DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

2. juni 2005 *

I sag C-394/02,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 8. november 2002,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin og M. Konstantinidis, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Den Hellenske Republik ved P. Mylonopoulos, D. Tsagkaraki og S. Chala, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: græsk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann (refererende dommer), og dommerne K. Lenaerts, J.N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič og E. Levits,

generaladvokat: F.G. Jacobs
justitssekretær: ekspeditionssekretær K. Sztranc,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 8. december 2004,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 24. februar 2005,

afsagt følgende

Dom

1 Kommissionen har i sin stævning nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Den Hellenske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af 16. februar 1998 (EFT L 101, s. 1, herefter »direktiv 93/38«), navnlig direktivets artikel 20 ff., idet den offentlige elektricitetsvirksomhed

Dimosia Epicheirisi Ilektrismoys (herefter »DEI«) har tildelt en kontrakt om bygning af et transportbåndssystem til Megalopolis' termiske kraftværk efter en procedure med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse.

Retsforskrifter

2 I medfør af artikel 15 i direktiv 93/38 indgås »bygge- og anlægskontrakter [...] i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III, IV og V«.

3 Det er i artikel 20, stk. 1, i samme direktiv anført, at »[o]rdregiverne kan vælge en af de procedurer, der er omhandlet i artikel 1, nr. 7, [dvs. et offentligt udbud, begrænset udbud eller udbud efter forhandling] såfremt der har været udbud i overensstemmelse med artikel 21, jf. dog stk. 2«.

4 Artikel 20, stk. 2, har følgende ordlyd:

»Ordregiverne kan anvende en procedure uden forudgående udbud [...]:

[...]

c) hvis aftalen af tekniske [...] grunde [...] kun overdrages til en bestemt [...] entreprenør

d) i strengt nødvendigt omfang, hvis sagens yderst hastende karakter som følge af begivenheder, som ordregiverne ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne, for offentlige eller begrænsede udbud

[...]«

5 Artikel 21, stk. 1, i direktiv 93/38 fastsætter de måder, hvorpå et udbud kan gennemføres, dvs. i det væsentlige ved offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af en bekendtgørelse i overensstemmelse med de modeller, der fremgår af bilagene til samme direktiv.

Sagens faktiske omstændigheder og den administrative procedure

6 I oktober 1997 forelagde DEI med henblik på en procedure om vurderingen af indvirkningen på miljøet i medfør af Rådets direktiv 85/337/EØF af 27. juni 1985 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet (EFT L 175, s. 40) et projekt for den kompetente myndighed, dvs. ministeriet for miljø,

planlægning og offentlige arbejder, om installering af et system for afsvovling, stabilisering og transport af aske og fast affald fra Megalopolis-værket.

7 Ved beslutninger af 29. oktober 1998 og 30. december 1999 gav nævnte kompetente ministerium sin godkendelse til projektet og krævede samtidigt, at DEI dels inden for ni måneder, dvs. inden september 2000, fremsatte en begæring om en endelig tilladelse til at bortskaffe det heraf følgende affald, og dels inden for tolv måneder, dvs. inden december 2000, installerede et transportbåndssystem til transport af aske mellem værket og Thoknia-minen, hvor asken ville blive behandlet.

8 I betragtning af disse frister besluttede DEI den 27. juli 1999 at iværksætte et udbud efter forhandling uden offentliggørelse af en bekendtgørelse og opfordrede sammenslutningen af virksomhederne Koch/Metka samt virksomheden Dosco Overseas Engineering Ltd (herefter »virksomheden Dosco«) til at afgive bud.

9 Den 18. januar 2000 erklærede sidstnævnte virksomhed, at den ikke ønskede at deltage i nævnte udbudsprocedure.

10 Den 29. august 2000, efter flere måneders forhandlinger, overlod DEI bygningen af transportbåndssystemet til transport af aske mellem Megalopolis-værket og Thoknia-minen (herefter »den omtvistede kontrakt«) til sammenslutningen af virksomhederne Koch/Metka.

11 Efter at have givet Den Hellenske Republik lejlighed til at fremkomme med bemærkninger fremsatte Kommissionen 21. december 2001 en begrundet udtalelse,

i hvilken den fastslog, at den omtvistede kontrakt burde have været offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* i overensstemmelse med direktiv 93/38. Den opfordrede derfor denne medlemsstat til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at imødekomme den begrundede udtalelse inden to måneder efter meddelelsen af udtalelsen. Da Kommissionen ikke var tilfreds med det af de hellenske myndigheder ved skrivelse af 3. april 2002 afgivne svar, besluttede den at anlægge denne sag.

Om søgsmålet

Formaliteten

12 Den hellenske regering har fremsat fire formalitetsindsigelser om henholdsvis Kommissionens manglende retlige interesse, sagens manglende genstand, den upræcise karakter af den begrundede udtalelse og om procedurefordrejning.

Kommissionens manglende søgsmålsinteresse

13 Efter den hellenske regerings opfattelse havde Kommissionen ikke en berettiget interesse i at indlede en traktatbrudsprocedure, for så vidt som den påståede overtrædelse af fællesskabsretten på datoen for udløbet af fristen til at efterkomme den begrundede udtalelse var helt, eller i det mindste i vidt omfang, ophørt.

14 Herom skal det bemærkes, at det ikke påhviler Kommissionen, som et led i dens beføjelser i henhold til artikel 226 EF, at påvise, at den har en søgsmålsinteresse (jf. dom af 4.4.1974, sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 359, præmis 15, og af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 29).

15 Det er således Kommissionens opgave af egen drift og i den almindelige interesse at påse, at medlemsstaterne anvender fællesskabsretten, og at drage omsorg for, at det bliver fastslået, at eventuelle tilsidesættelser af heraf udspringende forpligtelser foreligger, med henblik på at bringe sådanne tilsidesættelser til ophør (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 15, og dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

16 Artikel 226 EF har således ikke til formål at beskytte denne institutions egne rettigheder. Det tilkommer alene Kommissionen at afgøre, hvorvidt det må anses for formålstjenligt at indlede en traktatbrudsprocedure, og i givet fald at fastlægge, på grundlag af hvilken handlemåde eller undladelse denne procedure bør iværksættes (jf. i denne retning dom af 11.8.1995, sag C-431/92, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2189, præmis 22, af 5.11.2002, sag C-476/98, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 9855, præmis 38, og dommen af 10.4.2003 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 30).

Den manglende sagsgenstand

17 Den hellenske regering har gjort gældende, at sagen er uden genstand, i det omfang den bygge- og anlægskontrakt, der blev indgået mellem DEI og sammenslutningen af virksomhederne Koch/Metka i forbindelse med den omtvistede kontrakt, på datoen for udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist næsten havde

udtømt sine virkninger. På denne dato var de omhandlede arbejder ifølge den hellenske regering i stort omfang afsluttet, dvs. i størrelsesordenen 85%. Det var derfor de facto ikke længere muligt at efterkomme den begrundede udtalelse.

18 I denne henseende er det korrekt, at Domstolen på området for indgåelse af offentlige kontrakter har fastslået, at et traktatbrudssøgsmål skal afvises, hvis den pågældende kontrakt ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist allerede havde udtømt alle sine virkninger (jf. i denne retning dom af 31.3.1992, sag C-362/90, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2353, præmis 11 og 13).

19 I den foreliggende sag var kontrakten mellem DEI og sammenslutningen af virksomhederne Koch/Metka under opfyldelse på datoen for udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist, da kun 85% af arbejderne var blevet fuldført. Den nævnte kontrakt havde derfor ikke udtømt alle sine virkninger.

Den upræcise karakter af den begrundede udtalelse

20 Den hellenske regering har gjort gældende, at den begrundede udtalelse var for upræcis, da Kommissionen ikke havde anført de foranstaltninger, som skulle iværksættes for at efterkomme den.

21 Det fremgår af fast retspraksis, at selv om den begrundede udtalelse skal indeholde en sammenhængende og detaljeret redegørelse for Kommissionens grunde til at antage, at den pågældende stat har tilsidesat en af sine forpligtelser efter EF-traktaten, har Kommissionen dog ikke pligt til i denne udtalelse at angive, hvilke

foranstaltninger den mener ville kunne bringe det påtalte traktatbrud til ophør (jf. i denne retning dom af 11.7.1991, sag C-247/89, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 3659, præmis 22, og af 28.10.1999, sag C-328/96, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 7479, præmis 39).

22 Den administrative procedure har således til formål at afgrænse traktatbrudssøgsmålets genstand med henblik på at give den nævnte medlemsstat lejlighed til at opfylde sine fællesskabsretlige forpligtelser eller virkningsfuldt tage til genmæle over for Kommissionens klagepunkter (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 34, og dommen af 5.11.2002 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 46 og 47).

23 Som følge heraf er det kun, når Kommissionen agter at gøre den manglende indførelse af foranstaltninger, der ville gøre det muligt at afhjælpe det påtalte traktatbrud, til genstand for sit traktatbrudssøgsmål, at den særligt skal angive disse foranstaltninger i den begrundede udtalelse (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 39).

24 I det foreliggende tilfælde er sagens genstand imidlertid begrænset til en konstatering af, at der foreligger et traktatbrud på grund af tildelingen af den omtvistede kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse. Sagens genstand tilsigter derfor ikke, at der fastslås endnu et traktatbrud, der er baseret på den manglende iværksættelse af foranstaltninger, der ville gøre det muligt at afhjælpe det første traktatbrud.

Procedurefordrejning

25 Den hellenske regering har vurderet, at Kommissionen i stedet for at anlægge en traktatbrudssag burde have grebet ind direkte og pålagt en udsættelse af tildelingen

af den omtvistede kontrakt efter artikel 3 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33).

26 Herom skal det bemærkes, at det angående energiforsyning ikke er direktiv 89/665, men Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14), der finder anvendelse.

27 Men selv om det antages, at den hellenske regering havde sigtet efter artikel 8 i direktiv 92/13, hvori er fastsat en procedure, som i det væsentlige er identisk med den, som er fastsat i artikel 3 i direktiv 89/665 følger det af fast retspraksis, at selv om det er ønskeligt, at Kommissionen anvender den direkte interventionsprocedure, som er indført ved nævnte direktiver, udgør en sådan procedure imidlertid en forebyggende foranstaltning, der hverken kan begrunde undtagelser fra eller erstatte Kommissionens virksomhed på grundlag af artikel 226 EF (jf. i forbindelse med direktiv 89/665 dom af 24.1.1995, sag C-359/93, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 157, præmis 13, af 4.5.1995, sag C-79/94, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1071, præmis 11, og af 17.12.1998, sag C-353/96, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 8565, præmis 22, samt dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 57). Hvorvidt Kommissionen havde anvendt den pågældende procedure eller ikke, er således uden betydning, når det drejer sig om at vurdere formaliteten i en traktatbrudssag.

28 Det er således alene Kommissionen, der har beføjelse til at vurdere, om det er hensigtsmæssigt at indlede en traktatbrudsprocedure efter artikel 226 EF (jf. i denne retning dommen af 11.8.1995 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 22, og

dommen af 5.11.2002 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38). Valget mellem de to procedurer hører således under Kommissionens beføjelser.

29 Det følger af ovenstående betragtninger, at formalitetsindsigelserne må afvises.

Sagens realitet

30 Kommissionen har til støtte for sin påstand fremført et enkelt klagepunkt, der i hovedsagen bygger på en overtrædelse af artikel 15 i direktiv 93/38, sammenholdt med artikel 20, stk. 1, og artikel 21 i samme direktiv, med den begrundelse, at DEI havde tildelt den omtvistede kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende.*

31 I denne henseende skal det bemærkes, at den hellenske regering ikke har bestridt, at den omtvistede kontrakt er omfattet af artikel 15 i direktiv 93/38, og derfor i princippet skulle indgås i overensstemmelse med afsnit III-V i dette direktiv, som navnlig fastsætter en skabelse af konkurrence ved offentliggørelsen af en bekendtgørelse i nævnte EF-Tidende.

32 Denne regering har imidlertid gjort gældende, at den omtvistede kontrakt i medfør af artikel 20, stk. 2, litra c) og d), i direktiv 93/38 undtagelsesvist kunne tildeles uden offentliggørelse af en bekendtgørelse. Dels var sammenslutningen af virksomhederne Koch/Metka ifølge regeringen den eneste, der var i stand til at udføre de

pågældende arbejder, henset til særegenhederne ved det produkt, der skal transporteres, og til stedets undergrund såvel som nødvendigheden af at tilslutte transportbåndene til det allerede foreliggende transportbåndssystem. Dels var udførelsen af disse arbejder meget hastende som følge af de af ministeriet for miljø, planlægning og offentlige arbejder fastsatte frister.

33 Herom skal det indledningsvis bemærkes, at bestemmelserne i artikel 20, stk. 2, litra c) og d), i direktiv 93/38, som er undtagelser til bestemmelserne om fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter, skal fortolkes strengt. Derudover påhviler bevisbyrden den part, som ønsker at påberåbe sig disse bestemmelser (jf. i denne retning i forbindelse med direktiv 71/305 og direktiv 93/37 dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039, præmis 14, af 18.5.1995, sag C-57/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1249, præmis 23, og af 14.9.2004, sag C-385/02, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 8121, præmis 19).

34 Hvad angår for det første artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38 fremgår det af retspraksis, at anvendelsen af denne bestemmelse er underlagt to kumulative betingelser, nemlig dels, at der er tekniske grunde forbundet med de arbejder, der er genstand for kontrakten, dels at disse tekniske grunde gør det strengt nødvendigt at tildele nævnte kontrakt til en bestemt virksomhed (jf. i denne retning i forbindelse med direktiv 71/305 og direktiv 93/37 dommen af 18.5.1995 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 24, og dommen af 14.9.2004 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 18, 20 og 21).

35 Selv om arbejderne i denne sag involverer tekniske grunde i den forstand, der er omfattet af artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38, som generaladvokaten har anført i punkt 40-45 i forslaget til afgørelse, skal det dog fastslås, at den hellenske regering ikke på overbevisende måde har påvist, at kun sammenslutningen af virksomhederne Koch/Metka var i stand til at udføre dem, og at det som følge heraf var tvingende nødvendigt at tildele sammenslutningen kontrakten.

36 Hverken de særlige egenskaber ved det produkt, som skal transporteres, eller den ustabile karakter af undergrunden eller nødvendigheden af at tilslutte transportbåndssystemet til det allerede foreliggende system beviser i sig selv, at den nævnte sammenslutning var den eneste entreprenør i Fællesskabet, som besad den fornødne knowhow til at udføre de omhandlede arbejder.

37 I øvrigt antog DEI selv, efter ligeledes at have henvendt sig til virksomheden Dosco, at en anden virksomhed end sammenslutningen Koch/Metka i princippet ligeledes var i stand til at udføre disse arbejder.

38 Derudover følger det af sagsakterne, at DEI tidligere angående lignende arbejder, der skulle udføres det samme sted, allerede havde indledt fremgangsmåder for indgåelse af offentlige kontrakter med offentliggørelse af en bekendtgørelse.

39 Det kan derfor ikke fastholdes, at gennemførelsen af den omtvistede kontrakt som følge af dermed forbundne tekniske grunde kun kunne betros til sammenslutningen af virksomhederne Koch/Metka.

40 Hvad angår for det andet den i artikel 20, stk. 2, litra d), i direktiv 93/38 fastsatte undtagelse har retspraksis opstillet tre kumulative betingelser, nemlig at der foreligger en uforudseelig begivenhed, en uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved et udbud, og en årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed (jf. i denne retning i forbindelse med direktiv 71/305 dom af 2.8.1993, sag C-107/92, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4655, præmis 12, og af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1949, præmis 14).

41 Den hellenske regering har imidlertid ikke påvist, at disse betingelser var opfyldt i denne sag.

42 Nødvendigheden af at udføre de omhandlede arbejder inden for de frister, som blev opstillet af den myndighed, som har kompetence til at vurdere projektets indvirkning på miljøet, kan ikke betragtes som en tvingende uopsættelighed, der følger af en uforudseelig begivenhed.

43 Det forhold, at en myndighed, som skal godkende det pågældende projekt, kan opstille frister, udgør en forudseelig faktor i gennemførelsen af proceduren for godkendelse af det nævnte projekt (jf. i denne retning i forbindelse med direktiv 71/305 dommen af 28.3.1996 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 18).

44 Derudover kunne DEI for så vidt angår den omtvistede kontrakt have iværksat et udbud med offentliggørelse af en bekendtgørelse ved indledningen af proceduren for vurdering af indvirkningerne på miljøet, dvs. tre år inden udløbet af de opstillede frister.

45 Det kan derfor heller ikke gøres gældende, at en tvingende uopsættelighed, der følger af en uforudseelig begivenhed for DEI, ikke gjorde det muligt at overholde de krævede frister i tilfælde af et udbud.

46 Henset til ovenstående skal det fastslås, at Den Hellenske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/38, navnlig direktivets artikel 20, stk. 1, og artikel 21, idet DEI har tildelt kontrakten om bygning af et transportbåndssystem til Megalopolis' termiske kraftværk gennem et udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse.

Sagens omkostninger

47 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Den Hellenske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Den Hellenske Republik har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

1) **Den Hellenske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som ændret ved direktiv 98/4/EF, navnlig direktivets artikel 20, stk. 1, og artikel 21, idet Dimosa Epicheirisi Ilektrismoy har tildelt kontrakten om bygning af et transportbåndssystem til Megalopolis' termiske kraftværk gennem et udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse.**

2) **Den Hellenske Republik betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter