FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GUISEPPE TESAURO

föredraget den 17 november 1994 *

1. Genom förevarande talan yrkar kommissionen att domstolen skall fastställa att Konungariket Nederländerna har åsidosatt såväl de förpliktelser som följer av direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor [1] (nedan kallat "varudirektivet)", såsom detta successivt ändrats genom direktiven 80/767/EEG av den 22 juli 1980 [2] och 88/295/EEG av den 22 mars 1988 [3] som de som följer av artikel 30 i EG-fördraget.

Kommissionen gör närmare bestämt gällande att det meddelande om upphandling som Nederlands Inkoopcentrum NV (nedan kallat "NIC") publicerat i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 10 december 1991 och som rör leverans och underhåll av en station för meteorologiskt arbete inte är utformat i enlighet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna [4]. Kommissionens klagomål är två: Meddelandet anger inte hur många som får delta i anbudsöppningen och inte heller datum eller tidpunkt för budgivningens början; listan över specifikationer innehåller en teknisk specifikation som hänvisar till ett särskilt märke, nämligen datasystemet UNIX, tillverkat av företaget Bell Laboratories, som ingår i ITT-gruppen, utan att nämna leverantörens möjlighet att använda ett likvärdigt system.

Det skall konstateras att kommissionen har underrättat Nederländerna och den upphandlande myndigheten i enlighet med det förfarande som föreskrivs i artikel 3.1 och 3.2 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 [5]. I underrättelsen klargjordes att denna var att betrakta som en anmodan enligt artikel 169 i EEG-fördraget och att det svar som den nederländska regeringen senare skulle inkomma med skulle betraktas som sådana synpunkter som avses i den artikeln.

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT nr L 13, 15.1.1977, s. 1.

2 — EGT nr L 215, s. 1.

3 — EGT nr L 127, s. 1.

4 — Meddelandet i fråga har nummer 91/S233-37730/NL och publicerades i EGT nr S 233, 10.12.1991, s 25.

5 — EGT nr L 395, s. 33.

2. För att förstå den exakta betydelsen av kommissionens anmärkningar och de grunder för försvaret som svaranden har åberopat är det lämpligt att påminna om de berörda bestämmelserna.

Artikel 9.5 i varudirektivet ålägger de upphandlande myndigheterna att respektera de modeller som anges i bilaga 3 vid utformandet av meddelanden om upphandling. När, som i detta fall, det aktuella upphandlingsförfarandet är det öppna förfarandet skall meddelandet särskilt innehålla följande upplysningar (punkt 7 i bilagan):

"a) De personer som får närvara vid anbudsöppnandet.

b) Datum, tid och plats för öppnandet."

Artikel 7.6 införd under avdelning II i samma direktiv, som avser "Gemensamma tekniska regler" föreskriver bland annat följande:

"Såvida undantag inte krävs på grund av kontraktets föremål, skall medlemsstaterna förbjuda inskrivning av sådana tekniska specifikationer i kontrakten, som anger varor av visst märke, ursprung eller framställning och som gynnar eller utesluter vissa företag eller produkter. I synnerhet förbjuds angivande av varumärken, patent, typbeteckningar, specifika ursprung eller framställningar; emellertid får en sådan specifikation förekomma om den följs av 'eller likvärdig', om kontraktets föremål inte kan beskrivas på annat sätt med tillräcklig precision och begriplighet för alla berörda."

Vad slutligen beträffar artikel 3 i direktiv 89/665, föreskriver denna bestämmelse ett snabbt förfarande för ingripande hos behöriga organ i medlemsstaterna och hos de upphandlande myndigheterna till vilket kommissionen skall ha tillgång innan ett upphandlingskontrakt slutits, om den anser att "en klar och konkret överträdelse av gemenskapsreglerna har ägt rum vid en offentlig upphandling". I så fall skall alltså kommissionen underrätta de nämnda myndigheterna och organen om de aktuella överträdelserna och begära att rättelse sker; från detta ögonblick har medlemsstaten 21 dagar på sig att underrätta kommissionen om att rättelse skett, eller om skälen för att rättelse inte har skett eller att upphandlingsförfarandet har avbrutits.

3. Innan sakfrågan i målet berörs är det nödvändigt att, i två avseenden, bedöma det yrkande att talan skall anses otillåten som anförts av den nederländska regeringen.

Denna gör, för det första, gällande att kommissionens förfarande inte varit förenligt med de krav som uppställs i artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 89/665. Såsom redan har angetts har det förfarande som avses där till syfte att i god tid, och i varje fall före upphandlingen, underrätta medlemsstaten och den upphandlande myndigheten om att en klar och tydlig överträdelse av de gemenskapsrättsliga reglerna skett. Nederländerna har emellertid underrättats om kommissionens anmärkningar sex månader efter det att annonsen i fråga publicerats och just innan kontraktet skrivits under. Den upphandlande myndigheten å sin sida, har som kommissionen erkänt [6], inte fått underrättelsen förrän några dagar senare, när upphandlingen redan ägt rum. Enligt svaranden innebär detta en överträdelse av den samarbetsskyldighet som följer av artikel 5 i EEG-fördraget eftersom man, med beaktande av den försening med vilken begäran översänts till den upphandlande myndigheten, inte rimligen kan kräva att Nederländerna, på bara en dag, skall stoppa ett upphandlingsförfarande som påbörjats flera månader tidigare.

Den andra grunden för att talan skall anses otillåten som den nederländska regeringen har åberopat är att även kommissionen har hänvisat till samma tekniska specifikation, det vill säga till datasystemet UNIX, i ett meddelande om upphandling som publicerats efter det som denna rättegång rör [7]. Denna anmärkning visar således att NIC hade all anledning att anta att användningen av den nämnda specifikationen inte skulle möta någon invändning på det gemenskapsrättsliga planet eftersom kommissionen själv ansåg UNIX-systemet som en allmänt accepterad och förekommande teknisk beskrivning.

4. Den kritik som den nederländska regeringen har riktat mot kommissionens förfarande är förståelig. Med hänsyn till att det endast är i juridiskt avseende som underlaget skall bedömas är den emellertid otvivelaktigt inte av sådan natur att den utgör skäl för ett beslut att talan skall anses otillåten. Åtminstone, föreslår jag inte att domstolen skall meddela ett sådant beslut.

Det skall först konstateras att den omständigheten att kommissionen först sent omsider inledde det speciella förfarande för rättelse av överträdelser av gemenskapsrättsliga bestämmelser inom området offentlig upp-

6 — I sin första svarsskrivelse har kommissionen erkänt att det rekommenderade brevet med anmärkningarna hade sänts den 25 juni 1992 till den nederländska regeringen men inte till NIC; den sistnämnda hade således fått ett exemplar per telefax som de berörda avdelningarna på kommissionen expedierat först den 29 juni.

7 — Det rör sig om meddelande om upphandling med nummer 92/S116-223439/FR, publicerat i EGT nr S 116, 17.6.1992, s. 77.

handling, som avses i artikel 3 i direktiv 89/665/EEG, förvisso inte kan hindra kommissionen från att väcka talan, enligt artikel 169 i fördraget, mot en medlemsstat för en förklaring att denna begått en sådan överträdelse. Det är bekant att en talan av detta slag inte är underställd någon frist i den mån den utgör en form av utövande av den ständiga kontrollfunktion som kommissionen har tilldelats enligt artikel 155 i EEG-fördraget för att tillförsäkra respekten för gemenskapsrätten [8]; följaktligen räcker det med de uppenbara övervägandena om bestämmelsernas hierarki för att skingra varje tvivel på denna punkt.

Å andra sidan, om det uttryckliga syftet med det förfarande som anges i artikel 3 i direktiv 89/665, såsom en studie av motiven till direktivet [9] ger vid handen, är att inrätta en möjlighet för kommissionen att snabbt ingripa hos de behöriga myndigheterna i berörda medlemsstater innan ett upphandlingskontrakt slutits, så att de ohjälpliga skador som kan följa på en olaglig tilldelning av ett upphandlingsavtal kan avvärjas, så varken ökar eller minskar det inrättade instrumentet på något sätt de befogenheter som kommissionen har enligt artikel 169 i fördraget. Det är ändå detta förfarande som kommissionen måste använda sig av när den berörda medlemsstaten inte har svarat, eller inte har svarat på ett tillfredsställande sätt, på den underrättelse som sänts enligt artikel 3 i direktiv 89/665, om den vill uppnå en förklaring att medlemsstaten har underlåtit att uppfylla de skyldigheter som åligger den enligt de gemenskapsrättsliga bestämmelser som gäller inom området offentlig upphandling.

5. Med beaktande av ovannämnda överväganden svarar det samtidiga inledandet av de förfaranden som avses i den tidigare nämnda bestämmelsen i direktiv 89/665 samt i artikel 169 i fördraget mot sådana krav på processekonomi, som jag anser att man fullständigt kan instämma i. Den försening med vilken kommissionen har agerat — och på denna punkt kan jag inte annat än instämma i den kritik som riktats mot kommissionen — har endast som följd att den effektivitet som specialförfarandet skall tillförsäkra går förlorad.

Å andra sidan, sedan de kraftfulla befogenheter, som inledningsvis hade tilldelats kommissionen, avskaffats i den text till direktivet som slutligen antagits av rådet [10], är den ökning i förfarandets snabbhet som betoningen på en frist om maximalt 21 dagar för att besvara kommissionens underrättelse väsentligen det enda element som motsvarar de syften som denna akt har, det vill säga att även på gemenskapsnivå förstärka effektivi-

8 — Se om detta domen av den 10 april 1984, kommissionen mot Belgien (324/82, Rec s. 1861, elfte och tolfte styckena).

9 — Se särskilt övervägandena 2, 7 och 8.

10 — Särskilt möjligheten att i brådskande fall inhibera upphandlingsförfarandet vid vissa särskilt allvarliga överträdelser av den gemenskapsrättsliga regleringen: se artiklarna 4 och 5 i förslaget till direktivet (EGT nr C 15, 19.1.1989, s. 8).

teten i de medel som möjliggör en kontroll av tillämpningen av de bestämmelser som gäller för offentlig upphandling.

Artikeln i fråga inskränker sig nämligen till att precisera vilken frist som är att betrakta som "rimlig", inom ramen för det förfarande som avses i artikel 169 i fördraget, för att ge den berörda medlemstaten möjlighet att besvara underrättelsen och eventuellt på ett meningsfullt sätt förbereda sitt försvar mot de anmärkningar som framställts mot den [11]. Det är däremot uteslutet att denna artikel haft till syfte att föreskriva en frist till nackdel för kommissionen.

6. Den andra grunden för att talan skulle anses otillåten avser nödvändigheten att skydda de nederländska myndigheternas berättigade förväntningar i fråga om likformigheten i den gemenskapsrättsliga regleringen av de tekniska specifikationer som avses i denna rättegång med hänsyn till att kommissionen själv använt sig av samma specifikation i ett offentligt meddelande om infordran av anbud.

I detta avseende begränsar jag mig till att ange att det förekommer två möjligheter. Den första är att användningen av specifikationen i fråga inte strider mot regleringen inom området offentlig upphandling och att således såväl gemenskapens institutioner som medlemsstaterna lagligen har kunnat och kan använda sig av den. I så fall skall kommissionens talan ogillas i sak åtminstone av detta skäl.

Om, å andra sidan, det föreligger en överträdelse kan jag inte se hur den omständigheten att kommissionen själv överträtt bestämmelserna i "varudirektivet" skulle kunna rättfärdiga den överträdelse som den nederländska myndigheterna eventuellt begått. Även gemenskapens institutioner är skyldiga att respektera regleringen av den offentliga upphandlingen; men om de inte respekterar den så finns det inte någon rättslig princip som ger medlemsstaterna rätt att göra samma sak. Det är inte heller så att institutionen är förbjuden att agera för en fastställelse av en överträdelse begången av en medlemsstat av det skälet att den själv gjort sig skyldig till en överträdelse av samma slag.

Även denna grund för att talan skall anses otillåten skall således förkastas.

7. Det är inte bestritt att "varudirektivet" är tillämpligt i detta fall [12] och jag går därför

11 — Se i detta avseende domen av den 2 februari 1988, kommissionen mot Belgien (293/85, Rec. s. 305, trettonde och fjortonde styckena).

12 — I detta avseende har nämligen den nederländska regeringen, även om den bestritt att NIC kan betraktas som en upphandlande myndighet i den mening som anges i "varudirektivet", medgett att direktivet är tillämpligt på upphandlingsförfarandet i fråga eftersom NIC i detta fall har handlat på Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut (Nederländernas kungliga meteorologiska institut), vilket enligt den nederländska regeringen måste betraktas som en upphandlande myndighet enligt det nämnda direktivet.

vidare till bedömningen i sak av de anmärkningar som riktats mot svaranden.

Som nämnts ovan anmärker kommissionen först på att den upphandlande myndigheten har överträtt artikel 9.5 i "varudirektivet" genom att den inte har utformat meddelandet i enlighet med de föreskrifter som anges i bilaga 3 till samma direktiv till vilket den nämnda bestämmelsen hänvisar och vilka i punkt 7 förskriver att de personer som har rätt att delta i anbudsöppningen, liksom datum, tid och plats för denna, skall anges. Den nederländska regeringen delar kommissionens uppfattning att det föreligger en skyldighet för de upphandlande myndigheterna att utforma meddelandet i enlighet med den modell som anges i bilagan och att den skyldighet som anges i punkten 7 i samma bilaga är ovillkorlig. Den invänder emellertid att de angivna uppgifterna endast är nödvändiga om den upphandlande myndigheten avser att begränsa möjligheten att delta i anbudsöppningen genom att till exempel förbehålla den åt de leverantörer som anmält sig. Om, som i detta fall, anbudsöppningen är offentlig och varje intresserad person kan delta är upplysningarna däremot onödiga.

Å andra sidan, eftersom de avgivna anbuden vanligen är så komplicerade och omfattande att det är omöjligt att läsa dem fullständigt vid anbudsöppningen är leverantörernas möjlighet att, på detta stadium, kontrollera den upphandlande myndighetens förfarande och att i god tid agera för att försvara sina rättigheter rent illusorisk.

8. Jag är inte heller böjd att, på denna punkt, ansluta mig till de argument som den nederländska regeringen utvecklat. För det första har de inte något stöd i direktivets ordalydelse. Faktum är att när bilaga 3 till direktivet preciserar de uppgifter som meddelandet om upphandling skall innehålla vid det öppna förfarandet skiljer den klart mellan obligatoriska och fakultativa upplysningar. Under den sistnämnda kategorin faller sådana som rör frister för leveranser av produkterna (punkt 4), beloppet och betalningsvillkor för den summa som eventuellt skall betalas för att erhålla ett exemplar av handlingarna i upphandlingsärendet (punkt 5 c) och även vilken juridisk form som den vinnande grupperingen skall anta (punkt 10).

De föreskrifter som förekommer i punkten 7 däremot är inte behäftade med några sådana undantag, särskilt inte i fråga om den procedur som skall följas vid anbudsöppningen. Detta är helt i enlighet med den aktuella regleringens anda, för vilken genomsynligheten i samtliga de operationer och procedurer, som

möjliggör anskaffning åt de upphandlande myndigheterna, är ett av de effektivaste instrumenten för att öppna tillträdet till den offentliga upphandlingen av varor. Det måste också beaktas att den verkningsfulla tillämpningen av den gemenskapsrättsliga regleringen i många fall inte kan tillförsäkras om inte överträdelser av den föranleder en reaktion i rätt tid. Man kan följaktligen förstå vilket intresse det kan ha för leverantörer, som deltar i ett upphandlingsförfarande, att vara närvarande redan vid anbudsöppningen om inte av annat skäl så för att redan på detta stadium kunna få veta vilka konkurrenterna är och bedöma om dessa motsvarar de kriterier som ställs i artikel 20 och följande i "varudirektivet". Det är således uppenbart att denna möjlighet till kontroll blir helt meningslös om de praktiska formerna för anbudsöppningen (om än offentlig) inte är kända.

9. När det gäller den påstådda överträdelsen av artikel 7.6 i "varudirektivet" och av artikel 30 i fördraget genom införandet i listan över tekniska specifikationer av en sådan som hänvisar till en bestämd produkt, har den nederländska regeringen invänt att listan i verkligheten hänvisar till en grupp av produkter eftersom UNIX-systemet måste betraktas som en teknisk beskrivning inom informationsteknologin som är allmänt känd av användarna. Den omständigheten att uttrycket "eller likvärdig" utelämnats har just haft till syfte att göra klart för leverantörerna att NIC inte avsåg att hänvisa till en specifik produkt utan till en produkt som hade vissa väl definierade egenskaper. Till stöd för detta påstående har NIC åberopat omständigheten att kontraktet slutligen anförtrotts en leverantör som inte använt UNIX-systemet utan ett liknande system.

På denna punkt noterar jag att svaranden medger att UNIX-systemet inte är ett standardiserat system, det vill säga en teknisk specifikation som godkänts av en inom informationsteknologin erkänd internationell organisation för standardisering. Det har nämligen utvecklats inom en inofficiell organisation skapad av producenter och konsumenter i syfte att bidra till att öka hastigheten i standardiseringsprocessen, närmare bestämt X/OPEN vilken verkar för standardisering av brukssystem baserade på UNIX-systemet från AT & T [13]. Det är emellertid inte förrän de officiella instanserna lämnar sitt godkännande av det arbete som dessa organisationer utfört som de tekniska specifikationerna blir till normer. Följaktligen förefaller det svårt att, som den nederländska regeringen gör, påstå att den upphandlande myndighetens förfarande har skett i enlighet med rådets beslut 87/95/EEG av den 22 december 1986 om standardisering inom informationsteknologi och telekommunika-

13 — Se i detta avseende vad som framgår av en handling med titeln "Standardisering — Fakta Blad 4", vilken utarbetats i oktober 1990 av kommissionens generaldirektorat XIII och till vilken parterna hänvisat.

tioner [14], vilket ålägger medlemsstaterna att hänvisa till europeiska och internationella normer vid offentlig upphandling inom dessa områden, när, som svaranden själv medger, UNIX-systemet inte faller under någon av dessa kategorier.

Eftersom UNIX således är ett varumärke för en bestämd produkt utgör införandet i meddelandet om upphandling av en punkt som hänvisar till detta system, utan att denna hänvisning åtföljs av orden "eller likvärdig", en överträdelse av artikel 7.6 i "varudirektivet". Eftersom denna punkt åtminstone till en början förbehåller marknaden åt de leverantörer som föreslår en användning av det nämnda specifika systemet får den dessutom till följd att hindra importströmmarna i handeln inom gemenskapen varför den kränker artikel 30 i fördraget [15].

10. Det förefaller mig inte som om denna slutsats påverkas av det faktum att kontraktet i fråga senare har tilldelats en leverantör som använder ett system som är likvärdigt med det som specificerats i meddelandet, eftersom införandet i akten för infordran av anbud av en sådan punkt, som den det rör sig om, i alla fall, kan få till följd att företag som använder system som är likvärdiga med det efterfrågade avstår från att besvara infordran av anbud, just på grund av denna punkt.

Mot bakgrund av ovan gjorda överväganden föreslår jag domstolen att

— fastställa att Konungariket Nederländerna har åsidosatt de skyldigheter som följer av rådets direktiv 77/62/EEG, såsom detta ändrats genom direktiven

14 — EGT nr L 36, 7.2.1987, s. 31.

15 — Se i detta avseende domen av den 22 september 1988, kommissionen mot Irland (45/87, Rec. s. 4929, särskilt punkterna 12—27).

80/767/EEG och 88/295/EEG samt av artikel 30 i fördraget, genom att underlåta att i upphandlingsmeddelandet i fråga ange såväl vilka personer som tillåts delta i anbudsöppningen som datum, tid och plats för denna samt genom att i listan över tekniska specifikationer införa en hänvisning till en produkt av ett bestämt märke,

— ålägga Konungariket Nederländerna att betala rättegångskostnaderna.