FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 19 januari 1999 *

A — Inledning

1. Detta mål om fördragsbrott gäller den gemenskapsrättsliga bedömningen av upphandlingen av en rad bygg- och anläggningsarbeten inom ramen för ett storprojekt avseende uppförande av ett nytt administrativt och kulturellt centrum i samband med att delstaten Niederösterreichs regering flyttade till St Pölten.

2. De faktiska förhållanden som ligger till grund för förfarandet om fördragsbrott är följande. Arbetena i fråga påbörjades såvitt avser de administrativa byggnaderna år 1992 och såvitt avser kulturcentrum år 1994. I början av februari 1995 blev kommissionen genom ett klagomål uppmärksammad på en anbudsinfordran avseende materiel inom ramen för projektet som endast hade offentliggjorts i *Niederösterreicheisches Amtsblatt*. De "Allgemeine Angebots- und Vertragsbestimmungen" (allmänna anbuds- och avtalsbestämmelser, nedan kallade AAVB) som låg till grund för upphandlingen stred enligt kommissionen mot gemenskapsrätten på grund av att bestämmelserna om offentliggörande, om informationsskyldighet och om beskrivning av arbetena m.m. hade åsidosatts. Kommissionen påpekade detta för den österrikiska regeringen i en skrivelse av den 12 april 1995. Som reaktion på påpekandena fick kommissionen någon tid senare meddelande om en av delstaten Niederösterreich antagen, den 31 maj 1995 publicerad lag om offentlig upphandling. Denna lag föranledde i sin tur anmärkningar därför att den innehöll en bestämmelse om undantag för projektet "uppförande av ett nytt administrativt och kulturellt centrum i St Pölten" (den så kallade lex St Pölten) och därigenom i praktiken uteslöt detta projekt från lagens tillämpningsområde.

3. Problematiken i dess helhet diskuterades vid ett bilateralt sammanträde mellan kommissionen och de österrikiska myndigheterna den 27 och den 28 november 1995. Kommissionen gjorde gällande att Republiken Österrike hade åsidosatt rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993, [1] rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 [2] och artikel 30 i EG-fördraget. När detta påpekades för de österrikiska myndigheterna lovade dessa att ändra AAVB, att stryka undantagsklausulen i lagen om offentlig upphandling och

1 — Direktiv om samordning av förfaranden för offentlig upphandling avseende bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48).

2 — Direktiv om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33).

* Originalspråk: tyska.

att ändra den praxis som tillämpades av den upphandlande myndigheten, Niederösterreichische Landeshauptstadt-Planungsgesellschaft mbH (nedan kallad Nöplan).

4. Kommissionen förväntade sig att de österrikiska myndigheterna till följd av samtalen omedelbart skulle

— korrekt genomföra de upphandlingsförfaranden som ännu återstod att inledas

— korrigera de upphandlingsförfaranden som redan hade påbörjats men ännu inte avslutats genom tilldelning av kontrakt, och

— så långt det var möjligt i efterhand säga upp de avtal som ingåtts i strid med gemenskapsrätten men ännu inte uppfyllts.

5. De österrikiska myndigheterna förklarade sig i princip vara införstådda med kommissionens begäran men uppgav att det behövdes en rimlig övergångstid för att ändra de rättsliga rambestämmelserna (lagen om offentlig upphandling och AAVB).

6. Kommissionen ansåg att de österrikiska myndigheternas beredvillighet att anpassa sin upphandlingspraxis inte sträckte sig tillräckligt långt och inledde därför ett förfarande om fördragsbrott genom en formell underrättelse av den 15 december 1995. I underrättelsen erinrade kommissionen om att de österrikiska myndigheterna hade lovat att använda sitt inflytande hos de ansvariga beslutsorganen för att få dessa att från och med slutet av januari 1996 iaktta gemenskapsrättens regler.[3] I underrättelsen anförde kommissionen bland annat att dess anmärkningar "gäller uttryckligen även de delprojekt som redan tilldelats men utan meddelande om upphandling enligt gemenskapsrättens regler". Kommissionen uppmanade Republiken Österrike att "säkerställa att gemenskapsrätten iakttas vid de upphandlingsförfaranden som återstår att genomföras, att uppskjuta eller avbryta verkställigheten av beslut om tilldelning som redan fattats i strid med gemenskapsrätten, att stoppa eller uppskjuta förestående beslut om tilldelning till dess att det finns en garanti för att gemenskapsrättens riktlinjer iakttas samt att säkerställa en omedelbar ändring av delstaten Niederösterreichs lag om offentlig upphandling och AAVB".[4] I underrättelsen av den 15 december 1995 gav kommissionen den österrikiska regeringen tillfälle att inom en vecka inkomma med sina synpunkter.

7. Den österrikiska regeringen yttrade sig genom en skrivelse av den 22 december 1995. I denna anförde regeringen att de problem som uppkommit i fråga om upphandling, trots de "svårigheter i tidsmässigt hänseende som redovisats vid sammanträdet", hade underställts Nöplans beslutande organ och att dessa hade beslutat "att

3 — Punkt 6 i den formella underrättelsen.

4 — Punkt 10 första och femte stycket i den formella underrättelsen.

Nöplan *omedelbart* skulle börja tillämpa EG-direktiven". [5] Avslutningsvis betonades ännu en gång "att EG-direktiven oavsett extra kostnader och förskjutningar i tidplanen *omedelbart* skulle börja tillämpas på upphandlingsförfaranden". [6]

8. I det motiverade yttrandet av den 21 februari 1996 erinrade kommissionen om att den upphandlande myndigheten i delstaten Niederösterreich "i avsaknad av ett gemenskapsrättskonformt införlivande är skyldig att på grund av den direkt tillämpliga gemenskapsrätten *omedelbart* följa bestämmelserna i direktiven". [7] Den österrikiska regeringens svar på den formella underrättelsen var för övrigt enligt kommissionens mening otillräckligt. Kommissionen saknade ett medgivande av skyldigheten att vidta åtgärder i fråga om förfaranden som påbörjats, "eftersom vad som sagts om publiceringsskyldigheten endast hänför sig till framtiden". Kommissionen erinrade om att den hade begärt att "den österrikiska regeringen skulle skicka över en förteckning över de arbeten beträffande vilka ett upphandlingsförfarande redan hade påbörjats eller för vilka meddelande om upphandling skulle komma att offentliggöras ävensom uppgifter om arbetenas upphandlingsvärde". Kommissionen konstaterade att den "intill denna dag inte erhållit någon tillfredsställande förteckning". Slutligen uppmanade kommissionen de österrikiska myndigheterna att "vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja den påtalade överträdelserna". [8] Kommissionen bestämde den tid inom vilken åtgärderna skulle vidtas till två veckor efter det att myndigheterna fått del av det motiverade yttrandet.

9. Under tiden hade Nöplans upphandlingsutskott vid ett sammanträde den 6 februari 1996 beslutat att alla påbörjade förfaranden skulle avbrytas samt att, i fråga om de arbeten som återstod, meddelande om upphandling skulle offentliggöras och kontrakten tilldelas i enlighet med gemenskapsrätten. Därefter ändrades lagen om offentlig upphandling i enlighet med kommissionens anmärkningar, och AAVB ändrades så att de överensstämde med gemenskapsrätten. Sedan dess har all offentlig upphandling uppenbarligen skett i enlighet med gemenskapsrätten.

10. Trots detta väckte kommissionen den 3 oktober 1996 — genom ansökan som kom in till domstolens kansli den 7 oktober 1996 — talan om fördragsbrott. Kommissionen yrkade att domstolen skulle fastställa att Republiken Österrike hade underlåtit att uppfylla sina gemenskapsrättsliga skyldigheter genom att före den 6 februari 1996 tilldela kontrakt som den 7 mars 1996, alltså vid utgången av den i det motiverade yttrandet av den 12 februari 1996 angivna fristen, ännu inte hade genomförts eller vid denna tidpunkt fortfarande kunde sägas upp på ett rimligt sätt. I huvudsak kritiserade kommissionen Republiken Österrike för att, trots vetskap om de gemenskapsrättsliga problemen, inte ha gjort några ansträngningar för att säga upp de avtal som ingåtts efter sammanträdet den 28 november 1995.

11. Republiken Österrike har gjort flera invändningar om rättegångshinder och har också gjort gällande att talan i sak är ogrundad.

5 — Punkt 1 i svarsskrivelsen av den 22 december 1995. Min kursivering.

6 — Avsnittet "Beträffande punkt 8" i svarsskrivelsen av den 22 december 1995. Min kursivering.

7 — Punkt 15 i det motiverade yttrandet av den 21 februari 1996.

8 — Citaten i detta stycke är tagna ur punkt 16 i det motiverade yttrandet av den 21 februari 1996.

12. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

1) fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 [9] och 89/665/EEG av den 21 december 1989 [10] samt enligt artikel 30 i EG-fördraget i samband med uppförandet av ett nytt administrativt och kulturellt centrum för delstaten Niederösterreich i St Pölten genom att före den 6 februari 1996 tilldela kontrakt som den 7 mars 1996 ännu inte hade genomförts eller vid denna tidpunkt fortfarande kunde sägas upp på ett rimligt sätt,

2) förplikta Republiken Österrike att betala rättegångskostnaderna.

13. Republiken Österrike har yrkat att domstolen skall

1) avvisa (i andra hand ogilla) kommissionens yrkande att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 och 89/665/EEG av den 21 december 1989 och enligt artikel 30 i EG-fördraget i samband med uppförandet av ett nytt administrativt och kulturellt centrum för delstaten Niederösterreich i St Pölten genom att före den 6 februari 1996 tilldela kontrakt som den 7 mars 1996 ännu inte hade genomförts eller vid denna tidpunkt fortfarande kunde sägas upp på ett rimligt sätt, och

2) förplikta kommissionen att betala rättegångskostnaderna.

14. Jag återkommer i samband med den rättsliga bedömnmingen till vad parterna har anfört.

B — Bedömning

I — *Upptagande till sakprövning*

15. Den österrikiska regeringen har med åberopande av flera grunder gjort gällande att kommissionens talan inte kan tas upp till sakprövning.

9 — Det i fotnot 1 nämnda direktivet om samordning av förfaranden för offentlig upphandling avseende bygg- och anläggningsarbeten.

10 — Det i fotnot 2 nämnda direktivet om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

1. Tvisteföremålet är otillåtet

Den österrikiska regeringen har gjort gällande att talan är otillåten på grund av det sätt på vilket tvisteföremålet har angetts i ansökan. I mål om fördragsbrott avgränsas enligt domstolens fasta praxis föremålet för den tvist som anhängiggjorts av det administrativa förfarandet. Det bestäms genom kommissionens motiverade yttrande. Talan kan därför inte grundas på andra anmärkningar än dem som har angetts i det motiverade yttrandet. Ur kommissionens motiverade yttrande av den 21 februari 1996 kan man enligt den österrikiska regeringen inte utläsa någon begäran om att avtal som har ingåtts i strid med gemenskapsrätten men ännu inte genomförts så långt möjligt skall sägas upp. Enligt den österrikiska regeringen antyddes på sin höjd denna begäran i den formella underrättelsen av den 15 december 1995. Den i ansökan åberopade "underlåtenheten att så långt det ännu var möjligt säga upp avtal", som är den väsentliga grunden för yrkandet, är därför otillåten.

16. Den österrikiska regeringen har rätt i att tvisteföremålet i ett mål om fördragsbrott enligt domstolens fasta praxis avgränsas av det administrativa förfarandet och yrkandet i ansökan. Den ansökan varigenom talan väcks får inte innehålla några principiellt nya eller andra grunder än de som har behandlats under det administrativa förfarandet. Detta synsätt förklaras av utformningen av förfarandet om fördragsbrott, som avser att göra det möjligt för parterna att inom ramen för det administrativa förfarandet nå en uppgörelse i godo innan talan anhängiggörs vid domstolen. Dessutom skall den enskilda medlemsstatens rätt att försvara sig respekteras, så att medlemsstaten inte konfronteras med nya grunder i ansökan.

17. Den väsentliga frågan är därför huruvida påståendet om underlåtenhet att säga upp avtal som ingåtts på grund av tilldelning av kontrakt före den 6 februari 1996 är en ny och därmed otillåten grund. Det administrativa förfarandet och yrkandet i ansökan skall i detta sammanhang betraktas mot bakgrund av det faktiska händelseförloppet.

18. I den *formella underrättelse* av den 15 december 1995, som sändes till den österrikiska regeringen efter sammanträdet den 27 och den 28 november 1995, åberopade kommissionen dels att det förelåg ett rättsläge som stred mot gemenskapsrätten, dels att detta rättsläge var förenat med en upphandlingspraxis som också den stred mot gemenskapsrätten. Ur underrättelsen kan utläsas en uppmaning till den österrikiska regeringen att *omedelbart anpassa sin upphandlingspraxis till gemenskapsrätten.* [11] På annat ställe i underrättelsen utsträckte kommissionen uttryckligen sina anmärkningar "också till de delprojekt beträffande vilka kontrakt redan tilldelats utan att upphandlingsförfarande hade genomförts i enlighet med gemenskapsrätten". [12] Avslutningsvis uppmanade kommissionen Republiken Österrike att "säkerställa att de upphandlingsförfaranden som återstår genomförs i enlighet med gemenskapsrättens regler". Kommissionen uppmanade vidare Republiken Österrike att uppskjuta eller avbryta genomförandet av redan tilldelade kontrakt som stred mot gemenskapsrätten samt att uppskjuta förestående beslut om tilldelning av kontrakt till dess att det fanns garanti för att gemenskapsrättens regler iakttogs. [13]

11 — Punkt 7.1 i den formella underrättelsen.
12 — Punkt 10.1 i den formella underrättelsen.
13 — Punkt 10.5 i den formella underrättelsen.

19. Dessa formuleringar ger mycket klart uttryck för att kommissionen inte bara begärde att ett fortsatt förfaringssätt i strid med gemenskapsrätten omedelbart skulle upphöra utan också att verkställigheten av beslut om tilldelning av kontrakt som tillkommit i strid med gemenskapsrätten skulle avbrytas. Det sistnämnda kan emellertid inte betyda något annat än att besluten därefter skulle ändras på ett sätt som överensstämde med gemenskapsrätten. En skyldighet att undanröja redan fattade beslut om tilldelning kan därför utläsas av kommissionens begäran så som den kommit till uttryck i den formella underrättelsen.

20. Ur kommissionens *motiverade yttrande* av den 21 februari 1996 kan man inte med samma tydlighet utläsa en uppmaning att ingripa i upphandlingsförfaranden som redan håller på att avslutas. Trots detta kan man ur det motiverade yttrandet sluta sig till att även påbörjade förfaranden omfattades av den allmänna kritiken mot den upphandlingsspraxis som stred mot gemenskapsrätten. När kommissionen uttryckligen förklarade att den österrikiska regeringens löften att i framtiden uppfylla sin publiceringsskyldighet inte uttryckligen gick tillräckligt långt och kritiserade regeringen för att den inte inbegripit "upphandling som redan påbörjats — till exempel genom en nationell publicering" [14] — framgick därav otvetydigt att kommissionen ansåg att den upphandlingsspraxis som hade tillämpats utgjorde överträdelser av gemenskapsrätten och krävde att dessa skulle undanröjas. Sålunda underströk kommissionen, "att det åligger de österrikiska myndigheterna att vidta *alla* lämpliga åtgärder för att undanröja de påtalade överträdelserna". [15]

21. Varken det motiverade yttrandet eller det faktiska händelseförloppet gav i övrigt anledning till antagande att den redan i den formella underrättelsen intagna uppmaningen att ingripa i upphandlingsförfaranden som höll på att avslutas hade förlorat sitt föremål. Man kan utgå ifrån att den österrikiska regeringen insåg att kommissionens begäran hade den innebörd som här anges. I sin svarsskrivelse av den 22 mars 1996 behandlade den österrikiska regeringen problemet på mer än tre och en halv sida med rubriken "Kontrakten som redan har tilldelats". [16] Det påstående att principen om rätten till försvar åsidosatts som eventuellt kan utläsas ur invändningarna om rättegångshinder saknar därför grund.

22. Den österrikiska regeringen anser att det motiverade yttrandet skulle ha innehållit en uttrycklig uppmaning att säga upp avtal som redan ingåtts på grund av tilldelning av kontrakt. Kommissionen borde enligt den österrikiska regeringen ha angett vilka åtgärder som skulle vidtas. Med hänsyn till att några åtgärder nämnts — såsom ändringar av delstaten Niederösterreichs lag om offentlig upphandling och AAVB — hade regeringen rätt att förlita sig på att det inte krävdes några ytterligare åtgärder.

23. Detta synsätt kan inte godtas. Genom domstolens praxis har redan fastställts [17] att kommissionen inte är skyldig att ange vilka åtgärder som skall vidtas för att avhjälpa ett tillstånd som strider mot fördraget. Denna fördelning av uppgifter är också meningsfull, eftersom det ankom-

14 — Punkt 16.4 i det motiverade yttrandet.

15 — Punkt 16.6 i det motiverade yttrandet. Min kursivering.

16 — Fjärde kapitlet i den österrikiska regeringens svarsskrivelse av den 22 mars 1996.

17 — Dom av den 11 juli 1991 i mål C-247/89, kommissionen mot Portugal (REG 1991, s. I-3659).

mer på den enskilda medlemsstaten att avgöra hur och med vilka medel den uppfyller de gemenskapsrättsliga kraven. Om kommissionen skulle vara tvungen att ange vilka åtgärder som skall vidtas skulle det med säkerhet uppstå kompetenskonflikter på alla de områden där medlemsstaten har ett utrymme att själv avgöra på vilket sätt den vill åstadkomma ett tillstånd som är förenligt med gemenskapsrätten.

24. I föreliggande förfarande har kommissionen inte heller skapat några förväntningar som skulle ha berättigat de österrikiska myndigheterna att utgå ifrån att ändringen av lagstiftningen var tillräcklig för att undanröja fördragsbrottet. I den formella underrättelsen påtalade kommissionen tvärtom — som jag redan visat — också de pågående förfarandena. I det motiverade yttrandet hänvisade kommissionen uttryckligen till de förpliktelser för de upphandlande myndigheterna i delstaten Niederösterreich som "i avsaknad av ett gemenskapsrättskonformt införlivande" [18] omedelbart följde "av den direkt tillämpliga gemenskapsrätten" och underströk att det ålåg de österrikiska myndigheterna att vidta lämpliga åtgärder för att undanröja överträdelserna.

25. Mot denna bakgrund möter det inte några betänkligheter att anse att påståendet om underlåtenhet att säga upp avtal som ingåtts i strid med gemenskapsrätten är ett i vederbörlig ordning avgränsat tvisteföremål i ansökan.

18 — Punkt 15.2 i det motiverade yttrandet.

2. Undanröjande av överträdelserna före utgången av den frist som angetts i det motiverade yttrandet

26. Den österrikiska regeringen har erinrat om att, enligt artikel 169 andra stycket i fördraget och den rättspraxis som denna bestämmelse gett upphov till, den avgörande tidpunkten för att konstatera om det föreligger ett fördragsbrott är utgången av den frist som anges i det motiverade yttrandet. Vid denna tidpunkt, den 7 mars 1996, hade Republiken Österrike enligt regeringen undanröjt alla de överträdelser som påtalats i det motiverade yttrandet.

27. AAVB hade enligt den österrikiska regeringen ändrats så som kommissionen begärt och i sin nya lydelse redan från och med den 12 december 1995 tillämpats på alla meddelanden om upphandling i enlighet med gemenskapsreglerna. Dessutom hade även upphandlingspraxis ändrats från och med den 6 februari 1996. Den arbetsgrupp som ansvarar för upphandlingsförfaranden antog från och med denna dag inte längre de rekommendationer om tilldelning som lagts fram och beslöt att omgående ställa in alla pågående förfaranden som inte genomförts i enlighet med gemenskapsrättens regler och att genomföra ett nytt EU-konformt upphandlingsförfarande. Den österrikiska regeringen har uppgett att beslut om tilldelning av kontrakt med ett sammanlagt värde av 217 000 000 ATS uppsköts och att fram till den 7 mars 1996 kontrakt med ett värde av cirka 470 000 000 ATS varit föremål för meddelande om upphandling och upphandlats i enlighet med de gemenskapsrättsliga reglerna. Eftersom de österrikiska myndigheterna den 7 mars 1996 hade uppfyllt

kommissionens krav skall kommissionens talan enligt den österrikiska regeringen avvisas.

28. Kommissionen har invänt att situationen inte var helt uppklarad den 7 mars 1996. Ingen åtgärd hade vidtagits beträffande vare sig de avtal som ingåtts genom kontrakt tilldelade före den 6 februari 1996 men inte uppfyllts eller de avtal som den 6 februari 1996 redan hade tilldelats och (delvis) uppfyllts men likväl ännu på ett rimligt sätt kunde sägas upp.

29. Det är riktigt att kommissionens talan om fördragsbrott inte längre omfattar något påstående om att det föreligger ett rättsläge som strider mot gemenskapsrätten och inte heller någon anmärkning mot den upphandlingspraxis som tillämpats efter den 6 februari 1996. Kommissionen anser emellertid att underlåtenheten att inom ramen för vad som är möjligt säga upp avtal som ingåtts i strid med gemenskapsrätten fortfarande utgör ett fördragsbrott. Den har — som jag i det föregående redan har visat — på tillåtet sätt lagt denna anmärkning till grund för sin talan.

30. I och med att kommissionen påstått att det vid utgången av den frist som angetts i det motiverade yttrandet förelåg ett tillstånd som stred mot gemenskapsrätten och som fortsatte att medföra rättsverkningar, lär villkoren för att talan skall kunna upptas till sakprövning vara uppfyllda. Frågan om det vid nämnda tidpunkt verkligen förelåg ett fördragsbrott skall avgöras genom prövning i sak. Trots att de österrikiska myndigheterna den 7 mars 1996 redan hade uppfyllt kommissionens krav på flera områden, skall talan likväl tas upp till sakprövning på grund av de anmärkningar som ännu kvarstod.

3. Fastställande av frister i det administrativa förfarandet

31. Den österrikiska regeringen har vidare gjort gällande att de frister som satts i det administrativa förfarandet var alltför kort tilltagna och att en talan om fördragsbrott därför inte kan tas upp till sakprövning även av detta skäl. Regeringen har hänvisat till att Republiken Österrike är en förbundsstat och att det därför med nödvändighet behövdes viss tid för att genomföra vissa beslutsprocesser. Fristerna, en vecka som angavs i den formella underrättelsen och två veckor som sattes i det motiverade yttrandet, var extremt korta. Redan den 25 januari 1996 underrättade kommissionen den internationella pressen om att den avsåg att avge ett motiverat yttrande till Republiken Österrike, vilket yttrande den österrikiska regeringen dock inte fick del av förrän den 21 februari 1996.

32. När kommissionen bestämde fristerna borde den enligt den österrikiska regeringen ha tagit hänsyn till att anmärkningarna uteslutande avsåg gången tid, eftersom de österrikiska myndigheterna sedan den 6 februari 1996 anpassat sin upphandlingspraxis till gemenskapsrätten, vilket kommissionen underättats om den 7 februari 1996. Slutligen är den frist om 21 dagar som anges i artikel 3.3 i direktiv 89/665 enligt den österrikiska regeringen ett indicium för vad som är en rimlig frist.

33. Kommissionen anser däremot att de korta fristerna var rimliga med hänsyn till de omständigheter som förelåg. Enligt uppgifter från österrikiska myndigheter återstod i början av december ännu upphandlingsförfaranden rörande arbeten av betydande omfattning. Kommissionen var där-

för tvungen att fortast möjligt utverka en försäkran av den österrikiska regeringen om att denna upphandling skulle ske enligt gemenskapsrättens regler och att överträdelser som redan förelåg skulle undanröjas.

34. Den österrikiska regeringens svar på den formella underrättelsen föranledde enligt kommissionen tvivel på att regeringen var beredd att undanröja alla påtalade överträdelser. Den utlovade förteckningen över de arbeten som ännu skulle upphandlas och deras värde hade inte heller översänts. Kommissionen fick därför utgå från att det ännu i början av 1996 återstod arbeten av betydande omfattning att upphandla och att den måste hindra uppkomsten av fullbordade fakta. Anmärkningarna i det motiverade yttrandet avsåg inte heller endast gången tid. Kommissionen åsyftade helt klart situationen vid utgången av den frist som angetts i det motiverade yttrandet. Slutligen har kommissionen åberopat att den österrikiska regeringen genom pressen på ett tidigt stadium fick kännedom om kommissionens avsikter och därför inte kan åberopa att fristerna var orimligt korta.

35. Jag börjar prövningen av frågan om talan kan tas upp till sakprövning med det sist nämnda påståendet. Man kan utgå ifrån att det administrativa förfarande som inleder ett mål om fördragsbrott måste uppfylla vissa stränga formkrav. Ett tecken på detta är de villkor — att tvisteförmålet skall vara klart avgränsat och att de frister som måste iakttas skall vara rimliga — som måste uppfyllas med risk för att talan annars avvisas. De omständigheter som är av betydelse för medlemsstaten måste på ett sätt som inte kan missförstås framgå av de skrivelser från kommissionen som markerar de olika stadierna i förfarandet. Den enda frist som kan vara förpliktande är därför den som anges i de skrivelser som tillställs den enskilda medlemsstaten. Medlemsstaten har ingen anledning att inom ramen för ett formellt administrativt förfarande agera "på grund av hörsägen". Det är därför uteslutet att i den tid inom vilken överträdelsen skall undanröjas räkna in den period som förflyter från det att medlemsstaten via pressen får kännedom om kommissionens avsikter fram till dess att staten formellt får del av det motiverade yttrandet.

36. Bortsett från den rent rättsliga bedömningen anser jag det vara olämpligt att offentliggöra ett pressmeddelande om att kommissionen avser att avge ett motiverat yttrande i ett förfarande om fördragsbrott mot en medlemsstat, när staten i fråga inte får del av handlingen förrän nästan fyra veckor senare. Kommissionen kunde ha satt en längre frist genom att skicka det motiverade yttrandet tidigare, något som med hänsyn till omständigheterna skulle ha varit möjligt.

37. Vid den fortsatta bedömningen skall man alltså utgå ifrån att endast de frister som angetts i skrivelserna i det administrativa förfarandet är förpliktande.

38. För att kunna bedöma om en frist är rimlig måste man först undersöka vilken reaktion den avses medföra. En ändring av lagstiftning kan förvisso inte förväntas ske inom en frist som räknas i veckor. Under det administrativa förfarandet diskuterades bland annat en bestämmelse i delstaten Niederösterreichs lag om offentlig upphandling som stred mot gemenskapsrätten. Den lagändring som föranleddes därav var ostridigt inte klar den 7 mars 1996, dagen

då den i det motiverade yttrandet satta fristen utgick. Lagstiftningsförfarandet avslutades först i maj 1996. Kommissionen har emellertid avstått från att föra talan om fördragsbrott i detta hänseende, eftersom lagändringen trädde i kraft utan nämnvärt dröjsmål.

39. Viktigt för kommissionen var däremot att den österrikiska regeringen skulle inse och formellt medge att det förelåg en situation som stred mot gemenskapsrätten, så att nämnda regering skulle förbjuda fortsatt tilldelning av kontrakt och såvitt möjligt säga upp avtal som redan hade ingåtts.

40. Den österrikiska regeringen har även i sitt svar på den formella underrättelsen av den 15 december 1995, som avgavs inom fristen en vecka, försäkrat att gemenskapsrättens riktlinjer "omedelbart" [19] skulle börja tillämpas på de upphandlingsförfaranden som återstod att genomföra. I praktiken fortsatte man emellertid att genomföra de upphandlingar som redan påbörjats. Först den 6 februari 1996 fattade den arbetsgrupp som ansvarar för upphandlingsförfaranden det redan tidigare väntade beslutet att uppskjuta pågående förfaranden.

41. Enveckasfristen var i detta fall rimlig med hänsyn till att ett skyndsamt förfarande var påkallat för att till att börja med åtminstone avbryta fortsatt upphandling av kontrakt. Den österrikiska regeringen har också rättat sig efter kommissionens krav genom de medgivanden den gjorde i sin svarsskrivelse av den 22 december 1995. Skillnaden mellan ord och handling måste bedömas med bortseende härifrån.

42. Med hänsyn till de omständigheter som förelåg när det motiverade yttrandet antogs är det påfallande att det var först efter det att det formella beslutet att avge ett motiverat yttrande blivit bekant i pressen som det arbetsutskott som ansvarar för upphandlingsförfarandet den 6 februari 1996 fattade beslutet att bland annat uppskjuta pågående upphandlingsförfaranden. Kommissionen hade följaktligen anledning att anta att de österrikiska myndigheterna försökte ställa den inför fullbordade fakta och att det därför var angeläget att handla snabbt. Ur denna synpunkt förefaller även den korta frist om två veckor som angavs i det motiverade yttrandet rimlig.

43. I detta sammanhang finns det också anledning att beröra möjligheten att begära interimistiska rättsliga åtgärder, som det hänvisades till i de båda administrativa skrivelserna och som också berördes under den muntliga förhandlingen. Enligt artikel 186 i fördraget kan domstolen endast vidta interimistiska åtgärder i ärenden som redan har anhängiggjorts. En talan om fördragsbrott enligt artikel 169 i fördraget får emellertid inte anhängiggöras vid domstolen förrän det administrativa förfarandet har genomförts. När det finns en risk att det föreligger ett fördragsbrott måste kommissionen alltså snabbt bringa det administrativa förfarandet till ett slut för att i

19 — Den österrikiska regeringens svarsskrivelse av den 22 december 1995, s. 2 och 7.

möjligaste mån hindra att överträdelserna hinner bli omöjliga att undanröja.

44. Denna situation kan betraktas som en svaghet i systemet men kan endast avlägsnas genom en ändring i de tillämpliga rättsliga bestämmelserna. Direktiv 89/65 [20] erbjuder inte heller någon tillfredsställande utväg ur dilemmat. Det hänför sig i första hand till förhållandet mellan anbudsgivare och upphandlande myndighet. Det prövningsförfarande som kommissionen enligt artikel 3 i direktivet har möjlighet att tillgripa är dessutom inte lämpligt i alla situationer och inskränker för övrigt inte heller kommissionens befogenheter att inleda ett förfarande om fördragsbrott.

45. På grund av vad som anförts i det föregående måste de frister som kommissionen satte under det administrativa förfarandet anses vara rimliga med hänsyn till de förhållanden som förelåg.

4. Avgränsande av tvisteföremålet i ansökan

46. Den österrikiska regeringen har anfört rättsliga betänkligheter mot den i ansökan använda formuleringen "kontrakt som tilldelats före den 6 februari 1996 men den 7 mars 1996 ännu inte genomförts eller vid denna tidpunkt fortfarande på ett rimligt sätt kunnat sägas upp". Genom formuleringen "på ett rimligt sätt kunnat sägas upp" har kommissionen enligt den österrikiska regeringen visat att inte heller den anser att det föreligger någon obegränsad skyldighet att säga upp avtalen, dock utan att definiera vad som menas med "på ett rimligt sätt". Yrkandet är enligt den österrikiska regeringen därför alltför obestämt för att kunna utgöra grund för den skyldighet att vidta åtgärder som följer av artikel 171 i fördraget och skall därför avvisas.

47. Kommissionen anser att det inte är domstolens uppgift att bedöma vad som konkret är att anse som rimligt i en medlemsstat. Det ankommer på de nationella domstolarna att avgöra detta med tillämpning av nationell rätt. De argument som rör frågan vad som avses med "på rimligt sätt" är enligt kommissionen därför redan i sig helt irrelevanta i detta förfarande vid domstolen.

48. På denna punkt måste man oreserverat ge kommissionen rätt. Det är varken kommissionens eller domstolens uppgift att utreda om det är möjligt att säga upp avtal som har ingåtts på området för offentlig upphandling. Tvärtom skulle en anvisning om att avtal skall sägas upp enligt en viss angiven nationell rättsregel, oavsett om anvisningen ges av kommissionen eller av domstolen, uppfattas som ett överskridande av gemenskapsorganens kompetens i förhållande till de nationella myndigheterna. Medlemsstatens frihet att välja form och medel för uppsägningen måste med nödvändighet också komma till uttryck i en uppmaning av kommissionen att undanröja ett tillstånd som strider mot fördraget. Denna relativa obestämdhet i fråga om vilka åtgärder som skall vidtas är alltså ytterst ett uttryck för kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaten. Den omtvistade formuleringen definierar målet att avtal som ingåtts i strid med gemenskapsrätten skall sägas upp

20 — Det i fotnot 2 nämnda direktivet om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

inom ramen för vad som är rättsligt möjligt. Denna del av kommissionens talan kan därför inte kritiseras.

5. Berättigat intresse av att få saken prövad

49. Frågan om det föreligger ett berättigat intresse av att få saken prövad är en invändning om rättegångshinder som visserligen inte uttryckligen har gjorts av den österrikiska regeringen men som likväl indirekt framgår av de grunder som har åberopats för avvisning av talan. När den österrikiska regeringen gör gällande att det är fråga om överträdelser som till sin natur är omöjliga att undanröja kan man i själva verket fråga sig om ett abstrakt fastställande av att det föreligger ett fördragsbrott utgör ett berättigat intresse. Den österrikiska regeringen har rätt i att varken syftet med eller grunden för ett förfarande om fördragsbrott är att brännmärka en medlemsstat.

50. För att bedöma frågan om det föreligger ett berättigat intresse av att få saken prövad är det av betydelse om kommissionens yrkande avser en åtgärd som redan från början är objektivt omöjlig eller om det trots allt finns medel och vägar att uppfylla kommissionens krav, varvid den avgörande tidpunkten är utgången av den frist som angetts i det motiverade yttrandet. Detta problem är ytterst en fråga som skall bedömas genom en prövning i sak. Frågan om det föreligger ett berättigat intresse av att få saken prövad skall därför diskuteras i samband med sakprövningen.

II — *Prövning i sak*

51. Kommissionen har till en början påpekat att Republiken Österrike, redan genom sitt tillträde till EES-avtalet med verkan från och med den 1 januari 1994 och än mer efter sin anslutning till Europeiska unionen, alltså den 1 januari 1995, varit skyldig att iaktta de gemenskapsrättsliga reglerna, bland dem också reglerna om offentlig upphandling.

52. Kommissionen har gjort gällande att Republiken Österrike vid upphandling av kontrakt till ett sammanlagt värde av 360 000 000 ATS under tiden från den 27 november 1995 till den 6 februari 1996 åsidosatte ett flertal gemenskapsrättsliga bestämmelser. Sålunda åsidosattes enligt kommissionen bestämmelserna i artiklarna 8, 10.6, 11.6 och 11.11, 12, och 30 i direktiv 93/37, artikel 30 i fördraget samt artikel 1.1 och 1.3 och artikel 2.1 c i direktiv 89/665. Kommissionen har gett en detaljerad redogörelse för de påstådda överträdelserna. Det finns enligt kommissionen inte något med gemenskapsrätten förenligt skäl som berättigar det tillvägagångssätt som under ifrågavarande period använts i syfte att "snabbt föra avtalen i hamn".

53. Av den österrikiska regeringens svar på det motiverade yttrandet framgår enligt kommissionen att de österrikiska myndigheterna medvetet handlade på egen risk. För att ändra upphandlingspraxis hade det — till skillnad från vad som gällde ändring av lagen om offentlig upphand-

ling — inte behövts något tidskrävande förfarande, vilket bevisas genom det beslut som senare fattades av den arbetsgrupp som ansvarar för upphandlingsförfaranden. Slutligen skulle upphandlingen av några av ifrågavarande arbeten [21] enligt kommissionen ha kunnat anstå utan olägenheter för projektet i dess helhet.

54. Den österrikiska regeringen anser att man inom ramen för ett förfarande om fördragsbrott inte kan begära att avtal som ingåtts i strid med gemenskapsrätten skall sägas upp. Artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665 ger medlemsstaten rätt att begränsa prövningsmyndighetens behörighet till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen. Enligt den österrikiska regeringen kan kommissionen i ett förfarande enligt artikel 169 i fördraget i princip inte begära mera.

55. Kommissionen har enligt den österrikiska regeringen för övrigt visat att inte heller den utgår från att det föreligger någon ovillkorlig skyldighet att säga upp avtal. Mot en sådan skyldighet talar för övrigt principen om skydd för berättigade förväntningar. Avtalsparternas förväntningar skall skyddas och har företräde framför kommissionens begäran. En eventuell uppsägning i efterhand av avtalen skulle slutligen enligt den österrikiska regeringen innebära att den ändamålsenliga verkan av direktiv 93/37 i form av lika villkor för konkurrens inte längre skulle vara garanterad. De anbudsgivare som till en början haft framgång har vidtagit dispositioner som ger dem en entydig fördel framför konkurrenterna. En uppsägning skulle ha medfört uppehåll i byggarbetena och skulle därmed i slutänden även av detta skäl ha varit omöjlig.

56. Avslutningsvis har den österrikiska regeringen diskuterat två rättsfrågor av principiell natur. För det första har regeringen tagit upp frågan om Nöplans rättsliga karaktär för att i samband därmed ställa frågan i vilken utsträckning enskilda kan åberopa ett direktiv gentemot detta organ. För det andra har regeringen ifrågasatt varför direktiven om offentlig upphandling skulle ha varit tillämpliga på St Pölten-projektet redan från och med Republiken Österrikes anslutning till EES-avtalet. Arbetena på projektet, vilket måste ses som en enhet och därför inte kan delas upp, påbörjades redan innan EES-avtalet trädde i kraft och före Republiken Österrikes tillträde till Europeiska gemenskapen.

57. Kommissionen har invänt att dess befogenheter enligt artikel 169 är oberoende av förfarandet enligt direktiv 89/665. Detta har domstolen redan fastställt i annat sammanhang. [22] I fråga om Nöplans roll har kommissionen anmärkt att det är ostridigt att man enhälligt har utgått ifrån att Nöplan, i egenskap av "förlängd arm" för delstaten Niederösterreichs regering, skall anses vara en upphandlande myndighet.

58. Av systematiska skäl skall jag först behandla den andra av de rättsfrågor som den österrikiska regeringen har tagit upp.

21 — Slutlig rengöring av delstaten Niederösterreichs regeringsbyggnad, ljudanläggning för affärscentrum, trädgårdsanläggningar m.m.

22 — Dom av den 24 januari 1995 i mål C-359/93, kommissionen mot Nederländerna (REG 1995, s. I-157), punkterna 13 och 14.

59. Frågan huruvida de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling blev tillämpliga när Republiken Österrikes anslöt sig till EES-avtalet kan lämnas därhän i detta förfarande, eftersom reglerna i vart fall blev tillämpliga för Republiken Österrike genom dess anslutning till Europeiska gemenskapen den 1 januari 1995, och detta omedelbart från och med anslutningen i den mån inte någon övergångsperiod uttryckligen förhandlats fram.

60. Kommissionen intog redan under det administrativa förfarandet ståndpunkten att direktiv 93/37 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten enligt dess artikel 6 är tillämpligt på ifrågavarande bygg- och anläggningsarbeten. [23]

Artikel 6.1 och 6.3 i direktivet har följande lydelse:

"1. Bestämmelserna i detta direktiv skall gälla offentliga bygg- och anläggningsarbeten med ett uppskattat värde exklusive mervärdeskatt som uppgår till minst 5 000 000 ECU. [24]

...

3. Då en entreprenad är uppdelad i flera delar, som var och en är föremål för upphandling, måste alla delar ingå i beräkningen av beloppet enligt punkt 1. Om det sammanlagda värdet av delarna uppgår till minst det i punkt 1 angivna beloppet, skall bestämmelsen däri gälla för samtliga delar. Den upphandlande myndigheten skall kunna frångå bestämmelsen för delar med ett uppskattat värde exklusive mervärdeskatt under 1 000 000 ECU, under förutsättning att det totalt uppskattade värdet för undantagna delar till följd härav inte överstiger 20 % av det uppskattade totalvärdet av samtliga delar."

61. Redan beträffande upphandlingen av kontraktet avseende huvudcentralens driftsystem, som på sin tid var ursprunget till tvisten, anförde kommissionen i det motiverade yttrandet följande:

"... Värdet av de arbeten avseende huvudcentralens driftsystem, beträffande vilka meddelande om upphandling endast publicerades regionalt, är visserligen cirka 26 miljoner ATS och understiger alltså direktivets tröskelvärde, men tröskelvärdet är enligt artikel 6.3 andra meningen även tillämpligt på en sådan upphandling (överskridande av tröskelvärdet vid kumulation av delprojektens värden)." [25]

62. Denna rättsliga bedömning, alltså konstaterandet att upphandlingen skall ske i överensstämmelse med gemenskapsrätten,

23 — Punkt 13 i det motiverade yttrandet.

24 — 1 ECU motsvarar 13,7789 ATS (enligt kursen den 1 december 1998).

25 — Punkt 13 i det motiverade yttrandet.

är riktig och gäller även för andra arbeten inom hela projektet. Förutom att hänvisa till Nöplans rättsliga karaktär har den österrikiska regeringen för övrigt inte anfört några omständigheter vid domstolen som talar emot att de aktuella direktiven är tillämpliga.

63. Jag övergår härefter till att behandla frågan om Nöplans rättsliga karaktär. Nöplans ställning diskuterades redan innan föreliggande förfarande inleddes. Bland bilagorna till ansökan om talans väckande finns en skrivelse från den österrikiska regeringen av den 12 maj 1995 till kommissionen där Nöplans ägar- och finansieringsförhållanden redovisas. Där sägs följande:

"... Landeshauptstadt Planungsgesellschaft mbH i delstaten Niederösterreich (Nöplan) bildades som ett privaträttsligt bolag för att vidta alla de planeringsåtgärder som erfordrades i samband med att St Pölten skulle bli huvudstad i delstaten Niederösterreich. Bolaget ägs till 51 procent av delstaten Niederösterreich, till 10 procent av staden St Pölten och till 39 procent av NÖ HYPO Leasinggesellschaft mbH. Beslut om offentlig upphandling av arbeten med ett värde av mer än 2 miljoner ATS måste fattas av bolagets arbetsgrupp som ansvarar för upphandlingsförfaranden. Sammansättningen av denna bestäms av delstaten Niederösterreichs regering. Medlemmarna i övriga organ i Nöplan (styrelse, bolagsstämma och ekonomisk kommitté) utses av ägarna..." [26]

64. Under hela förfarandet vid domstolen har parterna utgått ifrån att Nöplan är en "förlängd arm" för regeringen i delstaten Niederösterreich. Denna beteckning är visserligen föga teknisk men den beskriver på ett åskådligt sätt den juridiska personens beroende av de politiskt ansvariga organen i delstaten Niederösterreich. Det betydelsefulla beslutet av den 6 februari 1996 att uppskjuta påbörjade upphandlingar, som innebar en principiell vändning av förfarandet, fattades av den "arbetsgrupp som ansvarar för upphandlingsförfaranden".

65. I artikel 1 b i direktiv 93/37 definieras begreppet upphandlande myndighet som "statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt,

26 — Se den österrikiska regeringens skrivelse till kommissionen av den 12 maj 1995, bilaga 3 till kommissionens ansökan. I den österrikiska regeringens skriftliga svar av den 22 december 1995 på kommissionens formella underrättelse sägs följande:
Beträffande punkt 8:
"Nöplan är inte bara ett bolag som har bildats uteslutande i syfte att genomföra alla planeringsåtgärder som erfordrades i samband med att St Pölten skall bli huvudstad i delstaten Niederösterreich. Till bolaget verksamheter hör tvärtom vid sidan av det här diskuterade byggprojektet också ett flertal andra projekt, bland annat uppförande av privata bostadshus och industri- och affärsbyggnader, beträffande vilka Nöplan konkurrerar med andra företag." Frågan om bolagets syfte har inte diskuterats vid domstolen.

sammanslutningar...". Vidare heter det i andra stycket:

"Ett organ som lyder under offentlig rätt är varje organ

— som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen [som] inte har kommersiell eller industriell karaktär,

och

— som är juridisk person,

och

— som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller av organ som lyder under offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ, eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten, regional eller lokal myndighet, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

Förteckningarna över organ eller kategorier därav som lyder under offentlig rätt och som uppfyller villkoren i andra stycket återfinns i bilaga 1..."

66. Delstaten Niederösterreich är i egenskap av regional myndighet otvivelaktigt en upphandlande myndighet. Även om man inte vill inskränka sig till att konstatera att Nöplan är en "förlängd arm" för delstaten Niederösterreichs regering, vilket inte betyder något annat än att det slutliga ansvaret ligger kvar hos regeringen, utan ser enbart Nöplan för sig blir resultatet detsamma. Enligt den redogörelse för syftet med Nöplan, dess rättsliga karaktär och dess ägar- och finansieringsförhållanden som den österrikiska regeringen gav i sin skrivelse av den 12 maj 1995 [27] uppfyller bolaget de faktiska villkor som anges i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 [28] för att vara "ett organ som lyder under offentlig rätt". Ett sådant skall anses som en upphandlande myndighet i direktivets mening. [29]

67. Vilket organ som ytterst skall ansvara för eventuella ersättningsanspråk från potentiella anbudsgivare skall bedömas enligt nationell rätt. Gentemot gemenskapen är i vart fall den enskilda medlemsstaten ansvarig. [30] Eftersom det alltså inte

27 — Punkt 63 i detta förslag.

28 — Dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), punkt 21.

29 — Ibidem, punkt 29.

30 — Senast dom av den 17 december 1998 i mål C-353/96, kommissionen mot Irland (REG 1998, s. I-8565), punkt 23.

föreligger något tvivel om vem som bär det principiella ansvaret inom ramen för gemenskapsrätten om offentlig upphandling reduceras den fråga som domstolen skall besvara till de rättsliga och faktiska förutsättningarna för en skyldighet att säga upp redan ingångna avtal.

68. Jag skall först behandla det formella argumentet att befogenheterna i ett förfarande om fördragsbrott inte får gå utöver den möjlighet att begränsa följderna av en tilldelning som strider mot gemenskapsrätten till att de anbudsgivare som har lidit skada har rätt till skadestånd, som en medlemsstat uttryckligen har tillerkänts enligt den sekundära gemenskapsrätten. Argumentet är riktigt såtillvida att förfarandet enligt artikel 3 i direktiv 89/665 och förfarandet om fördragsbrott har samma mål, om målet definieras så, att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling skall iakttas. Därutöver måste man emellertid utgå ifrån att de kontrollförfaranden i efterhand som föreskrivs i direktivet i första hand avser förhållandet mellan anbudsgivaren och den upphandlande myndigheten. Förfarandet enligt artikel 3 i direktivet, som ger kommissionen rätt att ingripa, är — som domstolen i sin praxis redan uttryckligen har fastställt [31] — en förebyggande åtgärd. Kommissionens befogenheter enligt artikel 169 i fördraget varken ändras eller ersätts av det särskilda förfarandet enligt direktivet. [32] Man kan alltså utgå ifrån att den befogenhet som kommissionen har tillerkänts enligt direktiv 89/665 varken formellt eller innehållsmässigt inskränker dess allmänna principiella befogenheter i ett förfarande om fördragsbrott.

69. I föreliggande fall föreligger ett särskilt problem på grund av den omständigheten att de kontrakt som inom ramen för det samlade projektet ännu återstod att tilldela, när den frist som angavs i det motiverade yttrandet utgick, hade upphandlats i enlighet med gemenskapsrättens regler. Det måste därför till en början fastställas i vilken utsträckning det vid ifrågavarande tidpunkt fortfarande förelåg en överträdelse. Den påstådda överträdelsen kan enkelt uttryckas så: i och med att avtal ingåtts i strid med gemenskapsrätten förelåg det en överträdelse, men denna var ännu inte avslutad. Det återstod ännu att uppfylla avtalen.

70. Såvitt avser de avtal som ingåtts på grund av tilldelning av kontrakt är följande att säga. Det råder inte något tvivel om att avtalen objektivt sett har ingåtts i strid med gemenskapsrätten. Det är i dag ostridigt att det vid tidpunkten i fråga förelåg en skiljaktighet mellan det nationella rättsläget och de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Den österrikiska regeringen delade vid en viss tidpunkt denna uppfattning och ombesörjde en anpassning av både de kritiserade AAVB och lagstiftningen. Man kan även räkna med att de lagstiftande organen utgick ifrån att de allmänna bestämmelserna om offentlig upphandling var tillämpliga på storprojektet St Pölten, eftersom de införde den omtvistade undantagsbestämmelsen i delstaten Niederösterreichs lag om offentlig upphandling.

31 — Den i fotnot 22 nämnda domen i mål C-359/93, kommissionen mot Nederländerna, punkt 13. Senast i punkt 22 i den i föregående fotnot nämnda domen i mål C-353/96, kommissionen mot Irland.

32 — Punkt 14 i den i fotnot 22 nämnda domen i mål C-359/63, kommissionen mot Nederländerna, och punkt 22 i den i fotnot 30 nämnda domen i mål C-353/96, kommissionen mot Irland.

71. Sistnämnda omständighet är dock inte avgörande. Klart är att de upphandlingsförfaranden som genomfördes under år 1995 objektivt sett stred mot gemenskapsrätten. Jag behöver här inte i detalj behandla den vid den tiden gällande upphandlingsrättens oförenlighet med gemenskapsrätten, eftersom de österrikiska myndigheterna har erkänt den och genomfört en lagändring för att anpassa upphandlingsrätten till de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, och eftersom kommissionen inte längre åberopar den i föreliggande förfarande.

72. Det är dock tveksamt i vad mån den objektiva oförenligheten med gemenskapsrätten efter den 27 och den 28 november 1995 fick en annan karaktär, som eventuellt kunde medföra en skyldighet att säga upp avtal som ingåtts efter denna tidpunkt.

73. Kommissionen anser att de österrikiska myndigheterna redan genom den skriftväxling som ägde rum under år 1995 blev informerade om den gemenskapsrättsliga problematiken. Vid sammanträdet den 27 och den 28 november 1995 diskuterades emellertid samtliga problem ingående, varför de österrikiska myndigheterna vid den tilldelning som skedde därefter enligt kommissionen handlade mot bättre vetande.

74. Mot detta har den österrikiska regeringen invänt — vilket företrädaren för den österrikiska regeringen uttryckligen hänvisade till vid den muntliga förhandlingen — att samtalen vid sammanträdet inte var bindande. Dessa samtal kan inte anses ha utlöst någon rättsligt förpliktande verkan. Dessutom företrädde de österrikiska myndigheterna enligt den österrikiska regeringen från början med rätta en annan ståndpunkt och böjde sig först senare för kommissionens uppfattning.

75. Det stämmer att det är tveksamt i vad mån den österrikiska regeringen var skyldig att uppfatta kommissionens inställning vid sammanträdet som bindande. Ett sådan informellt sammanträde är inte ägnat att skapa direkta rättsverkningar. Därvid kan man dock inte bortse från att det objektivt sett förelåg en överträdelse och att det fanns en risk för att den praxis som stred mot gemenskapsrätten skulle fortsätta med avsevärda, delvis irreparabla, ekonomiska följder. Senast efter det att förfarandet om fördragsbrottet officiellt inletts, genom den formella underrättelsen av den 15 december 1995, blev de österrikiska myndigheterna skyldiga att avvärja fortsatta skador. Det behövdes i det hänseendet inte — som redan antytts — något långdraget förfarande för en lagändring utan det hade räckt med ett tillfälligt uppskjutande till dess att situationen prövades. Att ett sådant tillvägagångssätt var möjligt visar det beslut som arbetsgruppen fattade den 6 februari 1996.

76. Jag anser därför att den tilldelning som skedde efter det att förfarandet om fördragsbrott formellt inletts fram till dess att beslutet av den 6 februari 1996 fattades var en kvalificerad överträdelse av gemenskapsrätten som mycket väl kunde medföra en skyldighet att säga upp ingångna avtal. Det är trots allt fråga om kontrakt med ett värde avsevärt överstigande 300 000 000 ATS som tilldelades under en period av sex

veckor. I den mån de avtal som ingicks under denna tid den 3 mars 1996 var giltiga och ännu inte uppfyllda förelåg överträdelsen fortfarande och kommissionen kunde kräva att nämnda avtal skulle sägas upp. Detta krav förefaller inte heller oskäligt, eftersom de österrikiska myndigheterna uttryckligen handlat "på egen risk". [33] Att handla "på egen risk" kan knappast betyda att man kan skapa fullbordade fakta som inte kan förknippas med några sanktioner.

77. Eftersom den österrikiska regeringen vid domstolen har anfört att det var omöjligt att säga upp de omtvistade avtalen är det viktigt att undersöka omöjlighetens natur, det vill säga undersöka om omöjligheten förelåg redan från början eller om den uppkom först senare och om den var rättslig eller faktisk. Om uppsägningen först senare blivit omöjlig, på grund av att byggarbetet under tiden hade utförts, kan denna omständighet inte på något sätt ändra den abstrakta skyldighet som förelåg den 7 mars 1996. Domstolen har i sin praxis för övrigt fastslagit att en medlemsstat inte kan åberopa ett fullbordat faktum som den själv har gett upphov till för att undgå ett förfarande om fördragsbrott. [34]

78. Mot denna bakgrund skall man också bedöma påståendet att det redan från början var omöjligt att säga upp avtalen därför att det var så angeläget att arbetena fortsatte. Kommissionen har endast krävt uppsägning av de avtal som den upphandlande myndigheten ingått på egen risk med vetskap om att de eventuellt stred mot gemenskapsrätten. Medlemsstaten hade kunnat undvika kravet om den för att hindra att det uppkom ett fullbordat faktum ofördröjligen vidtagit förebyggande åtgärder i form av ett beslut motsvarande det som antogs den 6 februari 1996.

79. Detta synsätt stöds av en bedömning som ligger till grund för direktiv 93/37. Enligt artikel 7.3 c i direktivet får den upphandlande myndigheten tilldela kontrakt på offentliga bygg- och anläggningsarbeten i ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling, om det föreligger oavvisliga skäl för att inte iaktta den föreskrivna fristen. Skälen måste dock utgöras av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte kunnat förutse.

80. Vad som sagts i det föregående gäller när det påstås ha förelegat en faktisk omöjlighet, och det återstår att utreda eventuella följder av en rättslig omöjlighet. Den gemenskapsrättsliga bedömningen stöter här på patrull. En eventuell uppsägning av avtalen är nämligen — som kommissionen med rätta har anfört och som redan har berörts inom ramen för prövningen av invändningarna om rättegångshinder — en fråga vars avgörande faller inom medlemsstatens behörighet. De rättsliga grundvalarna för och omfattningen av en eventuell uppsägning bestäms av nationell rätt och kan följaktligen inte fastställas med någon förpliktande verkan i detta mål.

33 — Jämför beslut av domstolens ordförande av den 22 april 1994 i mål C-37/94 R, kommissionen mot Belgien (REG 1994, s. I-1395), punkt 34, som den österrikiska regeringen uttryckligen har åberopat.

34 — Dom av den 7 februari 1973 i mål 39/72, kommissionen mot Italien (REG 1973, s. 101), punkt 10. Se också generaladvokatens förslag till avgörande av den 13 mars 1991 i mål C-247/89, kommissionen mot Portugal (REG 1991, s. I-3670), punkt 36, och punkt 40 i det i fotnot 33 nämnda beslutet i mål C-87/94.

81. Av väsentlig betydelse är därför den österrikiska regeringens framställning. Den innehåller visserligen en rad grunder för att en uppsägning av avtalen i efterhand är omöjlig, men det har inte någon gång påståtts att en uppsägning redan från början var absolut omöjlig på rättsliga grunder. Eftersom den österrikiska regeringen in i det sista även vid domstolen har betraktat kommissionens uppmaning att säga upp avtalen som ett otillåtet yrkande gjorde den vid ifrågavarande tidpunkt säkerligen inte något försök att rätta sig efter uppmaningen.

82. Vid den fortsatta prövningen skall man därför utgå ifrån att en uppsägning i vart fall inte var absolut omöjlig. Om det så bara fanns *en enda* möjlighet avsåg kommissionens yrkande inte en omöjlig prestation. Kommissionens uppmaning måste därför anses ha medfört en rättslig skyldighet att vidta en åtgärd.

83. Den österrikiska regeringen har nu vid domstolen anfört att en uppsägning av avtalen var orimlig därför att skyddet av avtalsparternas berättigade förväntningar hade företräde framför kommissionens begäran. Detta argument är oriktigt. Den österrikiska regeringen har åberopat rättigheter för tredje man som på ett rättsstridigt sätt har skapats av den upphandlande myndigheten. Medlemsstaten kan inte med framgång åberopa konsekvenserna av sitt rättsstridiga beteende för att ifrågasätta sina grundläggande rättsliga skyldigheter gentemot gemenskapen. I vilken omfattning en uppsägning i det konkreta fallet var orimlig är domstolen — som redan visats — inte behörig att avgöra.

84. Slutligen skall jag också behandla den österrikiska regeringens argument att direktivens ändamålsenliga verkan inte längre kunde uppnås efter det att en tilldelning av kontrakt redan skett. Konkurrensförhållandena var enligt den österrikiska regeringen påverkade på ett sådant sätt att man inte längre kunde ha återställt det läge som förelåg före tilldelningen. De deltagande anbudsgivarna skulle enligt den österrikiska regeringen alltid ha behållit en konkurrensfördel i förhållande till senare deltagande potentiella anbudsgivare. Denna argumentation må vara riktig i sak. Den är emellertid inte ägnad att rycka undan grunden för varje försök att undanröja ett rättsstridigt beteende. Den österrikiska regeringen skulle i förekommande fall, till exempel genom ett nytt gemenskapskonformt meddelande om upphandling, ha gjort det möjligt för företag, som med hänsyn till omständigheterna helt enkelt inte hade fått kännedom om upphandlingen, att delta i anbudsförfarandet. Dessa potentiella anbudsgivare kan inte pekas ut i efterhand, varför de inte kan göra gällande några anspråk på ersättning.

85. Som slutsats kan konstateras att det den 7 mars 1996 till följd av kommissionens krav fanns en skyldighet att vidta åtgärder och att det inte kunnat fastställas att dessa redan från början var omöjliga.

86. Avslutningsvis skall jag ännu en gång återkomma till den fråga huruvida det föreligger ett berättigat intresse av att få saken prövad som inte kunde besvaras vid

prövningen av invändningarna om rättegångshinder. Eftersom det skall anses ha förelegat en abstrakt skyldighet att vidta åtgärder, vilket den österrikiska regeringen dock in i det sista har bestritt, måste man om så bara av detta skäl bejaka att kommissionen hade ett berättigat intresse av att få saken prövad. En fastställelsedom i föreliggande förfarande kan även få betydelse i en eventuell tvist om ersättningsanspråk, varför ett berättigat intresse av att få saken prövad måste bejakas även av detta skäl.

Rättgångskostnaderna

87. Enligt artikel 69.2 i domstolens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom Republiken Österrike har tappat målet, skall den ersätta rättegångskostnaderna.

C — Förslag till avgörande

88. På grund av vad som anförts i det föregående föreslår jag att domstolen skall meddela följande domslut:

1) Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 och rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 samt enligt artikel 30 i EG-fördraget genom att i samband med uppförandet av ett administrativt och kulturellt centrum för delstaten Niederösterreich i St Pölten, under tiden efter det att förfarandet om fördragsbrott hade inletts fram till den 6 februari 1996, tilldela kontrakt som den 7 mars 1996 ännu inte hade genomförts eller vid denna tidpunkt fortfarande kunde sägas upp på rimligt sätt.

2) Republiken Österrike skall ersätta rättegångskostnaderna.