FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT MICHAEL B. ELMER
föredraget den 11 maj 1995 *

1. Detta mål handlar om huruvida Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget genom att inte före den 3 februari 1993 ha följt två direktiv om offentlig upphandling av varor och om offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

2. Det ena av dessa direktiv är rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988 med ändringar av direktiv 77/62/EEG om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor samt med upphävande av vissa bestämmelser i direktiv 80/767/EEG [1] (nedan kallat "direktiv 88/295"). Enligt artikel 20 i direktivet skulle medlemsstaterna vidta de åtgärder som var nödvändiga för att följa direktivet senast den 1 januari 1989 samt omgående underrätta kommissionen om detta. I Förbundsrepubliken Tyskland införlivades direktivet genom en "innerstaatliche Verwaltungsvorschrift" utfärdad genom skrivelse av den 22 december 1988 från Bundesminister für Wirtschaft. Deutscher Verdingungsausschuß für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — gjorde vidare mot bakgrund av direktivet ändringar i Verdingungsordnung für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — Teil A (nedan kallat "VOL/A"). De ändrade bestämmelserna offentliggjordes av Bundesminister für Wirtschaft i *Bundesanzeiger* den 6 mars 1990.

3. Det andra direktivet är rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg-och anläggningsarbeten [2] (nedan kallat "direktiv 89/440"). Enligt artikel 3 i detta direktiv skulle medlemsstaterna senast ett år efter dagen för anmälan vidta de åtgärder som var nödvändiga för att följa direktivet och genast underrätta kommissionen om detta. Direktivet anmäldes till medlemsstaterna den 19 juli 1989, och fristen för att genomföra direktivet löpte således ut den 19 juli 1990. Deutscher Verdingungsausschuß für Bauleistungen införde mot bakgrund av direktivet en ny utformning av Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A (nedan kallat "VOB/A"), vilken offentliggjordes av

* Originalspråk: danska.

1 — EGT nr L 127, s. 1.

2 — EGT nr L 210, s. 1.

Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau i *Bundesanzeiger* av den 19 juli 1990.

4. I sina formella underrättelser av den 27 februari 1992 underrättade kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland om att den ansåg att staten inte hade vidtagit de åtgärder som var nödvändiga för att genomföra dessa direktiv. VOL/A och VOB/A var enligt kommissionens uppfattning att anse som rent privat normgivning, och den omständigheten att förvaltningen enligt interna förvaltningsföreskrifter kunde vara ålagd att tillämpa dem innebar inte någon rätt för enskilda att åberopa sig på de däri fastlagda reglerna.

I motiverade yttranden av den 3 december 1992 vidhöll kommissionen att direktiven inte var korrekt införlivade i tysk rätt och gav Förbundsrepubliken Tyskland en frist av två månader för att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att införliva direktiven.

5. Kommissionen har därefter i talan som har väckts den 3 november 1993 yrkat att det skall fastställas att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget genom att inte, inom den frist som hade fastställts i det motiverade yttrandet, ha sänt underrättelse om eller vidtagit de åtgärder som var nödvändiga för att följa direktiv 88/295/EEG och direktiv 89/440/EEG. Kommissionen har vid sammanträdet preciserat att yrkandena om fastställelse av fördragsbrott i ansökan endast avser frågan om Förbundsrepubliken Tyskland hade införlivat direktiven på ett korrekt sätt den 3 februari 1993, när fristen för de motiverade yttrandena löpte ut. Frågan om huruvida de regler som Förbundsrepubliken Tyskland hade infört den 1 januari 1994 innebar att direktiven hade genomförts på ett korrekt sätt behandlas separat av kommissionen och kan eventuellt ge anledning till ytterligare en talan om fördragsbrott.

6. Kommissionen har till stöd för sina yrkanden hävdat att medlemsstaterna enligt domstolens rättspraxis är skyldiga att införliva direktiv i nationell rätt på ett sådant sätt att enskilda ges möjlighet att få kännedom om sina rättigheter och att åberopa dessa inför de nationella domstolarna [3]. De två direktiv som målet rör har just till syfte att sätta de enskilda leverantörerna och entreprenörerna i stånd att åberopa direktivens regler om upphandling gentemot offentliga anbudsgivare och att i förekommande fall åberopa överträdelsen inför de nationella domstolarna.

3 — Se exempelvis dom av den 23 maj 1985, mål 29/84, kommissionen mot Tyskland, Rec. s. 1661, samt av den 9 april 1987, mål 363/85, kommissionen mot Italien, Rec. s. 1733.

Ett genomförande genom interna förvaltningsföreskrifter är inte tillräckligt för att uppfylla dessa krav, eftersom enskilda inte kan åberopa dem inför de nationella domstolarna. Det är inte heller tillräckligt att inarbeta direktivens regler i VOL/A och VOB/A. Dessa regelverk har utarbetats av kommittéer bestående av representanter för "Gebietskörperschaften", för näringslivsorganisationer och för fackförbund. Dessa kommittéers befogenheter är inte grundade på lag, och de regelverk som de utfärdar kan karakteriseras som rent privaträttsliga förfarandeföreskrifter. Kommissionen har i detta hänseende hänvisat till domstolens dom i mål C-361/88, kommissionen mot Tyskland [4], vilket rörde genomförandet av direktiv 80/779/EEG [5] genom en generell förvaltningsföreskrift, "Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft". I punkt 20 i domen uttalas "... Förbundsrepubliken Tyskland har [inte] kunnat hänvisa till någon tysk rättspraxis i vilken det uttryckligen erkänns att interna cirkulär förutom att binda förvaltningen i fråga också har direkt verkan i förhållande till tredje man. Det kan därför inte göras gällande att enskilda har möjlighet att skaffa sig säker kännedom om vilka rättigheter de har, så att de i förekommande fall kan åberopa dessa rättigheter inför de nationella domstolarna, och inte heller att den personkrets vars verksamhet skulle kunna ge upphov till olägenheter är tillräckligt informerad om omfattningen av dess skyldigheter".

De överprövningsförfaranden som föreskrivs 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 [6] kompletterar, enligt kommissionens uppfattning, möjligheterna att åberopa överträdelser inför de nationella domstolarna och träder inte i stället för dessa.

7. Förbundsrepubliken Tyskland har under sammanträdet preciserat sin ståndpunkt i detta mål enligt följande: Förbundsrepubliken Tyskland bestrider inte att den inte inom de fastställda fristerna har sänt den i direktiven föreskrivna underrättelsen till kommissionen. Med hänsyn till det genomförande av direktiven som hade skett i Förbundsrepubliken Tyskland vid utgången av den frist som hade föreskrivits i det motiverade yttrandet, bestrider denna inte heller att interna förvaltningsföreskrifter samt VOL/A och VOB/A inte ger de enskilda några rättigheter som kan åberopas inför de nationella domstolarna. Det är emellertid först i direktiv 89/665 som det har fastställts regler för förfarandet vid prövning av påståenden om överträdelser av direktiven. Det framgår av artikel 2.8 i detta direktiv att avsikten har varit att öppna en möjlighet för medlemsstaterna att skapa överprövningsmöjligheter vid sidan av en domstolsprövning. Kommissionens ståndpunkt, att det följer av direktiven

4 — Dom av den 30 maj 1991, Rec. s. I-2567.

5 — Rådets direktiv av den 15 juli 1980 om gränsvärden och vägledande värden för luftkvalitet med avseende på svaveldioxid och svävande partiklar (EGT nr L 229, s. 30).

6 — EGT nr L 395, s. 33.

om offentlig upphandling att de enskilda skall kunna påtala överträdelser inför domstolarna, står därför i strid med detta direktiv. I övrigt följer det av domstolens praxis om direktivs direkta effekt att de enskilda skulle kunna påtala överträdelser av direktivens upphandlingsregler, exempelvis genom skadeståndstalan.

8. Parterna har under målets behandling gått igenom en rad detaljfrågor angående det sätt på vilket direktiven hade genomförts genom VOL/A och VOB/A.

9. Låt mig inleda mitt ställningstagande med att påpeka att domstolen i sin praxis har slagit fast att enskilda, genom direktiven om offentlig upphandling, tillerkänns rättigheter som de, inför de nationella domstolarna, under vissa förutsättningar direkt kan åberopa mot offentliga organ — se dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes [7], och dom av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Constanzo [8].

10. Direktiv 89/665 är daterat den 21 december 1989 och ligger således tidsmässigt efter de nämnda domarna. Vad Förbundsrepubliken Tyskland har anfört angående detta direktivs betydelse innebär således att det förutsätts att direktivets syfte var att begränsa de rättigheter som de enskilda enligt denna rättspraxis har i förhållande till de offentliga myndigheterna. En genomgång av övervägandena och innehållet i direktivet ger emellertid inte stöd för ett sådant antagande. Tvärtom framgår det att meningen med direktivet har varit att förstärka "gällande bestämmelser ... på såväl nationell som gemenskapsnivå ... i synnerhet ... i ett skede då överträdelser ännu kan korrigeras" [9].

11. Enligt artikel 189 tredje stycket i fördraget, vilket rör genomförande av direktiv, krävs inte nödvändigtvis "att bestämmelserna i direktivet formellt och ordagrant återges i uttryckliga särskilda lagbestämmelser ...". Det är alltefter direktivets innehåll "tillräckligt att det föreligger en allmän rättslig grundval genom vilken det säkerställs att direktivet efterlevs fullt ut och på ett tillräckligt klart och exakt sätt så att, för det fall att direktivet är avsett att ge upphov till rättigheter för enskilda, den berörda personkretsen ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och att i förekommande fall åberopa dessa rättigheter inför de nationella domstolarna" [10].

12. Det framgår av domstolens rättspraxis att medlemsstaterna, genom att hänvisa till den rättspraxis från domstolen som innebär att bestämmelser i direktiv under vissa förutsättningar kan åberopas direkt av

7 — Rec. s. 4635.
8 — Rec. s. 1839.
9 — Se det andra övervägandet.
10 — Se ovan i fotnot 3 nämnda dom av den 9 april 1987, punkt 7.

enskilda mot offentliga organ inför de nationella domstolarna, inte kan undandra sig sina skyldigheter enligt artikel 189 tredje stycket i fördraget att införliva direktiv i nationell rätt [11].

13. Det är i målet otvistigt att de direktiv som omfattas av kommissionens yrkande vid utgången av fristen i det motiverade yttrandet den 3 februari 1993 endast var genomfört genom interna förvaltningsföreskrifter och genom de privaträttsliga föreskrifterna VOL/A och VOB/A. Det är också otvistigt att dessa inte medför rättigheter för enskilda som dessa kan åberopa inför de nationella domstolarna.

14. Kommissionens yrkanden rörande fördragsbrott skall således bifallas.

Det är mot denna bakgrund inte nödvändigt att ta ställning till detaljfrågor rörande det sätt på vilket direktiven har genomförts genom VOL/A och VOB/A.

15. Förbundsrepubliken Tyskland har tappat målet och bör i enlighet med kommissionens yrkande förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i målet.

Förslag till avgörande

16. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att domstolen meddelar följande dom:

— Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina förpliktelser enligt fördraget genom att inte inom den fastställda fristen ha vidtagit de åtgärder som är nödvändiga för att följa rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg-och anläggningsarbeten samt rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988 med ändringar av

11 — Se dom av den 6 maj 1980, mål 102/79, kommissionen mot Belgien, Rec. s. 1473.

direktiv 77/62/EEG om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor samt med upphävande av vissa bestämmelser i direktiv 80/767/EEG.

— Förbundsrepubliken Tyskland skall ersätta rättegångskostnaderna i målet.