# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MICHAEL B. ELMER

fremsat den 8. februar 1996 *

## Indledning

1. Under denne sag har Kommissionen påstået Forbundsrepublikken Tyskland dømt for at have tilsidesat sine forpligtelser efter Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [1], som ændret ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 [2], (herefter »direktivet«) ved, at Wasser-und Schiffahrtsamt Emden har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt om uddybning af en del af den nedre Ems fra Papenburg til Oldersum ved udbud efter forhandling uden at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

2. Forbundsrepublikken Tyskland har ikke bestridt, at det pågældende projekt er omfattet af direktivet, men har nedlagt påstand om frifindelse under anbringende af, at betingelserne i den nedenfor nævnte bestemmelse i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), var opfyldt, således at man kunne indgå anlægskontrakten ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

## De relevante fællesskabsretlige regler

3. Direktivet fastsætter i artikel 5, stk. 1, at de ordregivende myndigheder ved indgåelsen af offentlige bygge- og anlægskontrakter skal anvende en fremgangsmåde med enten »offentligt udbud«, »begrænset udbud« eller »udbud efter forhandling«.

Efter artikel 5, stk. 2, kan de ordregivende myndigheder i nærmere angivne tilfælde indgå bygge- og anlægskontrakter ved udbud efter forhandling efter at have offentliggjort en udbudsbekendtgørelse og udvalgt ansøgerne efter kendte kvalitative kriterier.

Efter artikel 5, stk. 3, kan de ordregivende myndigheder i visse tilfælde indgå bygge- og

* Originalsprog: dansk.

1 — EFT 1971 II, s. 613, berigtiget i EFT 1952-1972, december 1973, s. 40-46, org. ref.: JO L 185, s. 5.

2 — EFT L 210, s. 1.

anlægskontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Dette kan efter artikel 5, stk. 3, litra c), bl.a. ske:

»i strengt nødvendigt omfang, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de frister, der kræves ved offentlige eller begrænsede udbud samt ved udbud efter forhandling som omhandlet i stk. 2. De omstændigheder, der skal begrunde den tvingende nødvendighed, må ikke kunne tilskrives de ordregivende myndigheder.«

Artikel 5, stk. 4, fastsætter, at »i alle andre tilfælde anvender de ordregivende myndigheder ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter offentligt eller begrænset udbud.«

4. Efter direktivets artikel 12, stk. 1, sammenholdt med stk. 8, skal de ordregivende myndigheder i en vejledende bekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* give en kort beskrivelse af beskaffenheden af de bygge- og anlægsarbejder, som de agter at lade udføre, og som overskrider en i direktivet fastsat tærskelværdi. Efter artikel 12, stk. 2, sammenholdt med stk. 9, skal de ordregivende myndigheder, som ønsker at lade offentlige bygge- og anlægsarbejder udføre efter offentligt eller begrænset udbud eller udbud efter forhandling i de i artikel 5, stk. 2, omhandlede tilfælde, tilkendegive deres hensigt ved en bekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

I artikel 14 er der fastsat regler om, hvilke frister de ordregivende myndigheder ved begrænset udbud og udbud efter forhandling, jf. artikel 5, stk. 2, skal fastsætte for modtagelsen af anmodninger om deltagelse. Denne frist skal i almindelighed være mindst 37 dage fra tidspunktet for afsendelse af bekendtgørelsen om projektet til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer. Efter artikel 15, stk. 1, kan der dog i hastende tilfælde, hvor det ikke er muligt at overholde de i artikel 14 omhandlede tidsfrister, fastsættes en frist på mindst 15 dage.

Ved begrænset udbud skal den af de ordregivende myndigheder fastsatte frist for modtagelsen af bud efter artikel 14, stk. 3, mindst være 40 dage fra tidspunktet for afsendelse af den skriftlige opfordring, men fristen kan efter artikel 14, stk. 4, afkortes til 26 dage, hvis der har været offentliggjort den i artikel 12, stk. 1, omhandlede bekendtgørelse. I de i artikel 15, stk. 1, omtalte hastetilfælde afkortes fristen yderligere til 10 dage fra datoen for opfordringen.

## Sagens faktiske omstændigheder

5. I september 1989 blev det på opfordring fra byen Papenburg besluttet at søge den nedre Ems uddybet til at kunne tage 6,80 m dybtgående skibe af den såkaldte panamaklasse. Denne uddybning ansås på baggrund af den almene trafikale udvikling for generelt at være af økonomisk betydning for regionen, idet en sådan uddybning ville fremme det i øvrigt struktursvage områdes økonomiske struktur.

6. I 1990 viste det sig, at områdets største arbejdsplads, Meyer-værftet, havde indgået en kontrakt om levering af et 6,80 m dybtgående skib, »ZENITH«, til en pris af ca. 500 mio. DM. Dette skib kunne kun overføres, hvis der skete en uddybning af en del af den nedre Ems. Overførelsen af skibet var bestemt til at skulle finde sted den 18. februar 1992, hvor der ville være springflod. Såfremt den nævnte dato for overførelsen ikke blev overholdt, skulle værftet betale en konventionalbod på 80 000 USD pr. dag.

7. Wasser-und Schiffahrtsamt Emden er en afdeling af Forbundsrepublikkens skibsforvaltning og var ansvarlig for gennemførelsen af projektet med uddybning af den nedre Ems. Planerne for projektet skulle imidlertid først godkendes. Den myndighed, der var ansvarlig for godkendelsesproceduren, var Wasser-und Schiffahrtsdirektion Aurich.

8. Efter en række nødvendige forundersøgelser indledte Wasser-und Schiffahrtsdirektion Aurich den 5. november 1990 godkendelsesproceduren med henblik på, at projektet i givet fald kunne opnå godkendelse i slutningen af maj 1991. Den 11. april 1991 fandt der en drøftelse af projektet sted. Bezirksregierung für Weser-Ems, hvis samtykke var nødvendigt, for at planerne kunne godkendes, fremførte ved denne lejlighed ingen indvendinger mod projektet.

9. Wasser-und Schiffahrtsamt Emden havde til hensigt at udbyde hele bygge- og anlægskontrakten vedrørende projektet om uddybning af den nedre Ems i offentligt udbud og offentliggjorde i overensstemmelse hermed i et tillæg til *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af 20. april 1991 en kort beskrivelse af de planlagte arbejder.

10. I slutningen af maj 1991 afslog Bezirksregierung für Weser-Ems af økologiske grunde at meddele endeligt samtykke til den planlagte uddybning. Projektet vedrørende en mere permanent uddybning af den nedre

Ems blev derfor udsat indtil videre. Man fortsatte imidlertid godkendelsesproceduren vedrørende et projekt med en midlertidig uddybning af en del af den nedre Ems med henblik på at muliggøre overførelsen af det af Meyer-værftet byggede skib.

11. Som svar på en anmodning fra et ikke-tysk selskab om tilsendelse af nærmere oplysninger vedrørende de arbejder, der var blevet annonceret den 20. april 1991, meddelte Wasser-und Schiffahrtsamt Emden den 30. maj 1991, at selskabet først kunne få dokumenterne vedrørende projektet, når udbudsbekendtgørelsen var blevet offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. Den 19. juni 1991 meddelte Wasser-und Schiffahrtsamt Emden endvidere det pågældende selskab, at det planlagte offentlige udbud af tidsmæssige årsager ikke kunne gennemføres.

12. Den 21. juni 1991 indledte man i stedet en procedure med tildeling af en kontrakt vedrørende den midlertidige uddybning af en del af den nedre Ems ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Seks tyske firmaer blev i den forbindelse opfordret til at afgive tilbud. Den 3. juli 1991 blev der truffet beslutning om at godkende planerne om den midlertidige uddybning af en del af den nedre Ems. Denne beslutning trådte i kraft den 15. august 1991, og denne dag blev kontrakten vedrørende projektet om midlertidig uddybning af en del af den nedre Ems tildelt et af de firmaer, der var blevet opfordret til at afgive tilbud.

13. Dagen forinden, den 14. august 1991, havde Kommissionen pr. telex gjort den tyske regering opmærksom på, at betingelserne for en tildeling af kontrakten ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse efter Kommissionens opfattelse ikke var opfyldt. Ved skrivelse af 2. september 1991 svarede den tyske regering Kommissionen, at betingelserne for en tildeling af kontrakten ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), efter regeringens opfattelse var opfyldt.

14. Da Kommissionen ikke var enig i, at projektet var omfattet af artikel 5, stk. 3, litra c), indledte den ved åbningsskrivelse af 12. november 1991 en traktatbrudsprocedure efter traktatens artikel 169. I sit svar af 6. marts 1992 på åbningsskrivelsen henviste den tyske regering på ny til direktivets artikel 5, stk. 3, litra c). Kommissionen genfremsatte sine synspunkter i en begrundet udtalelse af 27. april 1993. Den tyske regering besvarede denne udtalelse ved skrivelse af 28. september 1993 og henviste til, at den anvendte fremgangsmåde var nødvendig, idet projektet skulle være gennemført inden den 18. februar 1992, hvor det af Meyer-værftet byggede skib skulle overføres.

Parternes anbringender og min stillingtagen

15. Som det fremgår af indledningen, afhænger spørgsmålet om, hvorvidt Forbundsrepublikken Tyskland skal dømmes for overtrædelse af sine forpligtelser efter fællesskabsretten i denne sag, af, om betingelserne i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), var opfyldt. Var de det, var Forbundsrepublikken berettiget til at indgå kontrakt om udførelsen af det pågældende anlægsarbejde ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Var betingelsen i artikel 5, stk. 3, litra c), derimod ikke opfyldt, var Forbundsrepublikken ikke berettiget til at indgå kontrakten på den skete måde og skal i givet fald dømmes i overensstemmelse med Kommissionens påstand.

16. Jeg skal derfor i det følgende vedrørende hvert enkelt led i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), gennemgå parternes synspunkter og fremkomme med min stillingtagen hertil.

Først skal jeg dog fremhæve, at muligheden for at anvende en fremgangsmåde med udbud efter forhandling efter bestemmelserne i artikel 5, stk. 2 og 3, i direktivet efter den 16. indledende betragtning skal »betragtes som en undtagelse, og den bør derfor kun anvendes i klart afgrænsede tilfælde«. Den bestemmelse, der nu er indeholdt i artikel 5, stk. 3, litra c), var endvidere tidligere med næsten identisk ordlyd indeholdt i artikel 9, litra d), i direktiv 71/305. Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af den tidligere artikel 9, litra d), må således anvendes på den nuværende artikel 5, stk. 3, litra c).

Domstolen har generelt vedrørende den tidligere artikel 9 [3] udtalt, at:

»Bestemmelserne i artikel 9 i direktiv 71/305, som tillader fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de traktatfæstede rettigheder i sektoren for offentlige bygge- og anlægskontrakter bliver virksomme, må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem.«

Domstolen har endvidere i dom af 2. august 1993 [4] udtalt, at:

»I henhold til direktivets artikel 9, litra d), er den i bestemmelsen indeholdte undtagelse,

3 — Se senest dom af 18.5.1995, sag C-57/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1249, præmis 23.

4 — Sag C-107/92, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4655, præmis 12.

fritagelsen for enhver forpligtelse til at offentliggøre en licitationsbekendtgørelse, undergivet tre kumulative betingelser. Fritagelsen forudsætter nemlig, at der foreligger en uforudseelig begivenhed, en uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder, og endelig en årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed.«

17. Den tyske regering har gjort gældende, at der var »*tvingende grunde*« til at færdiggøre projektet inden den 18. februar 1992, idet det af Meyer-værftet byggede skib, »ZENITH«, skulle overføres på denne dato. En overskridelse af denne frist ville medføre, at det pågældende skib ikke ville kunne leveres til tiden, således at Meyer-værftet, den største arbejdsplads i området med ca. 1 800 ansatte, ville miste anseelse og ville skulle betale en konventionalbod. Endvidere gjorde ikke blot hensynet til Meyer-værftet, men også hensynet til den struktursvage region det nødvendigt at færdiggøre projektet inden den 18. februar 1992, idet de mere langsigtede konsekvenser af Meyer-værftets manglende overholdelse af dets kontraktlige forpligtelser måtte forudses at være, at værftet ville få et dårligt ry med hensyn til pålidelighed og produktivitet. Dette ville medføre tab af ordrer og dermed tab af arbejdspladser. I værste fald ville værftet måtte lukke, hvilket ville betyde, at regionen ville miste sin største arbejdsplads.

Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at de af den tyske regering anførte grunde ikke er tilstrækkelige til at være omfattede af begrebet »tvingende grunde« i artikel 5, stk. 3, litra c). For så vidt angår de mulige konsekvenser for regionen har Kommissionen særlig anført, at der ikke ses at være nogen holdepunkter for, at sådanne konsekvenser ville indtræde.

18. Jeg skal først fremhæve, at konsekvensen af, at projektet vedrørende uddybning af en del af den nedre Ems ikke var færdiggjort den 18. februar 1992, ville være, at Meyer-værftet ikke ville kunne overholde sine kontraktlige forpligtelser. Såfremt en medlemsstat, hver gang en virksomhed ikke ville være i stand til at overholde sine kontraktlige forpligtelser som følge af en forsinkelse i gennemførelsen af offentlige arbejder, skulle kunne fravige udbudsprocedurerne, ville anvendelsesområdet for artikel 5, stk. 3, litra c), blive særdeles omfattende. Dette ville ikke harmonere med, at bestemmelsen er en undtagelse, som kun skal anvendes i strengt nødvendigt omfang. En medlemsstats ønske om at hjælpe en virksomhed til at overholde dens forpligtelser kan således efter min opfattelse ikke i sig selv anses for at være »tvingende grunde« til at fravige de fastsatte udbudsprocedurer.

19. Såfremt det imidlertid lægges til grund, at følgerne af en manglende gennemførelse af projektet den 18. februar 1992 ville være som anført af den tyske regering, ville overskridelsen have særdeles alvorlige konsekvenser.

Den region, hvori Meyer-værftet er beliggende, er efter det af regeringen oplyste en såkaldt struktursvag region, hvor Meyer-værftet er regionens største arbejdsplads med 1 800 ansatte. Yderligere afhænger ca. 1 700 arbejdspladser ved diverse underleverandører efter det oplyste af værftets eksistens. Jeg kan kun have sympati for, at en regering gør alt, hvad der står i dens magt for at redde arbejdspladser, og det er også klart, at man både i Tyskland og i andre medlemsstater lægger vægt på at bevare skibsværftsindustrien.

Den tyske regering har imidlertid efter min opfattelse ikke fremlagt nogen nærmere dokumentation for, at en forsinket gennemførelse af projektet og Meyer-værftets deraf følgende manglende overholdelse af den indgåede kontrakt i sig selv ville medføre en lukning af værftet med deraf følgende alvorlige konsekvenser. Den tyske regering kan på denne baggrund efter min opfattelse ikke antages at have løftet bevisbyrden for, at disse »tvingende grunde« rent faktisk forelå i det foreliggende tilfælde.

20. Den tyske regering har i øvrigt ikke under sagen gjort gældende, at anlægsprojektet var nødvendigt for at undgå værdispild ved, at det byggede skib ikke ville kunne overføres og derfor måtte ophugges. Der er derfor ikke anledning til nærmere at vurdere, i hvilket omfang dette synspunkt i den konkrete sag ville have kunnet medføre, at der forelå »tvingende grunde« som nævnt i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c).

21. Efter den tyske regerings opfattelse var endvidere betingelsen om, at de tvingende grunde, som efter regeringens opfattelse ikke gjorde det muligt at overholde de frister, der er fastsat i direktivet i forbindelse med udbudsprocedurerne, skal »*følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse*«, opfyldt. Wasser- und Schiffahrtsamt Emden kunne nemlig efter regeringens opfattelse ikke forudse, at Bezirksregierung für Weser-Ems ville nægte at meddele samtykke til projektet, idet denne under drøftelsen af projektet ikke havde fremført nogen indvendinger. Bezirksregierung für Weser-Ems' nægtelse af at meddele samtykke kunne efter den tyske regerings opfattelse heller *ikke anses for en omstændighed, der kan tilskrives den ordregivende myndighed*, idet Bezirksregierung für Weser-Ems er en delstatsmyndighed, som Wasser-und Schiffahrtsamt Emden, der er en forbundsmyndighed, ikke kan øve indflydelse på.

Kommissionen har heroverfor anført, at Bezirksregierung für Weser-Ems' nægtelse af at meddele endeligt samtykke til planerne om en uddybning af den nedre Ems ikke kan anses for at være en begivenhed, som de ordregivende myndigheder ikke havde kunnet forudse, idet Wasser-und Schiffahrtsamt Emden burde have taget muligheden af en sådan politisk holdningsændring i betragtning. Kommissionen har tilføjet, at årsagen til de tvingende grunde må findes i de tyske myndigheders egen adfærd, hvorfor der er tale om omstændigheder, der kan tilskrives den ordregivende myndighed.

22. Jeg skal hertil bemærke, at der ved planlægningen og gennemførelsen af større offentlige anlægsprojekter er en række forskellige forhold, der må tages i betragtning. Under hensyn hertil er der i medlemsstaterne ofte fastsat en godkendelsesprocedure med hensyn til sådanne planer. Formålet med sådanne procedurer er, at de relevante offentlige og private interesser kommer til myndighedernes kendskab og kan afvejes over for hinanden. Under godkendelsesproceduren kan der fremkomme indvendinger af alle mulige slags. Det er muligt, at godkendelsesproceduren forløber uden problemer. Men det er også muligt, at den ikke gør det. En ordregivende myndighed kan derfor ikke på forhånd regne med et bestemt udfald af godkendelsesproceduren.

23. De miljømæssige aspekter af bygge- og anlægsarbejder er i vore dage overordentlig vigtige. Det er derfor i forbindelse med ethvert større offentligt bygge- eller anlægsprojekt højst sandsynligt, at der under godkendelsesproceduren fremkommer indvendinger mod projektet ud fra miljømæssige hensyn. Dette vil i mange tilfælde nødvendiggøre dybtgående diskussioner og undersøgelser og eventuelt nødvendiggøre ændringer i eller ligefrem en opgivelse af projektet.

Også på EF-plan har man givet høj prioritet til miljøet og f.eks. gennemført VVM-direktivet [5], hvorefter der ved nærmere angivne anlægsarbejder og andre projekter, der vil kunne påvirke miljøet væsentligt, skal foretages en vurdering af indvirkningen på miljøet, inden der gives tilladelse til gennemførelsen.

En godkendelsesprocedure vil som oftest involvere politisk valgte organer, som efter at have vurderet alle aspekter af projektet skal tage stilling til, om der kan meddeles samtykke hertil. Også fordi holdnings- og flertalsændringer hører til den politiske realitet, kan en ordregivende myndighed først være sikker på at kunne gennemføre et planlagt projekt, når hele godkendelsesproceduren er gennemført, og de politiske organer har meddelt deres endelige og bindende samtykke til det pågældende projekt.

24. I denne sag var Wasser-und Schiffahrtsamt Emden fra det tidspunkt, hvor beslutningen om en uddybning af den nedre Ems blev truffet, vidende om, at der skulle gennemføres en procedure vedrørende godkendelse af planerne for projektet. Wasser-und Schiffahrtsamt Emden har således hele tiden måttet være klar over, at der kunne komme indvendinger, f.eks. af miljømæssig art, mod projektet, og at der således var risiko for, at

5 — Rådets direktiv 85/337/EØF af 27.6.1985 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet, EFT L 175, s. 40.

Bezirksregierung für Weser-Ems i sidste ende ville afslå at give samtykke til planerne om uddybning af den nedre Ems. At Bezirksregierung für Weser-Ems under en indledende drøftelse af projektet ikke gav udtryk for indvendinger, kunne således efter min opfattelse ikke give Wasser-und Schiffahrtsamt Emden grundlag for at udelukke muligheden af, at Bezirksregierung für Weser-Ems på baggrund af den efterfølgende procedure for godkendelse af projektet ville afslå at meddele det endelige og lovmæssigt bindende samtykke.

25. Bezirksregierung für Weser-Ems' afslag på endeligt samtykke til planerne om en uddybning af den nedre Ems kan således ikke anses for at være en »begivenhed, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse«.

26. Efter artikel 5, stk. 3, litra c), 2. pkt., må de omstændigheder, der skal begrunde den tvingende nødvendighed, endvidere »ikke kunne tilskrives de ordregivende myndigheder«. Formålet med dette krav må være, at anvendelse af undtagelsesbestemmelsen reserveres til de tilfælde, hvor de begivenheder, der begrunder den tvingende nødvendighed, skyldes ydre forhold, dvs. forhold, som ligger uden for det område, som en medlemsstats forvaltning kan påvirke.

Det følger af det ovenfor under punkt 24 anførte, at den påberåbte nødvendighed af at anvende proceduren i artikel 5, stk. 3, litra c), opstod, fordi den ordregivende myndighed ikke havde taget højde for, at Bezirksregierung für Weser-Ems ville afslå at give det nødvendige samtykke, således at der måtte gennemføres et projekt med midlertidig uddybning af en del af den nedre Ems. Det kan således siges at være den ordregivende myndigheds egen adfærd, der var den egentlige årsag til, at de almindelige udbudsprocedurer ikke kunne anvendes.

Hertil kommer, at der efter min opfattelse ikke inden for en medlemsstat kan drages nogen skillelinje mellem den myndighed, der i et konkret tilfælde er den ordregivende myndighed, og andre af medlemsstatens myndigheder. En medlemsstat må — hvad enten den er føderalt opbygget, eller dette ikke er tilfældet — identificeres med samtlige myndigheder i medlemsstaten. En medlemsstat må således efter min opfattelse hæfte for alle de handlinger, der foretages af de forskellige myndigheder inden for denne stat. Den ene myndighed skal ikke kunne undskylde sig med, at den ikke ved, hvad en anden myndighed gør eller vil gøre.

Betingelsen i artikel 5, stk. 3, litra c), 2. pkt., om, at de omstændigheder, der skal begrunde den tvingende nødvendighed, »ikke må kunne tilskrives de ordregivende myndigheder«, kan således efter min opfattelse heller ikke anses for at være opfyldt.

27. Den sidste betingelse for anvendelse af undtagelsesbestemmelsen om, at de tvingende grunde »*ikke gør det muligt at overholde de frister, der kræves ved offentlige eller begrænsede udbud samt ved udbud efter forhandling som omhandlet i stk. 2*«, var efter den tyske regerings opfattelse opfyldt, idet en udbudsprocedure ikke kunne indledes, før beslutningen om godkendelse af projektet trådte i kraft, dvs. den 15. august 1991. Dette tidspunkt faldt sammen med det tidspunkt, hvor kontrakten blev tildelt. Subsidiært har regeringen anført, at det ikke var muligt at overholde fristerne i artikel 15, stk. 1, om hastende tilfælde, idet man erfaringsmæssigt ud over de i artikel 15 fastsatte 15 + 10 dage, i alt 25 dage, ville have brug for 14 dage til gennemgå de indkomne anmodninger om deltagelse, 5 dage til at besigtige arbejdsstedet og 28 dage til at gennemgå de indkomne tilbud, i alt 72 dage, til at gennemføre proceduren.

28. Kommissionen har heroverfor anført, at det under alle omstændigheder ville have været muligt for den ordregivende myndighed at overholde de frister, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, om hastetilfælde, idet Wasser-und Schiffahrtsamt Emden fra den 21. juni 1991, hvor de seks tyske firmaer blev opfordret til at afgive tilbud, og til den 15. august 1991, hvor kontrakten blev tildelt, havde 55 dage til gennemførelsen af den fastsatte procedure.

29. Jeg er enig med Kommissionen i, at Wasser-und Schiffahrtsamt Emden havde kunnet indlede en udbudsprocedure den 21. juni 1991. Denne dag indledte Wasser-und Schiffahrtsamt Emden da også rent faktisk den omstridte procedure med udbud efter forudgående forhandling uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse. Når Forbundsrepublikken allerede denne dag gik i gang med denne procedure uden at afvente ikrafttrædelsen af beslutningen om godkendelse af projektet om midlertidig uddybning af en del af den nedre Ems, kunne der ikke være noget til hinder for at anvende en procedure med udbudsbekendtgørelse, hvor projektets gennemførelse var betinget af, at godkendelsen trådte i kraft.

30. Den 21. juni 1991 var der 55 dage til rådighed for gennemførelse af en udbudsprocedure. Dette antal dage synes at måtte være tilstrækkeligt til at gennemføre hasteproceduren i artikel 15, stk. 1, idet der, ud over de heri nævnte 15 + 10 dage, i alt 25 dage, var 30 dage til rådighed til bl.a. gennemgang af de indkomne anmodninger om deltagelse og bud.

Det tidsforbrug, som den tyske regering har angivet skulle være nødvendigt ud over de i artikel 15, stk. 1, krævede 25 dage, forekommer umiddelbart mere omfattende end nødvendigt. Regeringen har til støtte for sin beregning blot anført, at denne er baseret på en lang erfaring med tidsforbruget ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Bevisbyrden for, at det ikke var muligt at gennemføre hasteproceduren i artikel 15, stk. 1, påhviler imidlertid den tyske regering, og jeg finder det på det foreliggende grundlag ikke tilstrækkeligt sandsynliggjort, at det ikke var muligt at gennemføre en procedure med udbudsbekendtgørelse inden for de 55 dage, der var til rådighed fra den 21. juni 1991 og indtil kontraktens underskrivelse den 15. august 1991, hvor godkendelsesbeslutningen trådte i kraft.

31. Sammenfattende må det konstateres, at ingen af de betingelser, der opstilles i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), for at tillade tildeling af en kontrakt ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, kan antages at have været til stede.

Kommissionens påstand må således efter min opfattelse tages til følge, således at Forbundsrepublikken Tyskland dømmes for overtrædelse af direktivet ved, at Wasser-und Schiffahrtsamt Emden har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt om uddybning af en del af den nedre Ems fra Papenburg til Oldersum ved udbud efter forhandling uden at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

Sagens omkostninger

32. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland skal betale sagens omkostninger. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, skal den part, der taber sagen, betale sagens omkostninger, når der er nedlagt påstand herom.

## Forslag til afgørelse

33. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at afsige følgende dom:

1) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser efter Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989, ved, at Wasser-und Schiffahrtsamt Emden har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt om uddybning af en del af den nedre Ems fra Papenburg til Oldersum ved udbud efter forhandling uden at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.