FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT MICHAEL B. ELMER

föredraget den 8 februari 1996 *

Inledning

1. Kommissionen har genom talan om fördragsbrott i detta mål yrkat att domstolen skall fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg-och anläggningsarbeten [1], som ändrats genom rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 [2], (nedan kallat direktivet) med anledning av att Wasser-und Schiffahrtsamt Emden genom ett förhandlat förfarande har ingått ett offentligt kontrakt på bygg-och anläggningsarbeten om muddring av en del av nedre Ems, mellan Papenburg och Oldersum, utan att publicera ett meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

2. Förbundsrepubliken Tyskland har inte bestritt att ifrågavarande projekt omfattas av direktivet men har gjort gällande att talan skall ogillas med hänvisning till att villkoren i den nedan nämnda bestämmelsen i artikel 5.3 c i direktivet var uppfyllda, vilket innebär att den kunde ingå kontraktet på anläggningsarbetet genom ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling.

Relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser

3. Enligt artikel 5.1 i direktivet skall de upphandlande myndigheterna vid tilldelningen av offentliga kontrakt för bygg-och anläggningsarbeten tillämpa antingen ett "öppet förfarande", ett "selektivt förfarande" eller ett "förhandlat förfarande".

Enligt artikel 5.2 kan de upphandlande myndigheterna i närmare angivna fall tilldela sina kontrakt på bygg-och anläggningsarbeten i förhandlat förfarande efter att ha publicerat ett meddelande om upphandling och efter urval av anbudssökande i enlighet med offentliggjorda kvalitativa kriterier.

Enligt artikel 5.3 kan de upphandlande myndigheterna i vissa fall tilldela sina kontrakt på

* Originalspråk: danska.

1 — EGT nr L 185, s. 5.

2 — EGT nr L 210, s. 1.

bygg-och anläggningsarbeten i förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling. Detta kan enligt artikel 5.3 c bland annat ske:

"I den mån det är nödvändigt i sådana fall, då synnerlig brådska orsakad av exceptionella omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna, gör det omöjligt att iaktta de fastställda tidsfristerna för öppet, selektivt eller enligt punkt 2 ovan förhandlat förfarande. De omständigheter som åberopas för att rättfärdiga synnerlig brådska, får inte i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna."

I artikel 5.4 fastställs att "[i] alla andra fall skall de upphandlande myndigheterna tilldela sina kontrakt för offentliga bygg-och anläggningsarbeten i öppet eller selektivt förfarande".

4. Enligt artikel 12.1 jämförd med artikel 12.8 i direktivet skall de upphandlande myndigheterna i förhand genom ett meddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* ange de viktigaste aspekterna av beskaffenheten av de bygg-och anläggningsarbeten de ämnar tilldela och som överskrider det tröskelvärde som fastställts i direktivet. Enligt artikel 12.2 jämförd med artikel 12.9 måste upphandlande myndigheter, som önskar tilldela ett offentligt kontrakt på bygg-och anläggningsarbeten i ett öppet, selektivt eller enligt villkoren i artikel 5.2 förhandlat förfarande, tillkännage sin avsikt i ett meddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

Artikel 14 innehåller bestämmelser om vilka frister de upphandlande myndigheterna vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande enligt artikel 5.2 skall fastställa för mottagande av ansökan att få lämna in anbud. Denna frist skall i allmänhet vara minst 37 dagar från det meddelandet om upphandling avsänts till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Enligt artikel 15.1 kan det dock i brådskande fall, när det inte är möjligt att iaktta de tidsfrister som anges i artikel 14, fastställas en frist på minst 15 dagar.

Vid selektivt förfarande skall den av de upphandlande myndigheterna fastställda tidsfristen för mottagande av anbud enligt artikel 14.3 vara minst 40 dagar från avsändandet av den skriftliga uppmaningen, men fristen får enligt artikel 14.4 förkortas till 26 dagar, om de upphandlande myndigheterna har publicerat ett sådant meddelande som anges i artikel 12.1. I de brådskande fall som anges i artikel 15.1 förkortas tidsfristen ytterligare till 10 dagar från det att meddelandet om upphandling avsänts.

Bakgrund

5. I september 1989 beslutades på begäran av Papenburgs stad att muddring skulle ske av nedre Ems för att möjliggöra för fartyg i den så kallade Panamaklassen med 6,80 meters djupgående att passera. Denna muddring ansågs mot bakgrund av en allmän utveckling av trafiken ha stor ekonomisk betydelse för regionen, eftersom den skulle främja det i övrigt struktursvaga områdets ekonomiska struktur.

6. År 1990 stod det klart att områdets största arbetsplats, Meyer-varvet, hade ingått ett kontrakt om leverans av ett fartyg med 6,80 meters djupgående, "Zenith", till ett pris av cirka 500 miljoner DM. Detta fartyg kunde endast levereras om en del av nedre Ems muddrades. Fartyget skulle levereras den 18 februari 1992, när det var vårflod. Om nämnda leveranstid inte kunde hållas, skulle varvet få betala en straffavgift om 80 000 USD per dag.

7. Wasser-und Schiffahrtsamt Emden är en del av Förbundsrepublikens sjöfartsförvaltning och hade ansvaret för genomförandet av projektet att muddra nedre Ems. Projektplanerna skulle emellertid först godkännas. Den myndighet som var ansvarig för godkännandeförfarandet var Wasser-und Schiffahrtsdirektion Aurich.

8. Efter ett antal nödvändiga föregående undersökningar inledde Wasser-und Schiffahrtsdirektion Aurich den 5 november 1990 godkännandeförfarandet i syfte att projektet skulle kunna godkännas i slutet av maj 1991. Den 11 april 1991 ägde ett möte om projektet rum. Bezirksregierung für Weser-Ems, vars samtycke var nödvändigt för att planerna skulle kunna godkännas, framförde inga invändningar mot projektet vid detta tillfälle.

9. Wasser-und Schiffahrtsamt Emden hade för avsikt att tilldela hela kontraktet på bygg-och anläggningsarbetet avseende projektet att muddra nedre Ems i ett öppet förfarande och publicerade därför i ett tillägg till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 20 april 1991 en kort beskrivning av de planerade arbetena.

10. I slutet av maj 1991 meddelade Bezirksregierung für Weser-Ems att den av ekologiska skäl inte kunde ge sitt samtycke till den muddring som planerats. Projektet att mer permanent muddra nedre Ems uppsköts därför tills vidare. Godkännandeförfarandet

avseende ett projekt som bestod i att provisoriskt muddra en del av nedre Ems fortsatte emellertid, för att det fartyg som byggts av Meyer-varvet skulle kunna levereras i tid.

11. Som svar på en begäran från ett icketyskt bolag om att få närmare upplysningar om de arbeten som hade publicerats den 20 april 1991, meddelade Wasser-und Schiffahrtsamt Emden den 30 maj 1991 att bolaget inte kunde få handlingarna avseende projektet förrän meddelandet om upphandlingen hade publicerats i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Vidare meddelade Wasser- und Schiffahrtsamt Emden den 19 juni 1991 ifrågavarande bolag att det öppna förfarande som planerats av tidsmässiga skäl inte kunde genomföras.

12. Den 21 juni 1991 inleddes i stället ett förhandlat förfarande om tilldelning av ett kontrakt avseende den provisoriska muddringen av en del av nedre Ems, utan att ett meddelande om upphandling dessförinnan publicerats. Sex tyska företag uppmanades med anledning av detta att lämna anbud. Den 3 juli 1991 fattades beslut om att godkänna planerna på att provisoriskt muddra en del av nedre Ems. Detta beslut trädde i kraft den 15 augusti 1991, och samma dag tilldelades ett av de bolag som hade uppmanats att lämna anbud kontraktet avseende projektet om provisorisk muddring av en del av nedre Ems.

13. Dagen innan, den 14 augusti 1991, hade kommissionen via telex gjort den tyska regering uppmärksam på att villkoren för att få tilldela kontraktet genom ett förhandlat förfarande, utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling, enligt kommissionens uppfattning inte var uppfyllda. Genom skrivelse av den 2 september 1991 svarade den tyska regeringen kommissionen att villkoren för att tilldela kontraktet genom ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling i artikel 5.3 c i direktivet, enligt regeringens uppfattning var uppfyllda.

14. Då kommissionen inte ansåg att projektet omfattades av artikel 5.3 c, inledde den genom en formell underrättelse av den 12 november 1991 ett förfarande avseende fördragsbrott enligt artikel 169 i fördraget. I sitt svar på den formella underrättelsen av den 6 mars 1992 hänvisade den tyska regeringen på nytt till artikel 5.3 c i direktivet. I ett motiverat yttrande av den 27 april 1993 angav kommissionen återigen sin inställning. Den tyska regeringen besvarade detta yttrande genom en skrivelse av den 28 september 1993 och hänvisade till att det tillämpade förfarandet var nödvändigt, eftersom projektet skulle vara genomfört senast den 18 februari 1992, när det fartyg som Meyer-varvet hade byggt skulle levereras.

Parternas argument och min bedömning

15. Som framgår av inledningen är det avgörande för frågan om huruvida Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt sina förpliktelser enligt gemenskapsrätten i förevarande fall att få veta om villkoren i artikel 5.3 c i direktivet var uppfyllda. Om så var fallet, hade Förbundsrepubliken rätt att tilldela kontrakten om utförandet av det ifrågavarande anläggningsarbetet genom ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling. Var villkoren i artikel 5.3 c däremot inte uppfyllda, hade Förbundsrepubliken inte rätt att tilldela kontrakten på det sätt som har skett och talan skall då bifallas i enlighet med kommissionens yrkande.

16. Jag skall därför i det följande göra en genomgång av varje enskilt led i artikel 5.3 c i direktivet, av parternas argument samt redogöra för min egen syn på saken.

Först vill jag dock betona att möjligheten att använda ett sådant förhandlat förfarande som föreskrivs i artikel 5.2 och 5.3 i direktivet enligt det sextonde övervägandet skall "anses som ett undantag och därför bara tillämpas i särskilda fall". Artikel 5.3 c är vidare nästan identisk med förutvarande artikel 9 d i direktiv 71/305. Domstolens praxis beträffande tolkningen av förutvarande artikel 9 d kan således användas avseende den nuvarande artikel 5.3 c.

Domstolen har allmänt beträffande den tidigare artikel 9 uttalat [3]:

"Artikel 9 i direktiv 71/305, enligt vilken undantag är tillåtna från de regler som skall säkerställa att de rättigheter som ges i fördraget inom området för offentliga bygg-och anläggningsarbeten tillämpas, skall tolkas restriktivt och det är den som avser att åberopa de särskilda omständigheter som gör undantaget befogat, som skall visa att dessa verkligen föreligger."

Domstolen har vidare i dom av den 2 augusti 1993 uttalat [4]:

"Tre kumulativa villkor måste vara uppfyllda för att undantaget i artikel 9 d i direktivet,

3 — Se senast dom av den 18 maj 1995, kommissionen mot Italien (C-57/94, REG I-1249, punkt 23).

4 — Kommissionen mot Italien (C-107/92, Rec. s. I-4655, punkt 12).

det vill säga undantaget från skyldigheten att publicera ett meddelande om upphandling, skall vara tillämpligt. Det måste föreligga omständigheter som inte hade kunnat förutses, synnerlig brådska som är oförenlig med de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden och slutligen föreligga ett orsakssamband mellan de omständigheter som inte hade kunnat förutses och den synnerliga brådska som följer härav."

17. Den tyska regeringen har gjort gällande att det förelåg *"synnerlig brådska"* att slutföra projektet före den 18 februari 1992, eftersom fartyget "Zenith", som byggts av Meyer-varvet, skulle levereras detta datum. Om denna frist inte kunde hållas skulle det ifrågavarande fartyget inte kunna levereras i tid, vilket skulle medföra att Meyer-varvet, med cirka 1 800 anställda och den största arbetsgivaren i området, skulle förlora anseendet och tvingas betala en straffavgift. Vidare var det inte bara av hänsyn till Meyer-varvet, utan även av hänsyn till den struktursvaga regionen, nödvändigt att slutföra projektet före den 18 februari 1992, eftersom de mer långsiktiga konsekvenserna av att Meyer-varvet inte kunde uppfylla sina avtalsenliga skyldigheter måste anses vara att varvet skulle få dåligt rykte i fråga om pålitlighet och produktivitet. Detta skulle medföra en minskad orderingång och därmed förlorade arbetstillfällen. I värsta fall skulle varvet komma att läggas ner, vilket skulle innebära att regionen miste sin största arbetsplats.

Kommissionen har i detta hänseende invänt att de grunder som anförts av den tyska regeringen inte är tillräckliga för att kunna omfattas av begreppet "synnerlig brådska" i artikel 5.3 c. Beträffande de möjliga konsekvenserna för regionen, har kommissionen i synnerhet anfört att ingenting tyder på att sådana konsekvenser skulle bli följden.

18. Jag vill först betona att det faktum att projektet avseende muddring av en del av nedre Ems inte var färdigt den 18 februari 1992 fick till följd att Meyer-varvet inte hade möjlighet att uppfylla sina förpliktelser enligt kontraktet. Om en medlemsstat skulle kunna göra undantag från anbudsförfarandena varje gång ett företag inte är i stånd att uppfylla sina kontraktsskyldigheter till följd av att ett offentligt arbete har försenats, skulle tillämpningsområdet för artikel 5.3 c bli mycket omfattande. Detta stämmer inte med bestämmelsens karaktär av undantag, som endast skall användas när det är strikt nödvändigt. En medlemsstats önskemål om att hjälpa ett företag att uppfylla dess förpliktelser kan således enligt min uppfattning inte i sig anses utgöra sådan "synnerlig brådska" som kan motivera undantag från de fastställda anbudsförfarandena.

19. Om utgångspunkten emellertid vore att följderna av att tidsfristen den 18 februari 1992 inte kunde hållas var de som anförts av den tyska regeringen, skulle förseningen ha

fått särskilt allvarliga konsekvenser. Den region i vilken Meyer-varvet är belägen är enligt regeringens uppgifter en så kallad struktursvag region, i vilken Meyer-varvet är regionens största arbetsplats med 1 800 anställda. Vidare är cirka 1 700 anställda hos diverse underleverantörer enligt uppgift beroende av varvets existens. Jag kan bara ha sympati för att en regering gör allt som står i dess makt för att rädda arbetstillfällen, och det är också klart att man både i Tyskland och i andra medlemsstater lägger vikt vid att skydda varvsindustrin.

Den tyska regeringen har emellertid enligt min uppfattning inte framlagt någon närmare bevisning för att en försening av projektet, och att Meyer-varvet till följd därav inte kunde följa det kontrakt som ingåtts, i sig skulle medföra att varvet måste stängas med de allvarliga konsekvenser som detta skulle ha. Den tyska regeringen kan av detta skäl, enligt min uppfattning, inte anses ha bevisat att "synnerlig brådska" rent faktiskt förelåg i förevarande fall.

20. Den tyska regeringen har i övrigt inte i målet gjort gällande att projektet var nödvändigt för att undgå förluster till följd av att det fartyg som byggts inte skulle kunna levereras och därför måste förstöras. Det finns därför ingen anledning att göra en närmare bedömning av i vilken omfattning denna synpunkt i förevarande fall skulle ha kunnat medföra att sådan "synnerlig brådska" ansågs föreligga som anges i artikel 5.3 c i direktivet.

21. Enligt den tyska regeringens uppfattning var vidare det villkor uppfyllt som enligt regeringens uppfattning föranledde att de frister som föreskrivs i direktivet i samband med anbudsförfarandet inte kunde hållas och som utgjorde sådan synnerlig brådska som skall vara *"orsakad av exceptionella omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna"*. Wasser-und Schiffahrtsamt Emden kunde nämligen enligt regeringens uppfattning inte förutse att Bezirksregierung für Weser-Ems inte skulle ge sitt samtycke till projektet, eftersom denna inte hade framfört några invändningar när projektet presenterades. Att Bezirksregierung für Weser-Ems inte gav sitt samtycke kunde enligt den tyska regeringens uppfattning inte heller *anses som en omständighet som är hänförlig till de upphandlande myndigheterna*, eftersom Bezirksregierung für Weser-Ems är en delstatsmyndighet, på vilken Wasser-und Schiffahrtsamt Emden, som är en förbundsmyndighet, inte kan ha något inflytande.

Kommissionen har för övrigt anfört att den omständigheten att Bezirksregierung für Weser-Ems inte gav sitt samtycke till planerna om en muddring av nedre Ems inte kan anses vara en omständighet som de upphandlande myndigheterna inte hade kunnat förutse, eftersom Wasser-und Schiffahrtsamt Emden borde ha tagit en sådan ändrad politisk uppfattning med i beräkningen. Kommissionen har tillagt att det var de tyska myndigheternas eget uppträdande som var orsaken till att det förelåg synnerlig brådska, och att det därför var fråga om omständigheter som var hänförliga till de upphandlande myndigheterna.

22. Jag vill dessutom betona att ett antal olika omständigheter skall beaktas vid planeringen och genomförandet av större offentliga anläggningsprojekt. Detta är skälet till att det i medlemsstaterna ofta föreskrivs ett godkännandeförfarande för sådana projekt. Syftet med sådana förfaranden är att myndigheterna skall få kännedom om relevanta offentliga och privata intressen för att kunna göra en avvägning mellan dessa. Under godkännandeförfarandet kan invändningar framkomma av alla möjliga slag. Det är möjligt att godkännandeförfarandet fortlöper utan problem. Men det är också möjligt att det inte gör det. En upphandlande myndighet kan därför inte på förhand räkna med ett bestämt utfall av godkännandeförfarandet.

23. De miljömässiga aspekterna av bygg-och anläggningsarbeten är i våra dagar särskilt viktiga. Det är därför i samband med varje större offentligt bygg-eller anläggningsprojekt högst sannolikt att det under godkännandeförfarandet görs invändningar mot projektet från miljösynpunkt. Dessa invändningar nödvändiggör i ett flertal fall djupgående diskussioner och undersökningar och eventuellt ändringar i eller till och med nedläggning av projektet.

Också på gemenskapsplanet har miljön hög prioritet; så har exempelvis BIM-direktivet genomförts, [5] enligt vilket det vid närmare angivna anläggningsarbeten och andra projekt som i väsentlig mån kan påverka miljön, skall företas en bedömning av inverkan på miljön innan tillstånd ges att genomföra de aktuella projekten.

Ett godkännandeförfarande involverar oftast politiskt valda organ som, efter att ha gjort en bedömning av alla aspekter av projektet, skall ta ställning till om de kan ge sitt samtycke till detta. Eftersom åsikts-och majoritetsförändringar är en del av den politiska verkligheten, kan en upphandlande myndighet inte vara säker på att kunna genomföra ett planerat projekt förrän hela godkännandeförfarandet är genomfört och de politiska organen slutligt och med bindande verkan har samtyckt till det aktuella projektet.

24. I förevarande fall hade Wasser-und Schiffahrtsamt Emden, från den tidpunkt när beslut togs om muddring av nedre Ems, vetskap om att ett godkännandeförfarande av projektplanerna skulle komma att genomföras. Wasser-und Schiffahrtsamt Emden har således hela tiden haft vetskap om att det kunde komma invändningar, exempelvis av miljömässig art, mot projektet och att det således fanns risk för att Bezirksregierung

5 — Rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt (EGT nr L 175, s. 40).

für Weser-Ems i sista stund inte skulle ge sitt samtycke till planerna om muddring av nedre Ems. Att Bezirksregierung für Weser-Ems under en inledande presentation av projektet inte gjorde några invändningar kan således, enligt min uppfattning, inte motivera att Wasser-und Schiffahrtsamt Emden kunde utesluta möjligheten att Bezirksregierung für Weser-Ems i det efterföljande godkännandeförfarandet av projektet inte skulle komma att ge ett slutligt och rättsligt bindande samtycke.

Bezirksregierung für Weser-Ems skulle vägra det nödvändiga samtycket och av att ett projekt om provisorisk muddring av en del av nedre Ems måste genomföras — var, såsom åberopats, nödvändigt att tillämpa förfarandet i artikel 5.3 c. Det kan således anses vara den upphandlande myndighetens eget handlande som var den egentliga orsaken till att det vanliga anbudsförfarandet inte kunde tillämpas.

25. Att Bezirksregierung für Weser-Ems inte gav ett slutligt samtycke till planerna om muddring av nedre Ems kan således inte anses vara exceptionella omständigheter "som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna".

Det går dessutom, enligt min uppfattning, inte att inom en medlemsstat dra en skiljelinje mellan den myndighet som i ett konkret fall är den upphandlande myndigheten och andra myndigheter i medlemsstaten. En medlemsstat skall — oavsett om den är en federalstat eller inte — kunna identifieras med samtliga myndigheter i medlemsstaten. En medlemsstat skall således, enligt min uppfattning, vara ansvarig för alla handlingar som företas av de olika myndigheterna inom denna stat. Den ena myndigheten skall inte kunna ursäkta sig med att den inte vet vad en annan myndighet gör eller har för avsikt att göra.

26. Enligt artikel 5.3 c andra meningen får de omständigheter som åberopas för att rättfärdiga synnerlig brådska vidare "inte i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna". Syftet med detta krav är att undantagsbestämmelsen är avsedd att användas endast när de omständigheter som åberopas för att rättfärdiga synnerlig brådska beror på yttre förhållanden, det vill säga förhållanden som ligger utanför det område som en medlemsstats myndigheter kan påverka.

Villkoret i artikel 5.3 c andra meningen om att de omständigheter som åberopas för att rättfärdiga synnerlig brådska, "inte i något fall [får] vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna", kan således enligt min uppfattning inte heller anses vara uppfyllt.

Det följer av vad som anförts under punkt 24 att det — på grund av att den upphandlande myndigheten inte hade räknat med att

27. Det sista villkoret för att få använda undantagsbestämmelsen, det vill säga att synnerlig brådska *"gör det omöjligt att iaktta de fastställda tidsfristerna för öppet, selektivt eller enligt punkt 2 ovan förhandlat förfarande"*, var enligt den tyska regeringens uppfattning uppfyllt, eftersom ett anbudsförfarande inte kunde inledas förrän beslutet om godkännande av projektet trätt i kraft, det vill säga den 15 augusti 1991. Denna tidpunkt sammanföll med tidpunkten för tilldelning av kontrakten. I andra hand har regeringen anfört att det inte var möjligt att hålla de frister som föreskrivs i artikel 15.1 avseende brådskande fall, eftersom det erfarenhetsmässigt utöver de 15 + 10 dagar som föreskrivs i artikel 15, sammanlagt 25 dagar, krävs 14 dagar för att gå igenom de ansökningar att få lämna in anbud som har inkommit, 5 dagar för att göra en besiktning på plats och 28 dagar för att gå igenom de anbud som har inkommit, vilket gör att det allt som allt tar 72 dagar att genomföra förfarandet.

28. Kommissionen har svarat att det under alla omständigheter varit möjligt för den upphandlande myndigheten att hålla de frister som föreskrivs i artikel 15.1 avseende brådskande fall, eftersom Wasser-und Schiffahrtsamt Emden — från den 21 juni 1991, när de sex tyska företagen uppmanades att lämna anbud, och till den 15 augusti 1991, när kontrakten tilldelades — hade 55 dagar på sig att genomföra det föreskrivna förfarandet.

29. Jag delar kommissionens uppfattning att Wasser-und Schiffahrtsamt Emden hade kunnat inleda ett anbudsförfarande den 21 juni 1991. Denna dag inledde Wasser-und Schiffahrtsamt Emden också rent faktiskt det omstridda förhandlande förfarandet utan att dessförinnan ha publicerat ett meddelande om upphandling. När Förbundsrepubliken redan denna dag inledde förfarandet utan att invänta att beslutet om godkännande av projektet om provisorisk muddring av en del av nedre Ems trätt i kraft, kunde detta inte ha utgjort hinder mot att ett förfarande med meddelande om upphandling tillämpades, då projektets genomförande var beroende av att godkännandet trätt i kraft.

30. Den 21 juni 1991 hade Wasser-und Schiffahrtsamt Emden 55 dagar att genomföra ett anbudsförfarande. Denna tid förefaller att vara tillräcklig för att det brådskande förfarandet i artikel 15.1 skall kunna genomföras, eftersom det utöver de nämnda 15 + 10 dagarna, sammanlagt 25 dagar, fanns 30 dagar till förfogande för bland annat genomgång av ansökningar att få lämna in anbud samt anbud, som inkommit.

Den tidsåtgång som den tyska regeringen ansett vara nödvändig utöver de 25 dagar som krävs enligt artikel 15.1, förefaller vara mer omfattande än vad som är nödvändigt. Regeringen har till stöd för sin beräkning endast anfört att denna baseras på lång erfarenhet av tidsåtgången vid tilldelning av kontrakt på offentliga bygg-och anläggningsarbeten.

Bevisbördan för att det var omöjligt att genomföra det brådskande förfarandet enligt artikel 15.1 åvilar emellertid den tyska regeringen, och jag finner, med anledning av vad som ovan har anförts, att det inte i tillräcklig mån är visat att det var omöjligt att genomföra ett förfarande med ett meddelande om upphandling inom de 55 dagar som fanns till förfogande, från den 21 juni 1991 till det att kontrakten skrevs under den 15 augusti 1991, när beslutet om godkännande trädde i kraft.

31. Sammanfattningsvis kan det konstateras att inget av de villkor är uppfyllt som föreskrivs i artikel 5.3 c i direktivet för att ett förhandlat förfarande skall tillämpas vid tilldelning av ett kontrakt utan att ett meddelande om upphandling dessförinnan publicerats.

Kommissionens talan skall således enligt min uppfattning bifallas, och att det därför skall fastställas att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt direktivet med anledning av att Wasser-und Schiffahrtsamt Emden genom ett förhandlat förfarande har ingått ett offentligt kontrakt på bygg-och anläggningsarbeten om muddring av en del av nedre Ems, mellan Papenburg och Oldersum, utan att publicera ett meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

Rättegångskostnader

32. Kommissionen har yrkat att Förbundsrepubliken Tyskland skall betala rättegångskostnaderna. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

Förslag till avgörande

33. Jag föreslår mot denna bakgrund att domstolen skall meddela följande dom:

1) Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg-och anläggningsarbeten, som ändrats genom rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989, med anledning av att Wasser-und Schiffahrtsamt Emden genom ett förhandlat förfarande har ingått ett offentligt kontrakt på bygg-och anläggningsarbeten om muddring av en del av nedre Ems, mellan Papenburg och Oldersum, utan att publicera ett meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

2) Förbundsrepubliken Tyskland skall ersätta rättegångskostnaderna.