

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

P. MENGGOZZI

fremsat den 27. januar 2011¹

1. Med nærværende appel har selskabet Evropaiki Dynamiki (herefter også »appellanten«) nedlagt påstand om ophævelse af Rettens kendelse af 2. juli 2009, sag T-279/06, Evropaiki Dynamiki mod ECB². Denne kendelse forkastede appellantens søgsmål til prøvelse af en skrivelse af 31. juli 2006 fra Den Europæiske Centralbank (ECB), fordi søgsmålet var delvist åbenbart uantageligt til realitetsbehandling og delvist åbenbart ugrundet. Ved nævnte skrivelse blev appellanten meddelt, at selskabet var udelukket fra de efterfølgende faser af en udbudsprocedure vedrørende levering af it-tjenester.

I — Retsforskrifter

A — EU-retten

1. Bestemmelser vedrørende tildeling af offentlige kontrakter fra ECB

2. De offentlige kontrakter fra ECB var på daværende tidspunkt omfattet af det administrative cirkulære nr. 8/2003 af 16. september 2003. Hverken direktiverne vedrørende de offentlige kontrakter, som qua deres natur henvender sig til medlemsstaterne, eller bestemmelserne, der anvendes over for institutionerne, som i særdeleshed er indeholdt i finansforordningen³ og den tilhørende gennemførelsesforordning⁴, fandt direkte anvendelse.

¹ — Originalsprog: italiensk.

² — Sml. II, s. 99*, summarisk offentliggørelse.

³ — Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af 25.6.2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT L 248, s. 1).

⁴ — Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 af 23.12.2002 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT L 357, s. 1).

3. Bestemmelserne i det administrative cirkulære nr. 8/2003 er ikke direkte relevante i denne appelsag. Jeg vil derfor begrænse mig til kun at henvise til bestemmelserne, såfremt dette er nødvendigt i det følgende.

af en række bestemmelser i den nationale lovgivning, der gælder for kontrakten, som ECB ønskede at indgå med den vindende tilbudsgiver. Mere præcist er der tale om lov af 7. august 1972 om udlejning af arbejdskraft (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, herefter også »AÜG«).

2. Rettens procesreglement

4. Artikel 114, stk. 1, i Rettens procesreglement bestemmer:

»Ønsker en part, at Retten skal tage stilling til, om sagen bør afvises, til, om Retten savner kompetence, eller til et andet processuelt stridsspørgsmål uden at indlede behandlingen af sagens realitet, skal begæring herom fremsættes i et særskilt dokument.

6. Artikel 1 i AÜG har følgende ordlyd:

»1. Arbejdsgivere, der erhvervsmæssigt stiller arbejdstagere [...] til rådighed for tredjemænd [...] med henblik på udførelse af arbejdspræstationer, skal være i besiddelse af bevillingen.

[...]«

Begæringen skal indeholde en fremstilling af de faktiske og retlige grunde, den bygger på, samt påstandene, og den skal være vedlagt de dokumenter, der påberåbes til støtte herfor.«

II — Faktiske omstændigheder

B — Den tyske lovgivning

5. Som det fremgår af redegørelsen for de faktiske omstændigheder, afhænger afgørelsen af den foreliggende sag delvist af anvendelsen

7. Den 19. juli 2005 offentliggjorde ECB en udbudsbekendtgørelse⁵ vedrørende et udbud efter forhandling i forbindelse med »levering af it-rådgivnings- og -udviklingstjenester«⁶.

⁵ — EUT S 137, udbudsbekendtgørelse 2005/S 137-135354.

⁶ — I den originale engelske version er bekendtgørelsens titel »provision of IT consultancy and IT development services«.

8. Den oprindelige version af bekendtgørelsen udelukkede i punkt III.1.3 virksomhedssammenslutninger samt konsortier fra deltagelse i proceduren. Der blev dog den 11. august 2005 udgivet et korrigendum⁷, som ændrede det omhandlede punkt ved at tillade deltagelse både af konsortier og midlertidige virksomhedssammenslutninger.

9. Appellanten deltog i proceduren i egenkab af medlem af konsortiet E2Bank bestående af appellanten og af det italienske selskab Engineering Ingegneria Informatica SpA.

10. Dokumenterne, som ECB tilsendte deltagerne, og i særdeleshed opfordringen til at afgive bud og tilhørende bilag, angav bl.a. kravet om, at alle tilbudsgivere skulle være i besiddelse af den i artikel 1 i AÜG fastlagte bevilling (herefter også »bevillingen«). Dette ville under alle omstændigheder kun være nødvendigt i forbindelse med underskrivelsen af den eventuelle kontrakt. Buddet fra konsortiet E2Bank blev derfor betragtet som komplet og forskriftsmæssigt, idet de to selskaber, der udgjorde konsortiet, ikke var indehavere af bevillingen, men havde forpligtet sig til at indhente den i tide.

11. Konsortiet E2Bank blev i den første fase af udbudsproceduren optaget på listen over udvalgte tilbudsgivere. Efterfølgende opnåede buddet en fjerdeplads og blev derfor udelukket fra den afsluttende fase, der var forbeholdt de tre tilbudsgivere med det økonomisk mest fordelagtige bud. Appellanten blev meddelt dette ved den for Retten omtvistede skrivelse af 31. juli 2006.

III — Sagen ved Retten og den appellerede afgørelse

12. Det af appellanten, på vegne af konsortiet E2Bank, ved Retten iværksatte søgsmål indeholdt otte anbringender.

13. Inden prøvelsen af de af appellanten fremsatte anbringender forkastede Retten en formalitetsindsigelse, hvormed ECB påstod, at appellanten savnede søgsmålsinteresse, fordi appellanten ikke var indehaver af bevillingen til udlejning af midlertidig arbejdskraft, og fordi det ifølge appellansens egne oplysninger aldrig ville have været muligt at opnå en sådan bevilling. Retten fremhævede, at et af de af appellanten fremsatte anbringender vedrørte netop forpligtelsen til at være i besiddelse af ovennævnte bevilling. Sagen

⁷ — EUT S 154, bekendtgørelse 2005/S 154-153356.

blev derfor antaget til realitetsbehandling, idet søgsmålets formål netop var at få kravet om bevillingen tilsidesat.

14. Retten prøvede herefter anbringenderne til støtte for søgsmålet med udgangspunkt i det sidste anbringende vedrørende den påståede ulovlighed af bestemmelsen om forpligtelsen til at være i besiddelse af bevillingen. Ud over kravets ulovlighed gjorde appallanten i sagen ved Retten gældende, at selskabet først i løbet af proceduren var blevet bekendt med, at det ikke kunne opnå bevillingen. Appallanten anførte, at de tyske myndigheder i tilfælde af udenlandske virksomheder kun udsteder bevillingen til virksomheder, som allerede er indehaver af en bevilling i hjemlandet, og at lovgivningen i appallantens medlemsstat (Grækenland) kun tildeler bevillingen til virksomheder, der udelukkende er beskæftiget med udlejning af midlertidig arbejdskraft. Appallanten beskæftiger sig ikke udelukkende med udlejning af midlertidig arbejdskraft og ville derfor aldrig have kunnet opnå bevillingen i Grækenland og dermed heller ikke i Tyskland.

15. Ved prøvelsen af anbringendet konstaterede Retten indledningsvis, at det fremgik tydeligt af udbudsmaterialet, at kontrakten ville blive omfattet af den tyske lovgivning, hvilket appallanten ikke havde gjort indsigelse mod.

Retten fastslog herefter, at ECB's fortolkning af den nationale lovgivning var korrekt. Retten fandt således, at den tyske lovgivning virkelig stiller krav om besiddelse af bevillingen ved udførelse af de i udbudsbekendtgørelsen angivne aktiviteter. For så vidt angår problemerne som følge af det forhold, at appallanten har hjemsted i Grækenland og derfor ikke vil have mulighed for opnåelse af bevillingen fra de tyske myndigheder, statuerede Retten, at et annulationssøgsmål i henhold til artikel 230 EF ikke er fremgangsmåden, hvormed man kan undersøge, hvorvidt en national bestemmelse eventuelt er udtryk for diskrimination, eller om den generelt strider mod EU-retten.

16. Efter således at have forkastet det ottende anbringende bemærkede Retten, at appallanten — ifølge appallantens egne oplysninger — ikke ville have kunnet opnå bevillingen til udlejning af midlertidig arbejdskraft. Efter således at have afgjort spørgsmålet om lovligheden af den pågældende betingelse var en prøvelse af de øvrige syv anbringender overflødig, idet de under ingen omstændigheder ville medføre en tildeling af den offentlige kontrakt til appallanten på grund af den manglende besiddelse af den ovennævnte bevilling. På den baggrund statuerede Retten, at de første syv anbringender åbenbart skulle afvises. Søgsmålet blev derfor forkastet i sin helhed.

IV — Sagen ved Domstolen og parternes påstande

17. Nærværende appelsag blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 3. oktober 2009. I appelsagen har appellanten på vegne af konsortiet E2Bank nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede kendelse ophæves.

— Retsakterne, hvorved ECB har udelukket appellanten fra proceduren og tildelt kontrakten til en anden tilbudsgiver, annulleres.

— ECB tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder også sagsomkostningerne i første instans.

18. ECB har heroverfor nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

V — Om appellens antagelse til realitetsbehandling

19. ECB har fremsat en formalitetsindsigelse vedrørende appellen. Denne indsigelse skal af indlysende årsager være den første genstand for min analyse.

A — Parternes argumenter

20. ECB har gjort gældende, at mandatet til anlæggelse af sagen, som blev tildelt appellanten af det andet selskab i konsortiet E2Bank (mandatet blev registreret sammen med sagen i første instans), udelukkende vedrørte rettergangen ved Retten og derfor ikke kan anvendes i sagen ved Domstolen. Appellanten har derfor ikke beføjelse til anlæggelse af appelsagen på vegne af konsortiet.

21. Ifølge ECB har de enkelte medlemmer af en virksomhedssammenslutning endvidere ikke en selvstændig ret til individuelt at anfægte afgørelser, som vedrører sammenslutningen som helhed. Evropaiki Dynamiki har således ikke kompetence til at anlægge sag individuelt i sin egenskab af medlem af konsortiet.

22. Ifølge ECB skal hele appellen på den baggrund afvises.

23. I replikken har appellanten gjort indsigelse mod begge aspekter af ECB's formalitetsindsigelse.

24. For det første har appellanten gjort gældende, at mandatet til appellanten på ingen måde blot var begrænset til rettergangen ved Retten, men derimod også ville omfatte en eventuel sag i anden instans.

25. For det andet har de enkelte medlemmer af et konsortium en individuel ret til at anfægte retsakter, som er til skade for konsortiet. Endvidere har appellanten understreget, at konsortiet E2Bank ikke havde status som juridisk person, og at appellant var den vigtigste partner i konsortiet, hvorimod det andet selskab befandt sig i et underordningsforhold, der kan sammenlignes med forholdet for en underentreprenør.

B — Bedømmelse

26. ECB's formalitetsindsigelse kan efter min opfattelse ikke tages til følge. I det følgende begrundes jeg min holdning ved en særskilt behandling af fortolkningen af mandatet og retten for de enkelte medlemmer af en virksomhedssammenslutning til at klage individuelt.

1. Fortolkningen af appellantens mandat

27. Først og fremmest udelukker formuleringen af mandatet, der blev tildelt tilbudsgiveren den 11. september 2006, ikke kategorisk muligheden for, at mandatet vedrører både rettergangen ved Retten og en eventuel appelsag ved Domstolen.

28. Det er sandt, at selskabet Evropaïki Dynamiki i den første del af mandatet tildeles retten til at »anlægge sag i eget navn eller på vegne af konsortiet E2Bank gennem advokater, der udvælges af selskabet, *ved Retten i Første Instans*«. Umiddelbart herefter præciseres det dog, at »dette mandat [...] er gyldigt i den periode, som er nødvendig for at afslutte alle retssager som angivet i de gældende bestemmelser«.

29. Der hersker ingen tvivl om, at ovennævnte formulering er yderst uheldig. Den afsluttende klausul, som henviser til afslutningen af alle retssager, udtrykker på ingen måde, at mandatet ikke er gyldigt også for så vidt angår appelsagen ved Domstolen. For en deltager i en udbudsprocedure, som beslutter at anlægge en sag, kan henvisningen til Retten også fortolkes som en generel og næsten overflødig angivelse, der henviser til den retsinstans, hvor søgsmålet skal anlægges ved på begyndelsen af en sag, som i tilfælde af appel

kan ende med at blive afgjort ved Domstolen. Under denne synsvinkel kan den afsluttende klausul fortolkes som en bekræftelse af gyldigheden af mandatet i begge retsinstanser.

denne sag. Hidtil har afgørelserne koncentreret sig om problemet vedrørende foreneligheden mellem nationale bestemmelser på området og direktiv 89/665 (det såkaldte »klagedirektiv«)⁸.

30. Jeg mener derfor, at appellantens mandat til at handle på vegne af konsortiet E2Bank kan betragtes som gyldigt også for så vidt angår appellsagen ved Domstolen.

2. Om retten for de enkelte medlemmer af en virksomhedssammenslutning til at klage individuelt

31. Såfremt Domstolen ikke er enig i min brede fortolkning af mandatet, der er anlagt i de foregående punkter, og under alle omstændigheder for fuldstændighedens skyld skal jeg nu undersøge spørgsmålet om, hvorvidt medlemmerne af en virksomhedssammenslutning generelt individuelt kan anfægte en retsakt, der vedrører hele sammenslutningen.

32. Spørgsmålet er ikke helt nyt, men Domstolen har endnu ikke haft anledning til at udtale sig om dette spørgsmål under omstændigheder som dem, der foreligger i

33. I denne forbindelse har Domstolen haft lejlighed til at statuere, at både en national bestemmelse, som kun tillader, at klagen indgives af samtlige medlemmer af et konsortium⁹, og en bestemmelse, som derimod også tildeler et enkelt medlem af en sammenslutning en ret til at klage individuelt¹⁰, er forenelige med fællesskabsretten. Det forholder sig således, fordi direktiv 89/665 kun fastsætter de »mindstekrav, som de klageprocedurer, der er indført i de nationale retsordener, skal opfylde, med henblik på at sikre overholdelsen af de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter«¹¹.

34. For så vidt angår skadeserstatning giver EU-retten derimod de enkelte medlemmer af en midlertidig sammenslutning ret til at klage individuelt¹².

8 — 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).

9 — Dom af 8.9.2005, sag C-129/04, Espace Trianon og Sofibail, Sml. I, s. 7805, præmis 26.

10 — Kendelse af 4.10.2007, sag C-492/06, Consorzio Elisoccorso San Raffaele, Sml. I, s. 8189, præmis 31.

11 — Dom af 27.2.2003, sag C-327/00, Santex, Sml. I, s. 1877, præmis 47.

12 — Dom af 6.5.2010, forenede sager C-145/08 og C-149/08, Club Hotel Loutraki m.fl., Sml. I, s. 4165, præmis 80.

35. Direktiv 89/665 kan som sådant ikke anvendes på institutionernes eller ECB's udbudsprocedurer, da der er tale om en retsakt rettet til medlemsstaterne. Direktivet er dog på et specifikt område udtryk for retten til en effektiv domstolsbeskyttelse, som er et almindeligt EU-retligt princip¹³. Som bekendt er dette princip nu endvidere fastslået i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der i henhold til artikel 6 TEU har samme juridiske værdi som traktaterne¹⁴.

36. Det skal i den henseende bemærkes, at direktiv 89/665 generelt er karakteriseret af en klar og åbenbar vilje til at begunstige klage- og søgsmålsmulighederne. Direktivet angiver et *mindsteniveau* for domstolsbeskyttelse, som skal anerkendes, samtidig med at det giver medlemsstaterne mulighed for, som anført ovenfor, at sikre klageretten for en bredere kreds af retssubjekter end den i direktivet tilsigtede kreds. Dette fremgår klart allerede ved en gennemlæsning af teksten, som i artikel 1 bestemmer, at der er adgang til

klageprocedurer »i det mindste« for retssubjekter, som har lidt eller vil kunne lide skade¹⁵.

37. I den foreliggende sag er der ingen tvivl om, at adressaten for den anfægtede beslutning er konsortiet som helhed, hvilket også var tilfældet med hensyn til de midlertidige sammenslutninger i de ovennævnte domme fra Domstolen. På tilsvarende måde er der således heller ingen tvivl om, at selskabet Evropaiki Dynamiki, i sin egenskab af medlem af dette konsortium, har en interesse i at opnå annullation af en retsakt, som efter dennes egen opfattelse ulovligt har skadet det konsortium, som selskabet var medlem af.

38. Da der ikke gælder nogen udtrykkelig begrænsning af klageretten, finder jeg, at man skal anerkende denne ret for både konsortiet og konsortiets enkelte medlemmer. Såfremt lovgiver havde besluttet udelukkende at forbeholde klageretten for konsortiet som helhed i forbindelse med EU-institutionernes udbudsprocedurer, skulle dette udtrykkeligt have stået i lovteksten. Eftersom dette ikke har været tilfældet, skal princippet om en bred klageret gives fortrin.

13 — Vedrørende karakteren af princippet om effektiv domstolsbeskyttelse henvises til dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis. Som et eksempel på anvendelsen af de i direktiv 89/665 opstillede principper på et område, hvor direktivet ikke fandt direkte anvendelse, henvises til dommen i sagen Club Hotel Loutraki m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 69-74.

14 — Vedrørende gennemførelse af chartret i sin nye betydning henvises eksempelvis til dom af 9.11.2010, forenede sager C-92/09 og C-93/09, Volker und Markus Schecke, Sml. I, s. 11063, præmis 45 ff.

15 — Der skal i den forbindelse tages hensyn til, at den italienske version af direktivet, efter de ændringer, der blev gennemført ved direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 (EUT L 335, s. 31), ikke længere indeholder vendingen »i det mindste« i artikel 1, stk. 3. Der er tale om en åbenbar fejl i affattelsen af direktivet, hvilket bekræftes af sammenligningen med de øvrige sprogversioner, hvor vendingen er bevaret. Vedrørende fortolkningen af Unionens retsakter i tilfælde, hvor en enkelt sprogversion er uoverensstemmende, henvises eksempelvis til dom af 27.3.1990, sag C-372/88, Cricket St. Thomas, Sml. I, s. 1345, præmis 18, og af 19.4.2007, sag C-455/05, Velvet & Steel Immobilien, Sml. I, s. 3225, præmis 19.

39. I den ovenfor nævnte kendelse i sagen *Consortio Elisoccorso San Raffaele* har Domstolen endvidere fremhævet, at en national bestemmelse, hvormed kompetencen til at indgive annullationssøgsmål udstrækkes til at omfatte hvert af medlemmerne af et konsortium, langt fra er i strid med direktivet, men derimod synes at bidrage til at opfylde dets formål¹⁶.

40. Desuden må man heller ikke lade ude af betragtning, at konsortiet i den konkrete sag ikke havde status som juridisk person. På den baggrund vil medlemmernes ret til at klage individuelt kunne være forstærket som følge af konsortiets »transparente« karakter¹⁷.

41. Jeg finder ikke, at ECB's indsigelse, ifølge hvilken anerkendelsen af en individuel ret til at klage for medlemmerne af et konsortium medfører en uacceptabel risiko for uforenelige retsafgørelser, bør tiltrædes. Risikoen for, at flere indbyrdes afvigende og endog modstridende retsafgørelser træffes, er faktisk uløseligt forbundet med enhver retlig situation. I direktiv 89/665's ånd er det primære

formål at kunne opnå annullation af uregelmæssigheder i et så højt antal sager som muligt. Generelt forekommer det, at dette formål bedst nås ved en bred fortolkning frem for en indskrænkende fortolkning af klageretten.

42. Det er efter min opfattelse heller ikke muligt at påberåbe sig den omstændighed, at de eventuelle deltagere i konsortiet måske ikke længere har søgsmålsinteresse, og at anerkendelsen af retten for et medlem til at klage individuelt indebærer risiko for at indlede en sag, som ikke (eller ikke længere) afspejler interessen hos de øvrige medlemmer af konsortiet. En sådan indsigelse, der er allerede er blevet forkastet af Domstolen¹⁸, vil under alle omstændigheder ligeledes med føje kunne anføres over for ECB's opfattelse. Hvis den manglende enighed fra et enkelt medlem af et konsortium i forbindelse med et sagsanlæg var bindende for alle de øvrige medlemmer, ville vejen for muligt misbrug være banet, idet tilslagsmodtageren af en offentlig kontrakt altid ville kunne hindre anlæggelse af sager ved at agere således, at mindst et enkelt medlem af de konkurrerende konsortier ikke længere ville have interesse i anlæggelse af en sag, f.eks. ved at tilbyde denne virksomhed en underentreprise.

16 — Kendelse i sagen *Consortio Elisoccorso San Raffaele*, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 30.

17 — Dette ræsonnement er blevet fulgt af Retten, som i en lignende sag, der også vedrørte nærværende appellant, har anerkendt en individuel klageret. Rettens dom af 19.3.2010, sag T-50/05, *Evropaiki Dynamiki* mod Kommissionen, Sml. II, s. 1071, præmis 40.

18 — Kendelse i sagen *Consortio Elisoccorso San Raffaele*, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 30. I denne sag blev indsigelsen fremsat af den cypriotiske regering.

43. Afslutningsvis, selv om Evropaïki Dynamikis mandat fra konsortiet E2Bank skal fortolkes således, at det kun har gyldighed i sagen ved Retten, skal appellanten under alle omstændigheder indrømmes kompetence til at klage individuelt over en afgørelse, som vedrører det konsortium, som appellanten var en del af.

A — Om det første anbringende vedrørende overtrædelse af artikel 114 i Rettens procesreglement

1. Parternes argumenter

44. Appellen skal derfor antages til realitetsbehandling.

46. Med det første anbringende har Evropaïki Dynamiki gjort gældende, at Retten overtrådte artikel 114 i sit procesreglement, da den antog ECB's formalitetsindsigelse, selv om den ikke var blevet fremsat i et særskilt dokument.

VI — Om realiteten

45. Til støtte for søgsmålet har appellanten gjort fire anbringender gældende vedrørende henholdsvis overtrædelse af artikel 114 i Rettens procesreglement, fejlagtig fortolkning af begrebet søgsmålsinteresse, anvendelse af den tyske lovgivning vedrørende udlejning af arbejdskraft og tilsidesættelse af begrundelsespligten. Jeg vil undersøge anbringenderne nærmere nedenfor i den rækkefølge, der efter min opfattelse egner sig bedst til en logisk fremstilling af mine argumenter. Navnlig skal undersøgelsen af det tredje anbringende ske inden undersøgelsen af det andet anbringende.

47. ECB finder anbringendet ubegrundet, idet artikel 114 i Rettens procesreglement fastsætter, at en formalitetsindsigelse kun skal fremsættes i et særskilt dokument, såfremt Retten anmodes om en afgørelse vedrørende dette aspekt særskilt i forhold til afgørelsen vedrørende sagens realitet.

2. Bedømmelse

48. Indledningsvis er det nødvendigt at spørge, hvorvidt anbringendet kan antages til realitetsbehandling. Faktisk har anbringendet ikke til formål at opnå en ændring af

konklusionen af den appellerede kendelse. I praksis medfører enten Rettens forkastelse af en formalitetsindsigelse eller dens afvisning, jf. den af appellanten nedlagte påstand, samme resultat.

(formalitetsindsigelsen ville blive afvist, i stedet for at blive forkastet som ubegrundet). Den eventuelle tiltrædelse af anbringendet ville med andre ord ikke ændre det forhold, at formalitetsindsigelsen ville blive forkastet.

49. I dommen i sagen Frankrig mod Comafica m.fl. har Domstolen statueret, at en part, hvis formalitetsindsigelse er blevet forkastet af Retten, kan anfægte denne del af dommen, også såfremt parten har fået medhold i sagens realitet¹⁹. I den foreliggende sag er begæringen om delvis ændring af kendelsen, for så vidt som denne forkaster formalitetsindsigelsen, ikke blevet nedlagt af den part, som havde fremsat indsigelsen (ECB), men derimod af appellanten, ifølge hvilken indsigelsen burde være blevet afvist.

50. Ud fra appellants synspunkt forekommer det mig, at afvisning af en formalitetsindsigelse skal opfattes som en forkastelse. Hvis det antages, at spørgsmålet om formaliteten og spørgsmålet om sagens realitet i en enkelt sag er genstand for to forskellige afgørelser, fremgår det tydeligt, hvor forskellig den aktuelle situation er sammenlignet med situationen i den sag, der gav anledning til dommen Frankrig mod Comafica m.fl., nævnt i foregående punkt. Mens man i den nævnte sag søgte at få en omgørelse af afgørelsen vedrørende formaliteten (spørgsmålet skulle afvises, i stedet for at blive forkastet i sagens realitet), ville afgørelsen vedrørende formaliteten i nærværende sag forblive uændret

51. Jeg er derfor af den opfattelse, at appellant savner interesse i fremsættelsen af det første anbringende. Navnlig forekommer det mig, at nærværende situation i en vis forstand ligner den situation, hvor en part, som har fået medhold i sagens realitet, gør indsigelse mod det forhold, at førsteinstansretten har undladt at tage stilling til en formalitetsindsigelse fremsat af samme part. Det er velkendt, at Domstolens retspraksis ikke anerkender en søgsmålsinteresse i sådanne sager²⁰. Dette synspunkt begrundes med, at der i praksis ikke er truffet en afgørelse om en formalitetsindsigelse, som kan omgøres. Det er sandt, at der i nærværende sag er blevet truffet en afgørelse om en formalitetsindsigelse, *men der anmodes ikke om en omgørelse af afgørelsen*. Afgørelsen kan derfor kun anfægtes af den part, som på dette punkt har tabt sagen, dvs. ECB.

52. Derfor bør det første anbringende efter min opfattelse afvises.

19 — Dom af 21.1.1999, sag C-73/97 P, Frankrig mod Comafica m.fl., Sml. I, s. 185. Vedrørende den specifikke drøftelse af spørgsmålet, jf. forslag til afgørelse i denne sag fra generaladvokat Mischo, fremsat den 25.6.1998, punkt 11-16.

20 — Dom af 26.2.2002, sag C-23/00 P, Rådet mod Boehringer, Sml. I, s. 1873, præmis 52, og af 22.11.2007, sag C-6/06 P, Cofradía de pescadores »San Pedro« de Bermeo m.fl. mod Rådet, Sml. I, s. 164*, summarisk offentliggørelse, præmis 21.

53. Uafhængigt af anbringendets formalitet er det under alle omstændigheder ubegrundet. Det bemærkes således, at artikel 114 i Rettens procesreglement, i lighed med artikel 91 i Domstolens procesreglement, ikke kræver, at enhver formalitetsindsigelse fremsættes i et særskilt dokument. Fremsættelse i et særskilt dokument er derimod, som det klart fremgår af bestemmelsen, kun nødvendig i tilfælde, hvor den part, der fremsætter indsigelsen, har til hensigt at anmode retten om en vurdering af formaliteten »uden at indlede behandlingen af sagens realitet«. Dette afspejles i både Rettens og Domstolens retspraksis, som viser, at de normale svarskrifter ofte indeholder formalitetsindsigelser, som skal behandles sammen med realiteten i sagerne.

54. Det første anbringende skal derfor forkastes.

B — Om det tredje anbringende vedrørende forpligtelsen til at være indehaver af bevilling til udlejning af midlertidig arbejdskraft

1. Parternes argumenter

55. Med sit tredje anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten fejlagtigt

erklærede den af ECB fastlagte forpligtelse for tilbudsgiverne til at besidde eller skaffe den i den tyske lovgivning påkrævede bevilling vedrørende udlejning af midlertidig arbejdskraft for gyldig. Appellanten har gjort gældende, at i virkeligheden fastsætter den tyske lovgivning ikke en sådan forpligtelse i en situation som den foreliggende. Appellanten har allerede indgået andre kontrakter med ECB og er aldrig blevet pålagt først at indhente bevillingen.

56. ECB er derimod af den opfattelse, at en del af de ydelser, som skal leveres ved opfyldelse af kontrakten, tydeligt er omfattet af anvendelsesområdet for AÜG, hvilket indebærer, at den som stiller midlertidig arbejdskraft til rådighed er forpligtet til at være indehaver af bevillingen. ECB mener, at Retten i den forbindelse således ikke har lagt en forkert retsopfattelse til grund.

2. Bedømmelse

a) Om anbringendets formalitet

57. Selv om parterne ikke har berørt dette aspekt, er det først og fremmest nødvendigt at spørge, hvorvidt anbringendet, som i det væsentlige har samme indhold som det for Retten forelagte ottende anbringende, kan antages til realitetsbehandling.

58. Jeg henviser i den forbindelse ikke til formalitetsindsigelsen, som ifølge ECB's forsvar i første instans omfattede hele appellants søgsmål som følge af, at appellanten ikke var i besiddelse af bevillingen. Som ovenfor anført, er denne indsigelse med rette blevet forkastet af Retten.

59. Den her omhandlede formalitetsindsigelse vedrører derimod specifikt anbringendet vedrørende forpligtelsen til at være indehaver af bevillingen, og følger, som det tydeligt fremgår, og som det ikke er blevet bestridt af parterne, af, at appellanten *ikke blev udelukket fra udbudsproceduren som følge af den manglende besiddelse af bevillingen*. Som det er fremgået ovenfor ved en rekonstruktion af tvistens faktiske omstændigheder, blev konsortiet, som Evropaiki Dynamiki var en del af, aldrig udelukket fra udbudsproceduren pga. manglende opfyldelse af kravene, idet besiddelsen af bevillingen først ville være nødvendig ved en eventuel underskrivelse af kontrakten med ECB. Tværtimod blev appellanten optaget på listen over udvalgte tilbudsgivere, hvorefter appellants bud ikke blev udvalgt blandt de tre økonomisk mest fordelagtige bud, som fortsatte til den afsluttende fase.

60. Retten kunne således konstatere, at fordi betingelserne i udbudsbekendtgørelsen, som krævede besiddelse af bevillingen, ikke havde påført appellanten nogen reel skade, havde appellanten ingen interesse i anfægtelse af betingelserne. Det skal i den forbindelse

fremhæves, at ifølge fast retspraksis kan Unionens retsinstanser også af egen drift tage stilling til, om en part har interesse i at rejse en sag²¹.

61. På trods heraf mener jeg under de i denne sag foreliggende omstændigheder, at Rettens beslutning om at behandle anbringendets realitet var korrekt. Det skal således bemærkes, at en eventuel afvisning af det ottende anbringende i det for Retten anlagte søgsmål under alle omstændigheder ville have medført afvisning af de første syv anbringender, idet appellanten i selve stævningen havde anført, at det ikke ville have været muligt at indhente bevillingen til udlejning af midlertidig arbejdskraft. Der ville med andre ord være opstået den paradoksale situation, at nogle anbringender (de første syv) ville blive afvist som følge af den manglende opfyldelse af et krav, der var genstand for det ottende anbringende, og som ikke kunne anfægtes, idet det ikke konkret havde forvoldt appellanten nogen skade.

62. Selv om konsortiet, som Evropaiki Dynamiki var medlem af, således ikke blev udelukket som følge af den manglende opfyldelse af kravet om opnåelse af bevillingen, undersøgte Retten med rette realiteten af det ottende

21 — Domstolen og Retten kan af egen drift efter høring af parterne afvise en sag, fordi ufravigelige procesforudsætninger ikke er opfyldt, i medfør af henholdsvis artikel 92, stk. 2, i Domstolens procesreglement og artikel 113 i Rettens procesreglement. I retspraksis er det heraf udledt, at Domstolen — i tilfælde af appel af en dom fra Retten — af egen drift kan tage stilling til, om en part savner interesse i at rejse en sag, selv om dette indtræder efterfølgende. Jf. dom af 19.10.1995, sag C-19/93 P, Rendo m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 3319, præmis 13, og af 3.9.2009, sag C-535/06 P, Moser Baer India mod Rådet, Sml. I, s. 7051, præmis 24.

anbringende. Endvidere sker det forholdsvist ofte, at Unionens retsinstanser — i stedet for at tage stilling til formaliteten — direkte forkaster et anbringende i dets realitet²².

b) Om anbringendets realitet

63. Selv om parterne ikke har drøftet spørgsmålet udtrykkeligt og til bunds, giver undersøgelsen af realiteten af det tredje anbringende mig anledning til at fremsætte en række betragtninger vedrørende den type kontrol, som Domstolen generelt kan udøve med hensyn til EU-institutionernes anvendelse af den nationale lovgivning. Dette anbringende vedrører, som ovenfor anført, i det væsentlige fortolkningen af den tyske lovgivning om udlejning af midlertidig arbejdskraft.

i) Generelt vedrørende national lovgivning for Unionens retsinstanser

64. EU-institutionernes offentlige kontrakter er ubestridt et af de områder, hvor man lettest

støder på en sammenblanding af EU-retten og de nationale bestemmelser. Generelt indeholder institutionernes udbudsprocedurer ofte betingelser vedrørende overholdelse af den nationale lovgivning i den stat, hvor de af den offentlige kontrakt omfattede aktiviteter skal finde sted²³. I det omfang bestemmelserne i traktaterne eller i de vedlagte protokoller ikke indeholder undtagelser eller særlige regler ses i øvrigt ikke, hvorfor EU-institutionerne skal kunne unddrage sig anvendelsen af de lokale gældende bestemmelser. Det ses i øvrigt også, at artikel 130, stk. 4, litra c), i forordningen om gennemførelsesbestemmelser til finansforordningen (ikke anvendelig i det foreliggende tilfælde), som ændret ved forordning nr. 478/2007²⁴, bestemmer, »at fællesskabslovgivningen, når institutionerne er de ordregivende myndigheder, er den lovgivning, som kontrakten er undergivet, *om nødvendigt suppleret af national lovgivning som anført i kontrakten*«²⁵.

22 — Jf. ovenfor i fodnote 20. Jf. også dom af 25.3.2010, sag C-414/08 P, Sviluppo Italia Basilicata mod Kommissionen, Sml. I, s. 2559, præmis 51-52.

23 — Ifølge Rettens retspraksis »er institutionerne i henhold til princippet om god forvaltningsskik og princippet om loyalt samarbejde mellem Fællesskabets institutioner og medlemsstaterne forpligtet til at sikre, at de betingelser, der er fastsat i et udbud, ikke tilskynder de potentielle tilbudsgivere til at tilsidesætte den nationale lovgivning, der finder anvendelse på deres virksomhed« (Rettens dom af 6.7.2000, sag T-139/99, AICS mod Parlamentet, Sml. II, s. 2849, præmis 41). Så vidt jeg ved, har Domstolen endnu ikke haft anledning til at tage stilling til emnet.

24 — Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 478/2007 af 23.4.2007 om ændring af forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT L 111, s. 13).

25 — Min fremhævelse. I parentes skal det bemærkes, at det i den foreliggende sag var fastlagt, at efter tildeling af den offentlige kontrakt ville kontrakten udelukkende være omfattet af den tyske lovgivning, og derfor ville de tyske retter være kompetente.

65. Kontrakten, som den vindende tilbudsgiver ville have indgået med ECB i det her omhandlede tilfælde, omfattede to klart forskellige aktiviteter. Den ene af disse aktiviteter var en almindelig levering af rådgivnings- og udviklingstjenester, den anden aktivitet vedrørte derimod udlejning af arbejdskraft, der på baggrund af de specifikke ad hoc-behov skulle stilles til rådighed for ECB, til udførelse af arbejdsopgaver på ECB's kontor. Kravet om den i AÜG fastsatte bevilling vedrører naturligvis sidstnævnte type aktivitet.

rettergangsfejl, og hvis »Retten har overtrådt EU-retten«. Dog gør det forhold, at en institutions udbudsprocedure kan indeholde henvisninger til den nationale lovgivning, det uundgåeligt, at Unionens retsinstanser kommer »i berøring« med den nationale lovgivning. Endvidere er der her tale om en situation, hvor Unionens retsinstanser ikke skal *anvende* den nationale lovgivning, men kun *kontrollere en EU-institutions fortolkning af den*, i en fase (administrativ procedure om tildeling af offentlige kontrakter), hvor de nationale retter ikke har kompetence. Hvordan skal fremgangsmåden være i sådanne tilfælde²⁷?

66. Undersøgelsen af anbringendet kræver således, at Unionens retsinstanser i et vist omfang fortolker en national lovgivning, i dette tilfælde den tyske lovgivning. Og der er ingen tvivl om, at en sådan situation er yderst vanskelig. Domstolen har fra begyndelsen med tydelighed erklæret, at dens rolle er at fortolke fællesskabsretten, og ikke national ret²⁶. Endvidere bestemmer artikel 58 i Domstolens statut udtrykkeligt, at afgørelser truffet af Retten kan appelleres til Domstolen, hvis Retten savner kompetence, i tilfælde af

67. En mulig løsning af problemet er den, som findes i Rettens retspraksis, og som i et vist omfang også er blevet gentaget i den appellerede kendelse, ifølge hvilken kontrollen ved Unionens retsinstanser ikke omfatter fortolkningen og anvendelsen af den nationale lovgivning som sådan, men er begrænset til kontrollen af, hvorvidt den pågældende institution har begået grundlæggende og åbenbare fejl ved fortolkningen af den nationale lovgivning, som skal overholdes ved udførelsen

26 — Jf. eksempelvis dom af 15.7.1960, forenede sager 36/59-38/59 og 40/59, Præsident m.fl. mod Den Høje Myndighed, Sml., s. 827, specielt s. 859. Af åbenlyse årsager har Domstolen i særlig grad understreget dette behov med hensyn til sager vedrørende præjudicielle spørgsmål. Jf. eksempelvis dom af 10.1.2006, sag C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., Sml. I, s. 289, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis.

27 — Jeg skal i øvrigt oplyse, at der verserer en anden sag ved Domstolen, som vil kunne bidrage til en afklaring af nærværende situation. Tvistens hovedgenstand er i dette tilfælde fortolkningen af den italienske varemærkelovgivning. Der er tale om sag C-263/09 P, Edwin mod KHM (se meddelelse om appel offentliggjort i EUT den 12.9.2009, C 220, s. 25).

af den offentlige kontrakt²⁸. Denne retspraksis forekommer mig dog ikke fuldstændigt overbevisende, eftersom den risikerer at gøre dele af EU-institutionernes administrative praksis i hvert fald delvist immun over for domstolsprøvelse.

68. Det bemærkes desuden, at generelt anmodes Unionens retsinstanser ofte om at fortolke den nationale lovgivning i en medlemsstat.

69. For det første er det åbenbart, at dette sker i forbindelse med traktatbrudssøgsmål, som indebærer en afgørelse af, hvorvidt en national bestemmelse er i strid med EU-retten. I disse tilfælde er det indlysende, at den pågældende nationale bestemmelse skal vurderes og dermed fortolkes.

70. For det andet har Domstolen i henhold til artikel 272 TEUF (tidligere artikel 238 EF) kompetence til at træffe afgørelse »i henhold til en voldgiftsbestemmelse, som indeholdes i en af Unionen eller i en på dens vegne indgået offentligretlig eller privatretlig aftale«. I disse tilfælde er det helt normalt, at Unionens retsinstanser undersøger sagen i lyset af den nationale ret, der finder anvendelse, idet der

eventuelt også tages højde for den relevante nationale retspraksis²⁹.

71. I den foreliggende sag er genstanden for domstolsprøvelsen en retsakt udstedt af en EU-institution. I den forbindelse er jeg af den opfattelse, at Unionens retsinstanser — selv med stor forsigtighed — ikke må kunne undgå forpligtelsen til at undersøge alle de forvaltningsakter, der er undergivet dens kontrol, *herunder den del af akterne, der indeholder en vurdering af den nationale lovgivning*.

72. I særdeleshed synes jeg, at det ville være indskrænkende at fastslå, at den af institutionerne anlagte fortolkning af den nationale lovgivning kun må kontrolleres af Unionens retsinstanser for at prøve, om institutionen har foretaget en eventuel urigtig gengivelse eller en åbenbar fejl. Såfremt en institution »inkorporerer« den nationale lovgivning i en retsakt, bliver denne nationale bestemmelse efter min opfattelse *en del af den lovgivningsmæssige ramme, som Unionens retsinstanser skal tage højde for i forbindelse med vurderingen*.

73. Dette påvirker ikke princippet om, at den nationale ret ganske vist er den naturlige fortolkningsinstans af den nationale lovgivning. Den form for »inkorporering« af den nationale lovgivning i EU-retten, som jeg har

28 — Rettens dom i sagen AICS mod Parlamentet, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 40-42.

29 — Jf. eksempelvis dom af 26.11.1985, sag 318/81, Kommissionen mod CO.DE.MI., Sml., s. 3693, præmis 24.

beskrevet i ovennævnte punkt, sker gennem inddragelse af den nationale lovgivning i en retsakt fra en institution eller et andet EU-organ, og gælder derfor kun i det enkelte tilfælde, uden nogen form for generel udbredelse. Som tidligere anført er genstanden for domstolsprøvelse ved Unionens retsinstanter i nærværende sag ikke den nationale lovgivning som sådan, men udelukkende *en officiel retsakt fra et EU-organ, som indebærer en vurdering/fortolkning af den nationale lovgivning*.

74. Endvidere skal Unionens retsinstanter i forbindelse med fortolkningen og anvendelsen af den nationale lovgivning altid tage højde for måden, hvorpå denne lovgivning fortolkes og anvendes af dommerne i den medlemsstat, der har affattet denne lovgivning³⁰.

75. Ved ikke at tillade kontrol af EU-institutionernes fortolkning af den nationale lovgivning risikerer man efter min opfattelse også at true retten til en effektiv domstolsbeskyttelse, som er et almindeligt EU-retligt princip, der også er fastslået i charteret om grundlæggende rettigheder³¹.

76. Retten agerede derfor korrekt ved at undersøge den af ECB anvendte tyske lovgivning nøje og ved således også at tage hensyn til den nationale retspraksis på området.

ii) Om Rettens fortolkning af den tyske lovgivning

77. I den foreliggende sag finder jeg, at den af Retten anlagte fortolkning af den tyske lovgivning er overbevisende, og at de af appellantenten fremførte argumenter mod fortolkningen ikke kan tiltrædes.

78. I modsætning til, hvad appellantenten har hævdet, kræver den tyske lovgivning vedrørende udlejning af arbejdskraft, som fortolket i den nationale retspraksis, besiddelse af bevillingen både for retssubjekter, hvor udlejningen af arbejdskraft ikke er det vigtigste forretningsområde³², og for udenlandske retssubjekter, som udlejer arbejdskraft i Tyskland, idet den tyske lovgivning ikke rummer nogen undtagelse i den henseende. Det må i den forbindelse bemærkes, at dette er i overensstemmelse med den kendsgerning, at Domstolen, henset til at området vedrørende udlejning af arbejdskraft er et følsomt emne,

30 — Jf. i særlig grad dommen, der er nævnt ovenfor i fodnote 29.

31 — Jf. også ovenfor, punkt 35.

32 — Jf. Bundesarbeitsgericht, dom af 8.11.1978, 5 AZR 261/77.

har indrømmet medlemsstaterne en mulighed for at betinge udøvelsen af denne aktivitet i den pågældende medlemsstat af besiddelsen af en særlig national bevilling³³.

79. Såfremt appellanten havde godtgjort at opfylde kravene for udlejning af arbejdskraft i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat og i særdeleshed i den stat, hvor appellanten har hjemsted (hvad enten der var tale om en udtrykkelig bevilling eller en implicit bevilling, som blev tildelt alle virksomheder i den pågældende stat), og også i henhold til den i foregående punkt nævnte retspraksis ved Domstolen havde gjort gældende, at disse krav var ligeværdige i forhold til de i den tyske lovgivning fastsatte krav, ville ECB eventuelt skulle have spurgt sig selv, hvorvidt buddet skulle accepteres eller ej også i tilfælde af manglende besiddelse af den i den tyske lovgivning fastsatte bevilling. Appellanten har derimod udelukkende givet generelle oplysninger og har i praksis også afvist at være indehaver af bevillingen, som er fastsat i den græske lovgivning.

80. Selv om man på den anden side gik ud fra, at der kunne herske tvivl vedrørende fortolkningen af den tyske lovgivning, ville ECB's beslutning om at kræve besiddelse

af bevillingen under alle omstændigheder ikke være kritisabel. Såfremt der blot var en ringe mulighed for, at myndigheden i den pågældende medlemsstat betragter den pågældende aktivitet som værende underlagt kravet om en bevilling, ville adfærden udvist af en EU-institution, der pålægger konkurrenterne i en udbudsprocedure at besidde bevillingen, efter min opfattelse være rimelig og fuldstændig forenelig med princippet om god forvaltningsskik.

81. Endelig skal jeg — som det med rette allerede blev fremhævet af Retten i den appellerede kendelse — bemærke, at det forhold, at appellanten allerede er blevet tildelt offentlige kontrakter i Tyskland uden på noget tidspunkt at skulle skaffe bevillingen, på ingen måde er relevant. Som ovenfor anført, er bevillingen for det første kun nødvendig ved udlejning af arbejdskraft og ikke ved almindelig levering af tjenesteydelser, hvilket utvivlsomt er det vigtigste forretningsområde for en virksomhed som appellantens. For det andet fritager det forhold, at en række foregående tildelinger af offentlige kontrakter eventuelt er sket i strid med loven, på ingen måde ECB fra at overholde loven.

82. Jeg afslutter således denne del af min argumentation og er af den opfattelse, at også appellantens tredje anbringende skal forkastes.

33 — Dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml., s. 3305, præmis 18-21. Endvidere har appellanten i sine indlæg udtrykkeligt benægtet at have bestridt EU-lovgivningens forenelighed med den tyske lovgivning om udlejning af arbejdskraft.

C — Om det andet anbringende vedrørende appellants søgsmålsinteresse også efter Rettens forkastelse af det ottende anbringende

af retspraksis viser, at appellanten i en sag som den foreliggende ikke længere havde søgsmålsinteresse efter forkastelse af det ottende anbringende, fordi appellanten selv havde erkendt ikke at være i besiddelse af og ikke at kunne opnå den nødvendige bevilling.

1. Parternes argumenter

83. Appellanten har med sit andet anbringende gjort gældende, at Retten skulle have undersøgt de første syv anbringender også efter at have forkastet det ottende anbringende og ikke burde have lagt til grund, at søgsmålsinteressen var bortfaldet. Efter appellants opfattelse viser Domstolens retspraksis således, at begrebet søgsmålsinteresse skal fortolkes udvidende. Denne tilgang bekræftes også af selve klagedirektivet.

84. Endvidere har appellanten gjort gældende³⁴, at for det tilfælde, at det ottende anbringende blev forkastet, og at lovligheden af kravet om bevilling således blev bekræftet, kunne bevillingen have været opnået af et datterselskab med hjemsted i Tyskland på vegne af appellanten.

85. ECB har anført, at Rettens ræsonnement er korrekt. Både analysen af lovgivningen og

2. Bedømmelse

86. Jeg fremhæver straks, at Rettens stillingstagen efter min opfattelse er korrekt, idet forkastelsen af det ottende anbringende medførte, at det ikke længere var nødvendigt at tage stilling til de første syv anbringender. Som anført i den appellerede kendelse er retspraksis fast på dette område. Efter forkastelsen af det ottende anbringende og dermed bekræftelsen af forpligtelsen til besiddelse af bevillingen for at kunne indgå kontrakten havde appellanten ikke længere mulighed for at få medhold ved at fortsætte sagen³⁵.

87. Det kan imidlertid overvejes, hvorvidt det i stedet for en afvisning af de første syv anbringender som følge af manglende søgsmålsinteresse ikke ville have været mere korrekt i en sag som den foreliggende at tale om anbringendernes irrelevante natur. Generelt er et anbringende ifølge retspraksis nemlig irrelevant, hvis det, selv om det tiltrædes, ikke vil kunne nå appellants målsætning. Den omstændighed, at et anbringende er

³⁴ — Dette argument er blevet fremført af appellanten i forbindelse med det tredje anbringende, men jeg mener, at argumentet snarere har en logisk sammenhæng med det andet anbringende.

³⁵ — Vedrørende en lignende sag, hvor en parts manglende søgsmålsinteresse medførte, at en del af anbringenderne blev forkastet, jf. dom af 20.5.1987, sag 432/85, Souna mod Kommissionen, Sml., s. 2229, præmis 20.

irrelevant, afhænger ikke af dets antagelighed til realitetsbehandling³⁶.

88. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at afvisningen af de første syv anbringender er at foretrække i denne sag frem for at betragte anbringenderne som irrelevante. Generelt er et anbringendes irrelevante natur resultat af dets manglende evne til at medføre en ændring af den anfægtede retsakt. Typisk er et anbringende, som kritiserer et aspekt af en retsakt (eksempelvis en del af begrundelsen) irrelevant i tilfælde, hvor retsaken også med rette kan baseres udelukkende på andre aspekter (eksempelvis andre dele af begrundelsen). I den foreliggende sag ville de første syv anbringender, hvis de blev taget til følge, måske også kunne have medført annullation af retsaken og vedtagelse af en ny retsakt, måske også med andet indhold. Den manglende bevilling ville dog medføre, at *appellanten under ingen omstændigheder ville have kunnet få tildelt den offentlige kontrakt*. Det forhold, at prøvelsen af de første syv anbringender ikke var nødvendig, er ikke beslægtet med selve anbringendernes natur, men med appellantens specifikke individuelle situation.

89. Selv om de første syv anbringender skulle betragtes som irrelevante i stedet for at blive afvist, ville det andet anbringende alligevel

blive forkastet. Det skal nemlig bemærkes, at ifølge retspraksis, »hvis præmisserne i en dom afsagt af Retten indeholder en tilside-sættelse af fællesskabsretten, men konklusionen er berettiget af andre retlige grunde, må appellen dog forkastes«³⁷. Forudsat at de første syv anbringender var blevet erklæret irrelevante, kunne Domstolen med andre ord begrænse sig til en ændring af begrundelsen.

90. Appellantens argumenter, ifølge hvilke appellanten havde bibeholdt en interesse vedrørende de første syv anbringender, fordi appellanten alligevel havde kunnet opnå den nødvendige bevilling (eventuelt ved etablering af et datterselskab med hjemsted i Tyskland), kan ikke tiltrædes.

91. Det må i den forbindelse nemlig bemærkes, at appellanten under søgsmålet for Retten udtrykkeligt oplyste, at det var *absolut umuligt at opnå bevillingen*. Appellanten anførte på intet tidspunkt under sagen, at det alligevel ville have været muligt at opnå den pågældende bevilling enten selv eller gennem det andet medlem af konsortiet. Tværtimod fremgik det af stævningen, at appellanten

36 — Jf. dom af 21.9.2000, sag C-46/98 P, EFMA mod Rådet, Sml. I, s. 7079, præmis 38, og af 30.9.2003, sag C-76/01 P, Eurocoton m.fl. mod Rådet, Sml. I, s. 10091, præmis 52.

37 — Dom af 9.6.1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28. Se også dom af 15.12.1994, sag C-320/92 P, Finsider mod Kommissionen, Sml. I, s. 5697, præmis 37.

ikke ville have haft mulighed for at opnå bevillingen. Retten kan ikke kritiseres for at have prøvet et anbringende i den form, hvori det var fremsat af appellanten. Appellanten skal nemlig fremsætte sine argumenter omhyggeligt og korrekt.

92. Det andet anbringende må derfor også forkastes.

D — Om det fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelse af begrundelsespligten

93. Appellantens fjerde anbringende har overskriften »Manglende anvendelse af bestemmelserne vedrørende den ordregivende myndigheds begrundelsespligt (artikel 253 EF, artikel 12, stk. 1, i direktiv 92/50, artikel 100, stk. 2, i finansforordningen og artikel 149, stk. 2, i gennemførelsesforordningen)«. Med anbringendet har appellanten gjort gældende, at Retten i den foreliggende sag ikke har foretaget en korrekt anvendelse af bestemmelserne vedrørende begrundelsespligten for Unionens retsakter, i særdeleshed henset til den kendsgerning, at ECB ikke har sendt appellanten tilstrækkelige oplysninger vedrørende beslutningen om ikke at anse appellantens bud for det økonomisk mest fordelagtige.

94. Appellantens meget kortfattede anbringende skal efter min opfattelse afvises.

95. Det er først og fremmest uklart, hvilken del af den appellerede kendelse, der anfægtes. Som ovenfor anført, prøvede Retten kun anbringendet vedrørende forpligtelsen til opnåelse af bevillingen til udlejning af arbejdskraft fra de tyske myndigheder, og afviste dermed de øvrige anbringender. Som tidligere anført, prøvede Retten med rette ikke spørgsmålet om, hvorvidt de oplysninger, som var blevet sendt fra ECB til appellanten, var tilstrækkelige.

96. Dernæst er det fremførte anbringende meget kortfattet og usammenhængende. Idet appellanten endvidere har påberåbt sig en række bestemmelser, der som anført ovenfor ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, opfylder anbringendet efter min opfattelse ikke mindsteniveauet for, at Domstolen kan forstå indholdet og træffe afgørelse. I særdeleshed bør det bemærkes, at ifølge retspraksis er en ren abstrakt opregning af et anbringende, som ikke bestyrkes af en mere præcis redegørelse, ikke tilstrækkelig til at opfylde kravet om begrundelse af anbringendet³⁸.

97. Hvis man alligevel for grundighedens skyld ville fortolke anbringendet således, at

³⁸ — Jf. eksempelvis dom af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4235, præmis 113.

det var udtryk for en kritik af Rettens undladelse af at tage stilling til visse af de af appellanten i første instans fremførte argumenter (i særdeleshed det femte anbringende, som forekommer at være delvist identisk), ville det være tilstrækkeligt at henvise til de af mig i det foregående anførte forhold vedrørende Rettens prøvelse af de første syv anbringender i den oprindelige sag³⁹. Som ovenfor anført,

var Rettens undladelse af at prøve realiteten heri korrekt.

98. Afslutningsvist kan det fjerde anbringende heller ikke tiltrædes.

VII — Forslag til afgørelse

99. På grundlag af ovenstående overvejelser foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

— Appellen forkastes.

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

39 — Jf. ovenfor, punkt 86.