DOMSTOLENS DOM
24. januar 1995 *

I sag C-359/93,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent H. van Lier, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos G. Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøger,

mod

Kongeriget Nederlandene ved assistent-juridisch adviseurs i Udenrigsministeriet, J. W. de Zwaan og T. Heukels, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg på Nederlandenes Ambassade, 5, rue C. M. Spoo,

sagsøgt,

angående en påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 13, s. 1), som ændret ved Rådets direktiv 80/767/EØF (EFT L 215, s. 1) og Rådets direktiv 88/295/EØF (EFT L 127, s. 1), samt EØF-traktatens artikel 30,

har

* Processprog: nederlandsk.

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G. C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformand P. J. G. Kapteyn samt dommerne G. F. Mancini, C. N. Kakouris, J. L. Murray, D. A. O. Edward (refererende dommer) og G. Hirsch,

generaladvokat: G. Tesauro
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den refererende dommers rapport,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 17. november 1994,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indgivet til Domstolens Justitskontor den 16. juli 1993 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af EØF-traktatens artikel 169 anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 13, s. 1), som ændret ved Rådets direktiv 80/767/EØF (EFT L 215, s. 1) og Rådets direktiv 88/295/EØF (EFT L 127, s. 1), samt EØF-traktatens artikel 30.

2 Ifølge artikel 9, stk. 5, i direktiv 77/62, som ændret ved artikel 9 i direktiv 88/295, »... affattes [bekendtgørelserne] i overensstemmelse med de i bilag III anførte

modeller«. Af punkt 7 i afsnittet »A. Offentligt udbud« i dette bilag fremgår det, at bekendtgørelserne skal indeholde følgende angivelser:

»a) De personer, der har adgang til at overvære åbningen af buddene.

b) Dato, klokkeslæt og sted for denne åbning.«

3 Ifølge artikel 7, stk. 6, i direktiv 77/62, som ændret ved artikel 8 i direktiv 88/295 — jf. bilag II til sidstnævnte direktiv om tekniske specifikationer — skal medlemsstaterne, »medmindre aftalens genstand berettiger dertil ... forbyde, at der i vilkårene for den enkelte aftale indføres tekniske specifikationer, som omtaler varer af et bestemt fabrikat eller af en bestemt oprindelse, eller som nævner særlige fremstillingsmetoder, og som derved begunstiger eller udelukker bestemte virksomheder eller varer. Det er navnlig forbudt at anføre varemærker, patenter eller typer, eller at anføre en bestemt oprindelse eller et bestemt fabrikat; dog er en sådan angivelse i forbindelse med angivelsen 'eller dermed ligestillet' tilladt, når aftalens genstand ikke kan beskrives på anden måde ved hjælp af specifikationer, som er tilstrækkeligt nøjagtige og fuldstændigt forståelige for alle interesserede«.

4 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) indeholder i artikel 3, stk. 1, 2 og 3, følgende bestemmelser:

»1. Kommissionen kan påberåbe sig den i denne artikel fastlagte procedure, når den før indgåelsen af en kontrakt finder, at der er begået en klar og åbenbar over-

trædelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter i forbindelse med en kontraktindgåelsesprocedure, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF.

2. Kommissionen meddeler den pågældende medlemsstat og den pågældende ordregivende myndighed grundene til, at den finder, at der er begået en klar og åbenbar overtrædelse, og anmoder om, at den bringes til ophør.

3. Senest 21 dage efter modtagelsen af den i stk. 2 omhandlede meddelelse fremsender den pågældende medlemsstat til Kommissionen:

a) en bekræftelse af, at overtrædelsen er bragt til ophør,

eller

b) en begrundet konklusion med redegørelse for, hvorfor forholdet ikke er bragt i orden,

eller

c) en meddelelse om, at den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt er blevet afbrudt, enten på den ordregivende myndigheds eget initiativ eller som følge af udøvelsen af de beføjelser, der er nævnt i artikel 2, stk. 1, litra a).«

5 Nederlands Inkoopcentrum NV, der er en nederlandsk ordregivende myndighed, offentliggjorde den 10. december 1991 i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* en udbudsbekendtgørelse med henblik på levering og vedligeholdelse af en meteorologisk station (»meteorological workstation system«).

6 Denne udbudsbekendtgørelse fulgte opstillingen i bilag III til direktiv 77/62, men indeholdt ikke angivelser af, hvilke personer der havde adgang til at overvære åbningen af buddene, eller af dato, klokkeslæt og sted for åbningen.

7 Endvidere havde den ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne oplyst, at det ønskede operativsystem var af mærket »UNIX«, der er et programmel, som anvendes til sammenkobling af datamater af forskellige mærker, og som er udviklet af »Bell Laboratories of ITT (USA)«.

8 Kommissionen var af den opfattelse, at udbudsbekendtgørelsen for så vidt angår disse to punkter, dvs. undladelsen af at offentliggøre de i punkt 7, litra a) og b), i bilag III omhandlede oplysninger samt omtalen i udbudsbetingelserne af et bestemt produkt, ikke opfyldte kravene ifølge artikel 9, stk. 5, og artikel 7, stk. 6, i direktiv 77/62 og tilstillede derfor den 25. juni 1992 Nederlandenes Faste Repræsentation en skrivelse i henhold til artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 89/665. Kommissionen gjorde heri den nederlandske regering opmærksom på, at den herved havde afgivet en åbningsskrivelse i henhold til EØF-traktatens artikel 169, og at de oplysninger, der ville fremkomme fra den nederlandske regering, ville være at ligestille med de i samme artikel omhandlede bemærkninger.

9 Den Faste Repræsentation i Bruxelles modtog Kommissionens skrivelse fredag den 26. og sendte den derefter til vedkommende ministerium i Nederlandene, der modtog den den 29. juni. Samme dag tilstillede Kommissionen pr. telefax den ordregivende myndighed en kopi af skrivelsen af 25. juni. Kontrakten om tildeling af ordren var da netop blevet afsluttet.

Formaliteten

10 Den nederlandske regering har på baggrund af det beskrevne handlingsforløb fremført en formalitetsindsigelse i to led. Denne støttes dels på, at Kommissionen ikke er gået frem i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 89/665, for så vidt som den for sent over for medlemsstaten og den ordregivende myndighed har angivet, hvorfor den fandt, at direktiv 77/62 var blevet overtrådt, dels på, at Kommissionen efter i en udbudsbekendtgørelse, der blev offentliggjort efter den i denne sag omhandlede udbudsbekendtgørelse, at have benyttet den tekniske specifikation »UNIX-operativsystemet« ikke nu kan have adgang til at gøre gældende, at der foreligger et traktatbrud med en adfærd, som den også selv har fulgt.

11 Vedrørende anbringendet om Kommissionens adfærd bemærkes det, at ifølge artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 89/665 meddeler Kommissionen, når den »før indgåelsen af en kontrakt« finder, at der er begået en klar og åbenbar overtrædelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter i forbindelse med en kontraktindgåelsesprocedure, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 77/62, den pågældende medlemsstat og den pågældende ordregivende myndighed grundene til, at den finder, at der er begået en sådan overtrædelse, og anmoder om, at den bringes til ophør.

12 Det er nemlig efter direktiv 89/665's ånd og bogstav af hensyn til samtlige berørte parters interesse ønskeligt, at Kommissionen meddeler medlemsstaten og den ordregivende myndighed sine indsigelser snarest muligt før kontrakten afsluttes, således at medlemsstaten og den ordregivende myndighed får tid til at svare, jf. artikel 3, stk. 3, i direktiv 89/665, og til eventuelt før kontrakt afsluttes at afhjælpe forholdet.

13 Denne særlige procedure på grundlag af direktiv 89/665 udgør imidlertid en forebyggende foranstaltning, der ikke kan begrunde undtagelser fra eller erstatte Kommissionens virksomhed på grundlag af traktatens artikel 169. Efter denne sidste bestemmelse er der tillagt Kommissionen kompetence til efter et frit skøn at anlægge sag ved Domstolen, når den finder, at en medlemsstat ikke har overholdt en forpligtelse, der påhviler den i henhold til traktaten, og den pågældende medlemsstat ikke efterkommer Kommissionens begrundede udtalelse.

14 I øvrigt forudsætter konstateringen af en overtrædelse i henhold til traktatens artikel 169 ikke, at der foreligger en klar og åbenbar overtrædelse af fællesskabsbestemmelserne, jf. direktiv 89/665. En sådan konstatering går nemlig blot ud på, at en medlemsstat ikke har overholdt en forpligtelse i henhold til fællesskabsretten, og foregriber ikke på nogen måde spørgsmålet om overtrædelsens art eller grovhed.

15 Den nederlandske regerings første formalitetsindsigelse skal derfor ikke lægges til grund.

16 Hvad angår indsigelsen om, at Kommissionen selv har benyttet den samme tekniske specifikation og har nævnt UNIX-systemet i en udbudsbekendtgørelse, der blev offentliggjort efter den bekendtgørelse, der er genstand for denne sag, bemærkes det, at også selv om det antages, at Kommissionen skal følge bestemmelserne i direktiv 77/62, og at den har tilsidesat disse bestemmelser, kan dette ikke medføre, at den overtrædelse, de nederlandske myndigheder eventuelt har gjort sig skyldige i, bliver lovlig.

17 Den anden afvisningsindsigelse kan derfor heller ikke lægges til grund.

Realiteten

18 Kommissionen har først og fremmest kritiseret den ordregivende myndighed for dens undladelse af i udbudsbekendtgørelsen at angive de personer, der har adgang til at overvære åbningen af buddene, samt datoen, klokkeslættet og stedet for denne åbning, hvilket udgør en tilsidesættelse af kravene ifølge artikel 9, stk. 5, i direktiv 77/62 samt punkt 7 i bilag III til samme direktiv.

19 Den nederlandske regering har ikke bestridt dette anbringende, men gør gældende, at de nævnte angivelser kun er fornødne, såfremt den ordregivende myndighed agter at begrænse adgangen til at overvære åbningen af buddene, men da der var offentlig adgang til den i denne sag omhandlede åbning, og samtlige interesserede personer kunne være til stede, var det unødvendigt at give disse præcise angivelser.

20 I denne forbindelse skal det først fastslås, at de i punkt 7 i bilag III til direktiv 77/62 omhandlede oplysninger under alle omstændigheder skal gives. Ved hjælp af dem kan nemlig som anført af generaladvokaten i punkt 8 i forslaget til afgørelse eventuelle leverandører blive bekendt med, hvem der er deres konkurrenter, og fastslå, om disse opfylder de fastsatte kriterier for kvalitativ udvælgelse.

21 Dernæst bemærkes, at selv om åbningen af tilbuddene er offentlig og dermed åben for enhver interesseret person, bliver det komplet usikkert, om det er muligt at være til stede ved denne åbning, når dato, klokkeslæt og sted for denne ikke er blevet offentliggjort.

22 Heraf følger, at den ordregivende myndighed har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 9, stk. 5, i direktiv 77/62 ved at undlade at offentliggøre de i punkt 7 i bilag III til nævnte direktiv omhandlede oplysninger.

23 Kommissionen har dernæst gjort gældende, at den ordregivende myndighed har tilsidesat artikel 7, stk. 6, i direktiv 77/62, samt traktatens artikel 30 ved efter omtalen i udbudsbekendtgørelsen af UNIX-systemet at have undladt at tilføje angivelsen »eller dermed ligestillet«.

24 Den nederlandske regering har gjort gældende, at UNIX-systemet i sektoren for datateknologi må anses for en teknisk forskrift, der er almindeligt anerkendt af de erhvervsdrivende, og at angivelsen »eller dermed ligestillet« derfor er overflødig.

25 Det bemærkes, at det efter artikel 7, stk. 6, i direktiv 77/62 er forbudt at anføre varemærker, uden tilføjelse af angivelsen »eller dermed ligestillet«, når aftalens genstand ikke kan beskrives på anden måde ved hjælp af specifikationer, som er tilstrækkeligt nøjagtige og fuldstændigt forståelige for alle interesserede.

26 Det er imidlertid i sagen ubestridt, at UNIX-systemet ikke repræsenterer en teknisk standard, men angiver det varemærke, hvormed en bestemte vare er udstyret.

27 Undladelsen af efter ordet UNIX at tilføje angivelsen »eller dermed ligestillet« kan dermed ikke blot medføre, at erhvervsdrivende, der anvender systemer svarende til UNIX, undlader at afgive bud, men kan også i strid med traktatens artikel 30 skabe hindringer for indførsler i handelen inden for Fællesskabet, idet kontrakten herved alene forbeholdes leverandører, der har til hensigt at anvende det specielt angivne system.

28 Den ordregivende myndighed skulle derfor have tilføjet angivelsen »eller dermed ligestillet« efter ordet UNIX, jf. kravet herom i artikel 7, stk. 6, i direktiv 77/62.

29 Af det anførte følger, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 77/62 samt traktatens artikel 30 ved i den i sagen omhandlede udbudsbekendtgørelse at have undladt at oplyse, hvilke personer der havde adgang til at overvære åbningen af buddene, samt datoen, klokkeslættet og stedet for denne åbning, og ved i udbudsbetingelserne at have anvendt en teknisk specifikation, hvorved der henvises til et produkt af et bestemt mærke.

Sagens omkostninger

30 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, dømmes den part, der taber sagen, til at betale sagens omkostninger. Kongeriget Nederlandene har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1) **Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved Rådets direktiv 80/767/EØF og Rådets direktiv 88/295/EØF, samt EØF-traktatens artikel 30 ved i den i sagen omhandlede udbudsbekendtgørelse at have undladt at oplyse, hvilke personer der havde adgang til at overvære åbningen af buddene, samt**

datoen, klokkeslættet og stedet for denne åbning, og ved i udbudsbetingelserne at have anvendt en teknisk specifikation, hvorved der henvises til et produkt af et bestemt mærke.

2) Kongeriget Nederlandene betaler sagens omkostninger.

Rodríguez Iglesias Kapteyn Mancini Kakouris

Murray Edward Hirsch

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. januar 1995.

R. Grass
Justitssekretær

G. C. Rodríguez Iglesias
Præsident