

DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

15. maj 2003 *

I sag C-214/00,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved G. Valero Jordana, som
befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kongeriget Spanien ved S. Ortiz Vaamonde, som befuldmægtiget, og med valgt
adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: spansk.

angående en påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til 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 (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), da det har undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme bestemmelserne i direktivets artikel 1 og 2, og navnlig da det har undladt

- at udvide den klageadgang, som er sikret ved direktivet, til at gælde for alle afgørelser, der træffes af ordregivende myndigheder som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 92/50, Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) og Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), herunder privatretlige selskaber, der er stiftet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle og kommercielle område, som er en juridisk person, og hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses tilsyn, eller hvortil offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet
- at give mulighed for at anfægte alle de afgørelser, som træffes af ordregivende myndigheder, herunder alle foranstaltninger, der træffes som led i fremgangsmåden for indgåelse af en offentlig kontrakt, og
- at foreskrive mulighed for, at der kan træffes enhver form for passende retsbevarende foranstaltninger i forbindelse med de afgørelser, der træffes af de ordregivende myndigheder, herunder foranstaltninger, der giver mulighed

for at suspendere en administrativ afgørelse, hvorved alle eventuelle vanskeligheder eller hindringer bringes af vejen, navnlig kravet om, at der forinden skal være indledt sag til prøvelse af den ordregivende myndigheds beslutning,

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af R. Schintgen, som fungerende formand for Sjette Afdeling, og dommerne V. Skouris (refererende dommer), F. Macken, N. Colneric og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: P. Léger

justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 14. marts 2002,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 13. juni 2002,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 30. maj 2000 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af artikel 226 EF anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til 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 (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1, herefter »direktiv 89/665«), da det har undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme bestemmelserne i direktivets artikel 1 og 2, og navnlig da det har undladt

- at udvide den klageadgang, som er sikret ved direktivet, til at gælde for alle afgørelser, der træffes af ordregivende myndigheder som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 92/50, Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) og Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), herunder privatretlige selskaber, der er stiftet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle og kommercielle område, som er en juridisk person, og hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses tilsyn, eller hvortil offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet

- at give mulighed for at anfægte alle de afgørelser, som træffes af ordregivende myndigheder, herunder alle foranstaltninger, der træffes som led i fremgangsmåden for indgåelse af en offentlig kontrakt, og
- at foreskrive mulighed for, at der kan træffes passende forebyggende foranstaltninger i forbindelse med de afgørelser, der træffes af de ordregivende myndigheder, herunder foranstaltninger, der giver mulighed for at suspendere en administrativ afgørelse, hvorved alle eventuelle vanskeligheder eller hindringer bringes af vejen, navnlig kravet om, at den ordregivende myndigheds beslutning forinden skal være påklaget.

Relevante retsregler

Fællesskabsbestemmelser

- 2 Det fremgår af første og anden betragtning til direktiv 89/665, at de mekanismer, der fandtes på tidspunktet for direktivets vedtagelse, såvel på nationalt plan som på fællesskabsplan, til sikring af en effektiv anvendelse af fællesskabsdirektiverne på området for offentlige kontrakter, herunder navnlig Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 1971 I, s. 610) og Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1), ikke altid gjorde det muligt at føre tilsyn med overholdelsen af fællesskabsbestemmelserne, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kunne bringes til ophør.

- 3 I tredje betragtning til direktiv 89/665 anføres det, at »adgang til på fællesskabsplan at konkurrere om offentlige kontrakter kræver en betydelig udvidelse af garantierne for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, og for 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«.
- 4 Af femte betragtning til direktivet fremgår det, at »det forhold, at der i visse medlemsstater ikke findes effektive klagemuligheder, eller at de eksisterende muligheder er utilstrækkelige, afholder virksomheder i Fællesskabet fra i sådanne stater at henvende sig til vedkommende ordregivende myndigheder«, og at »den korte periode, som procedurerne strækker sig over, nødvendiggør hastebehandling af ovennævnte overtrædelser«.
- 5 I artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665 bestemmes:

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

[...]

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der

har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse [...]«

6 I artikel 2, stk. 1, litra a), stk. 3 og 4, i direktiv 89/665 hedder det:

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero

[...]

3. Klageprocedurerne skal ikke i sig selv nødvendigvis automatisk have opsættende virkning for de procedurer for indgåelse af kontrakter, som de vedrører.

4. Medlemsstaterne kan foreskrive, at den ansvarlige instans, når den undersøger, om der skal træffes midlertidige foranstaltninger, kan tage hensyn til de sandsynlige følger af sådanne foranstaltninger for alle interesser, som vil kunne skades, samt for almenvellet, og beslutte ikke at give sit samtykke hertil, når de negative følger af sådanne foranstaltninger vil være større end fordelene. En

beslutning om ikke at tillade midlertidige foranstaltninger berører ikke de øvrige rettigheder, som den person, der anmoder om disse foranstaltninger, måtte gøre krav på.«

- 7 Direktiv 71/305 og direktiv 77/62 er blevet ophævet ved henholdsvis direktiv 93/37 og direktiv 93/36. Henvisningerne i første betragtning i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 til de ophævede direktiver skal således forstås som henvisninger til direktiv 93/37 og 93/36.
- 8 I artikel 1, litra b), i direktiv 92/50, hvis ordlyd i det væsentlige er den samme som artikel 1, litra b), i direktiv 93/36 og 93/37, foreskrives, at

»[i dette direktiv forstås ved:] »ordregivende myndigheder« staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ,

— hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område

— som er en juridisk person

og

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

[...]«

- 9 Artikel 1, nr. 1 og 2, i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84) fastsætter, at der forstås ved

- »1) »offentlige myndigheder«: staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer eller sammenslutninger bestående af en eller flere af disse myndigheder eller offentligretlige organer.

Et organ anses for offentligretligt, hvis:

—dets opgave er at varetage opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter, og

—det er en juridisk person, og

—dets aktivitet for størstedelens vedkommende finansieres af staten eller de lokale myndigheder eller af andre offentligretlige organer, eller dets forvaltning er underlagt disses kontrol, eller hvis staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet

- 2) »offentlig virksomhed«: enhver virksomhed, som de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler. Bestemmende indflydelse antages at foreligge, når de offentlige myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed:

—besidder majoriteten af virksomhedens ansvarlige kapital

eller

- råder over flertallet af de stemmer, som er knyttet til de kapitalandele, som virksomheden har udstedt

eller

- kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan«.

- 10 De klageprocedurer, der kan iværksættes til prøvelse af afgørelser truffet af ordregivende myndigheder i forbindelse med direktiv 93/38, er foreskrevet ved Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14), hvor det i fjerde betragtning til direktivet anføres, at direktiv 89/665 er begrænset til procedurerne for indgåelse af kontrakter henhørende under direktiv 71/305 og 77/62.

Nationale bestemmelser

- 11 Det personelle anvendelsesområde for de spanske bestemmelser om offentlige kontrakter er defineret i artikel 1 i Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (lov om offentlige kontrakter) af 18. maj 1995 (BOE nr. 119 af 19.5.1995, s. 14601, herefter »lov nr. 13/1995«), som omfatter alle lokale

offentlige myndigheder, hvad enten det drejer sig om statslige myndigheder eller myndigheder i de selvstyrende regioner eller lokale myndigheder. I artikel 1, stk. 3, foreskrives følgende:

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

- a) er blevet oprettet med henblik på at tilgodese almene hensyn og ikke være af erhvervs- eller forretningsmæssig karakter

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

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

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

- 13 Det bemærkes, at Kongeriget Spanien efter anlæggelsen af denne sag ved Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (kongeligt lovdekret om godkendelse af den kodificerede udgave af lov om offentlige kontrakter) af 16. juni 2000 (BOE nr. 148 af 21.6.2000, s. 21775) har vedtaget en ny kodificeret udgave af ovennævnte lov, der dog begrænser sig til at sammenskrive og ordne de tidligere bestemmelser uden at ændre indholdet.
- 14 Hvad angår administrative klager bestemmes det i artikel 107 i Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (lov om offentlig forvaltning og administrativ rekurs) af 26. november 1992, som ændret ved Ley 4/1999 af 13. januar 1999 (BOE nr. 12 af 14.1.1999, s. 1739 (herefter »lov nr. 30/1992«)), at »proceduremæssige foranstaltninger, såfremt de direkte eller indirekte afgør sagens realitet, ikke kan appelleres, ikke giver mulighed for at forsvare sig eller forårsager uoprettelig skade på legitime rettigheder eller interesser«, kan gøres til genstand for direkte søgsmål.
- 15 I artikel 25, stk. 1 i Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (lov om prøvelse af administrative afgørelser) af 13. juli 1998 (BOE nr. 167 af 14.7.1998, s. 23516, herefter »lov nr. 29/1998«), der er affattet på samme måde som lov nr. 30/1992, foreskrives følgende hvad angår domstolsprøvelse af administrative afgørelser:

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

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

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

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

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

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

[...]

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

17 Det fremgår af forarbejderne til lov nr. 29/1998, at »henset til de senere års erfaringer og den stigende betydning, som klager om administrative afgørelser fremover vil få, kan en udsættelse af den omtvistede bestemmelse eller afgørelse ikke længere være den eneste mulige retsbevarende foranstaltning«, og at »loven derfor har gennemført muligheden for at fastsætte enhver retsbevarende foranstaltning, herunder positive foranstaltninger«.

18 Artikel 129, stk. 1, i lov nr. 29/1998 er sålydende:

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

19 I lovens artikel 136 bestemmes:

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

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

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

- 20 Det skal tilføjes, at artikel 29 og 30 i lov nr. 29/1998 for det første omfatter tilfælde, hvor myndighederne i medfør af en bestemmelse, en kontrakt eller en retsakt er forpligtet til at præstere en bestemt ydelse til fordel for en eller flere navngivne personer, for det andet tilfælde, hvor myndighederne ikke fuldbyrder sine endelige afgørelser, og for det tredje, hvor der foreligger embedsmisbrug.

Den administrative procedure

- 21 Ved skrivelse af 18. december 1991 meddelte den spanske regering Kommissionen de love, der var gældende på daværende tidspunkt, og som ifølge den spanske regering sikrede gennemførelsen af direktiv 89/665 i national ret, nemlig Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (lov om domstolsprøvelse af administrative afgørelser) af 27. december 1956, Ley de Procedimiento Administrativo (lov om administrativ rekurs) af 18. juli 1958, Ley de Contratos del Estado (lov om offentlige kontrakter) samt den spanske forfatning.
- 22 Den 21. juni 1994 tilsendte Kommissionen Spaniens Faste Repræsentation ved Den Europæiske Union sine første bemærkninger vedrørende indholdet af de nationale gennemførelsesbestemmelser.
- 23 De spanske myndigheders svar af 13. september 1994 fandt Kommissionen utilfredsstillende, hvorfor man den 29. maj 1996 tilstillede den spanske regering en åbningsskrivelse og for det første anførte, at anvendelsesområdet for de nationale bestemmelser ikke var sammenfaldende med anvendelsesområdet for

direktiv 89/665; for det andet kunne de såkaldte »processuelle« foranstaltninger ifølge disse bestemmelser kun undtagelsesvis gøres til genstand for et direkte søgsmål, og for det tredje gav de pågældende foranstaltninger kun mulighed for at udsætte en administrativ afgørelse, hvis der var anlagt sag til prøvelse af den.

- 24 I sit svar af 9. oktober 1996 gjorde den spanske regering vedrørende det første punkt gældende, at lov nr. 13/1995 indeholdt en ordret gengivelse af begrebet »offentligretlige organer« i direktiv 93/36, 93/37 og 92/50. Vedrørende de to øvrige punkter henviste den til de tilfælde, hvor en proceduremæssig foranstaltning kan gøres til genstand for et direkte søgsmål, og fremhævede, at det var berettiget at kræve, at der forinden skulle være anlagt sag, for at en afgørelse kunne udsættes.
- 25 Efter et møde, der fandt sted i oktober måned 1997 mellem de kompetente spanske myndigheder og Kommissionens tjenestegrene, fremsendte førstnævnte Kommissionen en ny skrivelse af 30. januar 1998, hvori de i deres helhed opretholdt synspunkterne i deres svar af 9. oktober 1996.
- 26 Under et møde i oktober 1998 og i en skrivelse af 14. januar 1999 fastholdt de spanske myndigheder deres synspunkt såvel med hensyn til anvendelsesområdet som med hensyn til de midlertidige foranstaltninger. Hvad angår spørgsmålet om anfægteligheden af retsakter henviste de til lov nr. 29/1998, der delvis ændrede den gældende ordning for proceduremæssige foranstaltninger.
- 27 Endelig fremsendte de spanske myndigheder den 2. februar 1999 officielt lov nr. 29/1998 og nr. 4/1999 til Kommissionen. Efter en gennemgang af disse love konkluderede Kommissionen, at Kongeriget Spanien stadig ikke havde bragt tilsidesættelsen af direktiv 89/665 til ophør, og Kommissionen fremsatte derfor den 25. august 1999 en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede Kongeriget Spanien til inden for en frist på to måneder fra meddelelsen herom at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den.

- 28 Den spanske regering besvarede den begrundede udtalelse ved skrivelse af 8. november 1999, hvori den bestred den af Kommissionen foretagne vurdering.
- 29 Dette er baggrunden for Kommissionens sagsanlæg.

Realiteten

Gennemførelsen af direktiv 89/665's personelle anvendelsesområde

Parternes argumenter

- 30 Kommissionen har indledningsvis anført, at når medlemsstaterne gennemfører fællesskabsdirektiver i national ret, er de for at sikre en ensartet fortolkning og anvendelse af fællesskabsretsakterne i de forskellige medlemsstater forpligtet til at respektere betydningen af de udtryk og begreber, der forekommer heri. De spanske myndigheder er følgelig forpligtet til at give udtrykket »offentligretlige organer«, som er anvendt i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, dets betydning ifølge fællesskabsretten.
- 31 Kommissionen har i den forbindelse understreget, at disse direktiver ikke omtaler, under hvilken ordning, offentligretlig eller privatretlig, eller med hvilken juridisk personlighed de offentligretlige organer er blevet stiftet, men fokuserer mere på andre kriterier, herunder formålet med oprettelsen af de pågældende organer. Den har navnlig gjort gældende, at den funktionelle fortolkning af

begrebet »ordregivende myndighed«, og følgelig af »offentligretligt organ«, som er fastlagt i Domstolens faste praksis indebærer, at sidstnævnte begreb omfatter erhvervsdrivende selskaber, der er kontrolleret af det offentlige, naturligvis forudsat at de opfylder betingelserne i artikel 1, litra b), andet afsnit, i de nævnte direktiver, idet de pågældende organers juridiske personlighed er uden betydning.

- 32 Kommissionen har dog gjort gældende, at selv om artikel 1 i lov nr. 13/1995 stort set er en ordret gengivelse af de tilsvarende bestemmelser i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, indeholder bestemmelsen dog en væsentlig forskel, for så vidt som privatretlige organer udelukkes fra bestemmelsens anvendelsesområde. Ved lov nr. 13/1995 tilføjes en forhåndsbetingelse, der er knyttet til de pågældende organers stiftelsesform, der ikke er fastsat i fællesskabsretten, nemlig at organet skal være offentligretligt.
- 33 Det er Kommissionens opfattelse, at den udelukkelse, der er indført ved artikel 1, stk. 3, i lov nr. 13/1995, stadfæstes ved sjette tillægsbestemmelse til loven, hvis eksistensgrundlag er, at de relevante kontrakter pr. definition udelukkes fra lovens anvendelsesområde.
- 34 Da privatretlige organer er undtaget fra det personelle anvendelsesområde for de spanske udbudsbestemmelser, er de heller ikke omfattet af anvendelsesområdet for de bestemmelser, der gælder for proceduren for indgåelse af offentlige kontrakter og dermed heller ikke af klageordningen for offentlige kontrakter. Denne udelukkelse er således i strid med bestemmelserne i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, som definerer anvendelsesområdet, og ligeledes med bestemmelserne i direktiv 89/665, fordi den hindrer anvendelse af de proceduremæssige garantier, som foreskrives i sidstnævnte direktiv. Kommissionen har på dette grundlag konkluderet, at direktiv 89/665 ikke er blevet gennemført korrekt i spansk ret, eftersom det ikke sikrer de retsmidler, der i direktivet fastsættes for hele direktivets personelle anvendelsesområde.

- 35 Den spanske regering har principalt gjort gældende, at dette klagepunkt klart savner grundlag. Den har anført, at selv om Kommissionen har foreholdt den spanske regering at have tilsidesat direktiv 89/665, har Kommissionen ikke henvist hertil, men til andre direktivers personelle anvendelsesområde, nemlig de materielle direktiver om indgåelse af offentlige kontrakter. Heraf har regeringen udledt, at Kommissionen i denne sag i realiteten påstår, at det er artikel 1 i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, og ikke som påstået direktiv 89/665, der ikke er gennemført korrekt.
- 36 Faktisk indeholder direktiv 89/665 ikke regler, der regulerer procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, og definerer dermed ikke det personelle anvendelsesområde for de proceduremæssige regler i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37. Direktivet spiller i øvrigt ind på et senere tidspunkt, eftersom det i henhold til direktivet kræves, at medlemsstaterne fastsætter effektive og hurtige klageprocedurer i tilfælde af, at de i direktiverne fastsatte regler om regulering af indgåelsen af offentlige kontrakter overtrædes. Såfremt Domstolen skulle efterprøve dette anbringende, vil det ifølge sagsøgte være nødvendigt at undersøge, om gennemførelsen af direktiv 89/665 er korrekt i den foreliggende sag, også selv om direktivet ikke regulerer det område, som ifølge Kommissionen ikke er blevet gennemført korrekt. Efter den spanske regerings opfattelse burde Kommissionen have indledt en særskilt procedure for at efterprøve, om Kongeriget Spanien har har foretaget en korrekt gennemførelse af direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, som indeholder konkrete elementer og regler, der begrænser deres personelle anvendelsesområde.
- 37 Subsidiært har den spanske regering gjort gældende, at det personelle anvendelsesområde for direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 er blevet gennemført korrekt.
- 38 Den spanske regering har understreget, at fortolkningen af begrebet »offentlig-retligt organ« ikke er den samme i de forskellige medlemsstater, og at det derfor ikke er muligt at komme med en endelig generel løsning. Den er derfor af den opfattelse, at det er nødvendigt at foretage en vurdering fra sag til sag for at kunne afgøre, om et organ opfylder betingelserne for at være omfattet af de pågældende direktivers personelle anvendelsesområde.

- 39 Den spanske regering har i denne forbindelse anført, at udtrykket »offentligretligt organ«, som er anvendt i de ovennævnte direktiver, omfatter en offentligretlig enhed, og at udtrykkene »offentligretlig enhed« og »offentligretligt organ« i spansk ret anvendes uden forskel.
- 40 Regeringen har videre anført, at begrebet »offentligretligt organ« i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 ikke omfatter erhvervsdrivende virksomheder, der er underlagt offentligt tilsyn, og at den omstændighed, at der i direktiv 93/38 sondres mellem dette begreb, som er identisk i de fire direktiver, og begrebet »offentlig virksomhed«, hvis definition svarer til definitionen på »erhvervsdrivende offentlig virksomhed«, viser, at der er tale om to forskellige begreber.
- 41 I øvrigt er den spanske regering af den opfattelse, at for at kunne afgrænse begrebet »offentligretligt organ«, skal den industrielle eller kommercielle karakter af det »almenhedens behov«, der imødekommes, først og fremmest præciseres. Den har i denne sammenhæng anført, at erhvervsdrivende offentlige virksomheder i spansk ret principielt har til opgave at imødekomme almenhedens behov, hvilket er grunden til, at de er underlagt offentligt tilsyn. Disse behov har dog en industriel og kommerciel karakter, da de ellers ikke ville være erhvervsmæssige virksomheder.
- 42 Det er ifølge den spanske regering vanskeligt at bestride den kommercielle og industrielle karakter af erhvervsmæssige og industrielle virksomheder, når de behov, de imødekommer, i alle henseender er af en sådan karakter. Regeringen har i den forbindelse henvist til deres privatretlige form, til den retlige, kommercielle ordning, der gælder for deres aktiviteter, til den omstændighed, at disse virksomheder har til formål at udøve erhvervsmæssig virksomhed, samt til deres formålsbestemmelse, der er et erhvervsmæssigt formål, som er et andet end den almene interesse, der forfølges af offentligretlige sammenslutninger, fonde og organer, og som aldrig påvirker medlemmernes private interesser.

- 43 Kommissionen har som svar på den spanske regerings argumenter, hvorefter det første klagepunkt er ubegrundet, anført, at anvendelsesområdet for direktiv 89/665 defineres i direktivets artikel 1, stk. 1, ved henvisning til anvendelsesområdet for direktiv 92/50, 93/36 og 93/37. Den har tilføjet, at fællesskabslovgiver burde havde gentaget de relevante bestemmelser i de tre andre fællesskabsdirektiver. At det ikke er blevet gjort, men at der er anvendt en anden metode for at undgå at øge indholdet af direktiv 89/665 unødigt, kan ikke påberåbes for at hindre Domstolen i at efterprøve gennemførelsen af dette direktiv i spansk ret.
- 44 For så vidt angår den sondring, som direktiv 93/38 påstår at foretage mellem begrebet »offentligretligt organ« og »offentlig virksomhed«, har Kommissionen forklaret, at dette direktiv ikke belyser begrebet offentligretligt organ nærmere, som er defineret på samme måde i de pågældende fire direktiver. Det udvider derimod anvendelsesområdet for de fællesskabsretlige udbudsbestemmelser til at omfatte visse sektorer (vand, energi, transport og telekommunikation) uden for direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 for at indbefatte visse organer, der udøver en betragtelig virksomhed i de pågældende sektorer, nemlig de offentlige virksomheder og virksomheder med eksklusive eller særlige rettigheder, som er tildelt af myndighederne. Kommissionen påpeger desuden, at begrebet offentlig virksomhed altid har været et andet end offentligretligt organ, idet offentligretlige organer oprettes for at opfylde bestemte almene behov, som ikke er af industriel eller kommerciel karakter, mens offentlige virksomheder handler for at opfylde behov af industriel eller kommerciel karakter.
- 45 Endelig hvad angår den spanske regerings antagelse, hvorefter det er nødvendigt at foretage en vurdering fra sag til sag for at afgøre, om et organ opfylder betingelserne for at være omfattet af direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, har Kommissionen gjort gældende, at det ikke på forhånd er muligt, som i den spanske ordning, at udelukke en hel gruppe af organer, dvs. privatretlige enheder, der opfylder de tre betingelser i de ovennævnte direktiver, fra direktiv 89/665's anvendelsesområde, selv om denne udelukkelse skal vurderes fra sag til sag.

- 46 Denne fortolkning følger i øvrigt opbygningen af de pågældende bestemmelser. Havde fællesskabslovgiver ønsket at knytte den manglende industrielle eller kommercielle karakter til den for organet gældende retlige ordning og ikke til de opgaver, som organet varetager, ville ordene »der ikke har industriel eller kommerciel karakter« ifølge Kommissionen ikke være blevet indsat i det pågældende led om, hvilke behov der skulle varetages, men i den foregående linje for direkte at beskrive organet.

Domstolens bemærkninger

- 47 Det er ubestrideligt, at i henhold til artikel 1, stk. 3, i lov nr. 13/1995, sammenholdt med sjette tillægsbestemmelse til loven, er offentlige virksomheder med privatretlig status — en type selskaber, der findes i spansk ret, og som består af erhvervsdrivende selskaber under offentligt tilsyn — udelukket fra det personelle anvendelsesområde for den spanske ordning vedrørende procedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter og dermed fra klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.
- 48 Heraf følger, at det for at kunne afgøre, om denne udelukkelse udgør en korrekt gennemførelse af artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, skal det undersøges, om begrebet »ordregivende myndighed«, der er nævnt i denne bestemmelse, kun omfatter organer reguleret ved offentlig ret, således som det er gjort gældende af den spanske regering, eller om organer med privatretlig status ligeledes er omfattet af dette begreb.
- 49 Det bemærkes i denne forbindelse, at direktiv 89/665, som det fremgår af første og anden betragtning, har til formål at styrke de nuværende mekanismer såvel på nationalt plan som på fællesskabsplan for at sikre en effektiv anvendelse af direktiverne om fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, af offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved offentlige indkøb, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør.

Medlemsstaterne pålægges med henblik herpå i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 en forpligtelse til at sikre, at de ulovlige afgørelser, der træffes af ordregivende myndigheder som led i indgåelsen af offentlige kontrakter, der er omfattet af direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, kan anfægtes så hurtigt og effektivt som muligt.

- 50 Da direktiv 89/665 finder anvendelse på klager over afgørelser fra ordregivende myndigheder, som er omfattet af direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, er direktivets personelle anvendelsesområde nødvendigvis sammenfaldende med disse direktivers personelle anvendelsesområde.
- 51 Heraf følger, at der ved afgørelsen af, hvorvidt den spanske ordning, der er vedtaget med henblik på at iværksætte artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, sikrer en korrekt gennemførelse af begrebet »ordregivende myndighed« i denne artikel, skal tages hensyn til definitionen af dette begreb, og navnlig af begrebet »offentligretligt organ«, der med stort set samme ordlyd er anvendt i artikel 1, stk. 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37.
- 52 Vedrørende artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37 har Domstolen allerede præciseret, at et organ for at kunne betegnes som et offentligretligt organ i denne bestemmelses forstand skal opfylde tre kumulative betingelser, som er fastsat i bestemmelsen, hvorefter det skal være et organ, der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, som er en juridisk person, og som er nært tilknyttet staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer (dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml I, s. 73, præmis 21 og 22).
- 53 I øvrigt har Domstolen stedse fastslået, at i lyset af det dobbelte formål om at åbne for konkurrence og skabe gennemsigtighed, som forfølges med direktiverne om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter, skal begrebet

»offentligretligt organ« fortolkes formålsbestemt (jf. bl.a. dom af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 41-43, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 51-53). Domstolen har desuden præciseret, at henset til det dobbelte formål, der er at åbne for konkurrence og skabe gennemsigtighed, må begrebet »offentligretligt organ« forstås bredt (dom af 27.2.2003, sag C-373/00, Adolf Truley, Sml. I, s. 1931, præmis 43).

- 54 Det er på denne baggrund, at Domstolen med henblik på at besvare spørgsmålet om, hvorvidt forskellige privatretlige organer eventuelt skal betegnes som offentligretlige organer, ifølge retspraksis udelukkende blot har efterprøvet, om de pågældende organer opfyldte de tre kumulative betingelser i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, idet den har anset måden, hvorpå det pågældende er oprettet, for at være uden betydning i denne forbindelse (jf. i denne retning bl.a. Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-dommen, præmis 6 og 29, dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 61 og 62, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 50 og 60).
- 55 Det fremgår af de principper, der kan udledes af Domstolens praksis, at et organs privatretlige status ikke er et kriterium, som kan udelukke, at organet betegnes som ordregivende myndighed i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 og dermed i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665.
- 56 Det skal i øvrigt fremhæves, at den effektive virkning af direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 ikke kan opretholdes fuldt ud, hvis anvendelsen af disse direktiver på et organ, som opfylder de ovennævnte tre kriterier, kan udelukkes, blot fordi organets form og de retlige regler, der gælder for organet i henhold til de nationale bestemmelser, som organet er underlagt, henhører under privatretten.

- 57 Henset til disse betragtninger kan begrebet »offentligretligt organ« i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 ikke fortolkes således, at det er medlemsstaterne tilladt straks at udelukke erhvervsdrivende selskaber, der er undergivet offentligt tilsyn, fra det personelle anvendelsesområde for disse direktiver og dermed for direktiv 89/665.
- 58 I øvrigt kan denne konklusion ikke hævdes at være udtryk for en underkendelse af den industrielle og kommercielle karakter af de almene behov, disse selskaber sikrer imødekommelsen af, eftersom dette forhold nødvendigvis tages i betragtning for at afgøre, om det pågældende organ opfylder betingelsen i artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37.
- 59 Den nævnte konklusion svækkes heller ikke af den manglende udtrykkelige henvisning i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 til den specifikke kategori af »offentlige virksomheder«, der dog er anvendt i direktiv 93/38. I denne forbindelse bemærkes blot, at klageprocedurer, der indledes mod afgørelser truffet af ordregivende myndigheder inden for rammerne af direktiv 93/38, er reguleret ved direktiv 92/13, og ikke ved direktiv 89/665.
- 60 Det følger således af ovenstående, at for så vidt den pågældende spanske ordning udelukker selskaber, der er undergivet privatretten, fra direktiv 89/665's personelle anvendelsesområde, er den i det foreliggende tilfælde ikke en korrekt gennemførelse af begrebet »ordregivende myndighed« i direktivets artikel 1, stk. 1, som defineret i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50, 93/36 og 93/37.
- 61 Under disse omstændigheder må Kommissionen gives medhold i det første klagepunkt.

Gennemførelsen af direktiv 89/665's materielle anvendelsesområde

Parternes argumenter

- 62 Ifølge Kommissionen er der sket en urigtig indskrænkning af direktiv 89/665's materielle anvendelsesområde, for så vidt de spanske bestemmelser vedrørende klageprocedurer, nemlig artikel 107 i lov nr. 30/1992 og artikel 25, stk. 1, i lov nr. 29/1998 udelukker muligheden for at anfægte visse ulovlige afgørelser fra de ordregivende myndigheder. Navnlig indskrænker bestemmelserne mulighederne for at klage over proceduremæssige foranstaltninger, dvs. administrative afgørelser, der ikke afslutter en administrativ procedure. Som Domstolen imidlertid har fastslået i dom af 28. oktober 1999, Alcatel Austria m.fl. (sag C-81/98, Sml. I, s. 7671), fastsætter dette direktiv ikke nogen undtagelser i denne forbindelse.
- 63 Kommissionen har til støtte for sin opfattelse påberåbt sig artikel 1, stk. 1, artikel 2, stk. 1, litra b), og artikel 8 i direktiv 89/665, hvoraf det fremgår, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt skal kunne indgives klage over enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig.
- 64 Kommissionen har anført, at første led af udsagnet »enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig« skal udvides til at omfatte enhver afgørelse, der formodes at være ulovlig, og ikke kun endelige afgørelser. I øvrigt tvinger den anden del af udsagnet (»effektivt og [...] hurtigst muligt«) til at lægge til grund, at muligheden for at indgive klage over proceduremæssige foranstaltninger er en af de bedste metoder til at sikre, at klageadgangen er effektiv og hurtig, eftersom den bedste metode til at svække, ja tilintetgøre, den effektivitet og hurtighed, der pålægges ved direktiv 89/665, er at skulle afvente udfaldet af proceduren for tildeling af kontrakten.

- 65 Til illustration heraf har Kommissionen henvist til en dom afsagt af Tribunal Supremo (Spanien) den 28. november 1994 vedrørende et udbud efter forhandling, hvori den spanske domstol har fastslået, at en ordregivende myndigheds afgørelse om at anmode de virksomheder, som havde afgivet bud, om at fremlægge yderligere dokumentation for at berigtige deres forhold, ikke kunne påklages, og retmæssigheden heraf kunne kun prøves under en klage over den afgørelse, der afsluttede udbuddet efter forhandling. Den omstændighed, at anmodningen om dokumentation betegnes som en proceduremæssig foranstaltning, medfører, at den kun ville kunne anfægtes, hvis den pågældende virksomhed var blevet udelukket på grundlag af, at den ikke havde fremlagt den yderligere dokumentation, der var anmodet om. Det er imidlertid Kommissionens opfattelse, at virksomheden, uden at være blevet udelukket fra den pågældende procedure, alligevel kan befinde sig i en svagere position end de andre konkurrerende virksomheder, og at den derfor burde kunne indgive klage over anmodningen om yderligere dokumentation.
- 66 Den spanske regering har bestridt dette klagepunkt og herved gjort gældende, at Kommissionen ikke har godtgjort, at der foreligger en overtrædelse. Den kræver blot, at sondringen mellem endelige afgørelser og proceduremæssige foranstaltninger fjernes, uden at nævne et eneste eksempel, der gør det muligt at fastslå, at denne sondring ødelægger formålet med direktiv 89/665, og dermed uden at godtgøre, at den spanske ordning vil kunne hindre opfyldelsen af direktivets formål.
- 67 Den spanske regering har gjort gældende, at Kommissionens holdning er begrundet i et manglende kendskab til begrebet proceduremæssig foranstaltning. Regeringen er af den opfattelse, at en proceduremæssig foranstaltning ikke pr. definition indebærer en skade for den berørte part, men højst er en forberedelse af en endelig afgørelse, som er begunstigende eller bebyrdende for den pågældende. En proceduremæssig foranstaltning indebærer således ikke en stillingtagen, men er en del af en procedure med henblik på at træffe en afgørelse. Den spanske regering har i denne forbindelse forklaret, at såfremt en foranstaltning, der kan ses som en proceduremæssig foranstaltning, i sig selv måtte synes at indebære en stillingtagen, vil den ophøre med at være en proceduremæssig foranstaltning som sådan og vil kunne gøres til genstand for søgsmål.

- 68 Den spanske regering har tilføjet, at de bestemmelser i spansk ret vedrørende muligheden for at anfægte proceduremæssige foranstaltninger, som Kommissionen har nævnt, ikke kun vedrører indgåelsen af offentlige kontrakter, men gælder for alle procedurer. Den spanske regering har understreget, at denne fremgangsmåde, som har til formål at undgå, at procedurerne lammes af klager og efterfølgende søgsmål, der indledes på tidspunktet for de forberedende afgørelser, der endnu ikke endeligt påvirker de berørtes rettigheder, ikke blot er dybt forankret i spansk ret, men er fælles for alle medlemsstaternes retsordener.
- 69 Den spanske regering har bl.a. under henvisning til dom af 18. marts 1997, *Guérin Automobiles mod Kommissionen* (sag C-282/95 P, Sml. I, s. 1503), lagt vægt på, at denne tankegang er gengivet i Domstolens egen retspraksis. Domstolen har ligeledes fastslået, at den forberedende karakter af den afgørelse, der er anlagt sag til prøvelse af, er en af formalitetsindsigelseerne under et annullationssøgsmål, og at der er tale om et anbringende, som Domstolen af egen drift kan efterprøve (dom af 14.2.1989, sag 346/87, *Bossi mod Kommissionen*, Sml. s. 303).
- 70 Den spanske regering har med statsstøtteområdet som eksempel desuden anført, at det hverken i traktatens bestemmelser om statsstøtte eller i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1), udtrykkeligt fastsættes, at simple proceduremæssige foranstaltninger, der ikke har nogen endelig virkning i forhold til de berørte parter, ikke kan gøres til genstand for et særskilt søgsmål. I princippet er det dog ikke muligt at anfægte Kommissionens beslutning om at indlede proceduren efter artikel 88, stk. 2, EF, bortset fra anbringender, som kan rettes mod denne beslutning, der er en proceduremæssig foranstaltning, når tidspunktet er kommet til at anlægge sag til prøvelse af den endelige afgørelse. Den spanske regering konkluderer derfor, at der ikke er nogen grund til at indlemme denne elementære sontring i direktiv 89/665, som gør det muligt for alle administrative klageprocedurer eller judicielle retsveje at fungere.
- 71 I øvrigt er den spanske regering af den opfattelse, at Kommissionen ikke har anført grunde til godtgørelse af, at de af Tribunal Supremo anvendte kriterier i

den dom, Kommissionen har nævnt, er i strid med formålet med direktiv 89/665. I dommen forklarede Tribunal Supremo, at anmodningen om yderligere dokumentation var en proceduremæssig foranstaltning, eftersom den ikke var en afslutning på udbudsproceduren, men blot var en simpel forudsætning for afgørelsen om tildeling af kontrakten. Den spanske regering har videre præciseret, at den endelige afgørelse om tildeling af kontrakten var blevet anfægtet, idet den virksomhed, som havde fået kontrakten tildelt, ikke havde fremlagt den dokumentation, som administrationen havde anmodet om. Ifølge administrationen var den manglende dokumentation imidlertid ikke væsentlig og var en mangel, som kunne udbedres. Den spanske regering har tilføjet, at under et udbud efter forhandling, der ikke er offentligt og ikke indeholder en udelukkelsesfase, er det, som følge af selve procedurens karakter, kun den endelige afgørelse om tildeling af kontrakten, der er relevant i forbindelse med et eventuelt søgsmål, og der er således ikke grund til at sondre mellem proceduremæssige foranstaltninger og endelige afgørelser.

- 72 Kommissionen har hertil anført, at den spanske regerings argument — hvorefter det forhold, at det er umuligt at anlægge sag til prøvelse af proceduremæssige foranstaltninger, er en teknik dybt forankret i spansk ret, som er fælles for alle medlemsstaternes retsordener — bør forkastes, idet man herved søger at fortolke ordlyden af et direktiv under anvendelse af national ret. Det materielle anvendelsesområde for de klager, der er omfattet af direktiv 89/665, fastsættes ved direktivet selv, ikke ved nationale bestemmelser. I modsat fald ville der ikke ske en ensartet anvendelse af direktivet i de forskellige medlemsstater, hvilket ville kunne underminere den harmonisering, som søges opnået på fællesskabsplan.
- 73 For så vidt angår den spanske regerings argumenter, der er støttet på retspraksis fra Fællesskabets retsinstanser vedrørende klager over Kommissionens beslutninger på konkurrenceområdet og statsstøtteområdet, har Kommissionen understreget, at der er tale om domme og bestemmelser, som ikke hænger sammen med direktiv 89/665, og som derfor ikke kan anvendes til støtte for, at spansk ret er i overensstemmelse med nævnte direktiv. I denne forbindelse lægger Kommissionen vægt på, at en retsorden indeholder en flerhed af regler, der løser opståede problemer forskelligt afhængigt af, hvilken sektor der er tale om, og at retsordenens enhed hverken kan føre til, at den ensortes, eller til, at fortolkerens vilje træder i stedet for lovgiverens.

Domstolens bemærkninger

- 74 Indledningsvis bemærkes, at ifølge bestemmelserne i artikel 107 i lov nr. 30/1992 og artikel 25, stk. 1, i lov nr. 29/1998 kan proceduremæssige afgørelser kun gøres til genstand for administrativ klage eller indbringes for domstolene, såfremt de direkte eller indirekte afgør sagens realitet, ikke kan appelleres, ikke giver mulighed for at forsvare sig eller forårsager uoprettelig skade på legitime rettigheder eller interesser.
- 75 Det er ubestrideligt, at disse bestemmelser således har til virkning at udelukke proceduremæssige foranstaltninger fra direktiv 89/665's materielle anvendelsesområde, medmindre de opfylder en af de ovennævnte betingelser.
- 76 Da rækkevidden af begrebet »de ordregivende myndigheders beslutninger« ikke udtrykkeligt defineres i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, skal spørgsmålet, om proceduremæssige foranstaltninger, der ikke opfylder en af de ovennævnte betingelser, udgør afgørelser, i forhold til hvilke medlemsstaterne skal sikre en klageadgang som omhandlet i det nævnte direktiv, undersøges i henhold til formålet hermed, hvorved det skal sikres, at direktivet ikke fratages sin effektive virkning.
- 77 I denne forbindelse må det påpeges, at artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 i overensstemmelse med sjette betragtning til direktivet har til formål »at sikre, at der i samtlige medlemsstater indføres passende procedurer, som gør det muligt at annullere ulovlige beslutninger«, der i strid med fællesskabsretten på området for offentlige kontrakter træffes af de ordregivende myndigheder, eller nationale regler til gennemførelse af denne ret, samt at personer, der har lidt skade på grund af en sådan overtrædelse, ydes erstatning.

- 78 Som det fremgår af direktivets artikel 1, stk. 1 og 3, skal de klageprocedurer, som det omhandler, dels være effektive og så hurtige som muligt, dels skal personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse, have adgang til klageprocedurerne.
- 79 Det bemærkes i den forbindelse dels, at den spanske ordning — som angivet i denne doms præmis 74 — sikrer de berørte parter en mulighed for at anfægte ikke alene endelige afgørelser, men tillige proceduremæssige afgørelser, såfremt de direkte eller indirekte afgør sagens realitet, ikke kan appelleres, ikke giver mulighed for at forsvare sig eller de forårsager uoprettelig skade på legitime rettigheder eller interesser.
- 80 Dels har Kommissionen ikke godtgjort, at denne ordning ikke sikrer en passende domstolsbeskyttelse af borgere, der lider skade på grund af overtrædelser af de relevante fællesskabsregler eller de nationale regler til gennemførelse af denne adgang.
- 81 Det følger af ovenstående, at Kommissionens andet klagepunkt må forkastes.

Gennemførelsen af den i direktiv 89/665 fastsatte ordning med midlertidige foranstaltninger

Parternes argumenter

- 82 Kommissionen har gjort gældende, at de nationale bestemmelser, der gennemfører artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665 i den spanske retsorden, nemlig

artikel 111 i lov nr. 30/1992 og artikel 129-136 i lov nr. 29/1998, ikke sikrer, at der — uanset sagsanlæg — findes en hasteprocedure, hvis formål er at afbryde indgåelsen af offentlige kontrakter eller gennemførelsen af enhver afgørelse truffet af de ordregivende myndigheder.

- 83 Navnlig har Kommissionen anført, at bortset fra undtagelsen i artikel 136, stk. 2, i lov nr. 29/1998 fastsættes der i den spanske ordning ingen muligheder for at træffe midlertidige foranstaltninger, når der ikke er anlagt sag vedrørende realiteten. Som det imidlertid fremgår af præmis 11 i dom af 19. september 1996, sag C-236/95, Kommissionen mod Grækenland (Sml. I, s. 4459), skal det være muligt at træffe alle midlertidige foranstaltninger uden hensyn til, om der er taget nogen forudgående retsskridt.
- 84 I øvrigt har Kommissionen lagt vægt på, at den eneste midlertidige foranstaltning, der kan træffes ved klager over administrative afgørelser, er at stille gennemførelsen i bero. Videre træffer dommere ved en prøvelse af hastende karakter i forvaltningssager jævnligt ikke andre midlertidige foranstaltninger end at stille gennemførelsen i bero. Med henvisning til Tribunal Supremos praksis har Kommissionen forklaret, at de midlertidige foranstaltninger ikke kan vedrøre realiteten, idet de ikke må foregribe afgørelsen i hovedsagen. Dette princip om, at de midlertidige foranstaltninger skal være neutrale i forhold til realiteten i hovedsagen har, i modsætning til hvad der kræves i henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665, til følge, at dommeren ikke kan træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at bringe en overtrædelse til ophør.
- 85 Den spanske regering har ikke bestridt, at både reglerne om administrativ klage og reglerne om domstolsprøvelse af administrative afgørelser har til følge, at vedtagelsen af en midlertidig foranstaltning er knyttet til en forudgående anfægtelse og på ingen måde kan begæres truffet alene.

- 86 Hvad angår artikel 136 i lov nr. 29/1998 har den spanske regering præciseret, at selv om de midlertidige foranstaltninger i de her omhandlede tilfælde kan begæres og imødekommes, endog inden anfægtelse, indebærer bestemmelsen ikke, at disse foranstaltninger er selvstændige i forhold til anfægtelsen, idet den pågældende, inden ti dage efter meddelelsen af afgørelsen om at imødekomme de begærede foranstaltninger, skal anfægte den afgørelse, som han finder er ulovlig. Han skal således begære dem stadfæstet, og de midlertidige foranstaltninger bortfalder uden videre, hvis han ikke reagerer inden fristens udløb.
- 87 Hvad angår spørgsmålet om at stille gennemførelsen i bero ved domstolsafgørelse har den spanske regering understreget, at domstolsprøvelsen ikke indledes ved indgivelse af en stævning, men blot ved en skrivelse, der skal angive den trufne afgørelse eller påtale administrationens passivitet, og hvori den berørte part skal begære gennemførelsen af den trufne afgørelse stillet i bero, uden at han nødvendigvis behøver at udarbejde en stævning. Den spanske regering har forklaret, at når sagen er indbragt for domstolene, anmoder den domstol, for hvilken sagen verserer, administrationen om at få de administrative sagsakter tilsendt, og først efter at sagsøgeren har fået disse i hænde, begynder fristen for at indgive stævning og fremsætte anbringender til støtte for sine påstande at løbe.
- 88 Den spanske regering har, med hensyn til fraværet af denne mulighed i bestemmelserne for ordningen for at stille gennemførelsen i bero ved administrativ rekurs, gjort gældende, at det kun undtagelsesvis på området for indgåelse af offentlige kontrakter vil være nødvendigt at indgive en administrativ klage, og at den i artikel 111, stk. 3, i lov nr. 30/1992 fastsatte frist er særdeles kort i den utænkelige situation, hvor det måtte være nødvendigt at udtømme mulighederne for administrativ rekurs. Ifølge den spanske regering indeholder sidstnævnte bestemmelse en ordning, som på dette område er særlig avanceret, da det deri fastsættes, at såfremt den administrative myndighed ikke inden for en frist på 30 dage udtrykkeligt har taget stilling til begæringen om udsættelse, skal den anses for imødekommet.
- 89 Den spanske regering har for så vidt angår berettigelsen af et obligatorisk søgsmål til prøvelse af den afgørelse, hvis ulovlighed er årsagen til begæringen om at stille gennemførelsen i bero, gjort gældende, at de i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv

89/665 omhandlede midlertidige foranstaltninger netop kaldes »midlertidige«, fordi de har til formål gennem skabelsen af en overgangssituation at sikre afgørelsen af en tvist, indtil denne er afsluttet, og at direktivet er baseret på en antagelse om, at midlertidige foranstaltninger begæres af den, der bestrider afgørelsens gyldighed. Det følger heraf, at et krav — som fremsat af Kommissionen — om, at de midlertidige foranstaltninger skal være absolut uafhængige, ikke giver nogen mening, idet enhver midlertidig foranstaltning pr. definition er en underordnet foranstaltning.

- 90 Henset til den omstændighed, at domstolsprøvelse af administrative afgørelser indledes ved en simpel skrivelse, er det ved en formålsfortolkning af direktiv 89/665 utænkeligt, at en sådan søgsmålsform her kan anses for at være en hindring, eftersom den berørte part, inden han konkretiserer de anbringender, som han vil gøre gældende i forhold til den afgørelse, han finder ulovlig, kan begære og opnå den ønskede midlertidige foranstaltning.
- 91 Den spanske regering har ligeledes påberåbt sig artikel 242 EF, 243 EF og artikel 83 i Domstolens procesreglement, hvoraf det fremgår, at begæringen om foreløbige forholdsregler ikke er selvstændig søgsmålsadgang, men snarere er en begæring, der ledsager et annullationssøgsmål.
- 92 Hvad angår Kommissionens fortolkning af dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland finder den spanske regering, at hvis Domstolens udtalelse i den pågældende doms præmis 11 har de konsekvenser, som Kommissionen tillægger den, kræves det i henhold til direktiv 89/665, at dommere kan træffe midlertidige foranstaltninger, uden at der er fremsat begæring herom. Regeringen har endvidere anført, at selv om Domstolen kun anvendte ordet »retsskridt« i en teknisk forstand som betegnelse for en proceduremæssig foranstaltning, betyder dette ikke, at dommen bekræfter Kommissionens synspunkt. De selvstændige foranstaltninger, som Kommissionen kræver, indebærer ligeledes, at der skal tages retsskridt for en domstol. Den spanske regering fastslår under alle omstændigheder, at Domstolen i den pågældende dom ikke traf afgørelse i realiteten vedrørende det påtalte traktatbrud, idet den sagsøgte medlemsstat havde erkendt, at den ikke havde gennemført bestemmelserne i direktiv 89/665 i sin retsorden inden for den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse.

- 93 Med hensyn til muligheden for at træffe positive foranstaltninger har den spanske regering, som det fremgår af artikel 129 i lov nr. 29/1998 og dens forarbejder, anført, at loven har indført muligheden for at begære og opnå hvilken som helst midlertidig foranstaltning, herunder positiv foranstaltning, og at det tilkommer den dommer, sagen verserer for, i forhold til omstændighederne at afgøre, hvilke der bør træffes. Regeringen har i denne forbindelse tilføjet, at Tribunal Constitucional (Spanien) har fastslået, at retten til at opnå midlertidige foranstaltninger er en grundlæggende del af en effektiv domstolsbeskyttelse. Navnlig fastslog nævnte Tribunal i en dom af 29. april 1993 om en bekendtgørelse, der søgtes prøvet, fordi der heri var krævet et serviceminimum, som var mere omfattende end nødvendigt, at artikel 24 i den spanske forfatning, der vedrører retten til en effektiv domsbeskyttelse, giver domstolene mulighed for som retsbevarende foranstaltning at omformulere enhver bekendtgørelse med henblik på at sikre et serviceminimum i tilfælde af generalstrejke.
- 94 Endelig stiller den spanske regering sig uforstående over for Kommissionens argument, hvorefter et obligatorisk realitetssøgsmål om lovligheden af en afgørelse fra den ordregivende myndighed, samtidig med begæringen om midlertidige foranstaltninger, fratager ordningen dens effektivitet, eftersom enhver begæring om midlertidige foranstaltninger ifølge den spanske regering indebærer en prøvelse af realiteten, om end den kun måtte være en umiddelbar vurdering af problemet.

Domstolens bemærkninger

- 95 Det er ubestrideligt, at den spanske ordning med undtagelse af de tilfælde, der er omhandlet i artikel 136, stk. 2, i lov nr. 29/1998, betinger begæringen om midlertidige foranstaltninger af et realitetssøgsmål.
- 96 For at kunne efterprøve, om denne ordning følger direktiv 89/665, bemærkes indledningsvis, at som det fremgår af direktivets femte betragtning, nødvendiggør den korte periode, som procedurerne strækker sig over, en hastebehandling af

overtrædelser af de relevante fællesskabsbestemmelser eller de nationale gennemførelsesbestemmelser, der påvirker disse procedurer negativt.

- 97 Det bestemmes i artikel 2, stk. 1, litra a), i det nævnte direktiv, at medlemsstaterne påser, at klageinstanser har beføjelse til hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero.
- 98 I dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland — der vedrørte spørgsmålet, om en national ordning, der dels begrænsede den midlertidige domstolsbeskyttelse til kun at gælde sager om udsat gennemførelse af forvaltningsakter, dels betingede udsættelse af, at der var anlagt sag til prøvelse af den omtvistede retsakt, var i overensstemmelse med direktiv 89/665 — havde Domstolen lejlighed til at præcisere rækkevidden af de forpligtelser, der i denne forbindelse følger af det nævnte direktiv. Navnlig fastslog Domstolen, at medlemsstaterne mere generelt er forpligtet til at give de pågældende klageinstanser beføjelse til at træffe midlertidige foranstaltninger, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, uden hensyn til, om der er taget nogen forudgående retsskridt (dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 11).
- 99 Det bemærkes herved, at der vel i den spanske ordning er fastsat mulighed for at træffe positive midlertidige foranstaltninger, men denne mulighed kan ikke desto mindre ikke antages at indebære en midlertidig judiciel beskyttelsesordning, der på effektiv vis kan bringe eventuelle overtrædelser, der begås af de ordregivende myndigheder, til ophør, da det i henhold til ordningen som betingelse for, at der

kan træffes en midlertidig foranstaltning over for en afgørelse truffet af en ordregivende myndighed, som hovedregel forinden kræves et realitetssøgsmål.

100 Denne konstatering svækkes ikke af den omstændighed, at sagen, når gennemførelsen begæres stillet i bero ved domstolsafgørelse, kan indledes ved indgivelse af en simpel skrivelse, og at stævningen kan udfærdiges efter begæringen om midlertidige foranstaltninger, idet kravet om opfyldelse af en sådan formalitet klart ikke kan anses for at følge forskrifterne i direktiv 89/665, som de er præciseret i dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland.

101 Heraf følger, at Kommissionens tredje klagepunkt må tiltrædes.

102 Henset til de ovenstående betragtninger må det fastslås, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 89/665, da det har undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme bestemmelserne i direktivets artikel 1 og 2, og navnlig

- da det har undladt at udvide den klageadgang, som er sikret ved dette direktiv, til at gælde for alle afgørelser truffet af privatretlige selskaber, der er stiftet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle og kommercielle område, som er en juridisk person, og hvis drift enten for mere end halvdelen vedkommende finansieres af offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses tilsyn, eller hvortil offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet, og

- da det som hovedregel har betinget muligheden for at træffe retsbevarende foranstaltninger i forbindelse med de afgørelser, der træffes af de ordregivende myndigheder, af, at der forinden skal være indledt sag til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse.

103 I øvrigt frifindes Kongeriget Spanien.

Sagens omkostninger

- 104 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 3, kan Domstolen fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Da Kommissionen ikke har fået medhold på et punkt, skal Kommissionen betale en tredjedel af sagens omkostninger og Kongeriget Spanien betale to tredjedele af sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

- 1) Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til 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 anlægs-kontrakter, som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelses-aftaler, da det har undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme bestemmelserne i direktivets artikel 1 og 2, og navnlig

— da det har undladt at udvide den klageadgang, som er sikret ved dette direktiv, til at gælde for alle afgørelser truffet af privatretlige selskaber, der er stiftet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle og kommercielle område, som er en juridisk person, og hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses tilsyn, eller hvortil offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelens af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet, og

- da det som hovedregel har betinget muligheden for at træffe retsbevarende foranstaltninger i forbindelse med de afgørelser, der træffes af de ordregivende myndigheder, af, at der forinden skal være indledt sag til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse.

- 2) Kongeriget Spanien frifindes i øvrigt.
- 3) Kommissionen betaler en tredjedel af sagens omkostninger og Kongeriget Spanien betaler to tredjedele af sagens omkostninger.

Schintgen

Skouris

Macken

Colneric

Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. maj 2003.

R. Grass

J.-P. Puissochet

Justitssekretær

Formand for Sjette Afdeling