utförande av byggentreprenaden enligt beskrivningen i koncessionsprojektet eller kontraktet, och som den upphandlande myndigheten tilldelar koncessionshavaren, under förutsättning att kontraktet tilldelas den ekonomiska aktör som utför denna byggentreprenad

— om dessa kompletterande byggentreprenader tekniskt och ekonomiskt inte kan skiljas från det ursprungliga kontraktet utan stora olägenheter för de upphandlande myndigheterna, eller

— om dessa byggentreprenader, även om de kan skiljas från utförandet av det ursprungliga kontraktet, är strikt nödvändiga för dess fullständiga färdigställande.

Det totala beloppet för de kontrakt som tilldelas för kompletterande byggentreprenader får dock inte överstiga 50 % av beloppet för den ursprungliga byggentreprenaden som var föremål för koncessionen.”

10 I punkt 3.1.1 i kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EGT C 121, 2000, s. 2), med rubriken ”Likabehandling”, anges följande:

”…

Ibland kan koncessionsgivaren inte definiera sina behov tillräckligt exakt i tekniska termer och efterfrågar då anbud med alternativa lösningar på ett problem som de[n] redovisar på ett allmänt sätt. För att sund och verklig konkurrens skall kunna tryggas även då måste kravspecifikationen ge anbudsgivarna objektiv och icke-diskriminerande information om vad som efterfrågas och, framför allt, hur de förväntas utforma sina anbud. …”

Den nationella lagstiftningen

11 I artikel 8.2 andra stycket i lag nr 8 av den 10 maj 1972 om byggande, underhåll och drift av motorvägar enligt koncessionsreglerna (nedan kallad lag om motorvägar), i dess lydelse sedan 1996, föreskrivs följande:

”… [D]et bolag som tilldelas koncessionen ska ha som verksamhetsföremål … att anlägga andra väginfrastrukturer än dem som koncessionen avser, men som inverkar på koncessionen och som utförs inom motorvägens påverkansområde eller som krävs för trafikstyrningen, vars projektering och utförande, eller enbart utförande, åläggs koncessionshavaren som motprestation …”

12 I kungligt dekret nr 597 av den 16 april 1999 har omfattningen av motorvägarnas påverkansområde fastställts till 20 km.

Det omtvistade projektet

13 Motorvägen A-6 mellan städerna Madrid och La Coruña utgör huvudvägförbindelsen mellan Spaniens norra och nordöstra centrum. Det är utrett att det rör sig om en av de viktigaste och mest trafikerade trafiklederna i Spanien. Sträckan mellan Madrid och staden Villalba är inte avgiftsbelagd. Den är cirka 40 km lång och går igenom ett område som i praktiken är ett stadsområde. Sträckan mellan städerna Villalba och Adanero är en avgiftsbelagd motorvägssträcka och är cirka 70 km lång (nedan kallad den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6). Det är utrett att dessa

två motorvägssträckor sedan lång tid tillbaka kännetecknas av intensiv trafik och har allvarliga problem med trafikstockningar.

14 Sedan år 1968 ansvarar bolaget Ibérica de Autopistas SA (nedan kallat Iberpistas) för driften av den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 genom koncession. Koncessionen har beviljats till och med den 29 januari 2018.

15 Genom beslut av den 26 maj 1997 tillkännagav det spanska ministeriet för transport och infrastruktur att det avsåg att ta med byggandet av motorvägar för att förbinda städerna Segovia och Ávila med motorväg A-6 i ”planeringen av motorvägar”, som den spanska regeringen beviljade i februari 1997. Som skäl angavs att ”anläggningen av motorvägar för att förbinda dessa städer med motorväg A-6 är av särskilt stort allmänintresse för deras utveckling, med hänsyn till den nuvarande intensiva trafiken som orsakar trafikstockningar …”.

16 Genom meddelande som publicerades i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* (EGT S 115 av den 16 juni 1999, nedan kallat det första meddelandet), och genom förfrågningsunderlag som beviljades genom beslut av den 4 juni 1999 (BOE nr 136 av den 8 juni 1999, nedan kallat det första förfrågningsunderlaget), inledde ministeriet för transport och infrastruktur, i egenskap av koncessionsgivande myndighet, ett anbudsförfarande avseende tilldelningen av en koncession. I punkt 2 i det första meddelandet och i klausul 2.4 i det första förfrågningsunderlaget, som har samma innehåll, beskrivs föremålet för anbudsinfordran avseende koncessionen.

17 Detta föremål avsåg följande byggnadsverk:

— Byggande, underhåll och drift av anslutningsvägarna mellan den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 och städerna Ávila respektive Segovia.

— Underhåll och drift av den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 från och med den 30 januari 2018 under en tidsperiod som ska fastställas på grundval av det genomsnittliga antalet fordon som färdas på den aktuella sträckan.

— Byggande av en ringled runt staden Guadarrama, en kommun som ligger på den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6.

— Utbyggnad av en del av den avgiftsfria sträckan av motorväg A-6, nämligen sträckan mellan Madrid och Villalba. Det rörde sig om anläggandet av ett fjärde körfält i båda färdriktningarna för att förbättra motorvägens kapacitet på den aktuella sträckan.

18 Den koncessionsgivande myndigheten publicerade ett nytt förfrågningsunderlag (nedan kallat det andra förfrågningsunderlaget), genom beslut av den 7 juli 1999 (BOE nr 163 av den 9 juli 1999). Ett nytt meddelande publicerades i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* (EGT S 137 av den 17 juli 1999, nedan kallat det andra meddelandet). I skälen till det andra beslutet angavs att ”det av tekniska skäl är nödvändigt att ändra [det första] förfrågningsunderlaget, i syfte att omdefiniera upphandlingens föremål och införa vissa ändringar vad gäller fastställandet av koncessionens giltighetstid”.

19 I punkt 2 i det andra meddelandet och i klausul 2 i det andra förfrågningsunderlaget definierades föremålet för koncessionen enligt följande:

”1. Byggande, underhåll och drift av den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6, anslutningsväg till Segovia, …

2. Byggande, underhåll och drift av den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6, anslutningsväg till Ávila. …

3. Underhåll och drift av den avgiftsbelagda motorvägen A-6, sträckan mellan Villalba och Adanero. …"

20 Härav följer att i det andra meddelandet och i det andra förfrågningsunderlaget har varken en avfart mot staden Guadarrama eller utbyggnaden av en del av den avgiftsfria sträckan av motorväg A-6 angetts som föremål för koncessionen.

21 I klausul 3 i det andra förfrågningsunderlaget hänvisades det till "handlingarna i ärendet".

22 I klausulerna 5.13 och 5.16 i det andra förfrågningsunderlaget, som har samma lydelse som i det första förfrågningsunderlaget, angavs följande:

"13 Anbudsgivarna ska i sina anbud uttryckligen ange vilka åtgärder de avser att vidta med hänsyn till koncessionens effekter på det totala trafiknätet, turistintresset för området och monument av historiskt eller konstnärligt intresse samt effekterna på bevarandet och upprätthållandet av landskapet och naturskyddet, oavsett om den gällande lagstiftningen på området har iakttagits.

…

16 Anbudsgivarna ska uppge för administrationen vilka åtgärder de föreslår ska vidtas i syfte att säkerställa en lämplig styrning av trafiken mellan städerna i de områden som berörs av byggandet av de vägar som koncessionen omfattar, och ange vilka av dessa åtgärder som anbudsgivaren avser att utföra på egen bekostnad. Vid prövningen av anbud kommer särskild vikt att fästas vid åtgärdernas kreativitet och genomförbarhet, med hänsyn till den stora överbelastningen i de områden där trafiken kommer att påverkas av de vägar som omfattas av koncessionen."

23 Klausul 10 i det andra förfrågningsunderlaget, som är identisk med motsvarande klausul i det första förfrågningsunderlaget, innehöll en uppräkning av de kriterier som skulle beaktas vid prövningen av anbud. Bland dessa kriterier återfanns följande:

— Genomförbarheten av det anbud som lämnats och omfattningen av nedlagda resurser (punkt III).

— Föreslagna trafikstyrnings- och miljöåtgärder (punkt V).

24 I underkriterium V.i angavs följande:

"Föreslagna åtgärder för styrning av den regionala trafiken, däri inberäknat införandet av en dynamisk vägtull för det område som berörs av byggandet av de sträckor som utgör föremål för koncessionen, kan erhålla upp till 75 poäng för åtgärdernas kreativitet, genomförbarhet och effektivitet."

25 Med avseende på anslutningsvägarna från den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 till Ávila och Segovia angavs det i klausul 29 att koncessionshavaren är skyldig att se till att en viss nivå av trafikintensitet, angiven i tekniska termer, inte överskrids på något ställe på motorvägen och att koncessionshavaren ska utföra utbyggnader som krävs för det ändamålet på egen bekostnad."

26 I klausul 33 i det andra förfrågningsunderlaget föreskrevs slutligen att koncessionens giltighetstid varken skulle vara längre än 37 år eller kortare än 22 år, och att koncessionens exakta giltighetstid i år räknat skulle fastställas genom beaktandet av den faktiska trafikutvecklingen på varje sträcka, vilken skulle beräknas 20 år efter det att koncessionen började gälla.

27 Med stöd av kungligt dekret nr 1724/1999 av den 5 november 1999 tilldelade den koncessionsgivande myndigheten Iberpistas koncessionen. I artikel 5 i det kungliga dekretet föreskrevs emellertid att det skulle utföras ytterligare entreprenader än dem som angavs i det andra meddelandet och i det andra förfrågningsunderlaget. Förutom byggandet av anslutningsvägar från den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 till Ávila och Segovia samt underhåll och drift av den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 mellan Villalba och Adanero, föreskrevs att följande entreprenader skulle utföras:

— Anläggande av ett tredje körfält i båda färdriktningarna på den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 mellan Villalba och trafikplats Valle de los Caídos (nedan kallat byggnadsverk A).

— Anläggande av ett reversibelt tredje körfält på den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 mellan trafikplats Valle de los Caídos och staden San Rafael, däri inbegripet anläggandet av en ny tunnel (nedan kallat byggnadsverk B).

— Anläggande av ett fjärde körfält i båda färdriktningarna på den avgiftsfria sträckan av motorväg A-6 mellan Madrid och Villalba (nedan kallat byggnadsverk C).

28 Byggnadsverken A, B och C kommer nedan att kallas ”de ytterligare byggnadsverken”.

29 Av det hittills anförda följer att byggnadsverk C angavs i det första meddelandet och förfrågningsunderlaget, men inte i det andra meddelandet och förfrågningsunderlaget. Byggnadsverken A och B angavs varken i det första eller i det andra meddelandet och förfrågningsunderlaget. Entreprenaden avseende byggandet av en ringled runt staden Guadarrama angavs i det första förfrågningsunderlaget, men inte i det andra. Denna entreprenad ingick inte i den koncession som tilldelades Iberpistas och blev i slutändan inte genomförd.

30 Det framgår av handlingarna i målet att anslutningsvägen från den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 till Segovia togs i drift år 2003. Ett fjärde körfält på den avgiftsfria sträckan av motorväg A-6 (byggnadsverk C) togs i drift den 1 januari 2006. Det framgår även av handlingarna i målet att de andra byggnadsverken utfördes under tiden.

31 Det framgår även av en skrivelse från de spanska myndigheterna av den 28 november 2001 att kostnaden för de entreprenader som uttryckligen angavs i det andra meddelandet och i det andra förfrågningsunderlaget, det vill säga anslutningsvägarna från den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 till Segovia och Ávila, uppgick till 151,76 miljoner euro. I denna kostnad ingick inte kostnaden för entreprenaden avseende underhåll och drift av den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6, för vilken koncession beviljades från och med den 30 januari 2018. Kostnaden för de tre ytterligare byggnadsverken uppgick till 132,03 miljoner euro.

Det administrativa förfarandet

32 Kommissionen var tveksam till huruvida det förfarande enligt vilket koncession beviljades för utförandet av de ytterligare byggnadsverken var rättsenligt, med beaktande av bestämmelserna i direktiv 93/37. Kommissionen sände därför den 30 april 2001 en formell underrättelse till Konungariket Spanien. Konungariket Spanien besvarade den formella underrättelsen den 27 juni 2001. Kommissionen ansåg att de förklaringar som medlemsstaten hade tillhandahållit under tiden var otillräckliga och sände därför den 18 juli 2002 ett motiverat yttrande, som medlemsstaten besvarade genom skrivelser av den 20 september 2002 och den 13 mars 2003.

33 Kommissionen sände den 25 juli 2003 en kompletterande formell underrättelse till Konungariket Spanien, om att principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering hade åsidosatts, vilken Konungariket Spanien besvarade genom skrivelse av den 28 oktober 2003. Kommissionen sände den 22 december 2004 ett kompletterande motiverat yttrande om att nämnda principer hade åsidosatts, vilket medlemsstaten besvarade genom skrivelse av den 3 mars 2005. Kommissionen ansåg att svaret var otillräckligt och väckte därför förevarande talan.

Talan

Upptagande till sakprövning

34 Konungariket Spanien har framställt två invändningar om rättegångshinder. Konungariket Spanien har för det första hävdat att ansökan inte uppfyller kraven i domstolens rättegångsregler, eftersom det inte har företetts någon rättegångsfullmakt för

den advokat som företräder kommissionen. Kommissionen har inte heller motiverat varför denna advokat har getts ett uppdrag att företräda kommissionen i förevarande mål, eftersom hon inte uppträder i egenskap av ombud för kommissionen.

35 Konungariket Spanien har för det andra framställt en invändning om att kommissionens ansökan är oklar, eftersom den på ett oklart sätt hänvisar till att artiklarna 3 och 11.3, 11.6, 11.7, 11.11 och 11.12 i direktiv 93/37 har åsidosatts. Den enda bestämmelsen i artikel 3 som kan beaktas i förevarande fall är emellertid punkt 1. Den koncessionsgivande myndigheten har i detta fall dessutom helt uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 11.3, 11.7, 11.11 och 11.12 i direktivet. Dessutom hänvisas det i artikel 11.6 till bilagorna 4, 5 och 6 till direktivet. Det är emellertid endast bilaga 5 som är tillämplig i förevarande fall. Föremålet för talan är således obestämt.

36 Vad avser den första invändningen om rättegångshinder påpekar domstolen att kommissionen vederbörligen har företrätts av tre ombud och att de har varit biträdda av en advokat. Kommissionen har för övrigt bilagt ett intyg till sin ansökan, vari bekräftas att nämnda advokat är auktoriserad som advokat i en medlemsstat, det vill säga Konungariket Spanien, i den mening som avses i artikel 38.3 i domstolens rättegångsregler.

37 Inte heller den andra invändningen om rättegångshinder kan godtas. Det framgår nämligen klart av handlingarna i målet att kommissionens talan och invändningar avser underlåtenhet att vid koncessionsförfarandet avseende de aktuella entreprenaderna uppfylla de skyldigheter i fråga om annonsering som åligger den koncessionsgivande myndigheten enligt de relevanta bestämmelserna i direktiv 93/37, eftersom inte samtliga entreprenader som faktiskt tilldelats och utförts angavs i det meddelande som föreskrivs för detta ändamål i nämnda bestämmelser.

38 I förevarande fall föreligger det således inte något problem med att talan är oklar som skulle kunna innebära att det kan ifrågasättas huruvida den kan upptas till sakprövning.

39 Det förhållandet att vissa bestämmelser i direktiv 93/37 som kommissionen har åberopat till stöd för sina invändningar eventuellt skulle visa sig vara irrelevanta i förevarande fall innebär inte att talan inte kan upptas till sakprövning.

Prövning i sak

Parternas argument

40 Kommissionen har gjort gällande att föremålet för en koncession, såsom detta beskrivs i meddelandet och i förfrågningsunderlaget, och de byggnadsverk för vilka koncessionen faktiskt har beviljats ska överensstämma. Föremålet för den aktuella koncessionen definieras emellertid på ett klart och tydligt sätt i klausul 2 i det andra förfrågningsunderlaget, och avser bestämda entreprenader, nämligen anslutningsvägar från den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 till Segovia och Ávila samt underhåll och drift av nämnda sträcka från och med den 30 januari 2018. De ytterligare byggnadsverken anges däremot varken i det andra meddelandet eller i det andra förfrågningsunderlaget.

41 Enligt kommissionen består Konungariket Spaniens påstådda fördragsbrott således i att de spanska myndigheterna har utvidgat föremålet för koncessionen i efterhand, genom att tilldela Iberpistas entreprenader som inte hade annonserats och som låg utanför det geografiska område som omfattades av föremålet för koncessionen enligt

annonsen. Detta innebär att den skyldighet som åligger medlemsstaterna enligt de relevanta bestämmelserna i artiklarna 3 och 11 i direktiv 93/37 inte har uppfyllts.

42 Kommissionen har hävdat att varken det faktum att föremålet för koncessionen har ändrats i det andra meddelandet och det andra förfrågningsunderlaget eller utformningen av klausulerna 5.13, 5.16 och 29 i det andra förfrågningsunderlaget innebar att en skäligen informerad och omsorgsfull anbudsgivare kunde förstå att de behöriga myndigheterna faktiskt uppmanade denne att lämna förslag som kunde leda till utförandet av sådana arbeten som de ytterligare byggnadsverken. Annars skulle man nämligen vara tvungen att godta att anbudsgivarna kunde föreslå entreprenader på alla vägar i provinserna Madrid, Segovia och Ávila, eftersom trafiken på de vägarna kunde beröras av de entreprenader som var föremål för koncession.

43 Enligt kommissionens mening var det endast Iberpistas som gynnades av att de ytterligare byggnadsverken inte omfattades av föremålet för koncessionen och att en normalt informerad anbudsgivare inte, ur klausulerna i förfrågningsunderlaget, kunde utläsa att han kunde lägga fram förslag om att utföra byggnadsverk av en sådan omfattning. Iberpistas var nämligen redan koncessionshavare för den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 och kände således till vad den upphandlande myndigheten faktiskt behövde. Däremot kunde varken de andra anbudssökandena eller potentiella anbudsgivare känna till alla de faktorer som skulle beaktas vid tilldelningen av koncessionen, vilket utgör ett åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivare.

44 Konungariket Spanien har för det första hävdat att det framgår av det andra förfrågningsunderlaget att anbudsinfordran inte enbart reglerades av detta underlag, utan även av samtliga bestämmelser som tillämpas på förfaranden för anbudsinfordran, det vill säga lagen om motorvägar samt Allmänt förfrågningsunderlag för statens upphandling av byggentreprenader (Pliego de Cláusulas Generales), som godkänts genom dekret nr 215 av den 25 januari 1973. Syftet med dessa bestämmelser är emellertid, i överensstämmelse med genomförandet av den ovannämnda planeringen av

motorvägar, att ge privata företag stor frihet att ta initiativ, såväl när de lämnar sina anbud som när de utför sin verksamhet efter att ha tilldelats koncessionen.

45 Detta tillvägagångssätt har för övrigt använts vid tilldelningen av koncessionen för anläggande av andra motorvägar i Spanien utan att detta medförde svårigheter, och bekräftas dessutom av artikel 8 i lagen om motorvägar. I artikeln föreskrivs att anbudsgivarna kan föreslå ytterligare entreprenader antingen inom motorvägarnas påverkansområde, i enlighet med definitionen av denna term enligt nationella bestämmelser, eller utanför detta område.

46 I förevarande fall anges anläggningsprojekten avseende vissa byggnadsverk inte längre uttryckligen i det andra förfrågningsunderlaget. Denna ändring syftade till att ge de privata entreprenörerna frihet och kreativitet att lämna förslag till de koncessionsgivande myndigheterna om att utföra byggnadsverk som kan lösa trafikproblemen på motorväg A-6, särskilt efter byggandet av de nya anslutningsvägarna till Ávila och Segovia. Byggandet av dessa två nya motorvägar skulle nämligen försvåra trafiksituationen på den berörda trafikleden. Det överlämnades åt anbudsgivarna att lämna förslag på hur detta problem skulle lösas, vilket även framgår av formuleringen i klausul 5.13 och 5.16 samt klausulerna 29 och 33 i det andra förfrågningsunderlaget.

47 Konungariket Spanien har för det andra gjort gällande att det i förevarande fall i vart fall inte kan anses vara fråga om ett åsidosättande av skyldigheterna i fråga om annonsering vad gäller tilldelningen av de ytterligare byggnadsverken. Iberpistas utförde nämligen inte självt dessa ytterligare entreprenader, utan bolaget annonserade en anbudsinfordran och tilldelade dem därefter till utomstående företag, i enlighet med de krav på annonsering och konkurrens som föreskrivs i direktiv 93/37 och i spansk

lagstiftning. Dessa ytterligare entreprenader utfördes således av utomstående företag som är oberoende i förhållande till koncessionshavaren Iberpistas.

48 Konungariket Spanien har för det tredje framhållit att det var personer och organ som inte hade något yrkesmässigt förhållande till koncessionen som lämnade in klagomål till kommissionen och inte de anbudsgivare som inte valts ut eller utomstående som faktiskt eller potentiellt berördes av den omtvistade koncessionen. Dessa klagande hade andra skäl än ett intresse av att konkurrensreglerna tillämpades korrekt. Samtliga företag som önskade delta i förfarandet hade tillgång till samma information och inga anbudsgivare eller faktiskt eller potentiellt berörda ifrågasatte utgången av förfarandet genom att överklaga, inge klagomål eller väcka talan vid domstol. Principen om likabehandling iakttogs således.

49 Konungariket Spanien har för det fjärde anfört att innan nyss nämnda klagande vände sig till kommissionen hade de väckt talan i två mål mot det omtvistade förfarandet vid Tribunal Supremo, den högsta domstolen i Spanien, som var bäst lämpad att pröva den sakfråga som uppkommit i förevarande fall, som bestod i att fastställa skälen för den ändring som hade införts i det andra förfrågningsunderlaget för koncessionen. Tribunal Supremo ogillade emellertid talan i bägge målen genom dom av den 11 februari och av den 4 oktober 2003. I dessa domar prövade Tribunal Supremo även tilldelningen av den omtvistade koncessionen mot bakgrund av gemenskapsrätten och slog fast att principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering hade iakttagits.

Domstolens bedömning

50 Domstolen påpekar inledningsvis att kommissionen visserligen har gjort gällande att Konungariket Spanien har åsidosatt artiklarna 3, 11.3, 11.6, 11.7, 11.11 och 11.12 i direktiv 93/37. Den har emellertid varken bestritt att ett meddelande om anbudsinfordran publicerades eller tidpunkten och formerna för annonseringen enligt

artikel 11.7, 11.11 och 11.12 i direktivet. När det gäller artikel 3 i direktivet, framgår det dessutom av kommissionens ansökan att talan endast avser punkt 1 i den artikeln.

51 Vid sådant förhållande ska kommissionens talan prövas mot bakgrund endast av artiklarna 3.1, 11.3 och 11.6 i direktiv 93/37.

52 Det är utrett att det i målet aktuella projektet utgör en ”byggkoncession” i den mening som avses i artikel 1 d i direktiv 93/37. Enligt denna bestämmelse avses med en ”byggkoncession” ett kontrakt av samma slag som ett ”byggentreprenadkontrakt”, men som innebär att ersättningen består i antingen enbart rätt att utnyttja byggnadsverket eller i en kombination av denna rätt och betalning.

53 I artikel 3.1 i direktiv 93/37 anges att då de upphandlande myndigheterna sluter koncessionsavtal om byggentreprenader, ska reglerna om annonsering enligt bland annat artikel 11.3 och 11.6 i direktivet gälla för det avtalet, om värdet uppgår till minst 5 000 000 ecu.

54 Enligt artikel 11.3 i direktivet ska upphandlande myndigheter som avser att upphandla en byggkoncession tillkännage sin avsikt i ett meddelande. Detta meddelande

ska utformas enligt förlagan i bilaga 5 till direktivet och ska innehålla de uppgifter som anges i den bilagan, vilket framgår av artikel 11.6.

55 Bland de upplysningar som meddelandet ska innehålla ingår avtalets huvudobjekt och tilläggsobjekt, beskrivning av och platsen för utförande av de entreprenader som koncessionen avser samt dessas storlek och totala omfattning. Detta framgår av avdelning 2 i bilaga 5, som har rubriken ”Avtalsobjekt”.

56 Denna annonseringsskyldighet säkerställer en konkurrensnivå som unionslagstiftaren har ansett vara tillräcklig inom området för byggkoncessioner, genom att den innebär att anbuden kan jämföras.

57 Den ger inom detta område uttryck för principerna om likabehandling och om insyn, som de upphandlande myndigheterna under alla förhållanden ska iaktta.

58 Meddelandet ska formuleras på ett tydligt sätt, så att alla normalt medvetna och erfarna och skäligen omsorgsfulla potentiella anbudsgivare objektivt ges möjlighet att bilda sig en konkret uppfattning om de entreprenader som faktiskt ska utföras samt om platsen för utförandet, och att i enlighet därmed utforma sina anbud.

59 I artikel 11.11 i direktiv 93/37 framhålls den avgörande betydelsen av meddelandet, vid såväl offentliga upphandlingar som vid byggkoncessioner, när det gäller information till anbudsgivare i olika medlemsstater på villkor som är förenliga med principen

om likabehandling. Enligt nämnda bestämmelse får eventuella annonseringar på nationell nivå inte innehålla annan information än den som publiceras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

60 Eftersom det tillgängliga utrymmet i förlagan till meddelande om en koncession i bilaga 5 till direktiv 93/37 emellertid är begränsat, kan informationen om en koncession förtydligas i det förfrågningsunderlag som den koncessionsgivande myndigheten ska upprätta, och som utgör ett naturligt komplement till meddelandet.

61 I förevarande fall kan det konstateras att de ytterligare byggnadsverken, som kommissionens invändningar avser och vars värde avsevärt överstiger det tröskelvärde som anges i artikel 3.1 i direktiv 93/37, inte angavs i föremålet för den aktuella koncessionen, såsom detta definierades i det andra meddelandet och i det andra förfrågningsunderlaget.

62 Konungariket Spanien har emellertid hävdat att det andra förfrågningsunderlaget borde ha förståtts på det sättet att det hänvisade till de grundläggande bestämmelser som är generellt tillämpliga på förfaranden för anbudsinfordran, i synnerhet lagen om motorvägar, och borde ha tolkats mot bakgrund av dessa bestämmelser, som syftar till att ge anbudsgivarna stor frihet att ta initiativ. Mot bakgrund av artikel 8 i lagen om motorvägar borde anbudsgivarna följaktligen ha förstått att den koncessionsgivande myndigheten i själva verket förlitade sig på deras initiativförmåga och kreativitet för att lösa det huvudsakliga problemet, nämligen trafikintensiteten på motorväg A-6. Problemet är välkänt och framgår otvetydigt av statistik från de nationella behöriga myndigheterna. Genom sunt förnuft borde således anbudsgivarna ha förstått att den koncessionsgivande myndigheten förväntade sig sådana förslag. Denna förväntan bekräftas för övrigt av att vissa entreprenader inte längre angavs i det andra

förfrågningsunderlaget, för att ge anbudsgivarna större utrymme att ta initiativ, och av formuleringen i klausulerna 5.13, 5.16 och 29 i andra förfrågningsunderlaget.

63 Denna argumentation kan inte godtas.

64 I syfte att förtydliga kraven för en koncession är det nämligen ibland oundvikligt att det i meddelandet eller förfrågningsunderlaget hänvisas till nationella bestämmelser om tekniska specifikationer som gäller säkerhet, hälsa, miljöskydd eller andra slags krav. Att den koncessionsgivande myndigheten har en sådan möjlighet att hänvisa till nationella bestämmelser kan emellertid inte anses innebära att den undantas från skyldigheterna i fråga om annonsering enligt direktiv 93/37. Dessa skyldigheter innebär att den aktuella koncessionens föremål ska definieras i meddelandet och i förfrågningsunderlaget, vilka ska innehålla den information som är i fråga i punkt 55 i denna dom. Det kan inte heller godtas att det är nödvändigt att tolka meddelandet eller förfrågningsunderlaget mot bakgrund av sådana bestämmelser för att upptäcka det verkliga föremålet för en koncession.

65 Detta krav ska tolkas restriktivt. Domstolen har således, i fråga om en offentlig upphandling av byggentreprenader, slagit fast att en hänvisning i förfrågningsunderlaget till nationell lagstiftning inte var rättsenlig med avseende på möjligheten för anbudsgivare att lägga fram alternativ i sina anbud, i enlighet med artikel 19 första och andra styckena i direktiv 93/37, eftersom de minimikrav som sådana alternativa utföranden måste uppfylla inte preciserades i förfrågningsunderlaget (se dom av den 16 oktober 2003 i mål C-421/01, Traunfellner, REG 2003, s. I-11941, punkterna 27–29). Eftersom det rör sig om en skyldighet att möjliggöra insyn, vars syfte är att säkerställa att den princip om likabehandling av anbudsgivarna iakttas som ska gälla för alla

förfaranden för offentlig upphandling som regleras av direktiv 93/37, gäller domstolens nyss nämnda slutsats även för byggkoncessioner.

66 Härtill kommer att den koncessionsgivande myndigheten får ge anbudsgivarna ett visst utrymme att ta initiativ när de utformar sina anbud, om de entreprenader som koncessionen omfattar är av särskild beskaffenhet.

67 Klausulerna 5.13, 5.16 och 29 i det andra förfrågningsunderlaget, som har ersatt det första, kan emellertid inte anses påkalla anbudsgivarnas initiativ att föreslå alternativ till andra entreprenader än dem som klart anges i det andra meddelandet. Klausul 5.13 preciserar i synnerhet inte platsen där åtgärder ska vidtas för att minska den intensifiering av trafiken som kan komma att orsakas av att de entreprenader som avses i det andra meddelandet utförs. I klausul 5.16 uppmanas endast anbudsgivarna att inkomma med förslag på åtgärder för lämplig ”styrning” av trafiken mellan städerna i det område ”som berörs av byggandet av de vägar som koncessionen omfattar”. Detta område har dock inte preciserats ytterligare. I klausul 29 hänvisas dessutom med otillräcklig precision till åtgärder som ska vidtas avseende anslutningsvägarna från den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 till Ávila och Segovia.

68 Domstolen konstaterar att den initiativförmåga och de alternativa anbud från anbudsgivarna, som den spanska regeringen förväntade sig på grund av att det andra förfrågningsunderlaget ersatte det första ”av tekniska skäl” och ”i syfte att omdefiniera upphandlingens föremål” – bortsett från att de inte kunde uppfattas av en normalt medveten och omsorgsfull anbudsgivare på det sätt som Konungariket Spanien har hävdat – inte heller har något samband med den omtvistade koncessionens föremål utan snarare svarar mot ett allmänt transportpolitiskt önskemål i den aktuella medlemsstaten. På grundval av ett sådant synsätt, såsom kommissionen med fog har framhållit, skulle anbudsgivarna ha varit fria att utan begränsningar lämna förslag

om utförande av byggnadsverk inom hela den autonoma regionen Madrid och inom provinserna Ávila och Segovia.

69 Det förhållandet att ett problem som föreligger på nationell nivå eventuellt är välkänt – det kan inte förutsättas att det uppfattas på så sätt av potentiella anbudsgivare i andra medlemsstater – kan inte beaktas av anbudsgivare som ett underförstått kriterium, för definitionen av en koncessions föremål, och kan således inte påverka den betydelse som unionslagstiftningen tillmäter meddelandet och förfrågningsunderlaget.

70 Även om det kan antas att alla anbudsgivare har samma uppfattning om sin frihet att ta initiativ, är det i alla händelser inte förenligt med direktiv 93/37 att utan att ge någon möjlighet till insyn tilldela en byggkoncession som omfattar så kallade ytterligare entreprenader, vilka i sig utgör ”byggentreprenader”, i den mening som avses i direktivet, och vars värde överstiger det i direktivet föreskrivna tröskelvärdet.

71 Annars skulle dessa så kallade ytterligare entreprenader undantas från annonseringsskyldigheten och därmed från all slags konkurrensutsättning. Eftersom de anbudsgivare som använde sig av möjligheten att ta initiativ skulle vara helt fria att lägga fram förslag, i vilka de skulle bestämma arten, omfattningen och platsen för utförande av de planerade entreprenaderna, utan att behöva beakta ett förutbestämt syfte, skulle det vara omöjligt att jämföra deras anbud.

72 Konungariket Spanien kan för övrigt inte med framgång åberopa artikel 61 i direktiv 2004/18. Förutom att detta direktiv inte kan tillämpas i tiden (*rationae temporis*) i förevarande fall, kan det konstateras att de omtvistade ytterligare byggnadsverken

inte, i den mening som avses i nämnda bestämmelse, utgör kompletterande byggentreprenader, vilka inte ingick i det ursprungliga koncessionsprojektet, och, vilka på grund av oförutsedda omständigheter, blivit nödvändiga för utförande av byggnadsverket enligt beskrivningen i koncessionsprojektet.

73 Konungariket Spaniens tillvägagångssätt i förevarande fall kan inte heller motiveras av ovannämnda punkt 3.1.1 i kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten. Denna punkt avser nämligen endast de fall när den koncessionsgivande myndigheten inte kan definiera sina behov tillräckligt exakt i tekniska termer och därför har för avsikt att anta alternativa anbud som antas kunna lösa ett problem som uttryckts i allmänna ordalag, vilket inte är fallet här.

74 Domstolen finner således att de ytterligare byggnadsverken har tilldelats Iberpistas, trots att de inte omfattades av föremålet för den aktuella koncessionen enligt beskrivningen i det andra meddelandet och i det andra förfrågningsunderlaget. Detta innebär att artiklarna 3.1, 11.3 och 11.6 i direktiv 93/37, jämförda med bilaga 5 till direktivet, har åsidosatts.

75 Det framgår av punkt 57 i förevarande dom att bestämmelserna om krav på lämplig annonsering i direktiv 93/37 ger uttryck för principerna om likabehandling och om insyn. Frågan om dessa principer eventuellt har åsidosatts ska således inte prövas separat.

76 Slutsatsen i punkt 74 i förevarande dom motsägs inte av att Konungariket Spanien har hävdat att Iberpistas inte självt utförde de ytterligare byggnadsverken, utan tilldelade dem till utomstående företag, i enlighet med de krav på annonsering som föreskrivs i

artikel 3.4 i direktiv 93/37. Såsom kommissionen med rätta har påpekat ålägger artikel 3 i direktivet såväl den koncessionsgivande myndigheten som koncessionsinnehavaren kumulativa och inte alternativa skyldigheter i fråga om annonsering, vilka ska iakttas av dem båda i varje skede av förfarandet så att bestämmelsens ändamålsenliga verkan bevaras.

77 Konungariket Spaniens argument, att kommissionen inledde förevarande fördragsbrottsförfarande till följd av klagomål från personer som inte har något förhållande till det omtvistade förfarandet och inte från andra anbudsgivare som faktiskt eller potentiellt har intresse av att tilldelas den aktuella koncessionen, kan inte heller tillmätas någon verkan.

78 Det framgår nämligen av fast rättspraxis att det är kommissionen som ska bedöma om det är lämpligt att väcka talan mot en medlemsstat, avgöra vilka bestämmelser medlemsstaten har åsidosatt och bedöma när den bör väcka talan om fördragsbrott, varvid de överväganden som ligger till grund för ett sådant val inte kan påverka frågan huruvida talan kan upptas till sakprövning. Det tillkommer enbart kommissionen att bedöma lämpligheten av att väcka och vidhålla en fördragsbrottstalan, medan domstolen är skyldig att pröva huruvida det påstådda fördragsbrottet föreligger, utan att det ankommer på domstolen att pröva hur kommissionen utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 december 2005 i mål C-33/04, kommissionen mot Luxemburg, REG 2005, s. I-10629, punkterna 65–67 och där angiven rättspraxis). Det faktum att andra konkurrerande anbudsgivare inte ifrågasatte förfarandet för tilldelningen av den omtvistade koncessionen saknar dessutom betydelse för bedömningen av huruvida nämnda förfarande var lagenligt eller huruvida förevarande talan är välgrundad.

79 Argumentet att Tribunal Supremo, efter prövning av talan mot den koncessionsgivande myndighetens beslut, i två domar slog fast att det inte hade förekommit någon

överträdelse av bestämmelserna i direktiv 93/37 eller av principen om likabehandling – och i detta avseende gjorde en bedömning av sakomständigheterna avseende klausulerna i det andra förfrågningsunderlaget, vilken omfattas av de nationella domstolarnas behörighet – är inte heller relevant för att avgöra det nu aktuella målet.

80 Domstolen erinrar härvid om att den omständigheten att talan väckts vid en nationell domstol mot en behörig myndighets beslut som är föremål för en talan om fördragsbrott, och att denna domstol fattat beslut, inte påverkar möjligheten att uppta eller i sak avgöra kommissionens talan om fördragsbrott till sakprövning. Det förhållandet att saken kan prövas vid de nationella domstolarna påverkar inte möjligheten att inleda ett förfarande enligt artikel 226 EG, eftersom dessa två rättsmedel tjänar olika syften och har olika verkningar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 februari 1970 i mål 31/69, kommissionen mot Italien, REG 1970, s. 25, punkt 9, dom av den 18 mars 1986 i mål 85/85, kommissionen mot Belgien, REG 1986, s. 1149, punkt 24, dom av den 10 juni 2004 i mål C-87/02, kommissionen mot Italien, REG 2004, s. I-5975, punkt 39, och dom av den 4 maj 2006 i mål C-508/03, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2006, s. I-3969, punkt 71).

81 Med hänsyn till vad som har anförts ovan finner domstolen att Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 3.1, 11.3 och 11.6 i direktiv 93/37, jämförda med bilaga 5 till direktivet, eftersom Iberpistas den 5 november 1999 har tilldelats koncessionen avseende

— anläggande av ett tredje körfält i båda färdriktningarna på den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 mellan Villalba och trafikplats Valle de los Caídos,

— anläggande av ett reversibelt tredje körfält på den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 mellan trafikplats Valle de los Caídos och staden San Rafael, däri inbegripet anläggandet av en ny tunnel, och

— anläggande av ett fjärde körfält i båda färdriktningarna på den avgiftsfria sträckan av motorväg A-6 som ligger mellan städerna Madrid och Villalba,

utan att dessa byggnadsverk har angetts i föremålet för koncessionsavtalet om byggentreprenader, enligt beskrivningen i det meddelande som publicerades i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* och i förfrågningsunderlaget.

82 Talan ogillas i övrigt.

Rättegångskostnader

83 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Konungariket Spanien ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Konungariket Spanien har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 3.1, 11.3 och 11.6 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, jämförda med bilaga 5 till direktivet, eftersom Iberpistas den 5 november 1999 har tilldelats koncessionen avseende

— anläggande av ett tredje körfält i båda färdriktningarna på den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 mellan Villalba och trafikplats Valle de los Caídos,

— anläggande av ett reversibelt tredje körfält på den avgiftsbelagda sträckan av motorväg A-6 mellan trafikplats Valle de los Caídos och staden San Rafael, däri inbegripet anläggandet av en ny tunnel, och

— anläggande av ett fjärde körfält i båda färdriktningarna för den avgiftsfria sträckan av motorväg A-6 som ligger mellan städerna Madrid och Villalba,

utan att dessa byggnadsverk har angetts i föremålet för koncessionsavtalet om byggentreprenader, enligt beskrivningen i det meddelande som publicerades i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* och i förfrågningsunderlaget.

2) Talan ogillas i övrigt.

3) Konungariket Spanien ska ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter