FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 13. juni 2002 [1]

1. I den foreliggende sag har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber anlagt sag med påstand om, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 1 og 2 i direktiv 89/665/EØF [2] ved ikke at have foretaget en korrekt og fuldstændig gennemførelse af de nævnte bestemmelser i sin nationale retsorden, idet de nationale gennemførelsesbestemmelser udelukker

— a priori offentlige organer med privatretlig status fra disse bestemmelsers anvendelsesområde

— muligheden for at anfægte alle de afgørelser, som træffes af de ordregivende myndigheder som led i fremgangsmåden ved indgåelse af en offentlig kontrakt, og

— muligheden for, at der kan træffes alle passende retsbevarende foranstaltninger i forbindelse med de afgørelser, der træffes af de ordregivende myndigheder, ved at stille krav om, at der forinden skal have været rejst realitetssøgsmål mod ulovlige afgørelser.

I — Relevante retsforskrifter

De fællesskabsretlige bestemmelser

2. Direktiv 89/665 har til formål at sikre den effektive anvendelse af direktiverne om offentlige kontrakter [3], navnlig direktiv 71/305/EØF [4], ophævet og erstattet af direktiv 93/37/EØF [5], direktiv 77/62/EØF [6], ophævet og erstattet af direktiv 93/36/EØF [7] samt direktiv

1 — Originalsprog: fransk.

2 — 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 L 395, s. 33, herefter »klagedirektivet«).

3 — Jf. første, tredje og fjerde betragtning.

4 — Rådets direktiv af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 I, s. 613).

5 — Rådets direktiv af 14.6.1993 (EFT L 199, s. 54).

6 — Rådets direktiv af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1).

7 — Rådets direktiv af 14.6.1993 (EFT L 199, s. 1).

92/50/EØF[8]. Direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 koordinerer procedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbssamt bygge- og anlægskontrakter i medlemsstaterne.

3. Klagedirektivets artikel 1, stk. 1, som ændret ved artikel 41 i direktiv 92/50, foreskriver:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 7[9], med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der gennemfører denne ret.«

4. Klagedirektivets artikel 2, stk. 1, bestemmer:

»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.«

8 — Rådets direktiv af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1). Direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 omtales nedenfor som »proceduredirektiverne« eller »proceduredirektiverne inden for de såkaldte »traditionelle« sektorer« (vedrørende betydningen af sidstnævnte udtryk, se punkt 48 i dette forslag til afgørelse).

9 — Efter denne bestemmelse gælder følgende: »Medlemsstaterne påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt.«

5. Klagedirektivets artikel 2, stk. 8, fastsætter: »Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af den kompetente myndighed i første instans, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres [...]«

— der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter,

og

6. Begrebet »ordregivende myndigheder« er defineret i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37.

— som er en juridisk person,

og

7. I henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 93/37, der indholdsmæssigt reelt svarer til artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 og 93/36, skal der ved udtrykket »ordregivende myndigheder« forstås

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses tilsyn, eller hvortil staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet«.

»[...] staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer. Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

Den nationale lovgivning

8. Det personelle anvendelsesområde for den spanske lovgivning om offentlige kontrakter er defineret i artikel 1 i Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas [10], som omfatter alle lokale offentlige myndigheder, hvad enten det drejer sig om statslige myndigheder eller myndigheder i de selvstyrende regioner eller lokale myndigheder. Artikel 1, stk. 3, foreskriver følgende:

»Udbudsgivende virksomhed i overensstemmelse med denne lov skal ligeledes udøves af selvstændige organer i samtlige tilfælde og andre offentligretlige enheder, som er selvstændige juridiske personer, knyttet til en offentlig myndighed eller underlagt denne og som opfylder følgende kriterier:

a) er blevet oprettet med henblik på at tilgodese almene hensyn og ikke være af industriel eller kommerciel karakter

b) hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer, hvis drift er underlagt disse myndigheders tilsyn, eller hvor mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet er udpeget af offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer.«

9. Sjette tillægsbestemmelse i lov nr. 13/1995, med overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter i den offentlige sektor«, har følgende ordlyd:

»Erhvervsdrivende selskaber, hvori offentlige myndigheder eller disses selvstændige organer eller offentligretlige enheder direkte eller indirekte har en kontrollerende indflydelse, skal ved indgåelse af kontrakter overholde principperne om offentlighed og konkurrence, medmindre den opgave, der skal udføres, er uforenelig med disse principper.«

10. Efter at den foreliggende sag er blevet anlagt, har Kongeriget Spanien vedtaget en ny kodificeret udgave af ovennævnte lov [11], som blot sammenskriver og ordner de tidligere bestemmelser uden at ændre indholdet.

10 — BOE nr. 119 af 19.5.1995, s. 14601 (herefter »lov nr. 13/1995«).

11 — Det drejer sig om Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nr. 148 af 21.6.2000, s. 21775).

11. Hvad angår administrative klager bestemmer artikel 107 i Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, som ændret ved Ley 4/1999 [12], at direkte søgsmål kan rettes mod:

»[...] proceduremæssige foranstaltninger, såfremt de direkte eller indirekte afgør sagens realitet, ikke kan appelleres, ikke giver mulighed for at forsvare sig eller forårsager uoprettelig skade på legitime rettigheder eller interesser [...]«

12. Hvad angår forvaltningsretlige søgsmål foreskriver artikel 25, stk. 1, i Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [13] (lov om forvaltningsdomstole), der er affattet på samme måde som lov nr. 30/1992, følgende:

»En klage over en administrativ afgørelse kan antages til realitetsbehandling for så vidt angår bestemmelser af generel karakter og en offentlig myndigheds udtrykkelige og stiltiende afgørelser, som afslutter den administrative procedure, uanset om disse er endelige eller af proceduremæssig art, direkte eller indirekte afgør sagens realitet, ikke kan appelleres, ikke giver mulighed for at forsvare sig, eller som forårsager uoprettelig skade på legitime rettigheder eller interesser.«

13. Følgende foreskrives i artikel 111 i lov nr. 30/1992 under overskriften »Udsættelse af gennemførelsen«:

»1. Medmindre andet er bestemt, medfører indgivelse af en klage ikke, at gennemførelsen af den anfægtede retsakt udsættes.

2. Uanset bestemmelserne i stk. 1, kan det organ, der skal pådømme klagen, efter at have foretaget en tilstrækkelig begrundet afvejning af den skade, som en udsættelse vil påføre almenheden eller tredjemand og den skade, som klageren påføres ved, at den anfægtede retsakt får øjeblikkelig virkning, ex officio eller på begæring af klageren, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt i et af følgende tilfælde:

a) Gennemførelsen vil kunne forårsage uoprettelig skade eller skade, som vanskeligt kan erstattes.

b) Indsigelsen er begrundet i omstændigheder, der medfører ugyldighed [...]

12 — BOE nr. 12 af 14.1.1999, s. 1739 (herefter »lov nr. 30/1992«).

13 — BOE nr. 167 af 14.7.1998, s. 23516 (herefter »lov nr. 29/1998«).

3. Hvis det kompetente organ ikke har truffet udtrykkelig afgørelse vedrørende en begæring om udsættelse af gennemførelsen af retsakten ved udløbet af en frist på 30 dage fra indgivelse af begæringen, skal udsættelsen anses for indrømmet.«

14. Artikel 129 ff. i lov nr. 29/1998 indfører en ordning for hurtig vedtagelse af retsbevarende foranstaltninger. Artikel 129, stk. 1, er sålydende:

»De berørte parter kan på et hvilket som helst tidspunkt under proceduren begære vedtagelse af enhver foranstaltning, der kan sikre dommens fuldbyrdelse.«

15. I lovens artikel 136 bestemmes:

»1. I de tilfælde, der er omfattet af artikel 29 og 30, kan en retsbevarende foranstaltning træffes, medmindre det er åbenbart, at de situationer, der omfattes af disse artikler, ikke foreligger, eller at foranstaltningen er et alvorligt indgreb i almene eller tredjemands interesser, hvilket domstolen indgående skal vurdere.

2. I de tilfælde, der er omfattet af stk. 1, kan foranstaltningerne ligeledes begæres iværksat, før sag anlægges, idet begæringen prøves i overensstemmelse med bestemmelserne i foregående artikel. I dette tilfælde skal den berørte part anmode om en bekræftelse på dette, når sagen anlægges, hvilket skal ske inden for ti dage fra meddelelsen om vedtagelsen af retsbevarende foranstaltninger [...].

Anlægges der ikke sag, bliver de indrømmede foranstaltninger automatisk virkningsløse, og ansøgeren er forpligtet til at erstatte det tab og den skade, som den retsbevarende foranstaltning har forårsaget.«

16. Artikel 29 og 30 i lov nr. 29/1998 omfatter: a) tilfælde, hvor myndighederne i medfør af en bestemmelse, en kontrakt eller en retsakt er forpligtet til at præstere en bestemt ydelse til fordel for en eller flere navngivne personer, b) tilfælde, hvor myndighederne ikke fuldbyrder deres endelige afgørelser, eller c) tilfælde med embedsmisbrug.

II — Sagens gang

A — *Den administrative procedure*

17. Ved skrivelse af 18. december 1991 meddelte den spanske regering Kommissionen den gældende lovgivning, der ifølge den spanske regering sikrede gennemførel-

sen af klagedirektivet i national ret, nemlig Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (lov om forvaltningsdomstole) af 27. december 1956, Ley de Procedimiento Administrativo (lov om administrativ rekurs) af 18. juli 1958, Ley de Contratos del Estado (lov om offentlige kontrakter) samt den spanske forfatning.

18. Efter forskellige meningsudvekslinger mellem Kommissionens tjenestegrene og de spanske myndigheder i løbet af 1994 vedrørende spørgsmålet, om de nationale bestemmelser var i samklang med fællesskabsretten, fremsendte Kommissionen den 29. maj 1996 en åbningsskrivelse, da den ikke fandt de spanske myndigheders svar tilfredsstillende.

19. I denne skrivelse anfægter Kommissionen de spanske gennemførelsesforanstaltninger af følgende grunde:

— Den personkreds, der omfattes af bestemmelsernes anvendelsesområde, svarer ikke til direktivets.

— De såkaldte »proceduremæssige foranstaltninger« kan kun i undtagelsestilfælde gøres til genstand for et direkte søgsmål.

— For at der kan opnås udsat gennemførelse af en ulovlig forvaltningsakt, kræves der et realitetssøgsmål.

20. Som svar på åbningsskrivelsen gjorde den spanske regering den 9. oktober 1996 gældende, at for så vidt angik det første punkt indeholdt lov nr. 13/1995 en ordret gengivelse af begrebet »offentligretlige organer« i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37. Vedrørende de to øvrige punkter henviste den spanske regering til de tilfælde, hvor en proceduremæssig foranstaltning kan gøres til genstand for et direkte søgsmål og fremhævede, at det var berettiget at kræve, at der mod den ulovlige afgørelse forinden skulle være rejst realitetssøgsmål for at få udsat dens gennemførelse.

21. Trods korrespondancen i 1998 fastholdt de spanske myndigheder og Kommissionen deres respektive synspunkter vedrørende det første og det tredje klagepunkt om anvendelsesområdet og de midlertidige foranstaltninger. Hvad angår det andet klagepunkt om, at begrebet »retsakter, som kan anfægtes« ikke er blevet gennemført korrekt, meddelte de spanske myndigheder Kommissionen den 14. januar 1999, at den nye lov om forvaltningsdomstole delvis ændrede den gældende ordning for proceduremæssige foranstaltninger.

22. Den 2. februar 1999 fremsendte de spanske myndigheder officielt lov nr. 29/1998 og nr. 4/1999 til Kommissionen.

23. Da Kommissionen fandt, at disse nye lovtekster fortsat ikke gjorde det muligt at konkludere, at Kongeriget Spanien havde bragt det i åbningsskrivelsen påståede traktatbrud til ophør, fremsendte Kommissionen den 25. august 1999 en begrundet udtalelse. I denne udtalelse gentog Kommissionen indholdet i åbningsskrivelsen og henstillede, at den spanske regering traf de nødvendige foranstaltninger i overensstemmelse hermed inden for en frist på to måneder fra meddelelsen.

24. Som svar på den begrundede udtalelse bestred den spanske regering den 8. november 1999 det påståede traktatbrud og afviste Kommissionens vurdering.

25. Da Kommissionen fandt, at det afgivne svar ikke gav den grundlag for at fastslå, at Kongeriget Spanien havde efterkommet de i henhold til direktivet fastsatte forpligtelser, besluttede Kommissionen at anlægge den foreliggende sag.

B — *Parternes påstande*

26. Kommissionen indleverede stævning til Domstolens Justitskontor den 30. maj 2000.

27. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

»1) Det fastslås, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser efter fællesskabsretten, da det har undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger til fuldt ud at efterkomme bestemmelserne i artikel 1 og 2 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, og navnlig da det har undladt

— at udvide den klageadgang, som er sikret ved direktivet, til at gælde for alle afgørelser, der træffes af ordregivende myndigheder som omhandlet i artikel 1, stk. 1 i direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF — herunder privatretlige selskaber, der er stiftet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle og kommercielle område, som er en juridisk person, og hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af de offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses tilsyn, eller hvortil offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet

— at give mulighed for at anfægte alle de afgørelser, som træffes af ordregivende myndigheder, herunder alle foranstaltninger, der træffes som led i fremgangsmåden for indgåelse af en offentlig kontrakt, og

— at foreskrive mulighed for, at der kan træffes enhver form for passende retsbevarende foranstaltninger i forbindelse med de afgørelser, der træffes af de ordregivende myndigheder, herunder foranstaltninger, der giver mulighed for at suspendere en administrativ afgørelse, hvorved alle eventuelle vanskeligheder eller hindringer bringes af vejen, navnlig kravet om, at der forinden skal være indledt sag til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse.

2) Kongeriget Spanien tilpligtes at betale sagens omkostninger.«

28. Kongeriget Spanien har nedlagt følgende påstande:

»— Frifindelse.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.«

III — Det første anbringende om ukorrekt gennemførelse hvad angår den personkreds, som omfattes af direktivets anvendelsesområde (tilsidesættelse af klagedirektivets artikel 1, stk. 1)

A — *Parternes argumenter*

1) Kommissionens argumenter

29. Kommissionen bebrejder Kongeriget Spanien for fejlagtigt at have undtaget a priori privatretlige organer fra den personkreds, der omfattes af direktivets anvendelsesområde.

30. Kommissionen påpeger, at når medlemsstaterne gennemfører fællesskabsdirektiver i national ret, er de forpligtet til at respektere betydningen af de ord og begreber, der forekommer heri, for at sikre en ensartet fortolkning og anvendelse af lovteksterne i de forskellige medlemsstater.

31. De spanske myndigheder er følgelig forpligtet til at give udtrykket »offentligretlige organer«, som er anvendt i proceduredirektiverne, dets betydning ifølge fællesskabsretten. Ifølge Kommissionen omtaler direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 ikke under hvilken ordning, offentligretlig eller privatretlig, eller under hvilken juridisk form de offentligretlige organer er blevet stiftet, men fokuserer mere på andre kriterier, herunder formålet med oprettelsen af de pågældende organer. Denne fortolkning bekræftes i Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-dommen af 15. januar 1998 [14]. Domstolen fastslog nemlig i nævnte dom, at dette udtryk skal fortolkes formålsbestemt. Det følger heraf, at et organs juridiske form er uden betydning.

32. Kommissionen gør gældende, at ordlyden af artikel 1 i lov nr. 13/1995, som næsten ordret gengiver de tilsvarende bestemmelser i proceduredirektiverne, dog indeholder en væsentlig forskel. Ifølge denne bestemmelse er privatretlige organer undtaget fra lovens anvendelsesområde. I den forbindelse fremhæver Kommissionen, at begrebet »offentligretligt organ« i spansk ret er forbundet med måden, hvorpå disse organer er stiftet. Kommissionen udleder heraf, at lov nr. 13/1995, sammenholdt med denne lovs sjette tillægsbestemmelse, tilføjer en betingelse, som ikke er foreskrevet i fællesskabslovgivningen, nemlig at organet skal være offentligretligt. Privatretlige organer vil derfor altid pr. definition være udelukket fra denne lovs anvendelsesområde, også selv om de i øvrigt på alle punkter modsvarer bestemmelserne i lovens artikel 1, stk. 3.

33. Da offentlige organer med privat status er undtaget fra denne spanske lovgivnings anvendelsesområde, er de heller ikke omfattet af anvendelsesområdet for de bestemmelser, der gælder for proceduren for indgåelse af offentlige kontrakter og dermed heller ikke af klageordningen for offentlige kontrakter, uanset om de er oprettet for at imødekomme almenhedens behov eller udelukkende for at tilgodese rent industrielle eller kommercielle behov. Denne udelukkelse er således i strid med bestemmelserne i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, som definerer anvendelsesområdet, og ligeledes med bestemmelserne i klagedirektivet, fordi den hindrer anvendelse af de proceduremæssige garantier, som foreskrives i sidstnævnte direktiv.

34. For så vidt angår den spanske regerings opfattelse, at løsningen af fortolkningsproblemerne vedrørende udtrykket »almenhedens behov, dog ikke på det industrielle og kommercielle område«, kræver en detaljeret analyse i hvert enkelt tilfælde for at kunne fastslå, om et organ opfylder betingelserne for at være omfattet af direktiverne, anfører Kommissionen, at disse vanskeligheder ikke kan berettige, at man, som denne regering gør det, a priori udelukker en hel gruppe af organer — privatretlige

14 — Sag C-44/96, Sml. I, s. 73, præmis 17-35.

organer, som opfylder de tre betingelser i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 — fra anvendelsesområdet for klagedirektivet, selv hvis denne udelukkelse i hvert enkelt tilfælde er genstand for en bedømmelse.

2) Kongeriget Spaniens argumenter

35. I første række gør den spanske regering gældende, at Kommissionen ikke bør gives medhold, og at det således er med urette, at Kommissionen hævder, at begrebet »ordregivende myndigheder« i klagedirektivets artikel 1, er blevet ukorrekt gennemført i spansk ret.

36. Ifølge den spanske regering anfægter Kommissionen i virkeligheden en angiveligt fejlagtig gennemførelse af artikel 1 i proceduredirektiverne, når den formelt bebrejder den spanske regering at have tilsidesat bestemmelserne i klagedirektivets artikel 1. Ved at undlade for Domstolen at nedlægge påstand om en tilsidesættelse af disse bestemmelser har Kommissionen afskåret sig fra at opnå Domstolens afgørelse vedrørende dette punkt. Den spanske regering gør derfor gældende, at Kommissionen særskilt må anlægge sag for at få fastslået en tilsidesættelse af direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, hvis den vil retsforfølge Kongeriget Spanien for ukorrekt gennemførelse af reglerne for personkredsen, der omfattes af disse direktivers anvendelsesområde.

37. Den spanske regering anfører, at artikel 1 i proceduredirektiverne under alle omstændigheder ikke har relevans for fortolkningen af begrebet »ordregivende myndigheder« efter klagedirektivets artikel 1, og det af to årsager. For det første har klagedirektivet og proceduredirektiverne ikke samme formål. For det andet vedrører de forskellige stadier i proceduren for indgåelse af offentlige kontrakter. Klagedirektivet bestemmer udtrykkeligt, at medlemsstaterne skal etablere effektive og hurtige klagemuligheder i tilfælde af, at reglerne i direktiverne om procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter tilsidesættes. Klagedirektivet vedrører derfor et senere stadium end proceduredirektiverne. Begrebet »ordregivende myndigheder« indeholdt i klagedirektivet skal derfor ikke fortolkes i lyset af begrebet »offentligretligt organ«, som tidligere defineret i proceduredirektiverne.

38. Subsidiært gør den spanske regering gældende, at den personkreds, der omfattes af proceduredirektivernes anvendelsesområde, er blevet korrekt gennemført.

39. Hvad først angår fortolkningen af de gældende regler fremhæver den spanske regering, at udtrykket »offentligretligt organ«, som anvendes i proceduredirektiverne, henviser til en offentligretlig enhed, og at man i Spanien ikke skelner mellem udtrykkene »offentligretlig enhed« og »offentligretligt organ«.

40. Begrebet »offentligretligt organ« er ikke egnet til en selvstændig og generel definition.

41. Den spanske regering anfører således, at begrebet »offentligretligt organ« i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 ikke omfatter erhvervsdrivende virksomheder, under offentligt tilsyn. Ifølge den spanske regering foretager direktiv 93/38/EØF [15] om indgåelse af offentlige kontrakter i bestemte sektorer en sondring mellem begrebet »offentligretligt organ«, som er identisk i de fire direktiver, og begrebet »offentlig virksomhed«, hvis definition svarer til definitionen på »erhvervsdrivende offentlig virksomhed«. Det viser, at der er tale om to forskellige begreber. Den spanske regering antager, at erhvervsdrivende virksomheder, hvis kapital for mere end halvdelens vedkommende er offentlig, henhører under begrebet »offentlig virksomhed«, hvorpå kun direktiv 93/38 finder anvendelse. Disse virksomheder vil aldrig kunne omfattes af anvendelsesområdet for direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, fordi begrebet »offentlig virksomhed« kun findes i direktiv 93/38, selv om dette begreb ligeledes kunne have været anvendt i de to andre direktiver, vedtaget den samme dag (direktiv 93/36 og 93/37), hvis lovgiver havde villet det.

42. Den spanske regering bemærker endvidere, at for at kunne afgrænse begrebet »offentligretligt organ« skal den industrielle eller kommercielle karakter af »almenhedens behov«, der søges tilgodeset, først og fremmest præciseres. Der lægges vægt på, at erhvervsdrivende offentlige virksomheder i spansk ret principielt har til opgave at imødekomme almenhedens behov, hvilket er grunden til, at de er undergivet offentligt tilsyn. Disse behov har dog en industriel og kommerciel karakter, da de ellers ikke ville være erhvervsdrivende virksomheder. Med andre ord er en enheds juridiske form i Spanien afgørende for fastlæggelsen af, hvilke regler der finder anvendelse vedrørende dets virksomhed. Et offentligretligt organ i Spanien, som er stiftet i offentlig form, er offentligretligt reguleret. Derimod er et privatretligt organ, oprettet i privat form, privatretligt reguleret. Det kan ikke betragtes som et offentligretligt organ og henhører således principielt ikke under reglerne for offentlige kontrakter.

43. Eftersom fortolkningen af begrebet »offentligretligt organ« ikke er ensartet i de forskellige medlemslande, finder den spanske regering ikke, at det er muligt at komme med en endelig løsning af generel karakter til fastlæggelse af den personkreds, der er omfattet af anvendelsesområdet for klagedirektivet og proceduredirektiverne. Ifølge den spanske regering er det nødvendigt at foretage en analyse i hvert enkelte tilfælde, særlig i lyset af den sammenhæng, hvori det opstår. Den konkluderer således, at for at kunne afgøre, om et organ eller en enhed opfylder de betingelser, der medfører, at den omfattes af den personkreds, der omfattes af fællesskabsdirektivernes anvendelsesområde, skal der foretages en detaljeret bedømmelse i hvert enkelt tilfælde.

15 — Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84).

B — *Vurdering*

44. Ved at sammenholde artikel 1 i lov nr. 30/1992 med samme lovs sjette tillægsbestemmelse følger, at offentlige organer med privat status principielt er undtaget fra reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter.

45. Såvel ordlyden af klagedirektivets artikel 1, stk. 1, som klagedirektivets formål er imidlertid til hinder for, at et organs privatretlige juridiske form og regulering kan udelukke det fra den personkreds, der omfattes af klagedirektivets anvendelsesområde.

46. Klagedirektivets artikel 1, stk. 1, foreskriver udtrykkeligt, at begrebet »ordregivende myndighed« er defineret under henvisning til proceduredirektivernes anvendelsesområde, som tydeligt fremgår af de pågældende direktivers artikel 1, litra b).

47. Klagedirektivets artikel 1, stk. 1, bestemmer nemlig:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv [92/50, 93/36 og 93/37], de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler [...] med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der gennemfører denne ret.«

48. Ifølge denne artikel gælder således, at *ordregivende myndigheders beslutninger* skal kunne påklages effektivt og hurtigt. Begrebet »ordregivende myndigheder« defineres ikke *direkte*, men der henvises *særlig* til bestemmelserne vedrørende anvendelsesområdet for direktiverne, der regulerer procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter i de såkaldt »traditionelle« sektorer i modsætning til såkaldt »specielle« sektorer [16]. Procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter i de specielle sektorer er fastlagt ved direktiv 90/531/EØF [17], ophævet og erstattet af direktiv 93/38. Direktiv 92/13/EØF [18] er navnlig [19] blevet vedtaget for at indføre klageprocedurer vedrørende ordregivende

16 — Ved »specielle sektorer« menes almennyttige sektorer såsom vand, energi, transport og telekommunikation.

17 — Rådets direktiv af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1).

18 — Rådets direktiv af 25.2.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14).

19 — I fjerde betragtning i direktiv 92/13 forklares nemlig, at klagedirektivet er begrænset til udbudsprocedurer i de såkaldte »traditionelle sektorer«.

myndigheders beslutninger, truffet i medfør af direktiv 93/38. Direktivet tilpasser de klagemuligheder, der er foreskrevet i klagedirektivet for de traditionelle sektorer, til de almennyttige sektorer og fastsætter desuden særlige klagemuligheder[20].

49. Direktivets anvendelsesområde er således klart afgrænset til anvendelsesområdet for de proceduredirektiver, der gælder for de såkaldt »traditionelle« sektorer. Følgelig vedrører reglerne i klagedirektivet ikke de klageprocedurer, der er iværksat mod beslutninger truffet af ordregivende myndigheder i medfør af direktiv 93/38. Den spanske regerings argument om, at den sondring, der foretages i direktiv 93/38 mellem begreberne »ordregivende myndigheder« og »offentlig virksomhed«, taler for, at det ikke er muligt at give en selvstændig definition af begrebet »ordregivende myndigheder« i artikel 1, stk. 1, i klagedirektivet, er derfor ikke relevant.

50. Det følger af ovenstående, at begrebet »ordregivende myndigheder« i henhold til klagedirektivets artikel 1, stk. 1, skal fortolkes i lyset af artikel 1, litra b), i proceduredirektiverne, som definerer den personkreds, der omfattes af direktivets anvendelsesområde.

20 — Jf. attesteringsordningen (artikel 3-7 i direktiv 92/13), interventionsmekanismen (artikel 8 i direktiv 92/13) og forligsproceduren (artikel 9-11 i direktiv 92/13).

51. Klagedirektivets formål bekræfter ordlyden af klagedirektivets artikel 1, stk. 1, og dermed de tætte bånd mellem dette direktiv og proceduredirektiverne.

52. Det følger således af direktivets første, tredje og fjerde betragtning, at formålet med klagedirektivet er at etablere effektive og hurtige klagemuligheder over for beslutninger truffet af de ordregivende myndigheder under anvendelse af direktiverne om offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter med henblik på at sikre en effektiv anvendelse af disse proceduredirektiver.

53. Det forhold, at klagedirektivets anvendelsesområde er identisk med de tidligere vedtagne proceduredirektivers, begrunder endvidere, at man anvender en lovgivningsteknik, der gør det muligt at undgå, at en lovtekst nødigt overbelastes, og således gør den mere læservenlig. Et fælles begreb på et bestemt område som offentlige bygge- og anlægsarbejder, der allerede er defineret i tidligere direktiver, kan nemlig formuleres klart ved en udtrykkelig henvisning til de relevante bestemmelser i tidligere vedtagne direktiver, uden at denne lovgivningsteknik kan kritiseres for ikke at opfylde kravene til tydelighed og retssikkerhed.

54. Det følger af ovenstående ræsonnement, at begrebet »ordregivende myndigheder« i klagedirektivets artikel 1 er defi-

neret i proceduredirektivernes artikel 1, litra b). Nu udestår at fastlægge, hvorledes dette begreb skal forstås.

55. Efter ordlyden af artikel 1, litra b), i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 er de ordregivende myndigheder:

»[...] staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer. Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

— der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter,

og

— som er en juridisk person,

og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses tilsyn, eller hvortil staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet«.

56. Hvad angår denne definition har Domstolen altid fastslået [21], at »[...] begrebet ordregivende myndighed, som omfatter begrebet offentligretligt organ, skal fortolkes formålsbestemt« [22].

57. Tillige har Domstolen i praksis stedse fastslået, at der ved »et offentligretligt organ« skal forstås et organ, som opfylder alle de tre betingelser, der nævnes i proceduredirektivernes artikel 1, litra b), andet afsnit [23].

58. Endvidere har Domstolen antaget, at den tredje betingelse i proceduredirektiver-

21 — Siden Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.dommen, præmis 20-29.

22 — Jf. dom af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 43.

23 — Samme dom, præmis 39 og 40.

nes artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, opregner alternative kriterier, som hver især afspejler et organs nære tilknytning til staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer [24].

59. I lyset af denne retspraksis prøver Domstolen, om et organ skal kvalificeres som en ordregivende myndighed i den i artikel 1, litra b) i proceduredirektiverne anførte betydning.

60. I den førnævnte dom i sagen Kommissionen mod Frankrig modsatte Den Franske Republik sig, at almennyttige boligselskaber [25], omfattet af artikel L. 411-1 og følgende artikler i lov om boligbyggeri, skulle kvalificeres som offentligretlige organer i den i direktiv 93/37 anførte betydning. Den franske regering gjorde gældende, at uanset at de to første betingelser ganske vist var opfyldt, var den tredje betingelse i medfør af direktivets artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, det til gengæld ikke, fordi dette organ ikke havde tilstrækkelig nær tilknytning til de offentlige myndigheder, således at disse kunne øve indflydelse på de beslutninger, som selskaberne traf på området for offentlige kontrakter. Den franske regering hævdede derfor, at HLM-selskaberne ikke kunne anses for ordregivende myndigheder, og at procedurerne for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter derfor ikke fandt anvendelse på dem.

61. Domstolen nøjedes ikke med at tage stilling til den juridiske form og regulering af disse privatretlige organer, men prøvede, om de tre betingelser i direktiv 93/37, artikel 1, litra b), var opfyldt. I modsætning til den franske regering fandt Domstolen i den henseende, at den tredje betingelse ligeledes var opfyldt, da driften af HLM-selskaberne var under de offentlige myndigheders tilsyn, hvilket gav dem mulighed for at øve indflydelse på de beslutninger, som selskaberne traf på området for offentlige kontrakter [26].

62. I førnævnte Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-dommen fandt Domstolen ligeledes, at en virksomhed som Österreichische Staatsdruckerei (ÖS) skulle kvalificeres som et offentligretligt organ og dermed som en ordregivende myndighed i den i direktiv 93/37, artikel 1, litra b), anførte betydning. Domstolen bemærkede dog, at i medfør af den lov, hvorved virksomheden var stiftet, skulle den anses for handlende i medfør af Handelsgesetzbuch, var indført i Wiens handelsregister ved Handelsgericht Wien (Østrig) og udøvede sine aktiviteter i overensstemmelse med gældende erhvervsretlige regler.

24 — Samme dom, præmis 44.

25 — Herefter »HLM-selskaberne«.

26 — Dommen i ovennævnte sag Kommissionen mod Frankrig, præmis 60.

63. Det samme gjorde sig gældende i BFI Holding-dommen af 10. november 1998 [27], hvor Domstolen fastslog, at aktieselskabet ARA, en erhvervsdrivende privatretlig virksomhed, hvortil Arnhem og Rheden kommuner (Nederlandene) havde overdraget en række opgaver med hensyn til fjernelse af affald og vedrørende vejvæsenet, kunne omfattes af begrebet »offentligretligt organ« og dermed betragtes som en ordregivende myndighed i den i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 anførte betydning, hvis virksomheden opfyldte de i bestemmelsen indeholdte betingelser. I denne dom præciserede Domstolen, at »[o]rdlyden af artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50 nemlig ingen henvisning indeholder til hjemmelen for det pågældende organs virksomhed« [28], og at »for at give princippet om fri bevægelighed fuld virkning skal begrebet ordregivende myndighed fortolkes formålsbestemt [...]. Kravet herom er til hinder for, at der sondres efter den retlige form, som de bestemmelser har, hvorved organet oprettes, og hvorved de behov specificeres, som det skal imødekomme« [29].

64. På baggrund af ovenstående følger, at de organer, enheder og virksomheder [30], der er omfattet af proceduredirektivernes anvendelsesområde, er omfattet af klagedirektivet. Med andre ord skal disse enheder betragtes som ordregivende myndigheder i den i klagedirektivets artikel 1, stk. 1, anførte betydning, hvis de opfylder de tre kumulative betingelser opregnet i proceduredirektivernes artikel 1, litra b). I den forbindelse skal det understreges, at i medfør af proceduredirektivernes artikel 1, litra b), er et organs juridiske form og regulering ikke et af de kriterier, der gør det muligt at kvalificere organet som et offentligretligt organ eller som en ordregivende myndighed.

65. Jeg er derfor af den opfattelse, at de spanske lovtekster, hvorved direktivet gennemføres, ikke respekterer begrebet »ordregivende myndigheder« i klagedirektivets artikel 1 og som defineret i direktiverne om procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, navnlig direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, idet de a priori udelukker virksomheder, hvis juridiske form og regulering er privatretlig, fra den personkreds, der omfattes af klagedirektivets anvendelsesområde.

66. På grundlag af samtlige ovennævnte betragtninger konkluderer jeg, at ved at undlade at udvide klageadgangen, sikret ved klagedirektivet, til beslutninger truffet af ordregivende myndigheder i den i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 anførte betydning, stiftet som privatretlige virksomheder, der opfylder de i ovennævnte bestemmelse indeholdte betingelser, har Kongeriget Spanien tilsidesat sine forpligtelser i henhold til klagedirektivets artikel 1 og 2.

27 — Sag C-360/96, Sml. I, s. 6821.

28 — Samme dom, præmis 61.

29 — Samme dom, præmis 62.

30 — Det er af mindre betydning, hvilken terminologi der anvendes i dette tilfælde.

IV — Det andet anbringende om ukorrekt gennemførelse af begrebet »retsakter, der kan anfægtes« (tilsidesættelse af klagedirektivets artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1)

A — *Parternes argumenter*

1) Kommissionens argumenter

67. Kommissionen bebrejder Kongeriget Spanien at have begrænset muligheden for at påklage visse beslutninger, truffet af den ordregivende myndighed, navnlig visse proceduremæssige foranstaltninger.

68. Kommissionen minder om, at klagedirektivet ikke foreskriver nogen undtagelse til muligheden for at anfægte en ulovlig beslutning, truffet af de ordregivende myndigheder. Kommissionen gør derfor gældende, at i og med at de spanske bestemmelser om klageadgang udelukker muligheden for at anfægte visse ulovlige beslutninger, truffet af de ordregivende myndigheder, er anvendelsesområdet for klagedirektivet blevet utilbørligt begrænset. Kommissionen fremhæver, at i Alcatel Austria m.fl.-dommen af 28. oktober 1999 [31], fandt Domstolen, at det af klagedirektivets artikel 1, stk. 1, fremgår, at disse klageprocedurer retter sig mod de ordregivende myndigheders beslutninger, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der gennemfører denne ret, uden at bestemmelsen indeholder en begrænsning vedrørende disse beslutningers art og indhold.

69. Imidlertid begrænser de relevante spanske bestemmelser (nemlig artikel 107 i lov nr. 30/1992 og artikel 25, stk. 1, i lov nr. 29/1998) mulighederne for at rejse sag, når det drejer sig om at anfægte proceduremæssige foranstaltninger, dvs. forvaltningsakter, der ikke afslutter en administrativ procedure.

70. Til støtte for dette anbringende har Kommissionen nævnt to typer af proceduremæssige foranstaltninger, som i strid med bestemmelserne i klagedirektivet ikke kan anfægtes.

71. Det første eksempel er fra en afgørelse truffet af Tribunal Supremo (Spanien) og vedrører en begæring om supplerende sagsmateriale. Ifølge Kommissionen kan en begæring om supplerende sagsmateriale til en virksomhed, som deltager i et udbud, ikke anfægtes, medmindre den pågældende virksomhed er udelukket fra proceduren, fordi den ikke har fremlagt det krævede supplerende sagsmateriale. Ifølge Kommissionen kan denne virksomhed imidlertid, selv om den ikke er blevet udelukket fra proceduren, alligevel befinde sig i en svag

31 — Sag C-81/98, m.fl., Sml. I, s. 7671, præmis 35.

position i forhold til andre deltagende virksomheder. Derfor antager Kommissionen, at begæringen om fremlæggelse af supplerende dokumenter i sig selv skal kunne anfægtes.

72. Det andet eksempel vedrører forslag til antagelse af et licitationsbud fra udvalg, der er under den ordregivende myndigheds tilsyn. Ifølge Kommissionen vil forslag fra disse udvalg, der af de ordregivende myndigheder har fået til opgave at forberede den endelige afgørelse om at tildele en kontrakt, ikke kunne anfægtes, hvilket i strider mod direktivet.

73. Kommissionen konkluderer, at den spanske gennemførelseslovgivning udelukker visse af den ordregivende myndigheds afgørelser fra enhver judiciel retsvej grundet deres art og indhold. Derved er denne nationale lovgivning i strid med bestemmelsen i artikel 1 i klagedirektivet.

2) Kongeriget Spaniens argumenter

74. Kongeriget Spanien bestrider dette anbringende med den begrundelse, at Kommissionen ikke har ført bevis for, at der foreligger traktatbrud. De retsakter, som Kommissionen henviser til, kan ikke anfægtes, fordi de ikke går nogen imod, da de kun udgør forberedende foranstaltninger. Ifølge Kongeriget Spanien foreskriver klagedirektivets artikel 1 og 2 udtrykkeligt, at kun beslutninger, der går nogen imod, vil kunne anfægtes. Den retspraksis, Kommissionen har påberåbt sig, modsiger ikke dette. Ovennævnte Alcatel Austria m.fl.-dom er således ikke relevant i den foreliggende sag.

75. Den spanske regering hævder, at Kommissionens opfattelse bygger på en forkert forståelse af begrebet »proceduremæssig foranstaltning« i spansk ret.

76. I spansk ret kan en proceduremæssig foranstaltning pr. definition ikke påføre den berørte part skade, den forbereder højst en endelig afgørelse, som kan være i hans favør eller disfavør. En proceduremæssig foranstaltning indebærer således ikke en stillingtagen, men udgør en del af den procedure, der iværksættes med det formål at træffe en endelig beslutning. Den spanske regering anfører, at hvis en retsakt, der fremtræder som en proceduremæssig foranstaltning, i sig selv indebærer en stillingtagen, ophører den med at være en proceduremæssig foranstaltning i egentlig forstand og vil kunne anfægtes. Hvis det ikke var tilfældet, ville den grundlæggende ret til effektiv retsbeskyttelse være krænket.

77. Sondringen mellem proceduremæssige eller forberedende foranstaltninger[32] og

32 — I den henseende er det af mindre betydning, hvilken terminologi der anvendes.

beslutninger er i spansk ret ikke unik. Ifølge den spanske regering kender de klageordninger, der findes i de forskellige medlemsstater, ligeledes den regel, at proceduremæssige foranstaltninger, hvis formål er at lette vedtagelsen af en beslutning, ikke kan anfægtes isoleret, men kun i forbindelse med et annullationssøgsmål vedrørende denne afgørelse. Det gælder, medmindre klageren godtgør, at det ikke blot drejer sig om en ren proceduremæssig foranstaltning, men en foranstaltning, der påfører ham uoprettelig skade. Den spanske ordning er derfor ikke anderledes end de andre klageordninger, der gælder i de forskellige medlemsstater.

78. Den spanske regering forstår under alle omstændigheder ikke, hvilken nytte en berørt part kunne have af at anfægte en proceduremæssig foranstaltning, som i sig selv ikke påfører ham skade. Endvidere hævder den spanske regering, at klagedirektivets formål ikke kan være at lamme afvikling af proceduren for indgåelse af offentlige kontrakter ved at muliggøre utidige klager med opsættende virkning mod enhver retsakt, der forbereder en ordregivende myndigheds beslutning.

79. Hvad angår Kommissionens påstand om, at den spanske ordning er til hinder for en ensartet gennemførelse af klagedirektivet, bemærker den spanske regering, at Kommissionen ikke har godtgjort på hvilken måde denne ordning krænker klagedirektivets formål. Det påpeges, at ifølge Domstolens faste praksis har Kommissionen bevisbyrden for den påståede tilsidesættelse af fællesskabsretten. I den foreliggende sag har Kommissionen imidlertid ikke fremført noget konkret eksempel som bevis på, at den spanske lovgivning ikke giver de berørte parter mulighed for en virkningsfuld og effektiv retsbeskyttelse over for enhver proceduremæssig foranstaltning, der går dem imod.

80. Vedrørende det første eksempel, som Kommissionen har fremført, gør den spanske regering gældende, at Kommissionen heller ikke har begrundet, hvorfor de af Tribunal Supremo anvendte kriterier i den dom, der påberåbes, er i strid med formålet med klagedirektivet. I dommen forklarede Tribunal Supremo:

— Den anfægtede retsakt er både den endelige beslutning om tildeling af en kontrakt og en af myndigheden pålagt forpligtelse over for de tre bydende virksomheder til at fremlægge en vis supplerende dokumentation (dommens første præmis).

— Dette krav er en proceduremæssig foranstaltning, fordi den ikke afslutter udbuddet, men blot er en etape, som gør det muligt at træffe beslutning om at tildele en kontrakt. Der er ikke tale om en beslutning, der selvstændigt kan anfægtes, men blot en forberedelse til beslutningen. Lovligheden af begæringen om supplerende dokumentation

kan kun anfægtes inden for rammerne af en klageprocedure rettet mod den endelige beslutning (dommens anden præmis).

— Klagepunktet vedrørende anmodningen om oplysninger gør ikke tilslagsbeslutningen ugyldig (dommens femte præmis).

— Den endelige tildeling af kontrakten blev anfægtet, fordi den bydende virksomhed ikke havde fremlagt den af myndigheden forlangte dokumentation. Ifølge myndigheden var den manglende dokumentation ikke væsentlig, og denne mangel kunne nemt være afhjulpet (dommens fjerde præmis).

81. Hvad angår det andet eksempel fandt Tribunal Supremo, at de omtvistede udvalg ikke kunne betragtes som ordregivende myndigheder, da de ikke traf beslutninger, men kun deltog i beslutningsprocessen.

82. Den spanske regering antager på denne baggrund, at det andet anbringende skal forkastes, da Kommissionen ikke har godtgjort, hvorledes klagedirektivet ikke er korrekt gennemført i spansk ret, og hvorfor klagedirektivet ikke har den fulde virkning, så længe den generelle regel — hvorefter en proceduremæssig foranstaltning i medfør af spansk ret ikke kan prøves — ikke er blevet ændret.

B — *Vurdering*

83. Ifølge klagedirektivet artikel 1, stk. 1, skal der *effektivt* og navnlig så *hurtigt* som muligt kunne indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger i tilfælde af tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der gennemfører denne ret. Klagedirektivets artikel 1, stk. 3, præciserer, at der skal være *adgang* til de indførte klageprocedurer i det mindste for *personer*, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs- bygge- eller anlægskontrakt, og som har lidt eller *vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse*.

84. I klagedirektivets artikel 2, stk. 1, opregnes de foranstaltninger, som medlemsstaterne skal træffe i national ret vedrørende klageprocedurer. Efter artikel 2, stk. 1, litra a), vedtages midlertidige foranstaltninger som hastesag; i litra b), foreskrives muligheden for at annullere eller foranledige annullation af ulovlige beslutninger; litra c), foreskriver tilkendelse af skadeserstatning.

85. Klagedirektivets artikel 2, stk. 1, litra b), definerer ikke de *ulovlige beslutninger*, som kan kræves annulleret. Bestemmelsen fastslår blot, at de *ulovlige beslutninger* omfatter beslutninger vedrørende diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i de dokumenter, der angår den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt [33].

86. Hvis man ligeledes sammenholder klagedirektivets artikel 1 og 2 med klagedirektivets formål [34], bliver det klart, at man effektivt og navnlig så hurtigt som muligt skal kunne anfægte afgørelser, truffet af de ordregivende myndigheder, med henblik på at sikre den effektive anvendelse af Fællesskabets direktiver vedrørende offentlige kontrakter især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør [35]. En sag, der er begrænset til muligheden for at opnå økonomisk oprejsning for den skade, der er lidt ved den manglende overholdelse af Fællesskabets direktiver vedrørende offentlige kontrakter, er således utilstrækkelig til at sikre den fulde virkning af disse regler.

87. Domstolen har på denne baggrund fastslået, at alle ordregivende myndigheders beslutninger, uanset disses art og indhold kan gøres til genstand for klage [36]. Klagedirektivet er følgelig blevet fortolket således, at det er til hinder for nationale bestemmelser, som ikke giver en skadelidt klager mulighed for at få den ordregivende myndigheds afgørelse, som den træffer inden kontraktafslutningen, og ved hvilken ordregiveren vælger den bydende, der har deltaget i udbudsproceduren, og med hvem han indgår kontrakt, kendt ugyldig. Domstolen har ligeledes fastslået, at en indskrænkning af klagemuligheden til kun at omfatte begæringer om tilkendelse af erstatning [37] ikke er tilstrækkelig til at sikre en effektiv anvendelse af proceduredirektivernes bestemmelser.

88. Under hensyntagen til klagedirektivets formål og ordlyden af artikel 1 og 2, har Domstolen således villet give en bred definition af begrebet »beslutning« i den i disse bestemmelser anførte betydning. Ved »beslutning« skal forstås enhver retsakt eller foranstaltning, der hævdes at være ulovlig i medfør af proceduredirektiverne, truffet under den pågældende udbudsprocedure, og som medfører virkninger eller resultater, der vil kunne indgå i den ordregivende myndigheds endelige beslutning om tildeling af en kontrakt.

89. En sådan fortolkning af direktivet er i overensstemmelse med dets formål, der er at sikre den effektive anvendelse af fælles-

33 — Alcatel Austria m.fl.-dommen, præmis 30.
34 — Jf. bl.a. første og anden betragtning.
35 — Alcatel Austria m.fl.-dommen, præmis 33 og 34.
36 — Samme dom, præmis 35.
37 — Samme dom, præmis 43.

skabsdirektiverne vedrørende offentlige kontrakter på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør eller undgås. Dette formål kan derfor ikke opfyldes ved kun at give klagemulighed vedrørende retsakter, som går nogen imod, og *a fortiori* kun mod retsakter, der afslutter den pågældende udbudsprocedure. På dette stadium er det jo vanskeligt at se, hvilke foranstaltninger der vil kunne iværksættes for at »bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade« [38].

90. I den foreliggende sag erkender den spanske regering dog, at det i spansk ret, herunder vedrørende procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, gælder, at kun retsakter, som går nogen imod, vil kunne anfægtes. Ved en retsakt, der går nogen imod, skal forstås navnlig en retsakt, der afslutter en udbudsprocedure. Dette følger udtrykkeligt af præmisserne i ovennævnte dom [39]. Den spanske regering erkender ligeledes, at det udtrykkeligt fremgår af præmisserne i den af Tribunal Supremo afsagte dom [40], at den retsakt, hvorved den ordregivende myndighed anmoder om supplerende dokumentation i forhold til de oprindelige udbudsbetingelser, ikke kan anfægtes selvstændigt. Med andre ord kan en beslutning, der går nogen imod og kan være i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter, ikke i sig selv anfægtes straks af den byder, der mener at have lidt skade. For at kunne gøre det, skal han afvente udbudsprocedurens afslutning, det vil sige den ordregivende myndigheds vedtagelse af beslutningen om tildeling af en kontrakt.

91. Efter min opfattelse gennemfører spansk ret ikke korrekt klagedirektivets artikel 1 og 2, idet klageren pålægges at føre bevis for den skade, han har lidt, hvorved han fratages muligheden for at anfægte en retsakt, der kan gå ham imod. Disse nationale bestemmelser tillader nemlig ikke, at en beslutning, der kan medføre skadevirkninger, anfægtes på det mest hensigtsmæssige tidspunkt med den begrundelse, at den er i strid med fællesskabsretten om indgåelse af offentlige kontrakter. De fratager derfor borgeren muligheden for at opnå midlertidige foranstaltninger med henblik på at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre fremtidige tab. Forpligtelsen til at føre bevis for det lidte tab udgør således en yderligere betingelse, som direktivet ikke foreskriver, og som er i strid med dette.

92. Det følger af ovenstående betragtninger, at da det ikke er muligt at anfægte enhver retsakt eller enhver foranstaltning, der påstås at være ulovlig i medfør af bestemmelserne i proceduredirektiverne, og som er vedtaget under proceduren for indgåelse af offentlige kontrakter og medfører virkninger eller resultater, der vil kunne indgå i den ordregivende myndigheds endelige beslutning om tildeling af en kontrakt, har Kongeriget Spanien tilsidesat sine forpligtelser efter klagedirektivets artikel 1 og 2.

38 — Klagedirektivets artikel 2, stk. 1, litra a).

39 — Således som det er fremstillet af den spanske regering (jf. punkt 80, andet led, i dette forslag til afgørelse).

40 — Jf. fodnote 39.

V — Det tredje anbringende om ukorrekt gennemførelse af bestemmelserne om vedtagelse af midlertidige foranstaltninger (tilsidesættelse af klagedirektivets artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1)

A — *Parternes argumenter*

1) Kommissionens argumenter

93. Ifølge Kommissionen giver de spanske gennemførelsesbestemmelser, nemlig artikel 111 i lov nr. 30/1992 og artikel 129-136 i lov nr. 29/1998, i strid med bestemmelserne i klagedirektivets artikel 2, stk. 1, litra a), ikke mulighed for at *opnå* retsbevarende foranstaltninger, hvis ikke der samtidig rejses realitetssøgsmål mod den ordregivende myndigheds ulovlige beslutning. Kommissionen bemærker, at kun i undtagelsestilfælde, eksempelvis i medfør af artikel 136, stk. 2, i lov nr. 29/1998, kan der træffes retsbevarende foranstaltninger på begæring, uden at den ulovlige beslutning anfægtes i realiteten. Det følger af de spanske bestemmelser, der gennemfører klagedirektivets artikel 2, stk. 1, litra a), at vedtagelsen af midlertidige og retsbevarende foranstaltninger er forbundet med et realitetssøgsmål mod den ordregivende myndigheds ulovlige beslutning. Disse foranstaltninger er derfor nødvendigvis underordnet et sådant søgsmål og kan ingensinde kræves selvstændigt.

94. Kommissionen anfører, at det følger af ordlyden af klagedirektivets artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, af klagedirektivets generelle opbygning og formål samt af Domstolens praksis [41], at de retsbevarende foranstaltninger ikke er underordnet hovedsagen, men udgør selvstændige foranstaltninger, som kan begæres uafhængigt af et realitetssøgsmål mod den ulovlige beslutning.

2) Kongeriget Spaniens argumenter

95. Den spanske regering bestrider ikke, at med enkelte undtagelser [42] er *vedtagelse* af en retsbevarende foranstaltning, såsom udsat gennemførelse, i den interne retsorden forbundet med et forudgående realitetssøgsmål. Begæringen om midlertidige foranstaltninger skal under alle omstændigheder indgives på tidspunktet for iværksættelse af realitetssøgsmål eller herefter. Proceduren til at opnå midlertidige eller retsbevarende foranstaltninger er således ikke udformet selvstændigt, men er forbundet med et realitetssøgsmål med henblik på at opnå annullation af den ulovlige beslutning.

96. Forpligtelsen til at anfægte lovligheden af en ordregivende myndigheds retsakt i

41 — Jf. bl.a. dom af 19.9.1996, sag C-236/95, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4459.

42 — Jf. særlig artikel 136 i lov nr. 29/1998.

realiteten samtidig med begæringen om retsbevarende foranstaltninger fratager imidlertid ikke, ifølge den spanske regering, den effektive virkning af den ordning, der er indført med klagedirektivet. Den spanske regering hævder, at enhver begæring om retsbevarende foranstaltninger jo indebærer en realitetsprøvelse, også selv om den måtte begrænse sig til en *prima facie* bedømmelse af problemet. Endvidere skader dette krav hverken ordningens effektive virkning eller opnåelsen af de af direktivet forfulgte formål, fordi forpligtelsen til at anfægte lovligheden af en ordregivende myndigheds retsakt samtidig med indgivelse af en begæring om retsbevarende foranstaltninger ikke indebærer, at snærende formkrav skal iagttages. Det er nemlig tilstrækkeligt, at klageren skriver et almindeligt brev. Det pålægges ham derfor ikke at indlevere en stævning efter de formelle regler.

97. Ifølge den spanske regering er ordningen i Spanien derimod fuldt ud effektiv. Siden ikrafttrædelsen af lov nr. 29/1998 kan forvaltningsdomstolene i medfør af artikel 29 i denne lov anordne enhver form for positiv retsbevarende foranstaltning og ikke blot udsættelser.

98. Endvidere bestrider den spanske regering påstanden om, at forpligtelsen til at rejse realitetssøgsmål, inden der kan anordnes retsbevarende foranstaltninger, er uforenelig med bestemmelserne i klagedirektivet, og endda forbudt ved disse bestemmelser.

99. Den spanske regering gør gældende. at denne fortolkning støttes af det forhold, at fællesskabsretten selv er styret af kriterier svarende til dem, der ligger til grund for den spanske lovgivning. I den forbindelse henviser den spanske regering til bestemmelserne i artikel 242 EF og 243 EF, artikel 36 i statutten for Domstolen, artikel 83-90 i Domstolens procesreglement samt artikel 104-110 i Rettens procesreglement. Under henvisning til eksempelvis artikel 83 i Domstolens procesreglement bemærker den spanske regering, at begæringen om midlertidige foranstaltninger ikke er et selvstændigt retsmiddel, men et accessorisk krav til hovedbegæringen, det vil sige annullationssøgsmålet.

100. Hvad angår den konklusion, som Kommissionen drager på baggrund af ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Grækenland, hævder den spanske regering, at Domstolen heri ikke tog stilling til realiteten. Den Hellenske Republik anerkendte, at den ikke rettidigt havde gennemført bestemmelserne i direktivet i sin interne retsorden inden for den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse. Domstolen behøvede derfor ikke tage stilling til det påståede traktatbrud i realiteten. Den fastslog derfor ikke, at det at betinge retsbevarende foranstaltninger, såsom udsat gennemførelse af et realitetssøgsmål vedrørende den ulovlige retsakt, reelt udgjorde en fejlagtig gennemførelse af direktivet.

101. Den spanske regering konkluderer, at det ikke giver mening at kræve, som Kommissionen gør det, at de midlertidige

foranstaltninger skal være helt uafhængige, da alle retsbevarende foranstaltninger pr. definition er accessoriske. Den spanske regering nedlægger derfor påstand om, at det tredje anbringende forkastes, da det savner grundlag.

B — *Vurdering*

102. I modsætning til, hvad den spanske regering hævder, er jeg af den opfattelse, at det følger af ordlyden i klagedirektivets artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, af klagedirektivets formål og af Domstolens praksis, at retsbevarende foranstaltninger ikke kan betragtes som underordnet et realitetssøgsmål, men udgør foranstaltninger, der skal kunne anordnes selvstændigt.

103. Som vi har set, har den med direktivet indførte ordning til formål at muliggøre den effektive anvendelse af proceduredirektiverne. Klagedirektivet stiller således krav om, at klageprocedurerne vedrørende ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger er effektive og hurtige. Med dette formål for øje kan alle ulovlige beslutninger, truffet af ordregivende myndigheder under proceduren for indgåelse af offentlige kontrakter, anfægtes som hastesag af skadelidte personer [43]. Det drejer sig således om at forebygge og redressere begåede ulovligheder eller at yde erstatning herfor.

43 — Jf. i den forbindelse det andet anbringende, som Kommissionen har fremført over for Kongeriget Spanien.

104. Det følger af ovenstående, at *enhver ulovlig beslutning*, truffet af ordregivende myndigheder før indgåelse af kontrakt mellem den bydende virksomhed og den ordregivende myndighed, *ikke blot* kan anfægtes, *men* at midlertidige foranstaltninger ligeledes kan opnås inden et realitetssøgsmål mod den ulovlige beslutning. Med andre ord er det ikke blot begæringen om foreløbige foranstaltninger, som skal kunne fremsættes, men denne begæring skal ligeledes kunne imødekommes, inden der rejses realitetssøgsmål mod den ulovlige beslutning. Hvis dette ikke er muligt, kan det af klagedirektivet forfulgte formål, der navnlig består i at undgå eller at tilendebringe de ordregivende myndigheders ulovligheder, åbenbart ikke opnås. Nødvendigheden af at anordne hastende og effektive foranstaltninger kan dårligt forenes med kravet om et forudgående realitetssøgsmål.

105. Domstolen bekræftede denne fortolkning i førnævnte dom i sagen Kommissionen mod Grækenland.

106. Den Hellenske Republik foreholdtes ikke korrekt at have gennemført bestemmelserne i klagedirektivet.

107. Den Hellenske Republik erkendte, at man ikke havde gennemført bestemmelserne i klagedirektivet inden for fristen ifølge den begrundede udtalelse, men det

gjordes gældende, at en lov siden var vedtaget, og at denne opfyldte klagedirektivets krav.

108. Domstolen undlod imidlertid ikke at fremhæve, at denne lovs bestemmelser ikke korrekt gennemførte klagedirektivets bestemmelser. Den bemærkede vedrørende den i klagedirektivets artikel 2, stk. 1, litra a), omhandlede suspension af procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, at den nationale gennemførelsesbestemmelse ikke opfyldte klagedirektivets krav, fordi den ved proceduren for udsættelse af gennemførelsen forudsatte, at der var rejst annullationssøgsmål vedrørende den anfægtede forvaltningsakt.

109. I præmis 11 i ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Grækenland præciseredes især følgende:

»I den forbindelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at artikel 52 i det præsidentielle dekret nr. 18/89 kun vedrører procedurer til udsættelse af forvaltningsakters gennemførelse og forudsætter, at der er indgivet et annullationssøgsmål vedrørende den anfægtede forvaltningsakt. Efter direktivets artikel 2 [direktiv 89/665] er medlemsstaterne derimod mere generelt forpligtet til at give de pågældende klageinstanser beføjelse til at træffe midlertidige foranstaltninger, »herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt«, *uden hensyn til, om der er taget nogen forudgående retsskridt*[44].«

110. Domstolen bemærkede endvidere, at den nationale lovgivning ikke indeholdt nogen som helst regler om den i klagedirektivets artikel 2, stk. 1, litra c), omhandlede erstatning til personer, som har lidt skade ved en overtrædelse af fællesskabsrettens regler om offentlige kontrakter eller af de nationale gennemførelsesbestemmelser hertil[45].

111. I modsætning til, hvad Kongeriget Spanien hævder, kan det udledes af denne dom, at Domstolen ikke nøjedes med at fastslå, at klagedirektivet ikke var gennemført inden for fristen ifølge den begrundede udtalelse, men den foretog ligeledes en analyse af den græske lov, som skulle finde anvendelse, og begrundede, hvorfor denne lov ikke korrekt gennemførte klagedirektivets bestemmelser.

112. På grundlag af ovenstående betragtninger konkluderer jeg, at medlemsstaterne skal indføre en ordning, der foreskriver vedtagelse af enhver form for hasteforanstaltninger, herunder af positiv karakter,

44 — Min fremhævelse.

45 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 15.

der dels skal hindre og tilendebringe den ordregivende myndigheds ulovligheder under hele den pågældende udbudsprocedure, dels skal yde erstatning. Dette krav er uforeneligt med kravet om et forudgående realitetssøgsmål mod den ulovlige beslutning.

113. Den spanske regering bestrider ikke, at de foreløbige eller retsbevarende foranstaltninger ikke kan vedtages i dens interne retsorden før et realitetssøgsmål mod den ulovlige beslutning. Den spanske regering hævder alligevel, at den spanske ordning ikke er tvingende, da et almindeligt ubegrundet brev, hvori klageren meddeler, at han har til hensigt at anfægte afgørelsen i realiteten, opfylder denne betingelse. Hvis det rent faktisk var tilfældet, må jeg tilstå, at jeg ikke forstår begrundelsen for denne »rene formalitet«, som den spanske lovgiver dog tillægger særlig betydning. Efter min opfattelse forekommer det ude af proportion at betinge klagedirektivets effektive gennemførelse på dette punkt[46] af den forudgående overholdelse af en ren formalitet.

114. Hvad angår den spanske regerings argument om, at den spanske ordning vedrørende retsbevarende foranstaltninger er den samme, der gælder i fællesskabsretten i forbindelse med procedurer ved Domstolen, er det tilstrækkeligt at konstatere, at de bestemmelser og domme, som den spanske regering henviser til, hverken vedrører den særlige klageordning, der indførtes ved klagedirektivet eller medlemsstaternes gennemførelse heraf. Ifølge princippet om lex specialis derogat generali[47] får den særlige ordning efter klagedirektivet nødvendigvis forrang.

115. På baggrund af ovenstående betragtninger følger, at ved at betinge anordning af retsbevarende foranstaltninger af en forpligtelse til at rejse realitetssøgsmål mod den ordregivende myndigheds ulovlige afgørelse har den spanske regering tilsidesat sine forpligtelser i medfør af klagedirektivets artikel 1 og 2.

VI — Sagens omkostninger

116. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Kongeriget Spanien tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Kongeriget Spanien har tabt sagen, skal det pålægges at betale sagens omkostninger.

46 — Dvs. anordningen af midlertidige og retsbevarende foranstaltninger.

47 — Jf. navnlig dom af 12.12.1995, sag C-469/93, Chiquita Italia, Sml. I, s. 4533, præmis 61, og af 24.1.2002, sag C-372/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 819, præmis 19.

VII — Forslag til afgørelse

117. Af de ovenfor anførte grunde foreslår jeg Domstolen følgende:

1) Det fastslås, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser efter fællesskabsretten, da det har undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger til at efterkomme bestemmelserne i artikel 1 og 2 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, og navnlig da det har undladt

   — at udvide den klageadgang, som er sikret ved klagedirektivet, til at gælde for alle afgørelser, der træffes af ordregivende myndigheder som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb og Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, herunder privatretlige selskaber, der er stiftet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle og kommercielle område, som er en juridisk person, og hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af de offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses tilsyn, eller hvortil offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet

— at give mulighed for at anfægte alle de afgørelser, som træffes af de ordregivende myndigheder, herunder alle de foranstaltninger, der træffes som led i fremgangsmåden for indgåelse af en offentlig kontrakt, og

— at foreskrive mulighed for, at der kan træffes passende retsbevarende foranstaltninger i forbindelse med de afgørelser, der træffes af de ordregivende myndigheder, herunder foranstaltninger, der giver mulighed for at suspendere en administrativ afgørelse, hvorved alle eventuelle vanskeligheder eller hindringer bringes af vejen, navnlig kravet om, at den ordregivende myndigheds afgørelse forinden skal være anfægtet.

2) Kongeriget Spanien tilpligtes at betale sagens omkostninger.