FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT E. SHARPSTON

fremsat den 29. oktober 2009 [1]

Indledning

1. Disse to komplicerede sager, både henset til omstændigheder og procedure, som er blevet forenet af Domstolen, vedrører de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter, navnlig vedrørende klagedirektivet [2] og servicedirektivet [3].

2. Sagens kerne vedrører i begge sager realitetsbehandling af et søgsmål anlagt af et enkelt medlem af et ad hoc-konsortium uden egen status som juridisk person, som ikke kom i betragtning i forbindelse med sit bud på en kontrakt, og som kræver annullation af en beslutning, som er truffet i forbindelse med en udbudsprocedure.

3. Domstolen har allerede fastslået, at klagedirektivet ikke udelukker en national bestemmelse, hvorefter medlemmerne af et konsortium, som ønsker at indgive en klage til prøvelse af beslutningen om tildeling af en offentlig kontrakt, alle skal handle samlet, og at sagen skal kunne antages til realitetsbehandling, henset til hvert enkelt af konsortiets medlemmer [4].

4. Situationen i de foreliggende sager er dog yderligere kompleks som følge af, at den anfægtede beslutning ikke er den endelige beslutning om tildeling, men en foreløbig beslutning om, hvorvidt visse kriterier for tildeling af kontrakt er opfyldt, at beslutningen ikke er truffet af den sagsøgte myndighed, men af en forvaltningsmyndighed, at den kun er af særlig relevans for et medlem af konsortiet, og/eller at annullationen af beslutningen ikke kræves for at opnå den endelige tildeling, men for at kunne gøre et erstatningskrav gældende for påståede uregelmæssigheder i den pågældende afgørelse. Endvidere kompliceres sagen yderligere af den omstændighed, at den nationale retspraksis er ændret under sagens forløb, således at et søgsmål, der i udgangspunktet kunne antages til realitetsbehandling, nu ikke længere kan antages.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rådets direktiv 89/665/EØF af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33).

3 — Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1). Dette direktiv blev ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, efter at de faktiske omstændigheder fandt sted (EUT L 134, s. 114).

4 — Jf. dom af 8.9.2005, sag C-129/04, Espace Trianon og Sofibail, Sml. I, s. 7805.

5. Disse spørgsmål er rejst på grundlag af klagedirektivet. Dette direktivs anvendelighed afhænger af, om en kontrakt er omfattet af bl.a. servicedirektivet eller direktivet om bygge- og anlægsarbejde [5]. Der hersker ingen tvivl om, at det finder anvendelse i den anden sag, C-149/08, hvor kontrakten er indgået under forbehold af direktivet om bygge- og anlægsarbejde. Det er mindre sikkert i den første sag, C-145/08, hvor servicedirektivet kun finder anvendelse, hvis den pågældende tildeling er kvalificeret som en tjenesteydelseskontrakt og ikke som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser (som ikke er omfattet af dette direktiv).

6. Det første spørgsmål, som skal besvares i den første sag, er derfor, hvorledes den pågældende kontrakt skal kvalificeres, når den er en blandet kontrakt, hvor en offentlig myndighed sælger 49% af aktierne i et offentligt kasino til den pris, der tilbydes af den højest bydende budgiver, til hvem den overlader driften af kasinoet og retten til at udpege flertallet af dets bestyrelsesmedlemmer, ledelsen provisionsaflønnes med en procentdel af driftsresultatet, tilslagsmodtageren forpligter sig til at gennemføre en forbedrings- og moderniseringsplan, og den offentlige myndighed forpligter sig til at betale kompensation til tilslagsmodtageren, hvis den i fremtiden etablerer et andet kasino i det berørte område.

5 — Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54).

7. Et andet spørgsmål vedrører, i hvilket omfang adgangen til at anlægge annullationssøgsmål kan kræves i henhold til de væsentlige fællesskabsregler og -principper, også selv om klagedirektivet ikke finder anvendelse.

Retlig baggrund

Fællesskabsbestemmelser

Servicedirektivet (92/50)

8. Artikel 1a) definerer offentlige tjenesteydelsesaftaler som

»gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«,

med undtagelse af navnlig offentlige indkøbsaftaler og offentlige bygge- og anlægskontrakter og aftaler, der indgås inden for sektorerne vand, energi, transport og telekommunikation, som alle er omfattet af andre direktiver. En anden type aftaler, som er defineret ud fra deres genstand, er også udelukket, men de er

ikke relevante i denne sag. Artikel 1 b) definerer ordregivende myndigheder som

»staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer«,

og artikel 1 c) definerer en tjenesteyder som

»fysiske eller juridiske personer, herunder offentlige organer, der tilbyder udførelse af tjenesteydelser«.

9. Artikel 2 bestemmer, at såfremt en offentlig aftale omfatter både varer og tjenesteydelser, falder den ind under direktivets bestemmelser, hvis værdien af de pågældende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, aftalen vedrører.

10. I henhold til artikel 3, stk. 1, skal de ordregivende myndigheder anvende fremgangsmåder, som er tilpasset efter direktivets bestemmelser, og i henhold til artikel 3, stk. 2, påhviler det de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tjenesteydere.

11. I henhold til artikel 8 indgås aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser [6], i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI [7], mens tjenesteydelsesaftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, i henhold til artikel 9 indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16, som findes i henholdsvis afsnit IV og V. I henhold til artikel 10 indgås aftaler, hvis genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i bilag I A, og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, hvis værdien af de i bilag I A opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag I B opførte tjenesteydelser. I modsat fald indgås de i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.

12. Artikel 14 vedrører i det væsentlige de tekniske specifikationer, som skal anføres i udbudsmaterialet eller i aftalen, og artikel 16 vedrører offentliggørelse af meddelelse ved tildeling af en kontrakt.

13. Ingen af de tjenesteydelser, som fremgår af bilag I A, er relevante for spørgsmålet om kvalificering, som er rejst i den første af de foreliggende sager. Bilag I B (som kun artikel 14 og 16 finder anvendelse på), omfatter 17) »hotel- og restaurationsvirksomhed«, 26) »fritids- og sportsaktiviteter samt

6 — Jf. punkt 13 nedenfor.

7 — Overskriften til afsnit III er »Valg af udbudsprocedure og regler for projektkonkurrencer«, afsnit IV »Fælles regler på det tekniske område« og afsnit V »Fælles regler for offentliggørelse«, »Kriterier for kvalitativ udvælgelse« og »Kriterier for tildeling af ordren«.

kulturelle aktiviteter« og 27)»andre tjenesteydelser«. Det er ubestridt, at de pågældende tjenesteydelser er omfattet af en eller flere af disse kategorier.

14. Artikel 26, stk. 1, bestemmer, at: »[d]er kan afgives bud af sammenslutninger af tjenesteydere. Det kan ikke forlanges af sådanne sammenslutninger, at de med henblik på afgivelse af bud antager en bestemt retlig form, men den udvalgte sammenslutning kan være nødsaget hertil, når den har fået tildelt ordren« [8].

Klagedirektivet (89/665)

15. Selv om titlen på klagedirektivet kun henviser til offentlige indkøbsaftaler og offentlige bygge- og anlægskontrakter, blev det ikke desto mindre ændret ved servicedirektivet til at omfatte aftaler, som er omfattet af sidstnævnte.

16. I overensstemmelse med denne ændring [9] bestemmer artikel 1 følgende:

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for [bl.a. direktiverne om bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser], de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

2. Medlemsstaterne sikrer, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler, der omsætter fællesskabsretten, og de øvrige nationale regler.

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte,

8 — Jeg bemærker, at denne bestemmelse er indeholdt i afsnit VI og således, i hvert fald formelt, ikke finder anvendelse på aftaler, hvis genstand fremgår af bilag I B. Dette punkt synes dog ikke at være relevant i de foreliggende sager, da intet tyder på, at en bestemt retlig form var påkrævet for det pågældende konsortium, uanset om et sådant krav ville havde været forbudt ifølge direktivet eller ej.

9 — Efter at de faktiske omstændigheder i de foreliggende sager fandt sted, er navnlig artikel 1 og 2 blevet yderligere ændret, og yderligere detaljerede bestemmelser er blevet indført ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EUT L 335, s. 31).

i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. Medlemsstaterne kan kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en klageprocedure, underretter den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse«.

17. Artikel 2 bestemmer navnlig følgende:

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

[…]

5. Medlemsstaterne kan fastsætte, at den anfægtede beslutning, når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, først skal annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence dertil.

6. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser for den kontrakt, som følger efter tildelingen af en ordre, fastlægges i national ret.

Endvidere kan en medlemsstat, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, bestemme, at efter indgåelsen af en kontrakt, som følger efter tildeling af en ordre, begrænses den for klageprocedurerne ansvarlige instans' beføjelser til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.

7. Medlemsstaterne påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt.

[…]«

Nationale bestemmelser

Tilladelse til at drive kasino

18. I henhold til artikel 1, stk. 7, i lov nr. 2206/1994 om kasinovirksomhed [10], indrømmes tilladelse til at drive kasino efter en offentlig international udbudsprocedure, som er iværksat af en kommission på syv medlemmer. I overensstemmelse med artikel 3 er kasinoer underlagt statslig kontrol.

Kriterier for tildeling af offentlige kontrakter

19. Lov nr. 3021/2002, som gennemfører artikel 14, stk. 9, i den græske forfatning, fastsætter restriktioner for tildeling af offentlige kontrakter til personer, som har aktive interesser i nyhedsmediesektoren. Den indeholder en uafkræftelig formodning om, at der foreligger en uforenelighed mellem status som ejer, partner, hovedaktionær eller ledende funktionær i en virksomhed, som er aktiv i denne sektor og status som ejer, partner, hovedaktionær eller ledende medarbejder i en virksomhed, som staten eller en juridisk person i den offentlige sektor har tildelt en bygge- og anlægs-, vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakt (formodningen udstrækker sig også til visse familiemedlemmer) [11].

20. Før tildeling eller underskrift af kontrakten skal den ordregivende myndighed indhente et certifikat fra Ethniko Simvoulio Radiotileorasis (det nationale råd for radio og fjernsyn, herefter »ESR«), som bekræfter, at der ikke foreligger en sådan uforenelighed. Manglende indhentning af dette certifikat medfører, at kontrakten er ugyldig. ESR's afgørelse er bindende, men kan prøves ved domstolene af personer, som har en interesse heri.

10 — Forelæggelseskendelsen henviser ikke til denne bestemmelse, men den græske regering har gengivet teksten i sit skriftlige indlæg.

11 — Det fremgår, at lov nr. 3021/2003 senere er blevet erstattet af lov nr. 3310/2005, som ændret ved lov nr. 3414/2005. I henhold til de nye bestemmelser synes uforeneligheden ikke at følge af aktiebesiddelser, men snarere af visse strafferetlige domme.

21. Domstolen fastslog i den nylige Michaniki-dom [12], at fællesskabsretten udelukker en sådan uafkræftelig formodning, også selv om den forfølger det legitime mål om ligebehandling af bydende og gennemsigtighed i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter. Domstolen fastslog imidlertid ikke, at fællesskabsretten udelukkede en uafkræftelig formodning af den beskrevne art.

Klagemuligheder i udbudsprocedurer

22. Klagedirektivet er i Grækenland gennemført ved artikel 2, stk. 1, i lov 2522/1997, som bestemmer, at enhver berørt part, som har interesse i tildelingen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt, indkøbskontrakt eller tjenesteydelseskontrakt, og som har lidt eller kan lide tab som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsret eller national ret, i overensstemmelse med nærmere beskrevne regler kan kræve, at der træffes bestemmelse om foreløbig retsbeskyttelse, at den ordregivende myndigheds ulovlige afgørelse annulleres eller erklæres ugyldig, samt at der tilkendes erstatning.

23. Lovens artikel 4, stk. 1, bestemmer, at retten til at nedlægge påstand om annullation eller fastslåelse af ugyldighed finder anvendelse, hvis den påståede tilsidesættelse af fællesskabsretten eller den nationale ret vedrører et trin i proceduren, der leder frem til tildelingen. Artikel 4, stk. 2, bestemmer, at hvis en handling eller undladelse fra den ordregivende myndigheds side erklæres ugyldig efter tildelingen af kontrakten, berøres kontrakten i sig selv ikke heraf, medmindre udbudsproceduren har været suspenderet som en foreløbig forholdsregel. I så tilfælde kan ansøgeren gøre krav gældende om skadeserstatning i henhold til artikel 5.

24. Artikel 5, stk. 1, bestemmer, at retten til at kræve erstatning er reguleret af artikel 197 og 198 i den borgerlige lovbog (vedrørende erstatningsansvar i forbindelse med forhandlinger), og at enhver bestemmelse, som udelukker eller begrænser denne ret, ikke finder anvendelse. Artikel 5, stk. 2, bestemmer (i overensstemmelse med artikel 2, stk. 5, i klagedirektivet), at erstatning ikke kan tilkendes, medmindre den kompetente retsinstans forinden har annulleret den ulovlige afgørelse eller undladelse eller erklæret den ugyldig, men giver mulighed for, at et søgsmål med påstand om ugyldighed og et søgsmål med krav om erstatning kombineres i overensstemmelse med de generelle bestemmelser.

25. Artikel 47, stk. 1, i dekret nr. 18/1989 fra republikkens præsident, som kodificerer

12 — Jf. dom af 16.12.2008, sag C-213/07, Sml. I, s. 9999, navnlig præmis 50 ff. Dommen blev afsagt, efter at forelæggelseskendelsen i de foreliggende sager var afsagt, og efter at de skriftlige indlæg var blevet indgivet.

lovene vedrørende Simvoulio tis Epikratias (den højeste forvaltningsdomstol), gør det muligt for en fysisk eller juridisk person, hvis legitime interesse er berørt af en administrativ lov, at anlægge søgsmål om annullation.

26. I en række afgørelser fra 1992 truffet af afdelingerne har det været fast praksis ved retten (som tilsyneladende har enekompetence til at tage stilling til gyldigheden af offentlige udbudsprocedurer) at fortolke denne bestemmelse på en måde, som gør det muligt for enkelte medlemmer af et konsortium, som deltager i proceduren, at anlægge søgsmål med påstand om ophævelse af beslutningen om tildeling af kontrakt. Under hovedsagen i de foreliggende to sager har retten i plenum fastslået, at et søgsmål ikke kan realitetsbehandles, medmindre det er anlagt af samtlige medlemmer af konsortiet (i det væsentlige med den begrundelse, at kun konsortiet i den konkrete sammensætning, hvori det deltager i udbudsproceduren, ville kunne tildeles kontrakten, hvis den oprindelige tildeling blev ophævet). Denne fortolkning, sammenholdt med artikel 5, stk. 2, i lov nr. 2522/1997, har konsekvenser for, om det er muligt for et enkelt medlem af konsortiet at anlægge søgsmål med krav om erstatning som følge af en uregelmæssighed i proceduren.

Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

Sag C-145/08

27. I oktober 2001 besluttede den tværministerielle privatiseringskommission at privatisere selskabet Elliniko Kazino Parnithas AE (»EKP«, et datterselskab af Ellinika Touristika Akinita AE, herefter »ETA«), som er et kasino, der er 100% ejet af den græske stat. Udbudsbekendtgørelsen foreskrev en indledende udvælgelsesfase for at fastslå, hvilke budgivere der opfyldte de fastsatte betingelser. Den bydende, hvis bud blev antaget, skulle udvælges i en efterfølgende fase. To konsortier blev udvalgt i den indledende fase.

28. Betingelserne var nærmere angivet i et udkast til kontrakt, som var vedlagt som bilag til en supplerende meddelelse i april 2002 [13].

29. Artikel 3 i disse betingelser foreskrev, at kontrakten skulle være en »blandet«

13 — De relevante dele af kontraktdokumenterne er gengivet eller sammenfattet i forelæggelseskendelsen. Jeg foreslår at se bort fra den delvist modstridende version, som den græske regering fremlagde på et tidspunkt under sagen. Disse spørgsmål tilkommer det under alle omstændigheder den nationale ret at tage stilling til.

kontrakt, som i korte træk omfattede fire aftaler, hvorefter:

— ETA skulle sælge (49% af) aktierne i EKP til »AEAS« (et »aktieselskab med eksklusivt formål«, som skulle oprettes af koncessionshaveren) [14]

— AEAS blev indrømmet en ret til at udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i EKP's bestyrelse og således at administrere virksomheden i overensstemmelse med kontraktbetingelserne

— AEAS overtog ledelsen af driften af kasinoet mod betaling

— AEAS i egenskab af administrator for EKP og som leder af driften af kasinoet forpligtede sig over for ETA til at gennemføre en udviklingsplan, der skulle godkendes af EKP's bestyrelse.

30. Udviklingsplanen skulle omfatte en istandsættelse af kasinoet og en forbedring af de tilbudte faciliteter, en istandsættelse og forbedring af to tilstødende hoteller og udvikling af omgivende udendørsarealer, hvilket alt sammen skulle være gennemført senest 750 dage efter modtagelsen af en planlægningstilladelse.

31. Artikel 14 i kontraktudkastet vedrørte AEAS' drift af kasinoet og vederlaget herfor. Ledelsen skulle i det væsentlige drive kasinoet på grundlag af forsigtighedsprincippet, fuldt ud i overensstemmelse med loven og på en måde, som var økonomisk rentabel for EKP. Artikel 13, stk. 7, bestemte desuden, at EKP skulle administreres på en sådan måde, at der kunne opnås en årlig indtjening før skat på mindst 105 000 000 EUR i de første fem år. For dette ville AEAS modtage en sum baseret på en skalainddelt procentsats af det årlige driftsresultat (som faldt fra 20% af overskuddet på op til 30 000 000 EUR til 5% af overskuddet over 90 000 000 EUR) samt 2% af omsætningen.

32. I henhold til artikel 21, stk. 1, i kontraktudkastet skulle ETA, såfremt det lovligt oprettede et andet kasino i den samme region (Attica) inden for 10 år efter kontraktens ikrafttræden, betale AEAS en kompensation, der svarede til 70% af prisen for de aktier i EKP, som AEAS havde købt. Denne kompensation skulle hvert år reduceres med en tiendedel.

14 — Det fremgår af den græske regerings svar på et skriftligt spørgsmål fra Domstolen, at den valgte budgiver betalte 110 000 000 EUR for aktierne.

33. I henhold til artikel 23, stk. 1, ville kontrakten udløbe med udgangen af det tiende år, efter at den var trådt i kraft [15].

34. Kontrakten blev tildelt en gruppe under ledelse af Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Thessaloniki) AE (nu omdøbt til Regency Entertainment Psychagogiki Touristiki AE, herefter »Regency«). ETA anmodede derfor om og fik et certifikat fra ESR, som bekræftede, at ingen af ejerne, partnerne, hovedaktionærerne eller de ledende medarbejdere i konsortiet udgjorde en uforenelighed som omhandlet i lov nr. 3021/2002.

35. Et søgsmål med påstand om annullation af ESR's afgørelse er nu anlagt ved Simvoulio tis Epikratias, hvorunder det er gjort gældende, at en ledende medarbejder hos et af medlemmerne af Regency-konsortiet har en uforenelig forbindelse til mediesektoren (idet han er søn af en af hovedaktionærerne i en græsk mediegruppe).

36. Søgsmålet blev anlagt i det konsortiums navn, hvis bud ikke blev antaget, og alle dets syv medlemmer. En afdeling af Simvoulio tis Epikratias afviste søgsmålet, da konsortiet og fire af deltagerne ikke mødte frem til det indledende retsmøde, og advokaten ikke var behørigt befuldmægtiget til at handle på deres vegne. Hvad angår den del af søgsmålet, som var anlagt af de tre resterende medlemmer, herunder Club Hotel Loutraki (»Loutraki«), henviste afdelingen sagen til behandling i plenum på grund af dens vigtighed. Herved anvendte afdelingen fast retspraksis, hvorefter et søgsmål anlagt af visse medlemmer af et konsortium kan antages til realitetsbehandling. Afgørelsen om afvisning for så vidt angår de andre sagsøgere er nu endelig og kan ikke prøves under proceduren ved domstolen i plenum, som i mellemtiden har ændret den tidligere faste retspraksis [16].

37. Hvad angår realiteten i sagen har Simvoulio tis Epikratias påpeget, at kontrakten er blandet, idet den omfatter i) salg af aktier til den valgte budgiver, der som sådan ikke er underlagt Fællesskabets regler for indgåelse af indkøbsaftaler, ii) en tjenesteydelsesaftale, som skal indgås med den budgiver, som forpligter sig til at varetage driften af kasinoets lokaler, og iii) en forpligtelse til at udføre visse nærmere beskrevne arbejder. Ud af de tre elementer er i) ifølge den forelæggende ret kontraktens hovedformål, ii) underordnet og iii) den mindst vigtige.

15 — Jeg antager, selv om dette ikke fremgår klart af forelæggelseskendelsen, at dette henviser til de forskellige forpligtelser i forbindelse med driften af kasinoet, og at overførslen af aktier ikke ville blive berørt heraf.

16 — Jf. punkt 25 ovenfor.

38. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om kontraktens del ii) kan kvalificeres som en *koncessionskontrakt om tjenesteydelser*, som ikke er omfattet af Fællesskabets direktiver. Dette kan afhænge af, i hvilket omfang den valgte budgiver bærer risikoen for driften af de pågældende tjenesteydelser under hensyn til, at de vedrører erhvervsaktiviteter, som, i henhold til national lovgivning, kan være genstand for eksklusive eller særlige rettigheder. Det kan også være relevant, at driften af et kasino aldrig har udgjort en *offentlig* tjenesteydelse i græsk lovgivning — selv om termen »offentlig tjenesteydelse« måske skal defineres som et begreb i fællesskabsretten.

39. Hvis Domstolen finder, at kontraktens del ii) er en offentlig tjenesteydelsesaftale, ønsker den nationale ret oplyst, om søgsmålet med påstand om annullation af ESR's afgørelse er omfattet af anvendelsesområdet for klagedirektivet. De pågældende tjenesteydelser er omfattet af bilag I B til servicedirektivet, men kontrakter vedrørende sådanne tjenesteydelser er kun omfattet af direktivets artikel 14 og 16, som pålægger processuelle forpligtelser. Den forelæggende ret ønsker ikke desto mindre oplyst, om princippet om ligebehandling af budgivere, som klagedirektivet skal beskytte, også finder anvendelse i sådanne tilfælde.

40. Finder klagedirektivet anvendelse, har den forelæggende ret bemærket, at en national regel, hvorefter påstand om annullation af en ordregivende myndigheds beslutning om at tildele en offentlig kontrakt skal indgives af samtlige de medlemmer, som et bydende konsortium er sammensat af, ifølge Espace Trianon og Sofibail-dommen [17] ikke er i strid med dette direktiv. Den ønsker dog oplyst, om dette gælder for alle former for retsbeskyttelse, som er garanteret ved direktivet, navnlig for erstatningskrav. Kombinationen af forskellige nationale regler betyder, at de enkelte medlemmer i et fravalgt bydende konsortium ikke kun er forhindret i at anlægge søgsmål med påstand om annullation af den afgørelse, som påvirker dem i fællesskab, men også i at opnå erstatning for en skade, de måtte have lidt hver for sig. Deres mulighed for at søge retsbeskyttelse afhænger således af de øvrige konsortiemedlemmer, som kan have forskellig interesse i at opnå erstatning.

41. Sagen kompliceres af, at Grækenland i medfør af artikel 2, stk. 5, i klagedirektivet har gjort erstatningskrav i forbindelse med offentlige indkøbsaftaler betinget af, at den ulovlige afgørelse er annulleret forinden, og at kompetencen til at tage stilling til disse spørgsmål tilkommer to forskellige retsinstanser — Simvoulio tis Epikratias har kompetence for så vidt angår gyldigheden, mens de almindelige domstole har kompetence for så vidt angår erstatningsspørgsmålet. Normalt prøver den

17 — Nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 22.

domstol, som behandler erstatningskravet, også lovligheden af den administrative afgørelse i sager om erstatningskrav som følge af ulovlige afgørelser truffet af staten eller offentlige organer.

42. Det må derfor kunne antages, at en procedure, som har til formål at sikre rettigheder, der udspringer af fællesskabsretten, er mindre fordelagtig end en procedure, som har til formål at sikre tilsvarende rettigheder, som udspringer af den nationale ret.

43. Endelig ønsker Simvoulio tis Epikratias oplyst, om den processuelle situation, hvor et søgsmål af den pågældende art i henhold til gældende retspraksis skal anlægges af alle medlemmerne af et konsortium i fællesskab, men søgsmålet, som var anlagt af kun tre konsortiemedlemmer, var blevet antaget til realitetsbehandling på grundlag af den tidligere retspraksis, er forenelig med retten til kontradiktion som et grundlæggende princip i fællesskabsretten, og som omhandlet i artikel 6 i den europæiske menneskerettighedskonvention, og med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

44. Simvoulio tis Epikratias har derfor anmodet om en præjudiciel afgørelse vedrørende følgende spørgsmål:

»1) Udgør en kontrakt, hvormed den sagsøgte myndighed overlader en koncessionshaver driften af et kasino, gennemførelsen af en udviklingsplan i form af en forbedring af kasinoets lokaler og en erhvervsmæssig udnyttelse af mulighederne i tilladelsen til at drive dette kasino, og hvori der er fastsat en betingelse, hvorefter den sagsøgte myndighed betaler koncessionshaveren en kompensation, såfremt der i det område, hvor det omtvistede kasino er beliggende, lovligt etableres et andet kasino, en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, som ikke er reguleret i [servicedirektivet]?

2) Såfremt det første præjudicielle spørgsmål besvares benægtende, er den sag, som anlægges af deltagerne i et udbud af en blandet offentlig kontrakt, hvori også indgår levering af tjenesteydelser, omfattet af bilag I B til [servicedirektivet], og hvori det gøres gældende, at der er sket tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af budgiverne (som er knæsat i direktivets artikel 3, stk. 2), da omfattet af anvendelsesområdet for [klagedirektivet], eller er denne anvendelse udelukket, eftersom kun artikel 14 og 16 i [servicedirektivet] finder anvendelse på udbuddet af ovennævnte tjenesteydelseskontrakt, jf. direktivets artikel 9?

3) Såfremt det andet præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende [18]: Eftersom det må antages, at en national bestemmelse, hvorefter kun samtlige medlemmer af et konsortium uden egen status som juridisk person, som uden held har deltaget i et offentligt udbud, kan anlægge sag til prøvelse af tilslaget, og ikke de enkelte medlemmer, i princippet ikke er i strid med fællesskabsretten, navnlig bestemmelserne i [klagedirektivet], også når sagen oprindeligt blev anlagt af alle medlemmer af konsortiet i fællesskab, men i sidste ende måtte afvises for så vidt angår en del af disse, er det da nødvendigt ved anvendelsen af disse direktiver inden afvisning at undersøge, om de enkelte medlemmer af et konsortium herefter bevarer retten til at anlægge sag ved en anden national domstol med påstand om kompensation, som eventuelt er fastsat i en bestemmelse i national ret?

4) Såfremt det i fast, national retspraksis blev antaget, at også enkelte medlemmer af et konsortium gyldigt kan anlægge sag til prøvelse af en afgørelse truffet i forbindelse med udbud, er det da i overensstemmelse med bestemmelserne i [klagedirektivet] fortolket i lyset af EMK's artikel 6 som et almindeligt fællesskabsretligt princip, at en sag afvises som følge af en ændring af fast retspraksis, uden at sagsøgeren forinden hverken gives mulighed for at afhjælpe den pågældende mangel eller under alle omstændigheder mulighed for i henhold til kontradiktionsprincippet at fremsætte bemærkninger hertil?«

Sag C-149/08

45. I 2004 tildelte Thessaloniki by, inden for rammerne af et offentligt udbud af bygge- og anlægskontrakter i forbindelse med byggeriet af et rådhus og et underjordisk parkeringsanlæg [19], kontrakten til et konsortium, der bestod af virksomhederne Aktor ATE (herefter »Aktor«), Themeliodomi AE og Domotechniki AE. ESR, som blev anmodet om at bekræfte, at der ikke forelå en uforenelighed som omhandlet i lov nr. 3021/2002, fandt,

18 — Da det andet spørgsmål reelt udgør et alternativ, tolker jeg det som følger: »Hvis et sådant søgsmål er omfattet af anvendelsesområdet for klagedirektivet [...]«

19 — Det er ubestridt, at denne kontrakt med en anslået værdi på 46 700 000 EUR fuldt ud er omfattet af direktivet om bygge- og anlægsarbejde og således af klagedirektivet.

at en hovedaktionær i en virksomhed, som var en af Aktors hovedaktionærer, havde en uforenelig forbindelse til mediesektoren (idet han var søn af en hovedaktionær i en græsk mediegruppe [20]), og afviste at udstede et certifikat til konsortiet. Aktor anmodede, som det eneste medlem af konsortiet, ESR om at tage sin afgørelse op til fornyet overvejelse og har nu anlagt sag ved Simvoulio tis Epikratias til prøvelse af ESR's afvisning af denne anmodning. Aktor fremsatte sin anmodning på grundlag af den foreliggende retspraksis, hvorefter søgsmål af denne art kan anlægges af enkelte medlemmer af et konsortium. Rettens plenum har imidlertid under behandlingen af både denne og Loutraki-sagen ændret denne retspraksis med den konsekvens, at det nu ikke længere er muligt for Aktor at forsøge at løse problemet.

46. Sag C-149/08 rejser i denne henseende de samme spørgsmål som sag C-145/08. Simvoulio tis Epikratias har derfor anmodet om en præjudiciel afgørelse af to spørgsmål, som er identiske med det tredje spørgsmål (med undtagelse af den første sætning) og det fjerde spørgsmål i sag C-145/08.

20 — Det er ejendommeligt, at den pågældende person tilsyneladende er den samme som den person, Loutraki mener har en uforenelig status i den pågældende sag, men for hvem ESR har bekræftet, at der ikke foreligger nogen uforeneligheder i den sag.

Retsforhandlingerne ved Domstolen

47. Ved kendelse afsagt den 22. maj 2008 blev de to sager forenet med henblik på den skriftlige forhandling, den mundtlige forhandling og dommen.

48. Loutraki, tre medlemmer af det valgte budgivende konsortium i sag C-145/08 — nemlig Athens Resort Casino AE (herefter »Athens Resort«) i fællesskab med Regency og Ellaktor AE (herefter »Ellaktor«), Aktor (sagsøger i hovedsagen i sag C-149/08), den græske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

49. På retsmødet, der blev afholdt den 11. juni 2009, blev der afgivet mundtlige indlæg af Loutraki, Athens Resort, Aktor, den græske regering og Kommissionen.

Stillingtagen

50. De to spørgsmål i sag C-149/08 er identiske med de to sidste spørgsmål i sag C-145/08. I det følgende skal jeg for nemheds skyld henvise til alle spørgsmålene ved deres nummerering i sidstnævnte sag, dvs. således som de er angivet ovenfor.

Det første spørgsmål

51. Hovedspørgsmålet, som den nationale ret skal tage stilling til, er, om den pågældende kontrakt er en kontrakt, som klagedirektivet finder specifik anvendelse på, eller om den mere generelt er underlagt fællesskabsrettens grundlæggende bestemmelser og traktatens principper — som under alle omstændigheder finder anvendelse på medlemsstaternes udbudsprocedurer, så længe de har en klar grænseoverskridende interesse [21].

52. Sagen kompliceres dog af den omstændighed, at kontrakten indeholder en række væsensforskellige elementer, som har forskellig betydning i sagen som helhed. Disse er i det væsentlige en overførsel af aktier, en forpligtelse til at yde en tjenesteydelse mod et vederlag og en forpligtelse til at gennemføre en række arbejder. Endvidere kan elementet af tjenesteydelser ses som en tjenesteydelsesaftale (hvilket isoleret set kan betyde, at det er omfattet af mindst to af servicedirektivets bestemmelser) eller som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser (som i givet fald ikke er omfattet af anvendelsesområdet for dette direktiv, men fortsat vil være omfattet af EF-traktatens grundlæggende regler og principper [22]). Jeg skal behandle disse to spørgsmål hver for sig.

Blandede kontrakter

53. Indledningsvis skal jeg ganske kort [23] redegøre for fællesskabsrettens bestemmelser om blandede kontrakter — under hensyn til, at det alene tilkommer den nationale ret at tage stilling til kontraktens kvalificering på grundlag af de faktiske forhold.

54. Ved behandling af et offentligt udbud, som omfatter forskellige elementer, som, hvis de behandles hver for sig, vil være omfattet af forskellige regler, skal jeg først undersøge, om en sådan særskilt behandling ville have været mulig. I bekræftende fald skal ethvert element, som i sig selv er omfattet af anvendelsesområdet for et bestemt udbudsdirektiv, tildeles i overensstemmelse med bestemmelserne i

21 — Jf. f.eks. dom af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 42, og af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 26. Jf. også Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne (EUT 2006 C 179, s. 2), navnlig punkt 1.1 og 2.3.

22 — Jf. dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60-62, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 9 og 16 ff., af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 42 og 61, og af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, Sml. I, s. 8457, præmis 25.

23 — For en lidt mere fuldstændig redegørelse jf. generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse af 8.11.2006, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, punkt 29-39 og 70-76.

dette direktiv [24]. Er en sådan behandling ikke mulig, er det nødvendigt at tage stilling til, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på hele sagen.

55. I Gestión Hotelera Internacional-dommen [25] fastslog Domstolen, at hvis en blandet kontrakt både omfatter en transaktion, der er omfattet af et udbudsdirektiv (i det tilfælde en bygge- og anlægskontrakt), og en transaktion, som ikke er omfattet af de fællesskabsretlige udbudsbestemmelser (i det tilfælde overdragelse af goder i form af en lejeaftale), er kontrakten i sin helhed ikke omfattet af direktivet, hvis førstnævnte kun er accessorisk i forhold til sidstnævnte.

56. Hvis en kontrakt indeholder elementer, der angår forskellige former for offentlige kontrakter, er det kontraktens hovedformål, der afgør, hvilket direktiv om offentlige kontrakter der finder anvendelse [26].

57. Denne retspraksis er i overensstemmelse med den hensigt, lovgiveren udtrykte i 16. betragtning til servicedirektivet: »offentlige tjenesteydelsesaftaler, herunder aftaler vedrørende ejendomsadministration, kan i visse tilfælde omfatte bygge- og anlægsarbejder; […] en kontrakt [kan kun] betragtes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis kontraktens genstand er udførelse af et bygge- og anlægsarbejde; for så vidt sådanne bygge- og anlægsarbejder er accessoriske og ikke udgør kontraktens genstand, medfører de ikke, at kontrakten rubriceres som offentlig bygge- og anlægskontrakt«.

58. Det fremgår af direktivets artikel 2, at en offentlig aftale, som både omfatter varer og tjenesteydelser, skal kategoriseres ud fra den del, der har den højeste værdi, og det samme princip gælder i overensstemmelse med artikel 10 også, hvis kontrakten omfatter tjenesteydelser, der både er opført i bilag I A og bilag I B.

59. Værdiforholdet er et enkelt og objektivt kriterium til afgørelse af, om en særlig del udgør kontraktens genstand eller blot er accessorisk. Da anvendelsen af fællesskabsdirektiverne afhænger af forskellige værdigrænser for forskellige kontrakttyper, kan det dog ikke være det eneste kriterium, da der ellers vil kunne opstå fare for manipulation for at

24 — Jf. dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 17-19; jf. analogt også Vejledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af varer inden for alle sektorer bortset fra vand- og energiforsyning, transport og telekommunikation, der kan ses på (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/supply_en.pdf), punkt 1.5, Identifikation af kontrakter.

25 — Jf. dom af 19.4.1994, sag C-331/92, Sml. I, s. 1329, navnlig præmis 29. Denne dom synes særlig relevant i denne sag, da den vedrører en blandet kontrakt, som omfatter en pligt til at gennemføre en række bygge- og anlægsarbejder, drive en hotelvirksomhed og en tilladelse til at indrette og åbne et spillekasino.

26 — Jf. dom af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 37, og af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 47.

unddrage visse kontrakter fra udbudsbestemmelsernes anvendelsesområde [27].

60. På grundlag af forelæggelseskendelsen og ordlyden af det første præjudicielle spørgsmål synes den forelæggende ret at have foretaget den analyse, jeg har anført, og er nået frem til, at

i) overdragelsen af aktier udgør kontraktens genstand og er ikke omfattet af Fællesskabets regler for indgåelse af indkøbsaftaler,

ii) tjenesteydelsesdelen og bygge- og anlægsdelen kan behandles sammen, men adskilt fra salget af aktier, og er underlagt bestemmelserne i disse direktiver, som finder anvendelse herpå, og at

iii) bygge- og anlægsdelen kun er accessorisk til tjenesteydelsesdelen, således at den afgørende faktor er, om tjenesteydelsesdelen er en tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

61. Denne analyse tilkommer det naturligvis den nationale domstol at foretage frem for Domstolen, og jeg skal derfor fortsætte ud fra dette grundlag, selv om flere af parterne på retsmødet har givet udtryk for det synspunkt, at kontrakten som helhed er udelelig og domineret af salget af aktier i EKP (en delvis privatisering).

62. Jeg skal i forbindelse med salget kun anføre, at jeg er enig med det synspunkt, som fremgår af Kommissionens grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner [28], nemlig at:

»[B]estemmelserne om etableringsfrihed som omhandlet i traktatens artikel 43 [finder] anvendelse, når en offentlig myndighed beslutter at overdrage en kapitalandel til tredjemand via en kapitaltransaktion, som giver denne mulighed for at udøve indflydelse på en offentlig enhed, der leverer økonomiske ydelser, som normalt henhører under statens ansvarsområde.

Når de offentlige myndigheder giver en økonomisk aktør indflydelse på en virksomhed ved en kapitaloverdragelse, og denne transaktion medfører, at den pågældende aktør

27 — Jf. dom af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 26, navnlig præmis 50 og 51.

28 — KOM(2004) 327 endelig, punkt 67 og 68, som Ellaktor har henvist til i sit skriftlige indlæg.

tildeles opgaver, der falder ind under det materielle anvendelsesområde for lovgivningen om offentlige kontrakter, og som tidligere blev udøvet direkte eller indirekte af de offentlige myndigheder, kræver bestemmelserne om etableringsfriheden, at principperne om gennemsigtighed og ligebehandling skal overholdes for at sikre, at alle potentielle aktører har lige adgang til udførelse af de pågældende aktiviteter, der tidligere var forbeholdt det offentlige.«

63. Følgelig finder traktatens grundlæggende regler og principper under alle omstændigheder anvendelse på kontrakten som helhed, også selv om det måtte vise sig, at de nærmere bestemmelser i klagedirektivet kun finder anvendelse på kontraktens tjenesteydelsesdel og er accessorisk til bygge- og anlægskontrakten.

64. I den henseende er spørgsmålet, om tjenesteydelsesdelen, på grundlag af hvilken kontrakten skal kvalificeres, er en tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

65. Før jeg behandler dette spørgsmål, skal jeg udelukke den mulighed, at kontrakten, uafhængigt af nogen anden grund, skulle være udelukket fra servicedirektivets anvendelsesområde, fordi den pågældende tjenesteydelse — driften af et kasino — ikke er en *offentlig* tjenesteydelse i henhold til den nationale ret. Definitionen af en tjenesteydelse som omhandlet i direktivet er et fællesskabsretligt anliggende [29]. Definitionerne i artikel 1 er vidtrækkende [30] og har åbenbart til formål at omfatte alle tjenesteydelseskontrakter, som tildeles af offentlige myndigheder. Selv om staten ikke måtte have noget ansvar for at stille spillefaciliteter til rådighed for offentligheden, er det et faktum, at staten i mange lande er betydeligt involveret i spilleaktiviteter (bl.a. ofte med det formål at beskytte offentligheden mod mindre samvittighedsfulde aktører).

Koncessionskontrakt om tjenesteydelser

66. Det er for det første klart, at en offentlig koncessionskontrakt om tjenesteydelser er udelukket fra servicedirektivets anvendelsesområde [31], men direktivet indeholder ingen definition af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

67. Ikke desto mindre fandtes der på det tidspunkt, hvor de faktiske omstændigheder i sag C-145/08 fandt sted, en definition i fællesskabsretten af en offentlig koncessionskontrakt om tjenesteydelser i direktivet om bygge- og anlægsarbejde [32], og denne

29 — Jf. f.eks. dom af 20.10.2005, sag C-264/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8831, præmis 36, og af 18.7.2007, sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6657, præmis 30.

30 — Jf. punkt 8 ovenfor.

31 — Jf. Teleaustria-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 43 ff., navnlig præmis 58, kendelse af 30.5.2002, sag C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Sml. I, s. 4685, præmis 28, og Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 42.

32 — Nævnt ovenfor i fodnote 5.

definition har siden tjent som grundlag for parallelle definitioner af koncessionskontrakter om tjenesteydelser i direktiv 2004/17 [33] og 2004/18 [34]. På det tidspunkt, hvor de faktiske omstændigheder fandt sted, definerede Kommissionen også koncessionskontrakter om tjenesteydelser som en ikke-bindende meddelelse [35] under anvendelse af Domstolens praksis [36]. I Parking Brixen-dommen [37] fastslog Domstolen, at definitionen i direktiv 2004/18 var relevant som støtte for dens konklusion vedrørende definitionen af den pågældende kontrakt, også selv om direktivet — ligesom i den foreliggende sag — ikke formelt fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de faktiske omstændigheder fandt sted. I den nyligt afsagte Eurawasser-dom [38] henviste Domstolen til sin praksis fra før 2004 for at præcisere og supplere definitionen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i direktiv 2004/17. Definitionen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i fællesskabsretten hviler således på en sammenfletning af lovgivning, retspraksis og vejledning, som synes at være tidsmæssigt konstant.

68. Det centrale element i definitionen i 2004-direktiverne er, at der ved en koncessionskontrakt om tjenesteydelser forstås en kontrakt med samme karakteristika som en tjenesteydelseskontrakt, »bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen, eller i denne ret sammen med betaling af en pris« [39]. Dette svarer til Domstolens kriterium om, at »vederlaget til tjenesteyderen [...] ikke hidrører fra den berørte offentlige myndighed, men udgøres af beløb, der betales af tredjeparter« [40].

69. Dette kriterium synes at være opfyldt i den foreliggende kontrakt. Ifølge kontraktvilkårene, som fremgår af forelæggelseskendelsen, modtager den valgte budgiver (eller AEAS) et vederlag, der i det væsentlige består af en andel af driftsresultatet og/eller omsætningen, som hidrører fra driften af kasinoet under dennes egen forvaltning. Dette vederlag hidrører derfor fra »beløb, der betales af tredjeparter«, selv om det ikke udgør det fulde beløb.

70. Endvidere har Domstolen fremhævet, at et væsentligt kendetegn ved en koncessionskontrakt om tjenesteydelser er, at koncessionshaveren påtager sig risikoen forbundet med driften af den omhandlede tjenesteydelse [41].

33 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 134, s. 1).

34 — Nævnt ovenfor i fodnote 3.

35 — Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen (EFT 2000 C 121, s. 2), navnlig punkt 2.2.

36 — Navnlig dom af 26.4.1994, sag C-272/91, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1409, af 10.11.1998, sag C-360/96, Arnhem, Sml. I, s. 6821, og af 9.9.1999, sag C-108/98, RI.SAN, Sml. I, s. 5219.

37 — Nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 41.

38 — Jf. dom af 10.9.2009, sag C-206/08, Sml. I, s. 8377 (dommen blev afsagt efter retsmødet i den foreliggende sag).

39 — Jf. direktiv 2004/17, artikel 1, stk. 3, litra b), og direktiv 2004/18, artikel 1, stk. 4.

40 — Jf. Parking Brixen-dommen, præmis 40.

41 — Jf. f.eks. dom af 18.7.2007, sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6657, præmis 34, og af 13.11.2008, sag C-437/07, Kommissionen mod Italien, præmis 29; jf. også Kommissionens fortolkningsmeddelelse, nævnt ovenfor i fodnote 35.

71. Dette aspekt har været genstand for diskussion i denne sag, navnlig for så vidt angår omfanget af lokal konkurrence og den godtgørelse, som AEAS har ret til, hvis et andet kasino etableres i den samme administrative region. Athens Resort, Ellaktor og den græske regering har anført, at den risiko, som den valgte budgiver bærer, er reel og berettiger en kvalificering som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, hvorimod Loutraki er af den modsatte opfattelse. Kommissionen er også af den opfattelse, at det ikke drejer sig om en koncession, men har — med rette — påpeget, at den faktiske grad af risiko, som overgår fra den ordregivende myndighed til den valgte budgiver, kun kan fastslås af den nationale ret.

72. Efter retsmødet i denne sag har Domstolen givet yderligere retningslinjer for, hvilken art risiko og i hvilket omfang overførsel af risiko kræves, for at en kontrakt kan kvalificeres som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser. I Eurawasser-dommen [42] fastslog den, at »den omstændighed, at den ordregivende myndighed med hensyn til en kontrakt om tjenesteydelser ikke umiddelbart skal udbetale et vederlag til medkontrahenten, men hvor medkontrahenten har ret til at opkræve et vederlag fra en tredjepart, er tilstrækkelig til, at denne kontrakt skal anses for en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« […], forudsat at medkontrahenten påtager sig hele eller i det mindste en væsentlig del af den driftsrisiko, som den ordregivende myndighed løber, også selv om denne risiko fra begyndelsen er meget begrænset på grund af tjenesteydelsens offentligretlige udformning«.

73. Det var efter Domstolens opfattelse ikke afgørende, at driftsrisikoen var betydelig i sig selv, men at den risiko, uanset omfang, som den ordregivende myndighed bar, blev overført i sin helhed eller i betydeligt omfang til den valgte budgiver.

74. I nævnte sag lagde Domstolen ganske vist udtrykkeligt til grund, at den pågældende risikobegrænsning udsprang af offentlige bestemmelser (som var sædvanlige i forsyningssektoren), som på den ene side lå uden for den ordregivende myndigheds kontrol og på den anden side reducerede de faktorer, som kan skade gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen [43].

75. Efter min opfattelse kan et sådant kriterium dog ikke være afgørende. Domstolen bemærkede også, at »det fortsat [skal] være muligt for de ordregivende myndigheder, som handler i god tro, at sikre levering af tjenesteydelser ved hjælp af en koncession, hvis de vurderer, at dette er den bedste måde at sikre den pågældende offentlige tjenesteydelse på, og dette gælder, selv om driftsrisikoen er meget begrænset« [44]. Efter min opfattelse kan begrebet koncessionskontrakt om tjenesteydelser ikke afhænge af, om der foreligger en risiko for manglende opfyldelse, men må omfatte alle tilfælde, hvor driften af tjenesteydelsen er underlagt de normale udsving i den økonomiske aktivitet, som den erhvervsdrivende må imødegå.

42 — Nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 80 og dommens konklusion.

43 — Jf. præmis 72 og 73.

44 — Jf. præmis 74.

76. Vurderingen tilkommer det selvfølgelig den nationale ret at foretage i hvert enkelt tilfælde, men på grundlag af oplysningerne i forelæggelseskendelsen forekommer det sandsynligt, at kontrakten i denne sag opfylder en sådan betingelse.

77. Ligesom mange andre erhverv omfatter et kasino (også selv om det er statsligt drevet) en grad af risiko [45]. Spillevirksomhed og tilhørende faciliteter kan kun drives efter en vis investering og med visse omkostninger, og der er hverken en garanteret indtægt eller et garanteret kundeunderlag. Efterspørgslen efter spilletjenester kan variere meget, afhængig af mange faktorer, herunder, men ikke begrænset til, konkurrence. Den omstændighed, at en tjenesteydelse med nogen sikkerhed kan forudsiges at være rentabel, kan endvidere ikke påvirke dens mulighed for at kunne leveres i form af en koncession.

78. I denne sag synes kontraktbetingelserne at omfatte, at den risiko, som staten bærer ved driften af kasinoet, i tilstrækkelig grad er blevet overført til AEAS. Sidstnævnte har måttet investere et betydeligt beløb i købet af aktier, har måttet påtage sig en række forpligtelser med hensyn til forbedring af lokalerne (tilsyneladende for egen regning) og modtager en godtgørelse, hvis beløbsstørrelse synes at være afhængig af den måde, hvorpå kasinoet drives (som AEAS er ansvarlig for ikke kun i forhold til sig selv, men også i forhold til den ordregivende myndighed). En del af risikoen (forrentningen af den investerede kapital) forbliver ganske vist hos det statslige organ ETA, som beholder 51% af aktierne i kasinoet, men AEAS synes ikke desto mindre at overtage en forholdsmæssig andel af risikoen, som står i et rimeligt forhold til selskabets engagement.

79. Simvoulio tis Epikratias har rejst spørgsmålet, om den omstændighed, at ETA skal betale en kompensation til AEAS, som er baseret på prisen for de overførte aktier, hvis ETA inden for ti år efter kontraktens indgåelse etablerer et andet kasino i den samme region, påvirker den risiko, som den valgte budgiver overtager. Denne omstændighed beskytter åbenbart AEAS effektivt mod de værste effekter af en eventuel konkurrence.

80. Den påvirker efter min opfattelse dog ikke på nogen måde kvalificeringen af kontrakten som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser. Tjenesteydelseskontrakter og koncessionskontrakter om tjenesteydelser er to forskellige begreber, hvor de væsentlige

45 — Selve konceptet er baseret på risiko, selv om den normalt er meget større for kunderne end for den erhvervsdrivende.

kendetegn for den ene type er lette at adskille fra de væsentlige kendetegn for den anden. I en tjenesteydelseskontrakt modtager tjenesteyderen et aftalt vederlag (budsummen) fra den ordregivende myndighed, som, hvis tjenesteydelsen vedrører en tredjepart, der erlægger betaling for den, får en eventuel fortjeneste eller dækker et eventuelt tab. Budsummen vil være baseret på de forventede omkostninger ved levering af tjenesteydelsen. I en koncessionskontrakt om tjenesteydelser er det tjenesteyderen, der får en eventuel fortjeneste eller dækker et eventuelt tab og betaler en aftalt sum (budsummen) til den ordregivende myndighed [46]. Budsummen vil være baseret på den forventede indtjening. Omfanget af eventuel konkurrence vil naturligvis påvirke forventningen til indtjening og således også det afgivne bud (og en parts interesse i at deltage i budrunden), men kan efter min opfattelse ikke påvirke arten af transaktionen og bevirke, at en koncessionskontrakt om tjenesteydelser bliver til en tjenesteydelseskontrakt.

81. Har jeg forstået omstændighederne i hovedsagen korrekt, bestod beløbet i de enkelte bud af det beløb, som budgiveren var rede til at betale for aktierne i EKP, som blev beregnet under hensyn til bl.a. forpligtelsen til at udføre visse bygge- og anlægsarbejder samt de beløb, som den valgte budgivers andel af driftsresultatet fra kasinoet kunne forventes at indbringe. Er dette korrekt, vil klausulen om kompensation, der beskytter mod konkurrence i ti år, uden tvivl påvirke budgiverens beregning, men ikke ændre kontraktens kendetegn, som synes at være en koncessionskontrakt om tjenesteydelser (om end i et vist omfang i et partnerskab med den ordregivende myndighed) og ikke en tjenesteydelseskontrakt.

82. Jeg drager denne konklusion på grundlag af kontraktens betingelser, således som jeg forstår dem ud fra forelæggelseskendelsen, navnlig ordlyden af det spørgsmål, som Simvoulio tis Epikratias ønsker besvaret, men det er selvfølgelig muligt, at andre faktorer, som det tilkommer den nationale ret at vurdere, vil give et andet billede af det reelle omfang af den overførte risiko.

83. Jeg mener under alle omstændigheder, at Domstolen bør fastslå, at en tjenesteydelseskontrakt, som indebærer, at budgiverens vederlag erlægges af tredjemand, skal kvalificeres som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser [47] og således ikke er omfattet af servicedirektivet, når budgiveren bærer hele eller i hvert fald en betydelig del af den ordregivende myndigheds driftsrisiko, også selv om denne risiko måtte være begrænset på forhånd, og at en sådan kvalificering ikke påvirkes af den omstændighed, at den ordregivende myndighed garanterer en kompensation i tilfælde af senere konkurrence, såfremt en sådan garanti ikke væsentligt påvirker omfanget af *den overførte* risiko (i modsætning til størrelsen af den risiko, som den enkelte budgiver lægger til grund

46 — Eller hvis tjenesteydelsen forventes at blive tabsgivende, kan buddet bestå af et støttebeløb, som den ordregivende myndighed skal betale til tjenesteyderen. (Et sådant støttebeløb kan beskytte tjenesteyderen mod et uundgåeligt direkte tab, men beskytter ham ikke mod de normale forretningsmæssige udsving.)

47 — Jf. navnlig punkt 68 og 71 ovenfor.

ved vurderingen af sin interesse i at deltage og det beløb, som han vil byde).

84. Jeg skal dog bemærke, at trods den omstændighed, at koncessionskontrakter om tjenesteydelser ikke henhører under anvendelsesområdet for servicedirektivet, er de ordregivende myndigheder, der indgår dem, forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler og principper [48].

Det andet spørgsmål

85. Hvis den nationale ret på grundlag af besvarelsen af det første spørgsmål fastslår, at kontrakten er omfattet af anvendelsesområdet for servicedirektivet, opstår spørgsmålet, om den omstændighed, at de pågældende tjenesteydelser kun er opført på listen til direktivets bilag 1 B, påvirker anvendeligheden af klagedirektivet.

86. Det gør den efter min opfattelse ikke.

87. Domstolen fastslog ganske vist i dommen i sagen Kommissionen mod Irland [49], at direktivet er baseret på den antagelse, at kontrakter vedrørende tjenesteydelser, som er opført i bilag 1 B, ikke normalt frembyder nogen grænseoverskridende interesse, som kan berettige, at der indføres regler, der gør det muligt for virksomheder i andre medlemsstater at få kendskab til udbudsbekendtgørelsen og at afgive bud, og at dette er grunden til, at der kun gælder minimale krav for sådanne kontrakter.

88. Jeg er dog her (bortset fra, at kontrakten i denne sag uden tvivl har tilstrækkelig værdi til at frembyde en grænseoverskridende interesse) enig med Kommissionen i, at klagedirektivet finder udtrykkelig anvendelse på alle udbudsprocedurer, som »henhører under anvendelsesområdet for« [50] servicedirektivet, og at tjenesteydelserne, som er opført i bilag I B, henhører lige så meget under det anvendelsesområde, som de, der er opført i bilag I A, uanset hvor begrænset de forpligtelser, som direktivet pålægger dem, måtte være.

48 — Jf. punkt 52 og henvisningen i fodnote 22 ovenfor.

49 — Jf. dom af 13.11.2007, sag C-507/03, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 25; jf. også direktivets 21. betragtning.

50 — Artikel 1, stk. 1, i klagedirektivet, nævnt ovenfor i punkt 16.

89. Jeg kan derfor ikke godtage den græske regerings synspunkt om, at klagedirektivet kun finder anvendelse på afgørelser, som påstås at tilsidesætte artikel 14 og 16 i servicedirektivet, som er de eneste bestemmelser, der regulerer kontrakter om tjenesteydelser, der er opført i bilag I B.

90. Der er intet i ordlyden af klagedirektivet, der tyder på en hensigt om at begrænse anvendelsen til sager, der vedrører de særlige bestemmelser i det materielle direktiv, som finder anvendelse på en særlig udbudsprocedure. Formålet er derimod at bringe den omstændighed til ophør, at der »ikke findes effektive klagemuligheder, eller at de eksisterende muligheder er utilstrækkelige, [hvilket] afholder virksomheder i Fællesskabet fra i sådanne stater at henvende sig til vedkommende ordregivende myndigheder« [51]. Dette mål ville ikke kunne opnås, hvis den græske regerings synspunkt følges.

91. Som den nationale ret endvidere har anført i sit spørgsmål, har sagsøgerne i hovedsagen i sag C-145/08 påberåbt sig princippet om ligebehandling, hvilket er udtrykkeligt fastsat i artikel 3, stk. 2, i servicedirektivet. Artikel 3, stk. 2, er en af de almindelige bestemmelser i direktivets afsnit I, som, ved normal læsning, finder anvendelse på alle offentlige kontrakter som omhandlet i artikel 1, litra a). Det er kun med hensyn til afsnit III til VI, at der sondres mellem de tjenesteydelser, der er opført i bilag I A og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B.

92. Hvis den nationale ret på grundlag af besvarelsen af det første spørgsmål er af den opfattelse, at kontrakten vedrører en offentlig koncessionskontrakt om tjenesteydelser, vil den helt klart ikke være omfattet af klagedirektivets særlige bestemmelser. Traktatens grundlæggende regler og principper, herunder naturligvis princippet om ligebehandling, finder ikke desto mindre fortsat anvendelse.

93. Domstolen understregede i Telaustria-dommen [52], at disse principper indebærer, at det skal være muligt at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske, og det er fast retspraksis, at borgerne skal have adgang til en effektiv domstolsbeskyttelse af de rettigheder, som tilkommer dem i medfør af fællesskabsretten [53].

94. Hvad disse krav reelt betyder i denne sag, skal jeg redegøre for i behandlingen af det tredje og det fjerde spørgsmål.

51 — Jf. klagedirektivets fjerde betragtning.

52 — Nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 62.

53 — Jf. f.eks. dom af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 39, og senest dom af 16.7.2009, sag C-12/08, Mono Car Styling, Sml. I, s. 6653, præmis 47-49.

Det tredje spørgsmål

95. Som jeg forstår det, ønsker den nationale ret med det tredje spørgsmål i det væsentlige oplyst, om retspraksis i Espace Trianon og Sofibail-dommen [54] (hvori Domstolen fastslog, at klagedirektivet ikke er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter det kun er samtlige medlemmer af et konsortium, der kan klage over beslutningen om kontrakttildeling, selv hvis samtlige medlemmer af et sådant konsortium har klaget i fællesskab, men et af dets medlemmers klage blev afvist) skal nuanceres, hvis dens anvendelse er ensbetydende med, at enkelte medlemmer ikke kun fratages muligheden for at få en ordregivers beslutning kendt ugyldig, men også muligheden for at anlægge sag med påstand om erstatning for skade lidt af det enkelte medlem som følge af proceduremæssige uregelmæssigheder.

96. Besvarelsen af dette spørgsmål kræver derfor en undersøgelse af Domstolens begrundelse i Espace Trianon og Sofibail-dommen.

97. Jeg bemærker, at den retlige baggrund for de to sager er slående ens. I Espace Trianon og Sofibail-dommen indgik den pågældende retsakt også i en lov, som regulerer den øverste forvaltningsdomstol, hvorefter klage med påstand om annullation kan indgives af enhver part, der godtgør en skade eller en interesse, og at denne bestemmelse var blevet fortolket således, at det kun er samtlige medlemmer af et konsortium, som ikke er en juridisk person, der i denne egenskab har deltaget i en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt, uden at få den nævnte kontrakt tildelt, der kan indgive en klage til prøvelse af beslutningen om tildeling [55]. Sagen vedrørte et søgsmål, som var anlagt af begge medlemmer af et bydende konsortium, hvis bud ikke blev valgt, men som for det ene medlems vedkommende blev afvist, fordi beslutningen om at klage ikke var truffet af det kompetente organ i virksomheden [56].

98. Spørgsmålet var, om klagedirektivets artikel 1 var til hinder for en bestemmelse som den pågældende, generelt eller i lyset af de faktiske omstændigheder [57].

99. Domstolen fastslog, at henvisningen i artikel 1, stk. 3, til »personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt«, gjaldt personer, der ved at afgive sit bud på den omhandlede offentlige kontrakt har godtgjort sin interesse i at opnå kontrakten. Alle medlemmerne af et konsortium, der som sådan har afgivet bud, ville være forpligtede til at underskrive kontrakten og udføre arbejdet, hvis buddet blev

54 — Jf. punkt 3 og fodnote 4 ovenfor.

55 — Jf. navnlig dommens præmis 7 og 15.

56 — Jf. præmis 13 og 14.

57 — Jf. præmis 16.

accepteret. Der var i hovedsagen intet til hinder for, at medlemmerne samlet indgav en klage med påstand om annullation af beslutningen om tildeling af kontrakt [58].

100. En national regel, hvorefter en klage med påstand om annullation af en ordregivende myndigheds beslutning om at tildele en offentlig kontrakt skal indgives af samtlige de medlemmer, som et bydende konsortium er sammensat af, begrænser således ikke adgangen til at anlægge et sådant søgsmål på en måde, der er i strid med artikel 1, stk. 3, i klagedirektivet, navnlig fordi medlemmerne af et konsortium efter belgisk ret kan regulere spørgsmålet om konsortiets kompetence til at klage ved en intern aftale [59].

101. Reglen krævede heller ikke, at en sammenslutning af entreprenører skulle antage en bestemt retlig form for at kunne afgive bud — kun at konsortiet for at klage skulle sikre sin repræsentation i overensstemmelse med de regler, der gælder for den retlige form, som dets medlemmer selv havde valgt for at kunne byde. Endvidere gælder reglen på samme måde for alle de søgsmål, der anlægges af medlemmerne af konsortier, uden at det tillægges betydning, om påstandene er baseret på en tilsidesættelse af fællesskabsretten eller national ret, eller om de vedrører offentlige bygge- og anlægskontrakter eller andre transaktioner [60].

102. Følgelig kunne en sådan regel ikke underminere kravet om effektive klagemuligheder, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i klagedirektivet. Princippet kræver ikke, at en klage antages til realitetsbehandling, når bestemmelserne om repræsentation for retten, der følger af den valgte retlige form, der gælder for den person, der klager, ikke er blevet overholdt [61].

103. Endelig var der ikke nogen grund til at sondre mellem søgsmål, som fra begyndelsen var blevet indgivet af visse medlemmer af konsortiet, og søgsmål, som først var blevet indgivet af samtlige nævnte medlemmer, men hvor en af disses klager senere blev afvist. I begge tilfælde afvistes klagen i henhold til nationale bestemmelser, der alene kræver, at klagerne overholder betingelserne, der gælder for repræsentation for retten i overensstemmelse med den retlige form, medlemmerne selv har valgt. Disse krav gjaldt i almindelighed og begrænsede ikke klagernes effektivitet og de bydendes adgang hertil på en måde, der var i strid med klagedirektivet. Hertil kommer, at afvisningen af klagen fra et af medlemmerne af konsortiet kunne være begrundet i omstændigheder, der godtgjorde,

58 — Jf. præmis 19-21. Domstolen anvendte ikke samme praksis i dom af 12.2.2004, sag C-230/02, Grossmann Air Service, Sml. I, s. 1829, præmis 28, og af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 41. Disse sager vedrørte dog ikke konsortier.

59 — Jf. præmis 22 og 23.

60 — Jf. præmis 24 og 25.

61 — Jf. præmis 26.

at det omhandlede medlems vilje til at indgive en klage ikke var kommet gyldigt til udtryk [62].

104. Domstolen fastslog imidlertid også i Consorzio Elisoccorso San Raffaele-dommen [63], at en national regel, hvorefter en klage kan indgives individuelt af et enkelt af medlemmerne af et konsortium, på ingen måde er i strid med klagedirektivet. Artikel 1, stk. 3, fastsætter det minimumskrav, at der »i det mindste« skal være adgang til klageprocedurerne for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. En regel, hvorefter enkelte medlemmer kan klage, underminerer derfor på ingen måde direktivets formål og synes nærmere at støtte opfyldelsen heraf.

105. Som følge heraf udgør klagedirektivet på ingen måde en hindring for, at Simvoulio tis Epikratias kan antage hovedsagen til realitetsbehandling.

106. Spørgsmålet er nærmere, om den nuværende fortolkning af den nationale lovgivning, i lyset af de faktiske omstændigheder i denne sag, hvorefter klagen afvistes [64], er omfattet af retspraksis i Espace Trianon og Sofibail-dommen (hvilket vil betyde, at Simvoulio tis Epikratias ikke er udelukket fra at anvende den), eller om de faktiske omstændigheder adskiller sig så meget, at denne fortolkning er uforenelig med direktivet.

107. Navnlig to forskelle kan være relevante i denne henseende. For det første tog Domstolen i Espace Trianon og Sofibail-dommen hensyn til den omstændighed, at det efter belgisk lovgivning ville have været muligt for medlemmerne af konsortiet at vælge at lade sig repræsentere i sagen af et af konsortiets medlemmer. Denne mulighed synes ikke at være til stede i henhold til græsk lovgivning, selv om det selvfølgelig tilkommer den nationale ret at tage stilling hertil. For det andet tog den hensyn til den omstændighed, at reglen gjaldt på samme måde for alle de søgsmål, der anlægges af konsortier, uden at det tillægges betydning, om påstandene er baseret på en tilsidesættelse af fællesskabsretten eller national ret, eller om de vedrører offentlige bygge- og anlægskontrakter eller andre transaktioner. I de foreliggende sager fremgår det imidlertid, at vanskelighederne måske ikke var opstået, hvis klagen havde været indgivet i henhold til den nationale ret [65].

62 — Jf. præmis 27 og 28.

63 — Jf. dom af 4.10.2007, sag C-492/06, Sml. I, s. 8189, navnlig præmis 20, 21 og 30.

64 — Jf. punkt 40 ovenfor.

65 — Jf. punkt 41 ovenfor.

108. Jeg bemærker endvidere, at generaladvokat Stix-Hackl i sit forslag til afgørelse i Espace Trianon og Sofibail-sagen fandt, at Domstolens afgørelse skulle begrænses til omstændigheder, hvor der nedlægges påstand om annullation af den pågældende beslutning om tildeling af kontrakt, og »at fællesskabsretten i givet fald kan medføre andre forpligtelser i forbindelse med den blotte konstatering af en ulovlighed og ved tilkendelse af skadeserstatning« [66].

109. Endelig består de i de foreliggende sager omhandlede handlinger ikke af, at den ordregivende myndighed tildeler eller afviser at tildele kontrakten til et konsortium. De består nærmere i beslutninger truffet af andre administrative organer, som vedrører, om de enkelte medlemmer af konsortiet er kvalificerede til at blive tildelt en kontrakt, som ikke desto mindre er bindende for den ordregivende myndighed.

110. På dette grundlag mener jeg, at det vil være berettiget, at Domstolen på ny undersøger klagedirektivets krav under hensyn til de faktiske omstændigheder i de foreliggende sager.

111. Det er klart, at den nationale lovgivning som en hovedregel kan fastsætte, at en klage over en beslutning om tildeling af kontrakt, i det tilfælde, hvor personen, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, er et konsortium, skal indbringes af alle konsortiets medlemmer i fællesskab (Espace Trianon og Sofibail-dommen). På samme måde kan den fastsætte, at den anfægtede beslutning, når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, først skal annulleres (artikel 2, stk. 5, i klagedirektivet).

112. Hvis en national lov indeholder begge disse krav, kan det derfor udledes, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at et søgsmål om skadeserstatning, som indgives af et enkelt medlem af et budgivende konsortium, altid afvises.

113. Jeg er imidlertid ikke af denne opfattelse.

114. Domstolens begrundelse i Espace Trianon og Sofibail-dommen (og tilsyneladende også Simvoulio tis Epikratias' i dens reviderede fortolkning af den nationale lovgivning) bygger på den forudsætning, at en forbigået budgivers interesse i at få en beslutning om tildeling annulleret skyldes muligheden for igen at kunne deltage i proceduren, som geniværksættes efter annullationen af en ulovlig beslutning, og at kun konsortiet, i det tilfælde, hvor budgiver er et konsortium, kan have en sådan lovlig interesse. De enkelte medlemmer, som ikke har afgivet bud i deres eget navn (og som ofte ikke er i stand til at gøre det alene, ellers ville de ikke have dannet et konsortium sammen med andre), har ikke denne interesse.

66 — Jf. punkt 23 og 24 i forslaget til afgørelse.

115. Denne forudsætning, og de konklusioner, som drages på grundlag heraf, synes at være fuldt ud berettigede. Hvad angår tildelingen af kontrakten skal alle medlemmerne af et konsortium samarbejde. I fællesskab kan de tildeles kontrakt, hver for sig kan de ikke. Deres interesser er lige så uadskillelige som tildelingen af kontrakten.

116. Dette er dog ikke nødvendigvis tilfældet hvad angår erstatningskrav. En beslutning, som er truffet i forbindelse med en udbudsprocedure, kan forårsage konkret skade for et medlem af et konsortium, men ikke for andre. Selv om det ikke fremgår klart af forelæggelseskendelsen, i hvilket omfang dette gør sig gældende i sag C-145/08, omfatter sag C-149/08 en sådan situation. Konstateringen af uforenelighed berørte kun Aktor og ikke de andre medlemmer af konsortiet. Ganske vist kunne beslutningen om ikke at tildele kontrakt have skadet alle medlemmerne, men kun Aktor blev individuelt stigmatiseret som en virksomhed, der ikke opfyldte forudsætningerne for tildeling af kontrakt. Selv om beslutningen om tildeling træffes uafhængigt i hver enkelt ny procedure [67], således som den græske regering har gjort gældende under retsmødet, er det sandsynligt, at den anfægtede beslutning vil kunne have en ugunstig indflydelse på andre virksomheders opfattelse af Aktors egnethed som deltager i andre fremtidige konsortier.

117. Selv i det tilfælde (som måske gør sig gældende for Loutraki og dennes medsagsøgere), hvor flere af medlemmerne af konsortiet har lidt skade — f.eks. i forhold til den fortabelse af mulighed, som hver enkelt har lidt — kan individuelle erstatningskrav imidlertid behandles hver for sig. Hvis erstatningskravet udelukkende vedrører sådanne relevante erstatningskrav, og der intet spørgsmål er om annullation af tildelingen, således at hele konsortiet kan genindtræde i proceduren, er det ikke af afgørende vigtighed, om søgsmålet anlægges af en, flere eller alle medlemmerne af konsortiet.

118. I overensstemmelse med Domstolens afgørelse i sagen Consorzio Elisoccorso San Raffaele [68] vil muligheden for, at et enkelt medlem af et konsortium kan indgive klage, under disse omstændigheder fremme snarere end udgøre en hindring for at opnå klagedirektivets mål om at sikre, at medlemsstaterne sikrer effektive klagemuligheder og passende procedurer til godtgørelse af dem, der måtte have lidt skade af en tilsidesættelse af fællesskabsretten [69]. En regel, som begrænser en

67 — Denne antagelse bekræftes af den omstændighed, at der ikke synes at være overensstemmelse mellem de anfægtede beslutninger i de to sager ved de nationale retter (jf. fodnote 20 ovenfor).

68 — Jf. præmis 30 i kendelsen (jf. punkt 104 ovenfor).

69 — Hvad angår formålet, jf. navnlig, i tillæg til direktivets materielle bestemmelser, direktivets fjerde til sjette betragtning. Hvad angår den eventuelle skade, som måtte være forårsaget af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, skal jeg også anføre, at Domstolen har fastslået, at den uigendrivelige formodning, som er lagt til grund i hovedsagerne, er uforenelig med fællesskabsretten (jf. punkt 21 ovenfor) — en faktor, som kan have forskellige konsekvenser i de to sager, da klagen i den ene sag drejer sig om fastslåelse af manglende opfyldelse af kriterierne for tildeling af kontrakt i lyset af denne formodning, mens klagen i den anden sag vedrører undladelsen af at konstatere manglende opfyldelse af kriterierne for tildeling af kontrakt.

sådan adgang, vil snarere stille hindringer i vejen for end fremme dette mål.

119. Jeg skal også understrege, at findes der ikke fællesskabsretlige bestemmelser på området, tilkommer det i henhold til fast retspraksis hver enkelt medlemsstat at fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten medfører for borgerne. Medlemsstaterne skal sikre, at disse regler beskyttes effektivt, og at de processuelle regler ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet) [70].

120. Som Kommissionen har påpeget, tilkommer det den nationale ret at fastslå, om nogen af disse principper tilsidesættes af de nationale regler, som anvendes i de foreliggende sager. I det omfang det er nødvendigt og muligt, skal den fortolke disse regler i overensstemmelse med fællesskabsretten, og således på en måde, som sikrer, at de to principper overholdes.

121. Simvoulio tis Epikratias' nuværende fortolkning og anvendelse af disse regler synes at gøre det umuligt for et medlem af et konsortium at fremsætte et individuelt krav om erstatning. Denne ret er afledt af artikel 2, stk. 1, litra c), i klagedirektivet og er efter min opfattelse ikke påvirket af den omstændighed, at andre medlemmer af samme konsortium ikke har en individuel interesse i selv at fremsætte et sådant krav.

122. Endvidere har den nationale ret selv påpeget i forelæggelseskendelsen, at hvad angår den almene ret i henhold til national lovgivning til at opnå godtgørelse for skade forårsaget af et statsligt eller offentligt organ undersøger den ret, som behandler erstatningskravet, samtidig lovligheden af den handling, som påstås at ligge til grund for skaden, mens afgørelsen i den foreliggende sag først skal annulleres af en anden ret. Princippet om effektivitet og ækvivalens synes derfor ikke at være overholdt, hvis det ikke var muligt for sagsøgerne i hovedsagen at anlægge et erstatningssøgsmål, fordi forskellige retter har kompetence til at afgøre disse spørgsmål.

70 — Jf. den senere dom af 15.4.2008, sag C-268/06, Impact, Sml. I, s. 2483, præmis 44-46 og den deri nævnte retspraksis.

123. Det er blevet anført, at sagsøgerne nyder tilstrækkelig domstolsbeskyttelse, fordi de kan rette erstatningskrav mod de øvrige medlemmer af konsortiet, hvis undladelse har bevirket, at søgsmålet er blevet afvist. Dette er efter min opfattelse ikke et acceptabelt alternativ. Det er både urimeligt, at en erstatning for skade, som er forårsaget af en beslutning truffet af ESR, skulle udredes af partnere i konsortiet, og usandsynligt, at erstatningsbeløbet ville være det samme, da skaden ville være af en anden art og hidrøre fra forskellige parters forskellige adfærd.

124. Jeg skal derfor besvare det tredje spørgsmål således, at selv hvis de enkelte medlemmer af et budgivende konsortium i henhold til national ret ikke har mulighed for at anlægge søgsmål med påstand om annullation af en beslutning truffet i forbindelse med udbudsproceduren, er det, før et sådant søgsmål afvises, nødvendigt at undersøge, om disse enkelte medlemmer bevarer retten til at anlægge erstatningssøgsmål ved en anden ret som følge af en påstået tilsidesættelse af fællesskabsretten. De skal have mulighed for at udøve denne ret under betingelser, som ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve disse rettigheder (effektivitetsprincippet).

125. Med hensyn til sag C-145/08 skal jeg tilføje, at hvis erstatningskravet er gjort gældende som følge af en tilsidesættelse af en af traktatens grundlæggende regler eller et af traktatens grundlæggende principper, som finder anvendelse på den pågældende udbudsprocedure, gælder retten til effektiv domstolsbeskyttelse og kravet om overholdelse af ækvivalens- og effektivitetsprincippet fortsat, selv om det måtte blive fastslået, at proceduren i sig selv ikke er omfattet af servicedirektivet og således heller ikke af klagedirektivet.

Det fjerde spørgsmål

126. Dette spørgsmål vedrører en situation, hvor i) en eller flere sagsøgere har klaget over en afgørelse, som er truffet i forbindelse med en udbudsprocedure, ii) dette søgsmål blev afvist på grundlag af fast retspraksis på det tidspunkt, hvor det blev anlagt, og iii) den ret, som behandler sagen, ved en ændring af dens tidligere praksis har fastslået, at søgsmålet kan realitetsbehandles.

127. Simvoulio tis Epikratias ønsker nu i det væsentlige oplyst, om klagedirektivet og retten til kontradiktion under disse omstændigheder kræver, at sagsøger(ne) gives en mulighed for enten at afhjælpe den pågældende mangel (hvilket ikke synes at være muligt i henhold til de almindelige regler på det nuværende trin i proceduren) eller i det mindste at fremsætte bemærkninger dertil

(hvilket ikke synes at have været tilfældet før ændringen af retspraksis).

128. I lyset af mit forslag til besvarelse af de tidligere spørgsmål, navnlig det tredje spørgsmål, er dette spørgsmål kun aktuelt, hvis det ved en endelig analyse viser sig, at afvisningen af en klage, som er indgivet af enkelte medlemmer af et budgivende konsortium, over en afgørelse, som er truffet i forbindelse med udbudsproceduren, *ikke* fratager disse enkelte medlemmer deres ret til at anlægge erstatningssøgsmål ved en anden ret som følge af en påstået tilsidesættelse af fællesskabsretten, og hvis denne ret *forbliver* mulig at udøve for dem under betingelser, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og som heller ikke i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve disse rettigheder. Det er med andre ord kun aktuelt, hvis den nye fortolkning af de nationale processuelle regler er fuldt ud forenelig med fællesskabsretten. Selv om det synes tvivlsomt på grundlag af de foreliggende oplysninger, skal jeg besvare det fjerde spørgsmål ud fra den antagelse.

129. For det første er jeg enig med Loutraki i, at hvis en ret ændrer sin tidligere praksis, skal denne ændring som en hovedregel finde anvendelse i den sag, hvor den er foretaget (selv om der selvfølgelig er situationer, hvori de tidsmæssige virkninger af en principiel afgørelse kan være begrænset til situationer, der opstår efter et bestemt tidspunkt [71]).

130. Det særlige i denne sag er dog, at ændringen synes at være foretaget, uden at de pågældende parter har haft mulighed for at fremsætte deres bemærkninger og endnu mindre at afhjælpe de processuelle mangler.

131. Hvad angår sidstnævnte har både Simvoulio tis Epikratias selv og Aktor anført, at retten i tidligere sager, hvor en tilsvarende situation er opstået i henhold til national ret, konstant har henvist til princippet om den berettigede forventning og effektiv domstolsbeskyttelse for at give parterne mulighed for at afhjælpe mangler vedrørende formaliteten, som er opstået som følge af en ændring af retspraksis. Hvis dette er tilfældet, er det efter min opfattelse åbenbart, således som Aktor har gjort gældende, at ækvivalensprincippet kræver, at samme fremgangsmåde følges i tilfælde, hvor proceduren drejer sig om en ret, der er afledt af fællesskabsretten.

71 — Jf. for et overblik generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse af 14.3.2006, sag C-475/03, Banca Popolare di Cremona, Sml. 2006 I, s. 9373, punkt 130 ff.

132. I den forbindelse er det efter min opfattelse ikke nødvendigt, som foreslået af den græske regering og et mindretal af Simvoulio tis Epikratias, at tage hensyn til, om søgsmålet oprindeligt blev anlagt i bevidst tiltro til, at den tidligere retspraksis fortsat gjaldt eller ej, medmindre dette er en omstændighed, hvortil der også tages hensyn i andre situationer, som reguleres af den nationale lovgivning.

133. Jeg er enig med Kommissionen i, at den nationale ret, i det omfang proceduren er omfattet af fællesskabsretten, også her skal godtgøre, at de grundlæggende principper i fællesskabsretten ikke er tilsidesat. Disse principper omfatter retssikkerhed, den berettigede forventning og retten til en retfærdig rettergang som omhandlet i artikel 6 i den europæiske menneskerettighedskonvention.

134. Hvad angår muligheden for at fremsætte bemærkninger ved ændring af retspraksis har Kommissionen anført, at Domstolen i sager, der vedrører offentlige indkøbsaftaler, har bemærket, at den kontradiktoriske karakter af en retssag ifølge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols faste praksis udgør et af de elementer, som giver mulighed for at vurdere en retfærdig rettergang, men at det er muligt at foretage en afvejning i forhold til andre rettigheder og interesser. Kontradiktionsprincippet omfatter i almindelighed retten for sagens parter til at få kendskab til og kommentere alle de aktstykker og indlæg, der indgives til retten, og at kommentere disse [72].

135. Så vidt jeg kan fastslå ud fra de forhåndenværende dokumenter, synes retspraksis at være blevet ændret på Simvoulio tis Epikratias' foranledning. Under disse omstændigheder er det efter min opfattelse særlig vigtigt, at parterne høres, før et søgsmål afvises af processuelle grunde uden fortilfælde.

136. Flere af parterne har påpeget, at det på det nuværende trin i forhandlingerne, som begyndte for flere år siden, og af hensyn til en effektiv sagsbehandling, kan være ufornødent for Simvoulio tis Epikratias at give parterne en yderligere mulighed for at fremsætte bemærkninger, da de nu har haft denne mulighed ved Domstolen. Dette vil efter min opfattelse kun være tilfældet, hvis det i overensstemmelse med Simvoulio tis Epiratias' processuelle regler er muligt fuldt ud at tage hensyn til den argumentation, der er fremført for Domstolen under behandlingen af anmodningen om præjudiciel afgørelse, når den forelæggende ret skal træffe afgørelse, efter at Domstolen har afsagt dom.

72 — Jf. dom af 14.2.2008, sag C-450/06, Varec, Sml. I, s. 581, præmis 46 og 47 og den deri nævnte retspraksis.

Forslag til afgørelse

137. På baggrund af ovennævnte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Simvoulio tis Epikratias rejste spørgsmål som følger:

Besvarelse af det første spørgsmål i sag C-145/08:

»En tildeling af kontrakt, hvormed den sagsøgte myndighed overlader en koncessionshaver driften og den erhvervsmæssige udnyttelse af et kasino (tjenesteydelseselement), og koncessionshaveren påtager sig at gennemføre en udviklingsplan i form af en forbedring af kasinoets lokaler (arbejdselement), kan kvalificeres som en tjenesteydelseskontrakt som omhandlet i Fællesskabets udbudsdirektiver, hvis arbejdselementet blot er accessorisk i forhold til tjenesteydelseselementet. En sådan tildeling af kontrakt skal dog kvalificeres som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser og er således ikke omfattet af servicedirektivet, hvis koncessionshaveren overtager hele eller en væsentlig del af den driftsrisiko, som den ordregivende myndighed bærer, også selv om denne risiko måtte være begrænset på forhånd. En sådan kvalificering berøres ikke af den omstændighed, at den ordregivende myndighed garanterer kompensation i tilfælde af efterfølgende konkurrence, forudsat at en sådan garanti ikke i betydelig grad påvirker omfanget af risikooverførslen, set i forhold til den grad af risiko, der ligger til grund for den enkelte budgivers vurdering af, om han er interesseret i at deltage, og det beløb, han er villig til at byde.

Tildelingen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser skal ikke desto mindre overholde EF-traktatens grundlæggende regler og principper.«

Besvarelse af det andet spørgsmål i sag C-145/08:

»Et søgsmål, som anlægges af deltagerne i et udbud af en blandet offentlig kontrakt, hvori også indgår levering af tjenesteydelser, som er omfattet af bilag I B til servicedirektivet, og hvori det gøres gældende, at der er sket tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af budgiverne (som er knæsat i direktivets artikel 3, stk. 2), er omfattet af anvendelsesområdet for klagedirektivet.«

Besvarelse af det tredje spørgsmål i sag C-145/08 og det første spørgsmål i sag C-149/08:

»Hvis de enkelte medlemmer af et budgivende konsortium i henhold til national lovgivning ikke har mulighed for at anlægge søgsmål med påstand om annullation af en beslutning truffet i forbindelse med udbudsproceduren, er det, før et sådant søgsmål afvises, nødvendigt at undersøge, om disse enkelte medlemmer bevarer retten til at anlægge erstatningssøgsmål ved en anden ret som følge af en påstået tilsidesættelse af fællesskabsretten. De skal have mulighed for at udøve denne ret under betingelser, som ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve disse rettigheder (effektivitetsprincippet).

Hvis erstatningskravet er gjort gældende som følge af en tilsidesættelse af en af traktatens grundlæggende regler eller et af traktatens grundlæggende principper, som finder anvendelse på den pågældende udbudsprocedure, gælder retten til effektiv

domstolsbeskyttelse og kravet om overholdelse af ækvivalens- og effektivitetsprincippet fortsat, selv om det måtte blive fastslået, at proceduren i sig selv ikke er omfattet af Fællesskabets udbudsdirektiver.«

Besvarelse af det fjerde spørgsmål i sag C-145/08 og det andet spørgsmål i sag C-149/08:

»Såfremt det følger af fast, national retspraksis, at enkelte medlemmer af et konsortium gyldigt kan anlægge sag til prøvelse af en afgørelse truffet i forbindelse med udbud, er det ikke i overensstemmelse med bestemmelserne i fællesskabsretten, at en sag afvises som følge af en ændring af fast retspraksis, uden at sagsøgeren forinden hverken gives mulighed for at afhjælpe den pågældende mangel eller under alle omstændigheder mulighed for at fremsætte bemærkninger hertil.«