FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

föredraget den 13 juni 2002 [1]

1. Europeiska gemenskapernas kommission har i förevarande mål väckt talan om fastställelse av att Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 1 och 2 i direktiv 89/665/EEG. [2] Kommissionen har i huvudsak kritiserat Konungariket Spanien för att inte korrekt och fullständigt ha införlivat nämnda artiklar med sin nationella rättsordning, på grund av att de nationella bestämmelserna för införlivande inte inbegriper

— *a priori* offentliga organ med en privaträttslig status i tillämpningsområdet för dessa bestämmelser,

— prövning av vissa beslut som de upphandlande myndigheterna fattar under offentliga upphandlingsförfaranden och

— möjligheten att vidta lämpliga säkerhetsåtgärder i samband med de upphandlande myndigheternas beslut, eftersom det föreskrivs att sådana åtgärder skall föregås av ett överklagande av det olagliga beslutet i sak.

I — Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

2. Direktiv 89/665 syftar till att säkra en effektiv tillämpning av direktiven om offentlig upphandling, [3] i synnerhet direktiv 71/305/EEG, [4] upphävt och ersatt med direktiv 93/37/EEG, [5] direktiv 77/62/EEG, [6] upphävt och ersatt med direktiv 93/36/EEG, [7]

1 — Originalspråk: franska.

2 — Rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), nedan även kallat prövningsdirektivet.

3 — Se första, tredje och fjärde skälen.

4 — Rådets direktiv av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingkontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5).

5 — Rådets direktiv av den 14 juni 1993 (EGT L 199, s. 54).

6 — Rådets direktiv av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, 1977, s. 1).

7 — Rådets direktiv av den 14 juni 1993 (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126).

och direktiv 92/50/EEG.[8] Direktiven 92/50, 93/36 och 93/37 syftar till att samordna förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster i medlemsstaterna.

3. I artikel 1.1 i direktiv 89/665, i dess ändrade lydelse enligt artikel 41 i direktiv 92/50, föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av direktiv 71/305/EEG, 77/62/EEG och 92/50/EEG, kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställs i följande artiklar, särskilt artikel 2.7,[9] om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan."

4. I artikel 2.1 i prövningsdirektivet anges följande:

"Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,

b) antingen [undanröja] eller [låta undanröja] olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen,

c) ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse."

8 — Rådets direktiv av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139). Direktiven 92/50, 93/36 och 93/37 kallas nedan även förfarandedirektiven eller förfarandedirektiven inom de så kallade traditionella sektorerna (om innebörden av det sistnämnda uttrycket se punkt 48 i detta förslag till avgörande).

9 — Enligt denna bestämmelse skall "medlemsstaterna... se till att införa bestämmelser, som garanterar, att granskningsorganens beslut verkligen åtlyds".

5. Artikel 2.8 i direktiv 89/665 har följande lydelse: "För de fall prövningsorganen ej utgörs av rättsliga instanser gäller, att skriftliga beslutsmotiveringar alltid skall ges. Dessutom gäller för dessa fall, att det måste finnas en möjlighet att pröva påstådda olagliga åtgärder vidtagna av sådana organ i en rättslig instans..."

6. Begreppet "upphandlande myndigheter" definieras i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37.

7. Enligt artikel 1 b i direktiv 93/37, som i allt väsentligt har samma innehåll som artikel 1 b i direktiven 92/50 och 93/36, skall "upphandlande myndigheter" förstås som

"statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

Ett *organ som lyder under offentlig rätt* är varje organ

— som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär,

och

— som är juridisk person, och

— som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten, regional eller lokal myndighet, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt."

Den nationella lagstiftningen

8. Den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för den spanska lagstiftningen om offentlig upphandling definieras i artikel 1 i Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, [10] som inbegriper alla offentliga regionala och lokala myndigheter, antingen det rör sig om en statlig myndighet eller autonoma regioners myndigheter och lokala myndigheter. I artikel 1.3 anges följande:

"3. Upphandlingsverksamhet skall utövas i enlighet med denna lag även av autonoma organ i samtliga fall och av andra enheter som lyder under offentlig rätt som är separata juridiska personer, som är knutna till en offentlig myndighet eller är beroende av denna och som motsvarar följande kriterier:

a) De skall ha tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och skall inte ha industriell eller kommersiell karaktär.

b) De skall vara enheter som till större delen finansieras av offentliga myndigheter eller andra enheter som lyder under offentlig rätt, som står under administrativ tillsyn av sådana organ, eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av de offentliga myndigheterna eller av andra enheter som lyder under offentlig rätt."

9. Den sjätte tilläggsbestämmelsen i lag nr 13/1995, med rubriken "Principer för upphandling inom den offentliga sektorn", har följande lydelse:

"Bolag i vilka offentliga myndigheter eller deras autonoma organ, eller enheter som lyder under offentlig rätt, direkt eller indirekt innehar en majoritetsandel skall i sin upphandlingsverksamhet iaktta principerna om offentlighet och konkurrens, om inte det förfarande som skall genomföras är oförenligt med dessa principer."

10. Sedan förevarande talan väcktes har Konungariket Spanien antagit en ny kodifierad version av den ovannämnda lagen, [11] som endast samlar och ordnar de tidigare bestämmelserna, utan att innehållet ändras.

10 — BOE nr 119 av den 19 maj 1995, s. 14601, nedan kallad lag nr 13/1995.

11 — Det gäller Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nr 148 av den 21 juni 2000, s. 21775).

11. Angående överklagande av förvaltningsbeslut på administrativ väg anges i artikel 107 i Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, i dess lydelse enligt Ley 4/1999, [12] att följande beslut kan överklagas direkt:

"... processuella beslut, om de, direkt eller indirekt, avgör ärendet i sak, inte ger möjlighet till omprövning, inte ger möjlighet att försvara sig, eller om de orsakar irreparabel skada på legitima rättigheter eller intressen...".

12. Angående överklagande av förvaltningsbeslut till domstol är artikel 25.1 i Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [13] (lag om förvaltningsdomstolar) formulerad på samma sätt som i lag nr 30/1992 och föreskriver följande:

"Överklagande till förvaltningsdomstol kan prövas med avseende på allmänna bestämmelser samt på uttryckliga och underförstådda beslut av en offentlig myndighet som avslutar det administrativa förfarandet, antingen de är slutliga eller processuella, om de, direkt eller indirekt, avgör ärendet i sak, inte ger möjlighet till omprövning, inte ger möjlighet att försvara sig, eller om de orsakar irreparabel skada på legitima rättigheter eller intressen."

13. I artikel 111 i lag nr 30/1992 anges under rubriken "Uppskov med verkställighet" följande:

"1. Om inte annat anges, medför inte överklagandet att verkställigheten av det ifrågasatta beslutet skjuts upp.

2. Utan hinder av bestämmelserna i föregående punkt kan det organ som skall pröva överklagandet, efter att ha gjort en tillräckligt motiverad avvägning mellan den skada som uppskovet skulle orsaka allmänna intressen eller tredje man och den skada som klaganden orsakas av att det ifrågasatta beslutet verkställs omedelbart, på eget initiativ eller på begäran av klaganden bevilja uppskov med verkställigheten av det ifrågasatta beslutet i något av följande fall:

a) Verkställigheten kan orsaka skador som är irreparabla eller svåra att ersätta.

b) Bestridandet grundas på någon av de omständigheter som medför nullitet...

12 — BOE nr 12 av den 14 januari 1999, s. 1739 (nedan kallad lag nr 30/1992).

13 — BOE nr 167 av den 14 juli 1998, s. 23516 (nedan kallad lag nr 29/1998).

3. Uppskovet skall anses vara beviljat om det behöriga organet inte har fattat uttryckligt beslut i fråga om ansökan om uppskov med verkställigheten av det ifrågasatta beslutet inom 30 dagar från det att ansökan registrerades."

14. Genom artikel 129 och följande artiklar i lag nr 29/1998 införs ett system för att skyndsamt vidta säkerhetsåtgärder. Enligt artikel 129.1 i nämnda lag gäller följande:

"De berörda personerna kan, när som helst under förfarandet, begära att alla åtgärder skall vidtas för att säkerställa domens verkställighet."

15. I artikel 136 i nämnda lag föreskrivs följande:

"1. I de fall som avses i artiklarna 29—30 skall säkerhetsåtgärden vidtas, utom om det framstår som uppenbart att de situationer som avses i dessa artiklar inte föreligger eller att åtgärden allvarligt rubbar allmänna intressen eller tredje mans intressen, vilket domstolen skall bedöma ingående.

2. I de fall som avses i föregående punkt kan åtgärderna även begäras innan överklagandet inges, och ansökan prövas i enlighet med bestämmelserna i föregående artikel. I detta fall skall den berörda personen begära en bekräftelse på detta när överklagandet inges, vilket måste ske inom tio dagar från meddelandet om att säkerhetsåtgärderna vidtagits...

Om överklagande inte inges blir de beviljade åtgärderna automatiskt utan verkan, och sökanden skall förpliktas att ersätta den skada som orsakats genom säkerhetsåtgärden."

16. Artiklarna 29 och 30 i lag nr 29/1998 avser a) fall där myndigheten är skyldig enligt en bestämmelse, ett avtal eller ett beslut att utföra en konkret prestation till förmån för en eller flera bestämda personer och b) fall där myndigheten inte verkställer sina slutliga beslut eller c) myndighetsmissbruk föreligger.

II — Förfarandet

A — *Det administrativa förfarandet*

17. Genom en skrivelse av den 18 december 1991 tillställde den spanska regeringen kommissionen de gällande lagtexter genom vilka den ansåg att direktiv 89/665 inför-

livades med nationell rätt, nämligen Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (lag om förvaltningsdomstolar) av den 27 december 1956, Ley de Procedimiento Administrativo (förvaltningslagen) av den 18 juli 1958, Ley de Contratos del Estado (lag om offentlig upphandling) och den spanska konstitutionen.

18. Efter olika skriftväxlingar mellan kommissionen och de spanska myndigheterna under år 1994 angående de nationella lagtexternas överensstämmelse med gemenskapsbestämmelserna, tillställde kommissionen, som inte ansåg att de spanska myndigheternas svar var tillfredsställande, den spanska regeringen en formell underrättelse den 29 maj 1996.

19. I denna underrättelse kritiserade kommissionen de spanska bestämmelserna för införlivande för följande:

— Den personkrets som omfattas av bestämmelsernas tillämpningsområde överensstämmer inte med prövningsdirektivets.

— De så kallade processuella besluten kan endast i undantagsfall bli föremål för ett direkt överklagande.

— För ett uppskov med verkställigheten av ett olagligt förvaltningsbeslut krävs att ett överklagande inges mot beslutet i sak.

20. Den 9 oktober 1996 hävdade den spanska regeringen, som svar på den formella underrättelsen, angående den första punkten att lag nr 13/1995 innehöll en ordagrann avskrift av begreppet "organ som lyder under offentlig rätt" i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37. Angående de två andra punkterna hänvisade den till de fall där ett processuellt beslut kan överklagas direkt och framhöll det lagliga kravet att först överklaga det olagliga beslutet i sak för att kunna få uppskov med verkställigheten av beslutet.

21. Trots de olika skriftväxlingar som ägde rum under år 1998 vidhöll de spanska myndigheterna och kommissionen sina respektive ståndpunkter beträffande den första och den tredje anmärkningen — angående tillämpningsområdet och de interimistiska åtgärderna. I fråga om den andra anmärkningen — om det bristfälliga införlivandet av begreppet "rättsakter mot vilka talan kan väckas" — meddelande de spanska myndigheterna kommissionen den 14 januari 1999 att den nya lagen om förvaltningsdomstolar delvis ändrade den gällande ordningen för processuella beslut.

22. Den 2 februari 1999 översände de spanska myndigheterna officiellt lagarna nr 29/1998 och 4/1999 till kommissionen.

23. Kommissionen ansåg att dessa nya lagtexter fortfarande inte gjorde det möjligt för den att dra slutsatsen att Konungariket Spanien hade upphört med de fördragsbrott som det hade anklagats för i den formella underrättelsen. Den tillställde därför Konungariket Spanien ett motiverat yttrande den 25 augusti 1999. I detta yttrande upprepade den innehållet i den formella underrättelsen och uppmanade den spanska regeringen att inom två månader från delgivningen vidta nödvändiga åtgärder för att följa detta yttrande.

24. Som svar på det motiverade yttrandet bestred den spanska regeringen den 8 november 1999 de åberopade fördragsbrotten och vederlade kommissionens bedömning.

25. Kommissionen ansåg att detta svar inte gjorde det möjligt för den att dra slutsatsen att Konungariket Spanien hade rättat sig efter de skyldigheter som följer av bestämmelserna i prövningsdirektivet och beslutade att väcka förevarande talan.

B — *Parternas yrkanden*

26. Kommissionens talan inkom till domstolens kansli den 30 maj 2000.

27. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

”1. fastställa att Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten genom att inte vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följa artiklarna 1 och 2 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i synnerhet genom att inte

— utsträcka systemet för de rättsmedel som garanteras genom nämnda direktiv till att omfatta beslut som fattas av alla upphandlande myndigheter i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG, däribland privaträttsliga bolag som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär, som är juridiska personer och som till större delen finansieras av offentliga myndigheter eller av andra enheter som lyder under offentlig rätt, som står under administrativ tillsyn av sådana organ, eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av de offentliga myndigheterna eller av andra enheter som lyder under offentlig rätt,

— göra det möjligt att överklaga alla beslut som de upphandlande myndigheterna fattar, däribland alla processuella beslut, i förfaranden vid offentlig upphandling,

— göra det möjligt att vidta alla slags lämpliga säkerhetsåtgärder i samband med de upphandlande myndigheternas beslut, däribland åtgärder för att kunna skjuta upp verkställigheten av ett förvaltningsbeslut, och för detta ändamål undanröja alla slags svårigheter och hinder, i synnerhet kravet på att först överklaga den upphandlande myndighetens beslut, och

2. förplikta Konungariket Spanien att ersätta rättegångskostnaderna".

28. Konungariket Spanien har yrkat att domstolen skall

"— ogilla talan och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna".

III — Den första grunden: Felaktigt införlivande vad gäller den personkrets som omfattas av prövningsdirektivets tillämpningsområde (åsidosättande av artikel 1.1 i nämnda direktiv)

A — *Parternas argument*

1) Kommissionens argument

29. Kommissionen har kritiserat Konungariket Spanien för att felaktigt ha ansett att privaträttsliga enheter inte hör till den personkrets som *a priori* omfattas av prövningsdirektivets tillämpningsområde.

30. Kommissionen har erinrat om att medlemsstaterna, när de införlivar gemenskapsdirektiven med nationell rätt, är skyldiga att respektera innebörden i de uttryck och begrepp som förekommer där, i syfte att garantera att lagtexterna tolkas och tillämpas enhetligt i de olika medlemsstaterna.

31. De spanska myndigheterna är följaktligen skyldiga att ge uttrycket "organ som lyder under offentlig rätt", som används i förfarandedirektiven, den innebörd det har i gemenskapsrätten. Enligt kommissionen nämns ingenting i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37 om under vilken ordning, offentlig eller privat, eller i vilken juridisk form de organ som lyder under offentlig rätt har bildats, utan de behandlar snarare andra kriterier, bland annat i vilket syfte de ifrågavarande organen har bildats. Denna tolkning bekräftas i domen av den 15 januari 1998 i målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. [14] Domstolen fastslog nämligen i den domen att detta uttryck skall tolkas på ett funktionellt sätt. En enhets juridiska form saknar därför relevans.

32. Kommissionen har dock hävdat att ordalydelsen i artikel 1 i lag nr 13/1995, som nästan ordagrant upprepar ordalydelsen i motsvarande bestämmelser i förfarandedirektiven, emellertid innehåller en väsentlig skillnad. Enligt denna bestämmelse inbegrips inte privaträttsliga enheter i tillämpningsområdet för denna lag. Kommissionen har i det avseendet understrukit att begreppet "organ som lyder under offentlig rätt" i den spanska rättsordningen är knutet till hur dessa enheter har bildats. Kommissionen har därav dragit slutsatsen att lag nr 13/1995, jämförd med den sjätte tilläggsbestämmelsen till nämnda lag, lägger till ett villkor som inte föreskrivs i gemenskapslagstiftningen, nämligen att enheten skall lyda under offentlig rätt. Privaträttsliga enheter är följaktligen definitionsmässigt alltid uteslutna från tillämpningsområdet för denna lag, även om de för övrigt i alla avseenden motsvarar bestämmelserna i artikel 1.3 i lagen.

33. Eftersom offentliga organ med privaträttslig status är uteslutna från tillämpningsområdet för denna spanska lagstiftning, omfattas de inte heller av tillämpningsområdet för de bestämmelser som reglerar förfarandena vid offentlig upphandling och följaktligen inte heller av den ordning som gäller för prövning av offentliga upphandlingar, antingen de har bildats i syfte att tillgodose allmänna intressen eller rent industriella eller kommersiella intressen. Denna inskränkning strider därför mot bestämmelserna i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37, där tillämpningsområdet för dem fastställs, och även mot bestämmelserna i direktiv 89/665, i den mån den hindrar tillämpningen av de processrättsliga garantier som föreskrivs i det direktivet.

34. Vad beträffar den spanska regeringens uppfattning att det för att övervinna svårigheterna med att tolka uttrycket "allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär" krävs en närmare analys, från fall till fall, för att avgöra huruvida ett organ eller en enhet uppfyller villkoren för att omfattas av direktiven, har kommissionen påpekat att dessa svårigheter inte kan motivera att man, som den spanska regeringen har gjort, *a priori* utesluter en hel grupp av organ — privaträtts-

14 — Dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), punkterna 17—35.

liga enheter som uppfyller de tre villkor som anges i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37 — från tillämpningsområdet för direktiv 89/665, även om denna inskränkning omprövas från fall till fall.

2) Konungariket Spaniens argument

35. Den spanska regeringen har i första hand gjort gällande att kommissionens talan saknar grund och att kommissionen därför har fel när den hävdar att begreppet "upphandlande myndigheter" i artikel 1 i prövningsdirektivet inte har införlivats på ett korrekt sätt med den spanska rättsordningen.

36. Enligt den spanska regeringen har kommissionen, när den formellt kritiserat den för att ha åsidosatt bestämmelserna i artikel 1 i prövningsdirektivet, egentligen kritiserat det bristfälliga införlivandet av artikel 1 i förfarandedirektiven. Genom att underlåta att vid domstolen åberopa åsidosättandet av dessa sistnämnda bestämmelser har kommissionen frånhänt sig möjligheten att få ett avgörande av domstolen i det avseendet. Den spanska regeringen har därför hävdat att det ankommer på kommissionen att väcka talan på ett korrekt sätt, och således inleda ett särskilt förfarande för att få fastställt att direktiven 92/50, 93/36 och 93/37 har åsidosatts, om den avser att hålla Konungariket Spanien ansvarigt för ett bristfälligt införlivande av den personkrets som omfattas av dessa direktivs tillämpningsområde.

37. Den spanska regeringen har hävdat att artikel 1 i förfarandedirektiven under alla omständigheter saknar relevans för tolkningen av begreppet "upphandlande myndigheter" i artikel 1 i prövningsdirektivet, av två skäl. För det första har prövningsdirektivet och förfarandedirektiven inte samma syfte. För det andra avser de olika stadier av upphandlingsförfarandet. I direktiv 89/665 anges uttryckligen att medlemsstaterna måste se till att det finns snabba och effektiva rättsmedel i händelse av överträdelse av direktivens regler om förfarandena vid offentlig upphandling. Direktiv 89/665 avser således ett senare skede än förfarandedirektiven. Begreppet "upphandlande myndigheter" i direktiv 89/665 kan följaktligen inte tolkas mot bakgrund av begreppet "organ som lyder under offentlig rätt" som definierats tidigare i förfarandedirektiven.

38. Den spanska regeringen har i andra hand gjort gällande att den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för förfarandedirektiven har införlivats korrekt.

39. När det gäller tolkningen av de tillämpliga reglerna har den spanska regeringen framhållit att uttrycket "organ som lyder under offentlig rätt", som används i förfarandedirektiven, avser en enhet som lyder under offentlig rätt och att man i Spanien inte skiljer på uttrycken "enhet som lyder under offentlig rätt" och "organ som lyder under offentlig rätt".

40. Begreppet "organ som lyder under offentlig rätt" är inte lämpat för en självständig och generell definition.

41. Den spanska regeringen har således påpekat att begreppet "organ som lyder under offentlig rätt" i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37 inte innefattar kommersiella bolag som står under offentlig tillsyn. Den omständigheten att det i direktiv 93/38/EEG, [15] om offentlig upphandling inom särskilda sektorer, görs skillnad mellan begreppet "organ som lyder under offentlig rätt", vilket är detsamma i de fyra direktiven, och begreppet "offentliga företag", vars definition motsvarar definitionen av affärsdrivande offentliga bolag, visar enligt den spanska regeringen att det rör sig om två skilda begrepp. Den spanska regeringen anser att bolag som till största delen ägs av det offentliga omfattas av begreppet "offentliga företag" på vilka enbart direktiv 93/38 är tillämpligt. Dessa bolag skulle aldrig kunna omfattas av tillämpningsområdet för direktiven 92/50, 93/36 och 93/37, eftersom begreppet "offentliga företag" bara förekommer i direktiv 93/38, trots att det även skulle ha kunnat finnas med i de två andra direktiven som antogs samma dag (direktiv 93/36 och 93/37) om lagstiftaren hade velat det.

42. Den spanska regeringen har även noterat att man för att avgränsa begreppet "organ som lyder under offentlig rätt" först av allt måste precisera den kommersiella eller industriella karaktären hos de "allmänna intressen" som avses. Den har framhållit att affärsdrivande offentliga bolag i den spanska rättsordningen i princip har till uppdrag att tillmötesgå allmänna intressen, vilket förklarar att de står under offentlig tillsyn. Dessa intressen har dock en kommersiell och industriell karaktär. Om så inte vore fallet, skulle de nämligen inte utgöra affärsdrivande bolag. I Spanien är med andra ord en enhets juridiska form väsentlig för att kunna fastställa vilka regler som är tillämpliga på dess verksamhet. Det är därför som en enhet som lyder under offentlig rätt och som har bildats i en offentlig form i Spanien regleras av offentlig rätt. En privaträttslig enhet, som har bildats i en privat form, regleras däremot av privaträtten. Den kan inte betraktas som ett organ som lyder under offentlig rätt och omfattas i princip inte av de regler som gäller för offentliga upphandlingar.

43. Eftersom begreppet "organ som lyder under offentlig rätt" inte tolkas på samma sätt i de olika medlemsstaterna, anser den spanska regeringen att det inte är möjligt att få till stånd en slutlig generell lösning när det gäller att fastställa den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för förfarandedirektiven och prövningsdirektivet. Man måste istället analysera varje konkret fall, särskilt mot bakgrund av i vilket sammanhang det uppstår. Den spanska regeringen har därför dragit slutsatsen att man, för att kunna avgöra huruvida ett organ eller en enhet uppfyller villkoren för att höra till den personkrets som omfattas av gemenskapsdirektivens tillämpningsområde, måste göra en närmare prövning från fall till fall.

15 — Rådets direktiv av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177).

B — *Bedömning*

44. Av artikel 1 i lag nr 30/1992 jämförd med den sjätte tilläggsbestämmelsen till denna lag framgår att offentliga organ med en privaträttslig status i princip inte omfattas av reglerna för offentlig upphandling.

45. Ordalydelsen i artikel 1.1 i prövningsdirektivet och syftena med denna utgör emellertid hinder för att ett organs privaträttsliga juridiska form och reglering kan utesluta det från den personkrets som omfattas av prövningsdirektivets tillämpningsområde.

46. I artikel 1.1 i prövningsdirektivet föreskrivs uttryckligen att begreppet "upphandlande myndigheter" skall definieras med hänvisning till tillämpningsområdet för förfarandedirektiven så som det klart formuleras i artikel 1 b i dessa direktiv.

47. I artikel 1.1 i prövningsdirektivet anges nämligen följande:

"Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt, vad beträffar upphandling inom ramen för direktiv [92/50, 93/36 och 93/37]. I synnerhet skall prövningar göras skyndsamt enligt reglerna i följande artiklar... för de fall upphandlingsbeslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag."

48. Av denna artikel framgår således i huvudsak att *en upphandlande myndighets beslut* skall prövas effektivt och skyndsamt. Begreppet "upphandlande myndigheter" definieras inte *direkt*, men det hänvisas *särskilt* till bestämmelserna om tillämpningsområdet för de direktiv som reglerar förfarandet vid offentlig upphandling inom de så kallade traditionella sektorerna, i motsats till de så kallade särskilda sektorerna. [16] Förfarandet vid offentlig upphandling inom de särskilda sektorerna framgår av direktiv 90/531/EEG, [17] vilket upphävts och ersatts med direktiv 93/38. Direktiv 92/13/EEG [18] antogs särskilt [19] för att införa prövningsförfaranden med avse-

16 — Med särskilda sektorer menas sådana allmännyttiga sektorer som vatten, energi, transport och telekommunikation.

17 — Rådets direktiv av den 17 september 1990 om förfarandet vid upphandling för enheter verksamma inom sektorerna vatten, energi, transport och telekommunikation (EGT L 297, s. 1).

18 — Rådets direktiv av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127).

19 — I fjärde skälet i direktiv 92/13 förklaras nämligen att direktiv 89/665 är begränsat till förfaranden vid offentlig upphandling inom de så kallade traditionella sektorerna.

ende på beslut som fattats av upphandlande myndigheter inom ramen för direktiv 93/38. I detta direktiv anpassas de rättsmedel som föreskrivs i direktiv 89/665 för de traditionella sektorerna till de allmännyttiga sektorerna. Dessutom föreskrivs särskilda rättsmedel. [20]

49. Prövningsdirektivets tillämpningsområde är således klart begränsat till tillämpningsområdet för förfarandedirektiven inom de så kallade traditionella sektorerna. Följaktligen rör inte de regler som påbjuds i direktiv 89/665 prövningsförfaranden som inletts mot beslut som fattats av upphandlande myndigheter inom ramen för direktiv 93/38. Den spanska regeringens argument, att den skillnad som görs i direktiv 93/38 mellan begreppen "upphandlande myndigheter" och "offentliga företag" talar för att det är omöjligt att ge en självständig definition av begreppet "upphandlande myndigheter" som förekommer i artikel 1.1 i prövningsdirektivet, är därför inte relevant.

50. Av det ovan anförda följer att begreppet "upphandlande myndigheter" i artikel 1.1 i prövningsdirektivet skall bedömas mot bakgrund av artikel 1 b i förfarandedirektiven, där den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för dessa direktiv definieras.

51. Syftet med prövningsdirektivet bekräftar ordalydelsen i artikel 1.1 i detta, och således det nära samband som finns mellan detta direktiv och förfarandedirektiven.

52. Det framgår nämligen av första, tredje och fjärde skälen i prövningsdirektivet att syftet med direktiv 89/665 är att införa snabba och effektiva rättsmedel mot beslut som fattas av upphandlande myndigheter inom ramen för direktiven om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster för att garantera att dessa förfarandedirektiv verkligen tillämpas.

53. Det faktum att tillämpningsområdet för prövningsdirektivet är identiskt med tillämpningsområdet för förfarandedirektiven, som antogs tidigare, motiverar dessutom att man tillgriper en lagstiftningsteknik som gör det möjligt att undvika att en lagtext överlastas i onödan och således göra den lättare att läsa. Ett gemensamt begrepp för ett enda område, till exempel bygg- och anläggningsarbeten, som redan har definierats i tidigare direktiv, kan nämligen uttryckas klart och tydligt genom en uttrycklig hänvisning till de relevanta bestämmelserna i tidigare antagna direktiv, utan att denna lagstiftningsteknik därför kan kritiseras för att inte uppfylla kraven på tydlighet och rättssäkerhet.

54. Av det ovan anförda framgår att begreppet "upphandlande myndigheter" i artikel 1 i prövningsdirektivet definieras i

20 — Se granskningsförfarandet (artiklarna 3—7 i direktiv 92/13), rättelseförfarandet (artikel 8 i direktiv 92/13) och medlingsförfarandet (artiklarna 9—11 i direktiv 92/13).

artikel 1 b i förfarandedirektiven. Nu återstår att fastslå vad som skall avses med detta begrepp.

55. Enligt bestämmelserna i artikel 1 b i direktiv 92/50, 93/36 och 93/37 är upphandlande myndigheter

"... statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

Med *organ som lyder under offentlig rätt* avses varje organ som

— tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär,

— är en juridisk person,

och

— till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, eller vars förvaltning granskas av sådana organ eller i vars förvaltnings-, styrelse- eller tillsynsorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt".

56. Angående denna definition har domstolen alltid ansett[21] att "begreppet upphandlande myndighet, däri inbegripet begreppet organ som lyder under offentlig rätt, måste tolkas funktionellt".[22]

57. Likaledes har domstolen alltid ansett att man med "organ som lyder under offentlig rätt" måste avse ett organ som uppfyller de tre kumulativa villkoren i artikel 1 b andra stycket i förfarandedirektiven.[23]

58. Domstolen har även ansett att det i det tredje villkoret i artikel 1 b andra stycket

21 — Sedan domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., punkterna 20—29.

22 — Se dom av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-939), punkt 43.

23 — Ibidem, punkterna 39 och 40.

tredje strecksatsen i förfarandedirektiven uppräknas alternativa kriterier som vart och ett återspeglar ett organs nära anknytning till staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt. [24]

59. Det är mot bakgrund av denna rättspraxis som domstolen har bedömt huruvida ett organ bör betecknas som upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i förfarandedirektiven.

60. I domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike bestred Republiken Frankrike att aktiebolag för subventionerade bostäder, [25] som omfattas av artikel L. 411-1 och följande artiklar i den franska lagen om byggande och bostäder, betecknades som organ som lyder under offentlig rätt, i den mening som avses i direktiv 93/37. Även om de två första villkoren visserligen var uppfyllda, ansåg Republiken Frankrike däremot att det tredje villkoret i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i detta direktiv inte var uppfyllt, eftersom detta organ inte hade tillräckligt nära anknytning till de offentliga myndigheterna för att utöva inflytande på deras beslut i fråga om offentliga upphandlingar. Den franska regeringen hävdade följaktligen att bostadsaktiebolagen inte kunde anses vara upphandlande myndigheter och att förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten därför inte var tillämpliga på dem.

61. Domstolen uppehöll sig inte vid den juridiska formen och regleringen i fråga om dessa organ som lyder under privaträtten, utan prövade om de tre kumulativa villkoren i artikel 1 b i direktiv 93/37 var uppfyllda. I det avseendet ansåg den, tvärtemot den franska regeringen, att även det tredje villkoret var uppfyllt, eftersom bostadsaktiebolagens förvaltning stod under tillsyn av de offentliga myndigheterna, vilket gjorde det möjligt för dem att utöva inflytande på deras beslut i fråga om offentliga upphandlingar. [26]

62. I domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. ansåg domstolen på samma sätt att en sådan enhet som Österreichische Staatsdruckerei (ÖS) skulle betecknas som ett organ som lyder under offentlig rätt och följaktligen som en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/37. Domstolen påpekade dock att denna enhet, i enlighet med den lag enligt vilken den hade bildats, hade ställning av näringsidkare i den betydelse som avses i handelslagstiftningen, var upptagen i handelsregistret hos Handelsgericht Wien (Österrike) och bedrev sin verksamhet i enlighet med gällande handelsbestämmelser.

24 — Ibidem, punkt 44.

25 — Nedan kallade bostadsaktiebolagen.

26 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 60.

63. På samma sätt fastslog domstolen i domen i målet BFI Holding[27] av den 10 november 1998 att aktiebolaget ARA, ett privaträttsligt bolag, som av kommunerna Arnhem och Rheden (Nederländerna) hade anförtrotts uppgifter i fråga om sophantering och vägunderhåll, kunde omfattas av begreppet "organ som lyder under offentlig rätt" och följaktligen kunde betraktas som en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50, om det uppfyllde villkoren i den texten. I den domen förklarade domstolen följande: "Lydelsen av artikel 1 b andra stycket i direktivet innehåller... ingen hänvisning till den rättsliga grunden för de berörda organens verksamhet"[28] och "begreppet upphandlande myndigheter måste tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet... Detta krav hindrar att det görs en distinktion utifrån den juridiska formen för de bestämmelser varigenom organet tillkommit och där de behov som det tillkommit för att tillgodose anges".[29]

64. Av det ovan anförda följer att organ, enheter och företag[30] som omfattas av förfarandedirektivens tillämpningsområde berörs av prövningsdirektivet. Dessa enheter skall med andra ord betraktas som upphandlande myndigheter i den mening som avses i artikel 1.1 i prövningsdirektivet, om de uppfyller de tre kumulativa villkoren i artikel 1 b i förfarandedirektiven. Det skall i det avseendet framhållas att ett organs juridiska form och reglering enligt artikel 1 b i förfarandedirektiven inte är ett av de kriterier som gör det möjligt att beteckna detta organ som ett organ som lyder under offentlig rätt eller som en upphandlande myndighet.

65. Jag anser därför att de spanska lagtexter genom vilka prövningsdirektivet införlivas, på grund av att de *a priori* utesluter enheter vars juridiska form och reglering lyder under privaträtten från den personkrets som omfattas av detta direktivs tillämpningsområde, inte rättar sig efter begreppet "upphandlande myndigheter" som anges i artikel 1 i prövningsdirektivet och som definieras i direktiven om förfaranden vid offentlig upphandling, särskilt i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37.

66. Med hänsyn till det ovan anförda drar jag slutsatsen att Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla de skyldigheter som följer av artiklarna 1 och 2 i direktiv 89/665, genom att inte utsträcka systemet för de rättsmedel som garanteras genom direktiv 89/665 till att omfatta beslut som fattas av upphandlande myndigheter, i den mening som avses i artikel 1 b i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37, som har bildats som privaträttsliga bolag och som uppfyller villkoren i nämnda artikel.

27 — Dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821).

28 — Ibidem, punkt 61.

29 — Ibidem, punkt 62.

30 — Det är av mindre betydelse vilken terminologi som används i detta fall.

IV — Den andra grunden: Felaktigt införlivande av att begreppet "rättsakter mot vilka talan kan väckas" (åsidosättande av artiklarna 1.1 och 2.1 i prövningsdirektivet)

A — *Parternas argument*

1. Kommissionens argument

67. Kommissionen har kritiserat Konungariket Spanien för att det har begränsat möjligheten att överklaga vissa beslut som fattats av den upphandlande myndigheten, särskilt vissa processuella beslut.

68. Kommissionen har erinrat om att det i direktiv 89/665 inte finns något undantag från möjligheten att överklaga ett olagligt beslut som fattats av upphandlande myndigheter. Den har följaktligen gjort gällande att tillämpningsområdet för direktiv 89/665 otillbörligen har inskränkts, eftersom de spanska bestämmelserna om överklagande utesluter möjligheten att överklaga vissa olagliga beslut som fattats av upphandlande myndigheter. Den har understrukit att domstolen i sin dom av den 28 oktober 1999 i målet Alcatel Austria m.fl.[31] fastslog att det framgår av artikel 1.1 i direktiv 89/665 att den åsyftade prövningen avser den upphandlande myndighetens beslut, på grund av att dessa beslut har åsidosatt gemenskapsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser, utan att det anges någon begränsning vad gäller dessa besluts natur eller innehåll.

69. De spanska bestämmelser som är tillämpliga på detta område (artikel 107 i lag nr 30/1992 och artikel 25.1 i lag nr 29/1998) begränsar dock möjligheterna till prövning när det gäller att överklaga processuella beslut, det vill säga förvaltningsbeslut som inte avslutar ett administrativt förfarande.

70. Kommissionen har till stöd för denna grund hänvisat till två slags processuella beslut som i strid med bestämmelserna i direktiv 89/665 inte kan prövas.

71. Det första exemplet avser ett beslut av Tribunal Supremo (Spanien) och rör en begäran om kompletterande handlingar. Enligt kommissionen kan en begäran om kompletterande handlingar ställd till ett företag som deltar i ett anbudsförfarande endast överklagas om det berörda företaget uteslutits från förfarandet på grund av att det inte har företett de begärda ytterligare handlingarna. Men enligt kommissionen skulle detta företag ändå, utan att ha

31 — Dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671), punkt 35.

uteslutits från det aktuella förfarandet, kunna befinna sig i en svagare ställning jämfört med de andra deltagande företagen. Den anser därför att en begäran om ingivande av ytterligare handlingar i sig borde kunna bli föremål för prövning.

72. Det andra exemplet rör förslag till tilldelning av kontrakt från kommittéer som lyder under den upphandlande myndigheten. Enligt kommissionen kan inte förslag från dessa kommittéer, som på uppdrag av den upphandlande myndigheten förbereder beslutet om tilldelning av kontrakt, överklagas vilket står i strid med prövningsdirektivet.

73. Kommissionen har dragit slutsatsen att den spanska lagstiftningen om införlivande utesluter vissa beslut av den upphandlande myndigheten från all rättslig prövning på grund av deras natur och innehåll. På grund av detta strider den nationella lagstiftningen mot bestämmelserna i artikel 1 i prövningsdirektivet.

2) Konungariket Spaniens argument

74. Konungariket Spanien har bestridit denna grund av det skälet att kommissionen inte har styrkt att det föreligger ett fördragsbrott. Det anser att de beslut som kommissionen har åberopat inte kan anses vara rättsakter mot vilka talan kan väckas eftersom de inte går någon emot eller endast är förberedande rättsakter. I artiklarna 1 och 2 i prövningsdirektivet anges uttryckligen att endast beslut som går någon emot kan bli föremål för prövning. Den rättspraxis som kommissionen har åberopat motsäger inte detta. Domen i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl. saknar därför relevans i förevarande mål.

75. Den spanska regeringen har hävdat att kommissionens ståndpunkt beror på en missuppfattning av begreppet "processuellt beslut" i den mening som avses i spansk rätt.

76. I spansk rätt medför ett processuellt beslut per definition inte någon skada för den berörda personen. Det förbereder på sin höjd ett slutligt beslut som kan vara gynnande eller betungande för den berörda personen. Det processuella beslutet innebär inte ett ställningstagande, utan är ett led i ett förfarande som inletts i syfte att utarbeta ett beslut. Den spanska regeringen har hävdat att om ett beslut, som framstår som ett processuellt beslut, i sig innebar ett ställningstagande, skulle det upphöra att vara ett processuellt beslut i egentlig mening och kunna prövas. Om så inte vore fallet, skulle den grundläggande rätten till ett verksamt rättsligt skydd vara hotad.

77. Skillnaden mellan processuella beslut eller förberedande rättsakter [32] och beslut i

32 — I detta avseende är det av mindre betydelse vilken terminologi som används.

spansk rätt är inte unik. Enligt den spanska regeringen har de befintliga systemen för prövning i de olika medlemsstaterna också en regel enligt vilken processuella beslut som är avsedda att underlätta antagandet av ett beslut inte kan ifrågasättas isolerat, utan enbart i samband med en talan om ogiltigförklaring av detta beslut, om inte klaganden bevisar att det inte rör sig om ett rent processuellt beslut, utan om ett beslut som vållar honom en oåterkallelig skada. Det spanska systemet är därför inte annorlunda än de andra befintliga systemen för prövning i de olika medlemsstaterna.

78. Den spanska regeringen förstår under alla omständigheter inte till vilken nytta det skulle vara för den berörda personen att överklaga ett processuellt beslut som i sig inte är till skada för honom. Den har likaledes hävdat att syftet med prövningsdirektivet inte kan vara att förlama det offentliga upphandlingsförfarandet genom att möjliggöra förhalande och olägliga prövningar av alla förberedande rättsakter till ett beslut av den upphandlande myndigheten.

79. Vad beträffar kommissionens påstående att det spanska systemet äventyrar ett enhetligt genomförande av direktiv 89/665, har den spanska regeringen påpekat att kommissionen inte har visat på vilket sätt detta system äventyrar prövningsdirektivets syften. Den spanska regeringen har erinrat om att det enligt domstolens fasta rättspraxis ankommer på kommissionen att bevisa ett påstått fördragsbrott. I förevarande fall har kommissionen inte givit något konkret exempel som gör det möjligt för den att bevisa att den spanska lagstiftningen inte gör det möjligt för de berörda personerna att få ett verksamt och effektivt rättsskydd mot varje processuellt beslut som går dem emot.

80. Beträffande det första exemplet som kommissionen har lagt fram har den spanska regeringen påpekat att kommissionen inte heller har redogjort för skälet till att de kriterier som tillämpades av Tribunal Supremo i den dom som kommissionen har hänvisat till står i strid med syftet med direktiv 89/665. I den domen förklarade Tribunal Supremo följande:

— Det ifrågasatta beslutet är såväl det slutliga beslutet om tilldelning av kontraktet som den skyldighet som myndigheten ålagt de tre anbudsgivare vars anbud antagits att tillställa den viss kompletterande dokumentation (första domskälet).

— Denna skyldighet är ett processuellt beslut eftersom det inte avslutar anbudsförfarandet, utan bara är en etapp som gör det möjligt att fatta beslut om tilldelningen av kontraktet. Det är inte fråga om ett beslut som kan prövas självständigt utan bara en förberedelse för beslutet. Lagenligheten av denna begäran om kompletterande

dokumentation kan endast ifrågasättas inom ramen för ett förfarande för omprövning av det slutliga beslutet (andra domskälet).

— Anmärkningen avseende begäran om information gör inte beslutet om tilldelning av kontraktet ogiltigt (femte domskälet).

— Den slutliga tilldelningen av kontraktet har bestridits på grund av att det företag vars anbud antogs inte hade lämnat den dokumentation som myndigheten begärt. Enligt myndigheten var den uteblivna dokumentationen inte nödvändig och avsaknaden av den var en brist som lätt kunde avhjälpas (fjärde domskälet).

81. Angående det andra exemplet har Tribunal Supremo hävdat att de ifrågavarande kommittéerna inte kan betraktas som upphandlande myndigheter, att de inte fattar beslut, utan endast deltar i beslutsprocessen.

82. Den spanska regeringen anser följaktligen att talan inte kan vinna bifall på den andra grunden, eftersom kommissionen inte har visat på vilket sätt direktiv 89/665 inte har införlivats på ett korrekt sätt med spansk rätt och varför det inte har full verkan så länge den generella regeln — enligt vilken ett processuellt beslut, i den mening som avses i spansk rätt, inte kan prövas — inte har ändrats.

B — *Bedömning*

83. Enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 skall beslut av en upphandlande myndighet *prövas effektivt* och *skyndsamt* i händelse av överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag. I artikel 1.3 i nämnda direktiv anges att det prövningsförfarande som införs skall *kunna åberopas* av *var och en*, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster, och som har skadats eller *riskerat att skadas av en påstådd överträdelse.*

84. I artikel 2.1 i prövningsdirektivet uppräknas de åtgärder som skall vidtas inom ramen för det prövningsförfarande som medlemsstaterna föreskriver i sin nationella rätt. Under a anges att interimistiska åtgärder skall vidtas, under b föreskrivs möjligheten att undanröja eller låta undanröja olagliga beslut och under c föreskrivs att ersättning skall lämnas.

85. Artikel 2.1 b i prövningsdirektivet innehåller ingen definition av de *olagliga beslut* som kan begäras undanröjda. I denna bestämmelse har lagstiftaren nämligen nöjt sig med att ange att *olagliga beslut* omfattar bland annat beslut om diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i de handlingar som har samband med upphandlingen i fråga. [33]

86. Det framgår även av artiklarna 1 och 2 i direktiv 89/665 jämförda med syftena med detta direktiv [34] att prövningen av en upphandlande myndighets beslut skall säkerställa att gemenskapens direktiv om offentlig upphandling verkligen tillämpas under hela upphandlingsförfarandet, särskilt på ett stadium då överträdelserna ännu kan rättas till. [35] Prövningar som begränsas till möjligheten att erhålla ekonomisk ersättning för skador som har uppkommit på grund av att gemenskapens direktiv om offentlig upphandling inte har iakttagits skulle följaktligen vara otillräckliga för att säkerställa att dessa regler får full verkan.

87. Domstolen har av detta dragit slutsatsen att alla beslut av en upphandlande myndighet, oavsett beslutens natur eller innehåll, kan angripas. [36] Prövningsdirektivet har följaktligen tolkats så att det utgör hinder för att nationella bestämmelser inte ger en klagande som lidit skada möjlighet att utverka undanröjande av den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås, varigenom den upphandlande myndigheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbudsförfarandet den skall ingå kontrakt. Det har även fastslagits att en begränsning av prövningen av detta beslut till att enbart avse en begäran om skadestånd [37] inte gör det möjligt att säkerställa att förfarandedirektivens bestämmelser blir verkningsfulla.

88. Med hänsyn till prövningsdirektivets syften och ordalydelsen i artiklarna 1 och 2 i detta har domstolen på så sätt velat ge begreppet "beslut", i den mening som avses i dessa bestämmelser, en vid definition. Med "beslut" måste således förstås varje rättsakt eller åtgärd, som påstås vara olaglig med avseende på bestämmelserna i förfarandedirektiven, som har antagits under det ifrågavarande upphandlingsförfarandet och som ger upphov till effekter eller resultat som den upphandlande myndigheten kan komma att beakta i det slutliga beslutet om tilldelning av kontraktet.

89. En sådan tolkning av prövningsdirektivet överensstämmer med dess syfte som består i att säkerställa att gemenskapens

33 — Domen i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl., punkt 31.

34 — Se bland annat första och andra skälen.

35 — Domen i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl., punkterna 33 och 34.

36 — Ibidem, punkt 35.

37 — Ibidem, punkt 43.

direktiv om offentlig upphandling verkligen tillämpas, på ett stadium då överträdelserna ännu kan rättas till eller undvikas. Detta syfte skulle således inte kunna anses vara uppfyllt genom en prövning av enbart de rättsakter som går någon emot och, *a fortiori*, av enbart de rättsakter som avslutar det ifrågavarande upphandlingsförfarandet. På det stadiet är det nämligen svårt att se vilka åtgärder för att "rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada" [38] som skulle kunna vidtas.

90. I förevarande fall har den spanska regeringen dock medgivit att endast rättsakter som går någon emot kan bli föremål för prövning i den spanska rättsordningen, även inom ramen för offentliga upphandlingsförfaranden. Med rättsakt som går någon emot avses i synnerhet den rättsakt som avslutar upphandlingsförfarandet. Detta framgår uttryckligen av domskälen i denna dom. [39] Den spanska regeringen har även medgivit att den rättsakt genom vilken den upphandlande myndigheten begär kompletterande handlingar till de ursprungliga kontraktshandlingarna inte kan prövas självständigt, vilket framgår uttryckligen av skälen till Tribunal Supremos dom. [40] Ett beslut som kan gå någon emot och som strider mot gemenskapsrätten om offentlig upphandling kan, med andra ord, inte som sådant angripas omedelbart av den anbudsgivare som anser sig ha lidit skada. För att göra detta måste han vänta tills anbudsförfarandet avslutas, det vill säga tills den upphandlande myndigheten antar beslutet om tilldelning av kontraktet.

91. Genom att klaganden åläggs att styrka den skada han lider och genom att han följaktligen berövas möjligheten att angripa en rättsakt som kan gå honom emot, har bestämmelserna i artiklarna 1 och 2 i prövningsdirektivet enligt min uppfattning inte införlivats korrekt med spansk rätt. Dessa nationella bestämmelser gör det nämligen inte möjligt att vid den lämpligaste tidpunkten angripa ett beslut som, på grund av åsidosättande av gemenskapsrätten om offentlig upphandling, kan ge upphov till skadliga effekter. De fråntar därför den enskilde möjligheten att utverka interimistiska åtgärder för att rätta till den påstådda överträdelsen eller förhindra att skador uppkommer. Skyldigheten att styrka den skada som lidits är följaktligen ett ytterligare villkor som inte föreskrivs i prövningsdirektivet och som strider mot detta.

92. Av det ovan anförda följer att Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla de skyldigheter som följer av artiklarna 1 och 2 i direktiv 89/665, genom att inte göra det möjligt att överklaga varje rättsakt eller åtgärd som påstås vara olaglig med avseende på bestämmelserna i förfarandedirektiven, som har antagits under det offentliga upphandlingsförfarandet och som ger upphov till effekter eller resultat som den upphandlande myndigheten kan komma att beakta i det slutliga beslutet om tilldelning av kontraktet.

38 — Artikel 2.1 a i prövningsdirektivet.

39 — Som den framställts av den spanska regeringen (se punkt 80 andra strecksatsen i detta förslag till avgörande).

40 — Ibidem.

V — Den tredje grunden: Felaktigt införlivande av bestämmelserna om vidtagande av interimistiska åtgärder (åsidosättande av artiklarna 1.1 och 2.1 i prövningsdirektivet)

A — *Parternas argument*

1) Kommissionens argument

93. Enligt kommissionen medger inte de spanska införlivandebestämmelserna, det vill säga artikel 111 i lag nr 30/1992 och artiklarna 129—136 i lag nr 29/1998, i motsats till bestämmelserna i artikel 2.1 a i direktiv 89/665, att säkerhetsåtgärder *utverkas* om inte den upphandlande myndighetens olagliga beslut samtidigt överklagas i sak. Kommissionen har påpekat att det endast är i undantagsfall, till exempel enligt artikel 136.2 i lag nr 29/1998, som säkerhetsåtgärder kan *begäras* om det olagliga beslutet inte har överklagats i sak. Det följer av de spanska lagtexterna om införlivande av artikel 2.1 a i prövningsdirektivet att vidtagandet av interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder är knutet till att det inges ett överklagande i sak av den upphandlande myndighetens olagliga beslut. Dessa åtgärder är därför med nödvändighet underordnade ett sådant överklagande och kan inte i något fall bli föremål för en egen ansökan.

94. Kommissionen har påpekat att det följer av ordalydelsen i artiklarna 1.1 och 2.1 i prövningsdirektivet, av dess allmänna systematik, av dess syfte och av domstolens rättspraxis [41] att säkerhetsåtgärder inte är underordnade ett mål rörande huvudsaken, utan är självständiga åtgärder som kan begäras oberoende av om det olagliga beslutet överklagas i sak.

2) Konungariket Spaniens argument

95. Den spanska regeringen har inte bestridit att *vidtagandet* av en säkerhetsåtgärd, som uppskov med verkställigheten, i dess interna rättsordning, med förbehåll för några undantag, [42] skall föregås av ett överklagande i sak. Ansökan om interimistiska åtgärder skall under alla omständigheter inges när talan väcks i sak eller efter det att denna talan har väckts. Talan i syfte att utverka interimistiska åtgärder eller säkerhetsåtgärder är således inte självständigt utformad, utan är knuten till den talan i sak som syftar till att det olagliga beslutet skall ogiltigförklaras.

96. Skyldigheten att i sak angripa lagenligheten av ett beslut av den upphandlande

41 — Bland annat dom av den 19 september 1996 i mål C-236/95, kommissionen mot Grekland (REG 1996, s. I-4459).

42 — Särskilt artikel 136 i lag nr 29/1998.

myndigheten samtidigt som ansökan om säkerhetsåtgärder inges fråntar dock inte, enligt den spanska regeringen, det system som införts genom prövningsdirektivet dess verkningsfullhet, eftersom varje ansökan om säkerhetsåtgärder leder till en prövning i sak, även om den begränsas till en bedömning *prima facie* av problemet. Detta krav skadar inte heller systemets verkningsfullhet eller förverkligandet av direktivets syften, eftersom skyldigheten att angripa lagenligheten av ett beslut av den upphandlande myndigheten samtidigt som en ansökan om säkerhetsåtgärder inges inte innebär att tvingande formkrav måste iakttas. Det är nämligen tillräckligt att klaganden skriver ett brev. Det begärs således inte att han omedelbart inger ansökan i enlighet med instiftade formella regler.

97. Enligt den spanska regeringen har den ordning som antagits i Spanien tvärtom full verkan. Sedan lag nr 29/1998 trädde i kraft kan förvaltningsdomstolen nämligen enligt artikel 29 i nämnda lag vidta alla slags positiva säkerhetsåtgärder, inte bara uppskov.

98. Den spanska regeringen har dessutom bestridit påståendet att skyldigheten att inge ett överklagande i sak innan säkerhetsåtgärder vidtas är oförenlig med, och rent av förbjuden i, bestämmelserna i direktiv 89/665.

99. Den har hävdat att denna tolkning stöds av den omständigheten att även gemenskapsrätten styrs av liknande kriterier som dem som ligger till grund för den spanska lagstiftningen. Den har i det avseendet hänvisat till bestämmelserna i artiklarna 242 EG och 243 EG, artikel 36 i EG-stadgan för domstolen, artiklarna 83—90 i domstolens rättegångsregler och artiklarna 104—110 i förstainstansrättens rättegångsregler. Den har som exempel hänvisat till artikel 83 i domstolens rättegångsregler och påpekat att en ansökan om interimistiska åtgärder inte är en självständig form av talan, men väl en ansökan som är underordnad huvudyrkandet, det vill säga talan om ogiltigförklaring.

100. Angående den slutsats som kommissionen dragit av domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland har den spanska regeringen hävdat att domstolen inte uttalade sig i sakfrågan. Republiken Grekland erkände nämligen att den inte hade införlivat bestämmelserna i prövningsdirektivet med sin nationella rättsordning inom den tidsfrist som angivits i det motiverade yttrandet. Domstolen behövde därför inte pröva talan om det påstådda fördragsbrottet i sak. Den fastslog därför inte att den omständigheten att sådana säkerhetsåtgärder som uppskov med verkställigheten förutsätter att det inges en talan i sak mot det olagliga beslutet utgjorde ett felaktigt införlivande av prövningsdirektivet.

101. Den spanska regeringen har därav dragit slutsatsen att det inte är meningsfullt att, som kommissionen, kräva att de inte-

rimistiska åtgärderna skall vara helt självständiga, eftersom varje säkerhetsåtgärd definitionsmässigt är en underordnad åtgärd. Den har följaktligen yrkat att domstolen skall fastställa att talan inte kan vinna bifall på den tredje grunden eftersom den är obefogad.

B — *Bedömning*

102. Till skillnad från den spanska regeringen, anser jag att det följer av ordalydelsen i artiklarna 1.1 och 2.1 i prövningsdirektivet, av syftet med detta direktiv och av domstolens rättspraxis att säkerhetsåtgärderna inte kan anses vara underordnade en talan i sak, utan är åtgärder som bör kunna vidtas självständigt.

103. Vi har sett att det system som införts genom prövningsdirektivet är avsett att göra det möjligt att verkligen tillämpa förfarandedirektiven. Prövningsdirektivet kräver därför att olagliga beslut av den upphandlande myndigheten prövas effektivt och skyndsamt. Alla olagliga beslut av den upphandlande myndigheten som fattas under det offentliga upphandlingsförfarandet kan för det ändamålet ifrågasättas i interimistiska förfaranden av de personer som lidit skada.[43] Det gäller således att förekomma, rätta till eller gottgöra begångna olagligheter.

43 — Se den andra grunden som kommissionen har åberopat mot Konungariket Spanien.

104. Av det ovan anförda följer att *varje olagligt beslut* som fattas av en upphandlande myndighet innan kontraktet ingås mellan det företag vars anbud antagits och den upphandlande myndigheten *inte bara* kan angripas, *utan* att interimistiska åtgärder *även* kan utverkas innan det olagliga beslutet överklagas i sak. Ansökan om interimistiska åtgärder skall med andra ord inte bara kunna inges. Denna ansökan skall även kunna bifallas av den domstol vid vilken den ingivits innan det olagliga beslutet prövas i sak. Om inte skulle det syfte som eftersträvas med prövningsdirektivet, vilket bland annat består i att undvika eller att rätta till olagligheter som den upphandlande myndigheten har begått, uppenbarligen inte kunna uppnås. Nödvändigheten att vidta brådskande och effektiva åtgärder går inte att förena med kravet på en föregående prövning av sakfrågan.

105. Denna tolkning har bekräftats av domstolen i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland.

106. Republiken Grekland hade anklagats för att inte ha införlivat bestämmelserna i prövningsdirektivet korrekt.

107. Samtidigt som den erkände att den inte hade vidtagit de nödvändiga åtgärderna för införlivande av detta direktiv inom den tidsfrist som hade fastställts i det

motiverade yttrandet, gjorde den grekiska regeringen gällande att en lag hade antagits senare och att den uppfyllde kraven i prövningsdirektivet.

108. Domstolen underlät dock inte att understryka att bestämmelserna i denna lag inte införlivade bestämmelserna i prövningsdirektivet korrekt. Den påpekade särskilt, angående uppskovet med det offentliga upphandlingsförfarandet som avses i artikel 2.1 a i prövningsdirektivet, att den nationella bestämmelsen för införlivande inte uppfyllde kraven i prövningsdirektivet, på grund av att uppskovsåtgärden förutsatte att det väcktes talan om ogiltigförklaring av den ifrågasatta administrativa rättsakten.

109. I punkt 11 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland anges särskilt följande:

"Det räcker härvid att erinra om att artikel 52 i presidentdekret nr 18/89 endast avser förfaranden för uppskov med verkställighet och förutsätter att det har väckts en talan om ogiltigförklaring av den ifrågasatta administrativa rättsakten, medan medlemsstaterna enligt artikel 2 i direktiv [89/665] mera allmänt skall förse sina prövningsorgan med befogenheter att *obe-roende av någon föregående talan*[44] vidta interimistiska åtgärder, 'inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet'".

110. Domstolen påpekade dessutom att den åberopade nationella lagstiftningen saknade bestämmelser om ersättning, enligt artikel 2.1 c i prövningsdirektivet, till personer som skadats av överträdelser av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella bestämmelser om införande av sådan lag.[45]

111. Det framgår av den domen att domstolen, tvärtemot vad Konungariket Spanien har påstått, inte nöjde sig med att fastslå att direktivet inte hade införlivats inom den tidsfrist som fastställts i det motiverade yttrandet, utan gjorde en analys av den grekiska lag som skulle införas och motiverade skälen till att denna inte införlivade bestämmelserna i prövningsdirektivet korrekt.

112. Av det ovan anförda drar jag slutsatsen att medlemsstaterna skall införa en ordning enligt vilken alla slags brådskande åtgärder, inklusive positiva sådana, som är avsedda såväl att undvika och rätta till som

44 — Min kursivering.
45 — Ibidem, punkt 15.

att gottgöra olagligheter som har begåtts av den upphandlande myndigheten under hela det offentliga upphandlingsförfarandet kan vidtas. Detta krav är oförenligt med kravet på en föregående talan i sak mot det olagliga beslutet.

113. Den spanska regeringen har inte bestridit att interimistiska åtgärder eller säkerhetsåtgärder inte kan vidtas i dess interna rättsordning innan talan har väckts i sak mot det olagliga beslutet. Den har emellertid hävdat att det spanska systemet inte är tvingande, eftersom det räcker med ett brev utan motivering, i vilket klaganden meddelar att han avser att överklaga beslutet i sak, för att uppfylla denna skyldighet. Om så verkligen vore fallet, erkänner jag att jag inte förstår anledningen till denna "rena formalitet" som den spanska lagstiftaren ändå fäster särskild vikt vid. Det verkar enligt min mening nämligen oproportionerligt att det faktiska genomförandet av direktivet i det ifrågavarande avseendet[46] måste föregås av en ren formalitet.

114. Angående den spanska regeringens argument att den spanska ordningen för säkerhetsåtgärder är den som följs av gemenskapsrätten i förfarandena vid domstolen, kan man bara konstatera att de bestämmelser och de domar som den spanska regeringen har hänvisat till inte rör den särskilda ordningen för prövning som införts genom direktiv 89/665 eller medlemsstaternas införlivande av denna. Enligt principen *lex specialis derogat generali*[47] måste den särskilda ordning som föreskrivs i direktiv 89/665 få företräde.

115. Av det ovan anförda följer att Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla de skyldigheter som följer av artiklarna 1 och 2 i direktiv 89/665, genom att underordna beviljandet av säkerhetsåtgärder skyldigheten att väcka talan i sak mot en upphandlande myndighets olagliga beslut.

VI — Rättegångskostnader

116. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Konungariket Spanien skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Konungariket Spanien har tappat målet skall kommissionens yrkande bifallas.

46 — Det vill säga vidtagandet av interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder.

47 — Se särskilt dom av den 12 december 1995 i mål C-469/93, Chiquita Italia (REG 1995, s. I-4533), punkt 61, och av den 24 januari 2002 i mål C-372/99, kommissionen mot Italien (REG 2002, s. I-819), punkt 19.

VII — Förslag till avgörande

117. Av ovan redovisade skäl föreslår jag att domstolen skall

1) fastställa att Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten genom att inte vidta nödvändiga åtgärder för att följa bestämmelserna i artiklarna 1 och 2 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i synnerhet genom att inte

— utsträcka systemet för de rättsmedel som garanteras genom nämnda direktiv till att omfatta beslut som fattas av alla upphandlande myndigheter i den mening som avses i artikel 1.1 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor och 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, däribland privaträttsliga bolag som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär, som är juridiska personer och som till större delen finansieras av offentliga myndigheter eller av andra enheter som lyder under offentlig rätt, som står under administrativ tillsyn av sådana organ, eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av de offentliga myndigheterna eller av andra enheter som lyder under offentlig rätt,

— göra det möjligt att överklaga alla beslut som de upphandlande myndigheterna fattar, däribland alla processuella beslut, i förfaranden vid offentlig upphandling,

— göra det möjligt att vidta alla slags lämpliga säkerhetsåtgärder i samband med de upphandlande myndigheternas beslut, däribland åtgärder för att kunna skjuta upp verkställigheten av ett förvaltningsbeslut, och för detta ändamål undanröja alla slags svårigheter och hinder, i synnerhet kravet på att först överklaga den upphandlande myndighetens beslut,

2) förplikta Konungariket Spanien att ersätta rättegångskostnaderna.