RETSMØDERAPPORT
i sag C-24/91 *

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1. *Retlig baggrund*

1. Ved Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 (EFT 1971 II, s. 613, herefter benævnt »direktivet«) samordnes fremgangsmåderne med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter, som i medlemsstaterne indgås for statens, lokale organers og andre offentligretlige juridiske personers regning, på grundlag af følgende principper: forbud mod tekniske specifikationer, der har diskriminerende virkning, tilstrækkelig offentlighed omkring kontrakterne og opstilling af objektive kriterier for deltagelse.

2. I direktivet, som finder anvendelse på kontrakter til et beløb på 1 mio. ECU og derover, er det bl.a. fastsat i afsnit III (artikel 12-19), at udbudsbekendtgørelserne skal offentliggøres på en sådan måde, at samtlige interesserede entreprenører i Fællesskabet har mulighed for at blive underrettet om og eventuelt deltage i udbuddet.

3. I medfør af direktivets artikel 12 skal udbudsbekendtgørelserne sendes til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer, som offentliggør dem i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* senest ni dage efter afsendelsesdatoen. I artikel 15 hjemles der mulighed for en hasteprocedure, hvorved denne frist forkortes fra ni til fem dage, og fristerne for modtagelse af ansøgninger om deltagelse og modtagelse af bud forkortes til henholdsvis tolv og ti dage.

4. Ved direktivets artikel 9 gives der i en række tilfælde dispensation fra disse offentliggørelsesbestemmelser. F. eks. i artikel 9, litra d), gives der dispensation »i strengt fornødent omfang, når tvingende grunde af uopsættelig karakter i forbindelse med begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder«.

5. I mellemtiden er direktiv 71/305 ændret ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 (EFT L 210, s. 1). Ved dette nye direktiv, som Kongeriget Spanien skal gennemføre i national lovgivning senest den 1. marts 1992, er det tidligere direktivs økonomiske anvendelsesområde blevet ændret. Undergrænsen for direktivets anvendelse blev hævet fra 1 mio. ECU til 5 mio. ECU.

2. *Sagens baggrund*

6. Den 9. februar 1989 godkendte rektoratet ved Universidad Complutense de Madrid en udvidelse og ombygning af universitetets statsvidenskabelige og sociologiske fakultet samt af dets sociale højskole med et budget på i alt 430 256 250 PTA. Beløbet var blevet

* Processprog: spansk.

bevilget af undervisningsministeriet i januar 1989.

7. Den 27. februar 1989 udbød universitetet disse arbejder i licitation ved en bekendtgørelse, der blev offentliggjort i fire spanske aviser.

8. Ved skrivelse af 13. marts 1989 spurgte Kommissionen Spaniens Faste Repræsentation, hvorfor ovennævnte arbejder ikke var blevet offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende.*

9. Ved skrivelse af 29. september 1989 svarede Den Faste Repræsentation, at det hverken var nødvendigt eller påbudt at offentliggøre det pågældende udbud.

10. Den 6. december 1989 indledte Kommissionen den i EØF-traktatens artikel 169 fastsatte procedure ved fremsendelse af en åbningsskrivelse til den spanske regering.

11. Denne svarede den 22. januar 1990. Den spanske regering anførte i sit svar, at det var nødvendigt for universitetet så hurtigt som muligt at få afsluttet udvidelses- og ombygningsarbejderne, nemlig før begyndelsen af det nye akademiske år. Da der var tale om en hastesag, var det berettiget at indgå byggeaftalen underhånden.

12. På baggrund af dette svar afgav Kommissionen den 15. oktober 1990 en begrundet udtalelse.

13. Den 27. november 1990 besvarede den spanske regering den begrundede udtalelse og påberåbte sig på ny arbejdernes hastende karakter.

14. Da den spanske regering ikke tog Kommissionens indsigelser til følge, besluttede denne at indbringe sagen for Domstolen.

3. *Skriftlig forhandling*

15. Kommissionens søgsmål blev registreret på Domstolens Justitskontor den 23. januar 1991.

16. På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse.

II — Parternes påstande

17. Kommissionen, *sagsøger,* har nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, særlig artikel 9 og artikel 12-19, idet rektoratet ved Universidad Complutense de Madrid har givet bygge- og anlægsarbejderne i forbindelse med udvidelsen og

ombygningen af universitetets statsvidenskabelige og sociologiske fakultet samt dets sociale højskole i entreprise ved underhåndsaftale og således har undladt at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende.*

— Kongeriget Spanien betaler sagens omkostninger.

18. Den spanske regering, *sagsøgte,* har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Kommissionen betaler sagens omkostninger.

III — Parternes anbringender og argumenter

19. *Kommissionen* anfører først, at hovedformålet med fællesskabsdirektiverne om offentlige bygge- og anlægskontrakter er at gøre området gennemsigtigt, således at der skabes lige betingelser for deltagelse i udbuddene, og de kompetente fællesskabsmyndigheder kan kontrollere overholdelsen af denne forpligtelse. I direktivets niende betragtning hedder det i denne forbindelse, at udviklingen af en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter nødvendiggør, at kontrakterne offentliggøres på fællesskabsplan.

20. Kommissionen mener ikke, at de spanske ordregivende myndigheder gør sig tilstrækkelig klart, hvor grundlæggende dette gennemsigtighedsprincip er, da de jævnligt undlader at offentliggøre udbudsbekendtgørelser i *De Europæiske Fællesskabers Tidende.* Det foreliggende tilfælde er en følge af denne generelle tendens, som skyldes den måde, hvorpå Spanien har gennemført direktivets bestemmelser i national ret. De spanske gennemførelsesforanstaltninger skaber nemlig en uklar situation, der gør det vanskeligt at vurdere, hvornår der kan anvendes en underhåndsprocedure.

21. Ifølge direktivets artikel 9, litra d), er en sådan procedure mulig. Men Kommissionen understreger, at ifølge dom af 10. marts 1987 (sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039) skal denne bestemmelse fortolkes strengt, og at det påhviler den part, der påberåber sig bestemmelsen, at bevise, at der faktisk er tvingende grunde, som berettiger til at fravige bestemmelserne.

22. Kommissionen finder det i det foreliggende tilfælde ikke godtgjort, at betingelserne for anvendelse af denne undtagelsesbestemmelse er opfyldt. Kommissionen anfører herved først, at hverken det store antal studerende, som ønsker at følge kurserne i statsvidenskab og sociologi, eller behovet for de nødvendige faciliteter og lokaler udgør en »tvingende grund af uopsættelig karakter« i den i nævnte bestemmelse anvendte betydning. Problemerne omkring den store tilgang af studerende har været kendt i mange år, således at en ny årgangs studerende kun forværrede en allerede eksisterende situation. Universitetsmyndighederne burde således for længst have truffet de nødvendige foranstaltninger. Den uopsættelighed, de påberåber sig, beror således på deres egen manglende omhu. Endvidere var det ikke nødvendigt at gribe til en underhåndsaftale, da disse myndigheder rådede over andre midler til imødegåelse af denne

presserende situation. De kunne f.eks. have anbragt de nye hold studerende i midlertidige lokaler eller iværksat et udbud på grundlag af foreløbige bevillinger, således at arbejderne kunne være påbegyndt på et tidligere tidspunkt.

23. Kommissionen anfører for det andet, at universitetets pladsproblemer var forudselige. De nye studerende skal nemlig tilmelde sig i den juni måned, der går forud for det nye akademiske år. Rektoratet kunne således allerede i juni 1988 danne sig et billede af, hvor mange nye studerende der ville blive i det akademiske år 1988/1989, og havde derfor kunnet træffe de nødvendige foranstaltninger på et tidligere tidspunkt. I øvrigt var stigningen i antallet ved studieårets start i 1989 forholdsvis ubetydelig. I denne forbindelse fremhæver Kommissionen igen, at på baggrund af den almindelige situation på Complutense-universitetet var der intet usædvanligt eller uforudsigeligt ved det ekstraordinært store antal studerende.

24. Kommissionen hævder for det tredje, at rektoratet kunne have offentliggjort udbudsbekendtgørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* efter hasteproceduren i direktivets artikel 15. De kortere frister, der er fastsat dér, gør det muligt for de ordregivende myndigheder at opfylde forpligtelserne om offentliggørelse på under en måned. Denne frist var fuldstændig forenelig med den af rektoratet fastsatte tidsplan for arbejderne. Ifølge den af den projektansvarlige arkitekt opstillede tidsplan måtte der nemlig regnes med syv og en halv måned til arbejderne, som skulle være afsluttet inden universitetsårets begyndelse i oktober 1989. Da de nødvendige bevillinger var givet i januar 1989, var der således halvanden måned til at gennemføre artikel 15-proceduren.

25. *Den spanske regering* understreger, at måden, hvorpå direktivet er gennemført i national ret, ikke er genstand for denne tvist. Domstolen kan derfor ikke tage hensyn til Kommissionens bemærkning om den spanske lovgivnings forenelighed eller uforenelighed med direktivet.

26. Dernæst gør den spanske regering gældende, at gennemsigtighedsprincippet ikke er absolut. Det er blot et af tre principper, som samordningen af de nationale fremgangsmåder med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter er baseret på. De øvrige principper er forbuddet mod diskriminerende tekniske specifikationer og indførelsen af en fremgangsmåde, der gør det muligt i fællesskab at overvåge overholdelsen af de to øvrige principper. Endvidere er der i selve direktivet fastsat undtagelser fra den almindelige regel om offentliggørelse, når det skønnes, at denne forpligtelse vil være til hinder for, at forskellige såkaldte prioriterede mål opnås på normal vis.

27. I direktivets artikel 9, litra d), er der fastsat en sådan undtagelse. Selv om Domstolen i sin ovennævnte dom af 10. marts 1987, Kommissionen mod Italien, fandt, at denne undtagelse skal fortolkes strengt, fastlagde den ikke, hvad der skal forstås ved uopsættelighed i denne bestemmelses betydning. Og i den foreliggende sag er der netop tale om et fortolkningsproblem.

28. I denne forbindelse skønner den spanske regering, at rektoratet ved Complutense-universitetet befandt sig i en nødsituation, som i henhold til artikel 9, litra d), berettigede til at anvende underhåndsproceduren. Det viste sig nemlig i 1989, at fakultetets kapacitet var helt utilstrækkelig til det antal studerende, der ønskede at studere statsvidenskab og sociologi. Var der ikke øjeblikkeligt blevet rådet bod på denne situation, ville det have været umuligt for oktober 1989-årgangen af studerende at følge disse studier. Det var ligeledes umuligt midlertidigt at placere disse studerende andetsteds, da der ikke var ledige lokaler ved de øvrige fakulteter.

29. Det var derfor absolut nødvendigt, at udvidelsen blev afsluttet inden universitetsårets begyndelse i oktober. Da arbejderne ville tage syv og en halv måned, og da de nødvendige midler først var blevet bevilget i januar, så rektoratet sig nødsaget til at indgå en underhåndsaftale. Den spanske regering fremhæver herved, at rektoratet ikke kunne påbegynde arbejderne på grundlag af foreløbige bevillinger inden januar 1989, da systemet med foreløbige bevillinger er ukendt i spansk budgetret.

P. J. G. Kapteyn
Refererende dommer