

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

CHRISTINE STIX-HACKL

föredraget den 14 september 2006 ¹

I — Inledande anmärkningar

1. Detta förfarande om fördragsbrott gäller, i likhet med ett parallellt därmed anhängiggjort förfarande om fördragsbrott,² frågan vilka principer avseende insyn i upphandlingsförfaranden som kan utläsas av primärrätten. Det gäller särskilt frågan vilka skyldigheter som kan härledas från de grundläggande friheterna och de allmänna rättsprinciperna vid upphandling av så kallade oprioriterade tjänster, det vill säga tjänster för vilka det enligt en specialreglering i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster³ (nedan kallat direktiv 92/50), numera ersatt av det så kallade lagstiftningspaketet, föreskrivs mindre stränga regler än för prioriterade tjänster.

2. Det är dessutom fråga om tolkning och vidareutveckling av den rättspraxis som domstolen har utvecklat i målen *Telaustria*⁴ och *Coname*⁵.

II — Tillämpliga bestämmelser

3. Enligt det tjugoförsta skälet till direktiv 92/50 gäller följande:

”Under en övergångsperiod skall detta direktiv endast tillämpas fullt ut på tjänster för vilka potentialen för handel över nationsgränserna kan komma att utnyttjas helt till följd av bestämmelserna i direktivet. Kontrakt avseende andra tjänster bör övervakas

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Se mitt denna dag avgivna förslag till avgörande i mål C-532/03, kommissionen mot Irland.

3 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

4 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria* och *Telefonadress* (REG 2000, s. I-10745).

5 — Dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, *Coname* (REG 2005, s. I-7287).

under viss tid, innan beslut tas om att detta direktiv skall tillämpas fullt ut även på dessa. Formerna för denna övervakning bör fastställas. De bör vara sådana att de samtidigt gör det möjligt för samtliga berörda att ta del av relevant information.”

4. Enligt artikel 3.2 i direktiv 92/50 skall den upphandlande myndigheten sörja för att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer.

5. I avdelning II i direktiv 92/50 indelas de tjänster på vilka direktivet är tillämpligt i två kategorier. Enligt artikel 8 skall kontrakt avseende tjänster som förtecknas i bilaga 1 A upphandlas enligt bestämmelserna i avdelningarna III–VI, det vill säga enligt artiklarna 11–37. Oprioriterade tjänster, det vill säga tjänster som förtecknas i bilaga 1 B, skall enligt artikel 9 däremot upphandlas enligt artiklarna 14 och 16.

6. I bilaga 1 B uppräknas ett flertal kategorier av tjänster. Punkt 27 omfattar ”Övriga tjänster”.

7. Artikel 14 innehåller bestämmelser om tekniska definitioner som skall återges i de allmänna eller specifika avtalsdokumenten i varje kontrakt.

8. Artikel 16 har i utdrag följande lydelse:

”(1) Upphandlande myndigheter som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller anordnat formgivningstävling skall sända ett meddelande om resultatet till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.

...

(3) I fråga om kontrakt som förtecknas i bilaga 1 B skall de upphandlande myndigheterna i meddelandet ange om de samtycker till att det publiceras.

(4) Kommissionen skall utfärda riktlinjer för upprättande av regelbundna rapporter på grundval av de meddelanden som avses i punkt 3 och för publicering av dessa rapporter enligt det förfarande som fastställs i artikel 40.3.

...”

III — Bakgrund, det administrativa förfarandet och förfarandet vid domstolen

9. Den 4 december 1992 ingick den irländske socialministern utan något offentligt anbudsförfarande ett avtal med An Post, det irländska postverket. Enligt avtalet skulle de som erhåller socialbidrag kunna hämta ut bidragen på postkontoren.

10. Detta ursprungliga avtal löpte från den 1 januari 1992 till den 31 december 1996. I maj år 1997 förlängdes avtalet till den 31 december 1999. Den behöriga irländska myndigheten lämnade i *Europeiska gemenskapernas tidning* av den 16 februari 1999 en förhandsinformation om den planerade upphandlingen. I maj år 1999 fattades likväl beslut om att avtalet skulle förlängas till den 31 december 2002. Detta beslut upphävdes senare.

11. Med anledning av ett klagomål inledde kommissionen i oktober år 1999 en skriftväxling med de irländska myndigheterna.

12. På grund av kommissionens ingripande har Irland inte officiellt förlängt kontraktet. An Post tillhandahåller emellertid fortfa-

rande tjänsterna, men nu på ad-hoc-basis, för att utbetalningarna av socialbidragen inte skall avbrytas.

13. Enligt kommissionen har Irland i det förfarande om fördragsbrott som kommissionen enligt artikel 226 EG har inlett inte föreslagit någon lösning på de problem som har uppkommit. Mot bakgrund av Irlands svar på den formella underrättelsen av den 26 juni 2002 och det motiverade yttrandet av den 17 december 2002, anser kommissionen att Irland genom sitt handlande i fråga om ingående av ett nytt avtal har åsidosatt bestämmelserna i EG-fördraget. Kommissionen har därför väckt förevarande talan vid domstolen.

14. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

- 1) fastställa att Irland har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget genom att utan ett offentligt anbudsförfarande tilldela An Post rätten att utföra vissa tjänster, och
- 2) förplikta Irland att ersätta kommissionens rättegångskostnader.

15. Irland har yrkat att domstolen skall

någon diskriminering mellan olika tjänstleverantörer. Denna skyldighet åligger de irländska myndigheterna i fråga om tjänster som förtecknas såväl i bilaga 1 B som i fråga om tjänster som förtecknas i bilaga 1 A.

3) ogilla kommissionens yrkande, och

4) förplikta kommissionen att ersätta Irlands rättegångskostnader.

IV — Parternas och intervenienternas argument

A — Kommissionen

16. Den omständigheten att det här omtvistade kontraktet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 utgör enligt kommissionen inte något hinder mot att tillämpa de genom domstolens rättspraxis utvecklade principer som härrör från de grundläggande friheter som garanteras i fördraget och de allmänna principer som har kommit till särskilt uttryck i dessa grundläggande friheter.

17. Medlemsstaternas skyldighet att respektera de allmänna rättsprinciperna bekräftas i artikel 3.2 i direktivet, som innehåller en allmän skyldighet för upphandlande myndigheter att säkerställa att det inte förekommer

18. Kommissionens tolkning är den enda som är förenlig med "fördragets struktur i fråga om den inre marknaden". Enligt domstolens entydiga rättspraxis har medlemsstaterna genom fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster ålagts att iaktta vissa skyldigheter vid tilldelning av sådana offentliga kontrakt som inte omfattas av direktivens tillämpningsområden. Detta gäller både kontraktstyper (exempelvis tjänstekoncessioner) som inte omfattas av särskilda bestämmelser och kontraktstyper för vilka det finns bestämmelser men vilkas värde understiger det i de olika direktiven fastställda tröskelvärden.

19. Det skulle därför direkt strida mot fördragets struktur i fråga om den inre marknaden om det skulle stå medlemsstaterna fritt att enbart på grund av att tjänsterna i fråga förtecknas i bilaga 1 B i direktivet underlåta att i någon form infordra anbud avseende kontrakt vilkas värde överstiger det tröskelvärde som har föreskrivits i direktivet, trots att det enligt gemenskaps-

rätten uttryckligen krävs ett lämpligt anbuds-förfarande även när kontraktet på grund av dess föremål eller värde inte omfattas av direktiven.

20. Nationella åtgärder skall endast bedömas enligt bestämmelserna i ett direktiv och inte enligt bestämmelserna i EG-fördraget om direktivet utgör en fullständig harmoniseringsåtgärd.

21. Gentemot argumentet att det mål som eftersträvas med direktivet endast kan uppnås genom lagstiftning har kommissionen invänt att ett direktiv inte kan strida mot primärrätten. Skyldigheter som härleder sig från primärrätten tar över skyldigheter som har föreskrivits i direktiven. Sekundärrättens syfte är att komplettera primärrätten och att underlätta att primärrättens mål uppnås.

22. Slutligen har kommissionen framhållit att primärrätten innehåller avsevärt mindre stränga bestämmelser än direktivet. Till skillnad från vad intervenienterna har antagit kräver kommissionen inte att anbud alltid infordras. Kommissionen begär inte heller att Irland skall tillämpa bestämmelser som gäller prioriterade tjänster på oprioriterade tjänster.

23. Såvitt avser rättssäkerheten erinrar kommissionen om att iakttagande av de primärrättsliga inskränkningarna inte är något säreget för området för offentlig upphandling.

B — *Irland*

24. Irland har bestritt riktigheten i kommissionens argument. För det första anser Irland att den rättspraxis från domstolen som kommissionen har åberopat inte är relevant, vilket Irland dokumenterar genom kommentarer till domarna i de enskilda målen och till kommissionens argument beträffande var och en av dessa. Eftersom direktiv 92/50 är tillämpligt, skall, för det andra, Irlands åtgärder bedömas enligt direktivet, inte enligt bestämmelserna om de grundläggande friheterna.

25. Dessutom anser Irland att kommissionens tillvägagångssätt strider mot principerna om insyn, skyddet för förväntningar och rättssäkerhet. I stället för att lägga fram ett förslag till en ändring av direktivet i nu ifrågavarande hänseende, vilket kommissionen var skyldig att göra enligt artikel 43 EG, har kommissionen följt "dimmiga koncept". För övrigt har kommissionen inte heller i det förslag som år 2004 ledde till antagandet av

direktiv 2004/18/EG tagit med någon ändring som motsvarar dess i detta mål redovisade uppfattning.

26. Kommissionen vill enligt Irland förmå domstolen att ersätta rådet som lagstiftare. Den syftar till att ålägga Irland skyldigheter som uttryckligen inte skall gälla enligt direktiv 92/50. Därmed har kommissionen också åsidosatt jämvikten mellan institutionerna. Om kommissionen anser att skyldigheten att infordra anbud härrör från principen om likabehandling uppkommer frågan vad det är för mening med direktivet.

C — *Intervenanterna*

27. Konungariket Danmark, Republiken Finland, Republiken Frankrike och Konungariket Nederländerna har intervenerat i målet till stöd för Irland.

28. Enligt *den danska, den finska, den franska och den nederländska regeringen* är enbart artiklarna 14 och 16 i direktivet tillämpliga på de omtvistade tjänsterna. Andra bestämmelser om offentliggörande är därför inte tillämpliga på oprioriterade tjänster. En skyldighet att alltid infordra anbud kan inte heller utläsas av domstolens

rättspraxis. Intervenanterna erinrar också om principen om rättssäkerhet som enligt deras mening åsidosätts om kommissionens vidsträckta tolkning godtas. I detta sammanhang erinrar intervenanterna också om att åsidosättande av förfarandebestämmelser för upphandlande myndigheter kan medföra skyldighet att utge skadestånd.

29. Enligt den danska regeringen kan någon skyldighet att genomföra ett visst upphandlingsförfarande inte utläsas av vare sig artikel 3 i direktivet eller artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG. Att föreskriva detaljerade bestämmelser om förfarandet vid upphandling av oprioriterade tjänster skulle dessutom strida mot principerna om proportionalitet och subsidiaritet.

30. Nationella åtgärder skall bedömas endast enligt harmoniseringsbestämmelser, inte också enligt primärrätten. Med den rättsuppfattning kommissionen företräder borde kommissionen följaktligen ha ifrågasatt direktivets giltighet.

31. Intervenanterna har för det första åberopat direktivets tillkomsthistoria och syfte. För det andra har de, med hänvisning till den i direktiv 92/50 föreskrivna skyldigheten till omprövning, erinrat om att kom-

missionen i det förslag till ändring av upphandlingsdirektiven som bland annat ledde till antagande av direktiv 2004/18/EG inte har tagit med någon ändring av det system enligt vilket oprioriterade tjänster även i fortsättningen omfattas av mindre stränga bestämmelser.

V — Bedömning

A — Föremålet för detta mål om fördragsbrott

32. Såvitt avser föremålet för detta mål om fördragsbrott är flera omständigheter ostridiga mellan parterna. Det är för det första ostridigt att den omtvistade tjänsten ingår i klass 913 i CPC (Central Product Classification). Den omfattas av kategori 27, Övriga tjänster, i bilaga 1 B i direktiv 92/50. Den skall följaktligen klassificeras som en oprioriterad tjänst. För det andra är det ostridigt att det i artikel 7.1 a i direktiv 92/50 fastställda tröskelvärdet i förevarande fall har överskridits.

33. Frågan huruvida den omtvistade tjänsten omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 och om den i detta hänseende omfattas av speciella regler är alltså relativt lätt att besvara. Däremot måste det utredas vilka andra bestämmelser i gemenskaps-

rätten som också skall tillämpas såsom bedömningskriterier. I ett mål om fördragsbrott bestäms prövningens omfattning av kärandens, i detta fall kommissionens, yrkande.

34. I sin ansökan har kommissionen yrkat att domstolen skall fastställa att gemenskapsrätten har åsidosatts i två avseenden. För det första har kommissionen påstått att de grundläggande friheterna, särskilt de som garanteras i artiklarna 43 EG och 49 EG, har åsidosatts. För det andra har kommissionen påstått att gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper, särskilt principerna om insyn och likabehandling (icke-diskriminering), har åsidosatts.

35. Under förhandlingen vid domstolen åberopade kommissionen dessutom ytterligare en bestämmelse, nämligen artikel 3.2 i direktiv 92/50. Enligt nämnda bestämmelse skall upphandlande myndigheter säkerställa att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika tjänsteleverantörer.

36. Kommissionen har hävdat att man från denna bestämmelse kan härleda en skyldighet som gäller alla tjänster och därmed även de omtvistade tjänsterna, alltså även oprioriterade tjänster.

37. Kommissionen har emellertid inte som stöd för sitt yrkande åberopat att artikel 3.2 i direktiv 92/50 har åsidosatts. Visserligen har kommissionen hänvisat till bestämmelsen även i sin ansökan⁶ men detta är inte tillräckligt. Med hänvisningen har kommissionen nämligen endast avsett att visa att det även i direktivet finns ett uttryckligt diskrimineringsförbud. Kommissionen torde anse detta vara en bekräftelse på att medlemsstaterna är skyldiga att beakta motsvarande allmänna rättsprinciper. Härtill kommer att kommissionen även i sitt motiverade yttrande endast har påstått att artiklarna 43 EG och 49 EG har åsidosatts.

38. Det påstådda åsidosättandet av de allmänna rättsgrundsatserna har kommissionen däremot behandlat inte bara i samband med den rättsliga bedömningen av de faktiska förhållandena, utan också i det avsnitt av ansökan i vilket kommissionen avslutningsvis har sammanfattat de bestämmelser som enligt dess mening har åsidosatts (punkt 56). Detsamma gäller påståendet om åsidosättande av artiklarna 43 EG och 49 EG.

39. Frågan vilka rättsverkningar artikel 3.2 i direktiv 92/50 kan medföra vid upphandling av oprioriterade tjänster behöver därför inte prövas.

B — Huruvida primärrätten kan tillämpas även när direktiven är tillämpliga

40. Förevarande mål rör inte frågan huruvida primärrätten kan tillämpas utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Denna fråga är, åtminstone i princip, redan besvarad. Enligt domstolens rättspraxis⁷ skall nämligen primärrätten tillämpas när en upphandling inte omfattas av något av direktiven. Målet gäller i stället frågan huruvida primärrättsliga bestämmelser är tillämpliga även på faktiska omständigheter som omfattas av direktiven.

41. Emellertid är inte heller detta rättsliga problem helt nytt. Det skall sålunda erinras om domstolens rättspraxis enligt vilken primärrättsliga bestämmelser, särskilt de som avser de grundläggande friheterna, skall tillämpas även på tjänster som omfattas av upphandlingsdirektiven.

42. Domstolen har sålunda i ett mål om fördragsbrott, som också avsåg Irland, fastslagit att "Irland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 30 i EEG-fördraget genom att i villkoren för anbud på ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg-

6 — Punkt 43.

7 — Domen i målet Coname (ovan fotnot 5), punkt 16, och dom av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike (REG 2005, s. I-8831), punkt 32.

och anläggningsarbeten tillåta införandet av en klausul, ...”⁸. Ett liknande avgörande har domstolen träffat i ett annat mål om fördragsbrott. I målet avseende Storebælt fastslog domstolen sålunda att artiklarna 30, 48 och 59 i EEG-fördraget hade åsidosatts.⁹

43. Till denna praxis kan läggas en nyligen meddelad dom i ett mål om fördragsbrott i vilken domstolen har fastslagit att artikel 49 EG har åsidosatts. I nämnda dom rörde det sig liksom i målet avseende Storebælt om innehållet i kravspecifikationen, särskilt om bedömningskriterier för tilldelning av tilläggsopäng¹⁰.

44. Domstolen har emellertid även i andra situationer fastslagit principen att även primärrätten kan vara tillämplig när ett direktiv skall tolkas.

45. En värdefull upplysning i detta hänseende finns i domen i målet *Hospital Ingenieure*. I nämnda dom har domstolen fastslagit att "[v]isserligen innehåller direktiv 92/50 inte någon specifik bestämmelse om de materiella eller formella villkoren för beslut att återkalla en anbudsinfordran, förutom

kravet på underrättelse om skälen för sådana beslut, men direktivet omfattas ändå av de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna, och särskilt av de principer om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster som stadfästs i EG-fördraget”.¹¹

46. I punkt 47 i nämnda dom har domstolen uttryckt sig mera allmänt med följande formulering: "Trots det förhållandet att det inte finns några specifika närmare bestämmelser om återkallelse av anbudsinfordringar för offentliga upphandlingar av tjänster i direktiv 92/50 ..."

47. Domstolen har i ytterligare ett avgörande bekräftat att även primärrätten skall tillämpas vid tolkningen av direktiv.¹² Att bekräftelsen gjordes i form av ett beslut visar att domstolen anser att åtminstone denna rättsfråga är klarlagd.

48. På liknande sätt har domstolen i domen i målet *Makedoniko Metro* fastslagit att "allmänna gemenskapsrättsliga principer ... även är tillämpliga vid förfaranden för offentlig upphandling, även om det i de gemenskapsrättsliga direktiven om offentlig

8 — Dom av den 22 september 1988 i mål 45/87, kommissionen mot Irland (REG 1988, s. 4929; svensk specialutgåva, volym 9, s. 631), punkt 27.

9 — Dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353; svensk specialutgåva, volym 14, s. 229).

10 — Dom av den 27 oktober 2005 i mål C-158/03 kommissionen mot Spanien (ej publicerad i rättsfallssamlingen, EUT C 330, 2005, s. 1), och i det parallella målet C-234/03, *Contse* (REG 2005, s. I-9315).

11 — Dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, *HI* (REG 2002, I-5553), punkt 42.

12 — Beslut av den 16 oktober 2003 i mål C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy* (REG 2003, s. I-12139), punkterna 31 och 33.

upphandling *inte finns några specifika bestämmelser som är tillämpliga*".¹³

49. Den i förevarande mål åberopade domen i målet Unitron¹⁴ gällde visserligen också insyn, men den avsåg förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet, inte principen om likabehandling i egenskap av allmän rättsprincip, alltså likhetsprincipen.

50. Det kan alltså konstateras att domstolen har bekräftat principen att primärrätten är tillämplig även på sådana upphandlingar som omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven. Det som skall prövas är emellertid räckvidden av denna princip. Enligt den princip som präglar förhållandet mellan primärrätt och sekundärrätt kan det inte komma i fråga att tillämpa primärrätten när de faktiska omständigheterna har harmoniserats fullständigt enligt sekundärrätten.¹⁵ Gemenskapsrätten innehåller alltså vissa begränsningar av möjligheten att vid tolkningen av ett direktiv beakta även primärrätten.

13 — Dom av den 23 januari 2003 i mål C-57/01, Makedoniko Metro och Michaniki (REG 2003, s. I-1091), punkt 69 (min kursivering).

14 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3-S (REG 1999, s. I-8291), punkt 30 och följande punkter.

15 — Dom av den 12 oktober 1993 i mål C-37/92, Vanacker und Lesage (REG 1993, s. I-4947), punkt 9, av den 13 december 2001 i mål C-324/99, DaimlerChrysler (REG 2001, s. I-9897), punkt 32, och av den 11 december 2003 i mål C-322/01, Deutscher Apothekerverband (REG 2003, s. I-14887), punkt 64.

51. Genom domstolens rättspraxis är det numera visserligen klarlagt att upphandlingsdirektiven inte innehåller några uttömmande bestämmelser avseende bedömningskriterier i kravspecifikationen och villkoren för att återkalla en anbudsinfordran. Det återstår emellertid att pröva hur bestämmelserna om skyldighet att lämna insyn skall bedömas när det gäller oprioriterade tjänster.

C — Huruvida bestämmelserna om skyldigheten att lämna insyn vid upphandling av oprioriterade tjänster i direktiv 92/50 är uttömmande

52. Utmärkande för förevarande mål är att det är fråga om tillämpning av primärrätt på en upphandling som är specialreglerad i ett upphandlingsdirektiv.

53. Kategorin oprioriterade tjänster är för övrigt inte den enda kategori upphandlingar för vilken upphandlingsdirektiven innehåller en specialreglering. Sålunda föreskrivs det i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (nedan kallat byggsamordningsdirektivet)¹⁶ mindre stränga regler för koncessioner för bygg- och anläggningsarbeten. Liksom i

16 — EGT L 199, s. 54.

artikel 9 i direktiv 92/50 föreskrivs i artikel 3.1 i byggsamordningsdirektivet vilka bestämmelser i direktivet som är tillämpliga. När det gäller oprioriterade tjänster skiljer sig byggsamordningsdirektivet emellertid såtillvida från direktiv 92/50 att det beträffande byggkoncessioner också krävs offentliggörande genom ett meddelande i förhand med ett visst minimiinnehåll (artikel 11 i direktiv 93/37).

54. För tydlighetens skull skall det anmärkas att detta mål inte gäller frågan huruvida de skyldigheter som i direktiv 92/50 har föreskrivits för prioriterade tjänster också skall tillämpas, direkt eller åtminstone analogt, på oprioriterade tjänster.

55. Det skall vidare erinras om att det inte är avgörande om direktivet i sin helhet skall kvalificeras som en fullständig harmoniseringsåtgärd, utan om just den del av direktivet som är tillämplig är en sådan harmoniseringsåtgärd. Det är till och med typiskt för gemenskapsrätten att det finns direktiv genom vilka vissa faktiska omständigheter uttömmande har reglerats, medan andra inte omfattas av harmoniseringen.¹⁷ Domstolen har sålunda beträffande ett av upphandlingsdirektiven fastställt att detta inte utgör en enhetlig och fullständig harmoniseringsåtgärd och att medlemsstaterna är skyldiga att beakta alla relevanta bestämmelser i gemenskapsrätten.¹⁸

56. Primärrättsliga bestämmelser är tillämpliga vid upphandling av oprioriterade tjänster i den mån som det *i detta hänseende* inte föreligger någon fullständig harmonisering. Däremot behöver direktiv 92/50 inte utgöra en fullständig harmoniseringsåtgärd beträffande oprioriterade tjänster. I detta mål skall det endast prövas huruvida bestämmelserna om skyldigheten att lämna insyn uttömmande har harmoniserats genom direktiv 92/50, såsom Irland, Frankrike och Nederländerna anser. Om så inte är fallet är domstolens ovannämnda rättspraxis i fråga om bedömningskriterier i kravspecifikationen och återkallelse av anbudsinfordran tillämplig.

57. I detta sammanhang måste för övrigt också domen i målet Contse nämnas. I nämnda dom har domstolen utgått från att de grundläggande friheterna är tillämpliga på oprioriterade tjänster. Endast som en randmärkning skall det här nämnas att bestämmelsen i artikel 9 i direktiv 92/50 innebär att inte ens de bestämmelser i direktiv 92/50 som behöver förtydligas när de skall tolkas är tillämpliga på bedömningskriterierna i kravspecifikationen.

17 — Se bland annat dom av den 19 mars 1998 i mål C-1/96, *Compassion in World Farming* (REG 1998, s. I-1251), punkterna 55 och 56, och av den 14 december 2004 i mål C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft* och *S. Spitz* (REG 2004, s. I-11763), punkt 53 och följande punkter.

18 — Se beträffande byggsamordningsdirektivet från 1971 dom av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86-29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles m.fl.* (REG 1987, s. 3347), punkt 15.

58. Detta mål gäller emellertid inte bedömningskriterier i kravspecifikationen eller återkallelse av en anbudsinfördran, utan en viss fråga om insyn, nämligen insyn genom utannonsering av en tjänst. Huruvida direktiv 92/50 utgör en fullständig harmonisering avseende den i förevarande fall relevanta skyldigheten att lämna insyn skall enligt domstolens rättspraxis bedömas inte bara enligt den relevanta bestämmelsens ordalydelse, utan sammanhanget och de mCEl som efterstrŠvas genom det regelverk i vilket bestŠmmelsen ingCEr skall ocksCE beaktas.¹⁹

59. Som domstolen redan har fastställt skall tolkningen ske med utgångspunkt i det tjugoförsta skälet till direktiv 92/50 och artikel 9 i detta direktiv.²⁰

60. I det tjugoförsta skälet till direktiv 92/50 anges att direktivet under en övergångstid skall tillämpas fullt ut endast på tjänster för vilka potentialen för handel över nationsgränserna kan komma att utnyttjas helt till följd av bestämmelserna i direktivet och att kontrakt avseende andra tjänster endast skall övervakas under denna period.

61. Av ordalydelsen i den centrala bestämmelsen, nämligen artikel 9 i direktiv 92/50, framgår tydligt att oprioriterade tjänster skall upphandlas enligt vissa uttryckligen angivna bestämmelser, nämligen artiklarna 14 och 16. Medan artikel 14 innehåller bestämmelser om "gemensamma tekniska bestämmelser" reglerar artikel 16 *vissa* aspekter på insyn. När det gäller insyn i upphandlingsförfarandet avseende oprioriterade tjänster har gemenskapslagstiftaren alltså inte hänvisat till avdelning V i direktivet, som har rubriken "Gemensamma regler för publicering", i dess helhet, utan endast till en del av avdelningen.

62. Gemenskapslagstiftaren har alltså medvetet bestämt sig för att endast vissa skyldigheter att lämna insyn skall tillämpas på oprioriterade tjänster. Sålunda föreskrivs exempelvis i artikel 16.1 att ett meddelande om resultatet av en upphandling skall skickas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.

63. Av central betydelse i detta mål är emellertid gemenskapslagstiftarens beslut att inte hänvisa till den viktiga bestämmelsen i artikel 11. I sistnämnda bestämmelse fastställs bland annat de villkor på vilka en upphandlande myndighet har rätt att välja ett förhandlat förfarande utan att utannonsera tjänsten i fråga. På grund härav kan en så kallad direkttilldelning, det vill säga en tilldelning utan anbudsinfördran, göras. Nämnda villkor har alltså inte gjorts tillämpliga på oprioriterade tjänster.

19 — Domen i målet *Compassion in World Farming* (ovan fotnot 17), punkterna 55 och 56., och dom av den 19 oktober 1995 i mål C-128/94, *Hönig* (REG 1995, s. I-3389), punkt 9.

20 — Dom av den 14 november 2002 i mål C-411/00, *Swoboda* (REG 2002, s. I-10567), punkterna 46 och 47.

64. Enligt artikel 16.2 gäller bestämmelserna i artiklarna 17–20 endast i fråga om prioriterade tjänster. I nämnda bestämmelser anges i huvudsak den mall som skall användas för offentliggörandet och de frister som skall iakttas.

65. Kommissionen har alltså rätt i att artiklarna 14 och 16 inte reglerar just den i detta mål omtvistade aspekten på insyn. Av detta drar kommissionen emellertid den förhastade slutsatsen att det redan därmed är aktuellt att tillämpa primärrätten. Först bör det emellertid prövas huruvida man av den omständigheten att endast vissa aspekter är uttryckligt reglerade kan dra slutsatsen att det inte är fråga om en fullständig harmonisering.

66. Detta är en fråga som föregår den huruvida oprioriterade tjänster på vilka de stränga bestämmelserna i direktiv 92/90 inte är tillämpliga åtminstone omfattas av de mindre stränga bestämmelserna i primärrätten.

67. Den föregående frågan skall besvaras på så sätt, att direktiv 92/50 inte innehåller uttömmande bestämmelser om insyn vid upphandling av oprioriterade tjänster och att även primärrätten därför skall tillämpas.

68. Den motsatta uppfattningen skulle annars leda till att upphandlingar som helt faller utanför tillämpningsområdet för direktiv 92/50, till exempel tjänstekoncessioner, skulle omfattas av strängare villkor, nämligen de som i rättspraxis har utvecklats i domarna i målen *Telaustria* och *Coname*, än kontrakt avseende oprioriterade tjänster. En alternativ lösning skulle kunna vara att vid upphandlingar utanför direktivets tillämpningsområde sänka kravet, det vill säga graden av insyn, och att tillämpa detta lägre krav eller ett något högre krav än detta, på upphandling av oprioriterade tjänster.

D — Konkret innehåll i den bestämmelse som påstås ha åsidosatts

69. För att kunna fastställa att gemenskapsrätten har åsidosatts måste domstolen först klargöra vad den bestämmelse som påstås ha åsidosatts innebär. Utan precisering av bedömningskriteriet går det nämligen inte att bedöma den berörda medlemsstatens handlande.

70. I ett mål om fördragsbrott skall käranden, i detta fall alltså kommissionen, när-

mare beskriva vari den skyldighet som har ålegat den anklagade medlemsstaten består.

71. Under det skriftliga förfarandet har kommissionen visserligen inte bara åberopat de skyldigheter som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG och av vissa allmänna rättsprinciper, utan den har åtminstone också nämnt att det av den rättspraxis som dessa primärrättsliga bestämmelser har gett upphov till framgår att en lämplig grad av insyn skall garanteras. I stort sett har kommissionen emellertid låtit sig nöja med detta konstaterande.

72. I detta sammanhang har kommissionen åberopat en dom²¹ avseende två mål om fördragsbrott. Det skall anmärkas att det i nämnda mål var fråga om en otvetydig skyldighet, nämligen en skyldighet som hade föreskrivits i direktiv 93/37. I direktivet föreskrevs uttryckligen en skyldighet att publicera ett meddelande om upphandlingen. Direktivet innehöll till och med vissa mallar med det minsta antal uppgifter som skulle publiceras.

73. I förevarande mål finns det inga sådana gemenskapsrättsliga bestämmelser. I det direktiv som här är tillämpligt har det sålunda inte föreskrivits att det skall ske någon utannonsering. Detsamma gäller enligt den rättspraxis som de grundläggande friheterna och allmänna rättsprinciper har

gett upphov till och som det ofta har hänvisats till i målet. Även av domstolens senaste principavgörande avseende denna fråga, domen i målet Coname, kan endast allmänna principer, men inga konkreta skyldigheter, utläsas.

74. Om detta mål om fördragsbrott hade gällt frågan huruvida en nationell bestämmelse om upphandling var förenlig med gemenskapsrätten, kunde kärandens bevisbörda ha underlättats. Målet gäller emellertid frågan om en sanktion för ett konkret handlande, i detta fall en konkret tilldelning. Kommissionens påståenden måste då vara i motsvarande grad konkreta.

75. Förevarande mål om fördragsbrott gäller visserligen *de iure* ett enstaka fall, men i praktiken rör det ett rättsligt problem som är av generell praktisk betydelse. Hur skall de många enskilda upphandlande myndigheterna och koncessionsgivarna i medlemsstaterna utforma sin upphandlingspraxis, när de rättsliga ramarna är så osäkra och när inte ens kommissionen, som i mål om fördragsbrott — och det redan under det administrativa förfarandet — är motpart till medlemsstaterna, konkret kan eller vill precisera vilka bestämmelser som skall beaktas. Den

21 — Dom av den 27 oktober 2005 i de förenade målen C-187/04 och C-188/04, kommissionen mot Italien (ej publicerad i rättsfallssamlingen, EUT C 36, 2006, s. 11).

omständigheten att det saknas ett tolkningsmeddelande och därför är oklart exakt vilken inställning kommissionen har får inte lända den berörda medlemsstaten till men. Just denna omständighet borde ha föranlett kommissionen att ange konkreta uppgifter om vari den skyldighet som den påstår har åsidosatts består.

76. Sett ur denna synpunkt passar även i detta mål följande konstaterande in på kommissionens agerande, vilket gjorts av generaladvokaten Jacobs i ett annat mål om fördragsbrott: "Kommissionen angav emellertid inte närmare på vilka konkreta sätt dessa krav skulle kunna uppfyllas."²²

77. Principen att en lämplig grad av insyn skall beaktas betyder alltså som regel publicering av ett meddelande om upphandlingen (anbudsinfordran). Avsteg från denna princip kan emellertid göras på grund av ett flertal undantag och rättfärdigande grunder som jag redan utförligt har redovisat i mitt förslag till avgörande inför domen i målet Coname²³ och i mitt denna dag avgivna förslag i det parallellt anhängiga målet om fördragsbrott, mål C-532/03²⁴. I det följande skall det alltså prövas om något av dessa undantag eller någon av dessa rättfärdigande grunder kan tillämpas i detta mål. Eftersom domstolen inte skall göra denna pröv-

ning ex officio grundar sig följande bedömning endast på de relevanta argument som har åberopats i målet.

78. Det skall till en början påpekas att den svarande medlemsstaten inte har kunnat visa att det föreligger någon vare sig i fördraget uttryckligen stadfast eller i rättspraxis godtagen rättfärdigande grund. Det har inte heller visats att något av de undantag som har föreskrivits i direktiven skulle kunna tillämpas.²⁵

79. Det kan nämligen inte uteslutas att det även finns fall i vilka ett upphandlingsförfarande får genomföras utan föregående offentliggörande, alltså utan en anbudsinfordran. Några omständigheter som motiverar ett sådant förfarande förelåg emellertid inte, eller har i varje fall inte visats föreligga, i förevarande fall.

80. Den omständigheten att graden av insyn är beroende av de konkreta omständigheterna vid upphandlingen, exempelvis föremålet för och värdet av denna, föranleder i förevarande fall inte bedömningen att det var berättigat att helt avstå från offentliggörande.

81. Även Irlands argument att kommissionens handlande strider mot principerna om skyddet för berättigade förväntningar och

22 — Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 21 april 2005 inför beslutet i mål C-174/03, *Impresa Portuale di Cagliari* (beslut av den 23 mars 2006, ej publicerat i rättsfallssamlingen), punkt 77.

23 — Mitt förslag till avgörande av den 12 april 2005 i målet Coname (domen fotnot 5), punkt 58 och följande punkter.

24 — Punkt 86 och följande punkter.

25 — Exempelvis artikel 11.3 i direktiv 92/50 och artikel 31 i direktiv 2004/18/EG.

82. rättssäkerhet skall behandlas. I detta hänseende skall det erinras om en omständighet som inte har förts på tal i målet. Den svarande medlemsstaten vidtog den av kommissionen klandrade åtgärden redan i maj år 1999, medan domen i målet *Telaustria*, i vilken den primärrättsliga principen om insyn fastslogs, meddelades först år 2000.

82. I detta hänseende skall det emellertid erinras om att domar avseende tolkning som meddelas i ett mål om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG principiellt har retroaktiv verkan. Från denna princip har inte gjorts något undantag vare sig i domen i målet *Telaustria* eller i domen i målet *Coname*. I ett mål om fördragsbrott enligt artikel 226 EG föreligger det inte någon sådan möjlighet att göra undantag.

83. Rättsfrågor avseende innebörden av domar genom vilka domstolen har fastställt skyldigheter för medlemsstaterna vilka dessa tidigare inte räknat med kan eventuellt klarläggas i ett nytt förfarande om fördragsbrott enligt artikel 228 EG. Detta kan dock endast komma i fråga om den första domen inte har följts. Ett klarläggande skulle då kunna vara en omständighet som skall beaktas vid bestämmandet av den ekonomiska sanktionen.

84. Sammantaget har prövningen av det handlande som kommissionen har klandrat alltså gett till resultat att det inte förelåg några omständigheter som berättigade att de omtvistade tjänsterna fick utföras utan någon som helst form av offentliggörande.

VI — Rättegångskostnader

85. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom Irland har tappat målet, skall Irland i enlighet med kommissionens yrkande förpliktas att ersätta kommissionens rättegångskostnader.

86. Konungariket Danmark, Republiken Finland, Republiken Frankrike och Konungariket Nederländerna har varit intervenienter i målet. Intervenienterna skall enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna bära sina kostnader.

VII — Förslag till avgörande

87. På grund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall

- 1) fastställa att Irland har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget genom att utan föregående anbudsinfordran ge An Post i uppdrag att utföra vissa tjänster, trots att det inte förelåg några omständigheter som rättfärdigade en tilldelning utan offentliggörande,
- 2) förplikta Irland att ersätta kommissionens rättegångskostnader, och
- 3) förordna att Konungariket Danmark, Republiken Finland, Republiken Frankrike och Konungariket Nederländerna skall bära sina kostnader.