KENDELSE AFSAGT AF DOMSTOLENS PRÆSIDENT

22. april 1994 *

I sag C-87/94 R,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Hendrik van Lier, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøger,

mod

Kongeriget Belgien ved directeur Jan Devadder, Ministeriet for Udenrigsanliggender, Udenrigshandel og Udviklingssamarbejde, som befuldmægtiget, bistået af advokaterne Michel Waelbroeck og Denis Waelbroeck, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg på Den Belgiske Ambassade, 4, rue des Girondins,

sagsøgt,

angående en begæring om foreløbige forholdsregler, hvorunder der er nedlagt påstand om dels udsættelse af retsvirkningerne af den beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt om levering af busser til selskabet Espace mobile international SA, som blev truffet den 6. oktober 1993 af Société régionale wallonne du transport, dels udsættelse af retsvirkningerne af det aftaleretlige forhold mellem disse to selskaber, der er opstået ved beslutningen om tildeling af kontrakten,

har

* Processprog: fransk.

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

afsagt følgende

Kendelse

Sagsfremstilling

A — *Retsforhandlinger*

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 11. marts 1994 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af EF-traktatens artikel 169 anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Belgien

— ved i forbindelse med en offentlig kontrakt udbudt af »Société régionale wallonne du transport« (herefter benævnt »SRWT«) at tage hensyn til ændringer, som blev foretaget i et af tilbuddene efter åbningen af disse

— ved under licitationsproceduren at anerkende en tilbudsgiver, som ikke opfyldte kriterierne for udvælgelse i udbudsmaterialet

— og ved at antage et tilbud, som ikke opfyldte kriterierne for tildeling af kontrakten i udbudsmaterialet

har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energi-

forsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1), såvel som det ligebehandlingsprincip, som danner grundlag for alle regler om licitationsprocedurer vedrørende offentlige kontrakter.

2 Ved særskilt dokument indleveret til Domstolens Justitskontor samme dag har sagsøgeren i medfør af traktatens artikel 186, artikel 36 i statutten for Domstolen og artikel 83 i Domstolens procesreglement fremsat begæring om foreløbige forholdsregler med påstand om, at Kongeriget Belgien pålægges at træffe alle nødvendige foranstaltninger til at udsætte retsvirkningerne af SRWT's beslutning af 6. oktober 1993 om tildeling, samt alle nødvendige foranstaltninger til at udsætte retsvirkningerne af det aftaleretlige forhold mellem dette selskab og det selskab, som kontrakten blev tildelt, nemlig Espace mobile international SA (herefter benævnt »EMI«), indtil Domstolens endelige dom i hovedsagen.

3 Kongeriget Belgien har indgivet skriftlige indlæg den 30. marts 1994. Parterne har afgivet mundtlige indlæg den 14. april 1994.

B — *Sagens forhistorie*

4 SRWT, der har hjemsted i Namur (Belgien), udskrev et udbud med henblik på indgåelse af en offentlig indkøbsaftale om otte leverancer af busser til offentlig transport over en periode på tre år, omfattende 307 standardkøretøjer, til et beløb, der var anslået til 2 022 918 000 BFR (ekskl. moms). En udbudsbekendtgørelse blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 22. april 1993.

5 Ved udløbet af fristen, der var fastsat i udbudsbekendtgørelsen, den 7. juni 1993 blev det konstateret, at der var afgivet fem tilbud af henholdsvis EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes-B Belgium (Bruxelles), Berkhof (Roeselaere) og Jonckheere (Roeselaere).

6 I løbet af juni og juli foretog SRWT en bedømmelse af disse tilbud. Der blev udarbejdet et notat til brug ved et bestyrelsesmøde den 2. september 1993. Det indstil-

ledes deri, at man tildelte Jonckheere leverance nr. 1 (37 køretøjer) og Van Hool leverance nr. 2-6 (i alt 280 køretøjer).

7 Den 3., 23. og 24. august 1993 fremsendte EMI tre supplerende meddelelser til ordregiveren.

8 I disse meddelelser fremsatte selskabet særligt bemærkninger vedrørende de følgende punkter i dets tilbud:

— meddelelse af 3. august: mængderabat, finansieringstilbud, undladelse af at anvende prisreguleringsklausulen på busser til levering i løbet af 1994, køretøjernes brændstofforbrug, oplysninger om den tekniske kvalitet af det tilbudte materiel, opgjort i tal, uopgørlige eller i øvrigt beskrevet

— meddelelse af 23. august: antallet af forventede udskiftninger af motorer og gearkasser

— meddelelse af 24. august: brændstofforbrug.

9 I et internt notat udarbejdet af ordregiveren konkluderedes det den 31. august 1993 efter en gennemgang af de tre supplerende meddelelser, at disse indeholdt ændringer af det oprindelige tilbud. Det konstateredes derfor, at den indstilling vedrørende tildeling af leverancer, der var indeholdt i ovennævnte notat udarbejdet til brug ved bestyrelsesmødet den 2. september 1993, var berettiget.

10 Da SRWT's bestyrelse fandt, at den ikke var i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at træffe endelig beslutning, besluttede den den 2. september 1993 at fortsætte drøftelsen ved et senere møde.

11 Ved skrivelse af 14. september 1993 meddelte den wallonske transportminister generaldirektøren for SRWT en række bemærkninger mht. buddene fra Van Hool og EMI, herunder mht. de tre ovennævnte meddelelser. Endelig foreslog han, at selskabets bestyrelse foretog en fornyet gennemgang af sagen i lyset af hans bemærkninger.

12 Den 28. september 1993 anmodede SRWT EMI om at bekræfte oplysningerne om brændstofforbrug, der var indeholdt i meddelelsen af 24. august, samt om det maksimale antal udskiftninger af motorer og gearkasser, som var opgivet i meddelelsen af 23. august. EMI bekræftede disse oplysninger om tilbuddet i skrivelse af 29. september 1993.

13 SRWT's direktion udarbejdede med henblik på bestyrelsesmødet den 6. oktober 1993 et nyt notat, hvori tilbuddene blev sammenlignet. I dette notat indstilledes det under hensyn til de oplysninger, der var indeholdt i de tre meddelelser, som EMI havde fremsendt, at leverance nr. 1 (37 køretøjer) blev tildelt Jonckheere, og leverance nr. 2-6 (reduceret til 278 køretøjer) blev tildelt EMI.

14 Ved beslutning af 6. oktober 1993 besluttede bestyrelsen for SRWT dels at udskyde ordren på 30 busser til 1996, dels at tildele Jonckheere leverance nr. 1 (37 køretøjer) for et beløb af 212 759 250 BFR, ekskl. moms, og EMI leverance nr. 2-6 (278 køretøjer) for et beløb af 1 797 719 210 BFR, ekskl. moms.

15 Samme dag anlagde Van Hool sag med påstand om udsættelse ved Belgiens Conseil d'Etat efter reglerne om hurtig retsforfølgning.

16 Ved dom af 7. oktober 1993 anordnede formanden for Conseil d'État's sjette afdeling for sager vedrørende foreløbige forholdsregler foreløbig udsættelse af gennemførelsen af beslutningen truffet af SRWT's bestyrelse den 6. oktober 1993.

17 Conseil d'Etat stadfæstede dog ikke ved sin dom af 17. november 1993 denne foranstaltning og tog ikke Van Hool's begæring om udsættelse og foreløbige forholdsregler til følge.

18 Ved skrivelse af samme dato afgav SRWT ordre til EMI på leverance nr. 2-6.

19 På foranledning af en klage fra Van Hool tilstillede Kommissionen den 30. november 1993 Kongeriget Belgien en åbningsskrivelse i henhold til traktatens artikel 169. Heri kritiserede den det for at have tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 90/531 og den lighedsgrundsætning, der ligger til grund for al regulering af fremgangsmåderne ved tildeling af offentlige kontrakter.

20 Kongeriget Belgien fremsendte den 15. december 1993 sine bemærkninger til Kommissionen, hvori den gjorde gældende, at det ikke var godtgjort, at der foreligger traktatbrud.

21 Den 8. februar 1994 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse over for Kongeriget Belgien, hvori den opfordrede denne medlemsstat til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den inden for en frist på ti dage, herunder særligt at rette henvendelse til de kompetente myndigheder for at opnå udsættelse af retsvirkningerne af kontrakten, der var indgået mellem SRWT og EMI.

22 I sin svarskrivelse af 18. februar 1994 fastholdt Kongeriget Belgien sin opfattelse.

Begrundelse

23 Traktatens artikel 186 er affattet således:

»I sager, der er indbragt for Domstolen, kan den foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler.«

24 I henhold til procesreglementets artikel 83, stk. 2, kan der kun træffes bestemmelse om foreløbige forholdsregler, såfremt der foreligger omstændigheder, der medfører uopsættelighed; desuden skal nødvendigheden af de foreløbige forholdsregler umiddelbart forekomme berettiget af faktiske og retlige grunde. Ifølge Domstolens faste praksis forudsætter en sådan bestemmelse om foreløbige forholdsregler endvidere, at en afvejning af de involverede interesser findes at tale for den begærede foranstaltning.

25 Disse betingelser er kumulative.

26 Spørgsmålet, om hvorvidt en begæring om foreløbige forholdsregler er uopsættelig, skal vurderes på baggrund af nødvendigheden af, at der træffes en foreløbig afgørelse for at undgå, at den begærende part udsættes for et alvorligt og uopretteligt tab.

27 Det alvorlige og uoprettelige tab, som udgør kriteriet for uopsættelighed, er endvidere det første moment i den sammenligning, der foretages ved interesseafvejningen.

28 I den foreliggende sag skal det undersøges under ét, om betingelserne om uopsættelighed og interesseafvejning begge er opfyldt.

29 Kommissionen har gjort gældende, at der klart foreligger uopsættelighed. Leveringen af den del af ordren, der skal effektueres i 1994 (128 busser ud af 278), kan

begynde i løbet af april 1994. Der vil således være risiko for, at der forvoldes et alvorligt og uoprettelig tab, for så vidt som tildelingen af kontrakten — og særligt de første leveringer — stiller Kommissionen, der som traktaternes vogter skal påse, at fællesskabsretten anvendes, over for et fait accompli og skaber mulighed for en alvorlig og umiddelbar tilsidesættelse af Fællesskabets retsakter. Tabet vil blive uopretteligt, efterhånden som leverancerne finder sted. Såfremt der ikke træffes foreløbige forholdsregler, vil dommen i hovedsagen, hvis sagsøgerens påstande tages til følge, miste sin tilsigtede virkning.

30 Ifølge Kongeriget Belgien er betingelsen om uopsættelighed ikke opfyldt, når sagsøgeren har handlet for sent, eller hvis sagsøgeren selv har fremkaldt den situation med uopsættelighed, som påberåbes. Dette er efter sagsøgerens opfattelse tilfældet for Kommissionen, der har ventet mere end fem måneder fra beslutningen om tildeling af kontrakten med at anlægge den foreliggende sag. I et traktatbrudssøgsmål bør Kommissionen for at godtgøre et alvorligt og uopretteligt tab, endvidere påvise, at der foreligger en særligt tvingende omstændighed, der kan begrunde foreløbige forholdsregler, såsom at foregribe en tilsidesættelse af fællesskabsretten inden beslutningen om tildeling af kontrakten. Den kan ifølge sagsøgte ikke nøjes med at fremsætte et generelt anbringende om at have lidt tab i sin egenskab af traktaternes vogter, hvilket anbringende kan fremføres hver gang en medlemsstat tilsidesætter fællesskabsretten.

31 Det bemærkes, at den manglende overholdelse af et direktiv, der finder anvendelse på en offentlig kontrakt, udgør en alvorlig tilsidesættelse af Fællesskabets retsakter, og at det forhold, at Domstolen senere på grundlag af traktatens artikel 169 fastslår — som oftest efter kontraktens opfyldelse — at der foreligger et traktatbrud, ikke kan genoprette den skade, der er påført Fællesskabets retsorden og samtlige de bydende, der er blevet udelukket eller frataget muligheden for at konkurrere i overensstemmelse med lighedsgrundsætningen. Kommissionen kan således i sin egenskab af traktaternes vogter fremskynde sagen ved hjælp af foreløbige forholdsregler parallelt med et traktatbrudssøgsmål i anledning af en anfægtet fremgangsmåde ved indgåelse af en offentlig kontrakt.

32 Endvidere bemærkes det, at følgende direktiver

— Rådets 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 (EFT L 395, s. 33)

— Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14)

har fastslået en forpligtelse til på nationalt plan at sikre effektive og hurtige klagemuligheder over for beslutninger i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret. I den foreliggende sag har Van Hool anlagt en sådan sag ved Belgiens Conseil d'Etat uden dog derved at opnå den begærede udsættelse.

33 Som den belgiske regering har fremført for Domstolen, fremgår det af forarbejderne til og selve bestemmelserne i disse direktiver, at fællesskabslovgiver i erkendelse af forskellene i de nationale lovgivninger og ud fra et ønske om så vidt muligt at tage hensyn til retssikkerhedsprincippet først og fremmest har favoriseret søgsmål forud for indgåelse af en kontrakt. Fællesskabslovgiver har ved at beslutte, at et søgsmåls virkninger på en allerede indgået kontrakt fastsættes i national ret, og ved at tillade, at medlemsstaterne begrænser disse virkninger til tilkendelse af erstatning til skadelidte, tilladt, at en stat på nationalt plan afskærer muligheden for annullation af en kontrakt, som er i kraft.

34 Kommissionen skal i denne forbindelse på fællesskabsplan gribe ind i videst muligt omfang inden indgåelse af kontrakten eller i det mindste hurtigt og utvetydigt underrette den pågældende medlemsstat om sin vurdering, mens de eventuelle overtrædelser af de regler, der gælder for den pågældende kontrakt finder sted, og om, at den har til hensigt at begære udbudsproceduren eller den indgåede kontrakt udsat. I så fald vil medlemsstaten fortsætte udbudsproceduren eller opfyldelsen af selve kontrakten på egen risiko.

35 Under retsmødet anerkendte parterne, at i henhold til gældende national ret blev kontrakten indgået ved den ordre, som SRWT tilsendte EMI den 17. november 1993. Under retsmødet anerkendte de ligeledes, at i modsætning til, hvad sagsøgte havde fremført i de skriftlige indlæg, er den skrevne belgiske ret ifølge nyere retspraksis ikke til hinder for, at en allerede indgået offentlig kontrakt annulleres.

36 Det er ubestridt, at de første leveringer af busser efter planen skal finde sted i slutningen af april 1994.

37 På tidspunktet for indledningen af sagen om foreløbige forholdsregler angik påstanden om foreløbige forholdsregler således en kontrakt, der ikke alene var indgået, men også under opfyldelse. Indkøb, fremstilling og samling af omnibusserne krævede nødvendigvis, at et program herfor blev indledt flere måneder inden de første leveringer.

38 Efter at Kommissionen i sin stævning i hovedsagen havde anført, at den havde modtaget en klage fra Van Hool allerede den 6. oktober 1993, præciserede den mundtligt den 14. april 1994, og siden skriftligt den 15. april, at klagen faktisk var indgivet ved skrivelse af 29. oktober 1993, som er bilagt sagen. Under alle omstændigheder meddelte den først, at den havde til hensigt at søge kontrakten udsat, i den begrundede udtalelse af 8. februar 1994, dvs. mere end tre måneder efter modtagelsen af skrivelsen af 29. oktober 1993 og mere end to måneder efter afsendelsen af åbningsskrivelsen af 30. november 1993, som ikke indeholdt nogen oplysning herom. Den handlede således ikke på en sådan måde, at ordregiveren hurtigst muligt blev klar over, at den på egen risiko fortsatte opfyldelsen af en kontrakt, der var indgået usædvanligt hurtigt, samme dag som Belgiens Conseil d'État's afgørelse af 17. november 1993. Van Hool havde imidlertid i sin klage af 29. oktober 1993 i alarmerende vendinger påpeget nødvendigheden af, at Kommissionen straks greb ind. Herefter har Kommissionen ikke udvist den omhu, der bør forventes af en part, som derefter indgiver begæring om foreløbige forholdsregler.

39 Over for det alvorlige og uoprettelige tab, som Kommissionen har påberåbt sig, har Kongeriget Belgien med henblik på interesseafvejningen anført den stand, som SRWT's busbestand befinder sig i. Den omfatter adskillige ældre køretøjer, herun-

der 194 køretøjer, der blev taget i brug i 1976,1977 og 1978. Disse køretøjers stand skulle have givet anledning til, at visse af SRWT's lokale ledelser indtrængende har anmodet om udskiftning. Ifølge sagsøgte er de i en sådan stand, at det kan forårsage uheld eller endog ulykker, der kan få alvorlige følger for personalet, passagerer og for selskabets omdømme i almindelighed. En passager er allerede blevet offer for en ulykke, der krævede hospitalsindlæggelse, idet hendes fod gik gennem gulvet på en bus, hun netop var steget op i. En udsættelse af kontrakten vil indebære, at den straks skal hæves, og at der derefter skal indledes en ny udbudsprocedure, der vil forsinke hver af de planlagte leveringer omkring tretten måneder.

40 Sagsøgtes anbringender vedrørende standen af de busser, der skal udskiftes, understøttes af de fremlagte bevisdokumenter. Deres stand bringer uden tvivl den sikkerhed i fare, der må kræves af enhver virksomhed, der udføres af det offentlige. Det bemærkes dog, at sagsøgte selv stærkt har bidraget til, at denne situation er opstået. Selv om den sædvanlige alder for de busser, der skal udskiftes, ifølge sagsøgtes egne oplysninger skulle være ti til tolv år, har sagsøgte ikke fundet anledning til at sikre en rettidig fornyelse af køretøjerne, hvoraf et stort antal på nuværende tidspunkt har været i drift i seksten til atten år. Sagsøgte har endvidere ladet mere end to år forløbe fra en anmodning om udskiftning af 103 busser, hvis brøstfældighed var blevet påpeget af den pågældende lokale ledelse, til offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen den 22. april 1993. Kongeriget Belgien har således undladt at sikre, at der blev truffet foranstaltninger til at undgå, at sikkerheden for SRWT's brugere og personale samt for andre trafikanter blev bragt i fare.

41 En sådan undladelse kan i princippet forhindre interesseafvejningen i at falde ud til fordel for den forsømmelige part (jf. kendelse afsagt af Domstolens præsident den 27.9.1988, sag 194/88 R, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 5647, grund 16). Imidlertid bør den retsinstans, der skal træffe afgørelse i sagen om foreløbige forholdsregler, under de foreliggende særlige omstændigheder og under hensyn til risikoens alvor ikke også bidrage til forøgelsen heraf.

42 Det følger af ovenstående, at Kommissionen har undladt at opfylde den forpligtelse til at udvise omhu, som påhviler den part, der påberåber sig uopsætteligheden af de foreløbige forholdsregler, og at interesseafvejningen bør falde ud til fordel for Kongeriget Belgien.

43 Herefter kan begæringen om foreløbige forholdsregler ikke tages til følge, og det er ufornødent at undersøge, om Kongeriget Belgien i sine indlæg og ved fremlæggelse af bevisdokumenter har opnået at drage den tilsyneladende holdbarhed af de anbringender, som Kommissionen har fremført som begrundelse for at foreskrive foreløbige forholdsregler, i tvivl.

Af disse grunde

bestemmer

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

1) Begæringen om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge.

2) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

Således bestemt i Luxembourg, den 22. april 1994.

R. Grass

Justitssekretær

O. Due

Præsident