FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 19 mars 1998 *

A —Inledning

1. Detta mål om fördragsbrott gäller tolkning av direktiven 89/440/EEG och 93/37/EEG [1] om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten med anledning av uppförandet av en byggnad för Vlaamse Raad. Kontrakten om uppförande av det regionala parlamentets byggnad tilldelades till övervägande del genom ett förhandlat förfarande, kontraktet för delprojekt 4 dock genom ett selektivt förfarande. Kommissionen anser att den skyldighet avseende tilldelning och offentliggörande som föreskrivs i direktiven härigenom har åsidosatts.

2. Den belgiska regeringen är däremot av den uppfattningen att det regionala parlamentet i egenskap av lagstiftande organ inte kan vara bundet av beslut av den minister som enligt den nationella lagstiftningen är ansvarig för tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt. Vlaamse Raad har därför haft rätt att underlåta att iaktta de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om publicering vid upphandling av byggentreprenader.

3. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— fastställa att Konungariket Belgien har brutit mot de skyldigheter som följer av direktiven 89/440/EEG och 93/37/EEG, särskilt artiklarna 7 och 11 i direktiv 93/37/EEG, genom att inför uppförandet av en byggnad för Vlaamse Raad inte i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* publicera meddelande om upphandling för vare sig hela projektet eller delprojekt 4 och genom att underlåta att tillämpa det förfarande för tilldelning av upphandlingskontrakt som föreskrivs i direktivet, särskilt genom att ha tilldelat kontraktet för delprojekt 4 utan föregående publicering, trots att ett sådant förfarande inte var berättigat;

— förplikta svaranden att betala rättegångskostnaderna.

* Originalspråk: tyska.

1 — Jämför rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5) i dess lydelse enligt rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG (EGT L 210, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3), senast konsoliderad genom rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga bygg- och anläggningsarbeten (nedan kallat direktivet) (EGT L 199, s. 54).

4. Den belgiska regeringen har försvarat sig utan att ställa något konkret yrkande.

5. Jag återkommer i samband med bedömningen till vad de som deltagit i förfarandet har anfört.

B —Bedömning

6. Kommissionen anser att Vlaamse Raad otvivelaktigt är en "upphandlande myndighet" i direktivets mening. Direktivet är därför tillämpligt på den aktuella byggentreprenaden. Genom att utan föregående publicering av meddelande om upphandling tilldela kontrakt för byggentreprenaden har Vlaamse Raad åsidosatt bestämmelserna i direktivet.

7. Den belgiska regeringen har till sitt försvar åberopat flera grunder. Dessa bygger dock i sak på samma argument, nämligen att uppdragsgivaren är självständig i sin egenskap av lagstiftande organ.

Enligt den belgiska regeringen är lagen av den 14 juli 1976 [2] om offentlig upphandling med tillämpningsföreskrifter tillämplig på det förfarande för tilldelning av kontrakt som genomfördes vid årsskiftet 1996/97. Lagen utgår från att endast den verkställande makten är bunden av bestämmelserna om tilldelning av kontrakt. Visserligen utfärdades den 24 december 1993 [3] en ny lag, men dess ikraftträdande försenades på grund av de tillämpningsföreskrifter som krävdes [4]. Under lagstiftningsarbetet diskuterades enligt den belgiska regeringen, både på nationell nivå och med kommissionen, den fråga som har mycket stor betydelse i detta mål, nämligen lagstiftande organs särskilda konstitutionella ställning, utan att man kunde hitta någon lösning på problemet som alla berörda parter kunde acceptera. Den belgiska regeringen anser att kommissionen därvid inte gav den hjälp som skulle ha behövts och att det därför var oskäligt att väcka den talan som ligger till grund för detta mål. Tidpunkten för förfarandet mot den belgiska regeringen var också särskilt ogynnsam, eftersom den sammanföll med den period under vilken regionerna blev konstitutionellt självständiga, en omställningsfas som i flera avseenden var förbunden med osäkerhet om rättsliga förhållanden.

Under alla förhållanden måste enligt den belgiska regeringen Vlaamse Raad — eller det flamländska parlamentet som det numera

2 — Lag av den 14 juli 1976 om offentlig upphandling av arbeten, varor och tjänster.

3 — Lag av den 24 december 1993 om offentlig upphandling och viss annan upphandling av arbeten, varor och tjänster, *Moniteur belge*, 22.1.1994, s. 1308.

4 — Arrêté d'exécution.

heter — få dra fördel av att det är ett lagstiftande organ som, i enlighet med det demokratibegrepp som är förhärskande i medlemsstaterna och som ligger till grund för Maastrichtfördraget, är helt självständigt. Av artikel 4 i direktivet framgår också att det finns områden inom vilka direktivet inte är tillämpligt.

8. Kommissionen har invänt att interna problem i den nationella lagstiftningen inte kan upphäva statens skyldighet att följa gemenskapsrätten. För övrigt är också ett parlament skyldigt att respektera gemenskapsrätten.

9. I artikel 7 i direktiv 93/37 anges förutsättningarna för öppet förfarande [5], selektivt [6] och förhandlat förfarande [7]. Sålunda anges i artikel 7.2 villkoren för ett förhandlat förfarande med föregående publicering av meddelande om upphandling och i artikel 7.3 villkoren för ett sådant förfarande utan föregående publicering. I artikel 7.4 sägs därefter följande: "I alla andra fall skall de upphandlande myndigheterna upphandla offentliga bygg- och anläggningsarbeten genom öppet eller selektivt förfarande."

10. Eftersom den aktuella byggentreprenaden inte uppfyller de faktiska villkoren för att ett förhandlat förfarande utan föregående publicering skall få användas, måste bestämmelserna i artikel 11 i direktivet om publicering iakttas, om Vlaamse Raad är att anse som *upphandlande myndighet* i direktivets mening. Direktivet definierar i artikel 1 b upphandlande myndigheter som "statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt".

11. Enligt klassisk statsrättslig uppfattning utgörs staten av den lagstiftande, den verkställande och den dömande makten. De organ som företräder de tre formerna av maktutövning är bundna av gemenskapsrätten. Detta har domstolen i allmänna ordalag fastslagit i domen i målet Von Colson och Kamann, där följande sägs: "Det är emellertid nödvändigt att slå fast att den skyldighet som till följd av ett direktiv åligger medlemsstaterna att uppnå det resultat som förutses i detta och deras förpliktelse enligt artikel 5 i fördraget att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att denna skyldighet fullgörs, åligger *alla myndigheter* i medlemsstaterna, *även domstolarna* inom ramen för deras behörighet." [8] Det har här alltså fastslagits att domstolar är bundna av direktiv.

5 — Jämför artikel 1 c i direktivet.
6 — Jämför artikel 1 f i direktivet.
7 — Jämför artikel 1 g i direktivet.

8 — Jämför dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein Westfalen (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7), punkt 26.

12. Frågan huruvida förvaltningsmyndigheter är bundna av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling behandlades i domen i målet Costanzo. [9] I den domen anförde domstolen att de skyldigheter som följer av bestämmelserna i ett direktiv "åvilar alla myndigheter i medlemsstaterna". [10] Domstolen anförde vidare att i alla de närmare beskrivna fall i vilka enskilda kan åberopa bestämmelserna i ett direktiv "[är] alla förvaltningsmyndigheter inklusive kommuner och övriga territoriella subjekt skyldiga att tillämpa dessa bestämmelser". [11] Det måste alltså också i detta hänseende anses vara konkret fastslaget att statliga myndigheter är skyldiga att följa direktivet.

13. Frågan kan alltså endast vara om även den lagstiftande makten är bunden av gemenskapsdirektiv. Denna fråga måste principiellt besvaras jakande, eftersom skyldigheten att införliva ett direktiv med lagstiftningen i regel riktar sig direkt till de lagstiftande organen. Såvitt avser offentlig upphandling skall enligt domstolens praxis i målet Beentjes [12] begreppet "staten" mot bakgrund av detta teoretiska synsätt förstås i "funktionell mening" [13]. I den rättspraxis som offentlig upphandling hittills har gett upphov till, har frågan huruvida det organ som tilldelade kontrakten för bygg- och anläggningsarbeten var en upphandlande myndighet i direktivets mening eller ej, legat annorlunda till än i detta mål. Det har huvudsakligen varit fråga om underordnade organ och institutioner som inte iakttagit bestämmelserna om tilldelning av kontrakt. [14]

14. Ett parlament är däremot förvisso en del av staten i funktionell mening. I en federal stat gäller detta självklart också för delstaternas parlament.

15. En speciell omständighet i detta fall är att Vlaamse Raad inte ställdes inför tillämpningen av direktiv 93/37 i sin ursprungliga uppgift som lagstiftare utan när den handlade i privaträttsliga former inom ramen för sin förvaltningsverksamhet. Denna omständighet är dock inte ägnad att befria organet från skyldigheten att följa de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om transparens och publicitet såvitt avser offentlig upphandling. Att direktivet är bindande måste tvärtom i än högre grad gälla som utgångspunkt, när det lagstiftande organet — då det inte utövar lagstiftande verksamhet — inte kan åberopa sitt oberoende från förvaltningsmyndigheterna.

9 — Dom av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Costanzo mot Milanos stadsförvaltning (REG 1989, s. 1839; svensk specialutgåva, volym 10).

10 — Jämför ovannämnda mål 103/88 (fotnot 9), punkt 30.

11 — Ibidem, punkt 31.

12 — Dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes mot Nederländerna (REG 1988, s. 4635).

13 — Jämför ovannämnda mål 31/87 (fotnot 12), punkt 11.

14 — Jämför ovannämnda mål 31/87 (i vad avser en lokal kommitté för genomförande av ägoskiften, fotnot 12), punkterna 8 och 12, ovannämnda mål 103/88 (i vad avser Milanos stadsförvaltning, fotnot 9), punkt 30 f., samt dom av den 8 mars 1992 i mål 24/91, kommissionen mot Spanien (i vad avser Universität Complutense i Madrid, REG 1992, s. I-1989), jämför också generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i detta mål, s. I-1995, punkt 9 f.

16. Företrädaren för den belgiska regeringen har under den muntliga förhandlingen också medgett att Vlaamse Raad vid tilldelningen av kontrakten egentligen inte handlade i egenskap av lagstiftare. Vlaamse Raads underlåtenhet att publicera ett meddelande om upphandling grundar sig på den speciella konstitutionella situationen. Den belgiska regeringen har sålunda hänvisat till det nationella rättsläget för att rättfärdiga det påtalade förfarandet. Lagen av den 14 juli 1976 har enligt regeringen uttryckligen endast bundit den verkställande makten vid bestämmelserna om tilldelning av kontrakt.

17. Som kommissionen med rätta har hävdat kan enligt domstolens fasta praxis en medlemsstat inte åberopa den nationella lagstiftningen eller en tolkning av densamma för att rättfärdiga ett handlingssätt som strider mot gemenskapsrätten. [15] Vid den tidpunkt som nu är aktuell hade det redan ifrågasatts om den belgiska lagstiftningen var förenlig med gemenskapsrätten. Den belgiska regeringen har själv uppgivit att brister i lagen av den 14 juli 1976 skulle korrigeras genom lagen av den 24 december 1993. Meningsskiljaktigheter avseende lagstiftande organs ställning förelåg fortfarande. I detta sammanhang gav kommissionen enligt den belgiska regeringen inte den hjälp som skulle ha behövts.

18. Det är visserligen beklagligt om kommissionen inte har lämnat den hjälp i lagstiftningsförfarandet som förväntats av den. Senast när målet om fördragsbrott inleddes kunde det dock inte råda något tvivel om kommissionens inställning. Den formella underrättelse från kommissionen som inledde förfarandet om fördragsbrott avsändes den 28 juli 1994 och besvarades av den belgiska regeringen den 31 augusti samma år. Mer än ett år senare, den 16 november 1995, översände kommissionen ett motiverat yttrande till den belgiska regeringen, som inkom med sina synpunkter i en skrivelse av den 15 december 1995. Kommissionen väckte slutligen talan den 2 oktober 1996.

19. De av den belgiska regeringen antydda problemen i fråga om kommunikationen mellan Vlaamse Raad, Belgiens ständiga representation och kommissionen kan visserligen förklara Vlaamse Raads handlande men kan inte rättfärdiga detta rättsligt sett. Den i direktivet föreskrivna skyldigheten att publicera ett meddelande om upphandling gäller omedelbart och var därför direkt bindande också för Vlaamse Raad.

20. Den belgiska regeringens ombud har vid den muntliga förhandlingen ännu en gång uttryckligen hänvisat till undantagsföreskrifterna i direktivet, särskilt till dem som finns i artikel 4, för att förtydliga att det faktiskt finns områden som en stat är berättigad att undanta från bestämmelserna om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt.

15 — Jämför dom av den 9 december 1997 i mål C-265/95, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-6959), punkt 55 f., av den 12 juli 1988 i mål 310/86, kommissionen mot Italien (REG 1988, s. 3987), punkt 6, och av den 12 juli 1988 i mål 326/87, kommissionen mot Italien (REG 1988, s. 4009), punkt 6.

21. Mot detta skall invändas att artikel 4 i det konkreta fallet inte ger något stöd för underlåtenhet att uppfylla de skyldigheter som följer av direktivet. Bestämmelserna i artikel 4 a avser endast undantag inom vissa områden, i det att där hänvisas till vissa bestämmelser i rådets direktiv 90/531/EEG om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena [16]. Enligt artikel 4 b behöver direktivet inte tillämpas på upphandling av byggentreprenader "som sekretessbeläggs eller när dess utförande måste förenas med särskilda säkerhetsåtgärder enligt lagar eller andra författningar i den berörda medlemsstaten, eller om hänsyn till medlemsstatens grundläggande säkerhet så kräver". Den belgiska regeringen har inte förebragt några omständigheter som skulle kunna göra det befogat att tillämpa undantagsbestämmelserna. Den har varken uppgivit bestämmelser i någon lag eller annan författning varigenom bygguppdraget sekretessbelagts eller gjort gällande att entreprenaden kräver särskilda säkerhetsåtgärder eller att statens grundläggande säkerhet måste skyddas.

22. Bestämmelser om undantag från tillämpning av direktiven om offentlig upphandling skall enligt fast rättspraxis tolkas *restriktivt* [17]. Det allmänna, icke närmare preciserade, åberopandet av maktfördelningsläran kan därför inte heller tolkas som ett påstående om skydd av statens grundläggande säkerhet.

23. Med hänsyn till det lagstiftande organet Vlaamse Raads oberoende ställning uppkommer på sin höjd frågan om medlemsstatens ansvar inom ramen för ett mål om fördragsbrott enligt artikel 169 i EG-fördraget. Även i detta hänseende kan hänvisas till domstolens fasta praxis, enligt vilken en medlemsstat enligt artikel 169 är ansvarig, oavsett vilket statligt organ som genom sitt handlande eller sin underlåtenhet att handla har orsakat fördragsbrottet, till och med när organet i fråga är konstitutionellt oberoende. [18]

24. Kommissionens talan skall således bifallas.

Rättegångskostnader

Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom Konungariket Belgien har tappat målet, skall det ersätta rättegångskostnaderna. Konungariket Belgien skall därför förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

16 — Rådets direktiv av den 17 september 1990 (EGT L 297, s. 1).

17 — Dom av den 10 mars 1987 i mål 199/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 1039), punkt 14, av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, kommissionen mot Italien (REG 1995, s. I-1249), punkt 23, och av den 28 mars 1996 i mål C-318/94, kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland (REG 1996, s. I-1949), punkt 13; såvitt avser tidsramen för en undantagsbestämmelse, se dom av den 26 oktober 1995 i mål C-143/94, Furlanis mot Azienda nationale autonoma strade (REG 1995, s. I-3633).

18 — Jämför dom av den 5 maj 1970 i mål 77/69, kommissionen mot Belgien (REG 1970, s. 237), punkt 15, av den 18 november 1970 i mål 8/70, kommissionen mot Italien (REG 1970, s. 961), punkt 9, och av den 26 februari 1976 i mål 52/75, kommissionen mot Italien (REG 1976, s. 277), punkt 14.

C —Förslag till avgörande

25. På grund av det anförda föreslår jag att domstolen skall meddela följande dom:

1. Konungariket Belgien har åsidosatt sina skyldigheter enligt direktiven 89/440/EEG och 93/97/EEG, särskilt artiklarna 7 och 11 i direktiv 93/37/EEG, genom att inför uppförandet av en byggnad för Vlaamse Raad ha underlåtit att följa direktivets bestämmelser om tilldelningsförfarande och publicering i fråga om både hela byggprojektet och delprojekt nr 4.

2. Konungariket Belgien skall ersätta rättegångskostnaderna.