FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JÁN MAZÁK

fremsat den 9. oktober 2007 [1]

I — Indledning

1. Dette søgsmål er anlagt af Kommissionen i henhold til artikel 228 EF den 7. februar 2006. Kommissionen har gjort gældende, at Den Portugisiske Republik har undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af Domstolens dom af 14.10.2004 i sag C-275/03, Kommissionen mod Portugal [2], og har nedlagt påstand om, at Portugal pålægges en tvangsbøde. I den nævnte dom fastslog Domstolen, at Den Portugisiske Republik havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, litra c), 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 [3], idet den ikke havde ophævet lovdekret nr. 48051 af 21. november 1967, hvorefter erstatning på grund af overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af nationale bestemmelser til gennemførelse heraf er betinget af, at de skadelidte personer godtgør, at de retsstridige handlinger er udført uagtsomt eller med forsætlig forsømmelse.

II — Retsforskrifter

2. Det følger af artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, som ændret, »[at] medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger […]«.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Dom af 14.10.2004, ikke trykt i Samling af Afgørelser.

3 — EFT L 395, s. 33.

3. Af artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 følger, at »medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

[…]

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning«.

4. Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [4] blev ophævet ved direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [5], der senere blev ophævet ved direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter med virkning fra den 31. januar 2006 [6].

5. Af artikel 81 i direktiv 2004/18 fremgår, at »i overensstemmelse med […] direktiv 89/665 […] sikrer medlemsstaterne gennemførelsen af nærværende direktiv ved hjælp af effektive, tilgængelige og gennemskuelige mekanismer«.

6. Henvisningen i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 til direktiv 71/305 skal læses som en henvisning til direktiv 2004/18 [7].

III — Den administrative procedure og begrundelse for søgsmålet

7. Kommissionen henledte ved skrivelse af 4. november 2004 de portugisiske myndigheders opmærksomhed på formuleringen i dommen i sag C-275/03 og den omstændighed, at artikel 228 EF forpligter Portugal til at træffe de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af denne dom. Kommissionen anmodede de portugisiske myndigheder om at informere den om de trufne foranstaltninger inden den 15. januar 2005.

4 — EFT L 185, s. 5.
5 — EFT L 199, s. 54.
6 — EUT L 134, s. 114.

7 — Jf. artikel 81 i direktiv 2004/18.

8. Ved skrivelse af 19. november 2004 tilstillede de portugisiske myndigheder Kommissionen en kopi af et forslag til en ny lov om statens og offentlige myndigheders erstatningsansvar uden for kontrakt. De portugisiske myndigheder anmodede Kommissionen om at tilkendegive, om den foreslåede lov fandtes at ville sikre en korrekt og fuldstændig gennemførelse af direktiv 89/665. Ved skrivelse af 12. januar 2005 anmodede de portugisiske myndigheder endvidere Kommissionen om ikke at anlægge sag i henhold til artikel 228 EF, før den nye lovgiver var tiltrådt efter valget den 20. februar 2005, med henblik på gennemførelse af proceduren for vedtagelsen af loven om statens erstatningsansvar uden for kontrakt i første halvår af 2005.

9. Den 21. marts 2005 sendte Kommissionen de portugisiske myndigheder en åbningsskrivelse, hvori den meddelte, at opløsningen af det portugisiske parlament (Assembleia da República Portuguesa) og afholdelsen af valg ikke kunne begrunde Portugals manglende opfyldelse af sine forpligtelser i henhold til direktiv 89/665 og overholdelse af tidsfristerne i dette direktiv. Kommissionen tilkendegav endvidere, at den foreslåede lov under ingen omstændigheder var forenelig med direktiv 89/665. Kommissionen meddelte de portugisiske myndigheder, at idet den ikke havde modtaget oplysninger om foranstaltningerne truffet med henblik på opfyldelse af Domstolens dom i sag C-275/03, var det Kommissionens opfattelse, at Portugal havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 228, stk. 1, EF. Kommissionen opfordrede Portugal til at fremsætte sine bemærkninger til sagen inden for to måneder. Den henledte endvidere de portugisiske myndigheders opmærksomhed på, at Domstolen kan pålægge økonomiske sanktioner efter artikel 228, stk. 2, EF. Kommissionen tilkendegav, at den over for Domstolen ville specificere størrelsen på det faste beløb eller tvangsbøden, som Kommissionen finder, at Portugal efter omstændighederne skal betale.

10. Ved skrivelse af 25. maj 2005 besvarede de portugisiske myndigheder Kommissionens åbningsskrivelse. Da den ikke var tilfreds med dette svar, fremsendte Kommissionen den 13. juli 2005 en begrundet udtalelse, hvori den anførte, at Portugal havde undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af Domstolens dom i sag C-275/03 og havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 228, stk. 1, EF. Kommissionen fastsatte en frist på to måneder for de portugisiske myndigheder til at vedtage de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af dommen i sag C-275/03. Kommissionen henledte desuden Portugals opmærksomhed på det forhold, at hvis sagen blev indbragt for Domstolen, kunne Domstolen pålægge økonomiske sanktioner, og at Kommissionen selv ville indstille, at et fast beløb eller en tvangsbøde blev pålagt.

11. I sin besvarelse af 12. december 2005 af den begrundede udtalelse tilkendegav

de portugisiske myndigheder, at den foreslåede lov om statens erstatningsansvar uden for kontrakt, der bl.a. ophæver lovdekret nr. 48051, allerede var forelagt det portugisiske parlament til endelig godkendelse. Da det var Kommissionens opfattelse, at de portugisiske myndigheder ikke havde opfyldt Domstolens dom i sag C-275/03, besluttede den at anlægge den foreliggende sag.

12. Kommissionen har i stævningen nedlagt følgende påstande:

»— Det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 228, stk. 1, EF, idet Den Portugisiske Republik ikke har truffet de foranstaltninger, som er nødvendige til opfyldelse af […] Domstols dom […] i sag C-275/03.

— Den Portugisiske Republik tilpligtes til Kommissionen, på den i artikel 9 i Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1150/2000 nævnte konto for »De Europæiske Fællesskabers egne indtægter«, at indbetale en tvangsbøde på 21 450 EUR for hver dags forsinkelse med gennemførelsen af de fornødne foranstaltninger til opfyldelse af dommen i sag C-275/03, regnet fra afsigelsen af dommen i den foreliggende sag indtil den dag, hvor dommen i sag C-275/03 er opfyldt.

— Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.«

13. Den Portugisiske Republik har nedlagt følgende påstande:

»1) Kommissionens påstande forkastes alle som ugrundede, og:

a) Det fastslås, at Den Portugisiske Republik har truffet alle nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af Domstolens […] dom i sag C-275/06 […], og dermed, at Kommissionens første påstand er ugrundet.

b) Den Portugisiske Republik fritages fra forpligtelsen til at betale en

tvangsbøde på 21 450 EUR for hver dags forsinkelse med gennemførelsen af de fornødne foranstaltninger til opfyldelse af dommen i sag C-275/03, regnet fra afsigelsen af dommen i den foreliggende sag indtil den dag, hvor dommen i sag C-275/03 er opfyldt, og det fastslås dermed, at Kommissionens anden påstand er ugrundet.

2) Subsidiært, for det tilfælde, at vores synspunkter ikke tiltrædes [quod non], nedsættes den specificerede tvangsbøde, da beløbet er åbenbart urimeligt, og faktoren for tilsidesættelsens grovhed fastsættes til et niveau, der ikke overstiger 4 (fire), og betalingen af tvangsbøden fastsættes på årlig basis, og betalingen af tvangsbøden udsættes indtil de foranstaltninger, der i mellemtiden er vedtaget af den portugisiske stat, træder i kraft.«

IV — Opfyldelse af forpligtelsen i henhold til artikel 228, stk. 1, EF

A — *Parternes argumenter*

14. Kommissionen anfører, at Portugal ikke har vedtaget de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af Domstolens dom i sag C-275/03, da medlemsstaten ikke har ophævet lovdekret nr. 48051. Kommissionen gør gældende, at den foreslåede lov om statens og offentlige myndigheders erstatningsansvar uden for kontrakt, der var forelagt det portugisiske parlament af den portugisiske regering, ikke opfylder denne dom. Idet Kommissionen endvidere ikke har modtaget oplysninger om andre foranstaltninger, finder Kommissionen ikke, at Den Portugisiske Republik har opfyldt sine forpligtelser efter artikel 228, stk. 1, EF.

15. Portugal finder, at den foreslåede lov nr. 56/X om statens og offentlige myndigheders erstatningsansvar uden for kontrakt, der blev vedtaget enstemmigt af det portugisiske parlament den 6. april 2006, og som vil træde i kraft inden for kort tid, gennemfører direktiv 89/665 korrekt. Portugal finder endvidere, at den retlige regulering, som Portugal har indført i mellemtiden, udgør en korrekt gennemførelse af direktiv 89/665, og at Portugal dermed fuldt ud opfylder dommen i sag C-275/03. I den forbindelse anfører Portugal, at artikel 22 og 271 i Den Portugisiske Republiks forfatning (CRP) og den nye retsplejelov for forvaltningsdomstolene (CPTA) i tilstrækkelig grad sikrer opfyldelse af dommen i sag C-275/03. Portugal gør endvidere gældende, at de portugisiske domstole i deres faste praksis har anerkendt, at der er en formodning for, at der foreligger en fejl, når forvaltningen begår ulovlige handlinger.

B — *Bedømmelse*

16. Det påhviler Kommissionen under en sag efter artikel 228 EF at forsyne Domstolen med de oplysninger, der er nødvendige for at fastlægge, i hvilket omfang en medlemsstat har opfyldt en dom, der har fastslået, at denne medlemsstat har begået traktatbrud. Når Kommissionen har fremlagt tilstrækkelige oplysninger til at vise, at traktatbruddet varer ved, påhviler det endvidere den pågældende medlemsstat at fremføre en vægtig og detaljeret kritik af de fremlagte oplysninger og deres konsekvenser [8].

17. I konklusionen til dommen i sag C-275/03 fastslog Domstolen, at Den Portugisiske Republik havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665/EØF, idet den ikke havde ophævet lovdekret nr. 48051 af 21. november 1967, hvorefter erstatning på grund af brud på fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af nationale bestemmelser til gennemførelse heraf er betinget af, at de skadelidte personer godtgør, at de retsstridige handlinger er udført uagtsomt eller med forsætlig forsømmelse.

18. I betragtning af formuleringen af konklusionen i dommen i sag C-275/03 er det efter min opfattelse nødvendigt inden for rammerne af nærværende sag, der omhandler undladelse af opfyldelse af forpligtelser i henhold til artikel 228, stk. 1, at afklare, om Den Portugisiske Republik har opfyldt denne dom, og navnlig om den har ophævet lovdekret nr. 48051.

19. Det relevante tidspunkt for bedømmelsen af, om der foreligger et traktatbrud i medfør af artikel 228 EF, er udløbet af den frist, der er fastsat i den begrundede udtalelse, som er fremsat i medfør af denne bestemmelse. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Den Portugisiske Republik pålægges at betale en tvangsbøde, må det ligeledes afklares, om den angivelige undladelse af opfyldelse af forpligtelser har varet ved indtil Domstolens retsmøde i den foreliggende sag.

20. I den foreliggende sag fremgår det af de skriftlige indlæg, der er fremsat af Kommissionen, og i øvrigt af Portugal, at selv om et forslag til lov om ophævelse af lovdekret nr. 48051 i øjeblikket er under behandling i det portugisiske parlament, er denne lov ikke blevet endeligt vedtaget. Den portugisiske regering har selv i sit skriftlige indlæg medgivet, at der bl.a. kræves en underskrift af Presidente da República (præsidenten for Den Portugisiske Republik) og en offentliggørelse i *Diário da República* (Portugals

8 — Dom af 18.7.2006, sag C-119/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6885, præmis 41.

lovtidende), for at den foreslåede lov nr. 56/X kan træde i kraft. Ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse af 13. juli 2005 havde Den Portugisiske Republik endnu ikke taget disse nødvendige lovgivningsmæssige skridt.

21. I det mundtlige retsmøde, der fandt sted den 5. juli 2007, svarede Den Portugisiske Republiks repræsentant, da vedkommende blev direkte foreholdt, at lovdekret nr. 48051 stadig var i kraft på tidspunktet for mødet, at Den Portugisiske Republik havde til hensigt at ændre den nuværende retstilstand med vedtagelsen af lovforslag nr. 56/X. Det er derfor åbenbart, at den 5. juli 2007 havde Den Portugisiske Republik endnu ikke ophævet lovdekret nr. 48051. Endvidere bestod Portugals forpligtelser til at gennemføre artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 fortsat [9].

22. Hvad angår den portugisiske regerings anbringender med hensyn til CRP's artikel 22 og 271, CPTA og de portugisiske domstoles retspraksis [10] vedrørende formodningen for fejl er disse anbringender i mine øjne retligt irrelevante og uden betydning i forbindelse med den foreliggende sag. Efter min opfattelse udgør de omhandlede anbringender et forsøg fra Portugals side på at genåbne retssagen i sag C-275/03 og på at få en fornyet behandling af forhold, som parterne allerede har behandlet, og som Domstolen derfor tog i betragtning i forbindelse med den endelige dom.

23. På baggrund af det ovenstående må konklusionen være, at Den Portugisiske Republik har undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af dommen i sag C-275/03 om gennemførelse af artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, og dermed har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 228, stk. 1, EF.

24. Da det således er påvist, at Den Portugisiske Republiks undladelse af at opfylde sine forpligtelser fortsat bestod på tidspunktet for Domstolens retsmøde i den foreliggende sag, skal der tages stilling til Kommissionens forslag om fastsættelse af en tvangsbøde.

V — Passende økonomisk sanktion

A — *Parternes argumenter*

25. På grundlag af beregningsmåden i meddelelse 96/C 242/07 af 21. august 1996

9 — Disse bestemmelser er ikke ophævet i mellemtiden.

10 — Jf. punkt 15 ovenfor.

vedrørende gennemførelsen af artikel [228] EF [11] og meddelelse 97/C 63/02 af 28. februar 1997 vedrørende metode til beregning af tvangsbøder efter artikel [228] EF [12] har Kommissionen nedlagt påstand om, at Den Portugisiske Republik pålægges en tvangsbøde på 21 450 EUR pr. dags forsinkelse som sanktion for den manglende opfyldelse af dommen i sag C-275/03. Tvangsbøden bør pålægges fra datoen for afsigelsen af dommen i nærværende sag og indtil den dato, hvor dommen i sag C-275/03 er opfyldt.

26. Kommissionen er af den opfattelse, at pålæggelsen af en tvangsbøde er det mest hensigtsmæssige middel til hurtigst muligt at få bragt den konstaterede tilsidesættelse til ophør. En tvangsbøde på 21 450 EUR pr. dags forsinkelse er tilpasset tilsidesættelsens grovhed og varighed, samtidig med, at der tages hensyn til behovet for at sikre sanktionens effektivitet. Ifølge Kommissionen skal dette beløb beregnes ved at multiplicere et ensartet grundbeløb på 500 EUR med en koefficient på 11 (på en skala mellem 1 og 20), der afspejler tilsidesættelsens grovhed, en koefficient på 1, der afspejler tilsidesættelsens varighed, og en koefficient på 3,9 (beregnet på grundlag af Portugals bruttonationalprodukt (BNP) og det antal stemmer, det råder over i Rådet), der afspejler Portugals betalingsevne.

27. I relation til tilsidesættelsens varighed anfører Kommissionen, at den 12. oktober 2005, hvor Kommissionen besluttede at anlægge den foreliggende sag, var der gået 11 måneder siden afsigelsen af dommen i sag C-275/03. I overensstemmelse med sine retningslinjer vedtaget i marts 2001 begynder Kommissionen at beregne varigheden af en tilsidesættelse af artikel 228 EF fra den syvende måned regnet fra datoen for afsigelsen af en dom, der fastslår en tilsidesættelse af fællesskabsret. Ved i den foreliggende sag at multiplicere »koefficient 0,1 med 5 måneder (november 2004 til maj 2005) fremkommer resultatet 0,5«. Varighedskoefficienten bør derfor være 1 eller minimumskoefficienten.

28. For så vidt angår tilsidesættelsens grovhed finder Kommissionen, at to faktorer skal tages i betragtning ved fastsættelsen af størrelsen af tvangsbøden, nemlig betydningen af de fællesskabsretlige bestemmelser, der er tilsidesat, og tilsidesættelsens følger for offentlige og private interesser. Det følger af tredje betragtning til direktiv 89/665, at »adgang til på fællesskabsplan at konkurrere om offentlige kontrakter kræver en betydelig udvidelse af garantierne for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling«. Med henblik på, at »[…] der kan opnås en faktisk virkning, er det vigtigt, at der findes effektive og hurtige klagemuligheder i tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af de nationale regler, der omsætter denne ret«. Det er Kommissionens opfattelse, at de tilsidesatte regler har stor betydning, og at tilsidesættelsen kan have

11 — EFT C 242, s. 6.
12 — EFT C 63, s. 2.

betydelige følger for offentlige og private interesser. I den forbindelse udgjorde offentlige kontrakter 13,2% af Portugals BNP [13]. Uanset ovenstående og set i lyset af for det første, at Domstolen i sag C-275/03 for første gang tog stilling til, om nationale regler, hvorefter erstatning på grund af overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller på nationale bestemmelser til gennemførelse heraf er betinget af, at de skadelidte personer godtgør, at de retsstridige handlinger er udført uagtsomt eller med forsætlig forsømmelse, er forenelige med artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, og for det andet, at tilsidesættelsen, der førte til dommen i sag C-275/03, i Portugals tilfælde er et enkeltstående tilfælde af ukorrekt gennemførelse af et fællesskabsdirektiv vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, finder Kommissionen, at koefficienten for tilsidesættelsens grovhed i dette tilfælde bør være 11.

29. Kommissionen tilkendegav i sit svar, at i modsætning til Portugals argumenter [14] bør punkt 13.3 i 2005 Meddelelsen fra Kommissionen — Gennemførelse af EF-traktatens artikel 228 [15] (herefter »2005-meddelelsen«), der indeholder en mulighed for at tilpasse referenceperioden for vurderingen af en medlemsstats vedvarende tilsidesættelse, efter at dommen i henhold til artikel 228 EF er blevet afsagt, ikke finde anvendelse i den foreliggende sag. Kommissionen finder endvidere, at omstændighederne i sag C-278/01, Kommissionen mod Spanien [16], hvori Domstolen fastslog, at tilsidesættelsens ophør kun kunne konstateres en gang om året, er materielt forskellige fra omstændighederne i den foreliggende sag, der omhandler vedtagelsen af foranstaltninger med henblik på korrekt gennemførelse af en bestemmelse i direktiv 89/665 i national ret.

30. Kommissionen finder endvidere, igen i modsætning til Portugals anbringender [17], ikke, at der er behov for at suspendere pålæggelsen af en tvangsbøde i den foreliggende sag efter punkt 13.4 i 2005-meddelelsen. Punkt 13.4 i 2005-meddelelsen indeholder mulighed for at suspendere en tvangsbøde, hvor der f.eks. er brug for tid til at efterprøve, om alle nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af dommen er truffet. Da den foreliggende sag omhandler gennemførelsen af et direktiv, kan Kommissionen umiddelbart efter notifikationen af nationale gennemførelsesforanstaltninger notere sig sådanne foranstaltninger.

13 — Hvilket er lidt under fællesskabetsgennemsnittet på 16%.

14 — Jf. punkt 33 nedenfor.

15 — SEK(2005) 1658.

16 — Dom af 25.11.2003, sag C-278/01, Sml. I, s. 14141, præmis 51.

17 — Jf. punkt 34 nedenfor.

31. Portugal er af den opfattelse, at den af Kommissionen foreslåede tvangsbøde beløbsmæssigt, og navnlig koefficienten 11 for tilsidesættelsens grovhed, er åbenbart uforholdsmæssig og for vidtgående, sagens omstændigheder taget i betragtning. Ifølge den portugisiske regering forekommer pålæggelsen af erstatningsansvar for forvaltningen inden for rammerne af direktiv 89/665 at være et instrument i den offentlige indkøbspolitik. Dette instrument bør imidlertid ikke anses for at være af altoverskyggende vigtighed for denne politik. Formålet med den offentlige indkøbspolitik er primært at garantere lovligheden af proceduren for indgåelsen af offentlige kontrakter. Muligheden for at pålægge forvaltningen erstatningsansvar skal anses for et sekundært instrument til sikring af ofrenes interesser. Portugal finder det endvidere tvivlsomt, om tilsidesættelsen har haft følger for offentlige og private interesser, da de portugisiske domstole i deres faste praksis har anerkendt, at der er en formodning for, at der foreligger en fejl, når forvaltningen begår ulovlige handlinger, hvorved det gøres muligt et yde erstatning til individuelt berørte i fuld overensstemmelse med kravene i direktiv 89/665.

32. Portugal finder ikke, at den foreliggende sag er sammenlignelig med andre sager, som Domstolen har afgjort efter artikel 228 EF, da den foreliggende sag ikke omhandler urigtig anvendelse af fællesskabsret, men derimod en påstået urigtig gennemførelse af et direktiv. Portugal gør gældende, at dette skal anses for en formildende omstændighed. Hertil kommer, at den foreliggende sag ikke omhandler grundlæggende hensyn som f.eks. den offentlige sundhed og individernes fysiske integritet i modsætning til andre sager, som Domstolen har afgjort, hvor Kommissionen har foreslået lavere koefficienter for tilsidesættelsernes grovhed. Endvidere omhandler nærværende sag ikke et følsomt område, hvor Fællesskabet har enekompetence, og som har været genstand for detaljeret lovgivning og domstolsprøvelse. Portugal finder det derfor overraskende, at Kommissionen foreslår en koefficient på 11 for tilsidesættelsens grovhed i en sag om delvis undladelse af gennemførelse af direktiv 89/665. Det er derfor Portugals opfattelse, at koefficienten for tilsidesættelsens grovhed ikke bør overstige 4.

33. Portugal finder endvidere i overensstemmelse med punkt 13.3 i 2005-meddelelsen, som erstattede meddelelserne 96/C 242/07 og 97/C 63/02, at en passende referenceperiode for vurdering af overholdelse af direktiv 89/665 i den foreliggende sag bør være årlig og ikke daglig, som foreslået af Kommissionen.

34. I tillæg hertil finder Portugal, at tvangsbøden i den foreliggende sag bør suspenderes i overensstemmelse med punkt 13.4 i 2005-meddelelsen. Med sin vedtagelse af

lovforslag nr. 56/X har Portugal sikret, at alle nødvendige skridt for at opfylde Domstolens dom i sag C-275/03 er taget. Der er blot brug for en vis tidsperiode, før lovteksten er vedtaget.

B — *Bedømmelse*

35. For det tilfælde, at Domstolen skulle finde, at Den Portugisiske Republik ikke har opfyldt Domstolens dom i sag C-275/03, kan Domstolen i henhold til artikel 228, stk. 2, tredje punktum, EF pålægge medlemsstaten betaling af fast beløb og/eller en tvangsbøde [18].

36. Ifølge fast praksis tilkommer det Domstolen i hver enkelt sag ud fra sagens konkrete omstændigheder at bedømme, hvilke økonomiske sanktioner der skal fastsættes [19]. Kompetencen til at fastsætte en sanktion efter artikel 228 EF ligger således alene hos Domstolen. Ved udøvelsen af sin kompetence er det op til Domstolen at fastsætte det faste beløb og/eller tvangsbøden, der er passende efter omstændighederne og forholdsmæssigt både i forhold til den krænkelse, der er påvist, og til den berørte medlemsstats betalingsevne. I den forbindelse binder Kommissionens forslag med hensyn til økonomiske sanktioner ikke Domstolen og udgør blot et nyttigt sammenligningsgrundlag [20]. Kommissionens meddelelser om artikel 228 EF er endvidere ikke bindende for Domstolen, men tjener til at sikre gennemsigtigheden, forudsigeligheden og retssikkerheden i denne institutions handlinger [21].

37. I den foreliggende sag støttede Kommissionen sin påstand om pålæggelse af økonomiske sanktioner over for Portugal bl.a. på meddelelse 96/C 242/07 og 97/C 63/02. Det bemærkes, at den 7. februar 2006, som er datoen for anlæggelse af nærværende søgsmål ved Domstolen, var disse meddelelser ikke længere i kraft, idet de med virkning fra den 1. januar 2006 var blevet erstattet af 2005-meddelelsen [22].

38. Jeg finder, at det vil være passende, at Domstolen under den foreliggende sag

18 — Dom af 12.7.2005, sag C-304/02, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6263, navnlig præmis 80-82.

19 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 86.

20 — Dom af 4.7.2000, sag C-387/97, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 5047, præmis 89.

21 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 87.

22 — Jf. punkt 25 i 2005-meddelelsen.

bl.a. anvender den nyere 2005-meddelelse sammen med parternes indlæg som et nyttigt referencepunkt i forhold til fastlæggelsen af, om der skal pålægges en økonomisk sanktion i den foreliggende sag, og i givet fald en sådan sanktions beløbsstørrelse. Herved finder jeg ikke, at Kommissionen ved at henvise til sine tidligere meddelelser hindrede Portugal i at forsvare sine interesser under den foreliggende sag, og at principperne om gennemsigtighed, forudsigelighed og retssikkerhed ikke er blevet iagttaget. Portugal har selv i sine skriftlige indlæg fremhævet, at 2005-meddelelsen havde erstattet Kommissionens tidligere meddelelser, og som det også fremgår af Portugals indlæg, påberåbte medlemsstaten sig specifikt punkt 13.3 og 13.4 i 2005-meddelelsen. Efter min opfattelse var Portugal fuldt bekendt med indholdet af 2005-meddelelsen, og at den kunne anvendes som referencepunkt i forhold til Domstolens pålæggelse af økonomiske sanktioner.

39. Med henblik på at anvende fuldbyrdelsesproceduren i artikel 228 EF effektivt skal denne procedure efter min opfattelse anses for et redskab til fuldstændig realisering af formålet med sagerne, der føres efter artikel 226 EF, hvilket er at bringe tilsidesættelser af fællesskabsretten til ophør, og på samme tid at udgøre et middel til at afskrække medlemsstaterne fra at undlade at opfylde Domstolens domme, som fastslår en krænkelse af fællesskabsretten i henhold til artikel 226 EF.

40. Konkret indebærer dette, at proceduren i artikel 228, stk. 2, EF har til formål at tilskynde en forsømmelig medlemsstat til at opfylde en dom, der fastslår, at medlemsstaten ikke har opfyldt sine forpligtelser, og dermed at sikre denne medlemsstats effektive anvendelse af fællesskabsretten. De i bestemmelsen hjemlede sanktioner, nemlig det faste beløb og tvangsbøden, har begge dette formål. Formålet med pålæggelse af en tvangsbøde og/eller betaling af et fast beløb er at sætte en medlemsstat under økonomisk pres for at formå denne medlemsstat til at bringe den påviste tilsidesættelse til ophør. De pålagte økonomiske sanktioner skal følgelig fastsættes under hensyn til den grad af pression, der er nødvendig for at formå den pågældende medlemsstat til at ændre sin adfærd [23].

41. Domstolen fastslog i sag C-304/04, Kommissionen mod Frankrig, at mens pålæggelsen af en tvangsbøde må anses for særligt egnet til at tilskynde medlemsstaten til hurtigst muligt at bringe et traktatbrud til ophør, når dette, såfremt en sådan foranstaltning ikke træffes, ville have tendens til at vare ved, hviler et påbud om betaling af et fast beløb i højere grad på en vurdering

23 — Dom af 14.3.2006, sag C-177/04, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2461, præmis 59 og 60.

af de konsekvenser, som den pågældende medlemsstats manglende opfyldelse af sine forpligtelser har på offentlige og private interesser, navnlig når traktatbruddet har varet ved i en lang periode efter den dom, hvorved det oprindeligt blev fastslået [24].

42. På baggrund af omstændighederne i den foreliggende sag finder jeg, at pålæggelsen af en tvangsbøde er et passende middel til at formå eller overbevise Portugal om, at det skal ændre sin adfærd og opfylde sine forpligtelser i henhold til artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665. Der er efter min opfattelse i den foreliggende sag tilstrækkelig grundlag for at antage, at der er en reel risiko for, at den omhandlede tilsidesættelse vil vare ved, medmindre Portugal pålægges en tvangsbøde. Det fremgik i den forbindelse klart i det mundtlige retsmøde den 5. juli 2007, at Den Portugisiske Republik ikke havde taget de nødvendige skridt til opfyldelse af dommen i sag C-275/03, uagtet den gentagne gange har oplyst, at sådanne skridt var umiddelbart forestående.

43. For så vidt angår størrelsen af tvangsbøden er de grundkriterier, der skal tages i betragtning for at sikre en sådan betalings egenskab af tvangsmiddel med henblik på en ensartet og effektiv anvendelse af fællesskabsretten, i princippet tilsidesættelsens varighed, dens grovhed og den pågældende medlemsstats betalingsevne. Ved anvendelsen af disse kriterier skal der særligt tages hensyn til den manglende opfyldelses konsekvenser for private og offentlige interesser samt den uopsættelighed, der er i at foranledige den pågældende medlemsstat til at overholde sine forpligtelser [25].

44. Kommissionen gør gældende, at koefficienten for tilsidesættelsens varighed i den foreliggende sag skal fastsættes til 1. Det fremgår af Kommissionens indlæg, at denne koefficient bl.a. blev beregnet med henvisning til tidspunktet for Kommissionens beslutning om at indlede den foreliggende sag, dvs. den 12. oktober 2005. Jeg mener ikke, at Kommissionens forslag vedrørende varigheden kan tiltrædes. Bortset fra den omstændighed, at Kommissionen rent faktisk ikke anlagde sagen før den 7. februar 2006, så fastslog Domstolen i sag C-177/04, Kommissionen mod Frankrig, at en tilsidesættelses varighed efter artikel 228 EF skal fastsættes med henvisning til det tidspunkt, hvor Domstolen har vurderet de faktiske omstændigheder, og ikke til det tidspunkt,

24 — Jf. præmis 81.

25 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 92.

hvor Kommissionen indbragte sagen for den [26].

45. I den foreliggende sag krævede opfyldelse af dommen i sag C-275/03 alene, at Portugal vedtog foranstaltninger til gennemførelse af artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, og navnlig at lovdekret nr. 48051 blev ophævet. Det er klart, at Portugals undladelse af endeligt at vedtage de nødvendige retlige foranstaltninger til opfyldelse af dommen i sag C-275/03, der blev afsagt den 14. oktober 2004, har varet ved i en væsentlig periode. På tidspunktet for retsmødet er der forløbet næsten tre år siden afsigelsen af dommen i sag C-275/03 [27].

46. Jeg finder under disse omstændigheder, at en koefficient på 2 forekommer at tage rimeligt hensyn til tilsidesættelsens varighed.

47. Hvad angår tilsidesættelsens grovhed anser jeg ikke Kommissionens forslag om en koefficient på 11 på en skala fra 1 til 20 for grovhed for korrekt. Efter min opfattelse er denne koefficient klart uforholdsmæssig i betragtning af sagens omstændigheder og Domstolens hidtidige praksis.

48. Hvad angår denne praksis har Den Portugisiske Regering i mine øjne korrekt påpeget, at Domstolen har anvendt en lavere koefficient for tilsidesættelsernes grovhed i sager om offentlig sundhed, miljøskader og udtømmelse af fiskeressourcerne [28]. Jeg finder derfor, at en koefficient på 4 som foreslået af den portugisiske regering er mere rimelig i den foreliggende sag.

26 — Jf. præmis 71. Efter min opfattelse er tidspunktet for Domstolens vurdering af de faktiske omstændigheder et ikke-identificerbart tidspunkt, som parterne ikke kender. Jeg finder derfor, at med henblik på pålæggelse af en tvangsbøde efter artikel 228 EF bør tilsidesættelsens varighed fastsættes med henvisning til tidspunktet for retsmødet i sagen eller, for det tilfælde, at der ikke afholdes retsmøde, tidspunktet for skriftvekslingens afslutning.

27 — Jf. analogt dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 73 og 74. I den sag fandt Domstolen, at en koefficient på 3 for varigheden skulle anvendes, hvor en undladelse af at vedtage foranstaltninger til gennemførelse i national ret havde varet ved i næsten fire år.

28 — I den forbindelse bemærkede Portugal, at Kommissionen i sagen Kommissionen mod Grækenland (nævnt ovenfor i fodnote 20) foreslog en koefficient på 6 for grovheden vedrørende en undladelse af at opfylde forpligtelser, der truede offentlig sundhed, og hvor der ikke var taget skridt til at opfylde den tidligere dom. Mens Kommissionen i sagen Kommissionen mod Spanien (nævnt ovenfor i fodnote 16) foreslog en koefficient på 4 for grovheden angående en undladelse af at gennemføre et direktiv om kvaliteten af badevand, og som derfor omhandlede miljøbeskyttelse og offentlig sundhed. I sagen Kommissionen mod Frankrig (nævnt ovenfor i fodnote 18), der omhandlede fælles fiskeripolitik, blev der foreslået en koefficient på 10 for grovheden.

49. Selv om der er tale om en delvis tilsidesættelse af direktiv 89/665, derved at den foreliggende sag og sag C-275/04 omhandler direktivets artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, litra c), og ikke direktivet i sin helhed, finder jeg, at en koefficient for grovheden på 4 er rimelig under hensyntagen til betydningen af de omhandlede bestemmelser, hvorved der træffes foranstaltninger for tilkendelse af erstatning til personer, der lider skade, som følge af tilsidesættelse af reglerne for offentlige indkøb [29].

50. I forbindelse med denne konklusion vil jeg gerne understrege, at jeg ikke er enig med det af Portugal anførte, hvorved det nærmest antydes, at Fællesskabets politik på området for offentlige indkøb ikke er af stor betydning. Offentlige indkøb spiller efter min opfattelse en central rolle i sikringen af, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes [30]. Endvidere finder jeg i modsætning til Portugal [31], at private aktørers mulighed for at søge efterprøvelse af de ordregivende myndigheders beslutninger, og, når de har lidt skade som følge af en tilsidesættelse af reglerne om offentlige indkøb, at opnå erstatning, er afgørende for, at disse regler kan fungere korrekt. Tilstedeværelsen af sådanne procedurer beskytter ikke blot de involverede parters interesser, men garanterer også den fulde effekt af Fællesskabets regler om offentlige indkøb.

51. Portugals undladelse af at ophæve lovdekret nr. 48051 [32] synes at gøre det vanskeligere og mere bekosteligt for private parter at anlægge retssager på dette område. Denne situation kunne efter min opfattelse underminere private parters incitament til at anlægge sådanne sager og dermed hindre den fulde effekt af Fællesskabets regler om offentlige indkøb.

29 — Se i modsætning hertil dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig (nævnt ovenfor i fodnote 23), hvori Domstolen fandt, at en tilsidesættelse af fællesskabsretten ved en delvis ikke-gennemførelse af et direktiv ikke var særlig grov, og derfor anvendte en koefficient på 1 for tilsidesættelsens grovhed. I denne sag fandt Domstolen, at Frankrig havde undladt at opfylde dommen i sag C-52/00, Kommissionen mod Frankrig (dom af 25.4.2002, Sml. I, s. 3827), angående gennemførelsen af artikel 3, stk. 3, i direktiv 85/374 af 25.7.1985 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar (EFT L 210, s. 29), og dermed havde undladt at overholde sine forpligtelser efter artikel 228 EF, da Frankrig fortsatte med at anse forhandleren af et defekt produkt for ansvarlig i samme omfang som producenten, når producenten ikke kan identificeres, selv om forhandleren har oplyst skadelidte i rimelig tid om identiteten af den person, som har leveret produktet til ham.

30 — Netop omfanget af offentlige kontrakter, der repræsenterer 16% af Fællesskabets BNP og 13,2% af Portugals BNP, kan ikke ignoreres.

31 — Jf. punkt 31 ovenfor.

32 — Hvormed erstatning på grund af tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af nationale bestemmelser til gennemførelse heraf betinges af, at de skadelidte personer godtgør, at de retsstridige handlinger er udført uagtsomt eller med forsætlig forsømmelse af staten eller offentlige myndigheder.

52. På baggrund af det ovenstående finder jeg, at tvangsbøden i den foreliggende sag bør beregnes ved at multiplicere grundbeløbet på 600 EUR med koefficienterne 4,04 (for betalingsevnen) [33], 4 (for tilsidesættelsens grovhed) og 2 (for tilsidesættelsens varighed), hvorved der fremkommer et beløb på 19 392 EUR pr. dags forsinkelse.

53. Hvad angår fastlæggelsen af tvangsbødeperioden er det i sager som den foreliggende, der drejer sig om opfyldelse af en dom afsagt af Domstolen, der forudsætter en lovændring med henblik på at gennemføre en del af et direktiv, passende at anvende tvangsbøde i form af dagsbøder [34]. Den portugisiske regerings argumenter med støtte i punkt 13.3 i 2005-meddelelsen bør derfor afvises.

54. Jeg finder endvidere ikke, at der er behov for at suspendere pålæggelsen af tvangsbøden i den nærværende sag. Vedtagelsen af den nødvendige lovændring og dermed opfyldelse af dommen i sag C-275/03 kan bedømmes af Kommissionen umiddelbart efter underretningen om denne ændring. Den portugisiske regerings argumenter med støtte i punkt 13.4 i 2005-meddelelsen bør derfor også afvises.

55. Hvad angår Domstolens mulighed for at pålægge et fast beløb finder jeg ikke, at en sådan sanktion er berettiget i den foreliggende sag, uanset at det har en vis betydning, at undladelsen af at gennemføre artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, litra c), har varet ved i næsten tre år efter afsigelsen af dommen i sag C-275/03, og at private og offentlige interesser er blevet påvirket af denne undladelse.

56. Denne overvejelse støttes af Domstolens retspraksis, navnlig Domstolens dom i sag C-304/02 og de helt særlige omstændigheder i den sag, der førte til Domstolens afgørelse om at pålægge betaling af et fast beløb oven i tvangsbøden [35]. Det fremgår netop af selve ordlyden af artikel 228, stk. 2, EF, at kun én af de to potentielle sanktioner kan pålægges. Domstolen har endvidere fundet, at begge sanktioner har deres egen selvstændige funktion [36].

33 — Det bemærkes, at grundbeløbet og koefficienten for Portugals betalingsevne er udledt af 2005-meddelelsen. Se punkt 37 ovenfor.

34 — Jf. dommen i sag C-177/04, Frankrig mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 77.

35 — Jf. præmis 114 og 115 i sag C-304/02, Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 18.

36 — Jf. sag C-304/02, Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 84.

VI — Forslag til afgørelse

57. Herefter skal jeg foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

— Det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, litra c), 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, idet den ikke har ophævet lovdekret nr. 48051 af 21. november 1967, hvorefter erstatning på grund af tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af nationale bestemmelser til gennemførelse heraf er betinget af, at de skadelidte personer godtgør, at de retsstridige handlinger er udført uagtsomt eller med forsætlig forsømmelse, og dermed har Den Portugisiske Republik tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 228, stk. 1.

— Den Portugisiske Republik tilpligtes til Kommissionen For De Europæiske Fællesskaber på konto for »De Europæiske Fællesskabers egne indtægter«, at indbetale en tvangsbøde på 19 392 EUR for hver dags forsinkelse med gennemførelsen af de fornødne foranstaltninger til opfyldelse af dommen i sag C-275/03, Kommissionen mod Portugal, regnet fra afsigelsen af nærværende dom, indtil dommen i sag C-275/03 er fuldt ud opfyldt.

— Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.