DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)
den 2 juni 2005 *

I mål C-394/02,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 8 november 2002,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av M. Nolin och M. Konstantinidis, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Grekland, företrädd av P. Mylonopoulos, D. Tsagkaraki och S. Chala, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: grekiska.

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann (referent) samt domarna K. Lenaerts, J.N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič och E. Levits,

generaladvokat: F.G. Jacobs,
justitiesekreterare: byrådirektören K. Sztranc,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 8 december 2004,

och efter att den 24 februari 2005 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen skall fastställa att Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 (EGT L 101, s. 1) (nedan kallat direktiv 93/38), särskilt artikel 20 och följande artiklar i direktivet, genom att tilldela det offentliga

elektricitetsföretaget Dimosia Epicheirisi Ilektrismoy (nedan kallat DEI) kontraktet för konstruktionen av ett transportbandsystem för värmekraftverket Megalopolis genom ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan offentliggöra ett meddelande om upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

2 Enligt artikel 15 i direktiv 93/38 kan "[v]arukontrakt ... upphandlas i enlighet med bestämmelserna i avdelningarna III, IV och V".

3 I artikel 20.1 i samma direktiv föreskrivs att "[u]pphandlande enheter kan välja ett av de förfaranden som beskrivs i artikel 1.7 [nämligen öppet, selektivt eller förhandlat förfarande], förutsatt att, om inte annat följer av punkt 2, uppmaning till anbudsgivning har gjorts i enlighet med artikel 21".

4 I artikel 20.2 föreskrivs följande:

"De upphandlande enheterna kan i följande fall välja ett av förfarandena utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning:

...

c) Om kontraktet av tekniska ... skäl ... endast kan fullföljas av en viss ... entreprenör ... .

d) I nödvändig mån i sådana fall, då synnerlig brådska orsakad av omständigheter, som inte kunnat förutses av de upphandlande enheterna, gör det omöjligt att iaktta de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden.

..."

5 I artikel 21.1 i direktiv 93/38 anges på vilka sätt anbudsinfordran kan ske, nämligen i huvudsak genom offentliggörande av ett meddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* utfärdat i överensstämmelse med de förlagor som anges i bilagorna till direktivet.

Bakgrund och det administrativa förfarandet

6 I oktober 1997 lämnade DEI ett förslag rörande installationen av ett system för avsvavling, stabilisering, transport och deponering av fast avfall från värmekraftverket Megalopolis till den behöriga myndigheten, nämligen ministeriet för miljö, planering och offentliga arbeten, i syfte att genomföra en miljökonsekvensbedömning enligt rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om bedömning av

inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt (EGT L 175, s. 40; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 226).

7 Det ovannämnda ministeriet godkände förslaget genom beslut av den 29 oktober 1998 respektive den 30 december 1999. Godkännandet villkorades för det första med att DEI inom nio månader, det vill säga i september 2000, skulle ansöka om ett slutligt tillstånd att bortskaffa avfallet från anläggningen, och för det andra med att ett transportbandsystem för transport av askan mellan nämnda anläggning och gruvan i Thoknia, där askan skulle behandlas, skulle vara installerat inom tolv månader, det vill säga i december 2000.

8 Med beaktande av dessa tidsfrister, beslutade DEI den 27 juli 1999 att genomföra ett förhandlat upphandlingsförfarande utan att offentliggöra något meddelande, och uppmanade företagsgruppen Koch/Metka och företaget Dosco Overseas Engineering Ltd (nedan kallat företaget Dosco) att inkomma med anbud.

9 Den 18 januari 2000 meddelade Dosco att det inte önskade delta i upphandlingsförfarandet.

10 Efter flera månaders förhandlingar beslutade DEI den 29 augusti 2000 att upphandla konstruktionen av transportbandsystemet för transport av aska från värmekraftverket Megalopolis till gruvan i Thoknia (nedan kallad den omtvistade upphandlingen) från företaget Koch/Metka.

11 Efter att ha gett Republiken Grekland tillfälle att yttra sig, avgav kommissionen den 21 december 2001 ett motiverat yttrande och anförde att den omtvistade

upphandlingen borde ha blivit föremål för ett meddelande publicerat i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* i enlighet med direktiv 93/38. Kommissionen anmodade således denna medlemsstat att inom två månader från delgivningen vidta de åtgärder som var nödvändiga för att följa det motiverade yttrandet. Kommissionen var inte nöjd med det svar som de grekiska myndigheterna hade lämnat i en skrivelse av den 3 april 2002 och beslutade att väcka förevarande talan.

Talan

Upptagande till sakprövning

12 Den grekiska regeringen har framfört fyra invändningar om rättegångshinder, nämligen att kommissionen inte hade något berättigat intresse av att få saken prövad, att talan saknar föremål, att det motiverade yttrandet är otydligt samt att handläggningsreglerna åsidosatts.

Huruvida kommissionen hade ett berättigat intresse av att få saken prövad

13 Enligt den grekiska regeringen hade inte kommissionen något berättigat intresse av att inleda ett fördragsbrottsförfarande, eftersom det påstådda åsidosättandet av gemenskapsrätten helt eller åtminstone i stor utsträckning hade upphört vid den tidpunkt då fristen för att följa det motiverade yttrandet löpte ut.

14 Det skall härvid erinras om att kommissionen vid utövandet av de befogenheter som den har tilldelats enligt artikel 226 EG inte behöver visa att den har ett berättigat intresse av att få saken prövad (se dom av den 4 april 1974 i mål 167/73, kommissionen mot Frankrike, REG 1974, s. 359, punkt 15, svensk specialutgåva, volym 2, s. 257, och av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, REG 2003, s. I-3609, punkt 29).

15 Kommissionen skall nämligen i gemenskapens allmänna intresse på eget initiativ övervaka medlemsstaternas tillämpning av gemenskapsrätten samt försöka få eventuella fördragsbrott fastställda för att få dessa överträdelser att upphöra (se domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Frankrike, punkt 15, och kommissionen mot Tyskland, punkt 29, samt där angiven rättspraxis).

16 Artikel 226 EG har således inte till syfte att skydda kommissionens egna rättigheter. Kommissionen är ensam behörig att avgöra om det är lämpligt att inleda ett förfarande om fördragsbrott och på grund av vilken handling eller vilken underlåtenhet detta i så fall skall ske (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 augusti 1995 i mål C-431/92, kommissionen mot Tyskland, REG 1995, s. I-2189, punkt 22, av den 5 november 2002 i mål C-467/98, kommissionen mot Tyskland, REG 2002, s. I-9855, punkt 38, och av den 10 april 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 30).

Huruvida talan saknar föremål

17 Den grekiska regeringen har gjort gällande att talan saknar föremål, eftersom verkan av det avtal om arbeten som ingicks mellan DEI och företagsgruppen Koch/Metka inom ramen för den omtvistade upphandlingen nästan upphört vid den tidpunkt då den frist som angavs i det motiverade yttrandet löpte ut. Vid denna tidpunkt hade de

ifrågavarande arbetena i stor utsträckning slutförts, närmare bestämt till 85 procent. Det hade således *de facto* inte längre varit möjligt att följa det motiverade yttrandet.

18 Domstolen har visserligen på området för offentlig upphandling uttalat att en fördragsbrottstalan inte kan upptas till prövning om verkan av det ifrågavarande avtalet redan har upphört vid den tidpunkt då den frist som fastställts i det motiverade yttrandet löper ut (se, för ett liknande resonemang, dom av den 31 mars 1992 i mål C-362/90, kommissionen mot Italien, REG 1992, s. I-2353, punkterna 11 och 13).

19 I förevarande fall höll emellertid det avtal som ingåtts mellan DEI och företagsgruppen Koch/Metka inom ramen för den omtvistade upphandlingen på att genomföras vid den tidpunkt då den frist som fastställts i det motiverade yttrandet löpte ut, eftersom de aktuella arbetena endast slutförts till 85 procent. Verkan av ovannämnda avtal hade således inte upphört.

Huruvida det motiverade yttrandet var otydligt

20 Den grekiska regeringen har gjort gällande att det motiverade yttrandet var alltför otydligt, eftersom kommissionen inte närmare angett vilka åtgärder som skulle vidtas för att följa det.

21 Det framgår i detta avseende av fast rättspraxis att, även om det motiverade yttrandet skall innehålla en konsekvent och detaljerad redogörelse för skälen till att kommissionen anser att den berörda medlemsstaten har underlåtit att uppfylla en av sina skyldigheter enligt EG-fördraget, kommissionen emellertid inte är skyldig att i

yttrandet ange vilka åtgärder som skulle kunna undanröja det påtalade fördragsbrottet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 1991 i mål C-247/89, kommissionen mot Portugal, REG 1991, s. I-3659, punkt 22, och av den 28 oktober 1999 i mål C-328/96, kommissionen mot Österrike, REG 1999, s. I-7479, punkt 39).

22 Syftet med det administrativa förfarandet är nämligen att avgränsa föremålet för talan om fördragsbrott för att ge nämnda medlemsstat möjlighet att dels fullgöra sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten, dels göra invändningar mot klagomål framställda av kommissionen (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Österrike, punkt 34, och dom av den 5 november 2002 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 46 och 47).

23 Det är således endast då kommissionen avser att väcka talan om fördragsbrott på grund av att en åtgärd som skulle kunnat undanröja det påtalade fördragsbrottet inte vidtagits som den specifikt skall ange denna åtgärd i det motiverade yttrandet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Österrike, punkt 39).

24 Talan i förevarande fall avser emellertid endast fastställande av en underlåtenhet till följd av att den omtvistade upphandlingen genomförts utan att något meddelande dessförinnan offentliggjorts. Den avser således inte fastställande av ytterligare en underlåtenhet, på grundval av att en åtgärd som skulle kunna undanröja det första fördragsbrottet inte vidtagits.

Åsidosättande av handläggningsregler

25 Den grekiska regeringen anser att kommissionen i stället för att väcka en talan om fördragsbrott borde ha ingripit direkt och begärt att den omtvistade upphandlingen

skulle avbrytas med stöd av artikel 3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48).

26 Det skall härvid påpekas att det vad beträffar energisektorn inte är direktiv 89/665 som är tillämpligt utan rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127).

27 Även för det fall att den grekiska regeringen avsett artikel 8 i direktiv 92/13, i vilken artikel det föreskrivs ett förfarande som i princip är identiskt med det som föreskrivs i artikel 3 i direktiv 89/665, följer det av fast rättspraxis att, även om det är att föredra att kommissionen använder sig av det förfarande för direkt ingripande som föreskrivs enligt dessa direktiv, ett sådant förfarande utgör en förebyggande åtgärd som inte kan avvika från eller ersätta de befogenheter som kommissionen har enligt artikel 226 EG (se i fråga om direktiv 89/665 dom av den 24 januari 1995 i mål C-359/93, kommissionen mot Nederländerna, REG 1995, s. I-157, punkt 13, av den 4 maj 1995 i mål C-79/94, kommissionen mot Grekland, REG 1995, s. I-1071, punkt 11, av den 17 december 1998 i mål C-353/96, kommissionen mot Irland, REG 1998, s. I-8565, punkt 22, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Österrike, punkt 57). Huruvida kommissionen har använt sig av nämnda förfarande saknar således betydelse för frågan om en talan om fördragsbrott mot en annan medlemsstat kan tas upp till sakprövning.

28 Kommissionen är nämligen ensam behörig att avgöra om det är lämpligt att inleda ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 augusti 1995 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland,

punkt 22, och av den 5 november 2002 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 38). Valet mellan de två förfarandena omfattas således av kommissionens befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar.

29 Av det ovan anförda följer att invändningarna om rättegångshinder inte kan godtas.

Prövning i sak

30 Kommissionen har till stöd för sin talan endast åberopat att artikel 15 i direktiv 93/38 jämförd med artiklarna 20.1 och 21 i samma direktiv har åsidosatts, med motiveringen att DEI genomfört den omtvistade upphandlingen utan att dessförinnan offentliggöra ett meddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning.*

31 Det skall härvid konstateras att den grekiska regeringen inte har bestritt att den omtvistade upphandlingen omfattas av artikel 15 i direktiv 93/38 och således i princip skall upphandlas i enlighet med bestämmelserna i avdelningarna III–V i detta direktiv, i vilka det bland annat föreskrivs att anbudsinfordran skall ske genom att ett meddelande offentliggörs i officiella tidningen.

32 Denna regering har emellertid gjort gällande att den omtvistade upphandlingen enligt artikel 20.2 c och d i direktiv 93/38 undantagsvis kunde ske utan offentliggörande av ett meddelande. Enligt denna regering var det endast företagsgruppen Koch/Metka som kunde utföra de ifrågavarande arbetena med

hänsyn till de särskilda egenskaperna hos den produkt som skulle transporteras och den underliggande jorden i området samt till att det var nödvändigt att koppla samman transportbanden med de redan befintliga. Det var även mycket brådskande att genomföra dessa arbeten på grund av de frister som uppställts av ministeriet för miljö, planering och offentliga arbeten.

33 Det skall härvid inledningsvis erinras om att bestämmelserna i artikel 20.2 c och d i direktiv 93/38, som utgör undantag till bestämmelserna om förfarandena för offentlig upphandling, skall tolkas strikt. Det är dessutom den som åberopar dessa undantagsbestämmelser som har bevisbördan (se, för ett liknande resonemang i fråga om direktiven 71/305 och 93/37, dom av den 10 mars 1987 i mål 199/85, kommissionen mot Italien, REG 1987, s. 1039, punkt 14, av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, kommissionen mot Italien, REG 1995, s. I-1249, punkt 23, och av den 14 september 2004 i mål C-385/02, kommissionen mot Italien, REG 2004, s. I-8121, punkt 19).

34 Vad för det första beträffar artikel 20.2 c i direktiv 93/38, följer av rättspraxis att två kumulativa villkor skall vara uppfyllda för att denna bestämmelse skall bli tillämplig, nämligen att de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär och att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet (se, för ett liknande resonemang i fråga om direktiven 71/305 och 93/37, dom av den 18 maj 1995 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 24, och av den 14 september 2004 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkterna 18, 20 och 21).

35 Såsom generaladvokaten angett i punkterna 40–45 i sitt förslag till avgörande konstaterar domstolen emellertid att om de aktuella arbetena är av teknisk karaktär i den mening som avses i artikel 20.2 c i direktiv 93/38, har den grekiska regeringen inte på ett övertygande sätt visat att endast företagsgruppen Koch/Metka var i stånd att utföra dessa och att det följaktligen var absolut nödvändigt att tilldela den kontraktet.

36 Varken de särskilda egenskaperna hos den produkt som skulle transporteras, instabiliteten hos den underliggande jorden eller den omständigheten att det var nödvändigt att koppla samman de nya transportbanden med de redan befintliga visar i sig att nämnda företagsgrupp var det enda företag i gemenskapen som förfogade över nödvändiga kunskaper för att utföra de aktuella arbetena.

37 Slutligen ansåg DEI självt att det i princip även fanns ett annat företag än företagsgruppen Koch/Metka som hade förmåga att utföra dessa arbeten, eftersom det uppmanat företaget Dosco att lämna anbud.

38 Det framgår dessutom av handlingarna att DEI, vad beträffar liknande arbeten som skulle genomföras på samma område, redan vid tidigare tillfällen hade deltagit i upphandlingsförfaranden med offentliggörande av ett meddelande.

39 Det kan således inte göras gällande att genomförandet av den omtvistade upphandlingen av tekniska skäl endast kunde genomföras av företagsgruppen Koch/Metka.

40 Vad för det andra beträffar det undantag som föreskrivs i artikel 20.2 d i direktiv 93/38 har domstolen i rättspraxis fastslagit att tre kumulativa villkor måste vara uppfyllda för att det skall vara tillämpligt. Det måste föreligga omständigheter som inte hade kunnat förutses, synnerlig brådska som är oförenlig med de fastställda tidsfristerna vid uppmaning till anbudsgivning och ett orsakssamband mellan den omständighet som inte hade kunnat förutses och den synnerliga brådska som följer härav (se, för ett liknande resonemang i fråga om direktiv 71/305, dom av den 2 augusti 1993 i mål C-107/92, kommissionen mot Italien, REG 1993, s. I-4655, punkt 12, och av den 28 mars 1996 i mål C-318/94, kommissionen mot Tyskland, REG 1996, s. I-1949, punkt 14).

41 Den grekiska regeringen har emellertid inte visat att dessa villkor var uppfyllda i förevarande fall.

42 Den omständigheten att det var nödvändigt att utföra de aktuella arbetena inom de frister som uppställts av den behöriga myndigheten för miljökonsekvensbedömningar kan nämligen inte anses utgöra synnerlig brådska till följd av en omständighet som inte hade kunnat förutses.

43 Den omständigheten att en myndighet som skall godkänna det aktuella projektet kan uppställa frister utgör nämligen en förutsebar omständighet i förfarandet för godkännande av nämnda projekt (se, för ett liknande resonemang i fråga om direktiv 71/305, dom av den 28 mars 1996 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 18).

44 Vad beträffar den omtvistade upphandlingen hade DEI vidare kunnat inleda upphandlingsförfarandet med offentliggörande av ett meddelande före förfarandet med miljökonsekvensbedömning, nämligen ungefär 3 år innan de uppställda fristerna löpte ut.

45 Det kan således inte heller göras gällande att synnerlig brådska till följd av omständigheter som DEI inte kunnat förutse gjorde det omöjligt att iaktta de gällande fristerna vid anbudsinfordran.

46 Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar domstolen att Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 93/38, särskilt artiklarna 20.1 och 21 i direktivet, genom att DEI tilldelat kontraktet för konstruktionen av ett transportbandsystem för värmekraftverket Megalopolis genom ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan offentliggöra ett meddelande.

Rättegångskostnader

47 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att svaranden skall ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom svaranden har tappat målet skall kommissionens yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar domstolen (första avdelningen) följande dom:

1) **Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998, särskilt artiklarna 20.1 och 22 i direktivet, genom att det offentliga elektricitetsföretaget Dimosia Epicheirisi Ilektrismoy tilldelat kontraktet för konstruktionen av ett transportbandsystem för värmekraftverket Megalopolis genom ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan offentliggöra ett meddelande.**

2) **Republiken Grekland skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter