

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
F.G. JACOBS

fremsat den 23. marts 2000 *

1. Under denne sag har Kommissionen gjort gældende, at de franske myndigheder har tilsidesat fællesskabsreglerne for anvendelse af fremgangsmåden med udbud efter forhandling i forbindelse med tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation i et konkret tilfælde, hvor udbud efter forhandling blev fulgt uden et forudgående udbud. Hovedspørgsmålet er, hvorvidt disse regler fandt anvendelse på den omhandlede procedure; den franske regering bestrider Kommissionens anbringende om, at reglerne var trådt i kraft under den afgørende fase i denne udbudsprocedure. Hvis reglerne fandt anvendelse, må det afgøres, om betingelserne for at anvende en undtagelse fra forpligtelsen til at afholde et forudgående udbud var opfyldt.

heder, der er indrømmet dem af en kompetent myndighed i en medlemsstat [artikel 2, stk. 1, og artikel 2, stk. 2, litra c)], driver offentlige transportnet.

3. Direktivet foreskriver tre udbudsprocedurer, der kan anvendes af de nævnte ordregivere ved tildeling af kontrakter inden for de omfattede områder: offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling. Disse udbudsprocedurer er i artikel 1, stk. 7, defineret som følger:

»a) Ved offentligt udbud kan alle interesserede leverandører, entreprenører eller tjenesteydere afgive bud.

De relevante fællesskabsbestemmelser

2. Rådets direktiv 93/38/EØF¹ finder bl.a. anvendelse for ordregivere, der, enten i deres egenskab af offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder eller på grundlag af særlige eller eksklusive rettig-

b) Ved begrænset udbud kan kun de ansøgere, der af ordregiveren modtager opfordring hertil afgive bud.

c) Ved udbud efter forhandling henvender ordregiveren sig til bestemte leverandører, entreprenører eller tjenesteydere

* — Originalsprog: engelsk.

1 — Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning, samt transport og telekommunikation, EFT L 199, s. 84.

efter eget valg og forhandler kontraktvilkårene med en eller flere af disse.«

drages til en bestemt leverandør, entreprenør eller tjenesteyder

4. Artikel 4, stk. 2, har følgende ordlyd: »De ordregivende myndigheder drager omsorg for, at der ikke finder forskelsbehandling sted af leverandører, entreprenører eller tjenesteydere.«

...«

5. Artikel 20, stk. 1, bestemmer: »Ordregiverne kan vælge en af de procedurer, der er omhandlet i artikel 1, nr. 7, såfremt der har været udbud i overensstemmelse med artikel 21, jf. dog stk. 2.« (Artikel 21 angiver de modeller, der skal anvendes ved bekendtgørelse af udbud, og foreskriver, at bekendtgørelserne skal offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*).

6. Det følger imidlertid af artikel 20, stk. 2, at »ordregiverne kan anvende en procedure uden forudgående udbud

...

7. Ifølge artikel 45 skulle medlemsstaterne vedtage de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme bestemmelserne i direktiv 93/38 og anvende disse senest den 1. juli 1994.

8. Det fremgik desuden af artikel 45, at direktiv 90/531/EØF² — som indeholdt bestemmelser³, der i relevant henseende er identiske med de ovenfor citerede bestemmelser i direktiv 93/38 — skulle ophøre med at have virkning fra det tidspunkt, hvor medlemsstaterne havde gennemført det sidstnævnte direktiv. Medlemsstaterne skulle efterkomme bestemmelserne i direktiv 90/531 senest den 1. januar 1993⁴. Fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter inden for forsyningsvirksomhedssektoren havde ikke været undergivet fællesskabsregulering forud for dette direktiv.

2 — Rådets direktiv af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, EFT L 297, s. 1.

3 — Artikel 1, stk. 6, artikel 4, stk. 2, artikel 15, stk. 1, og artikel 15, stk. 2, litra c), og artikel 16.

4 — Artikel 37, stk. 1 og 2.

c) hvis aftalen af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af en eneret, kun over-

De relevante franske bestemmelser

9. De regler, der regulerer offentlige udbud i Frankrig, findes i det væsentlige i code des marchés publics (loven om offentlige kontrakter, herefter også »loven«).

10. Ifølge lovens artikel 104.I forudsætter indgåelse af kontrakter efter forhandling et forudgående udbud. Artikel 104.II hjemler visse undtagelser, hvor et forudgående udbud kan undlades. Den relevante del af den bestemmelse, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder havde følgende ordlyd:

»Der kan tildeles kontrakter på grundlag af forhandling uden forudgående udbud, når udførelsen kun kan foretages af en bestemt entreprenør eller leverandør.

Det forholder sig således i de følgende tilfælde:

1) Når kontrakterne kun kan opfyldes ved en ydelse, der indebærer anvendelse af et patent på en opfindelse, en licens eller en eneret, der indehaves af en bestemt entreprenør eller leverandør.

2) Når kontrakterne kun kan opfyldes ved en ydelse, der af tekniske grunde, på grund af størrelsen af tidligere foretagne investeringer, særlige installationer eller know-how, kun kan overdrages til en bestemt entreprenør eller leverandør.

...«

11. I det relevante tidsrum havde Den Franske Republik ikke gennemført direktiv 93/38 i national ret⁵. Direktiv 90/531 er derimod tilsyneladende gennemført ved lov nr. 92-1282 af 11. december 1992⁶ og dekret nr. 93-990 af 3. august 1993⁷. Dekretets artikel 2 indeholder en udtømmende liste over tilfælde, hvor en procedure kan anvendes uden forudgående udbud, og punkt 4 på denne liste gengiver artikel 15, stk. 2, litra c), i direktiv 90/531, der, for så vidt angår entreprenører og leverandører, var identisk med artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38.

5 — Jf. dom af 29.5.1997, sag C-311/96, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2939.

6 — *Journal officielle de la République française* (JORF) (fransk Lovtidende) 1992, s. 16952. Loven fastlægger i det væsentlige hvilke ordregivere og aktiviteter, der er omfattet af de udførlige offentliggørelsesregler, og procedurer, der skal fastlægges ved dekret (jf. artikel 1). Ifølge artikel 9 skulle lovens regler anvendes fra 1.1.1993.

7 — Offentliggjort den 10.8.1993; JORF 1993, s. 11266.

Sagens faktiske omstændigheder

12. Kort resumeret drejer denne sag sig om en længerevarende proces vedrørende tildeling af en kontrakt om anlæg af en let bybane. De forskellige faser i denne proces får først og fremmest betydning ved fastlæggelsen af, om den bestod i en enkelt, ubrudt tildelingsprocedure eller, om en ny tildelingsprocedure blev iværksat på et forholdsvis fremskredent tidspunkt i den samlede procedure. Dette er relevant, når det skal fastslås, om fællesskabsreglerne finder anvendelse på et af de indledende trin i den procedure, der førte til den endelige tildeling af kontrakten.

13. Offentlig transport i byområdet i Rennes (Frankrig) påhviler en sammenslutning af alle de kommuner, der tilhører dette område, Syndicat intercommunal des transports collectifs de l'agglomération rennaise (»Sitcar«), som tilsyneladende er underlagt Distriktsrådet for Rennes-området (herefter »distriktsrådet«). Beslutninger træffes af distriktsrådet eller af Sitcar's bestyrelse, som består af delegerede fra de forskellige kommuner. Den faktiske administration af transportsektoren varetages for tiden af det halvt offentlige, halvt private selskab »Semtcar«.

14. Fra 1984 foretog Sitcar undersøgelser af forskellige muligheder for at forbedre servicen på transportområdet ved anlæg af en separat bane for den kollektive trafik,

dvs. et sporvognsnet eller en let bybane. Den 26. oktober 1989 besluttede Sitcar's bestyrelse bl.a. at bekræfte tidligere beslutninger om at udstyre byområdet med sit eget baneanlæg for kollektiv trafik, at vælge den lette og førerløse bybaneteknologi af VAL-typen, at anmode om finansiel bistand fra staten og at give bemyndigelse til at foretage de nødvendige konsultationer med henblik på at tildele en kontrakt vedrørende forprojektet. Den rapport, der udgjorde grundlaget for beslutningen, fastslog, at VAL-systemet blev fremstillet af de to selskaber Matra (Matra Transport, nu tilsyneladende kendt under navnet Matra Transport International) og Alsthom (GEC Alsthom Transport). Under retsmødet fremkom det, at kontrakten vedrørende forprojektet senere blev tildelt Matra og opfyldt af dette selskab.

15. Af protokollen for dets bestyrelsesmøde den 19. juli 1990 fremgår, at Sitcar, efter at have udsendt en opfordring til at afgive bud på »civilingeniørarbejde og anlæg, der ikke er forbundet med systemet«, og efter at have udvalgt den vindende tilbudsgiver, besluttede, at totalentreprisekontrakten (dvs. en kontrakt, som omfatter samtlige anlægsarbejder indtil anlægget er klar til drift) vedrørende »systemdelen og anlæg, der er forbundet med systemet«, skulle tildeles Matra, når et garanteret prismål var fastsat.

16. I en rapport, som blev behandlet på dets bestyrelsesmøde den 12. juli 1991, vedrørende kontrakten om civilingeniørarbejde og anlæg, der ikke er forbundet med

systemet, understregede Sitcar's formand, at forhandlingerne med Matra endnu ikke var tilendebragt, men at disse ville føre til indgåelse af en totalentreprisekontrakt.

17. Som svar på en forespørgsel fra Domstolen har den franske regering fremlagt en skrivelse fra Matra til Sitcar, dateret den 9. juli 1991 og tilsyneladende modtaget den 12. juli 1991 (om end muligvis for sent til at blive nævnt i den rapport, der blev udfærdiget samme dag). Denne skrivelse synes at være fremsendt sammen med et dossier, der indeholdt Matra's forslag til »systemdelen« af anlægsarbejdet vedrørende den første VAL-linje i Rennes. I skrivelsen bekræfter Matra en garanteret pris på 987 000 000 FRF eller, ved visse mulige modifikationer af projektet, 953 200 000 FRF, i begge tilfælde eksklusive skatter og udtrykt i januar 1991-priser.

18. Præfekten (den administrative leder) for Ille-et-Vilaine, det »département« (den region) hvortil Rennes hører, udstedte den 15. februar 1993 en erklæring om den almennyttige karakter af den første VAL-bybane. Erklæringen udgjorde en betingelse for, at man kunne gå videre med projektet, og især for, at der kunne foretages ekspropriationer.

19. Distriktsrådet godkendte den 30. marts 1993 den af Semtcar med Matra forhandlede totalentreprisekontrakt på 966 420 000 FRF eksklusive skatter, udtrykt i januar 1993-priser, og gav sam-

tidig bemyndigelse til, at kontrakten kunne underskrives. Kontrakten vedrørte levering af et komplet system, omfattende ikke blot spor, kontrolposter og togsæt, men også sikkerhedsforanstaltninger, værksteder, forsyning med elektricitet og sporudstyr samt reservedele og uddannelse af personale.

20. Man var imidlertid ikke nået til denne fase uden politisk modstand. En »Komité for et alternativ til VAL« var blevet stiftet i 1991, og flertallet af de relevante beslutninger var blevet vedtaget imod stemmerne fra et mindretal. Herudover havde miljøorganisationen »Rennes Verte« anmodet Tribunal Administratif (forvaltningsdomstolen) i Rennes om at omstøde præfektens erklæring om almennyttig karakter. Forvaltningsdomstolen annullerede den 16. februar 1994 erklæringen med den begrundelse, at forundersøgelsen havde været mangelfuld for så vidt angår en vurdering af visse påbudte kriterier.

21. Som en konsekvens heraf meddelte ministeren for infrastruktur, transport og turisme ved skrivelse af 30. marts 1994 formanden for distriktsrådet, at den statslige finansiering, om end den principielt stadig stod til rådighed, ikke kunne udbetales før den administrative sagsbehandling, som påbudt af forvaltningsdomstolen, var blevet genoptaget og afsluttet.

22. Den 22. september 1995 traf distriktsrådet to sammenhængende beslutninger. For det første besluttede rådet at tilbagekalde sin tidligere beslutning af 30. marts

1993, hvorved det havde godkendt kontrakten med Matra og givet Semtcar bemyndigelse til at underskrive denne, idet »denne beslutning, der ikke har resulteret i nogen, heller ikke rent indledende gennemførelsesforanstaltninger, er blevet uden genstand«. Den rapport, der udgjorde grundlaget for beslutningen, fastslog, at vilkårene for kontraktens opfyldelse, især for så vidt angår tidsfrister, ville blive påvirket af, at den statslige godkendelse ikke var opnået i tide.

23. For det andet anmodede distriktsrådet Semtcar om at »genoptage de afsluttende forhandlinger (*'reprandre la mise au point'*) om denne kontrakt med Matra« inden for rammerne af den foreløbige finansielle ramme, der var fastsat for projektet, og om på ny at forelægge kontrakten for distriktsrådet til godkendelse.

24. I en skrivelse af 29. juli 1996 til to rådsmedlemmer, der var modstandere af projektet, og som havde anfægtet et påstået afslag på at få tilstillet totalentreprisekontrakten af 1993 for »systemdelen« af anlægsarbejdet vedrørende VAL-linjen, udtalte formanden for distriktsrådet bl.a., at kontrakten ikke kunne tilstilles rådsmedlemmerne, da den aldrig var kommet til eksistens, idet den hverken var underskrevet af den kompetente myndighed eller oversendt til præfekten, og at tilbagekaldelsen af beslutningen om at godkende kontrakten rejste tvivl om projektets eksistens som sådan. Den beslutning, som implicit lå i denne skrivelse, blev imidlertid senere tilsidesat ved dom af 16. juli 1997 fra Tribunal administratif (forvaltningsdomstolen), som bl.a. fandt, at ordlyden

af beslutningen af 30. marts 1993 bevidnede kontraktens eksistens, og at kontrakten ikke kunne betragtes, som om den aldrig havde eksisteret med den begrundelse, at den hverken var underskrevet eller anmeldt til præfekten; der var tale om et færdiggjort dokument, der havde været genstand for forhandlinger, og som var godkendt af distriktsrådet.

25. Den 4. oktober 1996 udstedte præfekten en fornyet erklæring om almennyttig karakter, og den statslige finansiering blev herefter stillet til rådighed. Som konsekvens heraf besluttede distriktsrådet den 22. november 1996 at »godkende bestemmelserne i det forslag til kontrakt, der er forhandlet og skal indgås med selskabet Matra Transport International, vedrørende udførelse af systemdelen og af de anlæg, der er forbundet med systemet«, og bemyndigede samtidig Semtcar til at underskrive kontrakten.

Retsforhandlinger

26. På foranledning af en klage, der blev indgivet til Kommissionen i slutningen af 1996 — tilsyneladende af rådsmedlemmer, der var modstandere af VAL-projektet — anmodede Kommissionen om uddybende oplysninger fra Den Franske Republik, som i det væsentlige svarede, at kontrakten var tildelt i 1989, før såvel direktiv 90/531 som direktiv 93/38 var trådt i kraft, samt at Matra var det eneste selskab, der var i stand til at opfylde kravene, og at selskabet allerede havde foretaget betydelige investeringer. Kommissionen fremsendte i juni 1997 en åbningsskrivelse til de franske

myndigheder. Da Kommissionen fandt svaret på denne skrivelse utilstrækkeligt, fremsendte den herefter i henhold til EF-traktatens artikel 169 (nu artikel 226 EF) en begrundet udtalelse, hvori den konkluderede, at bestemmelserne i direktiv 93/38 var overtrådt, og påbød den franske regering at efterkomme udtalelsen inden for to måneder. I sit svar af 12. juni 1998 fastholdt den franske regering sine standpunkter.

27. Kommissionen har anlagt dette søgsmål den 14. september 1998. Den har nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/38, navnlig artikel 4, stk. 2, og artikel 20, stk. 2, litra c). Den konkrete overtrædelse, hvorpå Kommissionen bygger sin påstand, består i en undladelse af at foretage et forudgående udbud med henblik på at undgå forskelsbehandling mellem virksomheder.

Retlig vurdering

28. Kommissionen gør i det væsentlige gældende, at den omhandlede procedure blev iværksat den 22. september 1995, at betingelserne for anvendelse af undtagelsen i artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38 ikke var opfyldt på denne dato, og at de franske myndigheder ved at undlade at foretage et forudgående udbud derfor har overtrådt dette direktiv. Den franske regering gør gældende, at proceduren blev iværksat (og afsluttet) på et meget tidligere tidspunkt, og at datoen for iværksættelse

må være afgørende ved fastlæggelsen af, om Fællesskabets regler fandt anvendelse. Til det sidstnævnte anbringende gør Kommissionen gældende, at selv om tidspunktet for procedures iværksættelse kan tages i betragtning, må der ikke, som i denne sag, hengå et urimeligt langt tidsrum før kontrakten faktisk tildeles. Den franske regering gør for det tilfælde, at Kommissionen får medhold i sit hovedanbringende, subsidiært gældende, at betingelserne for anvendelse af undtagelsen under alle omstændigheder var opfyldt.

29. Selv om hovedspørgsmålet er, om der den 22. september 1995 blev iværksat en ny procedure, er det under disse omstændigheder formålstjenligt indledningsvis at klargøre den retlige kontekst ved at undersøge det overordnede spørgsmål om anvendelse af nye fællesskabsregler på udbudsprocedurer, der allerede er iværksat. Jeg vil herefter behandle hovedspørgsmålet om tidspunktet for procedures iværksættelse. Endelig vil jeg behandle spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for anvendelse af undtagelsen var opfyldt.

Direktiv 90/531 og direktiv 93/38

30. I det omfang, de er relevante for nærværende sag, er bestemmelserne i direktiv 90/531 og direktiv 93/38 identiske; de ændringer, der blev foretaget ved det sidst-

nævnte direktiv, består alene i en udvidelse af reglernes anvendelsesområde til, ud over aftaler om bygge- og anlægsarbejder og offentlige indkøb, også at omfatte tjenesteydelsesaftaler. Kommissionen har imidlertid alene nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/38.

31. At fastslå, at der er sket overtrædelse af bestemmelserne i direktiv 90/531 i den periode, hvor disse fandt anvendelse, men hvor direktiv 93/38 endnu ikke var trådt i kraft, ville derfor være *ultra petita* (ligge uden for sagens genstand). Jeg anser det ikke desto mindre for nyttigt at tage begge direktiver i betragtning ved vurderingen af det foreliggende tilfælde.

Anvendelse af direktiverne på en allerede indledt udbudsprocedure

32. Det er et almindeligt princip, at lovgivning ikke må fortolkes således, at den får tilbagevirkende gyldighed, medmindre dette fremgår af en udtrykkelig bestemmelse eller af det formål, der søges opnået med lovgivningen⁸. I dette tilfælde inde-

holder ingen af direktiverne en sådan udtrykkelig bestemmelse — eller for den sags skyld overgangsregler — og der er heller intet grundlag for at slutte, at direktivernes formål gør nogen form for tilbagevirkende gyldighed påkrævet.

33. Domstolen har ligeledes anerkendt princippet om, at ændringslove, i mangel af modstående bestemmelse, finder anvendelse på fremtidige virkninger af situationer, som er opstået, mens den tidligere lov var gældende⁹.

34. Disse principper bidrager imidlertid ikke med nogen direkte løsning på spørgsmålet om den umiddelbare anvendelse af nye regler på en procedure, der allerede er sat i værk på tidspunktet for udløbet af fristen for reglernes gennemførelse. De nødvendige foranstaltninger for at efterkomme bestemmelserne i direktiv 90/531 skulle have været anvendt fra den 1. januar 1993 og de, der vedrører direktiv 93/38, senest fra den 1. juli 1994.

35. Domstolen har behandlet et lignende spørgsmål om anvendelse af nye fællesskabsregler på allerede iværksatte procedurer, om end i en anden lovgivningsmæssig sammenhæng, i en række sager vedrørende direktiv 85/337/EØF¹⁰ om vurderinger af virkninger på miljøet (VVM), der heller

8 — Jf. f.eks. dom af 31.3.1977, sag 88/76, *Exportation des Sucres mod Kommissionen*, Sml. s. 709, præmis 17, af 11.7.1991, sag C-368/89, *Crispoltoni*, Sml. I, s. 3695, præmis 17 og 20, og af 20.11.1997, sag C-244/95, *Moskof*, Sml. I, s. 6441, præmis 77.

9 — Jf. f.eks. dom af 25.10.1978, sag 125/77, *Koninklijke Scholten-Honig*, Sml. s. 1991, præmis 37, og den nyere dom af 29.6.1999, sag C-60/98, *Butterfly Music*, Sml. I, s. 3939, præmis 24, samt den der citerede praksis.

10 — Rådets direktiv af 27.6.1985 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet, EFT L 175, s. 40.

ikke indeholder overgangsregler. Domstolen fandt, at de forpligtelser, der følger af direktivet, finder anvendelse på en godkendelsesprocedure, der er påbegyndt efter udløbet af fristen for disses gennemførelse i national ret, men før ikrafttrædelsen af den nationale lov om gennemførelsen af direktivet¹¹. Af hensyn til retssikkerheden må det eneste kriterium for, om direktivbestemmelserne finder anvendelse, være, om tidspunktet for den formelle indgivelse af ansøgningen ligger før eller efter gennemførelsesfristens udløb¹². Direktivet tager sigte på projekter, hvis gennemførelse ofte kræver et længere tidsrum, hvorfor udviklede procedurer, der allerede er indledt efter national ret, og allerede stiftede forhold ikke bør påvirkes heraf¹³.

36. Når denne argumentation overføres til nærværende sag, følger det, at bestemmelserne i direktiv 90/531 og direktiv 93/38 ikke kan anvendes på udbudsprocedurer vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, der er indledt forud for datoer, fra hvilke bestemmelserne skulle have været anvendt.

37. Jeg vil imidlertid ikke uden videre udelukke muligheden for, at visse direktivbestemmelser kan være anvendelige på *efterfølgende* dele af procedurer, der alle-

rede var iværksat ved udløbet af fristen for bestemmelsernes gennemførelse i national ret. Domstolens standpunkt i de ovenfor nævnte sager om VVM-vurderinger kan have været påvirket af den betragtning, at det ikke med sikkerhed kunne fastslås, på hvilket tidspunkt i en procedure den direktivbestemte VVM-vurdering bør finde sted, hvorimod iværksættelse af en procedure ved indgivelse af en formel ansøgning er en begivenhed, der umiddelbart kan tidsfæstes.

38. Sådanne betragtninger er ikke nødvendigvis anvendelige, når nye regler træder i kraft på et identificerbart tidspunkt i en sekvens af faser, der tilsammen udgør en samlet procedure. I overensstemmelse med det retssikkerhedsprincip, Domstolen har henvist til i sin praksis, må enhver »anvendelse« af sådanne regler på allerede afsluttede procedurefaser imidlertid udelukkes. Medmindre sådanne faser allerede var i overensstemmelse med de nye regler, ville den eneste måde, hvorpå de kunne bringes i overensstemmelse, være at gentage dem, hvilket ville forudsætte en genoptagelse af hele proceduren i sager, hvor der er tale om de indledende faser — og det kan ikke uden en klar indikation herfor antages, at dette har været fællesskabslovgivers hensigt.

39. Hvad enten direktivernes bestemmelser kan anvendes på efterfølgende faser i allerede igangsatte procedurer eller ej, mener jeg ikke, at de kan have nogen

11 — Dom af 9.8.1994, sag C-396/92, Bund Naturschutz in Bayern m.fl., Sml. I, s. 3717, præmis 18, 19 og 20.

12 — Dom af 11.8.1995, sag C-431/92, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2189, præmis 32.

13 — Dom af 18.6.1998, sag C-81/96, Burgemeester en Wethouders van Haarlemmerliede en Spaarnwoude m.fl., Sml. I, s. 3923, præmis 23 og 24.

indvirkning på faser, der er afsluttet forud for de datoer, fra hvilke de skulle anvendes.

for gennemførelse af direktiv 93/38 udløb, og endda før den 1. januar 1993, hvor bestemmelserne til gennemførelse af direktiv 90/531 trådte i kraft.

40. I den særlige retlige kontekst, hvor et af fællesskabets udbudsdirektiver ikke er gennemført inden for den foreskrevne frist, er denne konklusion i overensstemmelse med Domstolens dom i Tögel-sagen¹⁴, hvorefter »fællesskabsretten ikke pålægger en medlemsstats ordregivende myndighed... at gribe ind i bestående retsforhold... når disse retsforhold er påbegyndt inden udløbet af fristen for gennemførelse...«. Selv om denne afgørelse vedrørte et tilfælde, hvor kontrakten var indgået før udløbet af gennemførelsesfristen, men for en periode, der strakte sig herudover, er princippet efter min opfattelse almindelig anvendeligt: Det omfatter, uanset antallet, alle faser i en procedure vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, som er afsluttet før udløbet af gennemførelsesfristen.

42. Udbud skal foretages inden forhandlingerne påbegyndes. I dette tilfælde ligger det fast, at forhandlinger i hvert fald var indledt senest den 19. juli 1990 — hvor direktiv 90/531 ikke engang var vedtaget — og at disse forhandlinger i det væsentlige var afsluttet den 9. juli 1991. Aftalen blev indgået den 30. marts 1993. Kommissionen synes under retsmødet at have erkendt, at såfremt kontrakten var blevet opfyldt i overensstemmelse med det på den sidstnævnte dato vedtagne, ville fællesskabets regler om indgåelse af offentlige kontrakter ikke være overtrådt.

Anvendelse af direktiverne i det foreliggende tilfælde

41. Det fremgår af de bevisligheder, der foreligger for Domstolen, at den fase i den oprindelige procedure, hvor der kunne have været foretaget et udbud, blev afsluttet et stykke tid før den 1. juli 1994, hvor fristen

43. Kommissionen forudsætter imidlertid, som grundlag for sit standpunkt, at den ovenfor beskrevne oprindelige procedure blev afsluttet den 22. september 1995, og at man herefter iværksatte en ny procedure. Frankrig gør derimod gældende, at der ikke var tale om, at en procedure blev afsluttet og en ny påbegyndt, men derimod om en enkelt fortsat procedure, som på et tidspunkt under forløbet blev sat i stå på grund af et administrativt problem.

44. Det spørgsmål, der skal besvares, er derfor: Hvad var retsvirkningerne af til-

14 — Dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, præmis 54.

bagekaldelsen af beslutningen om at godkende kontrakten af 1993 og af beslutningen om at genoptage detailforhandlinger med Matra?

45. Den kontrakt, der blev godkendt den 30. marts 1993, blev tilsyneladende aldrig underskrevet. Parterne har for Domstolen fremført forskellige argumenter med hensyn til, hvorvidt der alligevel skete en bindende tildeling af kontrakten denne dag eller på et tidligere tidspunkt, hvor man var nået til enighed om kontraktvilkårene. Kommissionen er af den opfattelse, at tildelingen skete den 30. marts 1993, siden der ikke før denne dato forelå nogen endelig og ubetinget aftale. Den Franske Regering gør gældende, at Matra ved at afgive et bindende pristilsagn den 9. juli 1991 erhvervede ret til at få kontrakten tildelt.

46. Parterne er ligeledes, under den forudsætning at kontrakttildeling havde fundet sted, uenige om, hvorvidt tilbagekaldelsen af beslutningen om at godkende kontrakten gjorde denne ugyldig. Kommissionen gør gældende, at tilbagekaldelsen efter fransk forvaltningsret medfører, at kontrakten skal anses for aldrig at have eksisteret. Den Franske Regering hævder, at tilbagekaldelsen blot betød, at det var umuligt at underskrive kontrakten med Matra, før der var udstedt en ny erklæring om almennyttighed og før den finansiering, der var betinget af udstedelsen, var stillet til rådighed; der var ikke desto mindre truffet en beslutning om at tildele kontrakten til dette selskab, og denne beslutning ville forblive i kraft indtil en kompetent domstol måtte træffe beslutning om det modsatte.

47. For så vidt angår betydningen af den beslutning, hvorefter Semtcar blev anmodet om at '*reprendre la mise au point*' (genoptage de afsluttende forhandlinger) om kontrakten, betragter Kommissionen den som et klart bevis for påbegyndelsen af en ny procedure, mens den franske regering ser den som en genoptagelse og fortsættelse af den oprindelige procedure. Begge parter har påberåbt sig den kontrakt, der blev godkendt den 22. november 1996, til støtte for deres standpunkt: Kommissionen gør gældende, at den i væsentlige henseender afviger fra kontrakten af 1993, mens den franske regering hævder, at der i det væsentlige er tale om den samme kontrakt, idet de eneste forskelle består i valget af en aftalemodel, der som følge af tekniske udviklinger i den mellemliggende periode er marginalt forskellig, og i en ajourføring af prisen.

48. Den af Kommissionen anlagte sag vedrører den procedure, der førte til tildeling af den kontrakt, der blev godkendt til underskrift den 22. november 1996. Spørgsmålet er, hvorvidt denne tildeling var resultatet af den oprindelige procedure, eller om denne var afsluttet den 22. september 1995 eller før.

49. Direktiv 93/38 fastsætter visse betingelser, der skal overholdes før, under og efter en procedures »tildelingsfase«, men angiver ikke, hvordan det afgøres, hvornår tildelingen har fundet sted. Dette er forståeligt. Fællesskabets direktiver om indgåelse af offentlige kontrakter gennemfører ikke en fuldstændig harmonisering af fremgangsmåderne, men fastsætter betingelser, der skal overholdes, når nærmere angivne kriterier er opfyldt, især for så vidt angår kontraktens værdi. Alle andre retsregler,

der finder anvendelse, herunder de regler, der fastslår, på hvilket tidspunkt en kontrakt er tildelt eller indgået, har retsvirkning eller bliver bindende, må findes i national ret. Da Domstolen ikke har kompetence til at udtale sig om spørgsmål, der vedrører fransk ret, er det nødvendigt at undersøge en række forskellige hypoteser.

50. Det må imidlertid ved gennemgangen af disse hypoteser tages i betragtning, at det under en traktatbrudssag påhviler Kommissionen at godtgøre, at det hævdede traktatbrud foreligger, og at fremlægge de oplysninger, der er nødvendige for, at Domstolen kan efterprøve, om der foreligger et traktatbrud¹⁵.

51. Tre muligheder må tages i betragtning ved undersøgelsen af, hvornår den oprindelige procedure blev tilendebragt: Den kan være afsluttet ved distriktsrådets godkendelse af kontrakten den 30. marts 1993, ved en tildeling på et tidligere tidspunkt, muligvis det tidspunkt, hvor man var nået til en bindende aftale, eller ved en senere begivenhed.

52. Hvis man, hvor et valgt organs godkendelse er påkrævet, forudsætter, at en procedure afsluttes ved den beslutning, der godkender kontrakten og giver bemyndigelse til dennes underskrift, synes beslutningen af 30. marts 1993 at måtte have

bragt den oprindelige procedure til ende. Imidlertid medfører tilbagekaldelsen af denne beslutning i overensstemmelse med Kommissionens eget argument, at den må betragtes, som om den aldrig havde eksisteret. Det forekommer mig derfor, at man nødvendigvis må drage den slutning, at den oprindelige procedure ikke blev afsluttet. Under disse omstændigheder kan forhandlingerne i 1995 og 1996 betragtes som en fortsættelse af denne procedure.

53. Hvis en procedure afsluttes ved en særskilt tildeling, og denne tildeling eksempelvis sker, når den ordregivende myndighed og den fremtidige kontraktpart er nået til en bindende aftale, således at det valgte organs godkendelse, om end denne er nødvendig af andre grunde, ikke har indvirkning på gyldigheden af tildelingen¹⁶, synes det at måtte følge, at heller ikke en tilbagekaldelse af denne godkendelse kan have indvirkning på kontraktens eksistens, selv om der antagelig skal en form for fornyet godkendelse til, før kontrakten kan få virkning. Under disse omstændigheder ville tildelingen, hvis den fandt sted før den 30. marts 1993, forblive gyldig også efter den 22. september 1995, idet den eneste foranstaltning, der denne dag blev tilbagekaldt, var beslutningen om at godkende kontrakten og bemyndige dennes underskrift, og tildelingen kunne derfor være godkendt på ny ved beslutningen af 22. november 1996.

54. Hvis den oprindelige procedure ikke var afsluttet enten den 30. marts 1993 eller

15 — Jf. senest dom af 25.11.1999, sag C-96/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8531, præmis 36.

16 — Jf. dom af 16.7.1997 fra Tribunal administratif (forvaltningsdomstolen), nævnt ovenfor i punkt 24.

før, må den være bragt til afslutning ved en senere begivenhed. Hvis dette antages, kan tilbagekaldelsen af beslutningen af 30. marts 1993 ikke have været en sådan begivenhed. For at proceduren skulle kunne afsluttes ved tilbagekaldelse af en beslutning, måtte det dreje sig om den beslutning, der indebar den faktiske indstiftelse af proceduren — såsom beslutningen om at iværksætte projektet, om at finde en leverandør af den lette bybane, eller om at forhandle med Matra. Der er ikke sket tilbagekaldelse af en sådan beslutning. Under disse omstændigheder synes den kontrakt, der blev godkendt den 22. november 1996, at være resultatet af den oprindelige procedure, på hvis indledende faser fællesskabsreglerne ikke kan finde anvendelse.

55. Imidlertid er mine konklusioner for disse tre hypoteser alle afhængige af et yderligere forhold: Det må fastlægges, om de i 1995 og 1996 førte forhandlinger reelt var en fortsættelse af de forhandlinger, der fandt sted før 1993, og/eller alene vedrørte en tilladelig finjustering af den aftale, man var nået til på et tidligere tidspunkt, eller om de tværtimod var udtryk for forhandlinger om noget nyt.

56. I den henseende mere end antyder formuleringen anvendt i den anden beslutning truffet den 22. september 1995 — *»repandre la mise au point«* (genoptage de afsluttende forhandlinger) — såvel, at der kan være tale om en fortsættelse, som om en finjustering, af forhandlingerne. Hertil kommer, at den franske regering har fremlagt en skrivelse af 30. november 1995 fra Matra til Semtcar, hvoraf det fremgår, at Matra havde undersøgt virkningen af en ændring af tidsplanen for

projektet, og at Matra, under hensyntagen til en aftalt ajourføring af de administrative kontraktbetingelser, bekræftede at ville vedstå det tilbud, der var genstand for forhandlinger i starten af 1993, indtil 30. september 1996. Disse to dokumenter udgør et stærkt bevis, som ikke er imødegået af Kommissionen, for, at forhandlingerne rent faktisk blev genoptaget kort efter den 22. september 1995 på det hidtil foreliggende grundlag. Under disse omstændigheder kan den ordregivende myndighed dårligt forventes, som følge af påtvungne forsinkelser, uanset af hvilken grund disse var opstået, at skulle være uigenkaldeligt bundet til en forældet aftalemodel, og såvel ændringen med hensyn til aftalemodel som ajourføringen af prisen synes at være fuldt berettigede justeringer af kontrakten. Da Kommissionen ikke har ført bevis for, at der i øvrigt skulle være »væsentlige forskelle« af betydning mellem de to kontrakter, er jeg af den opfattelse, at det er berettiget at betragte den kontrakt, der blev godkendt den 22. november 1996, som resultatet af en fortsættelse af de tidligere forhandlinger og/eller en tilladelig finjustering af den aftale, man var nået til på et tidligere tidspunkt.

57. Herefter er det min vurdering, at det ikke under nogen af de tre mulige hypoteser er godtgjort, at den oprindelige procedure blev afsluttet på et tidligere tidspunkt, og at den kontrakt, der blev godkendt den 22. november 1996, derfor må anses for at have afsluttet denne procedure. Fællesskabets regler om indgåelse af offentlige kontrakter fandt ikke anvendelse på kontrakter indgået af ordregivere, der driver offentlige transportnet, på tidspunktet for påbegyndelse af proceduren, og undladelsen af at foretage et forudgående udbud kan således ikke udgøre en overtrædelse af disse regler.

Undtagelsen efter artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38

58. Jeg vil ikke desto mindre som en subsidær mulighed behandle den hypotetiske situation, at en ny procedure blev påbegyndt efter udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 93/38. I dette tilfælde opstår spørgsmålet, om betingelserne i artikel 20, stk. 2, litra c), var opfyldt, som hævdedt af den franske regering.

59. Jeg bemærker, at selv om Kommissionen er kritisk over for artikel 104.II i den franske lov om offentlige kontrakter, har den ikke nedlagt påstand om traktatbrud for så vidt angår den i bestemmelsen indeholdte undtagelse for tilfælde, hvor der er foretaget betydelige forudgående investeringer. Den Franske Republik har heller ikke påberåbt sig denne artikel, men gør snarere gældende, at fællesskabsreglernes undtagelsesbestemmelse fandt anvendelse. Man kan derfor se bort fra dette aspekt, og det er ligeledes uden betydning for sagen, om der måtte være uoverensstemmelser mellem lovens artikel 104.II og artikel 2, stk. 4, i dekret nr. 93-990, som er de bestemmelser, der gennemfører direktiv 90/531¹⁷. Det spørgsmål, der skal besvares, er følgende: Er der sket overtrædelse af artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38 som følge af handlinger foretaget efter den 1. juli 1994?

60. Kommissionen gør gældende, at der skulle have været foretaget et forudgående

udbud, fordi mere end én virksomhed kunne have leveret et VAL-system eller et tilsvarende system. Den har fremlagt skrivelser fra 1995, 1996 og 1997 fra Alsthom og fra en anden virksomhed — ANF Industrie, som hører til Bombardier Eurorail-koncernen — til modstanderne af VAL-systemet, hvilke skrivelser ifølge Kommissionen viser, at disse virksomheder ville have været i stand til at afgive bud, der var i overensstemmelse med de opstillede krav. Undtagelsen kunne derfor ikke finde anvendelse på tidspunktet for beslutningen af 22. november 1996. Under retsmødet gjorde Kommissionen gældende, at det ikke påhviler den at bevise, at andre virksomheder kunne levere tilsvarende systemer, men alene at et forudgående udbud var påkrævet netop for at konstatere, om dette var tilfældet.

61. Den franske regering er af den opfattelse, at betingelserne for anvendelse af undtagelsen var opfyldt for så vidt angår såvel »tekniske grunde« som »årsager, der vedrører beskyttelsen af en eneret«. De grundlæggende elementer i og visse væsentlige dele af VAL-systemet var beskyttet ved 11 patenter og et mønster, hver med en gyldighedsperiode på 20 år, som Matra havde registreret i Frankrig mellem 1975 og 1993, hvoraf de fleste var udvidet til også at omfatte andre medlemsstater. Kun to af disse udløb i den periode, som vedrører nærværende sag, nemlig i 1995. Navnet »VAL« var af Matra blevet registreret som varemærke i 1995. I 1996 meddelte virksomheden Alsthom Semtcar, at den ikke kunne opfylde de angivne vilkår for så vidt angår tidsfrister og allerede opførte anlæg. Et system, der var foreslået af Alsthom til

17 — Jf. ovenfor i punkt 10 og 11.

anvendelse i Toulouse, ville ikke opnå typegodkendelse før i 2006, mens Rennes-systemet skulle sættes i drift i november 2001. Ingen andre virksomheder var i stand til at levere et system, der opfyldte de særlige betingelser opstillet i Rennes-projektet, og Kommissionen har da heller ikke kunnet fremlægge bevis for det modsatte.

62. Det bevismateriale, der foreligger for Domstolen, er således ikke entydigt, og vurderingen heraf afhænger i høj grad af bevisbyrden og kravet til bevisets styrke.

63. Som jeg har påpeget¹⁸, påhviler det Kommissionen at godtgøre, at det hævdede traktatbrud foreligger, og at forsyne Domstolen med de nødvendige beviser herfor.

64. Domstolen har imidlertid vendt bevisbyrden i flere tilfælde, hvor en medlemsstat har påberåbt sig en undtagelse til en almindelig regel¹⁹. Dette er sket i en række sager vedrørende bestemmelser i direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter,

som enten er identiske eller nøje sammenlignelige med artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38²⁰. Domstolen har udtalt, at sådanne bestemmelser, »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 foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem«²¹.

65. Efter min opfattelse medfører dette, at når en medlemsstat vil påberåbe sig en undtagelse, påhviler det medlemsstaten at påvise berettigelsen heraf, og det er således ikke Kommissionen, der skal bevise, at betingelserne for at anvende undtagelsen ikke var opfyldt. Den endelige bevisbyrde forbliver dog hos Kommissionen; hvis der er blevet fremlagt beviser til støtte for, at undtagelsen finder anvendelse, påhviler det Kommissionen at imødegå disse. Domstolen skal på grundlag af det foreliggende bevismateriale som helhed kunne nå til den overbevisning, at Kommissionen har godtgjort rigtigheden af sin påstand.

20 — Artikel 9, litra b) og d) [senere artikel 5, stk. 3, litra c)], i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), og artikel 6, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, EFT 1977 L 13, s. 1.

21 — Dom af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1949, præmis 13, jf. også dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml., s. 1039, præmis 14, af 2.8.1993, sag C-107/92, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4655, præmis 12, 13 og 14, af 3.5.1994, sag C-328/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1569, præmis 16, og af 18.5.1995, sag C-57/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1249, præmis 23.

18 — Jf. ovenfor i punkt 50.

19 — Jf. f.eks. vedrørende undtagelser til princippet om varernes frie bevægelighed, dom af 12.7.1990, sag C-128/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3239, præmis 23, og af 19.3.1991, sag C-205/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1361, præmis 9.

66. I den foreliggende sag har den franske regering fremlagt to dokumenter, der viser, at Alsthom ikke ville have været i stand til at levere en let bybane, der svarede til de opstillede krav. Det ene er en kort skrivelse fra Alsthom til Semtcar, dateret den 30. oktober 1996 (mere end et år efter, at beslutningen om at genoptage forhandlingerne med Matra var truffet, og mindre end en måned før kontrakten med dette selskab blev endelig godkendt), der viser, at Alsthom faktisk var blevet spurgt, men var ude af stand til at tilbyde et system, der var foreneligt med den allerede planlagte infrastruktur, inden for den fastsatte stramme tidsplan, eller at henvise til et tilsvarende system, der allerede var i drift. Det andet er et uddrag af en mødeprotokol af 2. marts 1998 fra det organ i Toulouse, der svarer til Sitcar, hvoraf det fremgår, at Alsthom som den anden linje til den lette bybane i Toulouse foreslog et system, der ville være driftsklart i 2006, mens Rennes-banen skulle sættes i drift i november 2001.

67. Kommissionen har fremlagt en skrivelse fra Alsthom til et af de rådsmedlemmer, der var modstandere af VAL-projektet, dateret den 23. november 1995 (to måneder efter, at beslutningen om at genoptage forhandlinger med Matra var truffet og et år efter den endelige godkendelse af kontrakten). Det fremgår af denne skrivelse, at Alsthom, der tidligere havde leveret lignende, om end ikke identiske, systemer, på dette tidspunkt anså sig for at være fuldt ud i stand til at levere en fuldautomatisk separat bane for den kollektive trafik i Rennes, der var i overensstemmelse med de opstillede krav, og at virksomheden ville

afgive et tilbud herpå, hvis den fik lejlighed til det. Herudover anførte Alsthom, at flere industrivirksomheder var i stand til at levere systemet, og at det ville være i strid med gældende lovgivning at undlade at lade dem konkurrere med Matra. Kommissionen har ligeledes fremlagt tekniske beskrivelser fra ANF Industrie af automatiske lette bybaneanlæg, som virksomheden havde leveret til USA og Canada før 1995.

68. Disse dokumenter imødegår efter min opfattelse i tilstrækkelig grad det bevismateriale, der er fremlagt af den franske regering, og godtgør, at i hvert fald én anden leverandør kunne og ville have reageret, såfremt der var blevet foretaget et udbud i september 1995.

69. Under disse omstændigheder er det min opfattelse, at det, selv om det lægges til grund, at den procedure, der resulterede i den endelige tildeling, blev iværksat i september 1995, ikke kan slutes ud fra det foreliggende bevismateriale som helhed, at kontrakten af tekniske grunde eller årsager, der vedrører beskyttelsen af en eneret, kun kunne overdrages til en bestemt leverandør; undtagelsen i artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38 kunne derfor ikke finde anvendelse, og Den Franske Republik har således undladt at opfylde sine forpligtelser efter denne bestemmelse og følgelig også efter direktivets artikel 4, stk. 2, ved ikke at offentliggøre et udbud i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

Forslag til afgørelse

70. På grundlag af min konklusion for så vidt angår anvendeligheden af fællesskabsreglerne på de indledende faser i den omhandlede procedure foreslår jeg ikke desto mindre, at Domstolen bør:

- 1) frifinde Den Franske Republik
- 2) tilpligte Kommissionen at betale sagens omkostninger.