

DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 16 oktober 2003 *

I mål C-283/00,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av G. Valero Jordana, i
egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Konungariket Spanien, företrädd av M. López-Monís Gallego, i egenskap av
ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: spanska.

angående en talan om fastställelse av att Konungariket Spanien har åsidosatt sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten genom att inte iaktta bestämmelserna i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), och särskilt inte bestämmelserna om offentliggörande i artikel 11.2, 11.6, 11.7 och 11.11 samt bestämmelserna i artiklarna 12.1, 29.3, 18, 27 och 30.4, vid en anbudsinfordran avseende genomförande av bygg- och anläggningsarbeten för Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia (experimentell utbildnings- och kriminalvårdsanstalt i Segovia) som upprättats av Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, ett bolag som uppfyller definitionen på upphandlande myndighet i artikel 1 b i nämnda direktiv, och för vilken upphandling värdet klart överskrider det tröskelvärde som anges i direktivet,

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-P. Puissochet samt domarna R. Schintgen, V. Skouris (referent), N. Colneric och J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: S. Alber,
justitiesekreterare: R. Grass,

med hänsyn till referentens rapport,

2

och efter att den 7 november 2002 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Europeiska gemenskapernas kommission har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 18 juli 2000, i enlighet med artikel 226 EG väckt talan om fastställelse av att Konungariket Spanien har åsidosatt sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten genom att inte iaktta bestämmelserna i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), och särskilt inte bestämmelserna om offentliggörande i artikel 11.2, 11.6, 11.7 och 11.11 samt bestämmelserna i artiklarna 12.1, 29.3, 18, 27 och 30.4, vid en anbudsinfordran avseende genomförande av bygg- och anläggningsarbeten för Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia (experimentell utbildnings- och kriminalvårdsanstalt i Segovia) som upprättats av Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA (nedan kallat SIEPSA), ett bolag som uppfyller definitionen på upphandlande myndighet i artikel 1 b i nämnda direktiv, och för vilken upphandling värdet klart överskrider det tröskelvärde som anges i direktivet.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsbestämmelser

- 2 I andra skälet i direktiv 93/37 anges att "för att etableringsfriheten och det fria tillhandahållandet av tjänster vad gäller offentlig upphandling av bygg- och

anläggningsarbeten i medlemsstaterna genom statliga, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ under offentlig rätt samtidigt skall kunna uppnås, krävs inte bara att man undanröjer hinder, utan också att man samordnar nationella förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten”.

3 I artikel 1 b i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

”som ’upphandlande myndigheter’ skall följande förstås: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

Ett organ anses lyda under offentlig rätt när:

— det har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär,

och

— det är juridisk person,

och

- det till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

Förteckningarna över organ eller kategorier därav som lyder under offentlig rätt och som uppfyller villkoren i andra stycket återfinns i bilaga 1. Dessa förteckningar skall vara så fullständiga som möjligt och kan revideras enligt artikel 35...”

- 4 I artikel 11.2, 11.6, 11.7 och 11.11 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

”2. Upphandlande myndigheter som önskar upphandla genom ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande i de fall som avses i artikel 7.2, måste annonsera sin avsikt i ett meddelande.

...

6. De meddelanden som avses i punkterna 1—5 skall utformas enligt förlagorna i bilagorna 4, 5 och 6 och skall innehålla de uppgifter som förtecknats i dessa förlagor.

De upphandlande myndigheterna kan inte kräva några andra villkor än dem som fastställs i artikel 26 och 27 när de begär in uppgifter om de ekonomiska och tekniska standarder som krävs av byggherrar för att de skall komma i fråga för urval...

7. De upphandlande myndigheterna skall sända de meddelanden som avses i punkterna 1—5 så fort som möjligt och på lämpligaste sätt till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.

...

11. Meddelandena får inte publiceras i de officiella tidningarna eller i annan press i det land där de upphandlande myndigheterna finns före dagen för avsändandet till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, och de måste innehålla uppgift om detta datum....”

5 Artikel 12.1 i direktiv 93/37 har följande lydelse:

”Vid öppet upphandlingsförfarande skall fristen för mottagande av anbud bestämmas av de upphandlande myndigheterna till minst 52 dagar från det meddelandet avsänts.”

6 I artikel 18 i direktivet föreskrivs följande:

”Anbud skall prövas med utgångspunkt i de kriterier som fastställs i kapitel 3 av denna avdelning med hänsyn till artikel 19, efter det att de upphandlande myndigheterna kontrollerat lämpligheten hos de byggherrar, som inte skall uteslutas enligt artikel 24 till följd av kriterierna i artiklarna 26—29 för ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk förmåga.”

7 I artikel 24 i direktiv 93/37 anges bland annat följande:

”Den byggherre kan uteslutas från deltagande i en upphandling som

- a) är i konkurs eller likvidation, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått i ackordsuppgörelse med borgenärer, är ålagd att tills vidare inte driva näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation, till följd av något liknande förfarande enligt nationella lagar och förordningar,
- b) är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller för något annat liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,
- c) har fällts för brott mot yrkesetiken för en byggherre enligt lagakraftvunnen dom,
- d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

...

- g) har gjort sig skyldig till någon allvarlig brist i sin informationsplikt enligt detta kapitel.

...”

- 8 Enligt artikel 27.1 i direktiv 93/37 gäller följande:

”1. Bevis om byggherrens tekniska förmåga får lämnas enligt följande:

...

- c) Beskrivning av verktyg, anläggning och teknisk utrustning som byggherren disponerar över för arbetenas utförande.

...

- e) Uppgift om vilka tekniker eller tekniska organ som byggherren kan disponera för arbetenas genomförande, oavsett om de tillhör företaget eller ej.”

- 9 Av artikel 29.3 i direktiv 93/37 framgår att en registrering i officiella förteckningar, vilken styrkts av ett behörigt organ, skall innebära en presumtion för upphandlande myndigheter i andra medlemsstater vad gäller lämplighet för en motsvarande byggherres klassificering för arbeten enligt bland annat artikel 27 b och 27 d.
- 10 I artikel 30.1 och 30.4 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

”1. De omständigheter som den upphandlande myndigheten skall ta hänsyn till vid prövningen av anbud skall vara

- a) antingen enbart det lägsta priset, eller
- b) då tilldelning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier hänförliga till kontraktet, till exempel pris, leveransdatum, driftkostnader, driftkostnadseffektivitet, teknisk förtjänst.

...

4. Om anbudet för ett visst kontrakt förefaller onormalt lågt i förhållande till det arbete som skall utföras, skall de upphandlande myndigheterna innan de förkastar dessa anbud kräva en skriftlig förklaring för de delar av anbudet de anser betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera dessa delar med hänsyn till de förklaringar som inkommer.

De upphandlande myndigheterna får ta hänsyn till förklaringar beträffande ekonomi i byggnadsprocessen eller i valda tekniska lösningar, eller förmånliga omständigheter som gynnar anbudsgivaren vid utförandet av arbetena, eller originaliteten i anbudsgivarens förslag.

Om de handlingar som hänför sig till kontraktet anger att tilldelning kommer att ske efter lägsta anbud, måste de upphandlande myndigheterna informera kommissionen om de anbud som förkastas på grund av att de anses för låga.

...”

- 11 I del 5 i bilaga 1 till direktiv 93/37 återfinns, vad gäller Spanien, den förteckning över de kategorier av organ som lyder under offentlig rätt som avses i artikel 1 b. Det är fråga om följande kategorier:

- ”Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social (administrativa enheter och gemensamma institutioner för social trygghet),
- Organismos Autónomos de la Administración del Estado (självständiga organ inom statsförvaltningen),
- Organismos Autónomos de las Comunidades Autónomas (självständiga organ i de autonoma regionerna),

- Organismos Autónomos de las Entidades Locales (självständiga organ inom lokala myndigheter),
- Otras entidades sometidas a la legislación de contratos del Estado español (andra enheter som avses i den spanska statens lagstiftning om offentlig upphandling).”

12 I artikel 1.1 och 1.2 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), föreskrivs följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

1. Offentliga myndigheter: staten, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, eller sammanslutningar bestående av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

Ett organ anses lyda under offentlig rätt, när

- det har tillkommit i syfte att tillgodose det allmännas intressen, som inte har kommersiell eller industriell karaktär, och

— det är en juridisk person,

och

— dess verksamhet till största delen är finansierad av staten, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, eller står under administrativ tillsyn av sådana organ, eller har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där minst hälften av medlemmarna utses av staten, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

2. Offentliga företag: varje företag över vilket de offentliga myndigheterna har ett direkt eller indirekt avgörande inflytande till följd av ägarförhållande, ekonomiska intressen eller gällande regler. Avgörande inflytande anses föreligga, när de offentliga myndigheterna, direkt eller indirekt, i förhållande till företaget

— äger större delen av det bundna företagskapitalet,

eller

— kontrollerar röstmajoriteten för företagets ägarbevis,

eller

- äger utse fler än hälften av medlemmarna i företagets administrativa, verkställande eller övervakande ledningsorgan.”

Nationella bestämmelser

De allmänna regler som är tillämpliga på SIEPSA

- 13 Direktiv 93/37 införlivades med nationell spansk lag genom Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (lag om offentlig upphandling) av den 18 maj 1995 (BOE nr 119 av den 19 maj 1995, s. 14601, nedan kallad lag nr 13/1995).

- 14 Artikel 1.2 och 1.3 i lag nr 13/1995 har följande lydelse:

”2. Med offentlig förvaltning avses i denna lag:

- a) Den centrala statsförvaltningen.
- b) De autonoma regionernas förvaltningar.
- c) De enheter som utgör den lokala förvaltningen.

3. Vid upphandlingen skall även samtliga självständiga organ, samt de övriga offentligrättsliga enheter som är knutna till eller beroende av de offentliga förvaltningar som har ställning som juridiska personer, följa denna lag under följande förutsättningar:

- a) de skall ha tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte är av industriell eller kommersiell karaktär,
- b) de skall vara enheter som till större delen finansieras av den offentliga förvaltningen eller andra offentligrättsliga organ, eller skall stå under administrativ tillsyn av sådana organ, eller skall ha en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse där fler än hälften av medlemmarna utses av den offentliga förvaltningen eller av andra enheter som lyder under offentlig rätt.”

- 15 Den sjätte tilläggsbestämmelsen i samma lag, med rubriken ”Principer för upphandling inom den offentliga sektorn”, har följande lydelse:

”Affärsdrivande bolag, i vilka den offentliga förvaltningen eller deras självständiga organ eller offentligrättsliga enheter direkt eller indirekt äger majoriteten av andelarna, skall i sin upphandlingsverksamhet iaktta principerna om offentlighet och konkurrens, såvida inte det förfarande som skall genomföras inte går att förena med dessa principer.”

- 16 Det kan konstateras att Konungariket Spanien, efter det att förevarande mål anhängiggjordes, genom Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (kungligt

lagdekret om fastställelse av den kodifierade versionen av lagen om offentlig upphandling) av den 16 juni 2000 (BOE nr 148 av den 21 juni 2000, s. 21775), har antagit en ny kodifierad version av den ovannämnda lagen, som dock begränsar sig till att samla och strukturera de tidigare gällande bestämmelserna utan att innehållet ändras.

- 17 I artikel 2.2 i Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (lag om de rättsregler som skall tillämpas på den offentliga förvaltningen och om det allmänna förvaltningsförfarandet) av den 26 november 1992, i dess lydelse enligt Ley 4/1999 av den 13 januari 1999 (BOE nr 12 av den 14 januari 1999, s. 1739, nedan kallad lag nr 30/1992), föreskrivs följande:

”Även offentligrättsliga enheter med egen juridisk personlighet som är knutna till eller beroende av en offentlig förvaltning anses utgöra offentliga förvaltningsmyndigheter. Dessa enheters verksamhet regleras av förevarande lag när de bedriver myndighetsutövning, medan deras övriga verksamhet regleras i de bestämmelser enligt vilka enheterna upprättats.”

- 18 Av den tolfte tillägsbestämmelsen i Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (lag om organisation av och verksamheten i den centrala statsförvaltningen), av den 14 april 1997 (BOE nr 90 av den 15 april 1997, s. 11755, nedan kallad lag nr 6/1997), framgår att statliga affärsdrivande bolag helt regleras av privaträttsliga regler, oavsett vilken rättslig form de har, förutom inom de områden som regleras av lagar om budget, bokföring, revision och offentlig upphandling. Dessa bolag får inte i något fall ges befogenheter som innefattar myndighetsutövning.

- 19 Vidare omfattas SIEPSA bland annat av Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (kodifierad version av den allmänna budgetlagen), som fastställts

genom Real Decreto Legislativo 1091/1988 av den 23 september 1988 (BOE nr 234 av den 29 september 1988, s. 28406), av Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (kodifierad version av lagen om aktiebolag), som fastställts genom Real Decreto Legislativo 1564/1989 av den 22 december 1989 (BOE nr 310 av den 27 december 1989, s. 40012), av den allmänna lagstiftningen om aktiebolag samt av sin egen bolagsordning.

SIEPSA:s bolagsordning

- 20 SIEPSA är ett statligt bolag som bildats i form av ett affärsdrivande aktiebolag genom regeringsbeslut av den 21 februari 1992. Bolaget bildades ursprungligen för en period av åtta år, men blev till följd av en ändring i bolagsordningen i oktober 1999 omvandlat till ett bolag bildat på obegränsad tid. I början av år 2000 uppgick bolagskapitalet till 85 622 000 000 ESP, som den spanska staten i egenskap av enda aktieägare helt hade tecknat och tillskjutit.
- 21 I enlighet med bolagsordningen styrs och företräds bolaget av en styrelse. De åtta styrelseledamöterna utses av bolagsstämman på förslag av justitie-, ekonomi- och finansministerierna. Styrelseordföranden väljs av styrelsen bland de ledamöter som föreslagits av justitieministeriet.
- 22 Enligt ändringen i bolagsordningen av den 17 juli 1998 har SIEPSA följande föremål för sin verksamhet:

”1. Utarbetande och genomförande av program och åtgärder som innefattar, eller i framtiden kan innefatta, planer för nedläggning och uppförande av

kriminalvårdsanstalter som godkänts genom regeringsbeslut..., inom ramen för byggande av kriminalvårdsanstalter eller kriminalvårdsinrättningar som utförs av bolaget självt eller av tredje man samt inom ramen för nedläggning av verksamheten i eller avyttring av fastigheter och anstalter, som efter det att de upphört att användas inom kriminalvården eller för kriminalvårdsändamål överförs till bolaget i enlighet med en plan, på sådant sätt att bolaget kan vidta särskilt följande åtgärder i enlighet med riktlinjer från den allmänna kriminalvårdsförvaltningen:

- a) sköta all rådgivning för och förvaltning av den markplanering som är nödvändig för genomförandet av den ovannämnda planen samt samarbeta med offentliga och privata organ för de ovannämnda ändamålen,
- b) söka och förvärva lämpliga fastigheter och vid behov anpassa fastigheter som visar sig vara lämpliga för inrättande av nya kriminalvårdsanstalter och kriminalvårdsinrättningar, samt att betala för de förvärv som kriminalvårdsförvaltningen gjort med hjälp av alla tillgängliga medel och för det angivna syftet,
- c) upprätta projekt för genomförande av bygg- och anläggningsarbeten, genomföra dessa planer samt utarbeta villkoren för tilldelning av de bygg- och anläggningsarbeten som utgör föremål för en upphandling,
- d) organisera och besluta om upphandlingar avseende genomförande av bygg- och anläggningsarbeten enligt lagstadgade förfaranden, samt vidta nödvändiga åtgärder för att styra arbetena, kvalitetskontrollen, mätningar, intyg och tillsyn samt alla frågor som rör utrustning och övrigt material, i samarbete med teknisk personal som utsetts av kriminalvårdsförvaltningen,

- e) främja och genomföra arbeten avseende anläggning, konstruktion, uppförande av byggnader och nödvändig finansiering, samt att förbereda nödvändig utrustning för att kunna ta nya kriminalvårdsanstalter och kriminalvårdsinrättningar i bruk.

2. Avyttring av fastigheter och kriminalvårdsanstalter som inte längre används inom kriminalvården eller för kriminalvårdsändamål och som överlämnats till SIEPSA av staten... vilka, om detta är lämpligt för att öka den vinst som kan erhållas eller för att höja avyttringspriset för fastigheterna, delvis kan avyttras till intresserade lokala förvaltningar eller bytas mot annan egendom som dessa förvaltningar innehar, om det är möjligt att ingå samarbetsavtal med dessa förvaltningar i syfte att därmed förbättra villkoren och tillgodose det behov som omfattas av deras behörighet. De medel som därmed erhålls skall användas för att finansiera de åtgärder som anges i planen.

...”

Det administrativa förfarandet

- 23 Ett klagomål har lämnats in till kommissionen rörande ett förfarande för upphandling av bygg- och anläggningsarbeten för den experimentella utbildnings- och kriminalvårdsanstalten i Segovia. Upphandlingen hade inletts av SIEPSA i enlighet med ett projekt som godkänts av justitie- och inrikesministerierna och för vilket den maximala budgeten uppgick till 4 392 399 500 ESP exklusive mervärdesskatt. Anbudsinfordran avseende upphandlingen i fråga hade publicerats i tidningen *El País* den 3 april 1997.

- 24 I en skrivelse av den 24 september 1997 fäste kommissionen de spanska myndigheternas uppmärksamhet på att flera bestämmelser i direktiv 93/37 inte hade beaktats vid nämnda anbudsinfördan.
- 25 I svar av den 17 december 1997 anförde de spanska myndigheterna att SIEPSA i egenskap av statligt affärsdrivande bolag som omfattas av privaträttsliga regler inte utgör en upphandlande myndighet i den mening som avses i nämnda direktiv och att bestämmelserna i direktivet därför inte är tillämpliga i det aktuella fallet.
- 26 Till följd av detta svar sände kommissionen den 6 november 1998 en formell underrättelse till de spanska myndigheterna, i vilken den anförde att SIEPSA måste anses utgöra en upphandlande myndighet och av denna anledning var skyldig att följa samtliga bestämmelser i direktiv 93/37, oavsett vad som föreskrivs i lag nr 13/1995.
- 27 De spanska myndigheterna yttrade sig i skrivelse av den 26 januari 1999 och vidhöll i första hand argumentet att sådana statliga bolag som SIEPSA inte omfattas av tillämpningsområdet för direktivet respektive för lag 13/1995, eftersom de regleras genom privaträttsliga bestämmelser. I andra hand hävdade de att SIEPSA inte uppfyllde det första villkoret i artikel 1 b i direktiv 93/37, eftersom det tillgodoser allmänna intressen av kommersiell karaktär. De spanska myndigheterna anförde vidare att SIEPSA i tillräcklig grad hade följt reglerna om offentliggörande och konkurrens genom att publicera meddelandet om upphandling i nationella och lokala dagstidningar.
- 28 Kommissionen ansåg att detta svar var otillräckligt och utfärdade den 25 augusti 1999 ett motiverat yttrande enligt artikel 226 EG, i vilket den upprepade och kompletterade de argument den hade anfört redan i sin formella

underrättelse av den 6 november 1998 samt drog slutsatsen att Konungariket Spanien hade åsidosatt sina skyldigheter enligt vissa bestämmelser i direktiv 93/37 vid den anbudsinfordran som SIEPSA upprättat avseende genomförande av bygg- och anläggningsarbeten för den experimentella utbildnings- och kriminalvårdsanstalten i Segovia.

- 29 Den spanska regeringen besvarade det motiverade yttrandet i en skrivelse av den 22 november 1999 och bestred kommissionens bedömning.
- 30 Kommissionen anser att den spanska regeringens yttrande visar att de brister som anförts i det motiverade yttrandet fortfarande föreligger och har beslutat att väcka förevarande talan.

I sak

Parternas argument

- 31 Kommissionen har anfört att vissa villkor i direktiv 93/37 inte har uppfyllts under upphandlingsförfarandet för de ifrågavarande bygg- och anläggningsarbetena. Efter att inledningsvis ha understrukt att den maximala budgeten översteg det tröskelvärde som anges i direktiv 93/37, vilket då uppgick till 5 miljoner ecu, har kommissionen anfört att meddelandet om upphandling endast har publicerats i nationell press och, i strid med artikel 11.2, 11.7 och 11.11 i direktiv 93/37, inte offentliggjorts i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Vidare var fristen för mottagande av anbud endast 35 dagar, fastän det i artikel 12.1 i direktivet föreskrivs att fristen skall bestämmas till minst 52 dagar vid öppna förfaranden.

- 32 Kommissionen har vidare gjort gällande att bland de villkor som skall vara uppfyllda för att giltigt anbud skall kunna lämnas märks för det första kravet att anbudsgivaren skall vara registrerad i 25 olika undergrupper i egenskap av byggherre åt staten. För det andra skall anbudsgivaren ha ett fritt eget kapital som uppgår till minst en miljard ESP, och för det tredje skall han under de senaste fem åren ha tilldelats minst fyra upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten (varav minst två avseende byggarbeten), till ett sammanlagt minimivärde av 2 miljarder ESP per upphandling, vilket skall bekräftas genom uppvisande av intyg i överensstämmelse härmed. Enligt kommissionens mening är emellertid det tredje villkoret överflödigt, eftersom registrering i officiella förteckningar enligt artikel 29.3 i direktiv 93/37 innebär en presumtion för lämplighet i förhållande till upphandlande myndigheter i andra medlemsstater vad gäller förteckningen över bygg- och anläggningsarbeten som genomförts under de senaste fem åren.
- 33 Kommissionen har vidare anfört att bland de åtta kriterierna för tilldelning av upphandlingen anges "den tekniska personal som är permanent sysselsatt med arbetena" och "kvaliteten på utförandet av de upphandlingar som SIEPSA har beslutat om". Kommissionen har därvid understrukt att dessa två kriterier i artikel 27 i direktiv 93/37 återfinns bland de omständigheter som kan styrka byggherrens tekniska förmåga och som kan bidra till att en viss byggherre väljs, men att kriterierna däremot inte kan användas för att fastställa det bästa anbudet, eftersom de kriterier för tilldelning som det hänvisas till i artikel 30 i direktivet endast kan avse den konkreta ifrågavarande prestationen. Kommissionen har därför dragit slutsatsen att det förhållandet att de två ovannämnda kriterierna inkluderats bland kriterierna för tilldelning av upphandlingen strider mot bestämmelserna i artiklarna 18, 27 och 30.1 i direktiv 93/37.
- 34 Vad gäller priskriteriet har kommissionen anfört att det framgår av anbudsunderlaget att "en negativ delbedömning görs av ett anbud på ett onormalt lågt belopp, det vill säga ett anbud vars belopp skiljer sig från det aritmetiska medeltalet hos de valda förslagen med mer än tio enheter, utan att dessa anbud därmed utesluts från upphandlingen". Enligt kommissionen har emellertid ett automatiskt missgynnande av anbud som anses avse onormalt låga belopp en verkan som motsvarar en praxis som innebär att samma anbud automatiskt utesluts från upphandlingen utan att det finns någon möjlighet att motivera priset. En sådan praxis skulle strida mot artikel 30.4 i direktiv 93/37.

- 35 Kommissionen har mot denna bakgrund dragit slutsatsen att SIEPSA när den anordnade den ifrågavarande anbudsinfordran borde ha iakttagit de relevanta bestämmelserna i direktiv 93/37, eftersom medlemsstaternas skyldighet enligt ett direktiv att uppnå det resultat som föreskrivs däri, samt deras skyldighet enligt artikel 10 EG att vidta alla åtgärder, både allmänna eller särskilda, för att säkerställa att denna skyldighet uppfylls, omfattar samtliga myndigheter i en medlemsstat. Kommissionen har i detta avseende bland annat hänvisat till dom av den 17 december 1998 i mål C-353/96, kommissionen mot Irland (REG 1998, s. I-8565), punkt 23, av vilken framgår att direktiven rörande offentlig upphandling skulle förlora sin ändamålsenliga verkan om inte den berörda medlemsstaten kunde hållas ansvarig för en upphandlande myndighets handlingar.
- 36 Den spanska regeringen har inte bestritt att anbudsinfordran vid det förfarande för upphandling av bygg- och anläggningsarbeten till den experimentella utbildnings- och kriminalvårdsanstalten i Segovia som SIEPSA inlett inte uppfyllde kraven i direktiv 93/37, men har gjort gällande att nämnda bolag inte kan anses utgöra en upphandlande myndighet i den mening som avses i nämnda direktiv.
- 37 Den spanska regeringen har allmänt gjort gällande att enligt direktiv 93/37, liksom enligt rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126) och rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 131), omfattas inte affärsdrivande bolag som kontrolleras av det allmänna, såsom SIEPSA, av begreppet organ som lyder under offentlig rätt. Detta konstaterande vinner stöd av det faktum att det i direktiv 93/38 görs en åtskillnad mellan begreppet organ som lyder under offentlig rätt, vilket är identiskt i de fyra direktiven, och begreppet offentligt företag, vars definition motsvarar definitionen av offentligt affärsdrivande bolag.
- 38 Den spanska regeringen har i detta avseende understrukit att gemenskapslagstiftaren varit medveten om att många företag i den privata sektorn, även om de har form av offentliga företag, har rent kommersiella mål trots att de är

underställda staten, och att de är verksamma på marknaden i enlighet med fria konkurrensregler och på samma villkor som andra privata företag som har ett rent vinstsyfte. Detta är således orsaken till att lagstiftaren har begränsat tillämpningsområdet för direktiv 93/37 till organ som uppfyller samtliga de tre villkor som anges i artikel 1 b i direktivet.

- 39 Även om den spanska regeringen har medgett att SIEPSA uppfyller de två sistnämnda villkoren i artikel 1 b i direktiv 93/37, har den gjort gällande att bolaget har de egenskaper som kännetecknar ett affärsdrivande bolag, eftersom dess syfte och verksamhet är typiskt kommersiella och bolaget således tillgodoser allmänna intressen av kommersiell karaktär. Detta är inte förenligt med det första kriteriet i nämnda bestämmelse.
- 40 Den spanska regeringen har vidare hänvisat till den förteckning som finns i del 5 i bilaga I till direktiv 93/37, i vilken de kategorier av spanska organ som lyder under offentlig rätt och som uppfyller kriterierna i artikel 1 b andra stycket i nämnda direktiv anges, och gjort gällande att SIEPSA inte ingår i någon av dessa kategorier, eftersom det är ett självständigt organ som inte omfattas av den spanska lagstiftningen om offentlig upphandling.
- 41 Den spanska regeringen har anfört att SIEPSA inte hör till den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för lag nr 13/1995, vilken såsom framgår av artikel 1 i lagen vare sig omfattar eller hänvisar till statliga affärsdrivande bolag. Endast i den sjätte tilläggsbestämmelsen i nämnda lag hänvisas uttryckligen till dessa statliga bolag, på så sätt att det föreskrivs att de är skyldiga att strikt tillämpa principerna om offentliggörande och konkurrens i de förfaranden för offentlig upphandling som de genomför. SIEPSA har iakttagit dessa principer i förevarande mål.
- 42 Enligt den spanska regeringen kan detta uteslutande, från den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för de spanska bestämmelserna om offentlig upphandling, och därigenom även av gemenskapsbestämmelserna om offentlig

upphandling, förklaras med det förhållandet att organ som lyder under offentlig rätt men som har privaträttslig status, en kategori som består av sådana affärsdrivande bolag som kontrolleras av det allmänna som SIEPSA, enligt den spanska rättsordningen i princip har till uppgift att tillgodose allmänna intressen, vilket förklarar varför de befinner sig under det allmännas kontroll. Dessa allmänna intressen har emellertid kommersiell eller industriell karaktär, eftersom de, om så inte var fallet, annars inte skulle utgöra föremål för verksamhet i ett affärsdrivande bolag.

- 43 Vad mer särskilt gäller SIEPSA har den spanska regeringen anfört att den huvudsakliga uppgift som detta bolag har anförtrotts, nämligen att upprätta nya kriminalvårdsanstalter som är anpassade till samhällets behov, innefattar ett nödvändigt allmänt intresse av kommersiell karaktär, som i sin tur utgör del av det slutliga syftet att bidra till kriminalvårdspolitik. Även det sistnämnda syftet är av allmänt intresse.
- 44 SIEPSA har enligt den spanska regeringen skapats för att säkerställa att alla åtgärder vidtas som visar sig vara nödvändiga för ett korrekt genomförande av program och åtgärder som föreskrivs i planen för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter, oavsett om dessa åtgärder genomförs av bolaget självt eller av tredje man. Bolagets kännetecken är desamma som för ett typiskt affärsdrivande bolag och det omfattas till och med av handelsrättsliga regler, förutom inom ramen för de undantag som föreskrivits för bland annat budget-, bokförings- och revisionsområdena.
- 45 För att uppnå dessa mål vidtar SIEPSA åtgärder som objektivt måste klassificeras som kommersiella, såsom att söka och förvärva fastigheter för upprättande av nya anstalter samt att främja och genomföra bygg- och anläggningsarbeten.
- 46 Den spanska regeringen har vidare anfört att SIEPSA går med vinst genom denna verksamhet och att genomförandet av transaktioner i syfte att erhålla vinst är en typisk kommersiell verksamhet som endast kan bedrivas av ett bolag som omfattas av de kommersiella spelreglerna i den privata sektorn, med vilken sektor

den med nödvändighet måste ha kontakt. Nämnade regering har tillagt att detta bolags verksamhet inte kan anses vara administrativ, eftersom dess syfte är att skaffa sig medel eller ekonomiska resurser på samma sätt som alla företagare. Detta resonemang gäller även när dessa resurser i slutändan används för andra mål av allmänt intresse.

- 47 Den spanska regeringen har åberopat punkt 47 i dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821), i vilken domstolen fastslagit att frånvaron av konkurrens inte är ett nödvändigt villkor för definitionen av ett organ som lyder under offentlig rätt, och har gjort gällande att oavsett om SIEPSA omfattas av konkurrensen på marknaden eller inte så utövar det en verksamhet som har kommersiell karaktär, vilket innebär att begreppet upphandlande myndighet i direktiv 93/37 i vart fall inte kan vara tillämpligt.
- 48 Enligt nämnda regering är det förhållandet att sådana statliga affärsdrivande bolag som SIEPSA omfattas av privaträttsliga regler mer en följd av än en orsak till deras karaktär. Regeringen har därvid även anfört att det inte är på grund av att bolag omfattas av privaträttsliga regler som det anses vara av kommersiell karaktär, utan att det just är bolagets verksamhets kommersiella karaktär som kännetecknar det och som medför att det skall omfattas av privaträttsliga regler.
- 49 Den spanska regeringen anser att dess argumentation är den enda som är förenlig med en självständig tolkning av kriteriet att det allmänna intresset skall vara av en annan karaktär än en industriell eller kommersiell sådan, såsom framgår av punkterna 32 och 36 i domen i det ovannämnda målet BFI Holding. Mot bakgrund av att staten tillgodoser det allmänna intresset och är majoritetsägare i de statliga affärsdrivande bolagen, har nämnda regering gjort gällande att det är logiskt att anta att även dessa bolag i högre eller lägre grad tillgodoser det allmänna intresset. Om det skulle vara tillräckligt att organet utför en uppgift av allmänt intresse — såsom att bidra till verkställigheten av straff — för att det skall anses vara en upphandlande myndighet, så vore villkoret att denna uppgift inte skall ha industriell eller kommersiell karaktär meningslöst.

- 50 Den spanska regeringen har således avslutningsvis anfört att SIEPSA bör behandlas på samma sätt som företag som tillhandahåller gas, elektricitet eller vatten, områden som avser väsentliga sociala behov och som för närvarande kontrolleras av helt privata företag. Regeringen har i detta avseende understrukt att dessa företag även har andra mer omfattande ändamål av allmänt intresse, eftersom de bland annat skall säkerställa att områden som är väsentliga för den nationella produktionen fungerar.
- 51 Kommissionen anser däremot att SIEPSA uppfyller samtliga de villkor som anges i artikel 1 b i direktiv 93/37 och att det således är en upphandlande myndighet i den mening som avses i nämnda direktiv.
- 52 Kommissionen har för det första anfört att den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/37 fastställs i själva direktivet och inte i nationella bestämmelser, samt att kvalificeringen av SIEPSA enligt spansk rätt således saknar relevans. Kommissionen har erinrat om att medlemsstaterna, när de införlivar gemenskapsdirektiv med nationell rätt, är skyldiga att iaktta betydelsen av de termer och begrepp som finns i direktiven, i syfte att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av gemenskapsrättsakter i de olika medlemsstaterna. Följaktligen är de spanska myndigheterna skyldiga att tolka begreppet "organ som lyder under offentlig rätt", som används i direktiv 93/37, på samma sätt som det tolkas inom gemenskapsrätten. Om SIEPSA har uteslutits från tillämpningsområdet för gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling genom lag nr 13/1995, beror det således enligt kommissionen på att direktiv 93/37 inte har införlivats med spansk rätt på ett korrekt sätt.
- 53 Kommissionen har dessutom gjort gällande att den funktionella tolkning av begreppet "upphandlande myndighet", och således av begreppet "organ som lyder under offentlig rätt", som tillämpats i domstolens fasta rättspraxis, innebär att det sistnämnda begreppet skall omfatta affärsdrivande bolag under det allmännas kontroll under förutsättning att de uppfyller de villkor som föreskrivs i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37.

- 54 Vad gäller den påstådda åtskillnad som görs i direktiv 93/38 mellan begreppen organ som lyder under offentlig rätt och offentligt företag, har kommissionen anfört att begreppet organ som lyder under offentlig rätt, som definieras på samma sätt i de ifrågavarande fyra direktiven, inte förklaras närmare i nämnda direktiv. Genom dessa direktiv har i stället den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling utökats till vissa sektorer (vatten, energi, transport och telekommunikationer), vilka utesluts från tillämpningsområdet för direktiven 93/36, 93/37 och 92/50 i syfte att låta vissa enheter som har en betydande verksamhet i dessa sektorer, närmare bestämt offentliga företag och företag som har exklusiva eller särskilda rättigheter som har beviljats av myndigheterna, omfattas av bestämmelserna. Det skall enligt kommissionen dessutom erinras om att begreppet offentligt företag alltid har varit annorlunda än begreppet organ som lyder under offentlig rätt, eftersom de sistnämnda organen har skapats för att särskilt tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, medan offentliga företags verksamhet syftar till att tillgodose behov av industriell eller kommersiell karaktär.
- 55 Kommissionen har även tillbakavisat den spanska regeringens tolkning, innebärande att begreppet "organ som lyder under offentlig rätt" är beroende av de förteckningar som finns i bilaga I till direktiv 93/37 för varje medlemsstat, vilket skulle ha till följd att ett gemenskapsbegrepp slutligen skulle ges olika betydelser beroende på på vilket sätt de olika förteckningarna i bilaga I har upprättats.
- 56 Enligt kommissionen strider den tolkning som den spanska regeringen förordar mot det huvudsakliga syftet med direktiv 93/37, vilket anges i dess andra skäl, och dessutom mot artikel 1 b tredje stycket i direktivet, enligt vilken dessa förteckningar skall "vara så fullständiga som möjligt". Kommissionen har understrukt att detta uttryck endast kan uppfattas så att det innebär att förteckningarna inte är uttömmande och att denna tolkning har bekräftats av domstolen i punkt 50 i domen i det ovannämnda målet BFI Holding. Kommissionen har härav dragit slutsatsen att det förhållandet att de statliga bolagen varken direkt eller indirekt förekommer i förteckningen över "organ om lyder under offentlig rätt" i del 5 i bilaga I till direktiv 93/37 inte innebär att de inte omfattas av detta begrepp, som definieras i artikel 1 b andra stycket i samma direktiv.

- 57 Vad mer särskilt gäller de villkor som anges i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 har kommissionen understrukt att det i denna bestämmelse inte sägs något om vilket system, offentligt eller privat, som de organ som lyder under offentlig rätt har bildats enligt eller den rättsliga form som de har givits, utan att bestämmelsen snarare riktar in sig på andra kriterier, däribland det ändamål för vilket de ifrågavarande organen har bildats.
- 58 Kommissionen anser emellertid att SIEPSA har bildats särskilt för att tillgodose ett allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär, nämligen att bidra till genomförandet av den statliga kriminalvårdspolitiken genom att förvalta program och åtgärder som föreskrivits i den plan för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter som har godkänts av regeringen.
- 59 Kommissionen har åberopat punkt 24 i dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), och gjort gällande att detta allmänintresse, som har nära samband med allmän ordning och statens funktioner — inklusive statens själva väsen, eftersom staten har monopol på rätten att bestraffa, en rätt som innefattar verkställighet av frihetsberövande straff — varken har kommersiell eller industriell karaktär.
- 60 Kommissionen har vidare tillbakavisat den spanska regeringens argument att bolag som liksom SIEPSA agerar på marknaden i enlighet med principerna om fri konkurrens på samma sätt som privata företag och med samma vinstsyfte har ett rent kommersiellt syfte och omfattas, av denna anledning, inte av gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling. Kommissionen har som exempel särskilt hänvisat till upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten inom ramen för uppföranden av allmänna kriminalvårdsanstalter eller avyttringar av de kriminalvårdsanstalter som staten äger, vilka utgör två delar av SIEPSA:s verksamhet, enligt bolagsordningen, vilka inte kan betraktas som verksamheter som omfattas av konkurrens på marknaden.

- 61 Kommissionen anser för övrigt att det framgår av punkt 47 i domen i det ovannämnda målet BFI Holding att även om det skulle anses att SIEPSA utövar en verksamhet som omfattas av fri konkurrens utesluter inte detta att SIEPSA kan klassificeras som upphandlande myndighet.
- 62 Kommissionen har vidare gjort gällande att den spanska regeringens argument att SIEPSA:s hela verksamhet är kommersiell saknar grund.
- 63 För det första har den gjort gällande, i motsats till vad den spanska regeringen har hävdad, att den verksamhet som utövats av SIEPSA inte är jämförbar med verksamheten inom den privata sektorn. Den har förklarat att nämnda bolag inte tillhandahåller fängelser på den (icke existerande) marknaden för kriminalvårdsanstalter, utan vidtar åtgärder vilka delegerats till bolaget av statsförvaltningen i syfte att bistå staten med uppgifter som är utpräglat statliga: att bygga, förvalta och avyttra egendom som består av kriminalvårdsanstalter. Kommissionen har i detta avseende anfört att SIEPSA, såsom framgår av dess bolagsordning, vid genomförandet av dessa uppgifter följer riktlinjer från kriminalvårdsförvaltningens generaldirektorat, och att avyttring av fast egendom och användning av de medel som därmed erhålls skall ske i enlighet med riktlinjer från generaldirektoratet för statens egendom.
- 64 För det andra har kommissionen anmärkt att den spanska regeringen skiljer mellan behovet av att bygga kriminalvårdsanstalter (från vilket behov den härlett ett allmänt intresse av kommersiell karaktär) och det slutliga syftet att bidra till kriminalvårdspolitiken (som den anser vara av allmänt intresse). Kommissionen har anfört att denna uppdelning, förutom att den är konstgjord på så sätt att de båda behoven har ett nära samband, strider mot det resonemang som domstolen har fört i andra mål, i vilka den har förklarat att insamling och behandling av hushållssopor (domen i det ovannämnda målet BTI Holding) eller tryckning av officiella administrativa handlingar (domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.) utgör allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, utan att den därvid har skilt mellan dessa verksamheter och deras slutliga syfte: å ena sidan att värna om allmän hälsa och åstadkomma miljöskydd, å andra sidan att värna om samhällsintresset och den verksamhet som staten bedriver i egenskap av institution.

- 65 För det tredje har kommissionen gjort gällande att även om SIEPSA eventuellt har ett vinstsyfte utesluter inte detta att bolaget kan tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Enligt kommissionen framgår det inte av lydelsen av direktiv 93/37 att ett vinstsyfte innebär att de allmänna intressen som SIEPSA har bildats för att tillgodose skall anses sakna industriell eller kommersiell karaktär, även om det förhåller sig så att vinstsyftet utgör en separat del av bolagets verksamhet.
- 66 Till dessa omständigheter skall läggas att det kan ifrågasättas om vinstsyftet kan vara en målsättning för ett statligt bolag som SIEPSA, som finansieras endast med offentliga medel och som har bildats för att utarbeta och genomföra en plan för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter. Kommissionen anser det nämligen vara uppenbart att en medlemsstat inte kan anse att målet att uppnå vinst skall prioriteras i en sådan sektor. Till stöd för detta påstående har kommissionen anfört att det av de "Ekonomiska och finansiella rapporter om den statliga offentliga sektorn" som Intervención General del Estado har upprättat för räkenskapsåren 1997 och 1998 framgår att SIEPSA under dessa räkenskapsår har redovisat betydande förluster.
- 67 Kommissionen har anfört att även om SIEPSA bedriver verksamhet av kommersiell karaktär, så är denna verksamhet i vart fall endast ett medel för att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, nämligen att genomföra statens kriminalvårdspolitik. Bolaget har bildats just för att tillgodose detta intresse.

Domstolens bedömning

- 68 Såsom har angetts i punkt 36 i förevarande dom har den spanska regeringen inte bestritt att den anbudsinfordran som SIEPSA upprättat avseende upphandlingen

av bygg- och anläggningsarbeten för den experimentella utbildnings- och kriminalvårdsanstalten i Segovia inte uppfyllde kraven i direktiv 93/37, utan har hävdatt att nämnda direktiv inte är tillämpligt på upphandlingsförfaranden som genomförs av detta bolag, eftersom bolaget inte kan anses utgöra ett organ som lyder under offentlig rätt och således inte är en upphandlande myndighet i den mening som avses i nämnda direktiv.

- 69 Inledningsvis erinrar domstolen om att enligt fast rättspraxis måste en enhet uppfylla de tre kumulativa villkor som anges i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 för att kunna betecknas som ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i bestämmelsen. Enligt dessa villkor skall enheten ha tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, vara en juridisk person och vara nära knuten till staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt (dom i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., punkterna 20 och 21, och av den 15 maj 2003 i mål C-214/00, kommissionen mot Spanien, REG 2003, s. I-4667, punkt 52).
- 70 Även om parterna i förevarande fall är ense om att SIEPSA uppfyller de villkor som anges i artikel 1 b andra stycket andra och tredje strecksatserna i direktiv 93/37, är de oense om huruvida de allmänna intressen som SIEPSA särskilt har tillkommit för att tillgodose saknar kommersiell karaktär.
- 71 Det skall i detta avseende först erinras om att domstolen i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien redan har underkänt de argument som den spanska regeringen har härlett ur det förhållandet att affärsdrivande bolag under det allmännas kontroll — såsom SIEPSA — enligt de i förevarande fall tillämpliga spanska bestämmelserna, nämligen artikel 1.3 i lag nr 13/1995 jämförd med den sjätte tilläggsbestämmelsen i samma lag, inte hör till den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för vare sig de spanska bestämmelserna eller gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.

- 72 I syfte att avgöra huruvida detta uteslutande från tillämpningsområdet utgör ett korrekt införlivande av begreppet upphandlande myndighet i artikel 1.1 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 anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), prövade domstolen, efter att ha funnit att den personkrets som nämnda direktiv är tillämpligt på bland annat sammanfaller med den personkrets som direktiv 93/37 är tillämpligt på, räckvidden av begreppet organ som lyder under offentlig rätt, vilket bland annat används i artikel 1 b andra stycket i sistnämnda direktiv (se dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkterna 48, 50 och 51).
- 73 I detta sammanhang anförde domstolen att enligt fast rättspraxis måste detta begrepp, mot bakgrund av direktivets dubbla syfte att öppna för konkurrens och insyn, tolkas funktionellt samt ges stor räckvidd (se dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 53).
- 74 Det var mot denna bakgrund som domstolen i punkterna 54 och 55 i dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, vid prövningen av huruvida en enhet skulle anses vara ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37, konstaterade att den i enlighet med fast rättspraxis måste begränsa sig till att undersöka huruvida den aktuella enheten uppfyller de tre kumulativa villkor som anges i nämnda bestämmelse, varvid en enhets privaträttsliga status inte utgör något kriterium som kan utesluta att den kvalificeras som upphandlande myndighet i den mening som avses i nämnda direktiv.
- 75 Domstolen anförde vidare att denna tolkning, som är den enda som gör det möjligt att säkerställa den ändamålsenliga verkan av direktiv 93/37, inte innebär att man bortser från den industriella eller kommersiella karaktären av de allmänna intressen som den berörda enheten skall tillgodose, eftersom denna omständighet måste beaktas för att avgöra om enheten uppfyller det villkor som anges i artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i direktiv 93/37 (se dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkterna 56 och 58).

76 Denna slutsats kan inte heller rubbas av det förhållandet att det inte finns någon uttrycklig hänvisning i direktiv 93/37 till den särskilda kategorin "offentliga företag", vilket det däremot finns i direktiv 93/38. Såsom kommissionen med rätta anfört antogs sistnämnda direktiv i syfte att utsträcka tillämpningsområdet för gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling till vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, vilka inte reglerades i andra direktiv. Gemenskapslagstiftaren har i detta syfte använt sig av en funktionell metod, analog med den som användes i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37, på så sätt att den använt å ena sidan begreppet "offentliga myndigheter" och å andra sidan begreppet "offentliga företag". På så sätt kunde gemenskapslagstiftaren försäkra sig om att samtliga upphandlande enheter som är verksamma i de sektorer som regleras i direktiv 93/38 inkluderas i den personkrets som omfattas av direktivets tillämpningsområde, så snart som de uppfyller vissa kriterier. Frågan om vilken rättslig form dessa enheter har och vilket rättsligt system de omfattas av saknar betydelse i detta sammanhang.

77 Vad gäller frågan om relevansen av den spanska regeringens argument, att SIEPSA inte omfattas av de kategorier av spanska organ som lyder under offentlig rätt som anges i förteckningen i bilaga I i direktiv 93/37, skall det erinras om att domstolen i punkt 39 i dom av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley (REG 2003, s. I-1931), har uttalat att denna förteckning inte har en uttömmande karaktär, eftersom graden av precision i nämnda förteckning varierar betydligt från en medlemsstat till en annan. Domstolen drog därför slutsatsen att om ett visst organ inte återfinns i nämnda förteckning, skall det aktuella organets rättsliga och faktiska situation i varje enskilt fall utredas i syfte att bedöma huruvida det tillgodoser allmänna intressen eller inte (domen i det ovannämnda målet Adolf Truley, punkt 44).

78 Vad mer särskilt gäller begreppet "det allmännas intressen, som inte har kommersiell eller industriell karaktär", som finns i artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i direktiv 93/37, skall det erinras om att domstolen redan har haft tillfälle att uttala sig om räckvidden av detta begrepp i samband med olika gemenskapsdirektiv rörande samordning av förfarandena för offentlig upphandling.

- 79 Domstolen har därvid funnit att detta begrepp är gemenskapsrättsligt och därför skall tolkas på ett självständigt och enhetligt sätt i hela gemenskapen, varvid tolkningen skall göras med beaktande av det sammanhang som bestämmelsen ingår i och det mål som eftersträvas med den ifrågavarande regleringen (för ett liknande resonemang, se dom i det ovannämnda målet Adolf Truley, punkterna 36, 40 och 45).
- 80 Det framgår dessutom av fast rättspraxis att allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, i den mening som avses i artikel 1 b i gemenskapsdirektiven om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling, utgörs dels av intressen som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden, dels av intressen som staten, av skäl som har samband med det allmänna intresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på (se bland annat dom i det ovannämnda målet Adolf Truley, punkt 50, och av den 22 maj 2003 i mål C-18/01, Korhonen m.fl., REG 2003, s. I-5321, punkt 47).
- 81 Av rättspraxis framgår vidare att förekomsten eller frånvaron av allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas med hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av det berörda organet och på vilka villkor som organet utövar sin verksamhet, inklusive bland annat huruvida det saknas konkurrens på marknaden, huruvida det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, huruvida organet inte står risken för den verksamhet som utövas liksom huruvida den aktuella verksamheten åtnjuter offentlig finansiering (för ett liknande resonemang, se dom i de ovannämnda målen Adolf Truley, punkt 66, och Korhonen m.fl., punkterna 48 och 59).
- 82 Såsom domstolen har konstaterat i punkt 51 i domen i det ovannämnda målet Korhonen m.fl., är det föga sannolikt att de behov som organet syftar till att tillgodose inte har industriell eller kommersiell karaktär om organet verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av dess verksamhet.

- 83 Frågan huruvida det allmänna intresse som SIEPSA skall tillgodose har eller inte har industriell eller kommersiell karaktär skall således prövas med hänsyn till de kriterier som har fastställts i rättspraxis.
- 84 Det är klarlagt att SIEPSA särskilt har tillkommit för att med ensamrätt ansvara för genomförandet av program och åtgärder inom ramen för planen för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter, i syfte att genomföra den spanska statens kriminalvårdspolitik. SIEPSA bedriver inom ramen för detta syfte, såsom framgår av bolagsordningen, all den verksamhet som behövs för att bygga, förvalta och avyttra nämnda stats kriminalvårdsanstalter.
- 85 Eftersom de allmänna intressen som SIEPSA skall tillgodose således utgör ett nödvändigt villkor för utövandet av statens rätt att bestraffa, hänger de mycket nära samman med den allmänna ordningen.
- 86 Detta mycket nära samband framgår bland annat av det avgörande inflytande som staten har på genomförandet av de uppgifter som har anförtrotts SIEPSA. Det står nämligen klart att SIEPSA skall genomföra en plan för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter som har godkänts av regeringen och att det bedriver sin verksamhet i enlighet med riktlinjer som utfärdats av den offentliga förvaltningen.
- 87 Eftersom verkställighet av straff omfattas av statens exklusiva behörighet finns det dessutom inte någon marknad för de varor och tjänster som SIEPSA tillhandahåller inom ramen för planering och upprättande av kriminalvårdsanstalter. Såsom kommissionen med rätta har anfört omfattas sådan verksamhet som nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter, som återfinns bland de huvudsakliga föremålen för SIEPSA:s verksamhet, inte av någon konkurrens på marknaden. Detta bolag kan således inte anses som ett organ om bjuder ut varor eller tjänster på den fria marknaden i konkurrens med andra ekonomiska aktörer.

- 88 Vad gäller den spanska regeringens argument att SIEPSA bedriver sin verksamhet i vinstsyfte, är det tillräckligt att konstatera att även om SIEPSA:s verksamhet skulle gå med vinst, så är det uteslutet att eftersträvandet av vinst i sig utgör bolagets huvudsakliga mål.
- 89 Det framgår nämligen klart av detta bolags bolagsordning att sådan verksamhet som förvärv av fastigheter i syfte att upprätta nya kriminalvårdsanstalter, främjande och genomförande av bygg- och anläggningsarbeten eller avyttring av anläggningar som inte längre används endast utgör medel för att uppnå bolagets huvudsakliga mål, vilket är att genomföra statens kriminalvårdspolitik.
- 90 Denna slutsats vinner stöd av det förhållandet att SIEPSA under räkenskapsåren 1997 och 1998 bokförde betydande finansiella förluster, såsom kommissionen har påpekat, utan att motsägas av den spanska regeringen.
- 91 Det skall i detta avseende tilläggas att det tycks vara föga troligt att SIEPSA självt måste bära de ekonomiska riskerna av verksamheten, oberoende av huruvida det finns en officiell mekanism för att kompensera SIEPSA:s eventuella förluster. Med hänsyn till att genomförandet av detta bolags uppgifter utgör en grundläggande del av den spanska statens kriminalvårdspolitik, synes det vara troligt att nämnda stat i egenskap av ensam aktieägare skulle vidta samtliga nödvändiga åtgärder för att förhindra att SIEPSA går i konkurs.
- 92 Mot denna bakgrund är det möjligt att SIEPSA i ett förfarande för offentlig upphandling låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Det är emellertid just för att undvika en sådan möjlighet som det är nödvändigt att tillämpa gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling (för ett liknande resonemang, se bland annat dom i de ovannämnda målen *Adolf Truley*, punkt 42, och *Korhonen m.fl.*, punkterna 51 och 52).

- 93 Med hänsyn till samtliga faktiska och rättsliga faktorer som styr SIEPSA:s verksamhet, såsom de har redovisats i punkterna 84—92 i förevarande dom, drar domstolen slutsatsen att de allmänna intressen som bolaget särskilt har tillkommit för att tillgodose inte har industriell eller kommersiell karaktär.
- 94 Av detta följer att en enhet sådan som SIEPSA måste anses utgöra ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 och, således, även en upphandlande myndighet i den mening som avses i första stycket i samma bestämmelse.
- 95 Direktiv 93/37 är således tillämpligt på de förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten som har inletts av detta bolag.
- 96 Mot bakgrund av samtliga överväganden ovan konstaterar domstolen att Konungariket Spanien har åsidosatt sina skyldigheter enligt direktiv 93/37, genom att inte iaktta samtliga bestämmelser i nämnda direktiv vid en anbudsinfordran avseende genomförande av bygg- och anläggningsarbeten för Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia som upprättats av Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, ett bolag som uppfyller definitionen på upphandlande myndighet i artikel 1 b i direktiv 93/37.

Rättegångskostnader

- 97 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Konungariket Spanien skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom denna stat har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

följande dom:

- 1) Konungariket Spanien har åsidosatt sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, genom att inte iaktta samtliga bestämmelser i nämnda direktiv vid en anbudsinfordran avseende genomförande av bygg- och anläggningsarbeten för Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia som upprättats av Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, ett bolag som uppfyller definitionen på upphandlande myndighet i artikel 1 b i direktiv 93/37.
- 2) Konungariket Spanien skall ersätta rättegångskostnaderna.

Puissochet

Schintgen

Skouris

Colneric

Cunha Rodrigues

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 16 oktober 2003.

R. Grass

V. Skouris

Justitiesekreterare

Ordförande