DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)
28. marts 1996 *

I sag C-318/94,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Hendrik van Lier og oprindeligt Angela Bardenhewer, derefter Claudia Schmidt, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøger,

mod

Forbundsrepublikken Tyskland ved Ministerialrat Ernst Röder og Assessor Gereon Thiele, begge Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtigede, D-53107 Bonn,

sagsøgt,

angående en påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 1971 II, s. 613), som ændret ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 (EFT L 210, s. 1), da Wasser-und Schiffahrtsamt Emden har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt om uddybning af den nedre Ems fra Papenburg til Oldersum ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*,

har

* Processprog: tysk.

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, D.A.O. Edward, og dommerne J.C. Moitinho de Almeida, P. Jann (refererende dommer), L. Sevón og M. Wathelet,

generaladvokat: M.B. Elmer
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den refererende dommers rapport,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 8. februar 1996,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 6. december 1994 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i henhold til EF-traktatens artikel 169 anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 1971 II, s. 613), som ændret ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 (EFT L 210, s. 1, herefter »direktivet«), da Wasser- und Schiffahrtsamt Emden har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt om

uddybning af den nedre Ems fra Papenburg til Oldersum ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende.*

2 I september 1989 blev det på opfordring fra byen Papenburg besluttet at søge den nedre Ems uddybet til at kunne tage skibe af den såkaldte Panamaklasse, der har en dybgang på 6,80 meter. Denne uddybning har stor økonomisk betydning for regionen. Desuden havde skibsværftet Meyer-Werft, der er områdets største arbejdsplads, i 1990 indgået en aftale om at levere et skib af denne klasse senest den 18. februar 1992. Såfremt denne frist ikke blev overholdt, skulle der betales en konventionalbod på 80 000 USD pr. dag. Leveringen af skibet den pågældende dato kunne imidlertid kun finde sted, efter at projektet var gennemført.

3 I henhold til den tyske lovgivning skulle planerne for projektet om uddybning af den nedre Ems igennem en godkendelsesprocedure, der navnlig krævede et samtykke fra Bezirksregierung für Weser-Ems. I slutningen af maj 1991, hvor proceduren var forudset afsluttet, meddelte Bezirksregierung, som ikke tidligere havde fremført indvendinger, at den af økologiske grunde ikke kunne give samtykke til projektplanerne. Det blev da besluttet at fortsætte proceduren med henblik på en godkendelse af planerne for en del af projektet, som bestod i en midlertidig uddybning af flodsengen, for at muliggøre overførelsen af det af Meyer-Werft byggede skib. Planerne for dette delprojekt blev endelig godkendt den 15. august 1991.

4 Wasser-und Schiffahrtsamt Emden, som havde til hensigt at udbyde bygge- og anlægskontrakten i offentligt udbud, sendte allerede den 15. april 1991 en kort

beskrivelse af det planlagte anlægsarbejde, som blev offentliggjort i *Supplement til De Europæiske Fællesskabers Tidende* af 20. april 1991.

5 På grund af den forsinkede godkendelse af planerne besluttede Wasser-und Schiffahrtsamt at undlade at anvende den åbne procedure og i stedet anvende proceduren med tildeling af kontrakten efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Kontrakten blev tildelt den 15. august 1991 efter anvendelse af den sidstnævnte procedure.

6 Ved åbningsskrivelse af 12. november 1991 indledte Kommissionen i henhold til traktatens artikel 169 en traktatbrudsprocedure mod Forbundsrepublikken Tyskland for overtrædelse af procedurereglerne for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Kommissionen fremhævede, at valget af proceduren med udbud efter forhandling i sagen ikke var berettiget ifølge direktivets artikel 5, stk. 3, litra c). Ved skrivelse af 6. marts 1992 bestred den tyske regering denne opfattelse.

7 I den begrundede udtalelse af 27. april 1993 genfremsatte Kommissionens sit synspunkt og anmodede forbundsregeringen om at træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på at efterkomme den begrundede udtalelse og navnlig at stille den pågældende bygge- og anlægskontrakt, samt enhver kontrakt, der var forhandlet under de samme betingelser, i bero inden en frist på to måneder fra meddelelsen af den begrundede udtalelse.

8 Den tyske regering meddelte i sin svarskrivelse af 28. september 1993, at det var bydende nødvendigt, at anlægsarbejdet var afsluttet inden den 18. februar 1992, hvor skibet skulle overføres, således at det skulle påbegyndes senest midt i august

1991. På grund af de vanskeligheder, der var opstået i forbindelse med godkendelsen af planerne, kunne man ikke anvende den åbne procedure, som ville have varet mindst 72 dage.

9 Da Kommissionen fandt svaret utilfredsstillende, har den anlagt denne sag.

10 Domstolen skal tage stilling til, om Forbundsrepublikken Tyskland på grundlag af direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), kunne indgå den pågældende kontrakt ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Bestemmelsen har følgende indhold:

»De ordregivende myndigheder kan indgå bygge- og anlægskontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

...

c) i strengt nødvendigt omfang, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de frister, der kræves ved offentlige eller begrænsede udbud samt ved udbud efter forhandling som omhandlet i stk. 2. De omstændigheder, der skal begrunde den tvingende nødvendighed, må ikke kunne tilskrives de ordregivende myndigheder.«

11 Før ændringen ved direktiv 89/440 havde artikel 9 i direktiv 71/305 følgende indhold:

»De ordregivende myndigheder kan indgå deres bygge- og anlægskontrakter uden at anvende dette direktivs bestemmelser — bortset fra bestemmelserne i artikel 10 — i følgende tilfælde:

...

d) i strengt fornødent omfang, når tvingende grunde af uopsættelig karakter i forbindelse med begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder...«

12 I det omfang direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), har samme ordlyd som den tidligere artikel 9, litra d), skal bestemmelsen fortolkes på samme måde.

13 Med henblik herpå har Domstolen fastslået, at bestemmelserne i artikel 9 i direktiv 71/305, som tillader fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de traktatfæstede rettigheder i sektoren for offentlige bygge- og anlægskontrakter bliver virksomme, må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk forelægger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem (dom af 18.5.1995, sag C-57/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1249, præmis 23).

14 Domstolen har ligeledes fastslået, at den i artikel 9, litra d), i direktiv 71/315 indeholdte undtagelse, nemlig fritagelsen fra enhver forpligtelse til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, er undergivet tre kumulative betingelser. Fritagelsen forudsætter nemlig, at der foreligger en uforudseelig begivenhed, en uopsættelighed af

tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder, og endelig en årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed (dom af 2.8.1993, sag C-107/92, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4655, præmis 12). Såfremt en af disse betingelser ikke er opfyldt, er en anvendelse af fremgangsmåden med udbud efter forhandling ikke berettiget.

15 Ifølge forbundsregeringen bestod den uforudseelige begivenhed for de ordregivende myndigheder i, at Bezirksregierung für Weser-Ems efter drøftelsen af projektet ganske uventet afviste at godkende dette.

16 Dette argument kan ikke tages til følge.

17 Der lægges herved vægt på, at medlemsstaterne med henblik på at tage de berørte offentlige og private interesser i betragtning under proceduren for godkendelse af projekterede offentlige bygge- og anlægsarbejder kan give fysiske og juridiske personer, der eventuelt berøres af et projekt, visse rettigheder, som de kompetente myndigheder skal respektere.

18 Det forhold, at et organ, der skal godkende et projekt, rejser indvendinger inden den herfor fastsatte dato af grunde, som den har ret til at gøre gældende, udgør således en forudseelig faktor i gennemførelsen af proceduren for godkendelse af planerne.

19 Bezirksregierung für Weser-Ems' afvisning af at give samtykke til planerne om uddybning af den nedre Ems, som har tvunget de kompetente myndigheder til at

ændre disse, kan derfor ikke anses for en uforudseelig begivenhed for de ordregivende myndigheder i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c)'s forstand.

20 Herefter, og idet der ikke i øvrigt er grund til at undersøge, om de andre betingelser for en undtagelse er opfyldt i denne sag, må Forbundsrepublikken Tyskland anses for at have tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989, da Wasser-und Schiffahrtsamt Emden har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt om uddybning af den nedre Ems fra Papenburg til Oldersum ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

Sagens omkostninger

21 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Forbundsrepublikken Tyskland har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

1) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter,

som ændret ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989, da Wasser-und Schiffahrtsamt Emden har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt om uddybning af den nedre Ems fra Papenburg til Oldersum ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.

Edward Moitinho de Almeida Jann

Sevón Wathelet

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. marts 1996.

R. Grass D.A.O. Edward

Justitssekretær Formand for Femte Afdeling