FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CLAUS GULMANN

fremsat den 30. juni 1993 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Siden 1987 har Kommissionen sammen med de spanske myndigheder foretaget en gennemgang af den spanske lovgivning vedrørende det offentliges indgåelse af aftaler med henblik på at undersøge dennes overensstemmelse med fællesskabsretten. Denne gennemgang har resulteret i den foreliggende sag, som Kommissionen indledte ved åbningsskrivelse af 19. december 1990, og hvor Kommissionen har nedlagt påstand om, at omkring 30 spanske bestemmelser er i strid med fællesskabsretten, nærmere bestemt EØF-traktatens artikel 30 og 59 samt Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter benævnt »direktiv 71/305«) [1] og Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (herefter benævnt »direktiv 77/62«) [2]. Sagen vedrører direktiverne i deres oprindelige udformning, dvs. uden hensyntagen til de omfattende ændringer, som Rådet for så vidt angår direktiv 71/305 vedtog i 1989 [3] og for så vidt angår direktiv 77/62 vedtog i 1988 [4], og som først skulle være gennemført i spansk ret senest den 1. marts 1992.

2. De omtvistede spanske regler findes i første række i loven om statens indgåelse af aftaler (Ley de Contratos del Estado, herefter benævnt »LCE«) og i de almindelige bestemmelser om statens indgåelse af aftaler (Reglamento General de Contratos del Estado, herefter benævnt »RGCE«). LCE og RGCE fastlægger generelle regler, der er gældende for udbud både af offentlige bygge- og anlægsarbejder, offentlige indkøb og offentlige tjenesteydelser, og som retter sig til både centrale og decentrale offentlige ordregivende myndigheder. Der er tillige under sagen medinddraget andre nationale bestemmelser, som kan have betydning for det offentliges anlægs- og indkøbsvirksomhed [5].

3. Kommissionen har i sin påstand opdelt de spanske bestemmelser, som den finder er i strid med fællesskabsretten, i følgende fem hovedgrupper:

— bestemmelser, hvorved visse forhold holdes uden for anvendelsesområdet for lovgivningen om det offentliges indgåelse af aftaler

* Originalsprog: dansk.

1 — EFT 1971 II, s. 613.

2 — EFT 1977 L 13, s. 1.

3 — Direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 (EFT L 210, s. 1). Direktiv 71/305 er senest ændret ved direktiv 93/4/EØF af 8.2.1993 (EFT L 38, s. 31).

4 — Direktiv 88/295/EØF af 22.3.1988 (EFT L 127, s. 1).

5 — Det drejer sig navnlig om kongeligt lovdekret nr. 781/1986 af 18.4.1986 om lokale ordninger, lov af 24.11.1939 om regulering og beskyttelse af den nationale industri og kongeligt dekret nr. 946/1978 af 14.4.1978 om en procedure med henblik på vurdering af og kontrol med farmaceutiske ydelser.

— bestemmelser, som hjemler mulighed for at indgå underhåndsaftaler

— bestemmelser om regler for deltagelse i udbudsprocedurerne og kriterier for kvalitativ udvælgelse

— bestemmelser på det tekniske område

— bestemmelser om kriterier for tildeling af kontrakter.

4. Den foreliggende sag er ikke udtryk for, at de to oprindelige og vigtige direktiver om harmonisering af nationale regler vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder og offentlige indkøb ikke er blevet gennemført i spansk ret. LCE og RGCE blev ændret i 1986 med henblik på at tilpasse deres bestemmelser til fællesskabsdirektiverne [6]. Der er derimod tale om, at Kommissionens omhyggelige gennemgang af spansk ret har vist, at der efter Kommissionens opfattelse på en række punkter er mangler ved gennemførelsen.

Det er mit indtryk, at der er enkelte klagepunkter, hvorom Kommissionen næppe ville have rejst et selvstændigt traktatbrudssøgsmål, og at der er en række klagepunkter, hvor den spanske regering har opretholdt en påstand om frifindelse, hvor dette næppe ville have været tilfældet, hvis der ikke på andre punkter havde været en reel tvist mellem parterne.

Det vil af det følgende ses, at den foreliggende sag har sin baggrund i, at der på en række punkter er uenighed mellem parterne om, hvordan de relevante fællesskabsbestemmelser skal fortolkes, og på andre punkter er uenighed om indholdet og virkningen af spansk ret.

Mit forslag til afgørelse må nødvendigvis behandle de enkelte klagepunkter et for et. Det bliver på grund af de enkelte punkters karakter en meget teknisk og ikke altid lige let tilgængelig gennemgang.

5. Når henses til, at Kommissionen i flere sammenhænge har gjort gældende, at de pågældende spanske regler giver anledning til retlig usikkerhed og dermed ikke opfylder de af Domstolen formulerede krav til en korrekt gennemførelse af direktiver i national ret, kan der være grund til indledningsvis at erindre om indholdet af de generelle krav, der vedrørende dette spørgsmål kan udledes af Domstolens praksis.

Domstolen har fastslået:

— »... at medlemsstaterne er forpligtet til fuldstændigt og nøje at sikre gennemførelsen af alle direktivers bestemmelser« [7]

— »... at medlemsstaterne på et EF-reguleret område af hensyn til retssikkerheden og retsbeskyttelsen er forpligtet til at udforme deres retsregler så utvetydigt, at de berørte personer sættes i stand til på

6 — Se henholdsvis kongeligt lovdekret nr. 931/1986 af 2.5.1986 og kongeligt dekret nr. 2528/1986 af 28.11.1986.

7 — Se bl.a. Domstolens dom af 18.3.1980, sag 91/79, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1099, præmis 6.

tilstrækkeligt klar og tydelig måde at kende deres rettigheder og forpligtelser, og domstolene i stand til at sikre iagttagelsen heraf« [8]

— »... at det for gennemførelsen af et direktiv i national ret ikke er absolut nødvendigt formelt og ordret at gentage direktivets bestemmelser i udtrykkelige ved lov eller administrativt fastsatte specialregler, og at det er tilstrækkeligt, at der foreligger en generel retlig ramme, der giver en sikker hjemmel for, at direktivet anvendes fuldt ud på en tilstrækkelig klar og præcis måde ...« [9],

og

— at nationale undtagelsesbestemmelser, som med hjemmel i direktiver fraviger de i direktiver fastsatte forbud, nøje skal respektere de i direktiverne fastsatte rammer og betingelser herfor [10].

Bestemmelser, hvorved visse forhold holdes uden for anvendelsesområdet for lovgivningen om det offentliges indgåelse af aftaler

a. *LCE's artikel 2, stk. 3, og RGCE's artikel 2, stk. 3*

6. Disse bestemmelser, hvor bestemmelsen i RGCE blot gentager bestemmelsen i LCE, undtager visse aftaler fra lovgivningen om statens indgåelse af aftaler og har følgende indhold:

»Uanset bestemmelserne i den foregående artikel omfatter loven ikke nedennævnte aftaler og retshandler, som myndighederne indgår:

...

3. Dispositioner, som myndighederne indgår med private, og som vedrører goder eller rettigheder, hvis omsætning er reguleret ('mediatizado') ved lov, samt produkter, som er kontrolleret ('intervenidos'), monopoliseret ('estancados') eller forbudt ('prohibidos').«

7. Kommissionen har gjort gældende

— at denne bestemmelse er så generel og i sit indhold så uklar, at det skaber en usikker retstilstand, og at dette i sig selv konstituerer en mangelfuld gennemførelse af direktiv 77/62, og

8 — Se Domstolens dom af 26.2.1991, sag C-119/89, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 641, præmis 10. Se også bl.a. Domstolens dom af 21.6.1988, sag 257/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 3249, præmis 12, af 23.5.1985, sag 29/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1661, præmis 23, af 30.1.1985, sag 143/83, Kommissionen mod Danmark, Sml. s. 427, præmis 10, og af 6.5.1980, sag 102/79, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1473, præmis 11.

9 — Se Domstolens dom af 15.3.1990, sag C-339/87, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 851, præmis 6. Se også bl.a. Domstolens dom af 8.7.1987, sag 247/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 3029, præmis 9, og af 2.12.1986, sag 239/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 3645, præmis 7.

10 — Se bl.a. Domstolens dom af 8.7.1987, sag 247/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 3029, præmis 28 og 34, af 27.4.1988, sag 252/85, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2243, præmis 11, og af 15.3.1990, sag C-339/87, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 851, præmis 15 og 28.

— at undtagelsesbestemmelsen i øvrigt er i strid med direktivet, fordi direktivets udgangspunkt er, at alle offentlige indkøb er omfattet heraf, medmindre de er udtrykkeligt undtaget, og fordi den spanske bestemmelse hjemler undtagelser fra reglernes anvendelsesområde, som ikke er omfattet af direktivets opregning af undtagelser.

8. Den spanske regering har gjort gældende

— at den omtvistede bestemmelse er en henvisningsbestemmelse, der først opnår konkrete retsvirkninger, når der findes yderligere lovbestemmelser, der i bestemmelsens forstand regulerer omsætning af varer, eller som bestemmer, at varerne er kontrolleret, monopoliseret eller forbudt

— at de konkrete tilfælde, der ved henvisning til bestemmelsen er undtaget fra reglernes anvendelsesområde, i sidste ende er retfærdiggjort ved andre fællesskabsbestemmelser, herunder især traktatens artikel 36, artikel 90, stk. 2, og artikel 223, og

— at kernen i de love, hvortil bestemmelsen henviser, og hvorved der indføres begrænsninger med hensyn til omsætningen af visse varer, er, at der tildeles »særlige eller eksklusive rettigheder af offentlig karakter«, hvilket har som følge, at der kun er én leverandør, med hvem det offentlige kan indgå aftale om indkøb af de pågældende varer. Som grundlag for sin påstand om, at bestemmelsen i forlængelse heraf er forenelig med direktiv 77/62, henviser regeringen til direktivets artikel 6, stk. 1, litra b), hvorefter der kan indgås underhåndsaftaler »ved indkøb af varer, hvis fremstilling eller levering af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af en eneret, kun kan overdrages én bestemt leverandør«.

9. Lad mig straks nævne, at det forekommer mig klart, at Domstolen skal fastslå, at den omtvistede bestemmelse er i strid med fællesskabsretten.

Det er efter min opfattelse utvivlsomt, at bestemmelsen langtfra opfylder de krav til klarhed og utvetydighed, der efter Domstolens praksis stilles til nationale bestemmelser, der gennemfører fællesskabsdirektiver.

Den spanske regering har for det første efter min mening ikke under sagen været i stand til at skabe fornøden klarhed over den omtvistede bestemmelses anvendelsesområde og har for det andet ikke kunnet godtgøre, at bestemmelsen — selv fortolket restriktivt — generelt set skulle være hjemlet efter fællesskabsretten.

10. Den spanske retstilstand er så uklar, og den omtvistede bestemmelse så vanskeligt forståelig, at der efter min mening ikke er nogen anledning for Domstolen til at gå ind i en vurdering af, om den omtvistede bestemmelse kan antages at vedrøre kontrakter, der

lovligt efter fællesskabsretten kan undtages fra reglernes anvendelsesområde.

Den spanske regering har pligt til at have en retstilstand, der er tilstrækkeligt klar. Den omtvistede bestemmelse har ikke en udformning, der gør det muligt for Domstolen at tage stilling til, om den har et anvendelsesområde, der er foreneligt med fællesskabsretten. Den foreliggende sag er derfor ikke den rette med henblik på at tage nærmere stilling til, i hvilket omfang der lovligt efter direktiv 77/62 kan foretages undtagelser fra direktivets regler.

11. Det må efter min mening være tilstrækkeligt om den spanske regerings anbringender at anføre følgende:

12. Regeringen har selvsagt ret i, at den omtvistede bestemmelse kun har retsvirkning, hvis der findes love, der på en af de i bestemmelsen nævnte måder fastsætter regler for omsætningen af de pågældende varer. Som anført af Kommissionen betyder dette imidlertid ikke, at bestemmelsen er uden selvstændig betydning. For findes der love, der regulerer omsætningen af varer på en af de angivne måder, er det en umiddelbar retsfølge af den omtvistede bestemmelse, at offentlige kontrakter herom ikke er omfattet af LCE's og RGCE's regler. Bestemmelsen går derfor videre end til blot at være en formel henvisningsbestemmelse, idet den selv fastsætter kriterier for, hvilken type undtagelser der kan gøres fra reglernes anvendelsesområde.

13. Den spanske regerings forsøg på at skabe klarhed over bestemmelsens anvendelsesområde er som nævnt ikke lykkedes. Kommissionen har oplyst, at kontrakter vedrørende lægemidler, frimærker, stempelpapir, tobak, elektrisk energi og gas som følge af den omtvistede bestemmelse ikke er omfattet af reglerne om statens indgåelse af aftaler. I sin duplik har den spanske regering i et vist begrænset omfang forsøgt at forklare, under hvilke af de i bestemmelsen omhandlede former for regulering de nævnte produkter hører, men har i øvrigt navnlig søgt at argumentere for, at de pågældende typer reguleringer i deres kerne er sådanne, der indebærer, at der kun er én mulig leverandør.

Det er ikke let at se, hvorledes bestemmelsen kan fortolkes således, at den gives et så snævert anvendelsesområde, som anført af den spanske regering, og det er ikke let at få alle de anførte konkrete eksempler på undtagne kontrakter til at være omfattet af bestemmelsen således fortolket.

14. Det er til gengæld ikke svært at fastslå, at den omtvistede bestemmelse i den affattelse, den er givet, ikke generelt set kan være i overensstemmelse med direktiv 77/62.

Direktivets artikel 2, stk. 1, bestemmer, at »ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler følger de ordregivende myndigheder deres nationale fremgangsmåder tilpasset bestemmelserne i dette direktiv«. Det følger af direktivets niende betragtning, at »det er vigtigt at fastsætte undtagelsestilfælde, hvor man kan undlade at bringe foranstaltningerne til

samordning af fremgangsmåderne i anvendelse; men det er ikke mindre vigtigt udtrykkeligt at begrænse disse tilfælde«. Direktivet må fortolkes således, at det udtømmende fastlægger de generelle undtagelser, der gælder for medlemsstaternes pligt til at udbyde offentlige indkøbsaftaler i overensstemmelse med direktivets regler. Sådanne generelle undtagelser fra direktivets anvendelsesområde er fastsat i direktivets artikel 2, stk. 2, og artikel 3 [11]. Det er klart, at den omtvistede spanske bestemmelse generelt set ikke er omfattet af nogen af disse undtagelser, og noget sådant er da heller ikke påstået af den spanske regering.

15. Den spanske regerings anbringende vedrørende traktatens artikel 36, artikel 90, stk. 2, og artikel 223 kan ikke tillægges vægt. Som anført af Kommissionen skal særlige regler for omsætning af varer, som er forenelige med fællesskabsretten i medfør af de nævnte traktatbestemmelser, naturligvis respekteres ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler. Dette kan imidlertid ikke i sig selv begrunde, at reglerne om det offentliges indgåelse af aftaler generelt set ikke skulle finde anvendelse. Hvad særligt angår varer, for hvilke omsætningen er forbudt, kunne det for en umiddelbar betragtning synes rigtigt, som anført af den spanske regering, at bestemmelsen ikke strider mod direktivet. Er omsætningen af en vare forbudt, vil der ikke kunne indgås indkøbsaftaler herom, og der er følgelig ikke noget behov for, at direktivets regler finder anvendelse. Selv om spørgsmålet næppe er af praktisk betydning, må det imidlertid ikke overses, at skulle der opstå en situation, hvor offentlige myndigheder på trods af et eksisterende forbud ville kunne indgå indkøbsaftaler vedrørende den pågældende vare, måtte dette som udgangspunkt ske under respekt af direktivets regler. En generel undtagelse af dette indhold er derfor ikke forenelig med direktivet.

16. Den spanske regerings anbringende vedrørende direktivets artikel 6, stk. 1, litra b), kan heller ikke tillægges vægt. For det første må Kommissionen gives medhold i, at det følger af artikel 4, stk. 3, og artikel 6, stk. 1, i direktivet, at aftaler, som er omfattet af den nævnte direktivbestemmelse, ikke er undtaget fra direktivets anvendelsesområde, men derimod må indgås i form af underhåndsaftaler, hvilket betyder, at bestemmelserne i direktivets artikel 7 om fælles regler på det tekniske område finder anvendelse. For det andet må Kommissionen gives medhold i, at den omtvistede bestemmelse ikke er forenelig med artikel 6, stk. 1, litra b), i direktivet, fordi den ikke udtrykkeligt fastsætter betingelser svarende til de betingelser, som kræves opfyldt i henhold til direktivbestemmelsen.

17. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at LCE's artikel 2, stk. 3, og RGCE's artikel 2, stk. 3, er uforenelige med direktiv 77/62.

11 — Artikel 2, stk. 2, i direktivet bestemmer, at offentlige indkøbsaftaler, som indgås af transportvirksomheder, eller af virksomheder, der beskæftiger sig med vand, energi og telekommunikation, ikke er omfattet af direktivet. Artikel 3 vedrører aftaler indgået i henhold til internationale aftaler mv.

b. *LCE's artikel 2, stk. 8, og RGCE's artikel 2, stk. 8*

18. Disse bestemmelser, hvor bestemmelsen i RGCE blot gentager bestemmelsen i LCE, undtager fra lovgivningen om statens indgåelse af aftaler: »aftaler, som i henhold til lov udtrykkeligt er undtaget«.

19. Kommissionen har gjort gældende, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse af generel karakter, der som sådan er i strid med begge de relevante fællesskabsdirektiver. Kommissionen har anført, at de spanske myndigheder ikke har præciseret, hvilke love eller former for offentlige aftaler der er omfattet af bestemmelsen. Endvidere har Kommissionen fremhævet, at alle de undtagelser, som udtømmende er fastsat i direktivet, også udtrykkeligt er undtaget ved andre bestemmelser i LCE og RGCE, hvorfor bestemmelsen åbner mulighed for andre undtagelser end dem, som er hjemlet i direktiverne. På denne baggrund har Kommissionen gjort gældende, at bestemmelsen giver anledning til en retlig usikkerhed, der er i strid med fællesskabsretten. Kommissionen har i denne forbindelse fremhævet, at »da Domstolen har udtalt, at afgrænsningen af undtagelseskriterierne skal være klar og i overensstemmelse med direktivet, er en undtagelsesbestemmelse, der ikke indeholder noget kriterium, helt uacceptabel«.

20. Det er min opfattelse, at den spanske regering bør gives medhold i, at en henvisningsbestemmelse af denne type ikke er i strid med fællesskabsretten. Medlemsstaterne er indrømmet et vist skøn med hensyn til, hvorledes direktiver skal gennemføres i national ret, og den af de spanske myndigheder anvendte lovgivningsteknik kan ikke som sådan anses for fællesskabsstridig. Bestemmelsens formål er at henlede opmærksomheden på, at der kan være yderligere undtagelser fra lovens anvendelsesområde end dem, som fremgår af loven selv, og at stille krav om, at disse skal være fastsat ved lov. Bestemmelsen adskiller sig fra den ovenfor omhandlede derved, at den har et neutralt og rent formelt indhold, og at der er en klar og tydelig sammenhæng mellem henvisningsbestemmelsen og de love, hvortil der henvises, fordi de sidstnævnte nødvendigvis må indeholde en udtrykkelig bestemmelse om, at LCE og RGCE ikke finder anvendelse. Der kan i øvrigt ikke lægges vægt på Kommissionens argument om, at alle de i direktivet hjemlede undtagelser er dækket af andre bestemmelser i LCE og RGCE, og at den ved bestemmelsen tilvejebragte mulighed for, at der gøres yderligere undtagelser, derfor skaber retlig usikkerhed. Henvisningsbestemmelsen er nemlig ikke overflødig. Dette skyldes, som Kommissionen selv har påpeget, at LCE også omfatter visse offentlige aftaler, der ikke er omfattet af direktiverne, og for hvilke direktiverne derfor ikke udelukker, at der gøres yderligere undtagelser.

21. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at LCE's artikel 2, stk. 8, og RGCE's artikel 2, stk. 8, er forenelige med de to fællesskabsdirektiver.

c. *LCE's artikel 29a, stk. 1, nr. 1 og 3, og RGCE's artikel 93b, nr. 1 og 3*

22. Disse bestemmelser, hvor bestemmelsen i RGCE blot gentager bestemmelsen i LCE, undtager fra den i artikel 12 i direktiv 71/305 fastsatte forpligtelse til offentliggørelse af udbud i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*:

»1° Kontrakter vedrørende industrielle anlæg af mekanisk, elektrisk eller energiproducerende art, med undtagelse af den del af disse anlæg, der er at betragte som byggevirksomhed.

...

3° Kontrakter vedrørende udgravningsarbejder, skaktboringer, opmudring og fjernelse af fyld med henblik på udvinding af mineralske produkter (minedrift).«

23. Kommissionen har gjort gældende, *at* disse kontrakter er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 71/305, *at* direktivet udtømmende angiver, hvilke undtagelser der kan gøres fra dets anvendelsesområde, og *at* det er i strid med direktivet at undtage de nævnte kontrakter.

24. Den spanske regering bestrider, at disse kontrakter er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Direktivet finder anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter, og dette begreb er defineret i direktivets artikel 1, litra a), som kontrakter, »som til genstand har en af de former for virksomhed, der falder ind under artikel 2 i Rådets direktiv af 26. juli 1971 om ophævelse af begrænsningerne i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området for offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter gennem agenturer eller filialer« (herefter benævnt »direktiv 71/304«). Direktiv 71/304 blev udstedt samtidig med direktiv 71/305 og var et af de dengang vedtagne liberaliseringsdirektiver, dvs. at det fastlagde pligt for medlemsstaterne til at ophæve begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for det angivne område.

Direktivet bestemte i artikel 2 følgende:

»1. Bestemmelserne i dette direktiv anvendes på de former for selvstændig erhvervsvirksomhed, som er anført i bilag I til den almindelige plan om ophævelse af begrænsninger i etableringsfriheden, klasse 40. Disse former for erhvervsvirksomhed svarer til dem, der er anført i klasse 40 i 'Systematisk opstilling af erhvervsgrene inden for De Europæiske Fællesskaber' (NICE); de er anført i bilaget til dette direktiv.

2. Direktivet finder ikke anvendelse på:

a) industrielle anlæg af mekanisk, elektrisk eller energiproducerende art, med undtagelse af den del af disse anlæg, der er at betragte som bygge- eller anlægsvirksomhed

b) ...

c) udgravningsarbejder, skaktboringer, opmudring og fjernelse af fyld med henblik på udvikling af mineralske produkter (minedrift).«

25. Det vil ses, at de omtvistede spanske bestemmelser er nøje gentagelser af bestemmelserne i direktivets artikel 2, stk. 2, litra a) og c).

Da direktiv 71/305 definerer de kontrakter, det finder anvendelse på, som kontrakter, der til genstand har de former for virksomhed, der falder ind under artikel 2 i direktiv 71/304, og da artikel 2 udtrykkeligt undtager de to former for virksomhed, som er undtaget ved de omtvistede spanske bestemmelser, synes der for en umiddelbar betragtning at være et godt grundlag for den spanske regerings opfattelse.

26. Kommissionen har imidlertid heroverfor gjort gældende, at henvisningen i artikel 1, litra a), i direktiv 71/305 må antages udelukkende at omfatte artikel 2, stk. 1, i direktiv 71/304, som ifølge Kommissionen definerer direktivets anvendelsesområde, men derimod ikke denne bestemmelses stk. 2, hvor undtagelserne fra dette anvendelsesområde opregnes. Kommissionen har fremført en række synspunkter til støtte herfor, herunder *at* direktiv 71/304 er udstedt under henvisning til det grundlæggende princip om fri udveksling af tjenesteydelser i traktatens artikel 59, *at* det forhold, at traktatens artikel 59 efter overgangsperioden er blevet umiddelbart anvendelig, fratager artikel 2, stk. 2, i direktiv 71/304 enhver selvstændig betydning, *at* man ikke kan forestille sig, at et direktiv, der gentager princippet om ophævelse af begrænsningerne for den frie udveksling af tjenesteydelser, skulle begrænse anvendelsesområdet for et direktiv om harmonisering af lovgivningerne, som indeholder en udtømmende opregning af de offentlige kontrakter, som det omfatter, og *at* de begrænsninger med hensyn til den frie udveksling af tjenesteydelser, som bestemmelsen har kunnet medføre, under alle omstændigheder skal være forenelige med traktatens artikel 59 ff.

27. Det forekommer mig vanskeligt at følge Kommissionens argumentation. Artikel 1, litra a), i direktiv 71/305 henviser udtrykkeligt til »en af de former for virksomhed, der falder ind under artikel 2« i direktiv 71/304, og der kan efter min mening ikke være tvivl om, at det i hvert fald oprindeligt var tilsigtet, at heller ikke de former for virksomhed, der var nævnt i artikel 2, stk. 2, skulle være omfattet af de forpligtelser, som direktiv 71/305 pålagde medlemsstaterne, til at samordne de gældende nationale fremgangsmåder med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Det afgørende i Kommissionens argument synes da også at være, at det forhold, at det efter vedtagelsen af de to direktiver af Domstolen blev fastslået, at *liberaliseringsforpligtelsen* efter overgangsperiodens udløb var en direkte virkende følge af traktatens artikel 59, og at direktiv 71/304 herved mistede sin selvstændige betydning, skulle indebære, at anvendelsesområdet for *samordningsforpligtelserne* efter direktiv 71/305 blev udvidet til også at omfatte de i artikel 2, stk. 2, litra a) og c), i direktiv 71/304 nævnte kontrakter.

Kommissionen har ikke fremført argumenter, der overbeviser mig om, at en sådan slutning er korrekt. Der har oprindeligt været

grunde til at undtage de pågældende kontrakter såvel fra liberaliseringsforpligtelsen som fra samordningsforpligtelserne. Der er ikke oplyst nærmere om disse grunde, og det er derfor ikke muligt med nogen sikkerhed at udtale sig om, hvorvidt gennemførelsen af liberaliseringsforpligtelsen indebærer, at de grunde, der fik Rådet til at bestemme, at samordningsforpligtelserne ikke skulle gælde for de pågældende kontrakter, også er faldet bort. Det er efter min mening givet, at den af Kommissionen hævdede slutning hverken er nødvendig eller den mest nærliggende. Traktatens forbud mod diskrimination på grund af nationalitet og andre ikke retfærdiggjorte og uforholdsmæssige restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser gælder principielt for alle områder. Det tilkommer derimod Rådet at træffe afgørelse om, hvorvidt det er nødvendigt at supplere liberaliseringsforpligtelsen, der følger umiddelbart af traktaten, med regler, der forpligter medlemsstaterne til at samordne de nationale regler, der ikke er i strid med traktatens forbud. Det tilkommer hermed også Rådet at fastlægge anvendelsesområdet for disse harmoniseringsregler.

Rådet fastlagde i 1971 anvendelsesområdet for direktiv 71/305 gennem en henvisning til artikel 2 i direktiv 71/304. Denne afgrænsning blev ikke ændret som følge af den senere konstaterede umiddelbare anvendelighed af forbudsbestemmelsen i traktatens artikel 59.

28. Det kan til gengæld fastslås, at Rådet, da det i 1989 vedtog de ovenfor nævnte ændringer af direktiv 71/305, ændrede artikel 1, litra a), således at offentlige bygge- og anlægskontrakter nu i selve bestemmelsen defineres som kontrakter, der til genstand har arbejder vedrørende en af de i bilag II til direktivet omhandlede former for virksomhed. Bilag II svarer til klasse 50 i »Systematisk Fortegnelse over Økonomiske Aktiviteter i De Europæiske Fællesskaber« (NACE), der i det væsentlige svarer til den i artikel 2, stk. 1, i direktiv 71/304 omtalte klasse 40 i NICE.

29. Det ville efter min opfattelse være forkert, hvis Domstolen gav Kommissionen medhold i, at de spanske regler, hvis formål er at gennemføre direktivet i dets oprindelige udformning, ikke lovligt fra deres anvendelsesområde kan undtage de kontrakter, der er opregnet i artikel 2, stk. 2, litra a) og c), i direktiv 71/304.

30. Kommissionen har i øvrigt henvist til, at de omtvistede spanske regler kun gør undtagelse fra pligten til at offentliggøre udbud i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, og at direktivet ikke hjemler en sådan mulighed. Det forekommer mig vanskeligt forståeligt, hvorfor det i sig selv skulle være i strid med direktivet at lade nogen af bestemmelserne heri finde anvendelse på kontrakter, der ikke er omfattet af direktivet. Hvis de pågældende kontrakter ikke er omfattet af direktivet, kan medlemsstaterne i princippet selv fastsætte regler om udbudsprocedurer, og det kan næppe bebrejdes dem, at de vælger at anvende nogle af direktivets bestemmelser, også selv om de ikke har en fællesskabsretlig pligt hertil.

31. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at LCE's artikel 29a,

stk. 1, nr. 1 og 3, og RGCE's artikel 93b, nr. 1 og 3, er forenelige med direktiv 71/305.

Bestemmelser, som hjemler mulighed for at indgå underhåndsaftaler

32. Kommissionen har påstået, at en række af de spanske bestemmelser, som tillader indgåelse af underhåndsaftaler, er i strid med de to direktiver. Kommissionen henviser til, at direktiverne indeholder en udtømmende opregning af de tilfælde, hvor der kan anvendes underhåndsaftaler, og at det af Domstolens dom af 10. marts 1987 i sag 199/85, Kommissionen mod Italien [12], følger, at de relevante bestemmelser skal fortolkes indskrænkende.

Den spanske regering har oplyst, at en række af de omtvistede bestemmelser vedrørende underhåndsaftaler vil blive ændret i forbindelse med en påtænkt ændring af LCE. Kommissionen har bemærket, at de nye bestemmelser efter dens opfattelse vil opfylde kravene til en korrekt gennemførelse af de to direktiver, men har fastholdt sin påstand under henvisning til, at de nye spanske bestemmelser endnu ikke er vedtaget og trådt i kraft.

33. Den spanske regering, der ikke har bestridt, at de omtvistede spanske regler i hvert fald på visse punkter afviger fra direktivets regler, har generelt gjort gældende, at man ved en stillingtagen til en retsregel først må udtømme alle rimelige muligheder for at fortolke den i overensstemmelse med den fællesskabsretlige regel, som den sammenholdes med, og kun fastslå dens uforenelighed med den fællesskabsretlige bestemmelse, hvis det er umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at fortolke den i overensstemmelse hermed.

34. Denne opfattelse er klart uholdbar. Det er rigtigt, at der efter fællesskabsretten er en pligt for nationale myndigheder og domstole til at fortolke nationale regler på en sådan måde, at de i videst muligt omfang respekterer fællesskabsretten [13].

Men dette er ikke ensbetydende med, at Domstolen under en traktatbrudssag alene har mulighed for at fastslå nationale bestemmelsers uforenelighed med fællesskabsretten, såfremt det viser sig umuligt at fortolke disse bestemmelser på en måde, som vil være forenelig med de fællesskabsretlige regler. Som det fremgår af gennemgangen af Domstolens praksis ovenfor [14], er medlemsstaterne af hensyn til retssikkerheden forpligtede til at udforme deres retsregler så utvetydigt, at borgerne og virksomhederne sættes i stand til på tilstrækkelig klar og tydelig måde at kende deres rettigheder og forpligtelser og domstolene i stand til at sikre iagttagelsen heraf. Det følger heraf, at Domstolen under henvisning til retssikkerhedsprincippet må erklære nationale bestemmelser uforenelige med fællesskabsretten, såfremt de ikke på tilstrækkelig klar og præcis måde giver sikker hjemmel for, at direktivets regler anvendes fuldt ud. Disse krav til en korrekt gennemførelse af direktiver er ikke opfyldt, blot fordi

12 — Sml. s. 1039.

13 — Se Domstolens dom af 10.4.1984, sag 14/83, von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 26, og af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8.

14 — Se punkt 5.

det måtte være muligt at strække fortolkningen af de pågældende nationale bestemmelser således, at disse ville kunne anvendes i overensstemmelse med fællesskabsretten.

35. Den spanske regering har endvidere gjort gældende, at der ikke af den af Kommissionen påberåbte dom i sag 199/85, der angik en konkret anvendelse af reglerne om underhåndsaftaler, kan udledes fortolkningsprincipper af betydning for den foreliggende sag, der vedrører lovligheden af abstrakte regler.

36. Denne opfattelse er ligeledes uholdbar. I den pågældende dom udtalte Domstolen vedrørende artikel 9, litra b) og d), i direktiv 71/305, at »disse bestemmelser, der tillader fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de traktatfæstede rettigheder i sektoren for offentlige bygge- og anlægskontrakter bliver virksomme, må fortolkes indskrænkende, og bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem« [15]. Der kan efter min mening heraf udledes dels, at den i direktiverne indeholdte opregning af tilfælde, hvor der kan indgås underhåndsaftaler, må anses for udtømmende, dels at der ved gennemførelse af sådanne undtagelsesbestemmelser i national ret må stilles krav om en meget nøje respekt af de rammer og betingelser, som er fastsat i de pågældende direktivbestemmelser.

15 — Se præmis 14.

a. *LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 1, og artikel 87, stk. 4, nr. 1, og RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 1, og artikel 247, stk. 4, nr. 1*

37. LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 1, som er gentaget i RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 1, bestemmer, at der for så vidt angår bygge- og anlægsarbejder kan indgås underhåndsaftaler »for arbejder, hvor konkurrencen ikke kan fremmes, eller hvor konkurrencen af tekniske eller andre helt særlige grunde ikke bør fremmes«. En bestemmelse af tilsvarende indhold er for så vidt angår indkøbsaftaler indeholdt i LCE's artikel 87, stk. 4, nr. 1, hvori det dog tilføjes, »... som for eksempel, når kontrakten vedrører produkter, som er beskyttet af patenter eller ophavsrettigheder, eller som er brugsmønstre eller kunstværker, eller den vedrører produkter, der kun har én leverandør eller indehaver«. Denne bestemmelse er gentaget i RGCE's artikel 247, stk. 4, nr. 1.

38. Kommissionen har gjort gældende, at der ikke i direktiv 71/305 og direktiv 77/62 er hjemmel til at anvende underhåndsaftaler i de i de omtvistede bestemmelser forudsatte tilfælde. Kommissionen har i denne forbindelse navnlig henvist til, at bestemmelserne overlader de ordregivende myndigheder et frit skøn ved afgørelsen af, om der foreligger sådanne omstændigheder, at konkurrencen ikke kan eller af ganske særlige grunde ikke bør fremmes.

39. Den spanske regering har gjort gældende, at de omtvistede bestemmelser ikke giver myndighederne et frit skøn, og at de er omfattet af artikel 9, litra b), i direktiv 71/305, og artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 77/62.

40. Artikel 9, litra b), i direktiv 71/305 bestemmer, at de ordregivende myndigheder kan indgå underhåndsaftaler »for arbejder, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, som hænger sammen med beskyttelse af en eneret, ikke kan overdrages til andre end én bestemt entreprenør«. Det forekommer mig klart, at LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 1, ikke er i overensstemmelse med denne bestemmelse. Det er muligt, at formuleringen »konkurrencen ikke kan [eller bør] fremmes«, som hævdet af den spanske regering, må antages indholdsmæssigt at svare til direktivets krav om, at arbejdet »ikke kan overdrages til andre end én bestemt entreprenør«. Der er imidlertid for det første tale om, at bestemmelsens henvisning til »tekniske eller andre helt særlige grunde« alene angår bestemmelsens andet led vedrørende tilfælde, hvor konkurrencen ikke bør fremmes, hvilket indebærer, at bestemmelsens første led synes at indebære en generel beføjelse for de ordregivende myndigheder til at indgå underhåndsaftaler under henvisning til, at »konkurrencen ikke kan fremmes«. For det andet må bestemmelsens henvisning til »andre helt særlige grunde« anses for at være for vid og ubestemt, når henses til direktivets krav om, at der skal foreligge »tekniske eller kunstneriske årsager eller ... årsager, som hænger sammen med beskyttelse af en eneret«.

41. Artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 77/62 har en ordlyd, som i det væsentlige er identisk med artikel 9, litra b), i direktiv 71/305. Det er rigtigt, som hævdet af den spanske regering, at der i andet led af LCE's artikel 87, stk. 4, nr. 1, henvises til kriterier, som i vidt omfang synes at svare til de i artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 77/62 anvendte. Imidlertid er bestemmelsens første led vedrørende tilfælde, hvor »det er umuligt eller uhensigtsmæssigt at fremme konkurrencen på udbudssiden« alene knyttet sammen med dette andet led ved et »som for eksempel«, hvilket efter min opfattelse viser, at andet led alene er udtryk for en eksemplificering, og at bestemmelsen derfor kan hjemle indgåelse af underhåndaftaler af andre grunde end de heri nævnte. Dette er ikke foreneligt med direktivet, der er udtømmende på dette punkt.

42. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 1, og RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 1, er uforenelige med direktiv 71/305, og at LCE's artikel 87, stk. 4, nr. 1, og RGCE's artikel 247, stk. 4, nr. 1, er uforenelige med direktiv 77/62.

b. *LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 2, og artikel 87, stk. 4, nr. 2, og RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 2, og artikel 247, stk. 4, nr. 2*

43. LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 2, som er gentaget i RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 2, bestemmer, at der for så vidt angår bygge- og

anlægsarbejder kan indgås underhåndsaftaler »i tilfælde, der anerkendes som uopsættelige på grund af presserende omstændigheder, som nødvendiggør en øjeblikkelig gennemførelse, som ikke ville være mulig inden for rammerne af den i nærværende lovs artikel 26 fastsatte hasteprocedure, og efter aftale med den ordregivende myndighed« [16]. En bestemmelse af tilsvarende indhold er for så vidt angår indkøbsaftaler indeholdt i LCE's artikel 87, stk. 4, nr. 2, som er gentaget i RGCE's artikel 247, stk. 4, nr. 2.

44. Der skal tages stilling til, om disse bestemmelser er i overensstemmelse med artikel 9, litra d), i direktiv 71/305 og artikel 6, stk. 1, litra d), i direktiv 77/62. De to direktivbestemmelser, der er ligelydende, bestemmer, at de ordregivende myndigheder kan indgå de pågældende offentlige kontrakter uden at anvende direktivernes bestemmelser — bortset fra reglerne på det tekniske område — »i strengt fornødent omfang, når tvingende grunde af uopsættelig karakter i forbindelse med begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke tillader at overholde de frister, som kræve« overholdt ved andre fremgangsmåder [17].

45. Den spanske regering har bestridt Kommissionens påstand om, at de omtvistede spanske bestemmelser er givet en videre formulering end forudsat i direktiverne. Regeringen har gjort gældende, at de spanske regler indeholder de tre betingelser, som er fastsat i direktiverne. For så vidt angår direktivernes betingelse om, at der skal være tale om *tvingende grunde af uopsættelig karakter*, har regeringen gjort gældende, at begreberne »necesidades apremiantes« og »urgencia imperiosa« i princippet har samme betydning, idet begge henviser til hensyn, som kræver omgående handling. For så vidt angår direktivernes betingelse om, at der skal være tale om *begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse*, har regeringen gjort gældende, at det af den spanske forfatningsdomstols praksis følger, at betingelsen om, at der skal være tale om uforudseelige begivenheder, er uløseligt forbundet med begrebet uopsættelighed, hvorfor det ikke er nødvendigt udtrykkeligt at præcisere denne betingelse. Endelig er direktivernes betingelse om, at de pågældende begivenheder *ikke tillader at overholde de frister, som kræves overholdt ved de i direktiverne fastsatte fremgangsmåder*, udtrykkeligt fastsat i de spanske regler.

46. Det er min umiddelbare opfattelse, at de spanske regler fastsætter betingelser, der for så vidt svarer til direktivernes krav om, at der skal foreligge *tvingende grunde af uopsættelig karakter*. Ganske vist henvises der, som påpeget af Kommissionen, i de spanske bestemmelser til, at der skal være tale om uopsættelighed som følge af »presserende omstændigheder«, hvilket næppe i sig selv svarer til »tvingende grunde«, men det må ikke overses, at disse »presserende omstændigheder« i de spanske bestemmelser kvalificeres nærmere som omstændigheder, »som nødvendiggør en øjeblikkelig gennemførelse«. En betingelse om, at uopsætteligheden skal skyldes presserende omstændigheder, der gør det nødvendigt at handle omgående, forekommer mig at have samme restriktive

16 — På spansk lyder bestemmelsen som følger: »Las de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de *necesidades apremiantes* que demandaran una pronta ejecución que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el articulo 26 de esta Ley, y previo acuerdo del órgano de contratación« (min fremhævelse).

17 — På spansk lyder bestemmelserne som følger: »En la medida estrictamente necesaria, cuando una *imperiosa urgencia* resultante de acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores no sea compatible con los plazos requeridos por otros procedimientos« (min fremhævelse).

betydning som direktivernes krav om, at der skal være tale om uopsættelighed i forbindelse med tilstedeværelsen af tvingende grunde.

Det er dog efter min opfattelse ikke nødvendigt at komme nærmere ind på dette spørgsmål. Det er nemlig efter min mening klart, at de spanske bestemmelser ikke opfylder de relevante direktivbestemmelser, for så vidt der heri stilles krav om, at der foreligger *begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse.* Det er ubestridt, at de spanske regler ikke udtrykkeligt indeholder en betingelse af dette indhold, og det er ubestrideligt, at der er tale om en selvstændig og vigtig betingelse for anvendelse af bestemmelsen [18]. Det forhold, at den spanske forfatningsdomstol som oplyst af regeringen i to domme har fastslået, at »la notion d'urgence est liée à la nécessité de résoudre une situation qui, *pour des raisons difficiles à prévoir*, exige une intervention immédiate« giver efter min opfattelse ikke tilstrækkelig sikkerhed for respekt af direktivets betingelse om, at begivenhederne *ikke har kunnet forudses af de ordregivende myndigheder.*

47. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 2, og RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 2, er uforenelige med direktiv 71/305, og at LCE's artikel 87, stk. 4, nr. 2, og RGCE's artikel 247, stk. 4, nr. 2, er uforenelige med direktiv 77/62.

18 — Se i denne forbindelse Domstolens dom af 18.3.1992, sag C-24/91, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1989, hvor Domstolen i præmis 13 fastslog, at de i artikel 9, litra d), i direktiv 71/305 indeholdte betingelser gælder kumulativt.

c. *LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 7, og artikel 87, stk. 4, nr. 5, og RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 7, og artikel 247, stk. 4, nr. 5*

48. LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 7, som er gentaget i RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 7, bestemmer, at der for så vidt angår bygge- og anlægsarbejder kan indgås underhåndsaftaler »såfremt entreprenøren ikke opfylder de betingelser, der er nødvendige for at gennemføre kontrakten ('formalización'), forudsat at fremgangsmåden i forbindelse med indgåelsen af underhåndsaftaler opfylder de grundlæggende betingelser, og prisen ikke overstiger de priser, der fremkom efter udbudsproceduren«. En bestemmelse af tilsvarende indhold er for så vidt angår indkøbsaftaler indeholdt i LCE's artikel 87, stk. 4, nr. 5, hvori det dog tilføjes »... medmindre myndigheden beslutter at indkalde nye tilbud på vilkår, som fastlægges i det enkelte tilfælde«. Denne bestemmelse er gentaget i RGCE's artikel 247, stk. 4, nr. 5.

49. Den spanske regering har forklaret, at der i spansk ret sondres mellem »l'adjudicación«, dvs. tildeling af en kontrakt, og »la formalización«, som gør det muligt at gennemføre denne, og at de omtvistede bestemmelser har »baggrund i den særlige situation, en myndighed kan befinde sig i, såfremt den efter en licitation er bundet af en endelig kontrakt, der har fuld retsvirkning, men som ikke kan gennemføres, fordi tilslagsmodtageren på grund af omstændigheder, der må tilskrives ham, er afskåret fra at gennemføre kontrakten«.

50. Kommissionen har gjort gældende, at bestemmelser af dette indhold ikke findes i direktiv 71/305 og direktiv 77/62, og at de spanske bestemmelser derfor er i strid hermed. Kommissionen har anført, at den i bestemmelserne omhandlede situation, hvor kontrakten ikke kan gennemføres på grund af forhold, som skyldes entreprenøren, som udgangspunkt må løses ved, at de ordregivende myndigheder indleder en ny procedure. De ordregivende myndigheder vil have mulighed for at indgå underhåndsaftaler i denne situation, såfremt der foreligger uopsættelighed, men det må afgøres i hvert enkelt tilfælde, om betingelserne for at påberåbe sig denne fravigelsesgrund er opfyldt.

51. Den spanske regering har gjort gældende, at den i de spanske bestemmelser omhandlede situation er et tilfælde, hvor der foreligger de i artikel 9, litra d), i direktiv 71/305 og i artikel 6, stk. 1, litra d), i direktiv 77/62 nævnte tvingende grunde af uopsættelig karakter som følge af uforudseelige begivenheder, som kan begrunde indgåelse af underhåndsaftaler [19].

Den spanske regering har endvidere anført, at de spanske bestemmelser fastsætter betingelser, som er meget snævre, og som ikke findes i direktivernes bestemmelser, nemlig at de grundlæggende betingelser i det oprindelige udbud skal respekteres, og at den endelige tildeling af kontrakten ikke må ske til priser, der er højere end dem, som forekom i det oprindeligt valgte bud. Hertil kommer, at proceduren for indgåelse af underhåndsaftaler i LCE's artikel 37, stk. 2, forudsætter, at der forhandles med mindst tre entreprenører.

19 — Den spanske regering har tilføjet, at selv om det sædvanligvis ikke vil være muligt at indhente de gennemførelsesfrister, som allerede er udløbet, ved anvendelse af de almindelige procedurer, så er muligheden for en anvendelse heraf udtrykkeligt foreskrevet i LCE's artikel 87, stk. 4, nr. 5.

På denne baggrund har regeringen gjort gældende, at de omtvistede bestemmelser indeholder en løsning, som er »mere hensigtsmæssig« end de løsningsmodeller, som er foreslået af Kommissionen.

Endelig har regeringen gjort gældende, at de omtvistede bestemmelser vedrører en situation, som ligger nær op ad den i artikel 9, litra a), i direktiv 71/305 omhandlede situation, der af den spanske regering beskrives som »den resultatløse procedure, der ikke fører til tildeling af en kontrakt«, og at der er så meget desto mere grund til at acceptere underhåndsaftaler i den foreliggende situation, som er endnu mere alvorlig, idet der her er tale om »en afbrydelse på et mere fremskredent stadium af proceduren«.

52. Efter min opfattelse må Kommissionen i det hele gives medhold på dette punkt. Det kan ikke generelt konstateres, at der i den foreliggende situation er tale om tilfælde omfattet af direktivernes bestemmelser om uopsættelighed. Spørgsmålet, om der foreligger uopsættelighed i situationer af den her omhandlede type, må, som hævdet af Kommissionen, vurderes konkret i hvert enkelt tilfælde.

Det kan i denne forbindelse ikke være afgørende, at der i spansk ret gælder snævre betingelser for selve proceduren for indgåelse af underhåndsaftaler. Det kan heller ikke være afgørende, at der i artikel 9, litra a), i direktiv 71/305 hjemles mulighed for indgåelse af underhåndsaftaler, hvor det under en udbudsprocedure ikke har været muligt at tilvejebringe antagelige bud. Denne situation er en anden end den her foreliggende, hvor det som hævdet af Kommissionen netop

synes muligt f.eks. at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, som er klassificeret som nummer to, eller hvor der under alle omstændigheder ikke er konkret grund til at frygte, at en ny udbudsprocedure ikke ville tilvejebringe antagelige bud [20].

53. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 7, og RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 7, er uforenelige med direktiv 71/305, og at LCE's artikel 87, stk. 4, nr. 5, og artikel 247, stk. 4, nr. 5, er uforenelige med direktiv 77/62.

d. *LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 8, og RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 8*

54. LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 8, som er gentaget i RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 8, bestemmer, at der for så vidt angår bygge- og anlægsarbejder kan indgås underhåndsaftaler »for arbejder, hvis formål er at færdiggøre arbejder, for hvilke kontrakterne er bragt til ophør på de i den foregående bestemmelse fastsatte betingelser, jf. dog bestemmelsen i denne artikels nr. 2 (tilfælde af uopsættelighed)«.

55. Kommissionen har gjort gældende, at denne bestemmelse er uforenelig med direktiv 71/305 og har i denne forbindelse henvist til de synspunkter, som den har fremsat under det foregående punkt.

56. Den spanske regering har begrænset sig til at anføre, at der ikke vedrørende denne bestemmelse kan anføres en lige så klar begrundelse som under det foregående punkt, og at bestemmelsen vil blive ophævet i forbindelse med den påtænkte ændring af LCE.

57. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at LCE's artikel 37, stk. 1, nr. 8, og RGCE's artikel 117, stk. 1, nr. 8, er uforenelige med direktiv 71/305.

e. *Artikel 120, stk. 1, nr. 1, 2 og 6, i lovdekretet om lokale ordninger*

58. Kommissionen har oplyst, at artikel 120, stk. 1, nr. 1, 2 og 6, i lovdekret nr. 781/1986 om lokale ordninger opregner tilfælde, hvor det er tilladt at indgå underhåndsaftaler, som svarer til de ovenfor behandlede bestemmelser i LCE og RGCE, og har gjort gældende, at disse bestemmelser derfor ligeledes er i strid med direktiverne.

59. Den spanske regering har ikke bestridt dette, og Domstolen kan således tage Kommissionens påstand på dette punkt til følge.

60. Parterne er imidlertid uenige om, hvad der er konsekvensen heraf. Den spanske regering har gjort gældende, at det ikke vil

20 — Endelig kan det ikke tillægges afgørende betydning, at LCE's artikel 87, stk. 4, nr. 5, giver mulighed for, at der kan ske anvendelse af de sædvanlige fremgangsmåder, idet der er tale om en skønsmæssig beføjelse for de ordregivende myndigheder, og ikke en pligt, som indtræder, når betingelserne for uopsættelighed konkret ikke er opfyldt.

være nødvendigt at ændre lovdekretet om lokale ordninger, idet lokale organers indgåelse af underhåndsaftaler direkte er reguleret i de relevante bestemmelser i LCE og RGCE. Den spanske regering har i denne forbindelse henvist til, at den første af de afsluttende bestemmelser i de kongelige dekreter, der er udstedt med henblik på at tilpasse LCE og RGCE til direktiverne, fastslår, at bestemmelserne i LCE og RGCE er de grundlæggende bestemmelser.

61. Principielt kan Domstolen i den foreliggende dom alene fastslå, at de pågældende bestemmelser er i strid med Spaniens forpligtelser efter fællesskabsretten, hvorefter det påhviler Spanien at drage de fornødne konsekvenser af en sådan konstatering.

Der kan dog være grund til at nævne, at en ophævelse af reglerne vil være bedst i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav. Hvis reglerne ikke bliver ophævet, vil der i national ret eksistere en mulighed for fejlagtig retsanvendelse, og den herved opståede retlige usikkerhed vil i sig selv være i strid med fællesskabsretten.

62. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at artikel 120, stk. 1, nr. 1, 2 og 6, i lovdekretet om lokale ordninger er uforenelig med direktiv 77/62 og direktiv 71/305.

Bestemmelser om regler for deltagelse og kriterier for kvalitativ udvælgelse

63. Kommissionen har påstået, at en række af de spanske bestemmelser vedrørende deltagelse i offentlige udbud og kriterier for kvalitativ udvælgelse er i strid med fællesskabsreglerne. Det forekommer mig hensigtsmæssigt at indlede med kort at redegøre for de relevante regler i de to direktiver samt for Domstolens praksis på dette område.

Det fremgår af artikel 20 i direktiv 71/305 og artikel 17 i direktiv 77/62, at indgåelse af offentlige kontrakter sker i to faser. Først foretages en udvælgelse af de entreprenører eller leverandører, som besidder de nødvendige kvalifikationer for at deltage i licitationen. Denne efterprøvning af tilbudsgivernes egnethed indebærer dels en prøvelse af, hvorvidt tilbudsgiverne må udelukkes fra at deltage i licitationen som følge af deres egne forhold, herunder af grunde, der vedrører insolvens eller manglende hæderlighed. Dels foretages der en prøvelse af tilbudsgivernes økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet. Når der på denne måde er sket en udvælgelse af de tilbudsgivere, som kan deltage i licitationen, tildeles kontrakten i overensstemmelse med de kriterier, som er fastsat i artikel 29 i direktiv 71/305 og artikel 25 i direktiv 77/62, dvs. som hovedregel enten på grundlag af den laveste pris eller på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud.

64. De nærmere regler for den kvalitative udvælgelse af tilbudsgiverne findes i artikel 23-28 i direktiv 71/305 og artikel 20-24 i

direktiv 77/62, der i det væsentlige er parallelle.

Artikel 23 i direktiv 71/305 og artikel 20 i direktiv 77/62 indeholder en liste over en række forhold, der vedrører tilbudgivernes *hæderlighed og solvens*, og som kan begrunde, at de udelukkes fra deltagelse i licitationen. Disse bestemmelser indeholder også en liste over de dokumenter og attester, som de ordregivende myndigheder kan kræve fremlagt som bevis for, at de erhversdrivende ikke befinder sig i en af de opregnede situationer. Artikel 24 i direktiv 71/305 og artikel 21 i direktiv 77/62 bestemmer, at enhver entreprenør eller leverandør, som ønsker at deltage i en offentlig bygge- og anlægskontrakt eller en offentlig indkøbsaftale, kan opfordres til at godtgøre, at han er optaget i det *faglige register* i sit hjemland. Artikel 25 i direktiv 71/305 og artikel 22 i direktiv 77/62 bestemmer, på hvilke måder tilbudsgiverne kan bevise deres *finansielle og økonomiske evne*. Artikel 26 i direktiv 71/305 og artikel 23 i direktiv 77/62 bestemmer på hvilke måder, tilbudsgiverne kan bevise deres *tekniske formåen*. Artikel 27 i direktiv 71/305 og artikel 24 i direktiv 77/62 bestemmer, at de ordregivende myndigheder kan anmode tilbudgiverne om at *supplere eller uddybe* de forelagte bevisligheder, men at dette skal ske inden for rammerne af henholdsvis artikel 23-26 i direktiv 71/305 og artikel 20-23 i direktiv 77/62. Endelig indeholder artikel 28 i direktiv 71/305 regler om optagelse på de *officielle lister over anerkendte entreprenører*, som findes i visse medlemsstater, herunder i hvilket omfang optagelsen på en sådan liste af entreprenøren kan anvendes som et alternativt bevismiddel for, at han opfylder de kvalitative kriterier i artikel 23-26 i direktivet.

65. Domstolen har navnlig afsagt to domme, der indeholder væsentlige fortolkningsbidrag for en anvendelse af disse bestemmelser. Det drejer sig om Domstolens domme af 10. februar 1982 i sag 76/81, Transporoute [21], og af 20. september 1988 i sag 31/87, Beentjes [22]. Domstolens fortolkning angik de relevante bestemmelser i direktiv 71/305, men må kunne finde analog anvendelse på de tilsvarende bestemmelser i direktiv 77/62. Det kan af dommene udledes

— at de ordregivende myndigheder alene kan foretage en efterprøvning af de faglige kvalifikationer hos de tilbudsgivere, som ikke er udelukket af en af grundene vedrørende deres egne forhold, på grundlag af kriterier, der vedrører enten deres finansielle og økonomiske kapacitet eller deres tekniske kapacitet [23], og

— at direktivernes opregning af, hvilke beviser der kan kræves fremlagt med henblik

21 — Sml. s. 417.

22 — Sml. s. 4635.

23 — Se præmis 17 i Beentjes, hvor Domstolen fastslog følgende: »Den nævnte artikel 20 bestemmer, at efterprøvningen af entreprenørernes kvalifikationer foretages af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne for økonomisk, finansiel og teknisk kapacitet som anført i artikel 25-28. Formålet med disse artikler er ikke at afgrænse medlemsstaternes kompetence til at fastsætte niveauet for den krævede økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet for deltagelse i forskellige offentlige udbud, men at fastsætte de beviser eller bevismidler, hvorved entreprenøren skal kunne godtgøre sin finansielle, økonomiske og tekniske kapacitet ... Ikke desto mindre fremgår det af disse bestemmelser, at de ordregivende myndigheder *kun kan foretage undersøgelsen af entreprenørernes egnethed på grundlag af kriterier baseret på deres økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet*« (min fremhævelse).

på at godtgøre, at tilbudsgiverne opfylder betingelserne om hæderlighed mv. og teknisk kapacitet er udtømmende, mens der omvendt ikke er noget til hinder for, at de ordregivende myndigheder kræver fremlæggelse af andre beviser end de i direktiverne nævnte, for så vidt det drejer sig om at godtgøre, at tilbudsgiverne besidder den nødvendige finansielle og økonomiske evne [24].

66. De ordregivende myndigheder er ikke udelukket fra at fastsætte andre betingelser for indgåelse af offentlige kontrakter end dem, som vedrører undersøgelsen af entreprenørernes egnethed på grundlag af deres økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet, eller kriterierne for tildeling af den pågældende kontrakt. I sin dom i Beentjes udtalte Domstolen, at yderligere kontraktvilkår ikke i sig selv er uforenelige med direktiv 71/305 [25]. Domstolen fastslog imidlertid også, at sådanne kontraktvilkår for at være forenelige med direktivet på den ene side skal være i overensstemmelse med alle fællesskabsrettens relevante bestemmelser, herunder navnlig de forbud, der følger af de i traktaten fastslåede principper om etableringsretten og den frie bevægelighed af tjenesteydelser, og på den anden side skal anvendes under overholdelse af de procedureregler, som er fastsat i direktivet, herunder bl.a. reglerne om offentliggørelse [26].

67. Det er på denne baggrund, at Kommissionens påstande om manglende respekt af direktivernes regler om deltagelse og kriterier for kvalitativ udvælgelse skal vurderes.

24 — Domstolen fastslog i præmis 9 i Transporoute følgende: »Artikel 27 bestemmer, at den ordregivende myndighed kan opfordre entreprenøren til at supplere eller uddybe de forelagte bevisligheder, men herved skal følge de retningslinjer, som er fastlagt i direktivets artikler 23 og 26, hvorefter medlemsstaterne *alene med henblik på vurderingen af virksomhedernes finansielle og økonomiske evne*, jf. direktivets artikel 25, *kan kræve andre oplysninger* end dem, der udtrykkeligt er nævnt i direktivet« (min fremhævelse).
Det var i denne sag spørgsmålet, om det var foreneligt med direktivets regler at stille krav om, at entreprenøren var i besiddelse af en tilladelse til etablering, udstedt af regeringen i den medlemsstat, hvor licitationen blev afholdt. Domstolen fastslog i præmis 10: »Da formålet med tilladelsen til etablering ... ikke er at skaffe bevis for virksomhedernes finansielle og økonomiske evne ... men for virksomhedsledernes *faglige dygtighed og hæderlighed*, er den ikke omfattet af de *bevismidler, der er tilladt efter direktivet, og som er udtømmende opregnet heri*« (min fremhævelse).
Domstolen konkluderede på denne baggrund som følger: »Rådets direktiv 71/305 skal fortolkes således, at det er til hinder for, at en medlemsstat kræver, at en bydende, der er bosat i en anden medlemsstat, skal føre bevis for, at han opfylder de kriterier for hæderlighed og faglig dygtighed, som er opregnet i direktivets artikel 23 til 26, ved hjælp af andre midler — f.eks. en tilladelse til etablering — end dem, der er opregnet i direktivets bestemmelser.«
At direktiverne ikke indeholder en udtømmende opregning af, hvilke bevismidler der kan kræves for tilbudgivernes økonomiske og finansielle evne, er bekræftet i Domstolens dom af 9.7.1987, forenede sager 27/86, 28/86 og 29/86, Bellini, Sml. s. 3347, præmis 10, 11 og 17).

25 — Domstolen nåede dette resultat bl.a. under henvisning til, »at direktivet ikke indeholder en ensartet og udtømmende fællesskabsordning, men at medlemsstaterne inden for rammerne af de fælles bestemmelser, som det indeholder, fortsat frit kan opretholde eller fastsætte materielle og processuelle regler for offentlige bygge- og anlægskontrakter, på betingelse af, at alle relevante bestemmelser i fællesskabsretten overholdes ...« (præmis 20).

26 — Se præmis 28-31 i Beentjes. Se endvidere om denne praksis Kommissionens meddelelse af 22.9.1989 »Offentlige kontrakter, regionale og sociale aspekter« (EFT C 311, s. 7, punkt 43-64).
Se også Domstolens dom af 3.6.1992, sag C-360/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3401, der vedrørte en bestemmelse i italiensk lov, hvorefter der ved udvælgelse af de ansøgere, som de ordregivende myndigheder efter reglerne om bunden licitation opfordrer til at afgive bud, jf. artikel 22 i direktiv 71/305, skulle gives »fortrinsstilling for midlertidige sammenslutninger eller konsortier, i hvilke der deltager virksomheder, som udøver deres hovedvirksomhed i den region, hvor arbejderne udføres«. Domstolen begrænsede sig til at fastslå, at der var tale om et udvælgelseskriterium, som ikke var nævnt i direktivets artikel 23-26, og som følgelig var i strid med direktivets artikel 22. Skønt Domstolen ikke gik videre end til at undersøge, om det pågældende kriterium var foreneligt med direktivet i lyset af de i Beentjes fastlagte principper, er dommen næppe udtryk for en ændret praksis.

a. *RGCE's artikel 24, stk. 1, nr. 1, og artikel 25, stk. 1, nr. 1 og 3*

68. RGCE's artikel 24, stk. 1, nr. 1, bestemmer:

»Udenlandske virksomheder, der ønsker at indgå aftaler med myndighederne, skal foruden de i denne forordnings artikel 23 fastsatte betingelser opfyldende følgende betingelser:

1° Have fuld retsevne til at indgå aftaler og påtage sig forpligtelser i henhold til deres eget lands lovgivning.«

RGCE's artikel 25, stk. 1, nr. 1 og 3, bestemmer:

»Virksomheders status som juridiske personer godtgøres over for myndighederne på følgende måde:

1° Såfremt virksomheden er en juridisk person, ved fremlæggelse af stiftelses- eller ændringsoverenskomsten, forskriftsmæssigt indført i handelsregisteret. Entreprenører skal fremlægge deres nationale identitetskort eller det dokument, som træder i stedet herfor efter gældende regler.

...

3° Udenlandske virksomheder skal fremlægge en officiel oversættelse af stiftelsesdokumenter til kastiliansk eller, i givet fald, til sproget i den selvstyrende region, på hvis område den ordregivende myndighed har hjemsted, samt en erklæringudstedt af Den Spanske Ambassade i det pågældende land, hvorved det bekræftes, at virksomheden har retsevne til at indgå aftaler og påtage sig forpligtelser i henhold til det pågældende lands lovgivning.«

69. Kommissionen har gjort gældende, at de nævnte beviskrav ikke er omhandlet i direktiv 71/305 og direktiv 77/62 og som følge af direktivernes udtømmende karakter derfor ikke kan stilles med den virkning, at tilbudsgivere, som ikke opfylder dem, udelukkes fra deltagelse i licitationer. Ifølge Kommissionen har de ordregivende myndigheder tilstrækkelige muligheder for at efterprøve, at udenlandske virksomheder har retsevne og status som juridiske personer, i og med der kan kræves dokumentation for på den ene side, at de er optaget i det faglige register i deres hjemland, og på den anden side, at de ikke befinder sig i en af de i artikel 23 i direktiv 71/305 og artikel 20 i direktiv 77/62 nævnte situationer. Kommissionen har navnlig under den mundtlige forhandling i sagen præciseret, at kravet om, at tilbudsgivere skal have retsevne, i sig selv er foreneligt med fællesskabsretten.

70. Den spanske regering har anført, *at* en betingelse om retsevne logisk må kræves opfyldt forud for direktivernes krav om finansiel, økonomisk og teknisk evne samt hæderlighed, *at* kravet er nødvendigt for at sikre, at der kan gøres ansvar gældende mod entreprenører, og *at* kravet ikke diskriminerer mellem udenlandske og spanske tilbudsgivere. Den spanske regering har i forlængelse heraf fremhævet, at RGCE's artikel 24, stk. 1, nr. 1, ikke stiller krav om fremlæggelse

af bestemte bevismidler, men blot stiller et abstrakt krav om retsevne. I øvrigt er den spanske regering af den opfattelse, at direktiverne ikke fastsætter tilstrækkelige regler om bevis for virksomhedernes retsevne og status som juridiske personer, hvorfor reglerne i RGCE's artikel 25, stk. 1, nr. 1 og 3, er berettigede [27].

71. Det følger som nævnt indledningsvis af Domstolens praksis, at det ved en stillingtagen til lovligheden af kriterier for udelukkelse fra deltagelse i licitationer om offentlige kontrakter i første omgang er afgørende at finde ud af, hvilken type betingelser der er tale om.

Det kan ganske vist drøftes, om et krav om retsevne er omfattet af de kriterier, som er omhandlet i direktivernes regler om kvalitativ udvælgelse af tilbudgiverne. Det er til gengæld vanskeligt at se, at kravet har et andet formål end at sikre, at der er tale om en bona fide-tilbudsgiver, der er i stand til at opfylde kontrakten og i givet fald har evne til at pådrage sig erstatningsansvar for manglende opfyldelse heraf. Der er derfor efter min mening tale om et krav, der reelt må siges at falde inden for det område, hvor direktiverne har tilsigtet en udtømmende opregning af tilladelige beviskrav [28].

Disse bemærkninger må forstås med et vigtigt forbehold. Fællesskabsretten kan selvsagt ikke være til hinder for, at ordregivende myndigheder nægter at indgå kontrakter med virksomheder, der måtte mangle retsevne. For så vidt er kravet i RGCE's artikel 24, stk. 1, nr. 1, ikke ulovligt. Direktiverne er derimod til hinder for, at der opstilles et generelt krav om dokumentation af retsevne. Det må da også for praktiske formåls skyld være overflødigt at stille selvstændige krav om dokumentation for tilbudsgivernes retsevne, når henses til, at der kan stilles krav om godtgørelse af, at den pågældende er optaget i det faglige register i sit hjemland og ikke befinder sig i en insolvenssituation. Et sådant dokumentationskrav, der efter det oplyste

27 — Parterne har drøftet betydningen af, at artikel 24 i direktiv 71/305 alene opregner de faglige registre i seks medlemsstater, og at artikel 21 i direktiv 77/62 alene opregner de faglige registre i ni medlemsstater. Kommissionen har anført, at artikel 24 i direktiv 71/305 blev suppleret ved tiltrædelsesakterne fra 1972, 1979 og 1985, og at artikel 21 i direktiv 77/62 uden videre kan anvendes analogt på de tre øvrige medlemsstater. Jeg kan i det hele tilslutte mig Kommissionens opfattelse på dette punkt og vil ikke komme nærmere ind herpå.

28 — Det er min opfattelse, at der kan findes støtte for denne fortolkning i Domstolens dom i Transporoute. Domstolen fandt i denne dom, at formålet med et krav om tilladelse til etablering var at skaffe bevis for »virksomhedsledernes faglige dygtighed og hæderlighed«, og at dette krav følgelig var i strid med direktiv 71/305, der indeholder en udtømmende opregning af, hvilke bevismidler der kan kræves for at godtgøre disse forhold. Domstolen gav imidlertid ikke nogen nærmere forklaring på, hvorfor en etableringstilladelse af den omhandlede type måtte antages at vedrøre de tilbudsgivendes hæderlighed. Jeg slutter heraf, at alle beviskrav, der vedrører ikke blot tilbudsgivernes hæderlighed og solvens i snæver forstand, men deres generelle evne til at indgå offentlige kontrakter, skal være forenelige med den udtømmende opregning af bevismidler i artikel 23 sammenholdt med artikel 24 om bevis for optagelse i det faglige register i virksomhedens hjemland.

ikke stilles til spanske tilbudsgivere, betyder byrder for de udenlandske tilbudsgivere, der ikke på rimelig måde kan begrundes med formålet bag kravet.

72. Kommissionen har endvidere påstået, at bestemmelserne i RGCE's artikel 25, stk. 1, nr. 1 og 3, for så vidt de finder anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter, er i strid med traktatens artikel 59 om den frie bevægelighed af tjenesteydelser.

73. Det har for så vidt mindre interesse at fastslå, at de omtvistede spanske regler er i strid med traktatens artikel 59, når det allerede er fastslået, at de er i strid med reglerne i direktiverne. Det burde være tilstrækkeligt at fastslå, at der ikke ved siden af de dokumentationskrav, der efter direktiverne kan stilles til tilbudsgiverne, er behov for yderligere krav, fordi disse indebærer unødvendige byrder for de pågældende. Når dette er sagt, kan det også uden videre konstateres, at traktatens artikel 59 er tilsidesat.

74. Det følger af Domstolens faste praksis, at traktatens artikel 59 først og fremmest stiller krav om afskaffelse af enhver forskelsbehandling af tjenesteyderen på grund af hans nationalitet, eller på grund af, at tjenesteyderen er etableret i en anden medlemsstat end den, hvor ydelsen præsteres. Nationale bestemmelser, hvorefter tjenesteydelser ikke behandles ens uanset deres oprindelse, er kun forenelige med fællesskabsretten, hvis de kan henføres under en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse som traktatens artikel 56, der vedrører hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed [29]. Begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser kan imidlertid også forekomme som følge af, at nationale bestemmelser, der gælder for alle, som er etableret i den pågældende medlemsstat, bringes i anvendelse på tjenesteydere, som er etableret i en anden medlemsstat, og som allerede skal rette sig efter forskrifterne i denne stats lovgivning. Sådanne restriktioner er ifølge Domstolens faste praksis kun forenelige med traktatens artikel 59, hvis de er begrundet i tvingende almene hensyn, som ikke allerede tilgodeses af reglerne i den stat, hvor tjenesteyderen er etableret, og hvis de er egnet til og nødvendige for at nå det mål, som forfølges af reglerne, hvori ligger, at samme resultat ikke kan nås ved hjælp af mindre indgribende regler [30].

75. De i RGCE's artikel 25, stk. 1, nr. 1 og 3, indeholdte krav om fremlæggelse af særlige dokumenter som betingelse for indgåelse af offentlige kontrakter udgør hindringer for den frie bevægelighed af tjenesteydelser. Det er min opfattelse, at Kommissionen bør gives medhold i, at uanset hvilket alment hensyn, der herved forfølges, må dette være tilstrækkeligt varetaget gennem muligheden for at kræve fremlæggelse af de i direktiv 71/305 opregnede dokumenter. Da de pågældende bestemmelser følgelig ikke kan anses for objektivt nødvendige for at beskytte det eller de hensyn, som de tilsigter at varetage,

29 — Se senest Domstolens dom af 4.5.1993, sag C-17/92, Federaciòn de Distribuidores Cinematográficos, Sml. I, s. 2239, præmis 13 og 16.

30 — Se Domstolens dom af 25.7.1991, sag C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, præmis 12-15.

er de ikke forenelige med traktatens artikel 59.

76. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at RGCE's artikel 25, stk. 1, nr. 1 og 3, er uforenelig med såvel direktiv 71/305 og direktiv 77/62 som traktatens artikel 59.

b. *RGCE's artikel 284, stk. 5*

77. Artikel 28 i direktiv 71/305 omhandler de officielle lister over anerkendte entreprenører, der findes i visse medlemsstater (den såkaldte klassifikationsordning), og fastlægger den brug, entreprenørerne kan gøre af certifikater om klassifikation med henblik på at bevise, at de opfylder visse af de i direktivet omhandlede kriterier for deres udvælgelse.

78. RGCE's artikel 284, stk. 5, bestemmer:

»For at kunne påberåbe sig bestemmelserne i denne artikels stk. 3 [dvs. for at kunne påberåbe sig retten til at godtgøre sine kvalifikationer på anden måde end i form af klassifikation] skal ikke-spanske entreprenører fra EF-medlemsstater ved hjælp af et af Det Rådgivende Udvalg for Offentlige Aftaler udstedt certifikat bevise, at de ikke er optaget på listen, eller at de ikke tidligere har været genstand for optagelse, der er blevet suspenderet eller annulleret.«

Denne bestemmelse skal, så vidt jeg har forstået de foreliggende oplysninger, forstås således, at hovedreglen efter spansk ret er, at entreprenørerne skal anvende klassifikationscertifikaterne, og at det alene kan tillades dem at bevise deres kvalifikationer på anden måde, hvis de fremlægger et certifikat udstedt af et spansk organ, hvoraf fremgår, at de ikke er optaget på den spanske liste [31], eller at de ikke tidligere har været genstand for optagelse, der er blevet suspenderet eller annulleret.

79. Kommissionen har gjort gældende, at der af direktiv 71/305 [32] kan udledes en ret for entreprenører til at vælge, om de vil bevise deres kvalifikationer ved hjælp af et klassifikationscertifikat eller på anden måde. Kravet om det særlige certifikat som betingelse for at kunne bevise kvalifikationer på anden måde end ved fremlæggelse af et klassifikationscertifikat er derfor efter Kommissionens opfattelse i strid med direktivets system. Kommissionen har endvidere gjort gældende, at der er tale om en ikke retfærdiggjort og uforholdsmæssig hindring for den frie bevægelighed af tjenesteydelser, som er i strid med traktatens artikel 59.

80. Den spanske regering har gjort gældende, at formålet med bestemmelsen er at hindre omgåelse af klassifikationsordningen derved, at virksomheder fra andre medlemsstater undgår virkningen af en tidligere klassifikation, der er suspenderet eller slettet, ved at benytte muligheden for at godtgøre deres

31 — Kommissionen lægger til grund, at bestemmelsen stiller krav om et »negativt« certifikat vedrørende entreprenørens manglende optagelse på listen over anerkendte entreprenører *i Spanien*. Denne forståelse af bestemmelsen er ikke bestridt af den spanske regering.

32 — I sin stævning havde Kommissionen anført, at den omtvistede bestemmelse i henhold til LCE's artikel 109 også fandt anvendelse på offentlige indkøb. Den spanske regering har imidlertid oplyst, at reglerne om klassifikation i realiteten ikke er blevet udstrakt til også at omfatte offentlige indkøb. I forlængelse heraf og som svar på et spørgsmål herom fra Domstolen, har Kommissionen præciseret, at den ikke nedlægger påstand om, at RGCE's artikel 284, stk. 5, er i strid med bestemmelserne i direktiv 77/62.

kapacitet ved fremlæggelse af andre bevismidler. Ifølge regeringen er der tale om en simpel formalitet, som ikke er vanskelig at opfylde, og som ikke kan anses for urimelig eller objektivt uberettiget i lyset af det klare og enkle mål, som er at undgå, at en kontrakt bliver tildelt en entreprenør, som ikke opfylder de økonomiske, finansielle og tekniske betingelser for faglig klassificering.

81. Der må efter min mening gives Kommissionen medhold i, at medlemsstaterne ikke kan indføre begrænsninger i entreprenørernes ret til at vælge, hvilke bevismidler de inden for direktivets rammer vil gøre brug af for at bevise deres kvalifikationer. Direktivet forudsætter valgfrihed [33], og der er ikke i direktivets regler om bevismidler, jf. artikel 23-26, nogen hjemmel for et krav, som det her omtvistede. Kommissionen må endvidere gives medhold i, at der er tale om en hindring for den frie bevægelighed af tjenesteydelser, som ikke kan anses for retfærdiggjort af de af den spanske regering påberåbte hensyn. Da det er uforeneligt med direktiv 71/305 at stille krav om, at entreprenører er optaget på den officielle liste over entreprenører i den medlemsstat, hvor licitationen afholdes [34], kan det heller ikke tillægges betydning, om en sådan klassifikation på et tidspunkt er blevet slettet eller suspenderet. Det kan alene være afgørende, om tilbudsgiverne på tidspunktet for tilbudsgivningen kan dokumentere, at de besidder de nødvendige kvalifikationer. Dette hensyn må anses for tilstrækkeligt varetaget gennem mulighe-

33 — Se Domstolens dom af 9.7.1987, forenede sager 27/86, 28/86 og 29/86, Bellini, Sml. s. 3347, præmis 24 og 25.

34 — Se Domstolens dom i Transporoute, præmis 12 og 13.

den for at afkræve tilbudsgiverne de i direktiv 71/305 opregnede bevisdokumenter.

82. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at RGCE's artikel 284, stk. 5, er uforenelig med direktiv 71/305 og traktatens artikel 59.

c. *RGCE's artikel 287, stk. 2*

83. RGCE's artikel 287, stk. 2, som vedrører betingelserne for klassifikation af entreprenører i Spanien, bestemmer:

»I den forbindelse tages der navnlig hensyn til det antal beskæftigede, udstyr samt de økonomiske midler, som entreprenøren til stadighed disponerer over på spansk område.«

84. Kommissionen har påstået, at denne bestemmelse er i strid med direktiv 71/305 [35] og traktatens artikel 59.

85. Den spanske regering har anført, at bestemmelsen ikke har konkrete retsvirkninger, eftersom det ikke heri præciseres, hvad der navnlig skal lægges vægt på, og har i

35 — I sin stævning havde Kommissionen anført, at den omtvistede bestemmelse i henhold til artikel RGCE's artikel 320 og 330 også fandt anvendelse på offentlige indkøb. Den spanske regering har som nævnt oplyst, at reglerne om klassifikation ikke er blevet udstrakt til også at omfatte offentlige indkøb. I forlængelse heraf og som svar på et spørgsmål herom fra Domstolen, har Kommissionen præciseret, at den ikke nedlægger påstand om, at RGCE's artikel 287, stk. 2, er i strid med bestemmelserne i direktiv 77/62.

øvrigt oplyst, at den af denne grund påtænkes ophævet. Endvidere har den spanske regering gjort gældende, at bestemmelsen, hvis den havde retsvirkninger, ville have hjemmel i artikel 26, litra c) og d), i direktiv 71/305.

86. Artikel 28, stk. 4, i direktiv 71/305 bestemmer, at »for optagelse af andre medlemsstaters entreprenører på ... [den officielle] liste [over anerkendte entreprenører], kan der ikke kræves andre bevisligheder og erklæringer end dem, der kræves af landets egne entreprenører, og i hvert tilfælde ikke andre end dem, der er fastsat i artiklerne 23 til 26«. Som Kommissionen med rette har anført, hjemler disse bestemmelser ikke mulighed for at afkræve entreprenører fra andre medlemsstater oplysninger om de i RGCE's artikel 287, stk. 2, nævnte forhold. Direktivets artikel 26, litra c) og d), bestemmer, at der kan kræves fremlagt erklæringer, der angiver det udstyr mv., som entreprenøren disponerer over til udførelsen af det konkrete arbejde, og som angiver det årlige gennemsnit af beskæftigede ved virksomheden gennem de sidste tre år. Afgørende for vurderingen af den omtvistede regel er imidlertid, at der ikke i direktivet kan findes hjemmel for at kræve særlige oplysninger om beskæftigede, udstyr og økonomiske midler *på spansk område*. RGCE's artikel 287, stk. 2, er derfor uforenelig med direktiv 71/305.

87. Kommissionen har endvidere ret i, at den omtvistede bestemmelse udgør en hindring for den frie bevægelighed af tjenesteydelser. Reglen må forstås således, at det forhold, at en virksomhed ikke eller kun i ringe omfang disponerer over udstyr mv. på spansk område, vil kunne have betydning for en klassificering i Spanien, hvilket igen vil kunne have betydning for de pågældende entreprenørers mulighed for at præstere tjenesteydelser i Spanien. Skønt bestemmelsen formelt finder anvendelse på såvel udenlandske som indenlandske entreprenører, så er der efter min opfattelse tale om en bestemmelse, som reelt favoriserer spanske entreprenører, eftersom disse har meget større mulighed for at disponere over beskæftigede og udstyr på spansk område [36]. Der foreligger med andre ord en skjult forskelsbehandling på grund af nationalitet, som ikke er begrundet i nogen af de hensyn, der efter traktaten kan retfærdiggøre sådanne regler.

88. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at RGCE's artikel 287, stk. 2, er uforenelig med direktiv 71/305 og traktatens artikel 59.

d. *RGCE's artikel 312, stk. 2*

89. Denne bestemmelse, der fastlægger bevisværdien i forhold til en række spanske beviskrav af certifikater og tilsvarende dokumenter udstedt af myndighederne i andre medlemsstater, er efter Kommissionens opfattelse på enkelte punkter i strid med artikel 28, stk. 3, i direktiv 71/305, der indeholder regler om bevisværdien af certifikater om klassifikation udstedt i andre medlemsstater. Dette er ikke blevet bestridt af den spanske

36 — Se Domstolens dom af 3.6.1992, sag C-360/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3401, præmis 10, 11 og 12.

regering, som har oplyst, at bestemmelsen vil blive ændret i forbindelse med den påtænkte ændring af LCE. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at give dom efter Kommissionens påstand.

e. *RGCE's artikel 320, stk. 3, nr. 5*

90. Denne bestemmelse indeholder regler om godtgørelse af en leverandørs tekniske formåen og bestemmer bl.a., at dette kan ske ved fremlæggelse af certifikater vedrørende de pågældende varer, som er udstedt af officielle spanske kvalitetskontrolinstitutter eller -kontorer. Bestemmelsen er efter Kommissionens opfattelse i strid med artikel 23, stk. 1, litra c), i direktiv 77/62, hvorefter der nok kan kræves fremlagt kvalitetscertifikater, men ikke, at disse skal være udstedt af et organ i den ordregivende myndigheds hjemland. Kommissionen har samtidig påstået, at kravet udgør en hindring for de frie varebevægelser, der er i strid med traktatens artikel 30. Dette er ikke blevet bestridt af den spanske regering, som har oplyst, at bestemmelsen vil blive ophævet i forbindelse med den påtænkte ændring af LCE. Den spanske regering har alene gjort et anbringende gældende om, at der er tale om en fejlagtig formulering, som vil kunne afhjælpes, såfremt bestemmelsen ikke fortolkes efter sin ordlyd. Dette anbringende kan ikke tillægges vægt. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at give dom efter Kommissionens påstand.

f. *RGCE's artikel 341*

91. RGCE's artikel 341 bestemmer:

»I henhold til den fjerde afsluttende bestemmelse i LCE er regeringen, hvis den finder det hensigtsmæssigt, beføjet til at fritage entreprenører, der har opnået en nærmere bestemt klassificering i Finansministeriet, for at stille en midlertidig sikkerhed, når der afgives bud om bygge- og anlægsarbejder.«

92. Kommissionen har oplyst, at der er gjort brug af denne mulighed ved kongeligt dekret nr. 1883/1979 af 1. juni 1979, der giver de ordregivende myndigheder hjemmel til at indføje en bestemmelse om fritagelse i udbudsbetingelserne, og ved bekendtgørelse af 23. oktober 1979, hvorefter en bestemmelse om fritagelse kan indføjes i udbudsbetingelserne fra Ministeriet for Offentlige Arbejder og Byplanlægning og fra de selvstyrende organer.

93. Kommissionen har påstået, at RGCE's artikel 341 er uforenelig med direktiv 71/305 og traktatens artikel 59. Kommissionen har gjort gældende, at muligheden for at afgive bud uden at være klassificeret er en ret, som tilkommer entreprenører, og som ikke kan hindres af de grunde, som de spanske myndigheder har fremført. Fritagelsen for at stille midlertidig sikkerhed, som indrømmes entreprenører, der er klassificeret, udgør et økonomisk incitament til at blive klassificeret og bevirker, at retten til at afgive bud uden at være klassificeret i praksis bliver begrænset.

Kommissionen har endvidere anført, at den ikke ser problemer forbundet med at udvide bestemmelsen om fritagelse for at stille midlertidig sikkerhed til også at gælde tilbudsgivere, som har godtgjort deres kvalifikationer på anden måde end ved klassifikation. Ifølge Kommissionen har de ordregivende myndigheder tilstrækkelig mulighed for at pålægge en »uansvarlig tilbudsgiver« sanktioner ved f.eks. at anvende de nedenfor omtalte bestemmelser i artikel 23, stk. 1, litra d) og g).

94. Den spanske regering har gjort gældende, at de spanske regler åbner mulighed for, at udenlandske entreprenører på samme betingelser som dem, der gælder for spanske entreprenører, kan etablere to former for sikkerhed for, at kontrakter opfyldes korrekt. Entreprenørerne kan således vælge mellem enten at stille en midlertidig sikkerhed eller at opnå en klassifikation i det spanske Finansministerium. Heraf følger, at ikke-spanske entreprenører kan blive fritaget for at stille en midlertidig sikkerhed på samme måde som spanske virksomheder. Såfremt en kontrakt ikke opfyldes, har de ordregivende myndigheder mulighed for at sanktionere denne ikke-opfyldelse ved enten at anse den stillede sikkerhed for fortabt eller at suspendere klassifikationen. Den spanske regering har gjort gældende, at disse to former for sikkerhed begge ligger inden for rammerne af bestemmelsen i artikel 16, litra i), i direktiv 71/305, hvorefter de ordregivende myndigheder i bekendtgørelsen om offentligt udbud skal anføre »angivelser vedrørende sikkerhedsstillelse og anden form for sikkerhed, som måtte blive forlangt ... uanset under hvilken form«.

Den spanske regering har bemærket, at de ordregivende myndigheder ville være uden muligheder for at pålægge effektive sanktioner for ikke-opfyldelse af kontrakter, hvis fritagelsen for at stille midlertidig sikkerhed blev udstrakt til også at gælde ikke-spanske entreprenører, som har godtgjort deres økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet på anden måde end gennem klassifikation.

95. Den spanske regering har, som det fremgår, lagt vægt på behovet for at opnå sikkerhed for, at kontrakter opfyldes korrekt. Dette formål vil ganske rigtigt blive varetaget ved et krav om midlertidig sikkerhedsstillelse, der må anses for hjemlet ved artikel 16, litra i), i direktiv 71/305. Efter min opfattelse giver et krav om klassifikation i det spanske Finansministerium derimod ikke en særlig sikkerhed for korrekt opfyldelse af indgåede kontrakter. Sikkerheden skulle ifølge den spanske regering bestå i »truslen« om en suspension af klassifikationen i tilfælde af ikke-opfyldelse af kontrakter og de dermed forbundne vanskeligheder med fremover at opnå tildeling af kontrakter. En sådan »trussel« om at blive udelukket fra fremtidige licitationer består imidlertid uafhængigt af spørgsmålet om klassifikation i Spanien. Som anført af Kommissionen, bestemmer artikel 23, litra d) og g), i direktivet, at de ordregivende myndigheder fra deltagelse i licitation kan udelukke enhver entreprenør, »som i faglige anliggender har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder påviseligt har konstateret«, eller, »som ved urigtige erklæringer har begået betydelige fejl ved afgivelse af oplysninger, som kan forlanges i medfør af [direktivets] ... kapitel« om kriterier for kvalitativ udvælgelse. Disse bestemmelser giver i hvert fald de ordregivende myndigheder mulighed for at sanktionere en bevidst undladelse af at opfylde indgåede kontrakter — også for så vidt angår ikke-spanske entreprenører, som har godtgjort

deres økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet på anden måde end gennem klassifikation — og eksistensen af denne mulighed skaber efter min opfattelse samme form for sikkerhed for opfyldelse af indgåede kontrakter, nemlig en »trussel« om udelukkelse fra fremtidige licitationer, som den spanske regering mener at tilvejebringe gennem kravet om klassifikation.

Det vil på denne baggrund ses, at realiteten i det spanske krav om klassifikation i det spanske Finansministerium som betingelse for at blive fritaget for at stille midlertidig sikkerhed er, at ikke-spanske entreprenører, som ikke er klassificeret i Spanien, pålægges en særlig økonomisk byrde [37]. Som anført af Kommissionen giver direktiv 71/305 imidlertid entreprenører en ret til at godtgøre deres egnethed ved fremlæggelse af de i artikel 23-26 i direktiv 71/305 nævnte bevisdokumenter eller ved fremlæggelse af et certifikat om klassifikation i en anden medlemsstat. Det kan ikke kræves, at entreprenører er klassificeret i den medlemsstat, hvor licitationen afholdes [38]. Det kan derfor ikke være foreneligt med direktivet at knytte økonomiske byrder til en manglende klassifikation i Spanien.

96. En økonomisk byrde, der pålægges ikke-spanske entreprenører, der ikke er klassificeret i Spanien, udgør en hindring for den frie bevægelighed af tjenesteydelser i henhold til traktatens artikel 59. Den spanske regerings anbringende om behovet for at skabe sikkerhed for opfyldelse af kontrakter kan som nævnt ikke tillægges vægt, og der synes ikke at kunne fremføres andre almene hensyn som begrundelse for en regel af det pågældende indhold.

97. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at RGCE's artikel 341 er uforenelig med direktiv 71/305 og traktatens artikel 59.

Bestemmelser på det tekniske område

98. Kommissionen har nedlagt påstand om, at RGCE's artikel 244, der fastlægger regler om tekniske krav, er i strid med artikel 7 i direktiv 77/62.

99. Artikel 7, stk. 1, i direktivet bestemmer bl.a., at tekniske specifikationer i forbindelse med offentlige indkøb navnlig kan defineres ved henvisning til passende standarder, og at der i dette tilfælde i præferenceorden bør henvises til fællesskabsstandarder, europæiske standarder, internationale standarder, nationale standarder og endelig andre standarder. Kommissionen har gjort gældende, at reglerne om præferenceorden ikke er blevet gennemført ved den omtvistede bestemmelse i RGCE.

100. Den spanske regering har anerkendt, at præferenceordenen i artikel 7, stk. 1, i direk-

37 — Hvad angår spanske entreprenører synes kravet om klassifikation at være obligatorisk. Den spanske regering har således oplyst, at kravet om klassifikation er obligatorisk for offentlige kontrakter, der beløber sig til over 20 mio. PTA og at muligheden for at godtgøre teknisk og finansiel kapacitet på anden måde end ved klassifikation ikke gælder for spanske entreprenører. Jeg forstår disse udtalelser således, at det for kontrakter af den nævnte størrelse alene er ikke-spanske entreprenører, som kan vælge mellem at blive klassificeret og at stille midlertidig sikkerhed.

38 — Se Domstolens dom i Transporoute, præmis 12 og 13.

tiv 77/62 ikke er blevet gennemført i spansk lovgivning, hvor det blot fastslås, at tekniske specifikationer kan defineres under henvisning til nationale eller internationale standarder. Regeringen har dog henvist til, at artikel 7 er blevet væsentligt ændret ved artikel 8 i direktiv 88/295, og at det på denne baggrund ville være uhensigtsmæssigt og urimeligt at forlange, at spansk lovgivning tilpasses bestemmelserne i direktiv 77/62, eller at bestemmelserne i direktiv 88/295 gennemføres før gennemførelsesfristens udløb. Regeringen har i denne forbindelse fremhævet, at Spanien netop er indrømmet en i forhold til den almindelige frist længere frist med hensyn til gennemførelse af direktiv 88/295. Den spanske regering gør gældende, at Kommissionens påstand i den foreliggende sag ikke er forenelig med pligten til at yde medlemsstaterne mest mulig hjælp ved opfyldelsen af de forpligtelser, der påhviler dem i henhold til traktaten, og henviser i denne forbindelse til traktatens artikel 5 og Domstolens praksis, herunder navnlig dom af 21. marts 1991 i sag C-303/88, Italien mod Kommissionen [39].

101. Den spanske regerings anbringender kan ikke tillægges vægt. Pligten til at gennemføre direktiver inden for de foreskrevne frister påvirkes ikke af, at der senere vedtages ændringer af disse direktiver, og der kan hverken af traktatens artikel 5 om gensidig pligt for medlemsstaterne og Fællesskabets institutioner til loyalt samarbejde eller af Domstolens praksis i øvrigt udledes en hjemmel for Kommissionen til at dispensere fra de fastsatte gennemførelsesfrister. Det må derfor lægges til grund, at Spanien har forsømt at opfylde sine forpligtelser i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 77/62 ved ikke at gennemføre den heri foreskrevne præferenceorden inden for de fastsatte gennemførelsesfrister.

102. Kommissionen har dernæst gjort gældende, at RGCE's artikel 244, stk. 2, er i strid med artikel 7, stk. 2, i direktiv 77/62.

Artikel 244, stk. 2, bestemmer bl.a. følgende:

»Medmindre kontraktgenstanden berettiger dertil, må der i de tekniske specifikationer ikke nævnes varer af et bestemt fabrikat eller med en bestemt oprindelse eller særlige fremgangsmåder, som kan begunstige eller udelukke bestemte bydende. Såfremt de ordregivende myndigheder ikke kan give en beskrivelse af kontraktgenstanden ved hjælp af andre specifikationer, som er tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for de interesserede, kan de anføre varemærker, patenter eller typer, forudsat at sådanne angivelser ledsages af bemærkningen 'eller dermed ligestillet'.«

Artikel 7, stk. 2, i direktiv 77/62 har følgende ordlyd:

»Medmindre aftalens genstand berettiger dertil, skal medlemsstaterne forbyde, at der i vilkårene for den enkelte aftale indføres tekniske specifikationer, som omtaler varer af et bestemt fabrikat eller af en bestemt oprindelse, eller som nævner særlige fremstillingsmetoder ... Det er navnlig forbudt at anføre varemærker, patenter eller typer, eller at anføre en bestemt oprindelse eller et bestemt

39 — Sml. I, s. 1433.

fabrikat; dog er en sådan angivelse i forbindelse med angivelsen 'eller dermed ligestillet' tilladt, når aftalens genstand ikke kan beskrives på anden måde ved hjælp af specifikationer, som er tilstrækkelige nøjagtige og fuldstændigt forståelige for alle interesserede.«

103. Kommissionen har i denne forbindelse gjort gældende, at RGCE's artikel 244, stk. 2, åbner mulighed for, at der kan ske angivelse af »en bestemt oprindelse eller et bestemt fabrikat«, uden at disse angivelser ledsages af ordene »eller dermed ligestillet«.

104. Den spanske regering har gjort gældende, at bestemmelsen indeholder dels et generelt forbud, hvis ordlyd er omtrent identisk med første sætning i artikel 7, stk. 2, i direktiv 77/62, dels en undtagelse, der adskiller sig fra den tilsvarende bestemmelse i artikel 7, stk. 2, ved at være mere restriktiv, idet den ikke giver mulighed for i de tekniske specifikationer at angive en bestemt oprindelse eller et bestemt fabrikat, heller ikke selv om disse angivelser ledsages af »eller dermed ligestillet«.

105. Det er klart, at artikel 7, stk. 2, i direktivet forbyder såvel angivelser af *en bestemt oprindelse* eller *et bestemt fabrikat* som angivelser af *varemærker*, *patenter* eller *typer*. Det er ligeledes klart, at samtlige disse angivelser må anvendes, hvis det er nødvendigt under nærmere bestemte forhold, og hvis de ledsages af ordene »eller dermed ligestillet«. RGCE's artikel 244, stk. 2, omtaler derimod de to førstnævnte angivelser i sit første punktum og de tre sidstnævnte angivelser i sit sidste punktum. Bestemmelsen bliver herved uklar. Læses den umiddelbart efter sin ordlyd, får man det indtryk, at der kan ske angivelse af en bestemt oprindelse eller et bestemt fabrikat på betingelse af, at kontraktgenstanden berettiger dertil, uden at der stilles krav om medtagelse af ordene »eller dermed ligestillet«, og at der kan ske angivelse af varemærker, patenter eller typer på betingelse af, at de ordregivende myndigheder ikke kan give en beskrivelse af kontraktgenstanden ved hjælp af andre specifikationer, og at disse angivelser ledsages af ordene »eller dermed ligestillet«. Som nævnt gør den spanske regering gældende, at denne fortolkning er forkert, idet bestemmelsen slet ikke giver mulighed for angivelse af en vares oprindelse eller fabrikat. Regeringens fortolkning, der formentlig bringer bestemmelsen i overensstemmelse med direktivet, er imidlertid ikke tilstrækkelig sikker, når henses til bestemmelsens ordlyd, og retstilstanden på området må derfor anses for så uklar, at dette i sig selv er i strid med fællesskabsrettens krav til korrekt gennemførelse af direktiver.

106. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at fastslå, at RGCE's artikel 244 er uforenelig med direktiv 77/62.

Bestemmelser om kriterier for tildeling af kontrakter

107. Kommissionen har i sin stævning nedlagt påstand om, at lov af 24. november 1939 om regulering og beskyttelse af den nationale industri og artikel 11 i kongeligt dekret nr. 946/1978 af 14. april 1978 om farmaceutiske ydelser er uforenelige med fælles-

skabsretten. Under den mundtlige forhandling i sagen har en spanske regering oplyst, at disse bestemmelser er blevet ophævet. På denne baggrund har Kommissionen frafaldet sine påstande.

Vedrørende sagsomkostninger

108. Jeg har ovenfor fundet, at den spanske regering bør frifindes for så vidt angår LCE's artikel 2, stk. 8, og artikel 29a, stk. 1, nr. 1 og 3, samt RGCE's artikel 2, stk. 8, artikel 24, stk. 1, nr. 1, og artikel 93b, nr. 1 og 3.

Da Kommissionen imidlertid efter min opfattelse bør gives medhold i den væsentligste del af de nedlagte påstande, skal jeg foreslå Domstolen at dømme Spanien til at afholde sagens omkostninger.

Forslag til afgørelse

Jeg skal på baggrund af ovenstående foreslå Domstolen

at fastslå, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EØF-traktatens artikel 30 og artikel 59, Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter og Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb

— idet det opretholder bestemmelser, hvorved visse forhold holdes uden for anvendelsesområdet for lovgivningen om det offentliges indgåelse af aftaler, nemlig artikel 2, stk. 3, i loven om statens indgåelse af aftaler, og artikel 2, stk. 3, i de almindelige bestemmelser om statens indgåelse af aftaler

— idet det opretholder visse bestemmelser, som hjemler mulighed for at indgå underhåndsaftaler, nemlig artikel 37, stk. 1, nr. 1, 2, 7, 8, og artikel 87, stk. 4, nr. 1, 2 og 5, i loven om statens indgåelse af aftaler, og artikel 117, stk. 1, nr. 1, 2, 7 og 8, og artikel 247, stk. 4, nr. 1, 2 og 5, i de almindelige bestemmelser om statens indgåelse af aftaler, samt artikel 120 i lovdekretet om lokale ordninger

— idet det opretholder visse bestemmelser om regler for deltagelse og kriterier for kvalitativ udvælgelse, nemlig artikel 25, stk. 1, nr. 1 og 3, artikel 284, stk. 5, artikel 287, stk. 2, artikel 312, stk. 2, artikel 320, stk. 3, nr. 5, og artikel 341 i de almindelige bestemmelser om statens indgåelse af aftaler, og

— idet det opretholder visse bestemmelser om tekniske regler, nemlig artikel 244 i de almindelige bestemmelser om statens indgåelse af aftaler

at frifinde Kongeriget Spanien i øvrigt, og

at dømme Kongeriget Spanien til at afholde sagens omkostninger.