FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 19. januar 1999 *

A — Indledning

1. Den foreliggende traktatbrudssag drejer sig om den fællesskabsretlige bedømmelse af indgåelsen af en række bygge- og anlægskontrakter i forbindelse med et stort projekt for opførelsen af regerings- og forvaltningsbygninger og bygningen af kulturelle institutioner i tilknytning til, at Land Niederösterreich flyttede sit regeringssæde til St. Pölten.

2. Følgende begivenheder ligger til grund for traktatbrudssagen. Arbejderne på dette storprojekt blev påbegyndt i 1992 for så vidt angår regeringsbygningerne og i 1994 for så vidt angår de kulturelle institutioner. I begyndelsen af februar 1995 blev Kommissionen gennem en klage opmærksom på udbuddet af en offentlig indkøbskontrakt, der skulle indgås som led i dette projekt, der kun blev offentliggjort i *Niederösterreich's Officielle Tidende*. Udbuddet var baseret på »Allgemeine Angebots- und Vertragsbedingungen« (almindelige tilbuds- og kontraktbetingelser, herefter »AAVB«), som Kommissionen anså for at være i strid med fællesskabsretten — bl.a. på grund af tilsidesættelse af reglerne om offentliggørelse, meddelelsespligt og specifikationer — hvilket Kommissionen underrettede den østrigske regering om i en skrivelse af 12. april 1995. Som reaktion herpå modtog Kommissionen nogen tid senere underretning om en udbudslov, som Land Niederösterreich kundgjorde den 31. maj 1995, og som ligeledes fremkaldte indsigelser, fordi den indeholdt en undtagelsesbestemmelse for projektet »Kultur- og Regeringsbyggeri St. Pölten« (den såkaldte lex St. Pölten) og derved praktisk talt undtog projektet fra lovens anvendelsesområde.

3. En samlet drøftelse af problemerne fandt sted i et bilateralt møde den 27. og 28. november 1995 mellem Kommissionen og de østrigske myndigheder. Kommissionen gjorde gældende, at der forelå en tilsidesættelse af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 [1] og af Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 [2] samt overtrædelse af EF-traktatens artikel 30. Efter at være blevet underrettet om disse indsigelser gav de østrigske myndigheder tilsagn om at ændre AAVB, ophæve undtagelsesbestemmelsen i udbudsloven og ændre den udbudspraksis,

* Originalsprog: tysk.

1 — Direktiv om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54).

2 — Direktiv 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).

som udbyderen, Niederösterreichische Landeshauptstadt Planungsgesellschaft mbH (herefter »Nöplan«), havde fulgt.

4. Kommissionen håbede, at de østrigske myndigheder som følge af samtalerne ville skride til øjeblikkelig handling for at sikre

— en korrekt gennemførelse af de udbudsprocedurer, der endnu ikke var indledt

— en ændring af de allerede indledte udbudsprocedurer, som endnu ikke var afsluttet med tildeling, og

— ophævelse af endnu ikke opfyldte kontrakter, der var kommet i stand i strid med fællesskabsretten, så vidt dette var muligt.

5. De østrigske myndigheder viste sig principielt indforståede, men henviste til, at de havde brug for en rimelig overgangsfrist til at ændre de retlige rammebetingelser (udbudsloven og AAVB).

6. Efter Kommissionens opfattelse var de østrigske myndigheders beredvillighed til at tilpasse deres udbudspraksis ikke tilstrækkeligt vidtgående, hvorfor Kommissionen indledte en traktatbrudssag med en åbningsskrivelse af 15. december 1995. I denne åbningsskrivelse redegør Kommissionen for, at de østrigske myndigheder havde givet tilsagn om at ville lægge pres på de ansvarlige beslutningsorganer for at få dem til at overholde fællesskabsretten fra udgangen af januar 1996 [3]. I åbningsskrivelsen anfører Kommissionen bl.a., at dens kritik gælder »udtrykkeligt de allerede tildelte entrepriser, med hensyn til hvilke der ikke har fundet en udbudsprocedure i overensstemmelse med fællesskabsretten sted«. Kommissionen opfordrede Republikken Østrig til »at sikre overholdelsen af fællesskabsretten med hensyn til de endnu ikke gennemførte udbudsprocedurer« og »at suspendere retsvirkningerne af de kontrakter, der er indgået i strid med fællesskabsretten, henholdsvis hindre afviklingen af dem, at suspendere de forestående afgørelser om kontraktindgåelse, indtil overholdelse af fællesskabsrettens krav er sikret, og at sikre en omgående ændring af Niederösterreich's udbudslov og af de almindelige tilbuds- og udbudsbetingelser« [4]. I åbningsskrivelsen af 15. december 1995 fastsatte Kommissionen en svarfrist på en uge.

7. Den østrigske regering tog stilling hertil i skrivelse af 22. december 1995. I skrivelsen hedder det, at Nöplan's organer uanset de »i mødet oplyste tidsmæssige vanskeligheder har behandlet spørgsmålet om udbud« og har besluttet, »at Nöplan *med omgående virkning* skal anvende EU-direk-

3 — Jf. åbningsskrivelsen, punkt 6.

4 — Jf. åbningsskrivelsen, punkt 10, stk. 1 og 5.

tiverne« [5]. Afslutningsvis understreges endnu en gang, »at EF-direktiverne uanset yderligere omkostninger og tidsmæssige forskydninger *med omgående virkning* skal anvendes for alle udbud« [6].

8. I den begrundede udtalelse af 21. februar 1996 erindrer Kommissionen om, at udbudsmyndighederne i Land Niederösterreich »i mangel af en gennemførelse i overensstemmelse med fællesskabsretten er umiddelbart forpligtet ifølge den direkte anvendelige fællesskabsret til at overholde dennes regler« [7]. Kommissionen anser i øvrigt den østrigske regerings svar på åbningsskrivelsen for utilstrækkeligt. Den savner anerkendelsen af en handlepligt i forhold til verserende procedurer, »da bemærkningerne om pligt til offentliggørelse alene angår fremtiden«. Kommissionen erindrer om, at den havde anmodet om, at »der tilsendes den en liste over ordrer, for hvilke der allerede er indledt en udbudsprocedure, eller som fremtidig vil være genstand for en offentliggørelse, samt angivelse af disse ordrers værdi«. Den fastslår: »Indtil i dag er der ikke meddelt en fyldestgørende liste.« Endelig opfordrer den de østrigske myndigheder til »at træffe alle egnede foranstaltninger til at bringe de beskrevne overtrædelser til ophør« [8]. Hertil fastsatte den en frist på to uger fra udtalelsens forkyndelse.

9. I mellemtiden havde Nöplan's udbudsudvalg i et møde den 6. februar 1996 besluttet at udsætte alle verserende procedurer samt udbyde og tildele alle endnu ikke udbudte ordrer i overensstemmelse med fællesskabsretten. Efterfølgende blev de kritiserede forhold vedrørende udbudsloven berigtiget og AAVB udformet i overensstemmelse med fællesskabsretten.

10. Alligevel anlagde Kommissionen den 3. oktober 1996 traktatbrudssag, registreret på Domstolen den 7. oktober 1996, med påstand om, at det fastslås, at Republikken Østrig ved indgåelsen de kontrakter, der blev indgået før den 6. februar 1996, men som endnu ikke var blevet opfyldt den 7. marts 1996 — altså ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse af 21. februar 1996 — eller som det var muligt at ophæve, har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold fællesskabsretten. Kernepunktet i Kommissionens kritik af Republikken Østrig er, at den ikke har gjort nogen indsats for at ophæve de kontrakter, der er indgået efter mødet den 28. november 1995, altså med kendskab til de fællesskabsretlige problemer.

11. Republikken Østrig har gjort flere formalitetsindsigelser gældende, ligesom den anser søgsmålet for materielt ugrundet.

5 — Jf. punkt 1 i svarskrivelsen af 22.12.1995 (min fremhævelse).

6 — Jf. »Vedr. punkt 8« i svarskrivelsen af 22.12.1995 (min fremhævelse).

7 — Jf. punkt 15 i den begrundede udtalelse af 21.2.1996.

8 — Jf. med hensyn til citaterne i dette afsnit punkt 16 i den begrundede udtalelse af 21.2.1996.

12. Kommissionen har nedlagt påstand om,

1) at det fastslås, at Republikken Østrig i forbindelse med opførelsen af det nye forvaltnings- og kulturcenter St. Pölten for Land Niederösterreich, ved indgåelsen af kontrakter, der blev indgået i tiden før den 6. februar 1996, men som endnu ikke var blevet opfyldt den 7. marts 1996, eller som det var muligt at ophæve, har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 [9] og Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 [10] samt i henhold til EF-traktatens artikel 30, og

2) at Republikken Østrig tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13. Republikken Østrig har nedlagt påstand om,

1) at den af Kommissionen den 7. oktober 1996 anlagte sag — med påstand om, at det fastslås, at Republikken Østrig, ved opførelsen i St. Pölten af det nye forvaltnings- og kulturcenter for Land Niederösterreich, under proceduren for indgåelse af kontrakter, der blev indgået før den 6. februar 1996, men endnu ikke var blevet opfyldt den 7. marts 1996, eller som det var muligt at ophæve, har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 og Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 samt i henhold til EF-traktatens artikel 30 — afvises (subsidiært påstår sagsøgte sig frifundet), og

2) at Europa-Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14. Jeg vil komme tilbage til parternes anbringender i forbindelse med den retlige vurdering.

B — Stillingtagen

I — *Sagens formalitet*

15. Efter den østrigske regerings opfattelse skal sagen afvises af flere grunde.

9 — Direktiv om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (nævnt i fodnote 1).

10 — Direktiv om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (nævnt i fodnote 2).

1. Påstanden kan ikke antages til realitetsbehandling

Den østrigske regering har gjort gældende, at sagen, således som dens genstand foreligger beskrevet i stævningen, ikke kan admitteres. Genstanden for en traktatbrudssag er efter Domstolens faste praksis fastlagt gennem den administrative procedure. Den defineres af Kommissionens begrundede udtalelse. Retssagen kan derfor ikke støttes på andre klagepunkter end dem, der er anført i den begrundede udtalelse. Kravet om, at endnu ikke opfyldte kontrakter, som er kommet i stand i strid med fællesskabsretten, så vidt muligt skal ophæves, kan ikke udledes af Kommissionens begrundede udtalelse af 21. februar 1996. Den er højst antydet i åbningsskrivelsen af 15. december 1995. Derfor skal det i stævningen anførte klagepunkt »undladt en — stadig mulig — ophævelse«, som påstanden afgørende bygger på, afvises.

16. Det må medgives den østrigske regering, at en traktatbrudssags genstand ifølge Domstolens faste retspraksis fastlægges gennem den administrative procedure og stævningen. Stævningen må således principielt ikke indeholde andre eller nye klagepunkter i forhold til det, der er angivet under den administrative procedure. At det forholder sig således, skyldes traktatbrudssøgsmålets struktur, der giver mulighed for en forligsmæssig ordning, før sag anlægges ved Domstolen. Herudover skal medlemsstatens ret til kontradiktion sikres således, at den ikke må konfronteres med nye klagepunkter i stævningen.

17. Spørgsmålet er altså, om klagepunktet vedrørende undladt ophævelse af kontrakter, der er indgået før den 6. februar 1996, er et nyt klagepunkt, som således må afvises. I den forbindelse skal der ske en analyse af den administrative procedure og stævningen på baggrund af det faktiske begivenhedsforløb.

18. Kommissionens *åbningsskrivelse* af 15. december 1995, der blev stilet til den østrigske regering i tilslutning til mødet den 27. og 28. november 1995, indeholder kritik af en retstilstand i strid med fællesskabsretten og af en hertil knyttet udbudspraksis. Af åbningsskrivelsen fremgår en opfordring til *ufortøvet tilpasning af udbudspraksis til fællesskabsretten* [11]. Andetsteds udvider Kommissionen »udtrykkeligt« sin kritik til »de allerede tildelte entrepriser, med hensyn til hvilke der ikke har fundet en udbudsprocedure i overensstemmelse med fællesskabsretten sted« [12]. Afslutningsvis opfordrer Kommissionen Republikken Østrig til »at sikre overholdelsen af fællesskabsretten med hensyn til de endnu ikke gennemførte udbudsprocedurer. Kommissionen opfordrer endvidere Republikken Østrig til at suspendere retsvirkningerne af de kontrakter, der er indgået i strid med fællesskabsretten, henholdsvis hindre afviklingen af dem, [og] at suspendere de forestående afgørelser om udbud, indtil overholdelse af fællesskabsrettens krav er sikret ...« [13].

11 — Jf. åbningsskrivelsen, punkt 7, første afsnit.
12 — Jf. åbningsskrivelsen, punkt 10, første afsnit.
13 — Jf. åbningsskrivelsen, punkt 10, femte afsnit.

19. I disse formuleringer gives der klart udtryk for Kommissionens krav om, ikke alene at en yderligere fællesskabsretsstridig adfærd skal forhindres, men også kravet om, at afgørelser om kontraktindgåelse, der er kommet i stand i strid med fællesskabsretten, ikke skal have virkning. Det sidstnævnte kan ikke betyde andet end at indgå dem på ny i overensstemmelse med fællesskabsretten. Der kan således af Kommissionens krav, således som det er formuleret i åbningsskrivelsen, udledes en pligt til at annullere allerede trufne afgørelser om kontraktindgåelse.

20. En opfordring til indgriben i udbudsprocedurer, der allerede er under udførelse, kan ikke udledes med samme tydelighed af Kommissionens begrundede udtalelse af 21. februar 1996. Alligevel kan man af den begrundede udtalelse udlede også inddragelsen af verserende procedurer i den generelle kritik af fællesskabsretsstridig udbudspraksis. Når Kommissionen ikke anser den østrigske regerings tilsagn for fremtiden vedrørende offentliggørelsespligten for tilstrækkeligt vidtgående og kritiserer, at »de tilfælde af udbud, med hensyn til hvilke der [er] sket en — f.eks. national — offentliggørelse« [14] ikke er omfattet, er det utvivlsomt, at Kommissionen anser fællesskabsretten for tilsidesat i den hidtidige udbudspraksis, og kræver, at den berigtiges. Kommissionen fremhæver således, »at det påhviler de østrigske myndigheder at træffe *alle* egnede foranstaltninger til at bringe de beskrevne overtrædelser til ophør« [15].

21. Hverken den begrundede udtalelse eller begivenhedernes faktiske forløb gav i øvrigt anledning til at antage, at den allerede i åbningsskrivelsen formulerede opfordring til at gribe ind i udbudsprocedurer, der allerede var under udførelse, skulle være blevet afklaret. Man må antage, at den østrigske regering har opfattet Kommissionens krav på den her beskrevne måde. I sin svarskrivelse af 22. marts 1996 har den østrigske regering under overskriften »Vedrørende de allerede indgåede kontrakter« taget stilling til problematikken [16]. Også en eventuel påstand om tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet, som man muligt ville kunne læse ud af afvisningspåstanden, savner derfor grundlag.

22. Den østrigske regering er af den opfattelse, at den begrundede udtalelse skulle have indeholdt en udtrykkelig opfordring til at ophæve kontrakter, som allerede var indgået ved tildeling. De foranstaltninger, der skulle iværksættes, skulle have været nævnt. Når nogle punkter, såsom ændringen af Niederösterreich's udbudslov og af AAVB, var blevet påpeget, burde regeringen have kunnet forlade sig på, at der ikke blev stillet krav om videregående foranstaltninger.

23. Dette synspunkt kan ikke tiltrædes. I Domstolens retspraksis er det allerede anerkendt [17], at Kommissionen ikke har pligt til at angive, hvilke foranstaltninger der skal træffes for at bringe det påtalte traktatbrud til ophør. Denne opgavefordeling giver også god mening, da det er en medlemsstats

14 — Jf. den begrundede udtalelse, punkt 16, fjerde afsnit.

15 — Jf. den begrundede udtalelse, punkt 16, sjette afsnit; forfatterens fremhævelse.

16 — Jf. den østrigske regerings svarskrivelse af 22.3.1996, kapitel IV.

17 — Dom af 11.7.1991, sag C-247/89, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 3659.

ansvar, hvorledes og med hvilke midler den vil efterkomme de fællesskabsretlige krav. Var Kommissionen forpligtet til at angive de foranstaltninger, der skulle træffes, ville man kunne forudse kompetencekonflikter overalt, hvor medlemsstaten har et skøn med hensyn til, på hvilken måde den vil tilvejebringe en tilstand i overensstemmelse med fællesskabsretten.

24. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen heller ikke skabt nogen forventning, der kunne have berettiget den østrigske regering til at gå ud fra, at med ændringen af retstilstanden var alt nødvendigt gjort for at bringe traktatbruddet ud af verden. Kommissionen har tværtimod — som allerede beskrevet — inddraget de verserende procedurer i åbningsskrivelsen. I den begrundede udtalelse har den udtrykkeligt henvist til de »ifølge den direkte anvendelige fællesskabsret« gældende forpligtelser for udbudsmyndighederne i Land Niederösterreich »i mangel af en gennemførelse i overensstemmelse med fællesskabsretten« [18] og har understreget, at det påhviler de østrigske myndigheder at træffe alle egnede foranstaltninger til at bringe overtrædelserne til ophør.

25. På denne baggrund er det ubetænkeligt at anerkende, at klagepunktet vedrørende undladt ophævelse af kontrakter, der er kommet i stand på fællesskabsretsstridig måde, på korrekt vis er anført i stævningens beskrivelse af sagens genstand.

18 — Jf. den begrundede udtalelse punkt 15, andet afsnit.

2. Angående ophør af tilsidesættelserne før udløbet af fristen fastsat i den begrundede udtalelse

26. Den østrigske regering påpeger, at det afgørende tidspunkt efter traktatens artikel 169, stk. 2, og retspraksis herom for spørgsmålet, om der foreligger et traktatbrud, er udløbet af den frist, der er fastsat i den begrundede udtalelse. På dette tidspunkt, den 7. marts 1996, havde Østrig imidlertid bragt alle de overtrædelser, der var rejst kritik af i den begrundede udtalelse, til ophør.

27. AAVB blev ændret som af Kommissionen ønsket, og den nye affattelse var allerede fra den 12. december 1995 grundlag for alle udbud, der offentliggjordes i henhold til fællesskabsreglerne. Herudover blev også udbudspraksis ændret fra den 6. februar 1996. Arbejdsgruppen for udbud godkendte efter dette tidspunkt ikke længere de udbudsindstillinger, der blev forelagt den, og den besluttede straks at ophæve alle endnu åbne udbudsprocedurer, der ikke var afviklet i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne, og at gennemføre et nyt udbud, der var i overensstemmelse med disse bestemmelser. Udbudsafgørelser til et kontraktvolumen af 217 000 000 ATS blev udsat og den 7. marts 1996 var kontrakter på tilsammen omkring 470 000 000 ATS blevet udbudt og tildelt. Da de østrigske myndigheder den 7. marts 1996 havde efterkommet kravene, skal sagen afvises.

28. Kommissionen har heroverfor anført, at situationen ikke var bragt helt i orden den 7. marts 1996. De kontrakter, der den 6. februar 1996 allerede var tildelt, men som ikke var opfyldt, samt de kontrakter, som den 6. februar 1996 allerede var tildelt og (delvis) opfyldt, men som det endnu var muligt at ophæve, var blevet stående uantastet.

29. Det forholder sig faktisk således, at Kommissionen under traktatbrudssagen ikke længere forfølger den fællesskabsretsstridige retstilstand, lige så lidt som den kritiserer den udbudspraksis, der har været fulgt efter den 6. februar 1996. Kommissionen anser imidlertid undladelsen af i muligt omfang at ophæve kontrakter, der er kommet i stand i strid med fællesskabsretten, for et vedvarende traktatbrud. Dette klagepunkt kan Kommissionen — som det er fastslået i det foregående — søge påkendt under sagen.

30. Idet Kommissionen ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse konstaterer og hævder, at der foreligger en tilstand, som den anser for at være i strid med fællesskabsretten, og som fortsat afføder retsvirkninger, skulle betingelserne for at realitetspåkende sagen være til stede. Om der på det nævnte tidspunkt faktisk forelå et traktatbrud, er et spørgsmål, der henhører under sagens realitet. Selv om de østrigske myndigheder altså allerede på væsentlige områder havde efterkommet Kommissionens krav den 7. marts 1996, kan sagen antages til realitetsbehandling for så vidt angår de endnu udestående klagepunkter.

3. Vedrørende udmålingen af fristerne i den administrative procedure

31. Den østrigske regering gør videre gældende, at de frister, der var fastsat under den administrative procedure, var for korte, hvorfor traktatbrudssagen skal afvises også af denne grund. Regeringen har henvist til, at Østrig er en forbundsstat, der har brug for visse tidsmæssige rammer for at gennemføre nærmere bestemte beslutningsprocesser. Den i åbningsskrivelsen fastsatte frist på én uge, og den i den begrundede udtalelse fastsatte frist på to uger, var yderst korte. Allerede den 25. januar 1996 meddelte Kommissionen den internationale presse, at den ville afgive en begrundet udtalelse til Østrig, en udtalelse der imidlertid først blev meddelt den 21. februar 1996.

32. Kommissionen skulle ved fastsættelsen af fristerne også have taget hensyn til, at klagepunkterne udelukkende angik fortiden, idet de østrigske myndigheder med virkning fra den 6. februar 1996, hvilket meddeltes Kommissionen den 7. februar 1996, havde tilpasset deres udbudspraksis. Endelig er den frist på 21 dage, der fremgår af artikel 3, stk. 3, i direktiv 89/665, et indicium for, hvad kan anses for en passende frist.

33. Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at det under de givne omstændigheder var passende at fastsætte en kort frist. Ifølge de østrigske myndigheders oplysninger forelå der i begyndelsen af december stadig betragtelige ordrer, som skulle udbydes. Derfor måtte man hurtigst

muligt tilvejebringe den østrigske regerings tilsikring af, at kontraktindgåelsen ville ske under overholdelse af fællesskabsretten, og at de allerede eksisterende overtrædelser ville blive bragt til ophør.

34. Den østrigske regerings svar på åbningsskrivelsen havde efterladt tvivl om, hvorvidt man var rede til at korrigere samtlige hævdede overtrædelser. Den lovede liste med værdiangivelser over ordrer, som skulle udbydes, var heller ikke blevet fremsendt. Kommissionen havde måttet gå ud fra, at der også i begyndelsen af 1996 fortsat forelå et betydeligt kontraktvolumen, som skulle udbydes, og at den måtte hindre fuldbyrdede kendsgerninger. Klagepunkterne i den begrundede udtalelse angik heller ikke udelukkende fortiden. Kommissionen tog i det hele sigte på situationen, som den forelå ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse. Endelig havde den østrigske regering på et tidligt tidspunkt modtaget oplysning gennem pressen om Kommissionens hensigter, hvorfor den ikke kan påberåbe sig, at fristerne ikke var passende.

35. Denne sidste bemærkning indleder behandlingen af formalitetsindsigelsen. Man kan gå ud fra, at den administrative procedure forud for en traktatbrudssag til en vis grad er formbundet. Herfor taler kravene til beskrivelsen af sagsgenstanden og til, at de frister, der skal overholdes, er rimelige. Det indhold, som er af betydning for medlemsstaten, skal fremgå på en måde, der ikke kan misforstås, af Kommissionens skrivelser på de enkelte processtadier. Derfor kan kun den frist, som er fastsat i den skrivelse, der rettes til medlemsstaten, være bindende. Medlemsstaten har ingen anledning til under den formelle administrative procedure at handle på baggrund af »rygter«. Det er derfor udelukket at anerkende tidsrummet mellem opnåelsen af kendskabet til Kommissionens hensigter gennem pressen og den formelle meddelelse af udtalelsen som del af fristen.

36. Bortset fra spørgsmålet om den rent retlige vurdering anser jeg det også for dårlig stil at offentliggøre en pressemeddelelse om den forestående afsendelse af en begrundet udtalelse i en traktatbrudssag mod en medlemsstat, mens dokumentet først rettes til den pågældende medlemsstat næsten fire uger senere. Kommissionen havde kunnet give en længere frist ved at sende den begrundede udtalelse tidligere. En tidligere tilsendelse havde været mulig under de givne omstændigheder.

37. For den videre bedømmelse kan man altså lægge til grund, at alene de frister, der er fastsat i de administrative skrivelser, er afgørende.

38. For at kunne bedømme, om en frist er passende, er det for det første afgørende, hvilken reaktion der ønskes inden for den fastsatte frist. Det kan med sikkerhed ikke forventes, at lovgivning ændres inden for et tidsrum, der udmåles i uger. Således var der ganske vist under den administrative procedure tale om en fællesskabsretsstridig bestemmelse i Niederösterreich's udbudslov. Det er ubestridt, at lovændringen ikke var fuldt gennemført ved udløbet af fristen den 7. marts 1996, der var fastsat i den

begrundede udtalelse. Proceduren blev først afsluttet i maj 1996. Alligevel afstod Kommissionen fra at rejse traktatbrudssag for dette forhold, da lovændringen trådte i kraft uden nævneværdig forsinkelse.

39. Til gengæld var det afgørende for Kommissionen, at den østrigske regering erkendte og formelt anerkendte, at tilstanden var i strid med fællesskabsretten, med henblik på for det første at hindre yderligere indgåelse af kontrakter og for det andet at sørge for, at de kontrakter, der var indgået i strid med fællesskabsretten, så vidt muligt blev ophævet.

40. Den østrigske regering forsikrede også inden for ugefristen som svar på åbningsskrivelsen af 15. december 1995, at fællesskabsdirektiverne *»med omgående virkning«* [19] ville blive anvendt på de kontrakter, der endnu skulle udbydes. Rent faktisk fortsatte man imidlertid med at udbyde de resterende kontrakter. Først den 6. februar 1996 blev udbudsudvalgets allerede på et tidligere tidspunkt ventede beslutning om at udsætte løbende procedurer truffet.

41. Under hensyn til den hast, der var nødvendig for i første omgang i hvert fald at standse yderligere kontraktindgåelse, var fristen på en uge passende i dette tilfælde.

19 — Den østrigske regerings svarskrivelse af 22.12.1995, s. 2 og 7.

Den østrigske regering efterkom da også opfordringen ved tilkendegivelserne i dens svarskrivelse af 22. december 1995. Diskrepansen mellem ord og handling må betragtes uden sammenhæng hermed.

42. For så vidt angår omstændighederne i forbindelse med afgivelsen af den begrundede udtalelse er det påfaldende, at udbudsudvalget først efter, at den formelle beslutning om at afsende den begrundede udtalelse var blevet kendt gennem pressen, den 6. februar traf beslutningen om bl.a. at udsætte løbende udbudsprocedurer. Følgelig havde Kommissionen grund til at antage, at de østrigske myndigheder var i færd med at tilvejebringe fuldbyrdede kendsgerninger, og at det var nødvendigt at handle hurtigt. Set i dette lys synes også den korte frist på to uger, der var fastsat i den begrundede udtalelse, at være passende.

43. Også muligheden for at kræve foreløbige retsmidler anvendt, hvortil der blev henvist i begge skrivelser under den administrative procedure, og som også blev omtalt under den mundtlige forhandling, må ligeledes ses i denne kontekst. Ifølge traktatens artikel 186 kan Domstolen kun træffe bestemmelse om de nødvendige foreløbige forholdsregler i sager, der allerede verserer for den. Imidlertid kan et traktatbrudssøgsmål efter traktatens artikel 169 først indbringes til realitetsbehandling efter gennemførelsen af den administrative procedure. I uopsættelige tilfælde må Kommissionen altså hurtigt bringe den administrative procedure til en afslutning for om muligt at forhindre irreparable tilsidesættelser.

44. Denne konstellation kan anses for en svaghed i systemet, der imidlertid kun kan afhjælpes gennem ændring af de pågældende regelsæt. Mulighederne i direktiv 89/665 [20] giver heller ingen tilfredsstillende løsning som udvej af dilemmaet. Direktivet angår i første række forholdet bydende — ordregivende myndighed. Herudover er de muligheder, der gives Kommissionen i direktivets artikel 3, ikke egnede i alle situationer og begrænser i øvrigt ikke Kommissionens kompetence til at indlede et traktatbrudssøgsmål.

45. Efter det anførte må man anse de frister, Kommissionen fastsatte under den administrative procedure, for passende under de givne omstændigheder.

4. Om påstandens præcisionsgrad

46. Den østrigske regering har rejst retlige indsigelser over for den del af stævningens ordlyd, der hedder »kontrakter, der blev indgået før den 6. februar 1996, men endnu ikke var blevet opfyldt den 7. marts 1996, eller som det var muligt at ophæve«. Gennem vendingen »eller som det var muligt at ophæve« viser Kommissionen, at heller ikke den går ud fra en ubegrænset pligt til ophævelse, hvorimod der savnes en definition af rimeligheden. Påstanden er derfor for ubestemt til at danne grundlag for en handlepligt i henhold til traktatens artikel 171, hvilket medfører, at sagen som sådan skal afvises.

47. Ifølge Kommissionen skal Domstolen ikke tage stilling til, hvad der i en medlemsstat konkret skal anses for muligt og hvad ikke. Det er de nationale domstoles opgave under anvendelse af national ret. Udsagn vedrørende spørgsmålet om mulighederne er derfor uden videre uden betydning for nærværende sag for Domstolen.

48. På dette punkt må man uden uforbeholdent tilslutte sig Kommissionens synspunkt. Det er hverken Kommissionens eller Domstolens opgave at efterforske mulighederne for at ophæve kontrakter, der er indgået inden for den offentlige udbudssektor. Tværtimod ville et påbud — det være sig fra Kommissionen eller fra Domstolen — om at ophæve en kontrakt efter en nærmere bestemt retsnorm i en medlemsstat udgøre en kompetenceoverskridelse fra fællesskabsorganernes side over for medlemsstatens myndigheder. Medlemsstatens frihed med hensyn til valget af form og middel må nødvendigvis også komme til udtryk i en opfordring fra Kommissionens side til at bringe en traktatstridig tilstand til ophør. Denne relative ubestemthed med hensyn til de foranstaltninger, der skal træffes, er altså i sidste ende udtryk for kompetencefordelingen mellem Fællesskabet og medlemsstaterne. Den omtvistede formulering definerer målet, ophævelse af kontrakter indgået i strid

20 — Jf. direktiv om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbssamt bygge- og anlægskontrakter (nævnt i fodnote 2).

med fællesskabsretten inden for rammerne af det retligt mulige. Påstanden kan derfor ikke kritiseres.

5. Om den retlige interesse i søgsmålet

49. Med hensyn til spørgsmålet om den retlige interesse i den foreliggende sag er der tale om en formalitetsindsigelse, den østrigske regering ganske vist ikke udtrykkeligt har rejst, men som følger implicit af de indsigelser, regeringen har fremført angående formaliteten. Når den østrigske regering gør gældende, at der er tale om overtrædelser, der efter deres natur er irreparable, er spørgsmålet jo rent faktisk, om der består en interesse i en abstrakt konstatering af et traktatbrud. Det må medgives den østrigske regering, at offentlig tilsværtning af en medlemsstat hverken er genstand for eller målet med et traktatbrudssøgsmål.

50. For bedømmelsen af den retlige interesse er det af betydning, om Kommissionens påstand er rettet mod en objektivt umulig handling, eller om der trods alt findes muligheder for at efterkomme Kommissionens krav. Det afgørende tidspunkt i denne forbindelse er udløbet af fristen i den begrunde udtalelse. Den således skitserede problematik er i sidste instans et spørgsmål, der skal besvares i forbindelse med afgørelsen af sagens realitet. Besvarelsen af spørgsmålet om den retlige interesse må således finde sted i forbindelse med afgørelsen af sagens realitet.

II — *Sagens realitet*

51. Kommissionen har først henvist til, at Østrig allerede fra tiltrædelsen af EØS-aftalen med virkning fra den 1. januar 1984 og desto mere efter tiltrædelsen af Den Europæiske Union, altså fra den 1. januar 1995, har skullet overholde de fællesskabsretlige regler, herunder udbudsreglerne.

52. Kommissionen har anført, at Østrig har tilsidesat adskillige fællesskabsretlige regler i forbindelse med indgåelsen i tiden fra den 27. november 1995 til den 6. februar 1996 af kontrakter til en samlet værdi af 360 000 000 ATS. Således er der sket en tilsidesættelse af artikel 8, artikel 10, stk. 6, og artikel 11, stk. 6, samt artikel 11, 12 og 30 i direktiv 93/37, af traktatens artikel 30 samt af artikel 1, stk. 1 og 3, og artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665. Kommissionen har nærmere redegjort for de hævdede tilsidesættelser. For den adfærd, som er lagt for dagen i det omhandlede tidsrum, nemlig »hurtigt at bringe [kontrakterne] i hus«, findes der ingen begrundelse, som er forenelig med fællesskabsretten.

53. Ifølge den østrigske regerings svarskrivelse til den begrunde udtalelse havde de østrigske myndigheder bevidst handlet »på egen risiko«. Der var ikke behov for nogen tidkrævende procedure for at ændre udbudspraksis — til forskel fra ændringen af udbudsloven — hvilket bevistes gennem

udbudsudvalgets senere trufne beslutning. Endelig havde man uden skade for det samlede projekt kunnet vente med indgåelsen af nogle af de pågældende kontrakter [21].

54. Den østrigske regering har indtaget det standpunkt, at det ikke under et traktatbrudssøgsmål kan kræves, at kontrakter indgået i strid med fællesskabsretten ophæves. Ved artikel 2, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 89/665 gives der medlemsstaterne frihed til at begrænse skadelidte personers krav til et erstatningskrav. Kommissionen kan under en sag efter traktatens artikel 169 principielt ikke kræve mere.

55. Kommissionen har i øvrigt ladet forstå, at heller ikke den går ud fra en ubetinget pligt til ophævelse. Imod en sådan taler i øvrigt forventningsprincippet. Kontraktpartnernes forventning er beskyttelsesværdig og går forud for Kommissionens krav. Endelig kan heller ikke »gennemslagskraften« af direktiv 93/37 i form af lige konkurrencebetingelser længere sikres gennem en mulig ophævelse af kontrakterne. De bydende, der i første omgang blev valgt, har truffet dispositioner, som entydigt giver dem fordele i forhold til deres konkurrenter. Endelig ville en ophævelse være forbundet med, at byggeriet lå stille, og var derfor også af denne grund umulig at gennemføre.

56. Afslutningsvis har den østrigske regering rejst to retsspørgsmål af principiel art. For det første rejser den en diskussion om Nöplan's retlige karakter og knytter hertil spørgsmålet om, hvorvidt private kan påberåbe sig et direktiv over for dette organ. For det andet anser regeringen det for uafklaret, hvorfor storprojektet St. Pölten allerede fra Østrigs tiltrædelse af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde skulle underkastes udbudsdirektiverne. Projektet, der må ses som et samlet projekt og derfor ikke kan opdeles, blev allerede påbegyndt før EØS-aftalens ikrafttræden og før Østrigs tiltrædelse af Fællesskabet.

57. Kommissionen har heroverfor anført, at dens beføjelser i henhold til traktatens artikel 169 er uafhængige af proceduren efter direktiv 89/665. Dette har Domstolen allerede fastslået andetsteds [22]. Med hensyn til Nöplan's rolle har Kommissionen bemærket, at man ubestridt i enighed er gået ud fra, at Nöplan skulle betragtes som Land Niederösterreich's forlængede arm i dets funktion som ordregivende myndighed.

58. Af systematiske grunde vil undersøgelsen blive indledt med de retlige indsigelser, den østrigske regering har anført afslutningsvis.

21 — Afsluttende rengøring af parlamentsbygningen, lydanlægget i butikscentret, beplantning af udenomsarealerne osv.

22 — Dom af 24.1.1995, sag C-359/93, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 157, præmis 13 og 14.

59. Spørgsmålet om anvendeligheden af Fællesskabets udbudsregler ved Republikken Østrigs tiltrædelse af EØS får stå hen i nærværende sag, idet de i hvert fald ved tiltrædelsen den 1. januar 1995 af Det Europæiske Fællesskab blev bindende for den tiltrædende medlemsstat og dette — for så vidt der ikke udtrykkeligt var aftalt overgangsfaser — umiddelbart ved tiltrædelsen.

60. Kommissionen har allerede under den administrative procedure indtaget det standpunkt, at direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter ifølge dets artikel 6 finder anvendelse på byggeprojektet [23].

Artikel 6, stk. 1 og 3, lyder således:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis anslåede værdi uden moms andrager 5 000 000 ECU [24] eller derover

...

3. Er bygge- og anlægsarbejdet opdelt i flere delarbejder, for hvilke der indgås særskilte kontrakter, tages værdien af hvert delarbejde i betragtning ved beregningen af det i stk. 1 omhandlede beløb. Er delarbejdernes samlede værdi lig med eller større end det i stk. 1 omhandlede beløb, finder dette stykke anvendelse på alle delarbejderne. De ordregivende myndigheder kan undlade at anvende stk. 1 på delarbejder, hvis anslåede værdi uden moms er under 1 000 000 ECU, forudsat at den samlede værdi af disse delarbejder ikke overstiger 20% af arbejdets samlede værdi.«

61. Særlig vedrørende udbuddet af den kontrakt, der i sin tid gav anledning til sagen, det centrale styringssystem, anførte Kommissionen i den begrundede udtalelse, at:

»... ganske vist ligger værdien af det udbud, som alene blev udskrevet regionalt for det centrale styringssystem på omkring 26 mio. ATS, altså under direktivets tærskelværdi, men dette skal i henhold til artikel 6, stk. 3, andet punktum, også anvendes på en sådan kontrakt (overskridelse af tærskelværdien ved sammenlægning af delarbejder)« [25].

62. Denne retlige vurdering, altså konstateringen af, at kontrakten er omfattet af fællesskabsretten, er korrekt og gælder

23 — Jf. den begrundede udtalelse, punkt 13.

24 — 1 ECU svarer til 13,7789 ATS (pr. 1.12.1998).

25 — Jf. den begrundede udtalelse, punkt 13.

også for andre kontrakter i det samlede projekt. Den østrigske regering har i øvrigt for Domstolen ud over henvisningen til Nöplan's retlige karakter ikke fremdraget forhold, der taler mod, at de pågældende direktiver skal finde anvendelse.

63. I det følgende behandles henvisningen til Nöplan's retlige karakter. Også med hensyn til dette organs status udspandt der sig en diskussion forud for den foreliggende sag. I bilagene til stævningen findes en skrivelse af 12. maj 1995 fra den østrigske regering til Kommissionen, hvori det beskrives, hvem der kontrollerer Nöplan. Heri hedder det:

»... NÖ Landeshauptstadt Planungsgesellschaft mbH (Nöplan) blev oprettet som et privatretligt selskab med det formål at gennemføre alle nødvendige planlægningsforanstaltninger i forbindelse med indretningen af Land Niederösterreich's lokalhovedstad St. Pölten. Land Niederösterreich ejer 51% af selskabet, St. Pölten kommune 10% og 39% ejes af NÖ HYPO Leasinggesellschaft mbH. Udbud af ydelser til en værdi af mere end 2 mio. ATS skal godkendes gennem udbudsudvalget. Regeringen for Land Niederösterreich besætter pladserne i udbudsudvalget. Medlemmerne af Nöplan's andre instanser (bestyrelse, generalforsamling og finansudvalg) udpeges af ejerne ...« [26].

64. Under hele retssagen for Domstolen er de implicerede gået ud fra, at Nöplan var regeringen for Land Niederösterreich's »forlængede arm«. Denne betegnelse er uteknisk, men den beskriver på anskuelig måde den juridiske persons afhængighed af forbundslandets politisk ansvarlige gremier. Den principielle beslutning af 6. februar 1996 om at udsætte løbende procedurer, som gav sagen en afgørende drejning, blev truffet af »udbudsudvalget«.

65. I direktiv 93/37, artikel 1, defineres begrebet ordregivende myndighed som »staten, lokale myndigheder, offentligret-

26 — Jf. den østrigske regerings skrivelse af 12.5.1995 til Kommissionen, bilag 3 til stævningen. I den østrigske regerings svarskrivelse af 22.12.1995 til Kommissionens åbningsskrivelse hedder det:
»Vedrørende punkt 8)
Nöplan er ikke stiftet udelukkende med det formål at gennemføre alle de planlægningsforanstaltninger, der har forbindelse med oprettelsen af St. Pölten som hovedstad for Niederösterreich. Til selskabets aktiviteter hører tværtimod ved siden af konkrete byggeprojekter en lang række andre opgaver, herunder bl.a. private projekter vedrørende bolig- og erhvervsbyggeri, med hensyn til hvilke Nöplan befinder sig i erhvervsmæssig konkurrence.«
Selskabsformålet blev ikke problematiseret for Domstolen.

lige organer og sammenslutninger ...«. Videre hedder det:

»Ved 'offentligretligt organ' forstås ethvert organ:

— der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter,

og

— som er en juridisk person

og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af organer, der opfylder de kriterier, der er nævnt i andet afsnit i dette litra, findes i bilag I ...«

66. Land Niederösterreich som lokal myndighed er helt utvivlsomt en ordregivende myndighed. Selv hvis man ikke vil begrænse sig til konstateringen af, at Nöplan er forbundslandets »forlængede arm« — hvilket ikke betyder andet, end at ansvaret i sidste ende fortsat påhviler forbundslandet — fører også en isoleret betragtning af Nöplan til et lignende resultat. Ifølge den fremstilling [27], der er givet i den østrigske regerings skrivelse af 12. maj 1995 af Nöplan's formål, retlige karakter og de økonomiske magtforhold i selskabet, opfylder det de kriterier [28], der er opstillet i direktiv 93/37, artikel 1, litra b), andet afsnit, for et »offentligretligt organ«. Et sådant skal anses for ordregivende myndighed i direktivets forstand [29].

67. Hvilken enhed der endeligt må hæfte for potentielle bydendes mulige erstatningskrav, er et spørgsmål, der skal afgøres efter national ret. Over for Fællesskabet er medlemsstaten i hvert fald ansvarlig [30].

27 — Nævnt i forrige fodnote, punkt 63.

28 — Jf. dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria, Sml. I, s. 73, præmis 21.

29 — Jf. dommen i sag C-44/96 (nævnt i fodnote 28, præmis 29).

30 — Således senest dom af 17.12.1998, sag C-353/96, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 8565, præmis 23.

Når der således ikke hersker nogen tvivl om den principielle hæftelse inden for rammerne af de fællesskabsretlige udbudsregler, begrænses det spørgsmål, Domstolen skal afgøre, til de retlige og faktisk betingelser for en pligt til at ophæve indgåede kontrakter.

68. Først behandles det formelle argument, at beføjelserne i traktatbrudssagen ikke må række ud over den mulighed, der udtrykkeligt er indrømmet medlemsstaten i afledet ret, nemlig at begrænse følgerne af en fællesskabsretsstridig kontraktindgåelse til et erstatningskrav for den skadelidte bydende. Anbringendet om, at procedurer efter artikel 3 i direktiv 89/665 og i traktatbrudssager har samme formål, kan for så vidt tiltrædes, hvis man definerer formålet som overholdelsen af fællesskabsretlige regler om udbud af offentlige kontrakter. Herudover må man imidlertid antage, at de ifølge direktivet krævede kontrolprocedurer i første række angår forholdet mellem den bydende og den ordregivende myndighed. Proceduren efter direktivets artikel 3, der bemyndiger Kommissionen til at gribe ind, er — som det allerede udtrykkeligt er fastslået i Domstolens retspraksis [31] — en forebyggende foranstaltning. Kommissionens beføjelser efter traktatens artikel 169 hverken ændres eller erstattes af proceduren ifølge direktivet [32]. Man kan altså gå ud fra, at den kompetence, der er tillagt Kommissionen ved direktiv 89/665, ikke begrænser rækkevidden af dens almindelige beføjelser i traktatbrudssøgsmålet, hverken formelt eller materielt.

69. En særlig problematik følger i det foreliggende tilfælde af den omstændighed, at de kontrakter, der endnu ikke var tildelt ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse, blev udbudt i overensstemmelse med fællesskabsretten. Det må derfor fastslås, i hvilket omfang der fortsat forelå en tilsidesættelse på det nævnte tidspunkt. Den hævdede tilsidesættelse kan sættes på en kort formel: Gennem indgåelse af kontrakter, som var kommet i stand i strid med fællesskabsretten, var tilsidesættelsen fuldbyrdet, men endnu ikke afsluttet. Opfyldelsen af kontrakterne henstod fortsat.

70. Med hensyn til de kontrakter, der er tildelt, bemærkes følgende. Der er ingen tvivl om, at de er kommet i stand i objektiv modstrid med fællesskabsretten. At der var distance mellem den daværende retstilstand i medlemsstaten og de fællesskabsretlige krav er i dag ubestrideligt. Den østrigske regering delte denne vurdering på det givne tidspunkt og foranledigede, at både de kritiserede AAVB og lovgivningen blev tilpasset. Man kan også gå ud fra, at de lovgivende organer antog, at de almindelige udbudsregler fandt anvendelse på storprojektet St. Pölten, da de optog den omtvistede undtagelsesbestemmelse i udbudslov for Niederösterreich.

31 — Dommen i sag C-359/93, Kommissionen mod Nederlandene, nævnt i fodnote 22, præmis 13. Senest dommen i sag C-353/96, Kommissionen mod Irland, nævnt i fodnote 30, præmis 22.

32 — Jf. dommen i sag C-359/93, Kommissionen mod Nederlandene, nævnt i fodnote 22, præmis 14, og i sag C-353/96, Kommissionen mod Irland, nævnt i fodnote 30, præmis 22.

71. Det sidste er imidlertid ikke afgørende. Det står fast, at de udbudsprocedurer, der blev gennemført i 1995, var i objektiv modstrid med fællesskabsretten. Enkeltheder i uforeneligheden af de dengang gældende udbudsregler er det ikke nødvendigt at komme nærmere ind på dette sted, idet de er erkendt af de østrigske myndigheder og er blevet afhjulpet gennem lovændring om tilpasning til de fællesskabsretlige krav, og idet Kommissionen ikke længere gør dem gældende.

72. Spørgsmålet er imidlertid, i hvilket omfang den objektive modstrid med fællesskabsretten antog en anden karakter efter den 27. og 28. november 1995, hvortil i givet fald kan knyttes en pligt til at ophæve de kontrakter, der blev indgået efter denne dato.

73. Kommissionen finder, at de østrigske myndigheder allerede gennem den brevveksling, der fandt sted i løbet af 1995, var informeret om den fællesskabsretlige problematik. I mødet den 27. og 28. november 1995 blev den samlede problematik imidlertid indgående diskuteret, hvorfor de østrigske myndigheder ved udbud, som fandt sted i tiden herefter, har handlet mod bedre vidende.

74. Heroverfor har den østrigske regering anført — hvilket den østrigske regerings repræsentant udtrykkeligt henviste til under den mundtlige forhandling — at samtalerne i mødet fandt sted inden for uformelle rammer. Man kan ikke antage, at disse samtaler har udløst bindende retsvirkninger. Herudover havde de østrigske myndigheder med god grund i første omgang indtaget et andet standpunkt og først senere bøjet sig for Kommissionens synspunkter.

75. Det er faktisk tvivlsomt, i hvilket omfang den østrigske regering måtte antage, at den opfattelse, Kommissionen gjorde gældende i mødet, var bindende. Et sådant uformelt møde er ikke egnet til at fremkalde umiddelbare retsvirkninger. Man kan imidlertid ikke se bort fra, at der objektivt set forelå en tilsidesættelse, og at en fortsættelse af den fællesskabsretsstridige praksis truede med at få væsentlige og til dels uoprettelige økonomiske følger. Senest efter den formelle indledning af traktatbrudsproceduren ved åbningsskrivelsen af 15. december 1995 havde de østrigske myndigheder pligt til at forhindre yderligere skader. Det var for så vidt — som allerede antydet — ikke nødvendigt at gennemføre en omstændelig procedure til ændring af loven; en midlertidig udsættelse, indtil situationen var blevet undersøgt, ville have været tilstrækkeligt. At en sådan fremgangsmåde var mulig, viser udbudsudvalgets senere beslutning af 6. februar 1996.

76. Derfor er jeg af den opfattelse, at der ved kontraktindgåelser efter den formelle indledning af traktatbrudsproceduren og indtil beslutningen af 6. februar 1996 er tale om en kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten, hvortil der absolut lader sig knytte en pligt til ophævelse. Der er nu engang tale om kontrakter med et volumen på væsentlig mere end 300 000 000 ATS,

som blev indgået over et tidsrum af over seks uger. I det omfang de kontrakter, der blev indgået i dette tidsrum, var i kraft den 3. marts 1996 og endnu ikke var opfyldt, eksisterede tilsidesættelsen fortsat, og Kommissionen kunne kræve dem ophævet. Dette krav forekommer i øvrigt ikke urimeligt, idet de østrigske myndigheder udtrykkeligt handlede »på egen risiko« [33]. At handle »på egen risiko« kan næppe betyde at skabe fuldbyrdede kendsgerninger, hvortil der ikke kan knyttes nogen sanktioner.

77. Når den østrigske regering for Domstolen anfører, at det var umuligt at ophæve de omtvistede kontrakter, er det umulighedens karakter, der er afgørende, altså om der er tale om en oprindelig eller om en efterfølgende, en retlig eller en faktisk umulighed. For så vidt der er tale om en efterfølgende, faktisk umulighed, idet byggeriet i mellemtiden er blevet gennemført, kan denne omstændighed ikke ændre noget ved den principielle pligt, således som den fremstod den 7. marts 1996. Herudover er det i Domstolens retspraksis anerkendt, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig kendsgerninger, den bærer ansvaret for, for at undgå retsforfølgning [34].

78. Det er på denne baggrund, man må vurdere argumentet om, at ophævelse af kontrakterne var umulig fra først af på grund af, at det var presserende at fortsætte byggeriet. Kommissionens krav om ophævelse af kontrakterne er kun stillet med hensyn til de kontrakter, som blev indgået på den ordregivende myndigheds egen risiko med kendskab til deres modstrid med fællesskabsretten. Medlemsstaten kunne have undgået et sådant krav, hvis den ufortøvet havde truffet foranstaltninger i form af en beslutning som den, der blev truffet den 6. februar 1996, for at hindre fuldbyrdede kendsgerninger.

79. Det således foreliggende synspunkt støttes af en overvejelse, der ligger til grund for direktiv 93/37. Ifølge direktivets artikel 7, stk. 3, litra c), er den ordregivende myndighed berettiget til at indgå en bygge- og anlægskontrakt ved udbud efter forhandling, når det er strengt nødvendigt, og tvingende grunde ikke gør det muligt at overholde de gældende tidsfrister. Dog skal grundene hertil være begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke havde kunnet forudse.

80. Foranstående synspunkter gælder for tilfælde, hvor faktisk umulighed påberåbes, hvorimod eventuelle følger af retlig umulighed endnu er ikke er belyst. Den fællesskabsretlige bedømmelse støder her mod en begrænsning. For — som Kommissionen med rette har anført, og som det allerede blev omtalt i forbindelse med formalitetsprøvelsen — er en eventuel ophævelse omfattet af medlemsstatens kompetence. Retsgrundlaget for og omfanget af en eventuel ophævelse afgøres efter national ret og kan følgelig ikke fastslås med bindende virkning i den foreliggende sammenhæng.

33 — Jf. kendelse af 22.4.1994, sag C-87/94 R, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1395, præmis 34, som den østrigske regering udtrykkeligt har påberåbt sig.

34 — Jf. dom af 7.2.1973, sag 39/72, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 101, præmis 19; jf. også generaladvokatens forslag til afgørelse af 13.3.1991 i sag C-247/89 (Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 3670, punkt 36); jf. også kendelsen i sag C-87/94 R (nævnt i fodnote 33, præmis 40).

81. Den østrigske regerings procedure er derfor af væsentlig betydning. Proceduren indeholder ganske vist en række grunde til, at en efterfølgende ophævelse af kontrakterne er umulig, men det blev på intet tidspunkt hævdet, at der var tale om en absolut, oprindelig umulighed af retlige grunde. Idet den østrigske regering til det sidste også for Domstolen har betragtet Kommissionens opfordring til at ophæve kontrakterne som et uberettiget krav, må man antage, at den ikke har gjort noget forsøg på at efterkomme kravet på daværende tidspunkt.

82. Med henblik på den videre undersøgelse kan det lægges til grund, at den hævdede umulighed med hensyn til ophævelse ikke var absolut. Selv hvis der kun havde foreligget *én* mulighed, ville Kommissionens krav ikke have været rettet mod en umulig præstation. Man må altså gå ud fra, at der på grundlag af Kommissionens opfordring bestod en retlig handlepligt.

83. Den østrigske regering har yderligere for Domstolen gjort gældende, at en ophævelse var urimelig på grund af kontraktpartnernes beskyttelsesværdige tillid, som måtte gå forud for Kommissionens krav. Dette argument holder ikke. Den østrigske regering påberåber sig tredjemands retsstilling, der på retsstridig måde blev skabt af den ordregivende myndighed. I henseende til medlemsstatens principielle forpligtelse over for Fællesskabet kan den ikke påberåbe sig følgerne af sin retsstridige adfærd med henblik på at drage den retlige pligt som sådan i tvivl. I hvilken udstrækning en ophævelse i det konkrete tilfælde var rimelig, unddrager sig — som allerede anført — Domstolens bedømmelse.

84. Endelig skal der ske en behandling af den østrigske regerings argument om, at direktivernes »effet utile« ikke længere kan opnås, når kontrakterne én gang er indgået. Konkurrenceforholdene er blevet påvirket på en sådan måde, at man ikke længere kan tilvejebringe en tilstand som før udbuddet. De bydende, der deltog, bevarer under alle omstændigheder en konkurrencefordel frem for senere deltagende, potentielle bydende. Denne argumentation kan være rigtig på det faktiske plan. Den er imidlertid ikke egnet til at fjerne grundlaget for ethvert forsøg på at standse en retsstridig adfærd. Ved f.eks. en ny udbudsbekendtgørelse i hele Fællesskabet kunne i givet fald virksomheder have deltaget i udbuddet, som under de omstændigheder, der forelå, ganske enkelt ikke havde kendskab til udbudsbekendtgørelsen. Disse potentielle bydende kan ikke — efterfølgende — individualiseres, hvorfor de aldrig vil kunne rejse erstatningskrav.

85. Som resultat kan det fastslås, at der den 7. marts 1996 på baggrund af Kommissionens krav bestod en handlepligt, med hensyn til hvilken der ikke har kunnet fastslås objektiv, oprindelig umulighed.

86. Afsluttende skal jeg endnu en gang komme tilbage til spørgsmålet om retlig interesse, der for så vidt ikke skulle besvares i forbindelse med formalitetsprøvelsen.

Da det kan lægges til grund, at der bestod en principiel handlepligt, som den østrigske regering imidlertid til det sidste bestred, må spørgsmålet, om der forelå retlig interesse, allerede af denne grund besvares bekræftende. Herudover kan en konstaterende dom i den foreliggende sag i givet fald spille en rolle i forbindelse med tvist om mulige erstatningskrav, hvorfor det også af denne grund kan fastslås, at retlig interesse foreligger.

Sagens omkostninger

87. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, skal den tabende part bære sagens omkostninger. Da den østrigske regering har tabt sagen, skal den betale sagens omkostninger.

C — Forslag til afgørelse

88. Som konsekvens af foranstående overvejelser foreslår jeg følgende afgørelse:

»1) Republikken Østrig har i forbindelse med opførelsen af det nye forvaltnings- og kulturcenter St. Pölten for Land Niederösterreich, ved indgåelsen af kontrakter, der blev indgået i tiden før den 6. februar 1996, men som endnu ikke var blevet opfyldt den 7. marts 1996, eller som det var muligt at ophæve, tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 og Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 samt i henhold til EF-traktatens artikel 30.

2) Republikken Østrig betaler sagens omkostninger.«