Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 7. maj 2026[1]

Forenede sager C-266/25 og C-267/25

I-Sete – Inovação, Soluções Económicas e Tecnologias Ecológicas, Lda.
mod
EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas do Alqueva, S.A.,
procesdeltagere:
DST Solar, S.A.,
Domingos da Silva Teixeira, S.A.
og
Greenvolt Next Portugal, Lda

(anmodninger om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (domstolen i forvaltnings- og skatteretlige sager i Porto, Portugal))

»Præjudiciel forelæggelse – klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter – garantier for effektive retsmidler – anfægtelse af forvaltningsakten om tildeling af kontrakten – direktiv 89/665/EØF – artikel 2, stk. 1, litra a), artikel 3 og artikel 4 – automatisk opsættende virkning på den anfægtede forvaltningsakt om tildeling – midlertidig ophævelse af den opsættende virkning – projekter, der finansieres eller medfinansieres med europæiske midler – afvejning af de modstridende interesser – formodning om offentlig interesse – artikel 2, stk. 5 – procedure for anordning af foreløbige foranstaltninger«

1. I 2024 ændrede den portugisiske lovgiver den almindelige ordning for administrative klager med hastekarakter over forvaltningsakter om tildeling af offentlige kontrakter[2]. Ved denne ændring blev den på daværende tidspunkt gældende regel (som indebar, at en klage havde automatisk opsættende virkning på forvaltningsakten om tildeling af kontrakten) suppleret med endnu en regel, som i det væsentlige fastsætter, at denne opsættende virkning ophæves midlertidigt, hvis der er risiko for at miste finansieringen af en kontrakt, der finansieres eller medfinansieres med europæiske midler.

[1] – Originalsprog: spansk.

[2] – Ændringen blev foretaget ved Lei n.º 43/2024, de 2 de dezembro, que altera a Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que aprova medidas especiais de contratação pública (lov nr. 43/2024 af 2.12.2024 om ændring af lov nr. 30/2021 af 2.5.2021 om godkendelse af særlige foranstaltninger med hensyn til offentlige kontrakter, herefter »lov nr. 43/2024«). Ved lov nr. 43/2024 blev der tilføjet en række artikler (herunder artikel 25-A) til Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que aprova medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado em anexo à Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro (lov nr. 30/2021 om godkendelse af særlige foranstaltninger med hensyn til offentlige kontrakter, godkendt ved bilaget til lovdekret nr. 18/2008 af 29.1.2008, lov om forvaltningsretspleje, godkendt ved bilaget til lov nr. 15/2002 af 22.2.2002, og lovdekret nr. 200/2008 af 9.10.2008, herefter »lov nr. 30/2021« eller »lov nr. 30/2021, som ændret i 2024«).

2. Den forelæggende ret har ved to præjudicielle forelæggelser, som er blevet forenet, anmodet Domstolen om at afklare, om den nye nationale ordning er forenelig med direktiv 89/665/EØF [3].

I. Retsforskrifter

A. EU-retten. Direktiv 89/665

3. Artikel 2 (»Krav til klageprocedurerne«) har følgende ordlyd:

»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

[…]

3. Når der for et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, indbringes en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt, påser medlemsstaterne, at den ordregivende myndighed først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet afgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage. Suspensionen ophører tidligst ved udløbet af standstill-perioden i artikel 2a, stk. 2, og artikel 2d, stk. 4 og 5.

4. Klageprocedurerne skal ikke nødvendigvis automatisk have opsættende virkning for de procedurer for indgåelse af kontrakter, som de vedrører, jf. dog stk. 3 og artikel 1, stk. 5.

5. Medlemsstaterne kan fastsætte, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, kan tage hensyn til de sandsynlige følger af midlertidige foranstaltninger for alle interesser, som vil kunne skades, samt til almenvellet, og beslutte ikke at give sit samtykke hertil, når de negative følger af sådanne foranstaltninger kan være større end fordelene.

[…]«

4. Artikel 2a (»Standstill-periode«) fastsætter følgende:

»1. Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 3, omhandlede personer har tilstrækkelige frister, som sikrer effektiv mulighed for at klage over ordregivende myndigheders tildelingsbeslutninger, idet de vedtager de nødvendige bestemmelser, som opfylder mindstekravene i stk. 2 og i artikel 2c.

2. En kontraktindgåelse efter beslutningen om tildeling af en kontrakt, der er omfattet af direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU, kan først finde sted efter udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de

[3] – Rådets direktiv 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 1989, L 395, s. 33), ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26.2.2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1).

berørte tilbudsgivere og ansøgere, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, efter udløbet af en frist på enten mindst femten kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages.

[…]«

5. Artikel 2d (»Retsvirkningen »uden virkning««) har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:

[…]

b) hvis bestemmelserne i dette direktivs artikel 1, stk. 5, artikel 2, stk. 3, eller artikel 2a, stk. 2, er overtrådt, og denne overtrædelse har frataget tilbudsgiver muligheden for at iværksætte retslige skridt forud for indgåelsen af kontrakten, såfremt en sådan overtrædelse er kombineret med en overtrædelse af direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU, og denne overtrædelse har påvirket mulighederne for at få tildelt kontrakten for den tilbudsgiver, der klager

[…]

2. Følgerne af, at en kontrakt anses for at være uden virkning, fastlægges i national ret.

Det kan fastsættes i national ret, at alle allerede opfyldte kontraktlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft, eller at annulleringens omfang begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt. I sidstnævnte tilfælde beslutter medlemsstaterne at anvende andre sanktioner, jf. artikel 2e, stk. 2.

3. Medlemsstaterne kan fastsætte, at den klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, kan undlade at betragte en kontrakt som værende uden virkning, selv om den er tildelt ulovligt af de i stk. 1 omhandlede årsager, hvis klageinstansen efter at have undersøgt alle relevante aspekter finder, at visse væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt at opretholde kontraktens virkninger. Medlemsstaterne skal i så fald fastsætte alternative sanktioner, jf. artikel 2e, stk. 2, der finder anvendelse i stedet.

Økonomiske interesser i kontraktens effektive virkning kan kun anses som væsentlige hensyn eller uomgængeligt nødvendige krav, hvis det i ganske særlige tilfælde ville have uforholdsmæssige konsekvenser, at kontrakten bliver uden virkning.

Økonomiske interesser i direkte tilknytning til den pågældende kontrakt kan imidlertid ikke udgøre væsentlige hensyn til almenhedens interesser. Økonomiske interesser i direkte tilknytning til kontrakten omfatter bl.a. omkostninger som følge af forsinkelser i forbindelse med kontraktens opfyldelse, omkostninger som følge af indledningen af en ny udbudsprocedure, omkostninger som følge af udskiftningen af den økonomiske aktør, der udfører kontrakten, samt omkostninger i forbindelse med de retlige forpligtelser, der følger af, at kontrakten er uden virkning.

[…]«

B. Portugisisk ret

1. Lov nr. 43/2024

6. Ved lov nr. 43/2024 blev lov nr. 30/2021 ændret ved tilføjelse af artikel 25-A med følgende ordlyd:

»1. Forvaltningsretlige søgsmål på området for offentlige kontrakter med hastekarakter, som vedrører anfægtelse af forvaltningsakter om tildeling af kontrakter i forbindelse med procedurer for udførelse af projekter, der finansieres eller medfinansieres med europæiske midler, har, såfremt de anlægges senest ti hverdage efter, at alle tilbudsgivere er blevet underrettet om tildelingen, automatisk opsættende virkning på den anfægtede forvaltningsakt.

2. Når der er gået ti hverdage fra den dato, hvor alle tilbudsgivere blev underrettet om tildelingen, kan den sagsøgte enhed ved vedlæggelse af kortfattet dokumentation anmode om, at retten uden forudgående høring af modparten midlertidigt ophæver den automatiske opsættende virkning.

3. Den automatiske opsættende virkning ophæves midlertidigt, når retten summarisk inden for en frist på højst 48 timer fastslår, at følgende kumulative betingelser er opfyldt:

a) Fristen på ti hverdage fra den dato, hvor alle tilbudsgivere blev underrettet om tildelingen, er udløbet.

b) Der er risiko for at miste finansieringen i forbindelse med en kontrakt om udførelse af et projekt, der finansieres eller medfinansieres med europæiske midler.

4. Med henblik på forrige stykkes litra b) formodes det, at der foreligger en risiko for at miste finansiering, når der er en forbindelse mellem kontraktens genstand og udførelsen af projekter, der finansieres eller medfinansieres med europæiske midler, i hvilken forbindelse det er tilstrækkeligt, at ansøgeren vedlægger et dokument, som godtgør beslutningen om at finansiere det projekt, som kontrakten er omfattet af.

5. I tilfælde af midlertidig ophævelse af den opsættende virkning underrettes sagsøgeren straks, hvorefter denne har en frist på fem dage til at indgive en begrundet anmodning om, at den automatiske opsættende virkning opretholdes indtil afgørelsen om spørgsmålet om foreløbige forholdsregler, fordi de i stk. 3 omhandlede betingelser ikke er opfyldt.

6. Hvis sagsøgeren anmoder om, at den automatiske opsættende virkning opretholdes, underrettes den sagsøgte enhed med henblik på, at denne inden for en frist på syv dage uddyber begrundelsen for den anmodning, der allerede er indgivet i henhold til stk. 2, således at den også omfatter en afvejning af de foreliggende offentlige og private interesser og de skader, som en opretholdelse af den opsættende virkning vil medføre.

7. Sagsøgeren har syv dage til at besvare den anmodning om ophævelse, der er omhandlet i forrige stykke, hvorefter retten uden yderligere skrivelser og inden for en frist på højst syv dage efter afslutningen af de absolut nødvendige bevisoptagelsesforanstaltninger træffer afgørelse om spørgsmålet om foreløbige forholdsregler.

8. Den opsættende virkning ophæves, når det efter en behørig afvejning af alle de foreliggende offentlige og private interesser fastslås, at de skader, som en opretholdelse af den opsættende virkning vil medføre, er større end dem, der kan følge af en ophævelse.

9. Den foreliggende ordning finder anvendelse på såvel kontrakter indgået i henhold til den procedure, der er fastsat i denne lov, og den procedure, der følger af Código dos Contratos Públicos [(lov om offentlige kontrakter)[4]], som kontrakter indgået i henhold til den øvrige lovgivning på området for offentlige kontrakter.

10. Artikel 100-103-B i Código de Processo nos Tribunais Administrativos [(lov om forvaltningsretspleje)] finder anvendelse på alle spørgsmål, der ikke er omhandlet i de foregående stykker«[5].

2. Lov om forvaltningsretspleje

7. Artikel 103-A (»Automatisk opsættende virkning«) fastsætter følgende:

»1. Forvaltningsretlige søgsmål anlagt før kontraktindgåelsen om anfægtelse af forvaltningsakter om tildeling i forbindelse med procedurer, hvorpå artikel 104, stk. 1, litra a), i lov om offentlige kontrakter finder anvendelse, har – forudsat at de anlægges senest ti hverdage efter den dato, hvor alle tilbudsgivere blev underrettet om tildelingen – automatisk opsættende virkning på den anfægtede forvaltningsakt eller på gennemførelsen af kontrakten, hvis den allerede er indgået.

2. Mens sagen verserer, kan den sagsøgte enhed og de kontraherende parter anmode retten om at ophæve den opsættende virkning, der er fastsat i forrige stykke.

3. Sagsøgeren har en frist på fem dage til at besvare anmodningen om ophævelse, hvorefter retten uden yderligere skrivelser og inden for en frist på højst syv dage efter afslutningen af de absolut nødvendige bevisoptagelsesforanstaltninger træffer afgørelse om spørgsmålet.

4. Den opsættende virkning ophæves, når det efter en behørig afvejning af alle de foreliggende offentlige og private interesser fastslås, at de skader, som en opretholdelse af den opsættende virkning vil medføre, er større end dem, der kan følge af en ophævelse.«

[4] – Decreto-Lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos (lovdekret nr. 18/2008, lov om offentlige kontrakter) af 29.1.2008 (*Diário da República*, 1. serie, nr. 20, af 29.1.2008), i den affattelse, der er gældende efter ændringen ved Decreto-lei n.º 111-B/2017 (lovdekret nr. 111-B/2017) af 31.8.2017 (*Diário da República* nr. 168/2017, 1. serie, nr. 168, 2. supplement, af 31.8.2017).

[5] – Lei n.º 15/2002, Código de Processo nos Tribunais Administrativos (lov nr. 15/2002, lov om forvaltningsretspleje) (*Diário da República* nr. 45/2002, I serie-A, nr. 45, af 22.2.2002).

II. Faktiske omstændigheder, tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

8. EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas do Alqueva, S.A. (herefter »Edia« eller »den ordregivende myndighed«) gennemførte to procedurer for tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter med henblik på opførelsen af flydende solcelleanlæg ved forskellige vandløftestationer:

– Den første kontrakt[6] til et beløb af 17 619 893,50 EUR blev tildelt »Proposta CONSÓRCIO DSTSolar / DST«.

– Den anden kontrakt[7] til et beløb af 7 467 990,56 EUR blev tildelt virksomhedssammenslutningen »Proposta Greenvolt/EDP«.

9. I-Sete – Inovação, Soluções Económicas e Tecnologias Ecológicas, Lda. (herefter »I-Sete«) har anlagt sag til prøvelse af afgørelserne om tildeling ved Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (domstolen i forvaltnings- og skatteretlige sager i Porto, Portugal).

10. I sag C-266/25 har den forelæggende ret kun anført følgende som relevante faktiske omstændigheder:

– »Udførelsen af bygge- og anlægskontrakten om opførelse af det flydende solcelleanlæg ved løftestationen i Os Álamos i Alqueva-området finansieres af midler fra Europarådets Udviklingsbank med et samlet beløb af 45 mio. EUR.«

– »Sagsøgeren har anfægtet den afgørelse, hvorved den pågældende bygge- og anlægskontrakt blev tildelt den sammenslutning, der udgøres af de to procesdeltagere, idet sagsøgeren er af den opfattelse, at procesdeltagernes tilbud burde være blevet afvist, og i denne forbindelse i det væsentlige har gjort gældende, at den tekniske løsning, de har foreslået, overstiger grænsen for nominel effekt, således som den er fastlagt i udbudsbetingelserne, ved drift ved temperaturer under 40º C.«

– »Sagsøgeren har gjort gældende, at denne bygge- og anlægskontrakt henset til det fastlagte tildelingskriterium burde være blevet tildelt det af sagsøgeren indgivne tilbud, som var det økonomisk mest fordelagtige.«

– »Den sagsøgte enhed har gjort gældende, at fristen for udførelsen af bygge- og anlægskontrakten i henhold til den indgåede finansieringskontrakt (jf. punkt 1 ovenfor) er den 31. december 2025, idet de nævnte europæiske midler i modsat fald går tabt.«

– »Den er af den opfattelse, at der, hvis den automatiske opsættende virkning, der er blevet anerkendt i den foreliggende sag i henhold til artikel 25-A, stk. 1, i lov nr. 30/2021 […] (som affattet ved lov nr. 43/2024 […]), vil være alvorlig risiko for at miste den pågældende europæiske finansiering, eftersom det vil være umuligt at udføre kontrakten rettidigt.«

11. Den beskrivelse af de relevante faktiske omstændigheder, som fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse i sag C-267/25, svarer til den, der er anført i sag C-266/25.

[6] – »Empreitada de Construção da Central Fotovoltaica Flutuante da Estação Elevatória dos Álamos« (bygge- og anlægskontrakt om opførelse af det flydende solcelleanlæg ved løftestationen i Os Álamos).

[7] – »Empreitada de Construção das Centrais Fotovoltaicas Flutuantes da Estação Elevatória de S. Pedro e da Estação Elevatória de S. Matias« (bygge- og anlægskontrakt om opførelse af de flydende solcelleanlæg ved løftestationen i S. Pedro og løftestationen i S. Matias).

12. Før den træffer afgørelse i de to sager om den opsættende virkning på forvaltningsakten om tildeling, har Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (domstolen i forvaltnings- og skatteretlige sager i Porto) forelagt Domstolen følgende spørgsmål, som er identiske i de to sager:

»1) Er den midlertidige ophævelse af den automatiske opsættende virkning uden høring af modparten, som er fastsat i artikel 25-A, stk. 2 og 3, i lov nr. 30/2021 […], som affattet ved lov nr. 43/2024 […], forenelig med artikel 2d i [direktiv 2007/66], når sidstnævnte bestemmelse fortolkes således, at ophævelsen af denne virkning i alle tilfælde er betinget af en høring af modparten og en forudgående vurdering af realiteten med hensyn til alle aspekter ved den afgørelse, der skal træffes?

2) Skal denne artikel 2d i det nævnte direktiv fortolkes således, at denne bestemmelse ikke er til hinder for en national lovgivning, hvorefter den økonomiske interesse i forbindelse med et eventuelt tab af europæiske midler som følge af en forsinkelse i udførelsen af et finansieret projekt udgør et tvingende alment hensyn, som begrunder en ophævelse af den automatiske opsættende virkning? I betragtning af de interesser, som anvendelsen af den automatiske opsættende virkning har til formål at sikre, er et rent økonomisk tab da en uforholdsmæssig konsekvens, som er forenelig med artikel 2d, stk. 3, andet afsnit?«

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

13. Anmodningerne om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 8. april 2025.

14. Edia, I-Sete, den tjekkiske og den portugisiske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Med undtagelse af den tjekkiske regering deltog alle disse parter i retsmødet den 5. marts 2026.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

15. Med henblik på en bedre forståelse af tvisterne finder jeg det hensigtsmæssigt at redegøre for det væsentligste indhold i den ordning, der blev indført ved artikel 25-A i lov nr. 30/2021, som ændret i 2024, og som indebærer følgende:

– I den indledende fase har rettidig indgivelse af en klage med hastekarakter over en beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt automatisk opsættende virkning på denne tildeling[8].

– I den anden (og eventuelle) fase kan den sagsøgte enhed[9] anmode retten om midlertidig ophævelse af den opsættende virkning uden høring af modparten. Retten skal imødekomme denne anmodning, hvis den summarisk fastslår, at der er risiko for at miste den europæiske finansiering, i hvilken forbindelse det er tilstrækkeligt, at ansøgeren vedlægger et dokument, som godtgør beslutningen om at finansiere det projekt, som kontrakten er omfattet af. I så fald ophæves den oprindeligt indrømmede opsættende virkning midlertidigt.

[8] – Faktisk synes denne fase ikke at frembyde nogen særlige kendetegn i forhold til den generelle ordning, der er fastsat i artikel 103-A i lov om forvaltningsretspleje.

[9] – I bestemmelsen henvises der kun til »den sagsøgte enhed«, et udtryk som jeg vil anvende i det følgende i lighed med »den ordregivende myndighed«.

– I den tredje fase, efter at afgørelsen om *midlertidig* ophævelse af den automatiske opsættende virkning er blevet meddelt sagsøgeren, kan denne anmode om opretholdelse (rectius, genopretning) af den opsættende virkning, idet denne anmodning skal fremsendes til den ordregivende myndighed.

– Endelig træffer retten afgørelse om spørgsmålet om foreløbige forholdsregler, i hvilken forbindelse den ophæver den opsættende virkning, når det efter en behørig afvejning af alle de foreliggende offentlige og private interesser fastslås, at de skader, som en opretholdelse af den opsættende virkning vil medføre, er større end dem, der kan følge af en ophævelse.

B. EU-retlige bestemmelser, der finder anvendelse

16. Den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål vedrører fortolkningen af artikel 2d i direktiv 89/665.

17. I forbindelse med fastsættelsen af regler om klageprocedurer i forbindelse med indgåelsen af offentlige kontrakter omhandler artikel 2d i direktiv 89/665 retsvirkningen »uden virkning« af disse kontrakter efter deres indgåelse. Blandt de grunde, som kan medføre, at de er uden virkning, fastsætter denne artikels stk. 1, litra b), overtrædelse af visse bestemmelser (i samme direktiv), hvis en tilbudsgiver ved denne overtrædelse er blevet frataget muligheden for at iværksætte retslige skridt forud for indgåelsen af kontrakten.

18. Artikel 2d vedrører således fasen *efter kontraktens indgåelse*. Denne bestemmelse forudsætter, at den offentlige kontrakt allerede er blevet indgået, og at den er uden virkning, fordi den er behæftet ved visse mangler.

19. I de to sager, som anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører, drejer uenigheden sig imidlertid om spørgsmål vedrørende de midlertidige forholdsregler, der er omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665. Den nationale bestemmelse, hvis forenelighed med dette direktiv er blevet bestridt (dvs. artikel 25-A i lov nr. 30/2021, som ændret i 2024), vedrører fasen *forud for kontraktens indgåelse*, således som det fremgår af dens overskrift.

20. Dermed finder artikel 2d i direktiv 89/665 ikke anvendelse på forløbet i forbindelse med de foreløbige foranstaltninger, hvorom der er blevet anmodet, over for forvaltningsakten om tildeling af en kontrakt, foranstaltninger, som er reguleret ved dette direktivs artikel 2.

21. Navnlig fastsætter artikel 2 i direktiv 89/665 regler om hasteproceduren for anmodning om midlertidige foranstaltninger (stk. 1), automatisk suspension af beslutningen om tildeling (stk. 3) og beføjelserne for den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, til at træffe eller afvise at træffe de midlertidige foranstaltninger (stk. 5).

22. De præjudicielle spørgsmål skal følgelig behandles med udgangspunkt i artikel 2 i direktiv 89/665, idet det dog ved undersøgelsen heraf kan være nyttigt at inddrage samme direktivs artikel 2d.

C. Det første præjudicielle spørgsmål

23. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt »den automatiske opsættende virkning uden høring af modparten, som er fastsat i artikel 25-A, stk. 2 og 3, i lov nr. 30/2021 […], som affattet ved lov nr. 43/2024 […]«, er forenelig med direktiv 89/665.

24. I henhold til artikel 25-A, stk. 2 og 3, i lov nr. 30/2021 ophæver retten uden forudgående høring af modparten midlertidigt den automatiske opsættende virkning, når den sagsøgte enhed anmoder herom med henvisning til risikoen for at miste finansieringen af kontrakten.

25. Artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 89/665 forpligter medlemsstaterne til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der *effektivt* kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2 til 2f i dette direktiv.

26. I forbindelse med formålet om at »sikre adgangen til effektive retsmidler […] i overensstemmelse med chartrets artikel 47, første og andet afsnit« [10] har Domstolen fastslået, at de berørte parter skal gives en »reel mulighed for at indgive en klage, *herunder bl.a. en begæring om foreløbige forholdsregler*«, frem til tidspunktet for kontraktens indgåelse [11].

27. Artikel 2, stk. 3, i direktiv 89/665 fastsætter, at en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt skal indbringes for »et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed« [12]. Indbringelsen af denne klage er til hinder for, at den ordregivende myndighed kan indgå kontrakten.

28. Medlemsstatens lovgivning skal nemlig i henhold til artikel 2, stk. 3, i direktiv 89/665 sikre, at den ordregivende myndighed først kan indgå kontrakten, når den nævnte klageinstans i første instans har truffet afgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage. Denne suspension ophører tidligst ved udløbet af den standstill-periode, der er omhandlet i andre bestemmelser i direktiv 89/665 [13].

29. I henhold til artikel 2, stk. 4, i direktiv 89/665 er den i artikel 2, stk. 3, omhandlede situation et af de tilfælde, hvor klageproceduren har automatisk opsættende virkning.

30. Den omtvistede nationale lovgivning respekterer i første omgang den automatiske opsættende virkning på forvaltningsakten om tildeling: Den blotte indbringelse af en klage over denne forvaltningsakt (inden for ti hverdage efter, at den er blevet meddelt) medfører ex lege, at forvaltningsakten om tildeling midlertidigt fratages sine virkninger.

31. Problemet opstår, når en ordregivende myndighed (den »sagsøgte enhed«) *reagerer* på den opsættende virkning af forvaltningsakten om tildeling ved at gøre gældende, at der, eftersom der er tale om en kontrakt, der finansieres eller medfinansieres med europæiske midler, er risiko for at miste denne finansiering.

[10] – 36. betragtning til direktiv 2007/66.

[11] – Kendelse af 23.4.2015, Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), EU:C:2015:275), præmis 29, med henvisning til dom af 11.9.2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), præmis 60. Min fremhævelse.

[12] – Vedrørende denne bestemmelse henviser jeg til mit forslag til afgørelse CROSS Zlín (C-303/22, EU:C:2023:652), punkt 44 ff.

[13] – Ordningen for standstill-perioden er detaljeret fastsat i artikel 2a.

32. I dette tilfælde *forpligter* den omtvistede lovgivning retten til midlertidigt at ophæve den opsættende virkning uden forudgående høring af den person, der indbragte den klage, som udløste denne opsættende virkning [14]. Endvidere sker den obligatoriske ophævelse af den opsættende virkning uden nogen undersøgelse af de foreliggende interesser.

33. Det første præjudicielle spørgsmål er ikke blot fokuseret på ophævelsen af den automatiske opsættende virkning, som allerede er opnået, men også på den manglende forudgående høring (i denne anden fase af proceduren for foreløbige forholdsregler) af den person, der har indbragt klagen og opnået den automatiske opsættende virkning på forvaltningsakten om tildeling.

34. Jeg vil foretage en særskilt undersøgelse af de to aspekter af den omtvistede bestemmelse: a) ophævelsen af den automatiske opsættende virkning som sådan og b) sagsøgerens manglende deltagelse i proceduren om foreløbige forholdsregler.

1. Ophævelsen af den automatiske opsættende virkning

35. Hvad angår ophævelsen af den automatiske opsættende virkning på forvaltningsakten om tildeling har jeg allerede forklaret, at artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 89/665 fastsætter, at en anfægtelse af forvaltningsakten om tildeling af kontrakten har automatisk opsættende virkning på denne forvaltningsakt [15].

36. Den opsættende virkning skal opretholdes (for at sikre, at den ordregivende myndighed ikke kan indgå kontrakten), indtil klageinstansen »har truffet afgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage« (artikel 2, stk. 3, i direktiv 89/665).

37. Bevæggrunden for denne bestemmelse er den fuldstændige retsbeskyttelse, som skal sikres før kontraktens indgåelse i henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665, »på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør« [16]. Det muliggøres således, at tilbudsgiverne har reel mulighed for effektivt at indbringe en klage og ikke blot a posteriori stilles over for et fait accompli [17].

38. Ved den omtvistede lovgivning indføres der imidlertid en regel, som undergraver den automatiske opsættende virkning af beslutningen om tildeling, idet den erstattes med en anden regel med det modsatte indhold: Den automatiske opsættende virkning ophæves, før det kompetente organ har truffet afgørelse om anmodningen om midlertidige foranstaltninger eller om klagen, hvis den ordregivende myndighed anmoder herom (og gør gældende, at den europæiske finansiering af kontrakten kan gå tabt).

[14] – Denne forpligtelse for retten opstår, når to formelle betingelser er opfyldt: at der reageres inden for en bestemt frist (ti hverdage efter meddelelsen om tildelingen), og at der vedlægges et dokument, som godtgør beslutningen om at finansiere projektet.

[15] – Artikel 2, stk. 4, i direktiv 89/665 er kategorisk: »Klageprocedurerne skal ikke nødvendigvis automatisk have opsættende virkning for de procedurer for indgåelse af kontrakter, som de vedrører, jf. dog stk. 3 og artikel 1, stk. 5.« Ved en modsætningsslutning er den opsættende virkning af klagen dermed automatisk i det tilfælde, der er omhandlet i artikel 2, stk. 3, i direktiv 89/665.

[16] – Dom af 11.9.2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), præmis 34 og 59.

[17] – I retsmødet påpegede den portugisiske regering, at den tilbudsgiver, som ikke er blevet valgt, altid har mulighed for at gøre et økonomisk ansvar gældende for at opnå erstatning for den skade, vedkommende har lidt som følge af kontraktens udførelse. I denne henseende anførte Kommissionen, at artikel 2 i direktiv 89/665 ikke blot pålægger medlemsstaterne at påse, at personer, der har lidt skade som følge af en overtrædelse, modtager erstatning, men også at der hurtigst muligt og som hastesag træffes midlertidige foranstaltninger for at bringe overtrædelsen til ophør. Hvis hensynet til risikoen for at miste europæisk finansiering blev givet forrang, ville artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665, sammenholdt med samme artikels stk. 5, være uden indhold: Det fremgår af disse to bestemmelser, at der ved vedtagelsen af disse midlertidige foranstaltninger skal foretages en afvejning af alle de interesser, der eventuelt måtte have lidt skade.

39. Selv om forelæggelsesafgørelsen ikke udtrykker det med disse ord, er meningen med reglen om »ophævelse af den automatiske opsættende virkning«, i det omfang den har en mening, at fremme indgåelsen af kontrakten fra dette tidspunkt uden at afvente den efterfølgende afgørelse, som træffes af klageinstansen (sædvanligvis en ret). Den eneste hindring for, at den ordregivende myndighed kunne indgå denne kontrakt med den af denne myndighed valgte tilbudsgiver, var den automatiske opsættende virkning, der bortfalder som følge den ordregivende myndigheds reaktion herpå.

40. I retsmødet bekræftede alle parterne (også den portugisiske regering og den ordregivende myndighed), at ophævelsen af den automatiske opsættende virkning gør det muligt for den ordregivende myndighed at indgå kontrakten[18]. Denne konstatering indebærer, således som Kommissionen og den tjekkiske regering med rette har anført, at den omtvistede bestemmelse ikke er forenelig med artikel 2 i direktiv 89/665.

41. Intet i direktiv 89/665 hjemler, at der i national lovgivning indføres en fravigelse af dette omfang af det udtrykkelige krav om, at klagen over beslutningen om tildeling har automatisk opsættende virkning på gennemførelsen heraf, indtil klageinstansen har truffet afgørelse om anmodningen om midlertidige foranstaltninger eller om klagen.

42. Den omtvistede bestemmelse medfører som før nævnt en omvending af påbuddet i artikel 2 i direktiv 89/665: Den heri fastsatte ordning erstattes med en anden, som indebærer en radikal forandring af klagens automatiske virkning. Den automatiske karakter af den oprindelige opsættende virkning ændres til en automatisk ophævelse af denne opsættende virkning.

43. Det skal desuden tages i betragtning, at klageorganet i henhold til den omtvistede bestemmelse ikke har nogen skønsmargen til på dette tidspunkt at beslutte, om den automatiske opsættende virkning skal ophæves eller ej: Det er som allerede nævnt tilstrækkeligt, at den ordregivende myndighed rettidigt anmoder herom og vedlægger et dokument, som godtgør beslutningen om at finansiere projektet. I denne fase af proceduren for midlertidige foranstaltninger kan klageorganet således ikke selv foretage en afvejning af de foreliggende offentlige og private interesser.

44. Den (relative) selvstændighed, som medlemsstaterne nyder ved fastlæggelsen af de nærmere regler for klageproceduren, inden for de ved direktiv 89/665 fastlagte grænser, kan ikke tilsidesætte en præceptiv bestemmelse i dette direktiv, såsom den bestemmelse, der foreskriver, at indbringelsen af en klage har automatisk opsættende virkning, indtil klageorganet har truffet afgørelse.

2. Høring af klageren i denne fase af proceduren for midlertidige foranstaltninger

45. Den omtvistede nationale bestemmelses uforenelighed med artikel 2 i direktiv 89/665 forstærkes yderligere af det forhold, at ophævelsen af den automatiske opsættende virkning sker inaudita alter aparte, dvs. uden at klageren kan fremsætte bemærkninger om den ordregivende myndigheds anmodning.

[18] – Den portugisiske regering påpegede, at ophævelsen af den automatiske opsættende virkning gør det muligt at videreføre proceduren for undertegnelsen af kontrakten, at indgå den og udføre den. Den tilføjede dog, at disse handlinger i praksis tager et vist stykke tid, hvorfor det i visse tilfælde har været muligt at træffe afgørelse om realiteten med hensyn til den midlertidige foranstaltning, hvorom der er anmodet.

46. Sagsøgerens manglende deltagelse i denne del af proceduren er uforenelig med de grundlæggende regler for klageprocedurer, som er fastsat i direktiv 89/665.

47. Den portugisiske regering har gjort gældende, at ingen af de nye stykker i artikel 2 i direktiv 89/665 kræver, at sagsøgeren høres, når retten afslår at anordne en midlertidig foranstaltning, såsom suspension af proceduren for tildeling [19]. Den har tilføjet, at denne artikel tillægger medlemsstaterne en skønsbeføjelse til at afgøre, om, og på hvilket tidspunkt, sagsøgeren kan deltage i tilfælde, hvor retten finder, at det skal afslås at iværksætte midlertidige foranstaltninger [20].

48. Efter min opfattelse er denne tilgang ikke korrekt: Her er der netop tale om tilsidesættelse af en væsentlig garanti i forbindelse med klagen, som er fastsat i artikel 2 i direktiv 89/665 (dvs. den automatiske opsættende virkning på tildelingen af kontrakten, som indtræder på sagsøgerens initiativ). Hvis den ordregivende myndighed anfægter denne opsættende virkning og anmoder om, at den ophæves, indebærer de krav, der følger af det processuelle kontradiktionsprincip, at modparten skal høres, før retten træffer afgørelse om dette spørgsmål.

49. Det kan muligvis hævdes, at sagsøgerens deltagelse er fastsat i artikel 25-A, stk. 5, 6 og 7, i lov nr. 30/2021, hvilket i en vis forstand kunne udgøre et middel til at afhjælpe dennes (obligatoriske) manglende deltagelse i den foregående fase. Den portugisiske regering har kvalificeret dette retsmiddel som en »udskudt kontradiktionsmekanisme« [21].

50. Efter min opfattelse er en ex post-deltagelse, hvorved sagsøgeren anmoder om genoprettelse af den automatiske opsættende virkning, efter at den er blevet ophævet, uden at vedkommende var til stede, ikke tilstrækkelig til at afhjælpe den alvorlige processuelle mangel, som er beskrevet ovenfor.

51. Jeg påpeger, at den *udskudte kontradiktion*, som den portugisiske regering har henvist til, ikke kan erstatte sagsøgerens forudgående deltagelse, idet det er sagsøgeren, der er ophavsmanden til den anmodning, hvis indgivelse har automatisk opsættende virkning på forvaltningsakten om tildeling. Sagsøgeren skal som minimum gives mulighed for at fremsætte sine argumenter, *inden* der træffes afgørelse om ophævelse af denne opsættende virkning.

52. Under alle omstændigheder er det uforståeligt, hvorfor de processuelle skridt, der er omhandlet i artikel 25-A, stk. 5, 6 og 7, i artikel 25-A i lov nr. 30/2021, ikke kan gennemføres, når den ordregivende myndighed har indgivet sin anmodning om ophævelse af den opsættende virkning [22]. Denne anmodning ville i så fald blive forelagt sagsøgeren, som kunne fremsætte argumenter for en opretholdelse af den opsættende virkning.

53. I henhold til artikel 103-A i lov om forvaltningsretspleje, som fastsætter den almindelige ordning for automatisk opsættende virkning af forvaltningsretlige søgsmål, der indgives forud for kontraktens indgåelse, har sagsøgeren faktisk en kort frist (på fem dage) til at besvare den af modparten indgivne anmodning om ophævelse af den automatiske opsættende virkning på forvaltningsakten om tildeling af kontrakten. På denne måde overholdes det grundlæggende kontradiktionsprincip.

[19] – Punkt 23 i den portugisiske regerings skriftlige indlæg.

[20] – Punkt 24 i den portugisiske regerings skriftlige indlæg.

[21] – Punkt 25 i den portugisiske regerings skriftlige indlæg.

[22] – I retsmødet gav den portugisiske regering kun den enlige (og utilfredsstillende) forklaring på denne foranstaltning, at den letter proceduren.

54. I retsmødet anførte EDIA og den portugisiske regering, at de nye regler tilgodeser ønsket om at harmonisere den frist for indgåelse af kontrakten (på 30 dage), der er fastsat i den almindelige lovgivning om offentlige kontrakter, og den frist, der er fastsat for afgørelsen om de midlertidige foranstaltninger vedrørende endelig ophævelse eller opretholdelse af den opsættende virkning på forvaltningsakten om tildeling [23].

55. Ud over at dette argument fortsat ikke forklarer, hvorfor modparten ikke skal høres på forhånd (det ville være tilstrækkeligt at fordele fristerne mellem den ordregivende myndighed og klageren), frembyder denne model en vis mangel på sammenhæng: Så vidt det fremgår af en sammenligning af de to procedurers varighed, varer den ekstraordinære procedure i artikel 25-A i lov nr. 30/2021 28 dage, mens den almindelige procedure, der er fastsat i lov om forvaltningsretspleje (som afhænger af, hvor hurtigt den ordregivende myndighed indgiver sin anmodning om ophævelse af den automatiske opsættende virkning), kan afgøres på blot 13 dage, hvilket omfatter de dage, hvor modparten høres.

3. Foreløbig konklusion

56. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at det første præjudicielle spørgsmål besvares benægtende: En national lovgivning, som kræver midlertidig ophævelse af den automatiske opsættende virkning af indbringelsen af en klage over forvaltningsakten om tildeling af en kontrakt a) uden høring af den sagsøger, som anmoder om suspension af den nævnte forvaltningsakt, og b) uden at retten har mulighed for på dette tidspunkt at afveje de foreliggende offentlige og private interesser, er ikke forenelig med artikel 2 i direktiv 89/665.

D. Det andet præjudicielle spørgsmål

57. Den forelæggende ret ønsker med første del af dette spørgsmål oplyst, om »[…] den økonomiske interesse i forbindelse med et eventuelt tab af europæiske midler som følge af en forsinkelse i udførelsen af et finansieret projekt udgør et tvingende alment hensyn, som begrunder en ophævelse af den automatiske opsættende virkning«.

58. Besvarelsen af det således affattede spørgsmål afhænger af, hvilket tidspunkt i proceduren det tager sigte på:

– Hvis det henviser til den anden fase i proceduren forud for kontraktens indgåelse (dvs. ophævelsen af den opsættende virkning inaudita alter aparte, og uden at retten har skønsmargen til at afveje både offentlige og private interesser), har jeg allerede givet svaret i forbindelse med den forelæggende rets første spørgsmål: Denne mekanisme er ganske enkelt ikke i overensstemmelse med direktiv 89/665.

– Hvis spørgsmålet derimod vedrører betydningen af risikofaktoren (det eventuelle tab af projektets europæiske finansiering) for den endelige afgørelse fra det organ, som skal træffe afgørelse om midlertidige foranstaltninger, efter at procedurerne i artikel 25-A, stk. 5, 6 og 7, i lov nr. 30/2021 er gennemført, foreligger der et andet scenarie, som kræver en mere detaljeret undersøgelse.

[23] – Argumentationen tager udgangspunkt i den præmis, at de portugisiske retter strengt overholder de processuelle frister og træffer afgørelse om de midlertidige foranstaltninger inden for den frist på 30 dage, som er fastsat i lovgivningen om offentlige kontrakter. I-Sete afviste, at dette faktisk sker i praksis.

59. De følgende betragtninger vedrører dette sidstnævnte scenarie.

60. Artikel 2, stk. 5, i direktiv 89/665 giver mulighed for, at klageorganet tager hensyn til de sandsynlige konsekvenser af de midlertidige foranstaltninger på *alle* de interesser, som kan skades [24].

61. Disse interesser omfatter følgende: a) interesserne for de ikke-valgte tilbudsgivere, som ønsker, at den offentlige kontrakt ikke indgås, og b) de generelle interesser, både i opretholdelse af hurtige procedurer for tildeling af offentlige kontrakter og forvaltningens effektivitet eller i at undgå, at en kilde til finansiering af denne kontrakt går tabt.

62. I henhold til artikel 2, stk. 5, i direktiv 89/665 skal det organ, som træffer endelig afgørelse om de midlertidige foranstaltninger, afveje de foreliggende offentlige og private interesser. Med denne bestemmelse havde EU-lovgiver som før nævnt til hensigt at forene den udelukkede tilbudsgivers interesser med interesserne for den ordregivende myndighed (samt den allerede valgte tilbudsgiver) og de øvrige offentlige interesser.

63. Ifølge den portugisiske regering forfølger den omtvistede lovgivning et alment hensyn, der er anerkendt af Unionen, nemlig at sikre hurtigheden af procedurerne for tildeling med henblik på at gennemføre projekter af strategisk betydning for den nationale udvikling før den 31. december 2025 og således bevare den europæiske finansiering, som Den Portugisiske Republik er blevet tildelt til disse projekter.

64. Der er ingen tvivl om, at hurtigheden af de offentlige udbudsprocedurer er et legitimt alment hensyn [25]. Det er imidlertid ikke det eneste og skal heller ikke gives forrang i ethvert tilfælde.

65. Det er ligeledes legitimt, at de portugisiske myndigheder, herunder den lovgivende magt, tilstræber at undgå, at den europæiske finansiering, der ydes til visse kontrakter, som finansieres på denne måde, går tabt. Det potentielle økonomiske tab som følge af risikoen for at miste europæisk finansiering udgør en offentlig interesse, som klageorganet skal tage hensyn til ved sin vurdering i henhold til artikel 2, stk. 5, i direktiv 89/665.

66. Det afgørende er imidlertid, at klageorganet fortsat har beføjelse til at afveje de foreliggende interesser, uden at risikoen for at miste den europæiske finansiering kan udgøre den *eneste* grund til at indrømme en ophævelse af den opsættende virkning på forvaltningsakten om tildeling af kontrakten.

67. Jeg er enig med den tjekkiske regering [26] i, at selv om det sandsynlige tab af europæisk finansiering kan suppleres med andre betragtninger vedrørende den sammenhæng, som kontrakten indgår i (f.eks. dens kritiske betydning for forsvaret, sikkerheden eller udviklingen af essentiel infrastruktur), kan klageorganet efter en individuel vurdering som omhandlet i artikel 2, stk. 5, i direktiv 89/665 fastslå, at disse offentlige interesser er mere tungtvejende end de øvrige interesser for tilbudsgiverne og lovligt ophæve den opsættende virkning.

[24] – Dom af 18.1.2024, CROSS Zlín (C-303/22, EU:C:2024:60), præmis 61 og 62.

[25] – »Interessen i, at offentlige kontrakter kan indgås uden uforholdsmæssigt store forsinkelser, udgør en sådan almen interesse« (dom af 18.1.2024, CROSS Zlín, C-303/22, EU:C:2024:60, præmis 62). Med hensyn til forpligtelsen til at oplyse de berørte parter tilstrækkelig klart om den ordning for klagefrister for visse af den ordregivende myndigheds afgørelser har Domstolen dog bemærket, at »[m]anglen på en sådan oplysning […] ikke [kan] berettiges af målet om procedurens hurtighed« (dom af 28.1.2010, Kommissionen mod Irland, C-456/08, EU:C:2010:46, præmis 63).

[26] – Punkt 18 i den tjekkiske regerings skriftlige indlæg.

68. På baggrund af disse betragtninger udelukker jeg, at risikoen for tab af finansiering udgør et tvingende alment hensyn, som altid og pr. definition tynger vægtskålen på den ordregivende myndigheds side til ugunst for dem, der påklager dens afgørelser [27].

69. Hvis beskyttelsen af den offentlige interesse, der består i sikring af europæiske midler, havde absolut forrang, kunne dette fremme opportunistisk adfærd fra de ordregivende myndigheders side, som med henvisning til denne interesse kunne være fristet til ulovligt at tildele offentlige kontrakter med henblik på gennemførelsen af projekter, der finansieres på denne måde, med vished om, at deres forvaltningsakter om tildeling aldrig ville blive suspenderet.

70. Fortolket på denne måde er artikel 25-A, stk. 8, i lov nr. 30/2021 (der som allerede nævnt gengiver indholdet af artikel 103-A, stk. 4, i lov om forvaltningsretspleje) ikke uforenelig med artikel 2, stk. 5, i direktiv 89/665. Den nationale bestemmelse tillægger det organ, som skal træffe afgørelse om de midlertidige foranstaltninger, beføjelse til behørigt at afveje alle de foreliggende offentlige og private interesser for at vurdere, om de skader, som en opretholdelse af den opsættende virkning vil medføre, er større end dem, der kan følge af en ophævelse.

71. Ved denne bedømmelse kan klageorganet uden tvivl foretage en vurdering af periculum in mora (som konkretiseres i risikoen for, at finansieringen går tabt som følge af forsinkelsen), men også af de øvrige faktorer, som sædvanligvis tages i betragtning, når der træffes afgørelse om midlertidige foranstaltninger. Blandt disse sidstnævnte faktorer skal det vurderes, om den tilbudsgiver, hvis forslag ikke er blevet valgt, er berettiget til at gøre indsigelse.

72. På dette sted er det hensigtsmæssigt at genoverveje, om artikel 2d, stk. 3, i direktiv 89/665 kan være nyttig for besvarelsen af første del af det andet præjudicielle spørgsmål.

73. Efter ændringen ved direktiv 2007/66/EF [28] tillader direktiv 89/665 (21. [29] og 22. [30] betragtning til direktiv 2007/66 og artikel 2d og 2e i det ændrede direktiv 89/665), at der i forbindelse med kontrakter, der som udgangspunkt burde erklæres for uden virkning på grund af deres ulovlige grundlag, »anerkende[s] visse af eller alle dens tidsmæssige virkninger«, dvs. at kontraktens virkninger opretholdes, med forbehold af skadeserstatninger og pålæggelse af de behørige sanktioner [31].

74. Som jeg allerede har påpeget, finder artikel 2d i direktiv 89/665 anvendelse på fasen efter kontraktens indgåelse og ikke fasen forud for dens indgåelse. De heri fastsatte bestemmelser kan derfor ikke udstrækkes til den ordning for midlertidige foranstaltninger, der er omhandlet i samme direktivs artikel 2.

[27] – I retsmødet anførte den portugisiske regering, efter at have påpeget, at afvejningen omfatter alle de involverede interesser, at visse retter lægger afgørende vægt på risikoen for tab af europæisk finansiering eller medfinansiering. I-Sete forklarede, at retterne, hvor de tidligere foretog en fuldstændig afvejning, nu finder, at risikoen for tab af europæisk finansiering er en ekstraordinær omstændighed, som skal gives forrang.

[28] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 (EUT 2007, L 335, s. 31).

[29] – – »Det kan […] bestemmes i national ret, at f.eks. samtlige kontraktlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft (ex tunc), eller at annulleringens omfang omvendt begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt (ex nunc).«

[30] – »[M]edlemsstaterne [kan] give den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, mulighed for *ikke at anfægte kontrakten eller for at anerkende visse af eller alle dens tidsmæssige virkninger*, når væsentlige hensyn til almenhedens interesser i ganske særlige tilfælde tilsiger det. I disse tilfælde bør der i stedet anvendes alternative sanktioner […].« Min fremhævelse.

[31] – Jeg gentager her mine betragtninger i forslaget til afgørelse CROSS Zlín (C-303/22, EU:C:2023:652), punkt 80.

75. Hvis det på trods heraf måtte ønskes at finde et styrende kriterium i indholdet af artikel 2d, stk. 3, i direktiv 89/665, skal det tages i betragtning, at denne bestemmelse:

– tillader, at det undlades at betragte en kontrakt som værende uden virkning, selv om den er tildelt ulovligt, såfremt visse væsentlige hensyn til almenhedens interesser *gør det nødvendigt* at opretholde kontraktens virkninger

– kun anerkender økonomiske interesser som væsentlige hensyn (til almenhedens interesser) med henblik på opretholdelsen af kontraktens virkning, hvis det i ganske særlige tilfælde ville have uforholdsmæssige konsekvenser, at kontrakten bliver uden virkning.

76. Kriterierne i artikel 2d, stk. 3, i direktiv 89/665 har til formål at gøre det muligt under visse betingelser at opretholde virkningerne af en kontrakt, som er tildelt ulovligt. Tilsvarende finder de ikke anvendelse på en situation, hvor retten kan suspendere virkningerne af tildelingen, før kontrakten er indgået.

77. Denne del af min besvarelse hænger sammen med den problemstilling, som den forelæggende ret har påpeget i sit andet præjudicielle spørgsmål: »[E]r et rent økonomisk tab […] en uforholdsmæssig konsekvens, som er forenelig med artikel 2d, stk. 3, andet afsnit[, i direktiv 89/665]?«

78. Idet der af de grunde, som jeg allerede har anført, ses bort fra henvisningen til artikel 2d i direktiv 89/665, tilkommer det klageorganet at foretage afvejningen af de foreliggende offentlige og private interesser i lyset af alle omstændighederne i det enkelte tilfælde. Der findes ingen abstrakt løsning, som kan generaliseres med henblik på at afgøre, om den ene eller den anden mulighed (ophævelse af den opsættende virkning eller opretholdelse af denne opsættende virkning, indtil der er truffet afgørelse om klagen over tildelingen af kontrakten) er mere eller mindre passende.

V. Forslag til afgørelse

79. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at de præjudicielle spørgsmål fra Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (domstolen i forvaltnings- og skatteretlige sager i Porto, Portugal) besvares således:

»Artikel 2, stk. 3, 4 og 5, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter

skal fortolkes således, at

denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, som alene med den begrundelse, at en kontrakt er genstand for europæisk finansiering eller medfinansiering, pålægger den nationale ret på den ordregivende myndigheds anmodning midlertidigt at ophæve den automatiske opsættende virkning af en klage, som er indbragt mod en beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt, og

ikke er til hinder for en national lovgivning, som giver den ret, der træffer afgørelse om midlertidige foranstaltninger, beføjelse til at foretage en behørig afvejning af alle de foreliggende offentlige og private interesser med henblik på at vurdere, om de skader, som en opretholdelse af

den opsættende virkning vil medføre, er større end dem, der kan følge af en ophævelse. Der er intet til hinder for, at disse offentlige interesser – som en yderligere vurderingsfaktor, der ikke nødvendigvis har forrang – omfatter interessen i at undgå, at den europæiske finansiering eller medfinansiering af det bygge- og anlægsprojekt, som kontrakten vedrører, går tabt.«