

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JÁN MAZÁK

föredraget den 9 oktober 2007¹

I — Inledning

anläggningsarbeten,³ genom att inte upphäva lagdekret nr 48051 av den 21 november 1967, enligt vilket det krävs att uppsåt eller oakt-samhet har visats för att skadestånd skall medges till personer som lidit skada genom åsidosättande av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller de nationella bestämmelserna om genomförande av dessa.

II — Tillämpliga bestämmelser

1. Förevarande talan väcktes av kommissionen den 7 februari 2006 med stöd av artikel 228 EG. Kommissionen har fastställt att Republiken Portugal inte har vidtagit tillräckliga åtgärder för att följa domstolens dom av den 14 oktober 2004 i mål C-275/03, kommissionen mot Portugal,² samt yrkat att Portugal skall föreläggas ett vite. I den domen slog domstolen fast att Republiken Portugal hade underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artiklarna 1.1 och 2.1 c i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och

2. I artikel 1.1 i direktiv 89/665, i dess ändrade lydelse, föreskrivs att "[m]edlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av direktiv 71/305/EEG, 77/62/EEG och 92/50/EEG, kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt ...".

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Dom av den 14 oktober 2004 i mål C-275/03, kommissionen mot Portugal (ej publicerad i rättsfallssamlingen).

3 — EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48.

3. Enligt artikel 2.1 i direktiv 89/665 skall "[m]edlemsstaterna ... se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

5. I artikel 81 i direktiv 2004/18 föreskrivs att "[e]nligt ... direktiv 89/665/EEG ... skall medlemsstaterna genom effektiva, tillgängliga och klara och tydliga mekanismer se till att detta direktiv genomförs".

...

6. Hänvisningen i artikel 1.1 i direktiv 89/665 till direktiv 71/305 skall läsas som en tolkning till direktiv 2004/18.⁷

c) ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse."

III — Det administrativa förfarandet och yrkandena

4. Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten⁴ upphävdes genom rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten,⁵ som i sin tur upphävdes genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, som trädde i kraft den 31 januari 2006.⁶

7. Genom en skrivelse av den 4 november 2004 erinrade kommissionen de portugisiska myndigheterna om lydelsen av domen i mål C-275/03 och det faktum att Portugal enligt artikel 228 EG har en skyldighet att vidta de åtgärder som krävs för att följa domen. Kommissionen anmodade de portugisiska myndigheterna att senast den 15 januari 2005 informera den om vilka åtgärder som vidtagits.

4 — EGT L 185, s. 5.

5 — EGT L 199, s. 54.

6 — EUT L 134, s. 114.

7 — Se artikel 81 i direktiv 2004/18.

8. Den 19 november 2004 tillställde de portugisiska myndigheterna kommissionen en kopia av ett förslag till ny lag om utomobligatoriskt civilrättsligt skadeståndsansvar för staten och andra offentliga organ. De portugisiska myndigheterna bad kommissionen att meddela om den ansåg att lagförslaget skulle säkerställa ett korrekt och fullständigt införlivande av direktiv 89/665. Dessutom begärde de portugisiska myndigheterna genom en skrivelse av den 12 januari 2005 att kommissionen skulle avstå från att vidta åtgärder enligt artikel 228 EG till dess den nya lagstiftande församlingen tillträtt efter valet den 20 februari 2005, så att förfarandet för att anta lagen om statens utomobligatoriska skadeståndsansvar skulle kunna genomföras under första halvåret år 2005.

9. Den 21 mars 2005 skickade kommissionen en formell underrättelse till de portugisiska myndigheterna och meddelade att det faktum att det portugisiska parlamentet (Assembleia da República Portuguesa) upplösts och val genomförts inte ursäktade Portugals underlåtenhet att fullgöra sina skyldigheter enligt direktiv 89/665 och iaktta de tidsfrister som anges i det direktivet. Kommissionen förklarade även att den föreslagna lagen i alla händelser inte överensstämde med direktiv 89/665. Kommissionen informerade de portugisiska myndigheterna om att den ansåg att Portugal, mot bakgrund av att kommissionen inte fått några uppgifter om åtgärder som vidtagits för att följa domen i mål C-275/03, hade underlåtit att fullgöra

sina skyldigheter enligt artikel 228.1 EG. Kommissionen anmodade Portugal att yttra sig över saken inom två månader. De portugisiska myndigheterna erinrades även om att domstolen enligt artikel 228.2 EG kan förelägga en ekonomisk sanktion. Kommissionen meddelade att den hade för avsikt att föreslå domstolen det standardbelopp eller vite som den anser att Portugal under rådande omständigheter bör föreläggas.

10. De portugisiska myndigheterna besvarade kommissionens formella underrättelse genom skrivelse av den 25 maj 2005. Kommissionen ansåg inte att svaret var tillfredsställande och avgav den 13 juli 2005 ett motiverat yttrande i vilket den förklarade att Portugal inte hade vidtagit de åtgärder som krävdes för att följa domstolens dom i mål C-275/03 och hade underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 228.1 EG. Den fastställde en tidsfrist på två månader inom vilken Republiken Portugal skulle vidta de åtgärder som krävdes för att följa domen i mål C-275/03. Kommissionen informerade även Portugal om att domstolen, för det fall att talan väcktes vid denna, kunde förelägga ekonomiska sanktioner och att kommissionen själv tänkte föreslå det standardbelopp eller vite som borde föreläggas.

11. I sitt svar på det motiverade yttrandet, daterat den 12 december 2005, påpekade

de portugisiska myndigheterna att förslaget till lag om statens utomobligatoriska skadeståndsansvar, genom vilket bland annat lagdekret 48051 upphävs, redan lagts fram för slutligt godkännande av det portugisiska parlamentet. Kommissionen ansåg att Republiken Portugal inte hade följt domstolens dom i mål C-275/03 och beslutade att väcka förevarande talan.

åtgärder som krävs för att följa domen i mål C-275/03, från den dag som domstolen ... meddelar dom i förevarande mål till den dag som domen i mål C-275/03 har följts,

- förplikta Republiken Portugal att ersätta rättegångskostnaderna.”

12. Kommissionen har genom sin ansökan yrkat att domstolen skall

13. Republiken Portugal har yrkat att domstolen skall:

- ”— fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 228.1 i EG-fördraget genom att inte vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom i mål C-275/03,

”1. Ogilla samtliga kommissionens yrkanden såsom orgrundade, och

- a) fastställa att Republiken Portugal har vidtagit alla åtgärder som krävs för att följa domstolens dom ... i mål C-275/03 ... och således förklara att kommissionens första yrkande är orgrundat,
 - b) befria Republiken Portugal från skyldigheten att betala ... ett
- ålägga Republiken Portugal att till kommissionen, på kontot ’Europeiska gemenskapens egna medel’, som nämns i artikel 9 i rådets förordning (EG, Euratom) nr 1150/2000, betala ett vite om 21 450 euro per dag som nämnda medlemsstat underlåter att vidta de

vite på 21 450 euro per dag som underlåtenheten att följa domen i mål C-275/03 kvarstår, från den dag domstolen meddelar dom i förevarande mål till den dag domen i mål C-275/03 har följts, och således ogilla kommissionens andra yrkande såsom ogrundat.

2. I andra hand, för det fall att Republiken Portugals ståndpunkt inte godtas – [*quod non*] – sätta ned det angivna vitesbeloppet, eftersom det är klart för högt, och fastställa den tillämpliga koeficienten för svårighetsgrad till en nivå som inte överskrider 4 (fyra), fastställa vitesbetalningen på årsbasis och ställa in vitesbetalningen till dess att de rättsakter som under tiden antagits av den portugisiska staten har trätt i kraft.”

IV — Fullgörelse av de skyldigheter som följer av artikel 228.1 EG

A — Parternas argument

14. Kommissionen har gjort gällande att Portugal inte har vidtagit de åtgärder

som krävs för att följa domstolens dom i mål C-275/03, eftersom medlemsstaten inte har upphävt lagdekret nr 48051. Kommissionen anser inte att den föreslagna lagen om statens och andra offentliga organs utomobligatoriska skadeståndsansvar, som den portugisiska regeringen lagt fram för det portugisiska parlamentet, innebär att den domen följs. Eftersom inte heller några andra åtgärder har anmälts till kommissionen anser den alltså att Republiken Portugal har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 228.1 EG.

15. Portugal anser att förslaget till lag nr 56/X om statens och andra offentliga organs utomobligatoriska skadeståndsansvar, som antogs enhälligt av det portugisiska parlamentet den 6 april 2006 och som kommer att träda i kraft inom kort, innebär att direktiv 89/665 införlivas på ett korrekt sätt. Portugal anser också att det lagstiftningssystem som landet under tiden infört innebär ett korrekt införlivande av direktiv 89/665 och att medlemsstaten därmed till fullo följer domen i mål C-275/03. I det avseendet har Portugal förklarat att artiklarna 22 och 271 i Republiken Portugals konstitution (CRP) och den nya förvaltningsprocesslagen (CPTA) säkerställer en tillräcklig efterlevnad av domen i mål C-275/03. Medlemsstaten har vidare förklarat att det enligt fast rättspraxis från de portugisiska domstolarna finns ett antagande om fel vid rättsstridiga handlanden från förvaltningens sida.

B — *Bedömning*

16. Det åligger kommissionen att inom ramen för förfarandet enligt artikel 228 EG förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna bedöma i vilken utsträckning en medlemsstat har följt en fördragsbrottsdom. När kommissionen har lagt fram tillräcklig bevisning för att fördragsbrottet fortfarande kvarstår ankommer det vidare på den berörda medlemsstaten att på ett sakligt och detaljerat sätt bemöta de presenterade uppgifterna och de slutsatser som dragits med stöd av dessa.⁸

17. Domstolen konstaterade i domslutet i domen i mål C-275/03 att Republiken Portugal hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 1.1 och 2.1 c i rådets direktiv 89/665/EEG genom att inte upphäva lagdekret nr 48051, vilken kräver att uppsåt eller oaktsamhet har visats för att skadestånd skall medges till personer som lidit skada genom åsidosättande av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller de nationella bestämmelserna om genomförande av dessa.

18. Med hänsyn till lydelsen av domslutet i domen i mål C-275/03, anser jag att det

inom ramen för förevarande förfarande, som gäller underlåtenheten att fullgöra skyldigheter enligt artikel 228.1 EG, är nödvändigt att utreda om Republiken Portugal har följt den domen och, i synnerhet, om lagdekret nr 48051 har upphävts.

19. Referensdagen för bedömningen av en eventuell underlåtenhet att fullgöra skyldigheter enligt artikel 228.1 EG är den dag då den frist som fastställdes i det motiverade yttrande som meddelades enligt den artikeln löper ut. Eftersom kommissionen har yrkat att Republiken Portugal skall föreläggas ett vite, skall det vidare fastställas om den påstådda underlåtenheten att fullgöra skyldigheter kvarstod vid tidpunkten för domstolens förhandling i förevarande mål.

20. I förevarande mål framgår det av kommissionens, och även av Portugals, skriftliga yttranden att även om lagförslaget om upphävande av lagdekret nr 48051 för närvarande behandlas av det portugisiska parlamentet, så har det ännu inte slutgiltigt antagits. Den portugisiska regeringen medgav själv i sitt skriftliga yttrande att för att förslaget till lag nr 56/X skall träda i kraft krävs bland annat att det undertecknas av Presidente da República (republikens president) och offentliggörs i *Diário da República*

⁸ — Dom av den 18 juli 2006 i mål C-119/04, kommissionen mot Italien (REG 2006, s. I-6885), punkt 41.

(Portugals officiella tidning). Vid utgången av den tidsfrist som anges i det motiverade yttrandet av den 13 juli 2005 hade Republiken Portugal ännu inte vidtagit dessa nödvändiga steg i lagstiftningsprocessen.

21. Vid den muntliga förhandlingen som hölls den 5 juli 2007 svarade ombudet för Republiken Portugal vidare, när det direkt påpekades att lagdekret nr 48051 fortfarande var gällande vid tidpunkten för förhandlingen, att Republiken Portugal har för avsikt att ändra det nuvarande systemet genom att anta förslaget till lag nr 56/X. Det är således utrett att Republiken Portugal den 5 juli 2007 inte hade upphävt lagdekret nr 48051. Vid den tidpunkten kvarstod dessutom Portugals skyldighet att införliva artiklarna 1.1 och 2.1 c i direktiv 89/665.⁹

22. Den portugisiska regeringens argument med utgångspunkt från artiklarna 22 och 271 CRP, CPTA och rättspraxis angående felpresumtionen från de portugisiska domstolarna¹⁰ är enligt min uppfattning rättsligt irrelevanta och obefogade inom ramen för förevarande förfarande. Som jag ser det är de

berörda argumenten ett försök från Portugals sida att återuppta förfarandet i mål C-275/03 och att åstadkomma en omprövning av frågor som redan diskuterats av parterna och som alltså prövades av domstolen i samband med att den meddelade sitt slutliga avgörande i det målet.

23. Mot bakgrund av ovanstående överväganden måste slutsatsen bli att Republiken Portugal inte har vidtagit de åtgärder som krävs för att följa domen i mål C-275/03, i fråga om att införliva artiklarna 1.1 och 2.1 c i direktiv 89/665, och således har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 228.1 EG.

24. Eftersom det därmed visats att Republiken Portugals underlåtenhet att fullgöra skyldigheter kvarstod vid tidpunkten för domstolens förhandling i förevarande mål skall det vitesbelopp kommissionen föreslagit nu prövas.

V — En lämplig ekonomisk sanktion

A — Parternas argument

25. Med utgångspunkt från den beräkningsmetod som beskrivs i kommissionens

9 — Dessa bestämmelser har inte upphävts under mellantiden.

10 — Se punkt 15 ovan.

meddelande 96/C 242/07 av den 21 augusti 1996 om genomförandet av artikel [228 EG]¹¹ och meddelande 97/C 63/02 av den 28 februari 1997 om metod för beräkning av vite enligt artikel [228 EG],¹² har kommissionen föreslagit att domstolen skall förelägga Republiken Portugal ett vite om 21 450 euro per dag som domen i mål C-275/03 inte följs. Vitet skall utgå från den dag dom meddelas i förevarande mål till dess att domen i mål C-275/03 följs.

26. Kommissionen anser att ett vitesbelopp är det lämpligaste sättet att snarast möjligt bringa det fastställda fördragsbrottet att upphöra. Ett vitesbelopp om 21 450 euro per dag som domen inte följs är lämpligt med hänsyn till behovet av att säkerställa sanktionens effektivitet och står i relation till fördragsbrottets allvar och varaktighet. Enligt kommissionen skall beloppet beräknas genom att den enhetliga basen på 500 euro multipliceras med koefficienten 11 (på en skala från 1 till 20) avseende fördragsbrottets svårighetsgrad, en koefficient på 1 för dess varaktighet och en koefficient på 3,9 (grundad på Portugals bruttonationalprodukt (BNP) och en viktning av dess röstetal i rådet), som speglar Portugals betalningsförmåga.

27. I fråga om fördragsbrottets svårighetsgrad har kommissionen förklarat att den 12 oktober 2005, den dag kommissionen beslutade att väcka förevarande talan, hade 11 månader förflutit sedan dom meddelades i mål C-275/03. Kommissionen inleder, i linje med sina riktlinjer från mars 2001, beräkningen av varaktigheten av ett fördragsbrott enligt artikel 228 EG från den sjunde månaden efter den dag då domstolen fastställde överträdelsen av gemenskapsrätten. I förevarande mål leder en multiplikation av ”koefficienten 0,1 med 5 månader (november 2004 till maj 2005) till resultatet 0,5”. Koefficienten för varaktighet skall således vara 1 eller minimifaktorn.

28. Beträffande fördragsbrottets svårighetsgrad anser kommissionen att två faktorer skall beaktas vid fastställelsen av vitesbeloppet, nämligen betydelsen av de gemenskapsrättsliga bestämmelser som åsidosatts och fördragsbrottets effekt på allmänna och enskilda intressen. Enligt det tredje skälet i direktiv 89/665 krävs ”[d]å man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna, ... en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig

11 — EGT C 242, 1996, s. 6.

12 — EGT C 63, 1997, s. 2.

upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler". Kommissionen anser att de regler som åsidosatts är av stor vikt och att fördragsbrottet kan ha betydande effekt på allmänna och enskilda intressen. Härvidlag kan nämnas att området för offentliga upphandlingar år 2002 motsvarade 13,2 procent av Portugals BNP.¹³ Utan att det påverkar vad som sagts ovan och mot bakgrund av, för det första, att domstolen för första gången i mål C-275/03 meddelade ett avgörande angående frågan om de nationella bestämmelser som villkorar beviljandet av skadestånd till personer som drabbats av skada till följd av ett åsidosättande av gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling, eller nationella bestämmelser om införlivandet av dessa, om huruvida uppsåt eller oaktsamhet är förenliga med artiklarna 1.1 och 2.1 c i direktiv 89/665 och, för det andra, att den överträdelse som ledde till domen i mål C-275/03, i Portugals fall, utgör ett isolerat fall av inkorrekt införlivande av gemenskapens direktiv om offentlig upphandling, anser kommissionen att koefficienten för svårighetsgrad i detta fall bör vara 11.

29. Kommissionen påpekade i sitt svar, i motsats till vad Portugal har gjort gällande,¹⁴ att punkt 13.3 i 2005 års meddelande från Kommissionen – Tillämpning av artikel 228 i EG-fördraget¹⁵ (nedan kallat 2005 års meddelande), enligt vilken det är möjligt att

anpassa referensperioden för bedömningen av överträdelsens varaktighet efter det att domen enligt artikel 228 EG har meddelats, inte skall tillämpas i förevarande mål. Kommissionen anser också att omständigheterna i mål C-278/01, kommissionen mot Spanien,¹⁶ där domstolen slog fast att fördragsbrottet i det fallet bara kunde fastställas på årsbasis, skiljer sig i sak från dem i förevarande mål, som gäller antagandet av bestämmelser för att på ett korrekt sätt införliva direktiv 89/665 med nationell rätt.

30. Kommissionen anser dessutom, även i detta fall i motsats till Portugal,¹⁷ inte att det är nödvändigt att avbryta föreläggandet av vitet i förevarande mål i enlighet med punkt 13.4 i 2005 års meddelande. I punkt 13.4 i 2005 års meddelande föreskrivs att ett vite kan avbrytas exempelvis när en viss tid måste förflyta för att det skall vara möjligt att konstatera att alla nödvändiga åtgärder har vidtagits för att följa en dom. Eftersom förevarande mål gäller införlivandet av ett direktiv kan kommissionen omedelbart ta hänsyn till de nationella införlivandebestämmelserna när de anmäls.

13 — Vilket är något under genomsnittet i gemenskapen, som ligger på 16 procent.

14 — Se punkt 33 nedan.

15 — SEK(2005) 1658.

16 — Dom av den 25 november 2003 i mål C-278/01, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-14141), punkt 51.

17 — Se punkt 34 nedan.

31. Portugal anser att det vitesbelopp som har föreslagits av kommissionen, och i synnerhet koefficienten 11 för svårighetsgrad, är uppenbart oproportionellt och för högt med hänsyn till omständigheterna i förevarande mål. Enligt den portugisiska regeringen framstår åläggandet av ett civilrättsligt skadeståndsansvar, inom ramen för direktiv 89/665, som ett instrument i den offentliga upphandlingspolitiken. Det instrumentet bör dock inte ses som avgörande för denna politik. Syftet med den offentliga upphandlingspolitiken är i första hand att garantera att förfarandena för tilldelning av offentliga kontrakt är lagenliga. Möjligheten att ålägga förvaltningen ett skadeståndsansvar bör ses som ett sekundärt instrument för att skydda de skadelidandes intressen. Portugal anser vidare att det är tveksamt om överträdelsen har haft någon inverkan på allmänna och enskilda intressen eftersom de portugisiska domstolarna i sin fasta rättspraxis har erkänt att det föreligger ett antagande om fel i fråga om rättsstridiga handlanden från förvaltningens sida, som helt i linje med kraven i direktiv 89/665 gör det lättare att bevilja enskilda skadelidande ersättning.

32. Portugal har förklarat att förevarande mål skiljer sig från andra mål som domstolen avgjort enligt artikel 228 EG, eftersom det inte gäller en felaktig tillämpning av gemenskapsrätten, utan snarare ett påståande om att ett direktiv införlivats på fel sätt. Portugal

anser att detta bör ses som en förmildrande omständighet. Dessutom gäller förevarande mål inte heller grundläggande intressen som folkhälsa eller enskildas fysiska integritet, till skillnad från vad som var fallet i de andra mål som avgjorts av domstolen, där kommissionen föreslog lägre koefficienter för svårighetsgrad. Förevarande mål gäller inte heller någon känslig fråga som omfattas av gemenskapens exklusiva behörighet och som redan uttömmande reglerats och prövats i gemenskapens rättspraxis. Portugal anser därför att det är förvånande att kommissionen har föreslagit en koefficient på 11 för svårighetsgrad i ett mål som gäller en partiell underlåtenhet att införliva direktiv 89/665. Enligt Portugals uppfattning bör koefficienten för svårighetsgrad i förevarande mål därför inte överskrida 4.

33. Portugal anser vidare, med hänvisning till punkt 13.3 i 2005 års meddelande, som ersatte meddelande 96/C 242/07 och 97/C 63/02, att det lämpliga tidsintervallet för att bedöma efterlevnaden av direktiv 89/665 i förevarande mål bör vara årligen och inte dagligen, som kommissionen har föreslagit.

34. Portugal anser dessutom att vitet i förevarande mål bör skjutas upp i enlighet med punkt 13.4 i 2005 års meddelande. Genom att anta förslaget till lag nr 56/X, har Portugal

säkerställt att alla nödvändiga åtgärder har vidtagits för att följa domstolens dom i mål C-275/03. Det krävs bara att någon tid förflyter för att lagtexten skall antas.

B — *Bedömning*

35. Om domstolen skulle finna att Republiken Portugal inte har följt domen i mål C-275/03, kan den, enligt artikel 228.2 tredje stycket, förelägga staten att betala ett standardbelopp eller ett vite.¹⁸

36. Enligt domstolens fasta rättspraxis ankommer det på denna att, med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet, bedöma vilka ekonomiska sanktioner som skall vidtas.¹⁹ Domstolen är alltså exklusivt behörig att fastställa en sanktion enligt artikel 228 EG. Vid utövandet av sin sköns-

mässiga befogenhet skall domstolen fastställa standardbeloppet eller vitesbeloppet så att det är anpassat till omständigheterna och proportionellt, både i förhållande till den konstaterade underlåtenheten och den berörda medlemsstatens betalningsförmåga. I det avseendet är kommissionens förslag angående ekonomiska sanktioner inte bindande för domstolen, utan en användbar utgångspunkt.²⁰ Kommissionens meddelanden angående artikel 228 EG är inte bindande för domstolen, utan tjänar till att säkerställa insyn, förutsebarhet och rättssäkerhet vad gäller kommissionens handlande.²¹

37. I förevarande mål baserade kommissionen sitt förslag avseende de ekonomiska sanktioner som skulle åläggas Portugal bland annat på sina meddelanden 96/C 242/07 och 97/C 63/02. Det bör noteras att den 7 februari 2006, den dag då ansökan i förevarande förfarande inkom till domstolen, var dessa meddelanden inte längre gällande utan hade ersatts av 2005 års meddelande som trädde i kraft den 1 januari 2006.²²

38. Jag anser att det i förevarande mål är lämpligt att domstolen, bland annat,

18 — Dom av den 12 juli 2005 i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2005, s. I-6263), särskilt punkterna 80–82.

19 — Domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 18), punkt 86.

20 — Dom av den 4 juli 2000 i mål C-387/97, kommissionen mot Grekland (REG 2000, s. I-5047), punkt 89.

21 — Domen i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 20), punkt 87.

22 — Se punkt 25 i 2005 års meddelande.

använder det senare meddelandet av år 2005, tillsammans med parternas yttranden, som utgångspunkt för att fastställa om en ekonomisk sanktion bör föreläggas i förevarande mål, och om så är fallet, sanktionens belopp. När jag drar den slutsatsen anser jag inte att kommissionens hänvisning till sina tidigare meddelanden hindrade Portugal från att tillvarata sina intressen under förevarande förfarande och att principerna om insyn, förutsebarhet och rättssäkerhet har iakttagits. Portugal har för egen del i sitt skriftliga yttrande påpekat att 2005 års meddelande ersatt kommissionens tidigare meddelanden och medlemsstaten återopade, vilket framgår av Portugals argumentation, faktiskt särskilt punkterna 13.3 och 13.4 i 2005 års meddelande. Enligt min uppfattning var Portugal fullt medveten om innehållet i 2005 års meddelande och att det kunde användas som utgångspunkt för domstolens föreläggande av ekonomiska sanktioner.

39. För att förfarandet för verkställighet i artikel 228 EG skall tillämpas på ett konsekvent sätt anser jag att det skall ses som ett redskap för att till fullo genomföra syftena med förfarandet i artikel 226 EG, nämligen att bringa överträdelser av gemenskapsrätten att upphöra och samtidigt avhålla medlemsstater från att underlåta att följa domsto-

lens domar om fastställelse av brott mot gemenskapsrätten enligt artikel 226 EG.

40. På det konkreta planet syftar förfarandet i artikel 228.2 EG till att förmå en felande medlemsstat att följa en dom där det fastställs att den underlåtit att fullgöra sin skyldigheter, och att därmed säkerställa att gemenskapsrätten faktiskt tillämpas av den staten. De sanktioner som anges i bestämmelsen, nämligen ett standardbelopp och en vitesbetalning, syftar båda till att uppnå detta syfte. Syftet med att förelägga vite och/eller ett standardbelopp är att utöva ekonomiska påtryckningar på medlemsstaten för att förmå den att upphöra med det fastställda fördragsbrottet. De ekonomiska sanktioner som vidtas måste därför bestämmas med hänsyn till den övertalning som krävs för att den berörda medlemsstaten skall ändra sitt beteende.²³

41. I domen i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike, konstaterade domstolen att medan ett vitesföreläggande kan vara särskilt lämpligt för att förmå en medlemsstat att snarast upphöra med ett fördragsbrott som, i avsaknad av en sådan åtgärd, skulle tendera att bestå, baserar sig ett föreläggande att betala ett engångsbelopp snarare på bedömningen av de konsekvenser den berörda

²³ — Dom av den 14 mars 2006 i mål C-177/04, kommissionen mot Frankrike (REG 2006, s. I-2461), punkterna 59 och 60.

medlemsstatens underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter har för privata och offentliga intressen, särskilt när fördragsbrottet har pågått under en lång tid efter avkunnandet av den dom i vilken fördragsbrottet ursprungligen fastställdes.²⁴

42. Mot bakgrund av omständigheterna i förevarande mål anser jag att föreläggandet av ett vite är ett lämpligt sätt att förmå eller övertala Portugal att ändra sitt agerande och fullgöra sina skyldigheter enligt artiklarna 1.1 och 2.1 c i direktiv 89/665. Jag anser att det i förevarande förfarande är tillräckligt styrkt att det föreligger en verklig risk för att den berörda överträdelsen skall kvarstå om inte Portugal föreläggs ett vite. I det avseendet framkom det vid förhandlingen den 5 juli 2007 att Republiken Portugal inte hade vidtagit de åtgärder som krävdes för att följa domen i mål C-275/03, trots upprepade uttalanden tidigare om att sådana åtgärder var omedelbart förestående.

43. Beträffande vitesbeloppet är de grundkriterier som skall beaktas för att säkerställa vitets tvingande karaktär i syfte att uppnå en enhetlig och effektiv tillämpning av gemenskapsrätten, i princip, överträdelsens varaktighet, dess svårighetsgrad och den berörda medlemsstatens betalningsförmåga. Vid tillämpningen av dessa kriterier skall särskild hänsyn tas till de konsekvenser som underlåtenheten att följa domen har för privata och offentliga intressen samt till hur brådskanie det är att få den berörda medlemsstaten att uppfylla sina skyldigheter.²⁵

44. Kommissionen har förklarat att koefficienten för överträdelsens varaktighet bör fastställas till 1 i förevarande förfarande. Som framgår av kommissionens yttranden beräknades den koefficienten med utgångspunkt från bland annat den dag då kommissionen beslutade att inleda förevarande förfarande, det vill säga den 12 oktober 2005. Jag anser inte att kommissionens förslag i fråga om varaktigheten är godtagbart. Förutom att kommissionen faktiskt inte väckte förevarande talan förrän den 7 februari 2006, förklarade domstolen i domen i mål C-177/04, kommissionen mot Frankrike, att varaktigheten av en överträdelse enligt artikel 228 EG skall bedömas med utgångspunkt från den tidpunkt då domstolen bedömer de faktiska

24 — Se punkt 81.

25 — Domen i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 20), punkt 92.

omständigheterna, inte den tidpunkt då kommissionen väckte talan.²⁶

46. Under dessa omständigheter anser jag att koefficienten 2 framstår som lämplig för överträdelsens varaktighet.

45. För att följa domen i mål C-275/03 krävdes i förevarande mål endast att Portugal skulle vidta åtgärder för att införliva artiklarna 1.1 och 2.1 c i direktiv 89/665 med den nationella rättsordningen, och i synnerhet att lagdekret nr 48051 upphävdes. Portugals underlåtenhet att slutgiltigt vidta de lagstiftningsåtgärder som krävs för att följa domen i mål C-275/03, som meddelades den 14 oktober 2004, har uppenbarligen pågått en avsevärd tid. Vid tidpunkten för den muntliga förhandlingen i förevarande mål hade närmare tre år förflutit sedan dom meddelades i mål C-275/03.²⁷

47. I fråga om överträdelsens svårighetsgrad anser jag inte att kommissionens förslag på koefficienten 11, på en skala från 1 till 20, i fråga om svårighetsgrad är lämpligt. Jag anser att det är uppenbart att den koefficienten är för hög, mot bakgrund av omständigheterna i förevarande mål och tidigare rättspraxis från domstolen.

48. I fråga om denna rättspraxis har den portugisiska regeringen enligt min uppfattning korrekt påpekat att en lägre koefficient för svårighetsgrad har tillämpats av domstolen i mål som gällt bland annat hot mot folkhälsan, skador på miljön och utarmning av fiskebestånd.²⁸ Jag anser således att koefficienten fyra som föreslagits av den portugisiska regeringen är lämpligare i förevarande mål.

26 — Se punkt 71. Som jag ser det är tidpunkten för domstolens bedömning av de faktiska omständigheterna ett icke identifierbart datum som parterna inte känner till. Med avseende på fastställelsen av ett vite enligt artikel 228 EG anser jag därför att överträdelsens varaktighet skall bedömas med utgångspunkt från dagen för förhandlingen i målet, eller om förhandling inte hålls, den dag det skriftliga förfarandet avslutas.

27 — Se, analogt, domen i mål C-177/04, kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 23), punkterna 73 och 74. I det målet fann domstolen att koefficienten 3 skulle tillämpas för överträdelsens varaktighet när underlåtenheten att vidta åtgärder för införlivande kvarställt i närmare fyra år.

28 — I det avseendet har Portugal påpekat att kommissionen i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 20), föreslog koefficienten 6 för svårighetsgrad i fråga om ett fördragsbrott som utgjorde en fara för människors hälsa och skadade miljön och inga åtgärder vidtagits för att följa den tidigare domen. I domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 16), föreslog kommissionen koefficienten 4 avseende svårighetsgraden i fråga om en underlåtenhet att införliva ett direktiv om kvaliteten på badvatten, som alltså gällde skyddet för miljö och folkhälsa. Dessutom föreslogs i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 18), som gällde den gemensamma fiskopolitiken, koefficienten 10 för svårighetsgrad.

49. Även om åsidosättandet av direktiv 89/665 tycks vara partiellt, så tillvida att förevarande förfarande och förfarandet i mål C-275/03 gällde artiklarna 1.1 och 2.1 c i det direktivet och inte direktivet i sin helhet, anser jag att koefficienten 4 i fråga om svårighetsgrad är motiverad med tanke på de berörda bestämmelsernas betydelse, som innehåller föreskrifter om att åtgärder skall vidtas avseende skadestånd till personer som lidit skada på grund av att reglerna om offentlig upphandling åsidosatts.²⁹

50. I samband med denna slutsats vill jag betona att jag inte instämmer i Portugals påståenden, som antyder att gemenskapens politik om offentlig upphandling inte är av någon större betydelse. Politiken om offentlig upphandling är enligt min uppfattning central för att säkerställa att konkurrensen på den gemensamma marknaden

inte snedvrids.³⁰ Jag anser vidare, i motsats till Portugal,³¹ att möjligheten för privata aktörer att begära prövning av beslut som fattas av upphandlande myndigheter, och att erhålla skadestånd när de lidit skada på grund av en överträdelse av upphandlingsreglerna, är avgörande för att dessa regler skall fungera korrekt. Tillgången till sådana förfaranden skyddar inte bara de berörda parternas intressen, utan säkerställer också att gemenskapens upphandlingspolitik får full effekt.

51. Portugals underlåtenhet att upphäva lagdekret nr 48051³² tycks göra det svårare och faktiskt även dyrare för enskilda att vidta rättsliga åtgärder inom detta område. Den situationen kan enligt min uppfattning undergräva enskildas incitament att väcka en sådan talan och därmed hindra att gemenskapens politik om offentlig upphandling får full effekt.

29 — Se, däremot, domen i mål C-177/04, kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 23), där domstolen fann att överträdelsen av gemenskapsrätten till följd av att ett direktiv delvis inte införlivats inte var särskilt allvarlig och således tillämpade koefficienten 1 för svårighetsgraden. I det målet konstaterade domstolen att Frankrike hade underlåtit att följa domen i mål C-52/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-3827), beträffande införlivandet av artikel 3.3 i rådets direktiv 85/374/EEG av den 25 juli 1985 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om skadeståndsansvar för produkter med säkerhetsbrister (EGT L 210, s. 29; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 239), och således underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 228 EG eftersom man fortsatte att anse att leverantören av en produkt med säkerhetsbrister är skadeståndsansvarig på samma sätt som tillverkaren när tillverkaren av produkten inte kan identifieras, även om leverantören inom skälig tid meddelar den skadelidande vem den person som levererat produkten till honom är.

30 — Enbart upphandlingssektorns storlek, som förefaller motsvara 16 procent av gemenskapens BNP och 13,2 procent av Portugals BNP, gör att den inte kan förbises.

31 — Se punkt 31 ovan.

32 — Som innebär att villkoret för att medge skadestånd till personer som drabbats av en skada till följd av ett åsidosättande av gemenskapens regler om offentlig upphandling, eller den nationella genomförandelagstiftningen, är att uppsåt eller oaktsamhet från statens eller de offentliga organens sida visas.

52. Mot bakgrund av detta anser jag att det vitesbelopp som skall föreläggas i förevarande mål bör beräknas genom att basbeloppet 600 euro multipliceras med koefficienterna 4,04 (betalningsförmåga),³³ (överträdelsens svårighetsgrad) och 2 (överträdelsens varaktighet), vilket ger ett belopp på 19 392 euro för varje dag som överträdelsen kvarstår.

53. Vad gäller den periodicitet med vilken vitet skall utdömas är det, när det som i förevarande fall handlar om efterlevnaden av en dom från domstolen som enbart kräver att en lagändring för att införliva en del av ett direktiv antas, lämpligt att utdöma detta på dagsbasis.³⁴ Den portugisiska regeringens resonemang med hänvisning till punkt 13.3 i 2005 års meddelande skall således inte godtas.

54. Jag anser vidare att det inte föreligger något behov av att avbryta vitesbetalningen i förevarande mål. Antagandet av den nödvändiga lagstiftningsändringen och därmed efterlevnaden av domen i mål C-275/03 kan bedömas av kommissionen omedel-

bart när ändringen anmäls. Den portugisiska regeringens argument med hänvisning till punkt 13.4 i 2005 års meddelande skall således även det underkännas.

55. Beträffande domstolens möjlighet att förelägga ett standardbelopp anser jag inte att en sådan sanktion är motiverad i förevarande förfarande, även om det har viss betydelse att underlåtenheten att införliva artiklarna 1.1 och 2.1 c i direktiv 89/665 har pågått i närmare tre år sedan domen i mål C-275/03 meddelades och offentliga och privata intressen påverkades av den underlåtenheten.

56. Det synsättet får stöd i domstolens rättspraxis, särskilt domen i mål C-304/02 och de särskilda omständigheterna i det målet, som föranledde domstolen att förelägga ett standardbelopp förutom ett vitesbelopp.³⁵ I själva verket framgår det av lydelsen av artikel 228.2 EG i sig att endast en av de två potentiella sanktionerna kan föreläggas. Dessutom har domstolen konstaterat att de två sanktionerna har självständiga funktioner.³⁶

33 — Notera att basbeloppet och koefficienten avseende Portugals betalningsförmåga har hämtats från 2005 års meddelande. Se punkt 37 ovan. 4

34 — Se domen i mål C-177/04, kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 23), punkt 77.

35 — Se domen i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike, punkterna 114 och 115.

36 — Se domen i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike, punkt 84.

VI — Förslag till avgörande

57. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall

- fastställa att Republiken Portugal hade underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artiklarna 1.1 och 2.1 c i direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, genom att inte upphäva lagdekret nr 48051 av den 21 november 1967, enligt vilket det krävs att uppsåt eller oaktsamhet har visats för att skadestånd skall medges till personer som lidit skada genom åsidosättande av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller de nationella bestämmelserna om genomförande av dessa och, således, har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 228 EG.
- ålägga Republiken Portugal att till kommissionen, på kontot "Europeiska gemenskapens egna medel", betala ett vite om 19 392 euro per dag som nämnda medlemsstat underlåter att vidta de åtgärder som krävs för att följa domen i mål C-275/03, kommissionen mot Portugal, från den dag som domstolen meddelar dom i förevarande mål till den dag som domen i mål C-275/03 har följts till fullo.
- förplikta Republiken Portugal att ersätta rättegångskostnaderna.