

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

13. januar 2005*

I sag C-84/03,

angående et traktatbrudssøgsmål anlagt i medfør af artikel 226 EF den 26. februar 2003,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner og G. Valero Jordana, som befuldmægtigede, 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.

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans, og dommerne R. Schintgen, J. Makarczyk (refererende dommer), G. Arestis og J. Klučka,

generaladvokat: J. Kokott
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- 1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i stævningen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EF-traktaten samt i henhold til Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved 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 offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), navnlig derved,
 - at det har undtaget privatretlige enheder, som opfylder betingelserne i de nævnte direktivers artikel 1, litra b), andet afsnit, første, andet og tredje led, fra anvendelsen af Ley de Contractos de las Administraciones Públicas (lov om offentlige myndigheders aftaler) af 16. juni 2000, som godkendt ved Real

Decreto Legislativo 2/2000 af 16. juni 2000 (BOE nr. 148 af 21.6.2000, s. 21775, herefter »lovbekendtgørelsen«), nærmere bestemt i kraft af lovbekendtgørelsens artikel 1, stk. 3

- at det i kraft af lovbekendtgørelsens artikel 3, stk. 1, litra c), fuldstændig har undtaget samarbejdsaftaler, der indgås mellem de offentlige myndigheder og de øvrige offentlige enheder, og dermed også de aftaler, der er offentlige kontrakter i henhold til disse direktiver, fra lovbekendtgørelsens anvendelsesområde, og
- at det i lovbekendtgørelsens artikel 141, litra a), og artikel 182, litra a) og g), har tilladt anvendelse af udbud efter forhandling i to tilfælde, der ikke er omfattet af de nævnte direktiver.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

- 2 Artikel 1, litra b), i direktiv 93/37 bestemmer:

»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:

- der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og

- som er en juridisk person, og

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

- [...]«.

³ Bestemmelserne i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36 er i det væsentlige identiske hermed.

4 Det hedder i artikel 6, stk. 2-4, i direktiv 93/36:

»2. De ordregivende myndigheder kan indgå indkøbsaftaler ved udbud efter forhandling, når der i forbindelse med et offentlig eller et begrænset udbud afgives bud, der ikke er forskriftsmæssige, eller når der afgives bud, der er uantagelige i henhold til nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med afsnit IV, forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt. De ordregivende myndigheder skal i så fald offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, medmindre de i udbuddet efter forhandling medtager alle de virksomheder, som opfylder betingelserne i artikel 20 til 24, og som under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet bud, der opfylder udbudsprocedurens formelle krav.

3. De ordregivende myndigheder kan indgå indkøbsaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

- a) Når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud ikke er afgivet bud eller ikke er afgivet noget egnet bud, forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt, og forudsat at der forelægges Kommissionen en rapport.

- b) Når de pågældende varer alene er fremstillet med henblik på forskning, forsøg, undersøgelse eller udvikling; denne bestemmelse omfatter ikke serieproduktion

til påvisning af varens handelsmæssige levedygtighed eller til dækning af forsknings- og udviklingsomkostninger.

- c) Når der er tale om varer, hvis fremstilling eller levering af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af en eneret, kun kan overdrages til en bestemt leverandør.

- d) I strengt nødvendigt omfang, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de pågældende ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de frister, der gælder ved offentligt eller begrænset udbud eller ved udbud efter forhandling som omhandlet i stk. 2. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må på ingen måde kunne tilskrives de ordregivende myndigheder selv.

- e) Ved supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør til delvis fornyelse af sædvanlige leveringer eller installationer eller til udvidelse af allerede foretagne leveringer eller installationer, når et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt for den ordregivende myndighed at anskaffe udstyr, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse. Løbetiden for disse aftaler samt for aftaler, der kan fornyes, må generelt ikke overstige tre år.

4. I alle andre tilfælde skal de ordregivende myndigheder indgå indkøbskontrakter ved offentligt udbud eller ved begrænset udbud.«

5 Artikel 7, stk. 3-4, i direktiv 93/37 har følgende ordlyd:

»3. De ordregivende myndigheder kan indgå bygge- og anlægskontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

- a) Når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud ikke er afgivet bud eller ikke er afgivet et egnet bud, forudsat at de oprindelige udbuds-betingelser ikke ændres væsentligt. På Kommissionens anmodning forelægges der denne en rapport.
- b) Når der tale om arbejder, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt entreprenør.
- c) Såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister, der gælder ved offentlige eller begrænsede udbud eller ved udbud efter forhandling som omhandlet i stk. 2. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødven-dighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder.
- d) Ved supplerende arbejder, som ikke er omfattet af de oprindelige udbud eller den først indgåede kontrakt, og som på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendige for fuldførelsen af det projekterede bygge- og anlægsarbejde, forudsat at ordren tildeles den entreprenør, som udfører dette bygge- og anlægsarbejde:

- Når disse arbejder teknisk eller økonomisk ikke kan adskilles fra den oprindelige kontrakt uden væsentlige ulemper for de ordregivende myndigheder.

- Eller når disse arbejder, til trods for at de kan adskilles fra den oprindelige kontrakt, er strengt nødvendige for den fuldstændige gennemførelse af denne.

Dog må den samlede værdi af kontrakter, som indgås om supplerende arbejder, ikke overstiger 50% af værdien af den oprindelige kontrakt.

- e) Ved nye arbejder, der er en gentagelse af tilsvarende arbejder, og som overdrages til den virksomhed, der fik overdraget det oprindelige arbejde af de samme ordregivende myndigheder, forudsat at gentagelsesarbejdet er i overensstemmelse med det oprindelige projekt, og at kontrakten om dette arbejde er indgået i henhold til fremgangsmåderne i stk. 4.

Muligheden for, at denne fremgangsmåde kan tænkes anvendt, skal anføres allerede ved det oprindelige udbud, og den samlede anslåede værdi af gentagelsesarbejderne skal tages i betragtning af de ordregivende myndigheder ved anvendelse af artikel 6. Denne fremgangsmåde kan kun benyttes inden for en periode på tre år efter indgåelsen af den oprindelige kontrakt.

4. I alle andre tilfælde anvender de ordregivende myndigheder ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter offentligt eller begrænset udbud.«

Nationale bestemmelser

- 6 Det personelle anvendelsesområde for de spanske bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter er defineret i lovbekendtgørelsens artikel 1, som omfatter alle regionale og lokale offentlige myndigheder, hvad enten det drejer sig om statslige myndigheder, myndigheder i de selvstyrende regioner eller lokale myndigheder.
- 7 I lovbekendtgørelsens artikel 1, stk. 3, bestemmes:

»Indgåelse af kontrakter skal ligeledes ske i overensstemmelse med denne lov, såfremt de ordregivende myndigheder er organer i de selvstyrende regioner, i alle 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) De er blevet oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter.
- b) Deres drift finansieres enten for mere end halvdelens vedkommende af offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer eller er underlagt disse myndigheders kontrol, eller mere end halvdelens af medlemmerne i deres administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan er udpeget af offentlige myndigheder eller andre offentligretlige organer.«

- 8 Sjette tillægsbestemmelse i lov nr. 13/1995, med overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter i den offentlige sektor«, har følgende ordlyd: »Erhvervsdrivende 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.«
- 9 Lovbekendtgørelsens artikel 3, stk. 1, litra c), udelukker fra sit anvendelsesområde »samarbejdsaftaler indgået mellem på den ene side den almindelige statsforvaltning og på den anden side den sociale sikring, de selvstyrede regioner, lokale myndigheder, deres selvstyrede organer og enhver anden offentlig myndighed, eller mellem disse organer indbyrdes«.
- 10 Lovbekendtgørelsens artikel 141, litra a) (vedrørende bygge- og anlægsaftaler), og artikel 182, litra a) (vedrørende indkøbsaftaler), bestemmer, at de ordregivende myndigheder kan indgå kontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse, når kontrakten ikke har kunnet tildeles i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud, eller når ansøgerne ikke har fået adgang til at afgive bud, forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres, bortset fra prisen, som dog ikke kan forhøjes med mere end 10%.
- 11 Lovbekendtgørelsens artikel 182, litra g), bestemmer, at de ordregivende myndigheder kan indgå kontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse, når udbuddet angår varer, hvis ensartethed er erklæret nødvendig for deres fælles anvendelse af forvaltningen, for så vidt som valget af den type varer, der er tale om, er truffet forudgående og helt uafhængigt ved et udbud afholdt i overensstemmelse med bestemmelserne i det pågældende afsnit.

Den administrative procedure

- 12 I det Kommissionen fandt, at de lovbestemmelser, hvorved direktiv 93/36 og direktiv 93/37 er blevet gennemført i spansk ret, ikke var fuldt ud forenelige med disse direktiver, tilsendte den Kongeriget Spanien en åbningsskrivelse af 17. september 1997 og en supplerende åbningsskrivelse af 24. juli 2000.
- 13 Efter at de spanske myndigheder havde fremsendt lovbekendtgørelsen til Kommissionen, fandt denne, at visse af de rejste problemer vedrørende gennemførelsen var blevet løst.
- 14 Da Kommissionen imidlertid fortsat ikke fandt, at direktiv 93/36 og direktiv 93/37 var blevet korrekt gennemført i spansk ret, fremsatte den en begrundet udtalelse over for Kongeriget Spanien den 24. januar 2001 og en supplerende begrundet udtalelse den 31. januar 2002, hvori den opfordrede medlemsstaten til at træffe de fornødne foranstaltninger til efterkommelse af den begrundede udtalelse inden to måneder efter meddelelsen heraf.
- 15 Da Kommissionen fandt Kongeriget Spaniens svar på den supplerende begrundede udtalelse utilfredsstillende, har den besluttet at anlægge denne sag.

Om søgsmålet

- 16 Kommissionen har til støtte for sine påstande fremført tre anbringender.

- 17 Med det første anbringende har Kommissionen kritiseret Kongeriget Spanien for på forhånd at have undtaget privatretlige enheder fra lovbekendtgørelsens anvendelsesområde, selv om disse kan være offentligretlige organer som omhandlet i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/36 og 93/37.
- 18 Med det andet anbringende har Kommissionen kritiseret Kongeriget Spanien for at have undtaget samarbejdsaftaler, der indgås mellem de offentligretlige enheder, fra lovbekendtgørelsens anvendelsesområde, selv om disse kan være offentlige kontrakter som omhandlet i direktiv 93/36 og 93/37.
- 19 Med sit tredje anbringende har Kommissionen kritiseret Kongeriget Spanien for at have tilladt anvendelse af udbud efter forhandling i to tilfælde, der ikke er omfattet af direktiv 93/36 og 93/37, nemlig indgåelse af kontrakter efter forgæves afholdte procedurer og indgåelse af kontrakter om indkøb af ensartede varer.

Det første anbringende om undtagelse af privatretlige enheder, som opfylder betingelserne i artikel 1, litra b), andet afsnit, første, andet og tredje led, i direktiv 93/36 og 93/37, fra lovbekendtgørelsens anvendelsesområde

Parternes argumenter

- 20 Ifølge Kommissionen svarer det personelle anvendelsesområde for lovbekendtgørelsen ikke til det personelle anvendelsesområde for direktiv 93/36 og 93/37, idet

de nationale bestemmelser udelukkende finder anvendelse på enheder, som efter spansk ret er underlagt offentligretlige regler. Den i denne sag omhandlede enheds retlige form er ikke omfattet af den i de nævnte direktiver givne definition på et »offentligretligt organ«.

- 21 Kommissionen har med henvisning til dom af 15. januar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (sag C-44/96, Sml. I, s. 73, præmis 17-35), anført, at Domstolen har fastslået, at der ved et »offentligretligt organ« skal forstås et organ, som opfylder alle de tre betingelser, der nævnes i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37.
- 22 Med støtte i Domstolens praksis (bl.a. dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, og af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821) har Kommissionen anført, at begrebet ordregivende myndighed i artikel 1 i direktiv 93/36 og direktiv 93/37 skal undergives en funktionel fortolkning.
- 23 Kommissionen har desuden gjort gældende, at den fortolkning, den spanske regering har anlagt af begrebet »offentligretligt organ«, medfører, at et fællesskabsretligt begreb, som skal fortolkes ensartet i hele Fællesskabet, mister sin selvstændige betydning.
- 24 Den spanske regering har gjort gældende, at begrebet »offentligretligt organ« skal fortolkes ordret. Regeringen har anført, at direktiv 93/36 og 93/37 ikke henfører erhvervsdrivende selskaber, som er underlagt offentlig kontrol, til dette begreb. Regeringen har til støtte herfor påberåbt sig 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), som

sondrer mellem begrebet »offentligretligt organ«, som er ens i alle udbudsdirektiverne, og begrebet »offentlig virksomhed«, hvis definition svarer til definitionen på et offentligt erhvervsdrivende selskab.

- 25 Den spanske regering har i øvrigt bestridt, at der kan drages generelle slutninger. Regeringen har gjort gældende, at en egentlig afgrænsning af begrebet »offentligretligt organ« kun kan foretages efter en afgrænsning af begrebet »almenhedens behov«, og navnlig af sådanne behov, »der ikke har industriel eller kommerciel karakter«, på grundlag af en nøje undersøgelse af hver enkelt enhed.
- 26 Kommissionen har hertil anført, at direktiv 93/38 er et særdirektiv, og at de heri indeholdte bestemmelsers karakter af undtagelsesbestemmelser udelukker, at direktivet kan yde bidrag til fortolkningen af generelle bestemmelser, som i det foreliggende tilfælde direktiv 93/36 og 93/37.

Domstolens bemærkninger

- 27 Det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at begrebet »offentligretligt organ«, som er et fællesskabsretligt begreb, der skal undergives en selvstændig fortolkning, som er ens for hele Fællesskabet, afgrænses funktionelt, udelukkende under hensyntagen til de tre kumulative betingelser i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/36 og 93/37 (jf. i denne retning dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., præmis 20 og 21, dom af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 51-53, af 15.5.2003, sag C-214/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4667, præmis 52 og 53, og af 16.10.2003, sag C-283/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 11697, præmis 69).

- 28 Det følger heraf, at det med henblik på at besvare spørgsmålet om, hvorvidt en privatretlig enhed eventuelt skal klassificeres som et offentligt organ, blot skal efterprøves, om det pågældende organ opfylder de tre kumulative betingelser i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/36 og 93/37, idet et organs privatretlige status ikke er et kriterium, som i sig selv kan udelukke, at organet kvalificeres som en ordregivende myndighed i direktivernes forstand (dommen af 15.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 54, 55 og 60).
- 29 Domstolen har i øvrigt præciseret, at denne fortolkning ikke kan hævdes at være udtryk for en underkendelse af den industrielle og kommercielle karakter af de almene behov, det pågældende organ sikrer imødekommelsen af, eftersom dette forhold nødvendigvis tages i betragtning ved afgørelsen af, om det pågældende organ opfylder betingelsen i artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i direktiv 93/36 og 93/37 (jf. i denne retning dommen af 16.10.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 75).
- 30 Denne konklusion svækkes desuden ikke af, at der ikke er nogen udtrykkelig henvisning i direktiv 93/36 og 93/37 til den særlige kategori »offentlige virksomheder«, som er anvendt i direktiv 93/38 (jf. i denne retning dommen af 16.10.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 76).
- 31 Det følger således af det ovenfor anførte, at de spanske bestemmelser udgør en ukorrekt gennemførelse af begrebet ordregivende myndighed i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36 og 93/37, idet bestemmelserne undtager privatretlige enheder fra lovbekendtgørelsens anvendelsesområde, selv om disse eventuelt opfylder betingelserne i de nævnte direktivers artikel 1, litra b), andet afsnit, første, andet og tredje led.
- 32 Kommissionens første anbringende skal derfor tages til følge.

Det andet anbringende om undtagelse af samarbejdsaftaler, der indgås mellem offentligretlige enheder, fra lovbekendtgørelsens anvendelsesområde

Parternes argumenter

- 33 Kommissionen har anført, at lovbekendtgørelsen fra sit anvendelsesområde undtager samarbejdsaftaler indgået mellem på den ene side den almindelige statsforvaltning og på den anden side den sociale sikring, de selvstyrede regioner, lokale myndigheder, deres selvstyrede organer og enhver anden offentlig myndighed, eller mellem disse organer indbyrdes. Ifølge Kommissionen udgør denne absolutte udelukkelse en ukorrekt gennemførelse af direktiv 93/36 og 93/37, eftersom visse af disse aftaler kan have samme karakter som de offentlige kontrakter, der er omfattet af disse direktiver.
- 34 Kommissionen har gjort gældende, at denne undtagelse savner hjemmel i direktiv 93/36 og 93/37.
- 35 Kommissionen har påberåbt sig definitionen på en aftale i artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 og 93/37 samt Domstolens praksis, hvorefter det, for så vidt angår spørgsmålet, om der foreligger en aftale, må undersøges, om der er indgået en aftale mellem to forskellige personer (dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 49). Kommissionen finder således, at samarbejdsaftaler mellem forvaltningsorganer, når henses til de ovennævnte forhold, kan udgøre aftaler i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 93/36 og 93/37.
- 36 Den spanske regering har understreget, at overenskomster er den sædvanlige måde, hvorpå offentligretlige enheder etablerer indbyrdes relationer. Regeringen har gjort gældende, at disse relationer ikke er omfattet af aftalebegrebet. Den spanske regering

har desuden sat spørgsmålstegn ved rigtigheden af Teckal-dommen og har anført, at princippet i artikel 6 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) også gælder implicit i de øvrige udbudsdirektiver.

Domstolens bemærkninger

- 37 Ifølge de definitioner, som er fastsat i artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 og 93/37, er det en forudsætning for, at der foreligger en offentlig indkøbs- eller bygge- og anlægskontrakt, at der mellem en leverandør eller en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som omhandlet i direktivernes artikel 1, litra b), på den anden side skriftligt er indgået en gensidigt bebyrdende aftale, som vedrører køb af varer eller udførelse af en bestemt type bygge- og anlægsarbejder.
- 38 I henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 er det principielt tilstrækkeligt, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en regional eller lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person. Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighed underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og såfremt den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, den ejes af (Teckal-dommen, præmis 50).
- 39 Eftersom definitionerne på en aftale i direktiv 93/36 og 93/37 indeholder de samme elementer, bortset fra genstanden for de omfattede aftaler, skal den i Teckal-dommen fastlagte løsning ligeledes anvendes på de aftaler mellem forvaltningsorganer, som er omfattet af direktiv 93/37.

- 40 Som følge heraf er de omhandlede spanske bestemmelser udtryk for en ukorrekt gennemførelse af direktiv 93/36 og 93/37, for så vidt som de på forhånd udelukker de relationer, som etableres mellem de offentlige myndigheder, deres offentlige organer og i almindelighed de ikke erhvervsdrivende offentligretlige enheder, fra lovbekendtgørelsens anvendelsesområde, uanset karakteren af disse relationer.
- 41 Kommissionens andet anbringende skal derfor tages til følge.

Det tredje anbringende om anvendelse af udbud efter forhandling i henhold til lovbekendtgørelsen i to tilfælde, som ikke er nævnt i direktiv 93/36 og 93/37

- 42 Kommissionen finder, at lovbekendtgørelsen tillader anvendelse af udbud efter forhandling i to tilfælde, der ikke er nævnt i direktiv 93/36 og 93/37, nemlig ved indgåelse af kontrakter efter forgæves afholdte procedurer og ved indgåelse af kontrakter om indkøb af ensartede varer.

Den første del af det tredje anbringende om indgåelse af kontrakter efter forgæves afholdte procedurer

Parternes argumenter

- 43 Kommissionen finder, at lovbekendtgørelsens artikel 141, litra a), og artikel 182, litra a), som tillader en forhøjelse af den indikative budsum på op til 10% i forhold til det

forudgående offentlige eller begrænsede udbud, er i strid med direktiv 93/36 og 93/37, eftersom bestemmelserne tillader en væsentlig ændring af en af de oprindelige udbudsbetingelser, nemlig prisen.

- 44 Kommissionen har gjort gældende, at listen over tilfælde, hvor der kan indgås aftale ved udbud efter forhandling, er udtømmende. Den har heraf udledt, at ordene »ikke ændres væsentligt« skal undergives en restriktiv fortolkning.
- 45 Den spanske regering har bebrejdet Kommissionen, at den ikke har angivet, hvilken prisændring der skal anses for væsentlig, og hvilken forhøjelse der ikke er væsentlig. Regeringen har gjort gældende, at den spanske lovgiver ud fra retssikkerhedshensyn har omdannet den ubestemte betingelse »at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt« til et fast begreb.
- 46 Kommissionen har hertil svaret, at den inden for rammerne af et traktatbrudssøgs-mål hverken er forpligtet til at afstikke grænserne for overtrædelsen, eller til at angive de foranstaltninger, som vil kunne bringe traktatbruddet til ophør. Kommissionen har desuden gjort gældende, at den omstændighed, at den nationale lovgiver har villet præcisere de begreber, som er indeholdt i direktiverne, ikke kan føre til en undladelse af at anvende disse.

Domstolens bemærkninger

- 47 Som det bl.a. fremgår af tolvte betragtning til direktiv 93/36 og ottende betragtning til direktiv 93/37, bør fremgangsmåden med udbud efter forhandling betragtes som en undtagelse, og den bør derfor kun anvendes i de klart afgrænsede tilfælde. På

denne baggrund bemærkes, at artikel 6, stk. 3, litra a), i direktiv 93/37, og artikel 7, stk. 3, litra a), i direktiv 93/37 udtømmende opregner de tilfælde, hvor fremgangsmåden med udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kan anvendes.

- 48 Ifølge retspraksis må fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de rettigheder, som er fastsat i traktaten, bliver virksomme inden for området for offentlige bygge- og anlægskontrakter, fortolkes indskrænkende (dom af 18.5.1995, sag C-57/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1249, præmis 23, og af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I s. 1949, præmis 13). Medlemsstaterne kan derfor ikke uden at fratage de omhandlede direktiver deres effektive virkning bestemme, at fremgangsmåden med udbud efter forhandling kan finde anvendelse i andre tilfælde end dem, som er fastsat i direktiverne, eller opstille nye betingelser i de tilfælde, som udtrykkeligt er nævnt i disse direktiver, med den virkning, at adgangen til at anvende den nævnte fremgangsmåde bliver udvidet.
- 49 I den foreliggende sag kan det ikke nægtes, at lovbekendtgørelsens artikel 141, litra a), og artikel 182, litra a), for så vidt bestemmelserne tillader anvendelse af udbud efter forhandling, når aftalen ikke har kunnet tildeles under et offentligt eller begrænset udbud, eller når ansøgerne ikke har fået adgang til at afgive bud, såfremt de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres, bortset fra prisen, som dog ikke kan forhøjes med mere end 10%, netop opstiller en ny betingelse for de nævnte bestemmelser i direktiv 93/36 og 93/37, der både kan svække bestemmelsernes rækkevidde og deres karakter af undtagelser. En sådan betingelse kan således ikke anses for en uvæsentlig ændring af de oprindelige udbudsbetingelser som omhandlet i henholdsvis artikel 6, stk. 3, litra a), i direktiv 93/36 og artikel 7, stk. 3, litra a), i direktiv 93/37.
- 50 På denne baggrund må det fastslås, at lovbekendtgørelsens artikel 141, litra a), og artikel 182, litra a), er udtryk for en ukorrekt gennemførelse af artikel 6, stk. 3, litra a), i direktiv 93/36 og artikel 7, stk. 3, litra a), i direktiv 93/37.

Den anden del af det tredje anbringende vedrørende indgåelse af aftaler om indkøb af ensartede varer

Parternes argumenter

- 51 Kommissionen har gjort gældende, at fremgangsmåden i lovbekendtgørelsens artikel 182, litra g), tilsidesætter bestemmelserne i artikel 6, stk. 2 og 3, i direktiv 93/36, som opregner de tilfælde, hvor der kan indgås aftale ved udbud efter forhandling.
- 52 I det foreliggende tilfælde bestemmer de spanske regler, at der kan indgås aftale ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse, når udbuddet angår varer, hvis ensartethed er erklæret nødvendig for deres fælles anvendelse af forvaltningen. Denne fremgangsmåde kan anvendes, hvis valget af den type varer, der er tale om, er truffet forudgående og helt uafhængigt ved et udbud.
- 53 Den spanske regering har gjort gældende, at udbud, som skal afgøre, hvilken type ensartede varer der skal indkøbes, nærmer sig rammeaftaler.
- 54 Regeringen har desuden hævdet, at de omhandlede udbud ikke på nogen måde adskiller sig fra indgåelse af kontrakter i henhold til en aftale eller rammeaftale, der har hjemmel i en anden bestemmelse i lovbekendtgørelsen, som Kommissionen ikke har haft indsigelser imod. Den spanske regering har heraf udledt, at udbudsdirektiverne er blevet overholdt.

- 55 Efter at have mindet om definitionen på rammeaftaler har Kommissionen gjort gældende, at sådanne aftaler ikke er omfattet af direktiv 93/36.

Domstolens bemærkninger

- 56 For så vidt angår indgåelse af kontrakter om indkøb af ensartede varer, som er omhandlet i lovbekendtgørelsens artikel 182, litra g), bemærkes, at der kun kan indgås aftale ved udbud efter forhandling i de tilfælde, som er udtømmende opregnet i artikel 6, stk. 2 og 3, i direktiv 93/36. Det fremgår desuden af denne bestemmelses stk. 4, at »[i] alle andre tilfælde skal de ordregivende myndigheder indgå indkøbskontrakter ved offentligt udbud eller ved begrænset udbud«.
- 57 Den omhandlede bestemmelse, som er indført af den spanske lovgiver, modsvarer imidlertid hverken det tilfælde, som er nævnt i artikel 6, stk. 2, i direktiv 93/36 eller en af de fem situationer, som er opregnet i samme bestemmelses stk. 3, og hvor det udtrykkeligt er tilladt at indgå aftale ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Det skal i øvrigt understreges, at begrebet »rammeaftale« ikke er omfattet af anvendelsesområdet for disse undtagelser.
- 58 Det følger desuden af fast retspraksis, at de bestemmelser, der tillader fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de rettigheder, som er fastsat i traktaten, bliver virksomme inden for området for offentlige bygge- og anlægskontrakter, må fortolkes indskrænkende (dom af 17.11.1993, sag C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5923, præmis 36). Det påhviler derfor medlemsstaterne at bevise, at deres nationale bestemmelser er udtryk for en loyal gennemførelse af de tilfælde, som er udtrykkeligt nævnt i direktivet. I den foreliggende sag har den spanske regering ikke ført bevis herfor.

59 Som følge heraf udgør de omhandlede bestemmelser en ukorrekt gennemførelse af artikel 6, stk. 2 og 3, i direktiv 93/36, for så vidt de tillader, at der indgås aftale ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse, når udbuddet angår varer, hvis ensartethed er erklæret nødvendig for deres fælles anvendelse af forvaltningen, for så vidt som valget af den type varer, der er tale om, er truffet forudgående og helt uafhængigt ved et udbud.

60 Kommissionens tredje anbringende skal derfor tages til følge.

61 På baggrund af det ovenfor anførte må det fastslås, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/36 og 93/37, navnlig derved,

— at det har undtaget privatretlige enheder, som opfylder betingelserne i de nævnte direktivers artikel 1, litra b), andet afsnit, første, andet og tredje led, fra anvendelsesområdet for lovbekendtgørelsen, nærmere bestemt i kraft af dennes artikel 1, stk. 3

— at det i kraft af lovbekendtgørelsens artikel 3, stk. 1, litra c), fuldstændig har undtaget samarbejdsaftaler, der indgås mellem de offentlige myndigheder og de øvrige offentlige enheder, og dermed også de aftaler, der er offentlige kontrakter i henhold til disse direktiver, fra lovbekendtgørelsens anvendelsesområde, og

- at det i lovbekendtgørelsens artikel 141, litra a), og artikel 182, litra a) og g), har tilladt anvendelse af udbud efter forhandling i to tilfælde, der ikke er omfattet af de nævnte direktiver.

Sagens omkostninger

- 62 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Kongeriget Spanien tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Kongeriget Spanien har tabt sagen, bør det pålægges det at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Anden Afdeling) for ret:

- 1) Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb og Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter ved ikke at have gennemført disse direktiver korrekt i sin nationale retsorden, navnlig derved,

- at det har undtaget privatretlige enheder, som opfylder betingelserne i de nævnte direktivers artikel 1, litra b), andet afsnit, første, andet og

tredje led, fra anvendelsesområdet for Ley de Contractos de las Administraciones Públicas (lov om offentlige myndigheders aftaler) af 16. juni 2000, som godkendt ved Real Decreto Legislativo 2/2000 af 16. juni 2000, nærmere bestemt i kraft af lovens artikel 1, stk. 3

- at det i kraft af samme lov, nærmere bestemt dens artikel 3, stk. 1, litra c), fuldstændig har undtaget samarbejdsaftaler, der indgås mellem de offentlige myndigheder og de øvrige offentlige enheder, og dermed også de aftaler, der er offentlige kontrakter i henhold til disse direktiver, fra lovens anvendelsesområde, og

- at det i samme lovs artikel 141, litra a), og artikel 182, litra a) og g), har tilladt anvendelse af udbud efter forhandling i to tilfælde, der ikke er omfattet af de nævnte direktiver.

2) Kongeriget Spanien betaler sagens omkostninger.

Underskrifter