FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 17. november 1994 *

1. Kommissionen har i nærværende sag nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [1] (herefter benævnt »indkøbsdirektivet«), som ændret først ved Rådets direktiv 80/767/EØF af 22. juli 1980 [2] og dernæst ved Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 [3], samt EØF-traktatens artikel 30.

Kommissionen har til støtte for denne påstand anført, at en udbudsbekendtgørelse, der blev offentliggjort af Nederlands Inkoopcentrum NV (herefter benævnt »NIC«) i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 10. december 1991 vedrørende levering og vedligeholdelse af en meteorologisk station (»meteorological workstation system«) [4], ikke er i overensstemmelse med fællesskabsrettens bestemmelser. Kommissionen har angivet to grunde hertil: I bekendtgørelsen oplyses det ikke, hvilke personer der havde adgang til at overvære åbningen af buddene, ligesom ej heller dato, klokkeslæt og sted for denne åbning var angivet; udbudsbetingelserne indeholder en teknisk specifikation, hvorved der henvises til et produkt af et bestemt mærke, nemlig UNIX-datasystemet, der er fremstillet af firmaet Bell Laboratories, der tilhører ITT-koncernen, uden at tilføje, at leverandøren har adgang til at benytte et hertil svarende system.

Det skal bemærkes, at Kommissionen meddelte Nederlandene og den ordregivende myndighed disse kritikpunkter i overensstemmelse med den procedure, der er fastlagt i artikel 3, stk. 1 og 2, i 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 [5]. I meddelelsen oplyses det, at denne skulle forstås som en åbningsskrivelse i henhold til EØF-traktatens artikel 169, og at den meddelelse, der senere ville blive fremsendt af den nederlandske regering, ville blive ligestillet med de i nævnte traktatbestemmelse omhandlede bemærkninger.

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT 1977 L 13, s. 1.

2 — EFT L 215, s. 1.

3 — EFT L 127, s. 1.

4 — Den omhandlede bekendtgørelse, der har nr. 91/S233-37730/NL, blev offentliggjort i EFT S 233 af 10.12.1991, s. 25.

5 — EFT L 395, s. 33.

2. Rækkevidden af de fremførte klagepunkter og de af sagsøgeren fremførte indsigelser vil bedst kunne forstås på baggrund af en omtale af de relevante bestemmelser i de omhandlede direktiver.

Ifølge artikel 9, stk. 5, i indkøbsdirektivet skal de ordregivende myndigheder ved affattelsen af udbudsbekendtgørelser følge de i bilag III til direktivet anførte modeller. Når der, som det er tilfældet i den foreliggende sag, er tale om en »åben« udbudsprocedure skal bekendtgørelsen navnlig indeholde følgende oplysninger (punkt 7 i bilaget):

»a) De personer, der har adgang til at overvære åbningen af udbuddene.

b) Dato, klokkeslæt og sted for denne åbning.«

Artikel 7, stk. 6, der er indsat i samme direktivs afsnit II om »fælles regler på det tekniske område«, indeholder endvidere følgende bestemmelse:

»Medmindre aftalens genstand berettiger dertil, skal medlemsstaterne forbyde, at der i vilkårene for den enkelte aftale indføres tekniske specifikationer, som omtaler varer af et bestemt fabrikat eller af en bestemt oprindelse, eller som nævner særlige fremstillingsmetoder, og som derved begunstiger eller udelukker bestemte virksomheder eller varer. Det er navnlig forbudt at anføre varemærker, patenter eller typer, eller at anføre en bestemt oprindelse eller et bestemt fabrikat; dog er en sådan angivelse i forbindelse med angivelsen 'eller dermed ligestillet' tilladt, når aftalens genstand ikke kan beskrives på anden måde ved hjælp af specifikationer, som er tilstrækkeligt nøjagtige og fuldstændigt forståelige for alle interesserede.«

Hvad endelig artikel 3 i direktiv 89/665 angår, kan der herefter benyttes en »hurtig« indgriben over for medlemsstaternes kompetente myndigheder og de ordregivende myndigheder, når Kommissionen før indgåelsen af en kontrakt finder, at der er begået »en klar og åbenbar overtrædelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter i forbindelse med en kontraktindgåelsesprocedure«. Er det tilfældet, meddeler Kommissionen altså de nævnte myndigheder grundene til, at den finder, at der er begået overtrædelser, og anmoder om, at de bringes til ophør. Medlemsstaten har 21 dage fra denne meddelelse til at tilstille Kommissionen en bekræftelse af, at overtrædelsen er bragt til ophør, eller en begrundet konklusion med redegørelse for, hvorfor forholdet ikke er bragt i orden, eller endelig en meddelelse om, at den pågældende procedure er blevet afbrudt.

3. Før jeg beskæftiger mig med sagens realitet, må jeg behandle den afvisningsindsigelse i to led, som den nederlandske regering har fremført.

Denne har for det første gjort gældende, at Kommissionen ikke er gået frem i overensstemmelse med kravene i artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 89/665. Som tidligere nævnt skal der gennem den deri omhandlede procedure hurtigst muligt og i alt fald før kontraktindgåelsen gives den pågældende medlemsstat og den ordregivende myndighed meddelelse om, at der er begået en klar og åbenbar overtrædelse af fællesskabsbestemmelserne. Kommissionens klagepunkter blev imidlertid meddelt Nederlandene seks måneder efter offentliggørelsen af den i sagen omhandlede bekendtgørelse, og dagen før kontrakten blev underskrevet. Den ordregivende myndighed modtog på sin side først meddelelsen nogle dage senere, som Kommissionen har erkendt [6], og da var kontrakten allerede afsluttet. Hermed har Kommissionen ifølge sagsøgte tilsidesat sin forpligtelse til samarbejde, som den følger af EØF-traktatens artikel 5 om samarbejdet mellem medlemsstaterne og Fællesskabets institutioner, for så vidt som det rimeligvis ikke kan kræves, at man med én dags varsel afbryder en udbudsprocedure, der er igangsat flere måneder før, hvorved der også må henses til den forsinkelse, hvormed den anmodning, der vedrørte den ordregivende myndighed, var blevet fremsendt til denne.

Den nederlandske regerings anden afvisningsindsigelse støttes på, at også Kommissionen har benyttet den samme tekniske specifikation, nemlig UNIX-datasystemet, i en udbudsbekendtgørelse, der blev offentliggjort efter den bekendtgørelse, der er omtvistet i nærværende sag [7]. Hermed foreligger der bevis for, at NIC absolut havde grund til at tro, at anvendelsen af nævnte specifikation ikke ville give anledninger til fællesskabsretlig kritik, eftersom Kommissionen selv anså UNIX-systemet for en teknisk forskrift, der var helt kurant og almindeligt accepteret.

4. Den nederlandske regerings kritik af Kommissionens adfærd er forståelig, men der kan ikke herske tvivl om, at den — eftersom det efter min mening kun skal afgøres, om den er retligt velbegrundet — ikke kan begrunde en afvisning af sagen. Jeg agter i alt fald ikke at anbefale Domstolen at træffe en sådan afgørelse.

For det første må det bemærkes, at den omstændighed, at Kommissionen for sent indledte den særlige procedure i henhold til artikel 3 i direktiv 89/665 med henblik på at opnå, at overtrædelserne af fællesskabsrettens

6 — Kommissionen har i replikken erkendt, at det anbefalede brev, der indeholdt klagepunkterne, blev afsendt den 25.6.1992 til den nederlandske regering, men ikke til NIC; sidstnævnte modtog derfor en kopi pr. telefax, som de kompetente tjenestegrene i Kommissionen først sendte den 29.6.1992.

7 — Der er tale om udbudsbekendtgørelse nr. 92/S116-223439/FR, der blev offentliggjort i EFT S 116 af 17.6.1992, s. 77.

bestemmelser om offentlige indkøbsaftaler blev bragt til ophør, bestemt ikke kan hindre Kommissionen i at sagsøge vedkommende medlemsstat i henhold til traktatens artikel 169 med påstand om, at det fastslås, at der foreligger en sådan overtrædelse. Som bekendt gælder der ingen frist herfor, for så vidt som denne søgsmålsadgang er en af de former, hvorved Kommissionen udøver den permanente kontrolfunktion, der er blevet tillagt den ved EØF-traktatens artikel 155 med henblik på at sikre, at fællesskabsretten overholdes [8]; der kan altså af indlysende grunde vedrørende reglernes indbyrdes rangfølge ikke herske nogen som helst tvivl i så henseende.

På den anden side er, når det erklærede formål med proceduren ifølge artikel 3 i direktiv 89/665, som det fremgår af betragtningerne til direktivet [9], er at indføre en mekanisme, som gør det muligt for Kommissionen at gribe hurtigt ind over for de berørte medlemsstaters kompetente myndigheder, før en offentlig indkøbskontrakt afsluttes og dermed hindre uoprettelig skade som følge af en ulovlig tildeling af kontrakten, det valgte middel reelt ikke på nogen måde en udvidelse eller en begrænsning af de beføjelser, som Kommissionen har i henhold til traktatens artikel 169. Det er den deri fastsatte procedure, som den under alle omstændigheder skal følge, når den berørte medlemsstat ikke eller ikke på fyldestgørende måde har besvaret den i henhold til artikel 3 i direktiv 89/665 foretagne meddelelse, hvis den ønsker at få fastslået, at denne medlemsstat har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til fællesskabsrettens bestemmelser om offentlige indkøbsaftaler.

5. Henset hertil er indledningen på en og samme tid af procedurerne i henhold til nævnte bestemmelse i direktiv 89/665 og traktatens artikel 169 begrundet i procesøkonomiske hensyn, som man efter min mening bestemt kan bifalde. Den forsinkelse, Kommissionen handlede med — og i så henseende kan jeg kun tilslutte mig den kritik, den er blevet udsat for — medfører alene en risiko for, at dens indgriben mister den effektivitet, som det var formålet at sikre med den særlige procedure.

På den anden side er bortskæringen i den endelige udgave af det af Rådet vedtagne direktiv af de vidtgående beføjelser til at gribe ind, der oprindelig var tillagt Kommissionen [10], fremskyndelsen af proceduren i henhold til traktatens artikel 169 gennem fastsættelse af en frist på højst 21 dage for besvarelsen af Kommissionens meddelelse, i det væsentlige det eneste forhold, der imødekommer et af de med denne retsakt tilsigtede mål, nemlig styrkelsen, fremdeles på fællesskabsniveau, af den effektive anvendelse af de

8 — Jf. her Domstolens dom af 10.4.1984, sag 324/82, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1861, præmis 11 og 12.

9 — Jf. navnlig anden, syvende og ottende betragtning til direktivet.

10 — Der tænkes her navnlig på adgangen til i hastetilfælde at udsætte afviklingen af udbudsproceduren i tilfælde, hvor der forelå visse særligt grove overtrædelser af fællesskabsbestemmelserne; jf. artikel 4 og 5 i forslaget til direktivet (EFT C 15 af 19.1.1989, s. 8).

mekanismer, ved hjælp af hvilke anvendelsen af bestemmelserne om offentlige indkøbsaftaler kan kontrolleres.

I den omhandlede artikel angives det nemlig blot, hvilken frist der på dette område i forbindelse med den i traktatens artikel 169 omhandlede procedure må anses for en »rimelig« frist for den berørte medlemsstat til at besvare meddelelsen og eventuelt til på hensigtsmæssig måde at forberede sit forsvar mod de klagepunkter, der er blevet fremsat over for den [11]. Derimod er det absolut udelukket, at formålet med denne artikel var at fastsætte en præklusiv frist for Kommissionens indgriben.

6. Den anden af sagsøgte fremførte afvisningsindsigelse bygger på nødvendigheden af at beskytte de nederlandske myndigheders berettigede forventning for så vidt angår lovligheden ifølge fællesskabsretten af den i sagen omhandlede tekniske specifikation, for så vidt som denne forventning skyldtes Kommissionens egen anvendelse af denne specifikation i en offentlig udbudsbekendtgørelse.

Jeg skal her blot nævne, at der bliver tale om to muligheder. Den ene er, at anvendelsen af den omhandlede specifikation ikke strider mod bestemmelserne om offentlige indkøbsaftaler, således at både Fællesskabets institutioner og de nationale myndigheder lovligt kan og har kunnet anvende den i beskrivelsen af en given kontrakts genstand. Er det tilfældet, skal sagsøgte i alt fald for så vidt frifindes for Kommissionens påstande.

Er derimod specifikationen ulovlig, kan jeg bestemt ikke forstå, hvorledes denne omstændighed, at Kommissionen selv har tilsidesat indkøbsdirektivets bestemmelser, kan begrunde den tilsidesættelse, som de nederlandske myndigheder muligvis har gjort sig skyldig i. Selv Fællesskabets institutioner er forpligtet til at følge reglerne om offentlige indkøbsaftaler; gør de ikke det, er der ikke i princippet for medlemsstaterne et retligt grundlag for også at undlade det. Og institutionen afskæres jo heller ikke, fordi den har begået en overtrædelse af samme art, fra at gribe ind for at få konstateret den overtrædelse, en medlemsstat har begået.

Også denne afvisningsindsigelse skal derfor forkastes.

7. Da det er ubestridt, at indkøbsdirektivet finder anvendelse i det foreliggende tilfæl-

11 — Jf. her Domstolens dom af 2.2.1988, sag 293/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 305, præmis 13 og 14.

de [12], går jeg over til at undersøge de realitetsgrunde, sagsøgeren støtter sin påstand på.

Som nævnt har Kommissionen i første række gjort gældende, at den ordregivende myndighed har tilsidesat artikel 9, stk. 5, i indkøbsdirektivet, idet den ved affattelsen af udbudsbekendtgørelsen ikke har fulgt forskrifterne i bilag III til direktivet, hvortil der henvises i nævnte bestemmelse, og efter hvis punkt 7 bekendtgørelsen skal angive de personer, der har adgang til at overvære åbningen af buddene, samt dato, klokkeslæt og sted for denne åbning. Den nederlandske regering deler den opfattelse, Kommissionen har givet udtryk for, og som går ud på, at der består en forpligtelse for de ordregivende myndigheder til at affatte udbudsbekendtgørelserne efter modellen i nævnte bilag, og at kravet om angivelserne i dette bilags punkt 7 gælder absolut. Den har imidlertid anført, at disse angivelser kun er nødvendige, såfremt den ordregivende myndighed agter at begrænse adgangen til åbningen af tilbuddene, f.eks. således at kun de leverandører, der har givet bud, kan være til stede. Når, som det er tilfældet i den foreliggende sag, åbningen er offentlig, og enhver interesseret person kan være til stede, er disse angivelser derimod unødvendige.

Desuden anføres det fra den nederlandske regerings side, at de indkomne bud sædvanligvis er så indviklede og omfangsrige, at det er umuligt at gennemlæse dem i deres helhed på åbningstidspunktet, og at leverandørernes mulighed for på dette trin i proceduren at kontrollere den ordregivende myndigheds adfærd og eventuelt gribe ind på det rette tidspunkt for at varetage deres rettigheder, har en aldeles illusorisk karakter.

8. Heller ikke på dette punkt kan jeg tilslutte mig den argumentation, den nederlandske regering har udviklet. For denne kan for det første ikke støttes på direktivets ordlyd. Når det i dette præciseres, hvilke angivelser udbudsbekendtgørelsen skal indeholde, sondres der i bilag III til direktivet klart mellem obligatoriske og fakultative angivelser. Til de sidste hører angivelserne om en eventuel leveringsfrist for de produkter, der skal leveres (punkt 4), angivelserne om størrelsen af og betalingsbetingelserne for det beløb, der eventuelt skal erlægges for hos den pågældende myndighed at få udleveret de dokumenter, der vedrører udbuddet [punkt 5, litra c)], eller den retlige form, hvorunder eventuelt det konsortium skal fremtræde, som vil få tildelt ordren (punkt 10).

Det er derimod ikke muligt at fravige kravene ifølge bilagets punkt 7, navnlig i betragtning af den procedure, der følges på tidspunktet for åbningen af buddene. Dette er helt i overensstemmelse med ånden i de omhandlede bestemmelser, der ligger i, at

12 — Den nederlandske regering har faktisk vedrørende spørgsmålet herom, samtidig med at den har bestridt, at NIC kan anses for en ordregivende myndighed i indkøbsdirektivets forstand, erkendt, at nævnte direktiv finder anvendelse på den i sagen omhandlede udbudsprocedure, for så vidt som NIC i det foreliggende tilfælde har handlet på vegne af Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut (det nederlandske kongelige meteorologiske institut) og for dettes regning, og dette må på sin side efter nævnte direktivs bestemmelser anses for en ordregivende myndighed.

gennemsigtigheden af samtlige transaktioner og procedurer, hvorigennem de ordregivende myndigheder foretager deres indkøb, er et af de mest effektive midler til at åbne adgangen til offentlige indkøbsaftaler. Der må også tages hensyn til, at en effektiv anvendelse af fællesskabsbestemmelserne i mange tilfælde kun vil kunne sikres, såfremt der i god tid reageres på overtrædelser af dem. Og man kan således forstå, hvilken interesse de leverandører, der deltager i en udbudsprocedure, har i at kunne være til stede ved åbningen af buddene, også selv om denne interesse som nævnt af Kommissionen eventuelt kun skulle bestå i at blive bekendt med, hvem der er deres konkurrenter og i adgangen til allerede på dette trin i proceduren at kunne kontrollere, om de opfylder de kriterier for kvalitativ udvælgelse, der er anført i artikel 20 ff. i indkøbsdirektivet. Det er altså indlysende, at denne kontrolmulighed mister enhver betydning, såfremt reglerne for den praktiske gennemførelse af åbningen af buddene (selv hvor proceduren er offentlig) ikke var kendt.

9. Den nederlandske regering har over for anbringendet om, at indkøbsdirektivets artikel 7, stk. 6, og traktatens artikel 30 er blevet overtrådt ved indførelsen i udbudsbetingelserne af en teknisk specifikation, som omtaler en vare af et bestemt fabrikat, indvendt, at udbudsbetingelserne i realiteten henviser til en produktgruppe, for så vidt som UNIX-systemet i sektoren for datateknologi må anses for en teknisk forskrift, der i almindelighed er anerkendt af de erhvervsdrivende. Den forsætlige undladelse af at tilføje angivelsen »eller dermed ligestillet« efter benævnelsen UNIX havde altså netop til formål at gøre det begribeligt for de interesserede leverandører, at NIC ikke havde en vare af et bestemt fabrikat, men derimod en vare med ganske bestemte karakteristika i tankerne. Den nederlandske regering har til støtte for sit synspunkt henvist til, at kontrakten faktisk blev tildelt en leverandør, som ikke anvendte UNIX-systemet, men et tilsvarende system.

Jeg skal i den forbindelse bemærke, at sagsøgte har erkendt, at UNIX-systemet ikke er et standardiseret system, dvs. en teknisk specifikation, der er godkendt af en internationalt i datateknologisektoren anerkendt standardiseringsorganisme. Systemet er nemlig blevet udarbejdet inden for et af de uofficielle organer, producenterne og forbrugerne har stiftet for at bidrage til en fremskyndelse af standardiseringsprocessen, og nærmere betegnet X/OPEN, der genindfører standardiseringen af de driftssystemer, der er baseret på AT & T's UNIX-system [13]. Det er imidlertid først på det tidspunkt, hvor de officielle instanser tilegner sig resultaterne af det af disse organismer gennemførte arbejde, at de hermed udfærdigede tekniske specifikationer bliver standarder. Det er derfor næppe muligt at hævde — det gør den nederlandske regering imidlertid — at den ordregivende myndigheds adfærd er i overensstemmelse med Rådets beslutning 87/95/EØF af 22. december 1986 om standardisering inden for informationsteknologi og telekommunikati-

13 — Jf. vedrørende dette punkt det dokument, der under »Standardization — Fact Sheet 4« er blevet udfærdiget i oktober 1990 af Kommissionens Generaldirektorat XIII, hvortil begge parter i sagen har henvist.

on [14], hvorefter medlemsstaterne i offentlige indkøbsaftaler vedrørende datateknologi skal henvise til de europæiske og internationale standarder, for så vidt som UNIX-systemet, som sagsøgte selv har erkendt, ikke tilhører disse standardiseringsgrupper.

Da UNIX således er varemærke for et bestemt produkt, udgør indførelsen i en udbudsbekendtgørelse af en bestemmelse, der henviser til dette system, når denne angivelse ikke forekommer i forbindelse med angivelsen »eller dermed ligestillet«, en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 6, i indkøbsdirektivet. Desuden medfører denne bestemmelse, da den i alt fald i første omgang forbeholder kontrakten de leverandører, der agter at anvende det særligt angivne system, i sidste instans indførslerne i handelen inden for Fællesskabet og udgør en tilsidesættelse af traktatens artikel 30 [15].

10. Efter min mening ændres dette resultat ikke af, at den omhandlede kontrakt derefter blev tildelt en leverandør, der anvendte et system, der svarede til det særligt i udbudsbekendtgørelsen angivne system, for så vidt som indførelsen i udbudsakterne af en bestemmelse som den omhandlede under alle omstændigheder kan medføre, at de erhvervsdrivende, der benytter systemer, der svarer til det ønskede, afholder sig fra at afgive bud netop på grund af denne bestemmelse.

På baggrund af det anførte skal jeg foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

— Det fastslås, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 77/62/EØF, som ændret ved direktiv 80/767/EØF og

14 — EFT 1987 L 36, s. 31.

15 — Jf. i denne forbindelse Domstolens dom af 22.9.1988, sag 45/87, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 4929, navnlig præmis 12-27.

direktiv 88/295/EØF, samt traktatens artikel 30, idet det i udbudsbekendtgørelsen ikke angav, hvilke personer der havde adgang til at overvære åbningen af buddene, eller dato, klokkeslæt og sted for denne åbning, og idet der i udbudsbetingelserne var anført en teknisk specifikation, der henviste til et produkt af et bestemt mærke.

— Kongeriget Nederlandene tilpligtes at betale sagens omkostninger.