FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MICHAEL B. ELMER
fremsat den 11. maj 1995 *

1. Denne sag drejer sig om, hvorvidt Forbundsrepublikken Tyskland har overtrådt sine forpligtelser efter traktaten ved ikke inden den 3. februar 1993 at have efterkommet to direktiver om udbud af offentlige indkøbsaftaler og af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

2. Det ene af disse direktiver er Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 om ændring af direktiv 77/62/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb samt om ophævelse af visse bestemmelser i direktiv 80/767/EØF [1] (herefter benævnt »direktiv 88/295«). Ifølge direktivets artikel 20 skulle medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger til at efterkomme direktivet senest den 1. januar 1989 og straks underrette Kommissionen herom. Direktivet blev i Forbundsrepublikken Tyskland foreløbig gennemført ved en »innerstaatliche Verwaltungsvorschrift« ved skrivelse af 22. december 1988 fra Bundesminister für Wirtschaft. Deutscher Verdingungsausschuß für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — gennemførte endvidere på baggrund af direktivet ændringer i Verdingungsordnung für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — Teil A (herefter benævnt »VOL/A«), og de ændrede bestemmelser blev af Bundesminister für Wirtschaft offentliggjort i *Bundesanzeiger* den 6. marts 1990.

3. Det andet direktiv er Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [2] (herefter benævnt »direktiv 89/440«). Efter dette direktivs artikel 3 skulle medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme direktivet senest et år efter dets meddelelse og straks give Kommissionen underretning herom. Direktivet blev meddelt medlemsstaterne den 19. juli 1989, og fristen for at gennemføre direktivet udløb således den 19. juli 1990. Deutscher Verdingungsausschuß für Bauleistungen gennemførte på baggrund af direktivet en ny udformning af Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A (herefter benævnt »VOB/A«), og disse blev af Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Stadtebau

* Originalsprog: dansk.

1 — EFT L 127, s. 1.

2 — EFT L 210, s. 1.

offentliggjort i *Bundesanzeiger* den 19. juli 1990.

4. Ved åbningsskrivelser af 27. februar 1992 meddelte Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland, at der efter Kommissionens opfattelse ikke var foretaget de fornødne gennemførelsesforanstaltninger i Tyskland for så vidt angår disse direktiver. VOL/A og VOB/A måtte efter Kommissionens opfattelse anses for rent private regelsæt, og det forhold, at forvaltningen ved interne forvaltningsforskrifter måtte være pålagt at anvende disse, skabte ingen ret for borgerne til at påberåbe sig de heri indeholdte regler.

Kommissionen fastholdt ved begrundede udtalelser af 3. december 1992, at direktiverne ikke var gennemført korrekt i tysk ret, og gav Forbundsrepublikken en frist på to måneder til at foretage de foranstaltninger, der var nødvendige hertil.

5. Kommissionen har herefter ved stævning af 3. november 1993 påstået Forbundsrepublikken Tyskland dømt for at have overtrådt sine forpligtelser efter traktaten ved ikke inden den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, at have givet meddelelse om eller have truffet de foranstaltninger, der er nødvendige til at efterkomme direktiv 88/295 og direktiv 89/440. Kommissionen har under retsmødet præciseret, at påstanden om traktatbrud under denne sag alene angår spørgsmålet om gennemførelsen af de nævnte direktiver i Forbundsrepublikken Tyskland pr. 3. februar 1993, hvor fristen i de begrundede udtalelser udløb. Spørgsmålet om, hvorvidt nogle af Forbundsrepublikken pr. 1. januar 1994 gennemførte regler indebærer en korrekt gennemførelse af direktiverne, behandles særskilt af Kommissionen og vil eventuelt senere kunne give anledning til en særskilt traktatbrudssag.

6. Kommissionen har til støtte for påstanden fremhævet, at medlemsstaterne efter Domstolens praksis er forpligtet til at omsætte direktiver til national ret på en sådan måde, at borgerne sættes i stand til at blive klar over deres rettigheder for i påkommende tilfælde at kunne gøre disse gældende for de nationale domstole [3]. De to direktiver, som sagen vedrører, har netop til formål at sætte de enkelte leverandører og entreprenører i stand til at påberåbe sig direktivernes udbudsregler over for offentlige udbydere og i givet fald at påtale brud på reglerne for de nationale domstole.

3 — Se f.eks. dom af 23.5.1985, sag 29/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1661, og af 9.4.1987, sag 363/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1733.

En gennemførelse ved interne forvaltningsforskrifter er ikke tilstrækkelig til at opfylde disse krav, idet borgerne ikke kan støtte ret på disse ved de nationale domstole. Det er heller ikke tilstrækkeligt at indarbejde direktivernes regler i VOL/A og VOB/A. Disse regelsæt er udarbejdet af udvalg sammensat af repræsentanter fra »Gebietskörperschaften«, fra erhvervsforbund og fra fagforbund. Deres beføjelser er uden lovmæssigt grundlag, og de regelsæt, som stammer fra deres hånd, må karakteriseres som rent privatretlige procedureforskrifter. Kommissionen har herved henvist til Domstolens dom i sag C-361/88, Kommissionen mod Tyskland [4], der omhandlede gennemførelsen af direktiv 80/779/EØF [5] gennem en generel forvaltningsforskrift, »Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft«. Det hedder her i præmis 20: »... Forbundsrepublikken har [ikke] kunnet henvise til tysk retspraksis, hvori det udtrykkeligt anerkendes, at dette cirkulære ud over at binde forvaltningen har direkte virkning for tredjemand. Det kan derfor ikke gøres gældende, at private er i stand til at skaffe sig sikker viden om, hvilke rettigheder de har for i givet fald at påberåbe sig disse rettigheder ved de nationale domstole, og ej heller at de personkredse, hvis virksomhed vil kunne give anledning til gener, besidder tilfredsstillende oplysninger om omfanget af deres forpligtelser«.

De klageprocedurer, der foreskrives i direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter [6] (herefter benævnt »direktiv 89/665«), supplerer efter Kommissionens opfattelse mulighederne for at påtale overtrædelser af udbudsdirektiverne ved de nationale domstole og træder ikke i stedet for disse.

7. Forbundsrepublikken Tyskland har under retsmødet præciseret sit standpunkt til den foreliggende sag således: Det bestrides ikke, at Forbundsrepublikken ikke inden de fastsatte frister har givet den i direktiverne fastsatte underretning til Kommissionen. Med hensyn til den gennemførelse af direktiverne, som ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse var foretaget i Forbundsrepublikken, bestrides det heller ikke, at interne forvaltningsforskrifter samt VOL/A og VOB/A ikke giver borgerne rettigheder, som kan påtales ved de nationale domstole. Det er imidlertid først ved direktiv 89/665, at der er fastsat regler om proceduren i forbindelse med klager over overtrædelser af direktiverne. Det fremgår af dette direktivs artikel 2, stk. 8, at hensigten har været at åbne mulighed for, at medlemsstaterne kunne gennemføre klageprocedurer, der kan sidestilles med domstolsprøvelse. Kommissionens standpunkt, hvorefter det følger af udbudsdi-

4 — Dom af 30.5.1991, Sml. I, s. 2567.

5 — Rådets direktiv af 15.7.1980 om grænseværdier og vejledende værdier for luftkvaliteten med hensyn til svovldioxid og svævestøv (EFT L 229, s. 30).

6 — EFT L 395, s. 33.

rektiverne, at borgerne skal kunne påtale overtrædelser ved domstolene, er derfor i strid med dette direktiv. I øvrigt følger det af Domstolens praksis vedrørende direktivers direkte virkning, at borgerne i forhold til det offentlige vil kunne påtale overtrædelser af direktivernes udbudsregler, f.eks. gennem erstatningssøgsmål.

8. Parterne har under sagen gennemgået en række detailspørgsmål vedrørende den måde, hvorpå direktiverne er gennemført ved VOL/A og VOB/A.

9. Lad mig indlede min stillingtagen med at fremhæve, at Domstolen i sin praksis har fastslået, at udbudsdirektiverne tillægger borgerne rettigheder, som disse under visse betingelser direkte ved nationale domstole kan påberåbe sig over for det offentlige, jf. dom af 20. september 1988 i sag 31/87, Beentjes [7], og dom af 22. juni 1989 i sag 103/88, Costanzo [8].

10. Direktiv 89/665 er dateret den 21. december 1989 og ligger således tidsmæssigt efter de nævnte domme. Forbundsrepublikken Tysklands anbringende vedrørende betydningen af dette direktiv må derfor forudsætte, at dette direktiv skulle tilsigte at gennemføre en begrænsning af de rettigheder, som borgerne efter denne praksis har i forhold til de offentlige myndigheder. En gennemgang af direktivets indhold og betragtninger giver imidlertid intet holdepunkt for en sådan antagelse. Tværtimod fremgår det, at meningen med direktivet har været at styrke »de nuværende mekanismer på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan ... især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør« [9].

11. Traktatens artikel 189, stk. 3, om gennemførelse af direktiver i national ret forudsætter ikke nødvendigvis, »... at direktivets bestemmelser formeligt og ordret gengives i udtrykkelige, særlige lovbestemmelser ...«. Alt efter direktivets indhold er det »tilstrækkeligt, at der foreligger et generelt retligt grundlag, der giver sikkerhed for, at direktivet efterleves fuldt ud og med bestemthed og klarhed, således at den af direktivet omfattede personkreds i det omfang, det ved direktivet tilsigtes at skabe rettigheder for private, sættes i stand til at få fuldt kendskab til deres rettigheder og i givet fald til at håndhæve disse rettigheder ved nationale domstole« [10].

12. Det følger af Domstolens praksis, at medlemsstaterne ikke kan unddrage sig deres forpligtelse efter traktatens artikel 189, stk. 3, til at gennemføre direktiver i national ret under henvisning til Domstolens praksis,

7 — Sml. s. 4635.
8 — Sml. s. 1839.
9 — Jf. 2. betragtning.
10 — Jf. ovennævnte dom af 9.4.1987, note 3, præmis 7.

hvorefter bestemmelser i direktiver under visse betingelser kan påberåbes af borgerne direkte ved de nationale domstole i forhold til det offentlige [11].

13. Det er i sagen ubestridt, at de af Kommissionens påstand omfattede direktiver ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse den 3. februar 1993 alene var gennemført i Forbundsrepublikken Tyskland ved interne forvaltningsforskrifter og ved de privatretlige forskrifter VOL/A og VOB/A. Det er også ubestridt, at disse ikke tillægger borgerne rettigheder, som kan påtales ved de nationale domstole.

14. Der må således gives Kommissionen medhold i dens påstand om traktatbrud.

Som sagen herefter foreligger, er der ikke anledning til at tage stilling til detailspørgsmål vedrørende den måde, hvorpå direktiverne er gennemført ved VOL/A og VOB/A.

15. Forbundsrepublikken Tyskland har tabt sagen og bør i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom dømmes til at betale sagens omkostninger.

Forslag til afgørelse

16. Under henvisning til det anførte skal jeg foreslå Domstolen at afsige følgende dom:

— Forbundsrepublikken Tyskland har overtrådt sine forpligtelser efter traktaten ved ikke inden for den fastsatte frist at have truffet de foranstaltninger, der er nødvendige for at efterkomme Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter og Rådets direk-

11 — Jf. dom af 6.5.1980, sag 102/79, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1473.

tiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 om ændring af direktiv 77/62/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb samt om ophævelse af visse bestemmelser i direktiv 80/767/EØF.

— Forbundsrepublikken Tyskland skal betale sagens omkostninger.