DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

14. oktober 2004 *

I sag C-340/02,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF,

anlagt den 24. september 2002,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Den Franske Republik ved G. de Bergues, S. Pailler og D. Petrausch, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: fransk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne S. von Bahr og K. Schiemann (refererende dommer),

generaladvokat: L.A. Geelhoed
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den refererende dommers rapport,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af parterne,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 11. marts 2004,

afsagt følgende

Dom

1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i stævningen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1, herefter »direktivet«), navnlig direktivets artikel 15, stk. 2, idet Communauté urbaine du

Mans (herefter »CUM«) har tildelt en kontrakt om undersøgelser, hvis genstand bl.a. er bistand til bygherren vedrørende opførelse af rensningsanlægget i Chauvinière, uden at have offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende.*

Retsforskrifter

2 Direktivets artikel 7, stk. 1, bestemmer:

»Dette direktiv finder anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvis anslåede værdi uden moms er 200 000 ECU eller derover.«

3 I henhold til direktivets artikel 8 skal aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets afsnit III til VI.

4 Direktivets artikel 15, stk. 2, der findes i afsnit V med overskriften »Fælles regler for offentliggørelse«, bestemmer:

»Ordregivende myndigheder, som ønsker at indgå en offentlig tjenesteydelsesaftale ved offentligt eller begrænset udbud eller, på de betingelser, der er anført i artikel 11, ved udbud efter forhandling, tilkendegiver deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.«

5 Direktivets artikel 11, stk. 3, der findes i dets afsnit III med overskriften »Valg af udbudsprocedure og regler for projektkonkurrencer«, gør det muligt at fravige forpligtelsen til at foretage forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet det bestemmes:

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige tjenesteydelsesaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

[...]

c) når den pågældende aftale er et led i en projektkonkurrence og i henhold til de herfor gældende regler skal indgås med vinderen eller en af vinderne af konkurrencen. I så fald skal alle vinderne af konkurrencen opfordres til at deltage i forhandlingerne

[...]«

6 Direktivets artikel 1, litra g), bestemmer:

»[I dette direktiv forstås ved:] »projektkonkurrencer« nationale fremgangsmåder, hvorved den ordregivende myndighed, navnlig inden for fysisk planlægning, byplanlægning, arkitekt- og ingeniørarbejde eller databehandling, kan forskaffe sig et planlægnings- eller projekteringsarbejde, som er udvalgt af en bedømmelseskomité efter udskrivning af en konkurrence med eller uden præmieuddeling.«

De faktiske omstændigheder

7 CUM iværksatte flere udbud vedrørende tjenesteydelser i relation til arbejderne med planlægningen af rensningsanlægget i Chauvinière.

8 Der blev i denne forbindelse udarbejdet en arbejdsplan, der omfattede de tre følgende faser:

— første fase: undersøgelse af muligheden for at gennemføre en vandbehandlingsprocedure med henblik på at få rensningsanlægget i Chauvinère til at fungere i overensstemmelse med de europæiske miljønormer

— anden fase: kontrakt på undersøgelser med det formål: 1) at yde bistand til bygherren i forbindelse med udarbejdelsen af det detaljerede tekniske program på grundlag af den løsning, der udvælges i den første fase, 2) at udarbejde en konsekvensundersøgelse, der analyserer samtlige de virkninger, arbejdet har på miljøet, og 3) bistand til bygherren i forbindelse med vurderingen af de bud, der afgives inden for rammerne af det udbud, der gennemføres i den tredje fase

— tredje fase: udformning af arbejdet og udførelse heraf.

9 To udbudsbekendtgørelser blev offentliggjort i EF-Tidende, henholdsvis den 30. november 1996, serie S, nr. 233, og den 10. december 1998, serie S, nr. 239.

10 Den bekendtgørelse, der blev offentliggjort den 30. november 1996, vedrørte et begrænset udbud af en projektkonkurrence, der omhandlede den i første fase nævnte gennemførlighedsundersøgelse. I denne projektkonkurrence skulle der uddeles en præmie på 200 000 FRF til hver af de tre udvalgte deltagere, eller et samlet beløb på 600 000 FRF.

11 Den nævnte bekendtgørelse nævnte endvidere i punkt 2, at den ansøger, hvis løsningsforslag var blevet udvalgt i forbindelse med projektkonkurrencen i første fase, »k[unne] anmodes om at medvirke ved gennemførelsen af sit forslag som led i den kontrakt om undersøgelser, der som genstand har [bl.a.] bistand til bygherren«, som fastsat i første og tredje led i den anden fase.

12 Den bekendtgørelse, der blev offentliggjort den 10. december 1998, vedrørte den tredje fase.

Den administrative procedure

13 Ved skrivelse af 7. oktober 1999 anmodede Kommissionen de franske myndigheder om at fremkomme med deres bemærkninger til betingelserne for de ovennævnte udbud og den måde, hvorpå de var blevet gennemført.

14 Da de franske myndigheder ikke fremkom med nogen officiel reaktion på denne skrivelse, fremsendte Kommissionen den 3. august 2000 en åbningsskrivelse til myndighederne, hvori den fremførte tre anbringender om tilsidesættelse af henholdsvis direktivets artikel 27, stk. 2, direktivets artikel 15, stk. 2, og direktivets artikel 36, stk. 1.

15 Ved skrivelse af 21. november 2000 bestred de franske myndigheder samtlige Kommissionens klagepunkter. Da dette svar ifølge Kommissionen var utilstrækkeligt, fremsendte sidstnævnte den 26. juli 2001 en begrundet udtalelse, hvori den gentog sine klagepunkter.

16 De franske myndigheder besvarede denne begrundede udtalelse ved skrivelse af 4. februar 2002, hvori de anerkendte, at Kommissionens første og tredje klagepunkter var begrundede.

17 Under disse omstændigheder har Kommissionen besluttet at anlægge nærværende sag, hvis genstand er begrænset til det andet klagepunkt, der er fremsat i den begrundede udtalelse.

Om søgsmålet

Parternes argumenter

18 Kommissionen har i stævningen gjort gældende, at kontrakten om bistand til bygherren, der var genstand for den anden fase, og som havde en kontraktsum på 4 502 137,90 FRF, omhandlede ydelser, der er forskellige fra ydelserne i projektkonkurrencen, der var blevet iværksat med udbudsbekendtgørelsen af 30. november 1996. Denne kontrakt skulle derfor havde været gjort til genstand for offentliggørelse og konkurrence i overensstemmelse med de fælles regler om offentliggørelse og deltagelse, der er fastsat i direktivets afsnit V og VI, men blev i stedet tildelt vinderen af den projektkonkurrence, der var organiseret for udførelsen af den i første fase omhandlede gennemførlighedsundersøgelse, uden nogen ny offentliggørelse eller nyt udbud på fællesskabsplan.

19 Kommissionen har gjort gældende, at bemærkningen i den i 1996 offentliggjorte udbudsbekendtgørelse om, at vinderen af projektkonkurrencen kan anmodes om at medvirke og yde bistand til bygherren i forbindelse med anden fase, er uden relevans, og at den under ingen omstændigheder gør det muligt for den ordregivende myndighed at frigøre sig for sine forpligtelser i henhold til direktivet.

20 Kommissionen har tilføjet, at det med direktivet indførte princip om ligebehandling af de bydende kræver, at kontraktens genstand defineres klart og ikke kan udvides i løbet af udbudsproceduren. Dette princip indebærer også, at kriterierne for tildeling skal fastlægges klart. Ikke alene havde vinderen af projektkonkurrencen ikke nogen vished for eller ret til at kunne udføre andre ydelser i forbindelse med en senere kontrakt om teknisk bistand til bygherren, men der var endvidere ikke blevet fastlagt noget kriterium for tildeling af sidstnævnte kontrakt.

21 Den franske regering har i sit svarskrift for det første gjort gældende, at hverken bestemmelserne i udbudsbekendtgørelsen af 30. november 1996 eller i de udbudsbetingelser, den første henviste til for yderligere oplysninger, gav anledning til tvivl om, at det var CUM's hensigt at forbeholde sig muligheden for at tildele vinderen af projektkonkurrencen en kontrakt om undersøgelser, der havde til formål at yde bistand til bygherren. Derfor kunne kontrakten om bistand til bygherren tildeles vinderen af projektkonkurrencen uden forudgående offentliggørelse af en ny udbudsbekendtgørelse.

22 Den franske regering har for det andet gjort gældende, at direktivets artikel 11, stk. 3, litra c), i den foreliggende sag indeholder en undtagelse fra pligten til at offentliggøre en forudgående udbudsbekendtgørelse.

23 Med hensyn til Kommissionens argument om, at kriterierne for tildeling af kontrakten om bistand til bygherren i strid med princippet om ligebehandling af ansøgerne ikke blev fastlagt i udbudsbekendtgørelsen af 30. november 1996, har den franske regering gjort gældende, at dette klagepunkt ikke kan realitetsbehandles, for

så vidt som det først er blevet gjort gældende i stævningen, hvorfor det ikke har været muligt for regeringen at tage til genmæle i denne forbindelse under den administrative procedure.

24 Kommissionen har vedrørende dette sidste punkt gjort gældende, at der ikke er tale om et nyt klagepunkt, men om en bemærkning, der støtter dens standpunkt, nemlig at kontraktens genstand kun omfattede projektkonkurrencen.

Domstolens bemærkninger

Formaliteten

25 Det bemærkes, at den administrative procedure ifølge fast retspraksis har til formål at give den berørte medlemsstat lejlighed til dels at opfylde sine fællesskabsretlige forpligtelser, dels virkningsfuldt at tage til genmæle over for Kommissionens klagepunkter (jf. bl.a. dom af 10.5.2001, sag C-152/98, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 3463, præmis 23, og af 15.1.2002, sag C-439/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 305, præmis 10).

26 Heraf følger for det første, at genstanden for et søgsmål, som anlægges i henhold til artikel 226 EF, fastlægges i den administrative procedure, som er hjemlet ved denne bestemmelse. Dermed skal søgsmålet støttes på de samme grunde og anbringender som den begrundede udtalelse. Er et klagepunkt ikke blevet fremsat i den begrundede udtalelse, kan det ikke antages til realitetsbehandling under proceduren for Domstolen (jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 11).

27 For det andet skal den begrundede udtalelse indeholde en sammenhængende og detaljeret fremstilling af de grunde, som har ført Kommissionen til den opfattelse, at den pågældende medlemsstat har tilsidesat en forpligtelse, der påhviler den i henhold til EF-traktaten (jf. bl.a. dom af 4.12.1997, sag C-207/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6869, præmis 18, og dommen af 15.1.2002 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 12).

28 I den foreliggende sag gjorde Kommissionen i den begrundede udtalelses punkt 20 og 21 i forbindelse med det andet klagepunkt gældende, at »henvisningen i udbudsbekendtgørelsen til muligheden for, at »vinderen medvirker ved udførelsen af det udvalgte projekt« [...], hverken giver vinderen af projektkonkurrencen vished eller ret med hensyn til udførelsen af andre ydelser i forbindelse med en senere kontrakt om teknisk bistand til bygherren«, og »[...] at det er med urette, at den ordregivende myndighed har kunnet udelade de forskellige ydelser i form af bistand til bygherren, der er fastsat i forbindelse med den anden fase i den samlede plan for den omhandlede tilrettelæggelse, fra offentliggørelse og udbud«.

29 Under disse omstændigheder er der grund til at antage, at Kommissionen ved at gøre gældende, at kriterierne for tildeling af kontrakten om bistand til bygherren ikke var blevet defineret i udbudsbekendtgørelsen af 30. november 1996, hvilket er i strid med princippet om ligebehandling af ansøgerne, blot har uddybet klagepunktet i den begrundede udtalelses punkt 20 og 21 uden at fremkomme med et nyt klagepunkt. Det følger heraf, at den af den franske regering rejste formalitetsindsigelse må forkastes.

Realiteten

30 I den foreliggende sag foreholder Kommissionen i det væsentlige de franske myndigheder, at de har tildelt den i anden fase omhandlede kontrakt om bistand til bygherren uden at iværksætte den i direktivet fastsatte tildelingsprocedure.

31 Det fastslås indledningsvis, at det er ubestridt, at betingelserne for, at direktivet finder anvendelse, var opfyldt i den foreliggende sag. De undersøgelser og den bistand til bygherren, der var genstand for den anden fase, udgør tjenesteydelser som omhandlet i direktivets artikel 8 og i dets bilag I A. Endvidere var den mindsteværdi for kontrakten, der er fastsat i direktivets artikel 7, stk. 1, overskredet.

32 Derfor kunne indgåelsen af kontrakten for de nævnte tjenesteydelser i henhold til direktivets artikel 8 kun ske under overholdelsen af reglerne i direktivets afsnit III, herunder direktivets artikel 11 og 15, stk. 2. I henhold til sidstnævnte bestemmelse påhvilede det de ordregivende myndigheder at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse.

33 Den franske regering har imidlertid gjort gældende, at den mulighed for at tildele kontrakten i anden fase til vinderen af projektkonkurrencen, der er fastsat i bekendtgørelsen af 30. november 1996, fritager den ordregivende myndighed fra pligten til at offentliggøre en ny bekendtgørelse ved indgåelsen af denne kontrakt.

34 Dette argument kan ikke tiltrædes. Princippet om ligebehandling af de forskellige tjenesteydere, der er fastsat i direktivets artikel 3, stk. 2, og det princip om gennemsigtighed, der følger heraf (jf. analogt hertil dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 51-53, og af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 61), kræver således, at hver kontrakts genstand samt kriterierne for dens tildeling defineres klart.

35 Der må opstilles et sådant krav, eftersom en kontrakts genstand og de kriterier, der vælges til brug for tildelingen af kontrakten, skal anses for at være forhold, der er afgørende, når det skal bestemmes, hvilken af de i direktivet fastsatte fremgangsmåder der skal anvendes, og vurderes, om de krav, der gælder særskilt for den således valgte procedure, er overholdt.

36 I den foreliggende sag følger det af det anførte, at den blotte mulighed for, at kontrakten vedrørende den anden fase tildeles på grundlag af kriterier, der er fastsat for en anden kontrakt, nemlig den, der omhandles i den første fase, ikke kan sidestilles med en indgåelse af førstnævnte kontrakt i overensstemmelse med en af fremgangsmåderne i direktivet.

37 Den franske regering har endvidere henvist til direktivets artikel 11, stk. 3, der giver de ordregivende myndigheder, der anvender et udbud efter forhandling, mulighed for at fravige kravet om forudgående offentliggørelse i de tilfælde, der er udtømmende opregnet. Det forholder sig efter ordlyden af direktivets artikel 11, stk. 3, litra c), bl.a. således, »når den pågældende aftale er et led i en projektkonkurrence og i henhold til de herfor gældende regler skal indgås med vinderen eller en af vinderne af konkurrencen [...]«.

38 Det bemærkes i den forbindelse, som Kommissionen med rette har understreget, at denne bestemmelse som en undtagelse fra en grundlæggende traktatbestemmelse må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem (jf. dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 58).

39 Det gælder i den foreliggende sag, som generaladvokaten har bemærket i punkt 40 i sit forslag til afgørelse, at en del af de ydelser, der omhandles i anden fase, ikke omfattes af begrebet projektkonkurrence, således som dette er defineret i direktivets artikel 1, litra g), der henviser til et »planlægnings- eller et projekteringsarbejde«. Selv om det første led i den anden fase (bistand til bygherren ved udarbejdelse af det tekniske detaljerede program på grundlag af den i første fase udvalgte løsning) eventuelt kunne anses for at være et planlægnings- eller projekteringsarbejde som omhandlet i direktivets artikel 1, litra g), gælder dette derimod ikke for det tredje led i den anden fase. Det er således åbenbart, at bistand til bygherren ved bedømmelse af de afgivne bud i forbindelse med den procedure, der omhandles i den tredje fase, ikke udgør et planlægnings- eller projekteringsarbejde som omhandlet i direktivets artikel 1, litra g).

40 Under alle omstændigheder gælder det, at betingelserne for at anvende undtagelsen i direktivets artikel 11, stk. 3, litra c), ikke er opfyldt i den foreliggende sag. Det fremgår således klart af denne bestemmelses ordlyd, at det kun er muligt at undlade at offentliggøre en bekendtgørelse, når den omhandlede kontrakt er et led i en projektkonkurrence og skal indgås med vinderen eller en af vinderne af konkurrencen.

41 Som generaladvokaten har anført i punkt 45 i sit forslag til afgørelse, betyder udtrykket »er et led i en projektkonkurrence«, som omhandlet i direktivets artikel 11, stk. 3, litra c), at der skal vedblive at bestå et direkte funktionelt led mellem projektkonkurrencen og den omhandlede kontrakt. Da den i sagen omhandlede projektkonkurrence drejede sig om den første fase og var tilrettelagt med henblik på tildeling af den kontrakt, der vedrørte denne fase, kan kontrakten i anden fase ikke anses for at være et led i denne projektkonkurrence.

42 Hertil kommer, at den klausul, der findes i punkt 2 i udbudsbekendtgørelsen af 30. november 1996, kun giver mulighed for, men ikke pligt til, at overdrage den anden fase til vinderen af projektkonkurrencen vedrørende den første fase. Det kan derfor ikke tiltrædes, at kontrakten vedrørende den anden fase skal indgås med vinderen eller en af vinderne af konkurrencen.

43 Herefter kan den i direktivets artikel 11, stk. 3, litra c), fastsatte undtagelse fra pligten til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse ikke finde anvendelse i den foreliggende sag.

44 Det fremgår af de ovennævnte betragtninger, at den anden fase ikke har været genstand for offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i overensstemmelse med direktivets bestemmelser, selv om den var omfattet af dettes anvendelsesområde.

45 Henset til det ovenfor anførte må det fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivet, navnlig dets artikel 15, stk. 2, idet CUM har tildelt en kontrakt om undersøgelser, hvis genstand er bistand til bygherren vedrørende opførelse af rensningsanlægget i Chauvinière, uden at have offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i EF-Tidende.

Sagens omkostninger

46 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Den Franske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Den Franske Republik har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

1) **Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, navnlig direktivets artikel 15, stk. 2, idet Communauté urbaine du Mans har tildelt en kontrakt om undersøgelser, hvis genstand er bistand til bygherren vedrørende opførelse af rensningsanlægget i Chauvinière, uden at have offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.**

2) **Den Franske Republik betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter.