FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO

fremsat den 17. december 2008 [1]

1. Denne sag, der er anlagt af Kommissionen mod Grækenland, vedrører et offentligt udbud i forbindelse med et elektricitetsværk på øen Kreta. Kommissionen har gjort gældende, at den ordregivende myndighed har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, ved at undlade for det første at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, for det andet rettidigt at give en begrundelse for afslaget på et af budene [2].

Faktiske omstændigheder

2. I juli 2003 offentliggjorde Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (Public Energy Corporation of Greece, herefter »DEI«) en udbudsbekendtgørelse om indkøb og installering af to kraftvarme-værksenheder for kraftværket på Kreta. DEI konstaterede, at de afgivne bud ikke var fuldstændig i overensstemmelse med ordlyden af udbudsbetingelserne, hvorfor projektet blev opgivet. I maj 2004 blev der offentliggjort en ny udbudsbekendtgørelse for det samme projekt, som ikke i alle henseender var identisk med den første. Alle de fem bud, der blev afgivet i forbindelse med den anden udbudsrunde, blev afslået som uegnede, fordi de ikke var fuldstændig i overensstemmelse med de tekniske specifikationer, og proceduren blev endnu engang opgivet.

3. Den 14. december 2004 tilskrev DEI — uden at offentliggøre en ny udbudsbekendtgørelse — de fem tilbudsgivere, som havde deltaget i den anden udbudsrunde, og anmodede dem om at afgive deres endelige økonomiske bud inden for 15 dage, med berigtigelse af eventuelle uoverensstemmelser, herunder især de tekniske, mellem de tidligere afgivne bud og projektspecifikationerne. DEI forklarede i den pågældende skrivelse, at man havde besluttet at dispensere fra en udbudsbekendtgørelse, bl.a. på grund af »sagens samlede forhistorie«, »den tid, der er nødvendig for at installere de to nye enheder, nemlig henholdsvis 29 og 31 måneder«, »kravet om snarest muligt at opfylde øen Kretas hastende behov for elektricitet siden 1997« samt »den uventede forsinkelse i tildelingen af kontrakten, der skyldtes det utilfredsstillende resultat af den foregående udbudsprocedure«. Alle de fem tilbudsgivere, der havde deltaget i den anden udbudsrunde, afgav nye bud.

1 — Originalsprog: engelsk.
2 — EFT L 199, s. 84.

4. Den 7. februar 2005 meddelte DEI en af tilbudsgiverne, at vedkommendes bud var blevet afslået, uden at give nogen begrundelse. Den pågældende tilbudsgiver fremsendte tre skrivelser til DEI den 10. og 11. februar og den 10. marts 2005 og to skrivelser til udviklingsministeriet den 17. og 31. marts 2005 og anmodede om at få oplyst begrundelsen for, at buddet var blevet afslået. DEI svarede endeligt den 4. april 2005. Tilbudsgiveren nedlagde herefter påstand ved Monomeles Protodikeio Athinon (førsteinstansret) om, at der blev anordnet et påbud, hvilket blev afvist den 7. juli 2005. DEI indgik kontrakten med en anden tilbudsgiver den 15. september 2005.

5. Den fravalgte tilbudsgiver indgav en klage til Kommissionen, der under henvisning til, at DEI's handling var uforenelig med fællesskabsretten, og under hensyntagen til kontraktens meget høje værdi anlagde et traktatbrudssøgsmål mod Grækenland. Da den ikke var tilfreds med de græske myndigheders besvarelse af dens åbningsskrivelse og begrundede udtalelse, anlagde Kommissionen sag med påstand om, at Grækenland havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 20, stk. 2, litra a), om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning uden forudgående udbud, og artikel 41, stk. 4, i direktiv 93/38 om begrundelsespligten over for fravalgte tilbudsgivere.

I — Den manglende udbudsbekendtgørelse

6. Den bestemmelse, der finder anvendelse, er artikel 20, stk. 2, litra a), i direktiv 93/38, hvorefter »[o]rdregiverne kan anvende en procedure uden forudgående udbud […], hvis der i forbindelse med en udbudsprocedure ikke er afgivet noget bud eller ikke er afgivet noget antageligt bud, for så vidt de oprindelige kontraktbetingelser ikke ændres væsentligt«. Som den græske regering med rette har anført, giver denne bestemmelse ordregivende myndigheder mulighed for at fravige kravet om en udbudsbekendtgørelse, hvis samtlige tre af de følgende betingelser er opfyldt: (i) En sådan udbudsprocedure er allerede afholdt, (ii) der er ikke afgivet noget bud eller ikke er afgivet noget antageligt bud, og (iii) de oprindelige kontraktbetingelser er i det væsentlige forblevet uændrede.

7. I denne sag fremgår det, at den første betingelse er opfyldt. Regeringen og Kommissionen er uenige i spørgsmålet om, hvorvidt den anden og den tredje betingelse også er opfyldt.

Begrebet uegnede bud

8. DEI afslog de bud, som blev afgivet som svar på den anden udbudsbekendtgørelse, som »uegnede«, fordi de ikke var fuldstændigt

i overensstemmelse med visse tekniske specifikationer. Havde DEI ret med hensyn til kvalificeringen af de pågældende bud? Med andre ord, hvorledes skal ordet »uegnet« fortolkes? Spørgsmålet er væsentligt, fordi svaret herpå er afgørende for, hvorvidt den ordregivende myndighed må tildele en kontrakt uden at offentliggøre udbuddet. Hvis de afgivne bud korrekt kan betegnes som »uegnede«, er der ikke behov for en yderligere udbudsbekendtgørelse. Hvis de bud, der blev afslået, derimod ikke kan betragtes som »uegnede«, er den ordregivende myndighed forpligtet til at gentage hele proceduren forfra.

9. Kommissionen har anført, at kun et udbud, der klart ikke opfylder en ordregivende myndigheds behov, er omfattet af kategorien »uegnet«. Andre uoverensstemmelser, der efter sin art er mindre grove, kan berettige, at et bud afslås, men ikke gøre det »uegnet« og dermed give den ordregivende myndighed mulighed for at tildele kontrakten uden at følge den sædvanlige udbudsprocedure. Den græske regering har derimod anført, at der må anlægges en mere fri fortolkning af ordet »uegnet«. Regeringen har herved henvist til betragtning 45 i præamblen til direktivet, som fastslår, at »de regler, som de pågældende virksomheder skal anvende, bør danne grundlag for loyal handelspraksis og være så smidige som muligt«, og har anført, at ordregivende myndigheder må indrømmes et vidt skøn ved forkastelsen af alle bud, der ikke fuldt ud opfylder de kriterier, der er anført i udbudsbekendtgørelsen, som »uegnede«, og bør derefter kunne fortsætte uden en ny udbudsbekendtgørelse.

10. Jeg mener, at den af den græske regering anlagte fortolkning er for vidtrækkende. Ved vurderingen af omfanget af de ordregivende myndigheders skøn bør der tages udgangspunkt i kravene i traktaten. I *Teleaustria*-dommen fastslog Domstolen, at offentlige tjenesteydelseskoncessioner lå uden for anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne, men fastholdt, at de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, er forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed, hvilket indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse [3]. Domstolen fastlægger desuden indholdet af denne gennemsigtighedsforpligtelse: »Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske« [4]. I overensstemmelse hermed er gennemsigtighed ved offentlige indkøb et krav i henhold til den primære fællesskabsret, der i det mindste medfører en vis annoncering. En annoncering har to betydninger: For det første får tilbudsgivere oplysning om den omstændighed, at der foreligger en forretningsmulighed, som kan føre til en forøgelse af konkurrenceniveauet for kontrakten, eftersom der sandsynligvis vil blive afgivet flere bud. For det andet udgør annoncering et værn mod partiskhed og korruption, eftersom det letter kontrollen af

3 — Dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Sml. I, s. 10745, præmis 60 og 61.

4 — Ibidem, præmis 62.

udbudsprocedurerne [5]. I Domstolens praksis er gennemsigtighed forbundet med et forbud mod forskelsbehandling og betragtes som et redskab for at sikre overholdelse af dette grundlæggende fællesskabsretlige princip [6].

11. Et andet punkt, der er relevant ved fortolkningen af ordet »uegnet«, er, at et af formålene med reglerne for offentlige indkøb er udviklingen af en effektiv konkurrence på markedet. I sin nylige dom i sagen Kommissionen mod Italien, hvori Kommissionen gjorde gældende, at Italien havde undladt at opfylde sine forpligtelser i henhold til en række direktiver, herunder direktiv 93/38, fastslog Domstolen, at »[d]irektiverne tilsigter at afskaffe enhver praksis, der er konkurrencebegrænsende i almindelighed og begrænser andre medlemsstaters statsborgeres deltagelse i offentlige kontrakter med henblik på at gennemføre bl.a. etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, der er fastsat i henholdsvis artikel 43 EF og artikel 49 EF« [7]. Som Domstolen fastslog i en tidligere sag vedrørende direktiv 93/37/EØF [8], »[er] direktivets afgørende formål […] at åbne de offentlige bygge- og anlægskontrakter for konkurrence. Det er således åbningen for konkurrencen inden for Fællesskabet ifølge de i direktivet fastsatte procedurer, der garanterer, at der ikke er risiko for, at de offentlige myndigheder udøver favoritisme« [9]. En effektiv konkurrence fjerner barrierer, der hindrer nye markedsdeltagere at få adgang til markedet; er til fordel for ordregivende myndigheder, der kan vælge blandt flere tilbudsgivere, der således mere sandsynligvis vil få valuta for pengene; og bidrager således til at opretholde integriteten af udbudsprocedurerne som sådan.

12. Som de ovennævnte sager gør det klart, har kravet om en udbudsbekendtgørelse sine rødder i den primære fællesskabsret og skal overholdes systematisk. Tildeling af kontrakter uden forudgående udbud kan skade ikke alene potentielle tilbudsgivere, men også offentligheden, der betaler for udbudsprojekter gennem beskatning, og ville kunne forstyrre den konkurrencemæssige karakter af udbudsmarkedet og undergrave den effektive virkning af traktatens grundlæggende fællesskabsretlige frihedsrettigheder. Derfor skal en bestemmelse, som giver en ordregivende myndighed mulighed for at dispensere fra at afholde en udbudsprocedure, fortolkes snævert. Artikel 20, stk. 2, i direktiv 93/38 er en sådan bestemmelse. Det anføres indledningsvis i bestem-

5 — Ordregivende myndigheder er udtrykkeligt pålagt en gennemsigtighedsforpligtelse ved de nye udbudsdirektiver. Artikel 2 i det nye direktiv om den offentlige sektor (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114)) og artikel 10 i det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 134, s. 1)) fastsætter, at myndighederne skal »handle […] på en gennemsigtig måde«.

6 — Jf. bl.a. dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia, Sml. I, s. 8291, præmis 31; dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC, Sml. I, s. 7725, præmis 41, og af 19.6.2008, sag C-454/06, pressetext, Sml. I, s. 4401, præmis 32.

7 — Dom af 21.2.2008, sag C-412/04, Sml. I, s. 619, præmis 2.

8 — Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54).

9 — Dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti, Sml. I, s. 5409, præmis 75. Jf. i samme retning dom af 27.11.2001, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini, Sml. I, s. 9233, præmis 35, og af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle, Sml. I, s. 1, præmis 44.

melsen, at ordregiverne kan anvende en procedure uden forudgående udbud, hvorefter den indeholder en udtømmende opregning af de tilfælde, hvori dette kan ske. Domstolen har allerede taget stilling til den korrekte fortolkning af denne bestemmelse i dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, en sag der vedrørte artikel 20, stk. 2, litra c) og d), om henholdsvis aftaler, der af tekniske eller kunstneriske grunde kun overdrages til en bestemt entreprenør eller tjenesteyder, og sagens yderst hastende karakter: »[D]et skal […] indledningsvis bemærkes, at bestemmelserne i artikel 20, stk. 2, litra c) og d), i direktiv 93/38, som er undtagelser til bestemmelserne om fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter, skal fortolkes strengt« [10]. Nærværende sag skal afgøres i henhold til artikel 20, stk. 2, litra a) (hvis der ikke er afgivet noget bud og »uegnede« bud), som skal fortolkes strengt ligesom artikel 20, stk. 2, litra c) og litra d), henset til, at der ikke er noget i hverken ånden eller ordlyden af artikel 20, stk. 2, eller dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, som kan begrunde en anden fortolkning.

13. Under hensyn til ovenstående fremstilling kan den udvidende fortolkning af begrebet »uegnet«, som den græske regering har fremført, ikke accepteres. At give ordregivende myndigheder mulighed for at påberåbe sig selv mindre uoverensstemmelser i de bud, der afgives, vil i praksis give dem et altomfattende skøn ved afgørelsen af, om en udbudsbekendtgørelse skal offentliggøres. En ordregivende myndighed, som ønsker at »udøve favoritisme« — for at bruge Domstolens udtryk i Ordine degli Architetti-dommen — kan let identificere et punkt, i forhold til hvilket et bud, der er afgivet, ikke opfylder alle kontraktspecifikationerne, forkaste det som »uegnet« og derefter tildele kontrakten uden forudgående indkaldelse af afgivelse af nye bud. Dette gælder navnlig for store projekter, der kræver højt specialiseret teknisk ekspertise, hvor kontraktspecifikationerne forståeligt nok er yderst komplekse. Men det er netop denne fare, som Fællesskabets udbudsregler — hvad enten de er nedfældet i traktaten eller i den afledte fællesskabsret — skal værne mod. Derimod giver Kommissionens fortolkning — nemlig at et bud kun kan forkastes som »uegnet«, og den ordregivende myndighed således fortsætte uden udbudsbekendtgørelse, såfremt buddet ikke kan dække den pågældende enheds behov — den ordregivende myndighed tilstrækkelig beføjelse til at bedømme de afgivne bud, samtidig med at det sikres, at Fællesskabets udbudsregler ikke omgås.

14. Den græske regering har til støtte for en udvidende fortolkning af artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38 henvist til betragtning 45 i præamblen til direktivet, som angiver behovet for at være »så smidige som muligt« i forhold til reglerne om tilbudsgivning ved forsyningsvirksomhed. Den græske regering har heraf konkluderet, at ordregivende myndigheder på dette område indrømmes et vidt skøn ved anvendelsen af disse bestemmelser i direktivet, herunder bestemmelsen om »uegnede bud« og tildeling af kontrakter uden forudgående udbud. Der kan fremføres to indvendinger imod denne teori.

10 — Dom af 2.6.2005, sag C-394/02, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4713, præmis 33.

15. For det første er betragtning 45 ikke en selvstændig lovbestemmelse, der skaber rettigheder eller forpligtelser. Den har snarere — som alle præambler til et direktiv — en forklarende funktion, dvs. at dens formål er at hjælpe dem, som fortolker direktivet, for at forstå dets formål og den ånd, hvori det er udstedt. I det foreliggende tilfælde forklarer betragtning 45, hvorfor fællesskabslovgiver for forsyningssektoren vedtog et regelsæt for offentligt udbud, som ikke stiller samme strenge krav som for andre sektorer, som f.eks. tjenesteydelser og leveringer. Frem for alt er artikel 20, stk. 2, i sig selv udtryk for en mere fleksibel tilgang, der følges i forsyningssektoren, eftersom bestemmelsen giver ordregivende myndigheder mulighed for at fortsætte uden udbudsbekendtgørelse i flere tilfælde end dem under de direktiver, som regulerer andre sektorer [11]. Det var med andre ord fællesskabslovgiver selv, som besluttede, hvorledes reglerne om forsyning skulle være mere fleksible, ved at vedtage de særlige bestemmelser i direktiv 93/38, hvorfor det vil være fejlagtigt at antage, at betragtning 45 indrømmer ordregivende myndigheder en vis selvstændig fleksibilitet, ud over de allerede fleksible bestemmelser i direktivet.

16. For det andet har Domstolen, som tidligere anført, fastslået, at annoncering er en positiv forpligtelse, som ordregivende myndigheder er pålagt ved traktaten. Fravigelser fra denne forpligtelse skal være udtrykkeligt fastsat ved lov og fortolkes restriktivt. Selv om der forelå et sådant almindeligt princip om fleksibilitet ved fortolkningen af direktiv 93/38, ville det ikke kunne tilsidesætte de forpligtelser, der er baseret på den primære fællesskabsret.

17. Jeg skal endelig gøre visse bemærkninger om forholdet mellem de forskellige udbudsdirektiver. Den græske regering har på det kraftigste bestridt Kommissionens argument om, at en samtidig læsning af direktiverne om den offentlige sektor kan hjælpe ved fortolkningen af direktiv 93/38. Regeringen har anført, at sidstnævnte direktiv indfører et system med specifikke bestemmelser for forsyningssektoren, og at det ville være forkert at sammenligne dem med reglerne for bygge- og anlægsaftaler. Jeg er ikke enig i dette argument. Det er kun i få tilfælde, at der kan konstateres isolerede retsbestemmelser. Regler skal ses i den konkrete sammenhæng: De får indhold, når de sammenholdes med den bredere retlige sammenhæng, hvori de indgår. På området for offentlige udbud har Domstolen ofte henvist til udbudsdirektiverne som en ordning, der forfølger de samme mål og bygger på fælles principper. Jeg har allerede nævnt dommen i sagen Kommissionen mod Italien, hvori Domstolen fastslog, at direktiv 92/50 [12], 93/36 [13], 93/37 og 93/38 forfølger det samme mål om at

11 — Som Kommissionen har anført, støttes denne tilgang til »fleksibilitet«, som en forklaring på karakteren af de offentlige udbudsregler i direktiv 93/38, ved en analogi af betragtning 28 til det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv, der erstattede direktiv 93/38. Det anføres vedrørende posttjenester: »Kontrakter, der indgås af ordregivere, som tilbyder posttjenester, underkastes reglerne i dette direktiv, herunder artikel 30, der sikrer anvendelse af principperne i betragtning 9 og samtidig etablerer en ramme for redelig handelspraksis og giver større fleksibilitet end bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/14 […]« Her sammenlignes det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv med det nye direktiv om den offentlige sektor med henblik på at forklare, i hvilken forstand bestemmelserne i førstnævnte er mere fleksible end bestemmelserne i sidstnævnte.

12 — Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

13 — Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).

afskaffe enhver konkurrencebegrænsende praksis i offentlige udbud [14], og der er andre nylige eksempler, hvori Domstolens sprogbrug viser, at udbudsdirektiverne skal fortolkes på en systematisk og sammenhængende måde [15]. Lod Domstolen da hånt om den omstændighed, at hvert direktiv regulerer forskellige aspekter af offentlige udbud, og at der er forskelle i de regler, der er fastsat herfor? Tydeligvis ikke. Det, som Domstolen fastslog, er, at direktiverne — uanset forskellene — udgør et netværk af regler med det samme mål om at sikre, at offentlige udbudsprocedurer er retfærdige, åbne og effektive.

18. Som konklusion er det min opfattelse, at DEI, ved at karakterisere det forkastede bud som »uegnet« og ikke offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, har tilsidesat artikel 20, stk. 2, i direktiv 93/38.

14 — Dommen i sagen Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 2.

15 — Jf. bl.a. dom af 27.2.2003, sag C-373/00, Truly, Sml. I, s. 1931, præmis 42: »[Det] følger […] af fast retspraksis, at formålet med fællesskabsdirektiverne om samordning af fremgangsmåderne for tildeling af offentlige kontrakter både er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og muligheden for, at et organ, der er finansieret af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske«; pressetext-sagen, præmis 31: »Det fremgår af retspraksis, at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater.« Jf. også i dom af 17.9.2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland, Sml. I, s. 7213, præmis 91, hvori Domstolen fastslog, at »der ingen grund [er] til at fortolke to bestemmelser, der henhører under det samme fællesskabsretlige område, og som i det væsentlige har samme ordlyd, forskelligt«. Det kriterium, som Domstolen her fastslår, udgør det materielle indhold af de bestemmelser, der skal fortolkes: Hvis det materielle indhold er det samme, skal fortolkningen være den samme.

Kontraktbetingelserne

19. Da det andet af de tre krav i artikel 20, stk. 2, litra a), ikke var opfyldt, kunne DEI ikke have påberåbt sig denne bestemmelse, uanset om de oprindelige kontraktbetingelser forblev uændrede. Jeg skal dog for fuldstændighedens skyld give en kortfattet redegørelse for, hvorfor jeg mener, at Kommissionen med rette har hævdet, at der forelå en væsentlig ændring i de oprindelige kontraktbetingelser.

20. Det blev præciseret i den anden udbudsbekendtgørelse, at der ikke måtte være uoverensstemmelser mellem den ordregivende myndigheds tekniske specifikationer og dem, som tilbudsgiverne angav. Dog kunne bud, der ikke fuldt ud opfyldte de pågældende specifikationer, accepteres, såfremt eventuelle uoverensstemmelser, der beroede på de tekniske karakteristika for det udstyr, som tilbudsgiveren ville anvende, blev angivet særskilt i udbudsdokumenterne og ikke påvirkede kraftværkets samlede ydeevne. I et sådant tilfælde var tilbudsgiveren ikke pålagt nogen pligt til at rette uoverensstemmelserne og bære den yderligere finansielle byrde. Dog blev tilbudsgiverne i procedurens tredje fase anmodet om at rette eventuelle uoverensstemmelser i de tidligere afgivne bud og selv bære omkostningerne, og de skulle afgive en bindende erklæring herom.

21. Den græske regering har anført, at artikel 20, stk. 2, ikke forbyder alle ændringer til de oprindelige kontraktbetingelser, men kun dem, som er væsentlige. Da den refererende dommer under retsmødet spurgte, hvorledes regeringen kan forene påstanden om, at alle de fem bud, der blev indgivet under den anden runde, var uegnede, og at der ikke var accepteret væsentlige ændringer i den tredje runde, med den omstændighed, at kontrakten i sidste ende blev tildelt en af de fem tilbudsgivere, hvis bud oprindeligt var blevet afslået, svarede den befuldmægtigede for den græske regering, at de eneste ændringer, som DEI anmodede om i den tredje runde, angik de uoverensstemmelser i de tekniske specifikationer, der var blevet identificeret i den anden runde og havde ført til afslag af buddet, hvorimod de øvrige kontraktbetingelser forblev uændrede.

22. Jeg er enig med regeringen i, at det relevante kriterium er, om ændringen til kontraktbetingelserne er *væsentlig*, men jeg er ikke overbevist om, at den pågældende ændring var uvæsentlig, eller ikke væsentlig nok i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 20, stk. 2, litra a). Der blev indført en ny betingelse i den tredje fase: Tilbudsgivere skulle selv rette alle uoverensstemmelser for egen regning, hvorimod sådanne uoverensstemmelser i henhold til ordlyden af udbudsbekendtgørelsen i den anden fase kunne accepteres. Den ordregivende myndighed anså tydeligvis selv denne nye forpligtelse for væsentlig, idet den ellers ikke ville have anmodet de deltagende bydende om at afgive en bindende erklæring herom. På samme måde er en sådan ændring af kontraktbetingelserne fra tilbudsgivernes synspunkt ganske rigtigt væsentlig, da den som udgangspunkt udelukker dem, der ikke er villige eller i stand til at rette uoverensstemmelserne i de oprindelige bud og dermed betale de relevante omkostninger. Sådanne ændringer i de oprindelige kontraktbetingelser bør altid anses for at være væsentlige. Desuden skal en bestemmelse, som jeg har anført, der giver en ordregivende myndighed mulighed for at tildele en kontrakt uden en udbudsbekendtgørelse, såsom artikel 20, stk. 2, litra a), fortolkes snævert, fordi den indfører en undtagelse fra det i traktaten fastsatte gennemsigtighedsprincip. Ordregivende myndigheder kan derfor kun dispensere fra at afholde en udbudsprocedure, hvis det er klart, at de pågældende ændringer ikke aktuelt eller potentielt kan berøre udbudsproceduren. I denne sag kan ændringen i kontraktbetingelserne ikke anses for at være uvæsentlig eller ikke væsentlig nok i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 20, stk. 2, litra a).

23. Henset til, at DEI havde afslået de fem bud, der blev afgivet i den anden runde, fordi de ikke fuldstændigt var i overensstemmelse med de nødvendige tekniske specifikationer, var det i praksis umuligt i den tredje runde at tildele kontrakten til en af de fem tilbudsgivere uden først at ændre buddet. DEI ændrede således kontraktbetingelserne i den tredje runde for at sikre sig, at tilbudsgivere ville påtage sig forpligtelsen at rette eventuelle uoverensstemmelser, og anmodede dem om at udarbejde et nyt økonomisk bud, som skulle

indeholde de relevante omkostninger. Såfremt DEI havde offentliggjort en ny udbudsbekendtgørelse, ville dette have været en fuldt ud korrekt procedure. I stedet opfordrede den kun særlige tilbudsgivere til at afgive bud, skønt at de oprindelige kontraktbetingelser var blevet væsentligt ændret. DEI tilsidesatte hermed artikel 20, stk. 2, litra a), i direktiv 93/38.

Sagens yderst hastende karakter

24. Det bestemmes i artikel 20, stk. 2, litra d), i direktiv 93/38, at en procedure uden forudgående udbud kan anvendes »i strengt nødvendigt omfang, hvis sagens yderst hastende karakter som følge af begivenheder, som ordregiverne ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige eller begrænsede udbud«. Kommissionen gør gældende, at den måde, hvorpå DEI i skrivelsen til de fem tilbudsgivere i den anden runde begrundede dens beslutning om at fortsætte uden forudgående udbud (f.eks. henvisningerne til Kretas »hastende behov« for elektricitet, »den tid, der er nødvendig for at installere de to nye enheder«, »den uventede forsinkelse«), indebærer, at DEI ikke udelukkende baserede sig på artikel 20 stk. 2, litra a), men også på artikel 20, stk. 2, litra d). Den græske regering er uenig. Den har anført, at DEI fra begyndelsen baserede sig på artikel 20, stk. 2, litra a), og gjorde det klart, at grunden til, at den fulgte proceduren uden udbudsprocedure, var, at de to foregående runder ikke havde ført til et tilfredsstillende resultat. Dette er, hvad DEI mente med »sagens samlede forhistorie«. Henvisningen til sagens yderst hastende karakter havde alene accessorisk karakter, hvilket viser, at et af de faktiske forhold, som DEI havde lagt vægt på, var, at der skulle handles hurtigt.

25. Det er korrekt, at den måde, hvorpå skrivelsen af 14. december 2004 var formuleret, giver indtryk af, at det er DEI, der har påberåbt sig sagens hastende karakter som en af de grunde, der berettiger anvendelsen af en procedure uden forudgående procedure, Det står imidlertid ikke klart, hvorvidt dette forhold anvendes som en selvstændig begrundelse i henhold til artikel 20 stk. 2, litra d). Henset til, at den græske regering under alle omstændigheder ikke har påberåbt sig dette underafsnit, behøver Domstolen ikke behandle dette spørgsmål yderligere.

II — Den forsinkede begrundelse

26. Artikel 41, stk. 4, i direktiv 93/38 har følgende ordlyd: »Ordregivere, der udøver virksomhed som nævnt i bilag I, II, VII, VIII og IX, skal hurtigst muligt efter datoen for modtagelsen af en skriftlig anmodning herom over for alle forbigåede ansøgere eller bydende begrunde, hvorfor deres ansøgning eller bud er afslået, og til bydende, der har afgivet et bud, der kan godkendes, give oplysning om det antagne buds egenskaber og relative fordele samt navnet på den bydende, hvis bud er antaget.« Kommissionen har anført, at forsinkelsen på to måneder i at give den fravalgte tilbudsgiver en begrundelse for, at hans bud blev afslået, ikke kan anses for at være »hurtigst muligt« i den forstand, hvori udtrykket anvendes i denne bestemmelse. Den græske regering har erkendt, at der var

tale om en vis forsinkelse, men gør gældende, at kriteriet ved bedømmelsen af, hvorvidt den er i strid med artikel 41, stk. 4, er, om tilbudsgiveren har lidt skade ved udøvelsen af dens rettigheder efter fællesskabsretten. Den befuldmægtigede for den græske regering anførte endvidere under retsmødet, at de forberedende arbejder til artikel 41, stk. 4 — Kommissionen havde oprindeligt foreslået en frist på 15 dage for at give en begrundelse, ligesom det er tilfældet med direktiverne om den offentlige sektor, og da forslaget blev afvist af Europa-Parlamentet, blev ordene »hurtigst muligt« indført — viser, at der bør indrømmes de ordregivende myndigheder et vist råderum ved behandlingen af anmodninger om begrundelsen for at forkaste et bud. Eftersom den fravalgte tilbudsgiver ifølge den græske regering i det foreliggende tilfælde ikke havde adgang til et retsmiddel med henblik på at få prøvet lovligheden af den ordregivende myndigheds beslutning, kan det ikke antages, at DEI ved at bruge to måneder på at besvare tilbudsgiverens anmodning har tilsidesat direktivet.

27. Jeg er enig med regeringen i, at anvendelsen af ordene »hurtigst muligt« uden henvisning til en specifik tidsgrænse betyder, at fortolkningen af artikel 41, stk. 4, ikke bør være for streng. Den omstændighed, at der i direktiverne om den offentlige sektor udtrykkeligt er fastsat en frist på 15 dage [16], mens der ikke er fastsat nogen i direktiv 93/38 om forsyning, viser, at fællesskabslovgiveren bevidst lod spørgsmålet om, hvor hurtigt en ordregivende myndighed bør afgive en besvarelse, afhænge af de konkrete tilfælde.

28. Ved vurderingen af, hvad der udgør »hurtigst muligt« i en konkret sag, er en af de faktorer, der skal tages i betragtning, spørgsmålet om, hvorvidt tilbudsgiveren var i stand til at gøre brug af de retsmidler, der stod til hans disposition ifølge fællesskabsretten og national ret med henblik på at få efterprøvet beslutningens lovlighed. Medmindre den ordregivende myndighed således giver en forklaring på, hvorfor et bestemt bud blev afslået, kan den fravalgte tilbudsgiver ikke afgøre, om det vil være rimeligt at anfægte beslutningen, og på hvilket grundlag dette skal gøres.

29. At sikre interesserne for de tilbudsgivere, som deltager i en offentlig udbudsprocedure, udgør imidlertid kun et af de formål, der forfølges med artikel 41, stk. 4. Bestemmelsen har også til formål at sikre proceduren til indgåelse af en kontrakts integritet og effektivitet som sådan; her er de begunstigede selve de ordregivende myndigheder og i sidste ende den skattebetalende offentlighed. Ved fortolkningen af ordene »hurtigst muligt« skal der derfor tages hensyn til, at de ordregivende myndigheders forpligtelse til snarest muligt at give en begrundelse modvirker favoritisme og sikrer overholdelse af fællesskabsretlige krav. Artikel 41, stk. 4, udgør en proceduremæssig garanti, som kan sikre, at den begrundelse, der gives for at forkaste et bud, ikke er en undskyldning for at tildele kontrakter vilkår-

16 — Artikel 8, stk. 1, i direktiv 93/37, artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/36 og artikel 12, stk. 1 i direktiv 92/50.

ligt. Med andre ord har denne regel en afskrækkende funktion: Det er mindre sandsynligt, at en ordregivende myndighed, som er vidende om, at den straks efter at have afsluttet en udbudsprocedure skal begrunde sit valg og forklare de andre, hvorfor de blev afslået, vil fravige Fællesskabets udbudsregler.

30. Derudover kan urimeligt langvarige forsinkelser i at besvare en anmodning om en begrundelse have betydelige effektivitetsomkostninger. I denne sag havde DEI selv fremhævet, at øen Kreta havde et hastende behov for elektricitetsforsyninger. DEI forsinkede imidlertid projektet i to måneder ved ikke at forklare, hvorfor man havde valgt en bestemt tilbudsgiver og afslået de andre. Den græske regering har ikke givet nogen forklaring for DEI's forsinkelse, hvilket vanskeligt kan forenes med den hastende karakter af den pågældende kontrakt. Henset til, at mange større projekter i forskellige medlemsstater til en vis grad finansieres over fællesskabsbudgettet, er det rimeligt at forvente, at ordregivende myndigheder anvender Fællesskabets udbudsregler på en måde, som tager hensyn til behovet for effektivitet.

31. Jeg skal også bemærke, at det i artikel 49, stk. 2, i det nye udbudsdirektiv, som erstatter direktiv 93/38, er fastsat, at den ordregivende myndighed skal meddele alle forbigåede ansøgere, hvorfor deres ansøgning er afslået »hurtigst muligt«, og at »[d]en tid, der anvendes, […] under ingen omstændigheder [må] overskride 15 dage fra modtagelsen af en skriftlig anmodning«. Direktivets forfattere har selv vurderet, hvad der må anses for at være en rimelig frist for at give en begrundelse, og har herved frataget de ordregivende myndigheder ethvert skøn. Det er korrekt, at nærværende sag af tidsmæssige grunde er undergivet direktiv 93/38 og ikke direktiv 2004/17. Man kan imidlertid ikke lukke øjnene for, at fællesskabslovgiver har fastlagt, at uanset de begrundelser, der tidligere berettigede en mere fleksibel tilgang vedrørende dette spørgsmål, eksisterer de ikke længere. Udbud er nu derfor genstand for den samme strengere regel, som finder anvendelse på varer, indkøb og tjenesteydelser, og det er fastsat, at fristen på 15 dage ikke under nogen omstændigheder må overskrides. Selv om bestemmelsen ikke finder anvendelse i denne sag, ville det klart være unaturligt at foreslå Domstolen at bortse herfra. I sidste instans må spørgsmålet om, hvad der i henhold til direktiv 93/38 må anses for at være en rimelig frist, afhænge af de konkrete tilfælde, når henses til det generelle behov for hensigtsmæssighed i offentlige indkøb, som ikke er begrænset til beskyttelsen af tilbudsgivernes rettigheder. Jeg mener derfor, at begrebet »hurtigt svar« skal fortolkes snævert, idet der tages hensyn til de sædvanlige frister i andre sektorer i offentlige indkøb. Jeg er af den opfattelse, at DEI ved først efter to måneder at have givet den fravalgte tilbudsgiver en begrundelse, uden nogen specifik grund for en sådan forsinkelse, der klart overskrider de sædvanlige frister, der finder anvendelse i offentlige indkøb, har tilsidesat artikel 41, stk. 4 i direktiv 93/38.

III — Forslag til afgørelse

32. Jeg foreslår Domstolen at fastslå, at Grækenland, gennem DEI, ved at undlade at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse og rettidigt give den fravalgte tilbudsgiver en begrundelse for, at hans bud blev afslået, har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 41, stk. 4 i Rådets direktiv af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.