FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 19. marts 1998 *

A — Indledning

1. Den foreliggende traktatbrudssag vedrører fortolkningen af direktiv 89/440/EØF og 93/37/EØF [1] om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter i forbindelse med opførelse af en bygning til Vlaamse Raad. Bygge- og anlægskontrakterne om bygningen til det regionale parlament blev hovedsageligt indgået ved udbud efter forhandling og for delarbejde nr. 4's vedkommende ved begrænset udbud. Kommissionen er af den opfattelse, at der derved er sket en tilsidesættelse af direktivets forpligtelser vedrørende udbud og offentliggørelse.

2. Den belgiske regering er derimod af den mening, at det regionale parlament som lovgivende organ ikke kunne være bundet af afgørelser truffet af den minister, der i henhold til national ret var kompetent med hensyn til indgåelse af offentlige kontrakter. Vlaamse Raad var derfor berettiget til at undlade at overholde de fællesskabsretlige bestemmelser om offentliggørelse ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

3. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at Kongeriget Belgien har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i henhold til direktiv 89/440/EØF og 93/37/EØF, navnlig artikel 7 og 11 i direktiv 93/37/EØF, idet det ikke i EF-Tidende har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse vedrørende opførelse af en bygning til Det Flamske Parlament, hverken for så vidt angår det samlede projekt eller for dele heraf, idet det ikke har anvendt proceduren ifølge de nævnte direktiver for tildeling af kontrakter, og idet det navnlig uden grundlag har tildelt delarbejde nr. 4 underhånden.

— Kongeriget Belgien tilpligtes at betale sagens omkostninger.

* Originalsprog: tysk.

1 — Jf. Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), som affattet ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF (EFT L 210, s. 1), der er kodificeret ved 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, herefter »direktivet«).

4. Den belgiske regering har bestridt at have tilsidesat sine forpligtelser, dog uden at fremføre konkrete påstande.

5. Jeg skal vende tilbage til parternes anbringender i forbindelse med min stillingtagen til sagen.

B — Stillingtagen

6. *Kommissionen* har forsvaret det synspunkt, at Vlaamse Raad utvivlsomt er en »ordregivende myndighed« i direktivets forstand. Direktivet finder derfor anvendelse på det pågældende byggeprojekt. Ved at tildele bygge- og anlægskontrakten underhånden har Vlaamse Raad tilsidesat direktivet.

7. *Den belgiske regering* har imødegået dette på forskellige planer. Dens forskellige modanbringender har en materiel sammenhæng i argumentet om, at ordregiveren har selvstyre i sin egenskab af lovgivende organ.

Lov af 14. juli 1976 om offentlige kontrakter [2] samt gennemførelsesbestemmelserne dertil finder anvendelse på udbudsproceduren, der fandt sted ved årsskiftet 1996/97. Loven hviler på den forudsætning, at kun den udøvende magt er bundet af udbudsbestemmelserne. Der er ganske vist udstedt en ny lov den 24. december 1993 [3], hvis ikrafttræden dog er blevet forsinket af de gennemførelsesbekendtgørelser [4], der kræves til dens implementering. I den forbindelse er den i den foreliggende sag relevante problematik om lovgivende organers særlige forfatningsretlige stilling blevet diskuteret på nationalt plan og under drøftelser med Kommissionen, uden at man har kunnet finde en løsning på problemet, der kunne være tilfredsstillende for alle parter. Den belgiske regering er af den opfattelse, at det har skortet på Kommissionens støtte hertil, hvorfor det sagsanlæg, der har ført til den foreliggende retstvist, er urimeligt. Det tidspunkt, hvor Kommissionen har taget retslige skridt over for den belgiske regering, er også særligt uheldigt, idet begivenhederne er pågået i den periode, hvor regionerne forfatningsmæssigt blev gjort selvstændige, en brydningsfase, der har været omgærdet af retlige usikkerhedsmomenter.

Under alle omstændigheder må det komme Vlaamse Raad — der trods alt er det flamske parlament, hvilket det i mellemtiden også er

2 — Lov af 14.7.1976 om offentlige bygge- og anlægskontrakter, om offentlige indkøbskontrakter og om offentlige tjenesteydelseskontrakter.

3 — Lov af 24.12.1993 om offentlige kontrakter og visse bygge- og anlægskontrakter, samt om kontrakter om indkøb og tjenesteydelseskontrakter, *Moniteur belge* af 22.1.1994, s. 1308.

4 — »Arrêté d'exécution«.

kommet til at hedde — til gode, at det er et organ under den lovgivende magt, der i overensstemmelse med den forståelse af demokratiet, som er fremherskende i medlemsstaterne, og som ligger til grund for Maastrichttraktaten, er uafhængig. Direktivet anerkender også, at der er områder, hvor det ikke finder anvendelse, hvilket direktivets artikel 4 er et bevis på.

8. Kommissionen er derimod af den opfattelse, at interne problemer i medlemsstatens retsorden ikke kan fritage den for forpligtelsen til at overholde fællesskabsretten. I øvrigt er også parlamenter forpligtede til at overholde fællesskabsretten.

9. I artikel 7 i direktiv 93/37 opstilles betingelserne for at anvende henholdsvis »offentligt udbud« [5], »begrænset udbud« [6] og »udbud efter forhandling« [7]. I artikel 7, stk. 2, opstilles således betingelserne for udbud efter forhandling efter offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og i artikel 7, stk. 3, betingelserne for udbud efter forhandling uden offentliggørelse. I artikel 7, stk. 4, hedder det: »I alle andre tilfælde anvender de ordregivende myndigheder ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter offentligt eller begrænset udbud.«

10. Da det byggeprojekt, sagen drejer sig om, ikke opfylder betingelserne for udbud efter forhandling uden offentliggørelse, skal bestemmelserne i direktivets artikel 11 om bekendtgørelse overholdes, for så vidt som Vlaamse Raad skal betragtes som en *ordregivende myndighed* i direktivets forstand. Direktivet definerer i artikel 1, litra b), ordregivende myndighed som »staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer ...«.

11. Efter klassisk statsretlig forståelse består staten af den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt. På et abstrakt plan er organerne under de tre former for magt bundet af fællesskabsretten. Generelt har Domstolen således i sagen Von Colson og Kamann [8] fastslået følgende: »Imidlertid skal det fastslås, at den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af traktatens artikel 5 til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler *alle myndighederne* i medlemsstaterne, *herunder også domstolene* inden for deres kompetence.« Det er således positivt fastslået, at direktiver er bindende for domstolene.

5 — Jf. direktivets artikel 1, litra c).

6 — Jf. direktivets artikel 1, litra f).

7 — Jf. direktivets artikel 1, litra g).

8 — Jf. dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 26.

12. Spørgsmålet, om forvaltningen er bundet af fællesskabsrettens bestemmelser om offentlige kontrakter, blev behandlet i Costanzo-sagen [9]. Domstolen udtalte deri, at de af et direktivs bestemmelser følgende forpligtelser »gælder for samtlige myndigheder i medlemsstaterne« [10]. Domstolen udtaler endvidere, at i alle de nærmere beskrevne tilfælde, hvor borgerne kan påberåbe sig bestemmelserne i et direktiv, er »samtlige forvaltninger, herunder sådanne lokalforvaltninger som kommuner (...) forpligtet til at anvende disse bestemmelser« [11]. Det må således også anses for at være positivt fastslået, at forpligtelserne tillige er bindende for statslige myndigheder.

13. Der kan altså kun være spørgsmål om, hvorvidt også den lovgivende magt er bundet af fællesskabsdirektiver. Spørgsmålet må som udgangspunkt besvares bekræftende, og i henhold til reglerne retter et direktivs påbud om at fastsætte normer sig umiddelbart til de lovgivende organer. Inden for området offentlige kontrakter skal begrebet »stat« bortset fra denne abstrakte synsvinkel ifølge Domstolens afgørelse i Beentjes-sagen [12] »fortolkes formålsbestemt« [13]. I den hidtidige retspraksis om offentlige kontrakter er spørgsmålet, om det organ, der indgik bygge- og anlægskontrakten, er en ordregivende myndighed i direktivets forstand, i reglen blevet rejst på et andet grundlag end i den foreliggende sag. Sagerne har navnlig drejet sig om, at underordnede organer og institutioner ikke havde fulgt bestemmelserne om indgåelse af kontrakter [14].

14. Et parlament derimod udgør som statslig myndighed ud fra en formålsbetragtning med sikkerhed en del af staten. Inden for rammerne af en forbundsstruktur gælder dette naturligvis også parlamenterne i delstaterne.

15. Det særlige forhold ved den foreliggende sag er, at Vlaamse Raad netop ikke skulle beskæftige sig med direktiv 93/37 i forbindelse med sin primære opgave som lovgiver, men derimod som led i sin administration af offentlige midler. Denne omstændighed kan imidlertid ikke unddrage Vlaamse Raad de fællesskabsretlige sagsbehandlingsregler om åbenhed og offentlighed med hensyn til offentlige kontrakter. Vlaamse Raad burde snarere som udgangspunkt være gået ud fra at være bundet af direktivet, eftersom det lovgivende organ ikke kan påberåbe sig sin grundlæggende uafhængighed af forvaltningen, når det ikke handler som lovgiver.

9 — Dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839.

10 — Jf. sag 103/88, hvortil der er henvist ovenfor i fodnote 9, dommens præmis 30.

11 — Jf. sag 103/88, hvortil der er henvist ovenfor i fodnote 9, dommens præmis 31.

12 — Dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635.

13 — Jf. sag 31/87, der er henvist ovenfor i fodnote 12, dommens præmis 11.

14 — Jf. sag 31/87 — lokal kommission for udskiftning — (hvortil der er henvist i fodnote 12, dommens præmis 8 og 12), sag 103/88 — Milano kommune — (hvortil der er henvist i fodnote 9, dommens præmis 30 ff.), dom af 8.3.1992 (sag C-24/91, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1989) — Universidad Complutense de Madrid — jf. også generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i samme sag, Sml. I, s. 1995, punkt 9 ff.

16. Den belgiske regering har endvidere under den mundtlige forhandling anerkendt, at Vlaamse Raad ved indgåelse af kontrakten faktisk ikke handlede i sin egenskab af lovgiver. Den påberåbte frihed støttes på den særlige forfatningsretlige situation. Den belgiske regering henviser således til den nationale retsstilling til støtte for, at den kritiserede adfærd skulle være berettiget. I henhold til loven af 14. juli 1976 var bestemmelserne om indgåelse af kontrakter udtrykkeligt kun bindende for den udøvende myndighed.

17. Som det med rette er anført af Kommissionen kan en medlemsstat ifølge Domstolens faste praksis ikke påberåbe sig den nationale retsorden eller en fortolkning heraf som begrundelse for et fællesskabsretsstridigt forhold [15]. På det pågældende tidspunkt var der i høj grad rejst tvivl om, hvorvidt retsstillingen i Belgien var i overensstemmelse med fællesskabsretten. Den belgiske regering har selv anført, at manglerne ved loven af 14. juli 1976 skulle afhjælpes ved lov af 24. december 1993. Der var stadig uoverensstemmelser om de lovgivende organers rolle. I den forbindelse havde det skortet på den nødvendige støtte fra Kommissionen.

15 — Jf. dom af 9.12.1997 i sag C-265/95, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6959, præmis 55 ff., af 12.7.1988, sag 310/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 3987, præmis 6, og af 12.7.1988, sag 326/87, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4009, præmis 6.

18. Det er beklageligt, hvis Kommissionen ikke har ydet den støtte, den håbede på, under lovgivningsproceduren. Senest siden indledningen af traktatbrudssagen kan der dog ikke være nogen tvivl om Kommissionens holdning. Åbningsskrivelsen, der var indledningen til traktatbrudssagen, er fra den 28. juli 1994, og den blev besvaret af den belgiske regering den 31. august 1994. Over et år senere, den 16. november 1995, sendte Kommissionen sin begrundede udtalelse til den sagsøgte regering, som besvarede den i skrivelse af 15. december 1995. Kommissionen anlagde endelig sag den 2. oktober 1996.

19. De kommunikationsproblemer, den belgiske regering har antydet, der var mellem Vlaamse Raad, Belgiens Faste Repræsentation og Kommissionen, kan nok forklare Vlaamse Raad's holdning, men er ikke tilstrækkelige til at gøre den retligt berettiget. Direktivets forpligtelser til offentliggørelse gælder umiddelbart og var derfor også bindende for Vlaamse Raad.

20. Den belgiske regering har under den mundtlige forhandling igen udtrykkeligt henvist til direktivets undtagelsesbestemmelser, navnlig direktivets artikel 4, og påpeget, at der stadig er områder, som en stat er berettiget til at holde uden for bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter.

21. Heroverfor må det anføres, at i det konkrete tilfælde giver artikel 4 ikke nogen muligheder for at undlade at efterkomme de forpligtelser, der følger af direktivet. Artikel 4, stk. 1, er blot en undtagelse for visse områder, hvori der henvises til visse bestemmelser i Rådets direktiv 90/531/EØF om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [16]. Artikel 4, stk. 2, undtager bygge- og anlægskontrakter fra direktivets anvendelsesområde, »hvis de er erklæret hemmelige, eller hvis arbejdets udførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger i overensstemmelse med de gældende love og administrative bestemmelser i den pågældende medlemsstat, eller hvis beskyttelsen af medlemsstaternes væsentlige interesser gør det nødvendigt«. Den belgiske regering har ikke påberåbt sig faktiske omstændigheder, der kunne give grundlag for anvendelse af undtagelsesbestemmelsen, hverken ved at fremdrage bestemte love eller administrative forskrifter, hvorved bygge- og anlægsarbejderne skulle være blevet erklæret hemmelige, eller særlige sikkerhedsforanstaltninger til beskyttelse af statens væsentlige interesser.

22. Undtagelsesbestemmelser til direktiver om offentlige kontrakter skal ifølge fast retspraksis fortolkes *strengt* [17]. Generel, ikke nærmere specificeret påberåbelse af princippet om magtadskillelse kan derfor heller ikke udlægges som et anbringende om beskyttelse af statens væsentlige interesser.

23. Med hensyn til det lovgivende organ, Vlaamse Raad's uafhængighed opstår der således stadig spørgsmål om medlemsstatens ansvar i forbindelse med en traktatbrudssag i henhold til traktatens artikel 169. Også med hensyn hertil kan der henvises til Domstolens faste retspraksis, idet det deri er fastslået, at medlemsstaterne efter artikel 169 i traktaten ifalder ansvar, uanset hvilket statsorgan der ved sin handling eller undladelse har været årsag til traktatbruddet, endog selv om der er tale om en forfatningsmæssigt uafhængig institution [18].

24. Kommissionen bør derfor gives medhold.

Sagens omkostninger

I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, skal den part, der taber sagen, dømmes til at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgte har tabt sagen, skal denne betale sagens omkostninger.

16 — Rådets direktiv af 17.9.1990, EFT L 297, s. 1.

17 — Dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039, præmis 14, af 18.5.1995, sag C-57/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1249, præmis 23, og af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1949, præmis 13. Se vedrørende den tidsmæssige virkning af en undtagelsesbestemmelse dom af 26.10.1995, sag C-143/94, Furlanis, Sml. I, s. 3633.

18 — Jf. dom af 5.5.1970, sag 77/69, Kommissionen mod Belgien, Sml. 1970, s. 47, org. ref.: Rec. s. 237, præmis 15, af 18.11.1970, sag 8/70, Kommissionen mod Italien, Sml. 1970, s. 187, org. ref.: Rec. s. 961, præmis 9, og af 26.2.1976, sag 52/75, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 277, præmis 14.

C — Forslag til afgørelse

25. Jeg skal herefter foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 89/440/EØF og 93/37/EØF, nærmere bestemt artikel 7 og 11 i direktiv 93/37/EØF, idet det i forbindelse med opførelsen af bygningen til Vlaamse Raad ikke har fulgt bestemmelserne om tildeling af kontrakter og offentliggørelse, hverken for så vidt angår det samlede projekt eller enkelte dele heraf.

2) Kongeriget Belgien pålægges at betale sagens omkostninger.«