

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

CHRISTINE STIX-HACKL

fremsat den 14. september 2006¹

I — Indledning

1. Denne traktatbrudssag drejer sig lige som en parallelt hermed verserende traktatbrudssag² om, hvilke regler der kan udledes af den primære ret med hensyn til udbudsprocedurens gennemsigtighed. Konkret handler det i den foreliggende sag om de forpligtelser, der kan afledes af de grundlæggende friheder og de almindelige retsprincipper for såkaldte ikke-prioriterede tjenesteydelser, dvs. for tjenesteydelser, for hvilke Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler³ (herefter »direktiv 92/50«) — som i mellemtiden er blevet erstattet af den såkaldte legislativpakke — fastsætter en særordning, nærmere betegnet en forenklet ordning.

2. Desuden drejer det sig om fortolkning og videreudvikling af Domstolens praksis i sagerne *Telaustria*⁴ og *Coname*⁵.

II — Retsregler

3. 21. betragtning til direktiv 92/50 lyder:

»[D]ette direktiv skal i en overgangsperiode kun finde fuld anvendelse på aftaler om udførelse af tjenesteydelser, for hvilke dets bestemmelser vil gøre det muligt at udnytte alle muligheder for en øget samhandel på tværs af landegrænserne; aftaler om udførelse af andre tjenesteydelser bør overvåges i en vis periode, inden der træffes beslutning

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Mit forslag til afgørelse, ligeledes fremsat i dag, sag C-532/03, Kommissionen mod Irland.

3 — EFT L 209, s. 1.

4 — Dom af 7.12.2000, sag C-324/98, *Telaustria* og *Telefonadress*, Sml. I, s. 10745.

5 — Dom af 21.7.2005, sag C-231/03, *Coname*, Sml. I, s. 7287.

om, hvorvidt dette direktiv skal finde fuld anvendelse på dem; denne overvågningsmekanisme skal defineres; den skal samtidig give alle interesserede kredse mulighed for at få adgang til alle relevante oplysninger.«

4. I henhold til artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 påhviler det de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere.

5. Direktiv 92/50 regulerer i afsnit II en såkaldt »todelt anvendelse«. I henhold til artikel 8 indgås aftaler, hvis genstand er de i bilag IA opførte tjenesteydelser, efter bestemmelserne i afsnit III-VI, dvs. efter artikel 11-37. Når det derimod drejer sig om aftaler, der har de såkaldte ikke-prioriterede tjenesteydelser til genstand, dvs. de i bilag I B opførte tjenesteydelser, er det ifølge artikel 9 kun bestemmelserne i artikel 14 og 16, der skal overholdes.

6. Bilag I B opregner en række kategorier af tjenesteydelser. Nummer 27 vedrører »Øvrige tjenesteydelser«.

7. Artikel 14 indeholder bestemmelser om tekniske specifikationer, der anføres i udbudsmaterialet eller i aftalen.

8. Artikel 16 lyder i uddrag:

»1. Ordregivende myndigheder, der har indgået en offentlig tjenesteydelsesaftale eller afholdt en projektkonkurrence, sender Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en meddelelse om resultatet deraf.

[...]

3. Når der er tale om offentlige tjenesteydelsesaftaler vedrørende de i bilag I B opførte tjenesteydelser, angiver de ordregivende myndigheder i meddelelsen, om de indvilliger i, at den offentliggøres.

4. Kommissionen udfærdiger retningslinjer for udarbejdelse af regelmæssige rapporter på grundlag af de i stk. 3 nævnte meddelelser og for offentliggørelse af rapporterne efter den i artikel 40, stk. 3, fastsatte fremgangsmåde.

[...]«

III — De faktiske omstændigheder, den administrative procedure og retsforhandlingerne ved Domstolen

9. Den 4. december 1992 indgik den irske socialminister en aftale med An Post, det irske postvæsen, uden forudgående licitation. Ifølge aftalen kan modtagere af sociale ydelser hæve de beløb, de er berettiget til, på postkontorerne.

10. Denne oprindelige aftale løb fra den 1. januar 1992 til den 31. december 1996. I maj 1997 blev den forlænget til den 31. december 1999. De kompetente irske myndigheder lod en forhåndsmeddelelse om den planlagte indgåelse af kontrakt offentliggøre i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af 16. februar 1999. Alligevel blev det i maj 1999 besluttet at forlænge aftalen indtil den 31. december 2002. Denne beslutning blev senere suspenderet.

11. På grundlag af en klage påbegyndte Kommissionen i oktober 1999 en korrespondance med de irske myndigheder.

12. Som følge af, at Kommissionen greb ind, har Irland ikke officielt forlænget aftalen. Men An Post leverer stadig ydelserne, ganske

vist på ad hoc-basis, for at undgå afbrydelser i udbetalingen af socialydelser.

13. Efter Kommissionens opfattelse har Irland ikke inden for rammerne af den traktatbrudssag, som Kommissionen har indledt i henhold til artikel 226 EF, foreslået nogen løsning på de påtalte problemer. I lyset af de svar, som Irland har givet på åbningsskrivelsen af 26. juni 2002 og den begrundede udtalelse af 17. december 2002, betragter Kommissionen Irlands fremgangsmåde med hensyn til en fornyet indgåelse af en aftale som en tilsidesættelse af bestemmelserne i EF-traktaten og har derfor anlagt sag ved Domstolen.

14. I denne sag har Kommission nedlagt følgende påstande:

1) Det fastslås, at Irland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til traktaten, idet det har besluttet at overdrage udførelse af tjenesteydelser til An Post uden forudgående licitation.

2) Irland tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15. Irland har nedlagt følgende påstande:

1) Frifindelse.

2) Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

vende myndigheder til at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere, hvilket også fremgår af direktivets artikel 3, stk. 2. Denne forpligtelse påhviler de irske myndigheder såvel med hensyn til bilag I B-tjenesteydelser som med hensyn til bilag I A-tjenesteydelser.

IV — Parternes og intervenienternes anbringender

A — Kommissionen

16. Kommissionen er af den opfattelse, at den omstændighed, at den i den foreliggende sag omhandlede aftale henhører under anvendelsesområdet for direktiv 92/50, ikke udelukker anvendelsen af de retningslinjer, der er blevet udviklet i Domstolens praksis, og som følger af de grundlæggende friheder, der er nedfældet i traktaten, samt af anvendelsen af generelle principper, som er kommet særligt til udtryk i disse grundlæggende friheder.

17. Medlemsstaternes forpligtelse til at overholde de generelle principper er fastslået ved en almindelig forpligtelse for de ordregi-

18. Kommissionens fortolkning er den eneste, der kan anses for at være forenelig med »traktatens markedsøkonomiske overvejelser«. Domstolens retspraksis fastslår klart, at traktatens bestemmelser om etableringsfrihed og frihed i forbindelse med tjenesteydelser pålægger medlemsstaterne forpligtelser med hensyn til indgåelse af offentlige aftaler uden for direktivernes anvendelsesområde. Dette gælder både for de kontrakttyper (såsom koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser), som ikke er udtrykkeligt omfattet, og også for den type kontrakter, som er omfattet, men hvor værdien ligger under den tærskel, der er fastsat i de forskellige direktiver.

19. Det ville derfor også være direkte i strid med de markedsøkonomiske overvejelser, hvis det stod medlemsstaterne frit for helt at undlade at udbyde kontrakter, hvis værdi ligger over de økonomiske tærskelværdier, alene med den begrundelse, at de tjenesteydelser, kontrakterne vedrører, henhører under direktivets bilag I B, skønt fællesskabsretten i sådanne tilfælde kræver en hertil

passende udbudsprocedure, selv når kontrakterne på grund af deres struktur eller værdi ikke falder ind under direktivets anvendelsesområde.

20. Når et direktiv foretager en fuldstændig harmonisering, skal nationale foranstaltninger udelukkende bedømmes på grundlag af direktivets bestemmelser og ikke tillige på grundlag af bestemmelserne i EF-traktaten.

21. Med hensyn til argumentet om, at det formål, direktivet forfølger, kun kan nås gennem lovgivning, har Kommissionen gjort gældende, at et direktiv ikke kan fravige den primære ret. Forpligtelser, der hidrører fra den primære ret, består side om side med dem, der hidrører fra direktiverne. Den afledte ret har til formål at supplere den primære ret og gøre det lettere at nå de deri nedfældede målsætninger.

22. Endelig understreger Kommissionen, at den primære ret indeholder langt mindre strenge krav end direktivet. I modsætning til intervenienternes opfattelse kræver Kommissionen ikke under alle omstændigheder afholdelse af licitation. Kommissionen kræver heller ikke, at Irland skal anvende de regler, der gælder for prioriterede tjenesteydelser på ikke-prioriterede tjenesteydelser.

23. Hvad angår retssikkerhedsaspektet minder Kommissionen om, at overholdelsen af de primærretlige begrænsninger ved tildeling af offentlige kontrakter ikke udgør noget særtilfælde.

B — *Irland*

24. Irland bestrider rigtigheden af Kommissionens anbringender. For det første er Irland af den opfattelse, at den retspraksis fra Domstolen, som Kommissionen har anført, ikke er relevant, og underbygger dette ved at kommentere de enkelte sager og den argumentation, Kommissionen har fremført hertil. For det andet skal Irlands foranstaltninger bedømmes ud fra direktiv 92/50, eftersom det er dette, der finder anvendelse her, og ikke ud fra de grundlæggende friheder.

25. Desuden er Kommissionens fremgangsmåde i strid med princippet om gennemsigthed, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet. I stedet for at fremlægge et forslag til en hertil svarende ændring af direktivet, hvilket Kommissionen i henhold til direktivets artikel 43 havde været forpligtet til, forfølger den nogle »tågede forestillinger«. I øvrigt undlod Kommissionen at

medtage en dertil svarende ændring i sit forslag, der i 2004 førte til direktiv 2004/18/EF.

26. Kommissionen tilstræber at få Domstolen til at træde i stedet for Rådet som lovgiver. Den søger at pålægge Irland forpligtelser, som direktiv 92/50 udtrykkeligt udelukker. Dermed forstyrrer den også den institutionelle balance. Hvis Kommissionen udleder forpligtelsen til at afholde udbud af lighedsprincippet, rejser der sig det spørgsmål, hvad meningen med direktivet er.

C — *Intervenienterne*

27. Kongeriget Danmark, Republikken Finland, Den Franske Republik og Kongeriget Nederlandene er indtrådt i sagen til støtte for Irlands påstande.

28. Ifølge den danske, finske, franske og nederlandske regering er det udelukkende direktivets artikel 14 og 16, der finder anvendelse på de omtvistede tjenesteydelser. Andre bestemmelser om offentliggørelse gælder således ikke for ikke-prioriterede tjenesteydelser. Man kan heller ikke af Domstolens praksis udlede nogen forpligtelse til i alle tilfælde at afholde licitation.

Ligeledes skal man huske på de krav, retssikkerhedsprincippet stiller, som er blevet krænket af den brede fortolkning, Kommissionen har givet. I denne sammenhæng henviser man også til, at ordregivende myndigheders tilsidesættelse af procedure-regler kan medføre en pligt for dem til at betale skadeserstatning.

29. Efter den danske regerings opfattelse kan der hverken af direktivets artikel 3 eller af artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF udledes nogen forpligtelse til at gennemføre en bestemt udbudsprocedure. Det ville derudover være i strid med proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet at underkaste ikke-prioriterede tjenesteydelser detaljerede procedure-regler.

30. Nationale foranstaltninger skal kun bedømmes efter harmoniseringsbestemmelserne og ikke tillige efter den primære ret. I øvrigt skulle Kommissionen efter den danske regerings retsopfattelse følgelig have anfægtet direktivets gyldighed.

31. Intervenienterne henviser for det første til direktiv 92/50's tilblivelseshistorie og målsætning. For det andet påpeger de — delvis med henvisning til forpligtelsen i henhold til direktiv 92/50 til at tage bestemmelserne op til behandling igen — at

Kommissionen selv i sit forslag til ændring af udbudsdirektiverne, der bl.a. førte til udstedelse af direktiv 2004/18/EF, ikke optog nogen ændring af det system, hvorefter der fortsat gælder forenkede regler for ikke-prioriterede tjenesteydelser.

skabsretten der yderligere skal inddrages som kriterier for bedømmelsen. I et direkte søgsmål som traktatbrudssagen afhænger kriteriet af sagsøgers påstand, her altså af Kommissionens.

V — Stillingtagen

A — *Genstanden for den foreliggende traktatbrudssag*

32. Med hensyn til genstanden for den foreliggende traktatbrudssag er der en række punkter, som er ubestridte mellem parterne. Det gælder for det første det forhold, at det omtvistede indkøb falder ind under klasse 913 i CPC (Central Product Classification, fælles vareklassifikation). Indkøbet hører under kategori 27 »Øvrige tjenesteydelser« i bilag I B i direktiv 92/50. Dermed skal det kvalificeres som en såkaldt ikke-prioriteret tjenesteydelse. Desuden står det fast, at den relevante tærskelværdi i henhold til artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 92/50 er overskredet i den foreliggende sag.

33. Mens spørgsmålet om, hvorvidt det omtvistede indkøb henhører under anvendelsesområdet for direktiv 92/50, og hvorvidt det hører under en særordning, forholdsvis let lader sig besvare, står det tilbage at afklare, hvilke andre bestemmelser i fælles-

34. Som det fremgår af stævningen, har Kommissionen nedlagt påstand om, at der fastslås en dobbelt overtrædelse. For det første gør den gældende, at der er sket en krænkelse af de grundlæggende friheder, især artikel 43 EF og 49 EF. For det andet, at der er sket en krænkelse af fællesskabsrettens generelle principper, især dem om gennemsigtighed og lighed (ikke-forskelsbehandling).

35. Desuden er også en yderligere bestemmelse fremdraget under sagen for Domstolen, nemlig artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50. Ifølge dette påhviler det de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere.

36. Kommissionen mener af denne bestemmelse at kunne udlede et påbud, som gælder for alle slags tjenesteydelser og dermed også for de omtvistede, dvs. de ikke-prioriterede tjenesteydelser.

37. Imidlertid har Kommissionen forsømt at medtage tilsidesættelsen af artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 i sin stævning. Ganske vist refererer Kommissionen også i sin stævning til denne bestemmelse i direktivet⁶, men dette er ikke tilstrækkeligt. Kommissionen bruger nemlig blot denne henvisning til at påvise, at også direktivet udtrykkeligt fastsætter et forbud mod forskelsbehandling. Kommissionen synes at anse dette for en bekræftelse på, at medlemsstaterne skal respektere almene retsprincipper. Dertil kommer, at Kommissionen også i den begrundede udtalelse kun har påtalt tilsidesættelsen af artikel 43 EF og 49 EF.

38. Den hævdede tilsidesættelse af almene retsprincipper behandler Kommissionen ikke blot i forbindelse med den retlige vurdering af de faktiske omstændigheder, men også i det afsnit af stævningen, hvor den til sidst sammenfatter de bestemmelser, der efter dens opfattelse er blevet overtrådt (punkt 56). Det gælder også for anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 43 EF og 49 EF.

39. Spørgsmålet om, hvilke retsvirkninger artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 har for de såkaldte ikke-prioriterede tjenesteydelser, skal der derfor ikke behandles nærmere.

B — *Skal direktiverne suppleres ved hjælp af den primære ret?*

40. Den foreliggende sag vedrører ikke den — i hvert fald i princippet — afklarede problemstilling, at primærretten finder anvendelse uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde. Ifølge Domstolens praksis⁷ finder primærretlige bestemmelser nemlig anvendelse, når aftalen ikke er omfattet af nogen af direktiverne. Men i den foreliggende sag drejer det sig om, hvorvidt primærretlige bestemmelser også gælder for forhold, der falder ind under direktiverne.

41. Imidlertid er heller ikke dette juridiske problem helt nyt. Der skal her mindes om Domstolens praksis, hvorefter primærretlige bestemmelser, navnlig de grundlæggende friheder, også finder anvendelse på sådanne indkøb, som er omfattet af udbudsdirektiverne.

42. Således har Domstolen i en traktatbruds-sag, der også vedrørte Irland, fastslået, »at Irland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EØF-traktatens artikel 30 ved at tillade, at der i kontraktspecifikationen vedrørende en offentlig bygge- eller anlægs-

6 — Punkt 43.

7 — Coname-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 16, og dom af 20.10.2005, sag C-264/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8831, præmis 32.

kontrakt indsattes en klausul«⁸. Domstolen har truffet en lignende afgørelse i en anden kontraktbrudssag: I Storebæltssagen fastslog Domstolen, at der var sket en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 30, 48 og 59⁹.

skal begrundes, er en sådan beslutning dog undergivet fællesskabsrettens grundlæggende principper, navnlig EF-traktatens principper vedrørende etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser«¹¹.

43. Dertil skal der føjes en nylig afsagt dom i en kontraktbrudssag, i hvilken Domstolen fastslog en tilsidesættelse af artikel 49 EF. Lige som i Storebæltssagen drejede det sig her om indholdet af udbudsbetingelser, især om underkriterier for kriterierne for tildeling¹⁰.

46. I præmis 47 i samme dom udtrykker Domstolen sig mere generelt, idet den formulerer det således: »Selv om direktiv 92/50 ikke indeholder særlige bestemmelser om betingelserne for tilbagekaldelse af et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelseaftale [...]«.

44. Også i andre situationer har Domstolen dog bekræftet princippet om udfyldende eller supplerende fortolkning af direktiverne ved hjælp af den primære ret.

47. Princippet om supplerende inddragelse af den primære ret har Domstolen bekræftet i en yderligere afgørelse¹². At Domstolen her har valgt at udtale sig i form af en kendelse, viser, at Domstolen anser i hvert fald dette spørgsmål for afklaret.

45. En værdifuld henvisning hertil giver dommen i sagen Hospital Ingenieure. I denne sag fastslog Domstolen, at »[s]elv om direktiv 92/50 ikke indeholder særlige bestemmelser vedrørende de materielle eller formelle betingelser for en beslutning om at tilbagekalde et udbud, bortset fra at denne

48. På lignende vis fastslog Domstolen i sagen Makedoniko Metro, at »selv om fællesskabsdirektiverne om offentlige kontrakter *ikke* indeholder *særlige bestemmelser, som finder anvendelse*, gælder de almindelige

8 — Dom af 22.9.1988, sag 45/87, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 4929, præmis 27.

9 — Dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353.

10 — Dom af 27.10.2005, sag C-158/03, Kommissionen mod Spanien, ikke trykt i Samling af Afgørelser, EUT C 330, s. I, og i den parallelle præjudicielle sag C-234/03, Contse, Sml. I, s. 9315.

11 — Dom af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 42.

12 — Kendelse af 16.10.2003, sag C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy, Sml. I, s. 12139, præmis 31 og 33.

fællesskabsretlige principper [...] for procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter«¹³.

49. Den i den foreliggende sag citerede dom i Unitron-sagen¹⁴ vedrører ganske vist også gennemsigtigheden, men det drejede sig i denne sag om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og ikke om påbuddet om ligebehandling som alment retsprincip, dvs. om lighedsprincippet.

50. Det kan altså konstateres, at princippet om, at den primære ret også finder anvendelse på sådanne udbud, som henhører under udbudsdirektiverne, er blevet bekræftet af Domstolen. Men det skal undersøges, hvor langt dette princip rækker. Således bortfalder anvendelsen af den primære ret ifølge det princip, der præger forholdet mellem primær ret og afledt ret, i det omfang sagens omstændigheder reguleres endeligt ved bestemmelser i den afledte ret¹⁵. Der er altså sat fællesskabsretlige grænser for en supplerende anvendelse af den primære ret.

13 — Dom af 23.1.2003, sag C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki, Sml. I, s. 1091, præmis 69, min fremhævelse.

14 — Dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 30 ff.

15 — Dom af 12.10.1993, sag C-37/92, Vanacker og Lesage, Sml. I, s. 4947, præmis 9, af 13.12.2001, sag C-324/99, Daimler-Chrysler, Sml. I, s. 9897, præmis 32, og af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 64.

51. Idet det i mellemtiden også gennem Domstolens praksis er blevet afklaret, at indholdet af tildelingsfaktorerne og de nærmere betingelser for tilbagekaldelse ikke er endeligt reguleret i udbudsdirektiverne, står det tilbage at undersøge, hvorledes bestemmelserne vedrørende gennemsigtighedsforpligtelsen skal bedømmes for ikke-prioriterede tjenesteydelser.

C — Regulerer direktiv 92/50 fuldstændigt forpligtelsen til gennemsigtighed for ikke-prioriterede tjenesteydelser?

52. Et særligt træk ved den foreliggende sag er, at den drejer sig om anvendeligheden af primærretten i forbindelse med indgåelse af en aftale, for hvilken der gælder en særordning i et udbudsdirektiv.

53. Kategorien af ikke-prioriterede tjenesteydelser udgør i øvrigt ikke den eneste kategori af udbud, for hvilken der er fastsat en særordning i et udbudsdirektiv. Således fastsætter Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter¹⁶ (herefter »bygge- og anlægsgenkoncessioner«) en forenklet ordning for byggekoncessioner. I lighed med artikel 9 i direktiv 92/50 bestemmer artikel 3,

16 — EFT L 199, s. 54.

stk. 1, i dette direktiv, hvilke af direktivets bestemmelser der skal anvendes. Til forskel fra ordningen i direktiv 92/50 vedrørende ikke-prioriterede tjenesteydelser er byggekoncessioner ifølge bygge- og anlægsdirektivet også undergivet en forpligtelse til at lade en bekendtgørelse med et nærmere angivet mindsteindhold offentliggøre (artikel 11 i direktiv 93/37).

54. For at gøre det helt klart, skal det bemærkes, at det i den foreliggende sag ikke drejer sig om, hvorvidt de forpligtelser, som direktiv 92/50 fastsætter for prioriterede tjenesteydelser, også gælder for ikke-prioriterede tjenesteydelser, altså om disse forpligtelser skal anvendes direkte eller i hvert fald analogt.

55. Det skal endvidere påpeges, at det ikke kommer an på, om hele direktivet skal kvalificeres som en fuldstændig harmoniseringsforanstaltning, men derimod, om det afgørende aspekt er reguleret på denne måde. Det er ligefrem karakteristisk for fællesskabsretten, at direktiver indeholder en fuldstændig regulering af visse sagsforhold, men ikke af andre¹⁷. Således fastslog Domstolen vedrørende et af udbudsdirektiverne, at det ikke indeholder en harmoni-

seret og udtømmende fællesskabsregulering, og at medlemsstaterne skal iagttage alle de relevante fællesskabsretlige bestemmelser¹⁸.

56. Når det drejer sig om indgåelse af aftaler om ikke-prioriterede tjenesteydelser, skal der anvendes primærretlige bestemmelser i det omfang, der ikke foreligger en fuldstændig harmonisering *på dette område*. Det er derimod ikke nogen forudsætning, at direktiv 92/50 taget som helhed ikke foretager en fuldstændig harmonisering med hensyn til ikke-prioriterede tjenesteydelser. I den foreliggende sag skal det kun prøves, om bestemmelserne vedrørende gennemsigthedsforpligtelsen er endeligt fastsat, således som Irland, Frankrig og Nederlandene mener. Er dette ikke tilfældet, vil Domstolens ovenfor anførte retspraksis vedrørende tildelingskriterier og tilbagekaldelse kunne overføres.

57. I denne sammenhæng skal der henvises til dommen i Contse-sagen, hvori Domstolen lagde til grund, at de grundlæggende friheder finder anvendelse på ikke-prioriterede tjenesteydelser. Det skal her blot nævnes i forbifarten, at på grund af henvisningen i artikel 9 i direktiv 92/50 finder end ikke de ufuldstændige bestemmelser i direktiv 92/50 vedrørende tildelingskriterierne anvendelse på ikke-prioriterede tjenesteydelser.

17 — Jf. f.eks. dom af 19.3.1998, sag C-1/96, *Compassion in World Farming*, Sml. I, s. 1251, præmis 55 f., og af 14.12.2004, sag C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft og S. Spitz*, Sml. I, s. 11763, præmis 53 ff.

18 — Således vedrørende bygge- og anlægsdirektivet fra 1971: dom af 9.7.1987, forenede sager 27/86-29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles m.fl.*, Sml. s. 3347, præmis 15.

58. I den foreliggende sag drejer det sig imidlertid ikke om udformningen af tildelingskriterierne eller om tilbagekaldelse, men om et helt bestemt aspekt af gennemsigtigheden, nemlig om forhåndsbekendtgørelse af udbud. Spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 92/50 harmoniserer det her relevante aspekt af gennemsigtighedsforpligtelsen fuldstændigt, skal ifølge Domstolens praksis bedømmes ud fra ordlyden, den sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, og de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af¹⁹.

59. Som Domstolen allerede har fastslået, skal fortolkningen tage udgangspunkt i 21. betragtning til og artikel 9 i direktiv 92/50²⁰.

60. I 21. betragtning til direktiv 92/50 hedder det, at dette direktiv i en overgangsperiode kun skal finde fuld anvendelse på aftaler om udførelse af tjenesteydelser, for hvilke dets bestemmelser vil gøre det muligt at udnytte alle muligheder for en øget samhandel på tværs af landegrænserne, mens der for aftaler om udførelse af andre tjenesteydelser blot er skabt en overvågningsmekanisme.

61. Ordlyden af den centrale bestemmelse, nemlig artikel 9 i direktiv 92/50, gør det klart, at aftaler om ikke-prioriterede tjenesteydelser indgås i overensstemmelse med udtrykkeligt anførte bestemmelser. Nemlig artikel 14 og 16. Mens artikel 14 fastsætter »Fælles regler på det tekniske område«, regulerer artikel 16 *visse* aspekter af gennemsigtighed. Hvad angår gennemsigtighed for ikke-prioriterede tjenesteydelser henviser fællesskabslovgiver altså ikke til hele afsnit V i direktivet, som bærer overskriften »Fælles regler for offentliggørelse«, men kun til en del af afsnittet.

62. Fællesskabslovgiver har altså bevidst valgt kun at fastsætte visse forpligtelser til gennemsigtighed i forbindelse med ikke-prioriterede tjenesteydelser. Således indfører f.eks. artikel 16, stk. 1, en forpligtelse til at sende en meddelelse om resultatet af en udbudsprocedure til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer.

63. Af afgørende betydning for den foreliggende traktatbrudssag er imidlertid fællesskabslovgivers beslutning om ikke også at henvise til den vigtige bestemmelse i artikel 11. Denne bestemmelse fastlægger bl.a. betingelserne for, at en ordregivende myndighed kan vælge en forhandlingsprocedure uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Dette åbner mulighed for en såkaldt tildeling ved aftale efter forhandling eller direkte tildeling, altså en tildeling uden forudgående afholdelse af udbud. Disse betingelser kom altså ikke til at gælde for ikke-prioriterede tjenesteydelser.

19 — Dommen i sagen *Compassion in World Farming*, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 49 ff., og dom af 19.10.1995, sag C-128/94, Hönig, Sml. I, s. 3389, præmis 9.

20 — Dom af 14.11.2002, sag C-411/00, Swoboda, Sml. I, s. 10567, præmis 46 f.

64. I henhold til artikel 16, stk. 2, gælder bestemmelserne i artikel 17-20 kun for prioriterede tjenesteydelser. Disse bestemmelser regulerer i det væsentlige de modeller, der skal anvendes til bekendtgørelserne, og de frister, der skal overholdes.

65. Derfor har Kommissionen ret i, at artikel 14 og 16 i direktivet netop ikke regulerer det aspekt, der er genstand for sagen. Kommissionen drager imidlertid heraf den forhastede konklusion, at den primære ret allerede dermed bliver relevant. Men først skal det undersøges, om der af den omstændighed, at det kun er visse aspekter, der er udtrykkeligt regulerede, kan sluttes, at der ikke foreligger en fuldstændig harmonisering.

66. Det er det indledende spørgsmål, der må stilles til spørgsmålet om, hvorvidt man, når det drejer sig om ikke-prioriterede tjenesteydelser, ganske vist ikke behøver overholde de strenge bestemmelser i direktiv 92/50, men i det mindste skal overholde de mindre strenge bestemmelser i den primære ret.

67. Dette indledende spørgsmål skal besvares med, at direktiv 92/50 ikke indeholder nogen fuldstændig regulering med hensyn til gennemsigtighed i forbindelse med indgåelse af aftaler om ikke-prioriterede tjenesteydelser, men at den primære ret skal inddrages for at supplere direktivet.

68. Den modsatte opfattelse ville ellers føre til, at der ved indgåelse af aftaler, der ligger helt uden for direktiv 92/50, som f.eks. tjenesteydelseskoncessioner, ville gælde strengere bestemmelser, nemlig dem, som er blevet fastslået i sagerne *Telaustria* og *Coname*, end for ikke-prioriterede tjenesteydelser. En alternativ løsning kunne naturligvis være at sænke standarden, dvs. graden af gennemsigtighed, for indgåelse af aftaler uden for direktivet, og så anvende denne lavere standard eller en i forhold til denne let forhøjet standard på ikke-prioriterede tjenesteydelser.

D — Det konkrete indhold af den bestemmelse, som hævdes tilsidesat

69. For at kunne fastslå en tilsidesættelse af fællesskabsretten skal Domstolen først undersøge indholdet af den bestemmelse, som hævdes tilsidesat. Det er nemlig ikke muligt at bedømme den pågældende medlemsstats adfærd uden at præcisere kriteriet for bedømmelsen.

70. I et direkte søgsmål som den foreliggende traktatbrudssag skal sagsøger, det vil her sige Kommissionen, gøre nærmere rede

for, hvad den sagsøgte medlemsstats forpligtelse bestod i.

71. Under den skriftlige forhandling nøjedes Kommissionen ganske vist ikke med at henvise til eksistensen af de forpligtelser, der kan udledes af artikel 43 EF og 49 EF og af visse grundlæggende principper, men fremførte i det mindste, at der ifølge den retspraksis, hvor disse primærretlige bestemmelser har været behandlet, skal sikres en passende grad af gennemsigtighed. Men Kommissionen lod det blive herved.

72. Kommissionen anfører i denne sammenhæng en dom²¹ vedrørende to traktatbruds-sager. Hertil er at bemærke, at der i de sager forelå en klar forpligtelse, nemlig en forpligtelse ifølge direktiv 93/37. Der var heri udtrykkeligt fastsat en forpligtelse til offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, for hvilken der endda var foreskrevet et mindsteindhold i bestemte modeller.

73. I den foreliggende sag mangler der netop sådanne bestemmelser i fællesskabsretten. Således stiller det direktiv, der her finder anvendelse, ikke krav om nogen forudgående bekendtgørelse. Det samme gælder også for retspraksis vedrørende de grundlæggende friheder og de almindelige retsprincipper,

som der ofte er blevet henvist til under sagen. Også af Domstolens nyeste principielle afgørelse om det her relevante problem, dommen i Coname-sagen, kan der kun udledes generelt formulerede principper, men ingen konkrete forpligtelser.

74. Hvis den foreliggende traktatbrudssag havde drejet sig om foreneligheden af en national lov om tildeling af kontrakter, kunne man have forsvaret en mere rundhåndet opfattelse af sagsøgerens bevisbyrde. I den foreliggende sag drejer det sig imidlertid om påtale af en konkret adfærd, dvs. et konkret indkøb. Derfor bør Kommissionens redegørelse være tilsvarende konkret.

75. Ganske vist vedrører den foreliggende traktatbrudssag juridisk set et enkelttilfælde, men dens genstand er et retsligt problem af almen praktisk betydning. Hvorledes skal de talrige enkelte ordregivende og koncessions-givende myndigheder i medlemsstaterne udforme deres udbudspraksis, hvis de retlige regler er så vage, og hvis end ikke Kommissionen, som i traktatbrudssagerne — og dette gælder allerede for den administrative procedure — er medlemsstaternes modpart, kan eller vil forklare konkret, hvilke bestemmelser der skal overholdes i detaljer. Det forhold, at det indtil for få uger siden af mangel på en

21 — Dom af 27.10.2005, forenede sager C-187/04 og C-188/04, Kommissionen mod Italien, ikke trykt i Samling af Afgørelser, EUT C 36, s. 11.

forklarende meddelelse i sagen har været uklart, nøjagtig hvilken holdning Kommissionen indtager, må ikke komme den berørte medlemsstat til skade. Netop denne omstændighed burde have foranlediget Kommissionen til at fremkomme med mere konkrete oplysninger om indholdet af den forpligtelse, som den hævder tilsidesat.

76. Således passer følgende konstatering af generaladvokat Jacobs i en anden sag om indgåelse af aftaler også i denne sag på Kommissionen: »Kommissionen forklarede imidlertid ikke nærmere, på hvilke konkrete måder disse krav kunne opfyldes«²².

77. Det princip, ifølge hvilket der skal iagttages en passende grad af gennemsigtighed, betyder altså som hovedregel offentliggørelse af en (udbuds)bekendtgørelse (såkaldt licitation). Der findes imidlertid en række undtagelser og hensyn herfor, som jeg allerede har behandlet udførligt i mit forslag til afgørelse i sagen Coname²³ og i mit forslag i dag i sag C-532/03²⁴, der verserer parallelt med den foreliggende traktatbruds-sag. I det følgende skal det derfor undersøges, om en af disse undtagelser eller et af disse hensyn kan anvendes på den foreliggende sag. Da Domstolen ikke undersøger

dette spørgsmål ex officio, begrænser den følgende fremstilling sig til de relevante argumenter, der er fremført under sagen.

78. Det skal for det første påpeges, at den sagsøgte medlemsstat ikke har kunnet påvise, at der foreligger et berettiget hensyn, som udtrykkeligt er fastsat i traktaten, eller som er anerkendt af retspraksis. Det samme gælder en formålstjenlig anvendelse af en af de i direktivet nedfældede undtagelser²⁵.

79. Det kan nemlig ikke udelukkes, at der findes tilfælde, hvor det er tilladt at gennemføre en tildelingsprocedure uden forudgående udbudsbekendtgørelse, dvs. uden licitation. Sådanne omstændigheder har imidlertid ikke foreligget i den konkrete sag, eller er i hvert fald ikke blevet påvist.

80. Selv det forhold, at graden af gennemsigtighed afhænger af de konkrete omstændigheder ved indgåelsen af aftalen, såsom dens genstand og værdi, medfører i den foreliggende sag ikke, at der kan ses bort fra forpligtelsen til en eller anden form for offentliggørelse.

81. Endvidere skal Irlands anbringende diskuteret, ifølge hvilket Kommissionens fremgangsmåde strider mod princippet om

22 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jacobs af 21.4.2005, sag C-174/03, Impresa Portuale di Cagliari, kendelse af 23.3.2006, ikke trykt i Samling af Afgørelser, punkt 77.

23 — Forslag til afgørelse af 12.4.2005, sag C-231/03, Coname, dom nævnt ovenfor i fodnote 5, punkt 58 ff.

24 — Punkt 86 ff.

25 — F.eks. artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50 samt artikel 31 i direktiv 2004/18/EF.

beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet. Der skal herved henvises til en omstændighed, som ikke er blevet omtalt under sagen. Således satte den sagsøgte medlemsstat allerede i maj 1999 den af Kommissionen kritiserede foranstaltning i værk, mens dommen i Telaustria-sagen, i hvilken det primærretlige princip om gennemsigtighed blev fastslået, først blev afsagt i år 2000.

84. Samlet set har undersøgelsen af den af Kommissionen kritiserede fremgangsmåde altså ført til, at der ikke forelå nogen omstændigheder, der kunne have tilladt at gennemføre de omtvistede tjenesteydelser uden at foretage en eller anden form for offentliggørelse.

82. Der skal herved mindes om, at fortolkningsdomme, der afsiges i en præjudiciel sag i henhold til artikel 234 EF, i princippet har tilbagevirkende kraft. Der er ikke gjort nogen undtagelse herfra hverken i Telaustria-dommen eller i Coname-dommen. I en traktatbrudssag i henhold til artikel 226 EF, som den her foreliggende, er der ikke fastsat en sådan mulighed.

VI — Sagens omkostninger

85. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Da Irland har tabt sagen, og Kommissionen har nedlagt påstand om, at Irland bærer sagens omkostninger, bør Irland betale Kommissionens omkostninger.

83. Retlige spørgsmål vedrørende bedømmelsen af Domstolens domme, i hvilke der for medlemsstaterne fastslås forpligtelser, som man indtil da ikke havde forventet, ville eventuelt kunne afklares i en ny traktatbrudssag i henhold til artikel 228 EF, dog kun i tilfælde af, at dommen i den foreliggende traktatbrudssag ikke efterkommes. Der kunne så tages hensyn til dette som en omstændighed ved udmålingen af den økonomiske sanktion.

86. Kongeriget Danmark, Republikken Finland, Den Franske Republik og Kongeriget Nederlandene har optrådt som intervenienter i sagen. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, første afsnit, bærer intervenienterne deres egne omkostninger.

VII — Forslag til afgørelse

87. På baggrund af det ovenstående foreslås det Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Irland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til traktaten, idet medlemsstaten uden forudgående bekendtgørelse har overdraget til An Post at præstere tjenesteydelser, selv om der ikke forelå nogen omstændigheder, der kunne have tilladt helt at undlade enhver form for offentliggørelse.
- 2) Irland betaler Kommissionens omkostninger.
- 3) Kongeriget Danmark, Republikken Finland, Den Franske Republik og Kongeriget Nederlandene bærer deres egne omkostninger.«