

DOMSTOLENS DOM

5. oktober 2000 *

I sag C-337/98,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos C. Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøger,

mod

Den Franske Republik ved kontorchef K. Rispal-Bellanger og ekspeditionssekretær A. Viéville-Bréville, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg på Frankrigs Ambassade, 8 B, boulevard Joseph II,

sagsøgt,

angående en påstand om, at det fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84),

* Processprog: fransk.

navnlig artikel 4, stk. 2, og artikel 20, stk. 2, litra c), ved sin beslutning af 22. november 1996 om at tildele selskabet Matra Transport totalentreprisekontrakten på den lette bybane i Rennes-området,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene J.C. Moitinho de Almeida og L. Sevón og dommerne P.J.G. Kapteyn, J.-P. Puissochet, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet og V. Skouris (refererende dommer),

generaladvokat: F.G. Jacobs

justitssekretær: ekspeditionssekretær D. Louterman-Hubeau,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 2. februar 2000, hvorunder Kommissionen var repræsenteret ved M. Nolin og Den Franske Republik ved kontorchef J.-F. Dobelle, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, og K. Rispal-Bellanger,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 23. marts 2000,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 14. september 1998 har Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber i medfør af EF-traktatens artikel 169 (nu artikel 226 EF) anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84) navnlig artikel 4, stk. 2, og artikel 20, stk. 2, litra c), ved sin beslutning af 22. november 1996 om at tildele selskabet Matra Transport (herefter »Matra«) totalentreprisekontrakten på den lette bybane i Rennesområdet.

De relevante retsregler

Fællesskabsbestemmelserne

Direktiv 93/38

- 2 Artikel 4, stk. 1 og 2, i direktiv 93/38 bestemmer:

»1. Ved indgåelse af indkøbsaftaler, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelsesaftaler og ved afholdelse af projektkonkurrencer anvender ordregiverne udbudsprocedurer, der er tilpasset bestemmelserne i dette direktiv.

2. Ordregiverne drager omsorg for, at der ikke finder forskelsbehandling sted af leverandører, entreprenører eller tjenesteydere.«

3 Artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38 bestemmer:

»Ordregiverne kan anvende en procedure uden forudgående udbud

...

c) hvis aftalen af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af en eneret, kun overdrages til en bestemt leverandør, entreprenør eller tjenesteyder.«

4 Artikel 45, stk. 1 og 3, i direktiv 93/38 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne vedtager de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme dette direktiv og anvender dem senest 1. juli 1994. De underretter straks Kommissionen herom....

2. ...

3. Direktiv 90/531/EØF ophører med at have virkning fra det tidspunkt, hvor medlemsstaterne gennemfører nærværende direktiv, uden at medlemsstaternes forpligtelser for så vidt angår de tidsfrister, som er anført i artikel 37 i nævnte direktiv, derved foregribes.«

Direktiv 90/531/EØF

5 Med undtagelse af nogle redaktionelle forskelle havde de bestemmelser i Rådets direktiv 90/531 af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1), der vedrørte princippet om forbud mod forskelsbehandling mellem leverandører eller entreprenører (artikel 4) og de tilfælde, hvor det er tilladt at følge en procedure uden forudgående udbud (artikel 15), samme indhold som de tilsvarende bestemmelser i direktiv 93/98, der er gengivet i denne doms præmis 2 og 3.

6 Artikel 37, stk. 1 og 2, i direktiv 90/531 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne vedtager senest den 1. juli 1992 de foranstaltninger, der er nødvendige for at efterkomme dette direktiv. De underretter Kommissionen herom.

2. Medlemsstaterne kan fastsætte, at de i stk. 1 omhandlede foranstaltninger først finder anvendelse fra 1. januar 1993.

...«

De nationale bestemmelser

- 7 Artikel 104, II, i code des marchés publics (loven om offentlige kontrakter) er formuleret som følger:

»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.

3. For så vidt angår de ydelser, der er nævnt i artikel 108, sidste punktum.

Disse aftaler er undtaget fra kravet om offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, som det er bestemt i artikel 38.«

Sagens baggrund

8 Ved beslutning nr. 89-18 af 26. oktober 1989 besluttede comité syndical du Syndicat intercommunal des transports collectifs de l'agglomération rennaise (det fælleskommunale udvalg for den kollektive trafik i Rennes-området) (herefter »det fælleskommunale trafikudvalg«) følgende:

»1. De tidligere beslutninger om at udstyre byområdet med sit eget baneanlæg for kollektiv trafik bekræftes...

2. Vedrørende den første linje fastholdes de hovedprincipper for linjeføringen, der er angivet i 'TAU'-undersøgelsen, og som er:

— betjening af Villejean fra vest mod øst

- kørsel gennem den historiske bymidte fra nord mod syd

- gennemkørsel ved banegården, der sikrer den bedste samkørsel med de tre transportnet (bytransport, mellembustransport og jernbanetransport)

- betjening af kvarteret Alma-Châtillon og af det vigtigste syd-østlige område Blosne...

3. Man vælger den lette og førerløse bybaneteknologi af VAL-typen...

4. Staten anmodes om den højest mulige finansielle bistand...

5. Der etableres alle de fornødne kontakter med regionen og departementet på det ovenfor angivne grundlag...

6. Forretningsudvalget gives kompetence til at foretage de konsultationer, der er nødvendige for, at der under det næste møde i det fælleskommunale trafikudvalg kan foretages en vurdering af den kontrakt, der skal indgås vedrørende forprojektet...

7. Det besluttet hurtigst muligt at undersøge, om der kan foretages en ændring af den nuværende fordelingsnøgle for kommunernes bidrag til det fælleskommunale trafikudvalg...«

- 9 Ved beslutning nr. 90-25 af 19. juli 1990 besluttede det fælleskommunale trafikudvalg:

»1. Udvalget noterer sig, at undersøgelserne og gennemførelsen af 'systemdelen og af de anlæg, der er forbundet med systemet', giver grundlag for at indgå en totalentreprisekontrakt med selskabet Matra-Transport, når dette vil være i stand til at forpligte sig i relation til et garanteret prismål.

2. Der meddeles principgodkendelse af, at en kontrakt om rådgivning og undersøgelser i tilknytning til forprojektet vedrørende 'civilingeniørarbejde og anlæg, der ikke er forbundet med systemet', vil blive indgået med det nævnte selskab, og der gives udvalgets formand bemyndigelse til at underskrive kontrakten.«

- 10 Ved en skrivelse af 9. juli 1991 fra Matra's administrerende direktør og bestyrelsesformand til formanden for det fælleskommunale trafikudvalg blev det præciseret, at den garanterede pris for referenceprojektet af marts 1991 beløb sig til 987 mio. FRF i januar 1991-priser. Matra's administrerende direktør og bestyrelsesformand angav ikke desto mindre, at Matra med udgangspunkt i denne pris på det fælleskommunale trafikudvalgs anmodning havde søgt at finde »besparelser, både i form af supplerende ydelser fra Matra Transport og i form af forslag til projektændringer, der ikke vil forringe kvaliteten af den tjenesteydelse, der skal leveres«. På dette grundlag foreslog Matra's administrerende direktør og bestyrelsesformand trafikudvalget, at der blev foretaget visse ændringer i projektets specifikationer, og han oplyste, at hvis disse nye specifikationer blev bekræftet, ville »systemdelen« af VAL-projektet kunne nedsættes til en garanteret pris på 953,2 mio. FRF eksklusive moms i januar 1991-priser.

- 11 Ved afgørelse nr. 93-44 af 30. marts 1993 besluttede conseil du district urbain de l'agglomération rennais (distriktsrådet for Rennes-området, herefter »distrikts-

rådet«), der i 1992 erstattede det fælleskommunale trafikudvalg, dels at godkende den af Matra foreslåede totalentreprise inden for rammerne af forhandlingsproceduren, dels at bemyndige société d'économie mixte des transports collectifs de l'agglomération rennais (kollektivt trafikselskab i Rennesområdet med offentlig og privat kapital, herefter »det kollektive trafikselskab«) til at underskrive kontrakten med Matra i henhold til bestemmelserne i den bemyndigelsesaftale, som distriktsrådet godkendte ved beslutning af 15. januar 1993.

- 12 Ved dom af 16. februar 1994 annullerede tribunal administratif de Rennes (Frankrig) (forvaltningsdomstolen i Rennes) erklæringen af 15. februar 1993 om den almennyttige karakter af projektet vedrørende den lette bybane i Rennesområdet (herefter »erklæringen om almennyttighed«), hvilket navnlig havde den konsekvens, at den støtte, som staten havde besluttet sig til at bevilge til sikring af arbejdernes finansiering, ikke kunne blive tildelt.

- 13 Ved beslutning nr. 95-233 af 22. september 1995 besluttede distriktsrådet at »tilbagekalde beslutning nr. 93-44 af 30. marts 1993, hvorved den med Matra-Transport forhandlede kontrakt blev godkendt, og det kollektive trafikselskab fik bemyndigelse til at underskrive denne, idet denne beslutning, der ikke har resulteret i nogen, heller ikke rent indledende gennemførelsesforanstaltninger, er blevet uden genstand«. Endvidere besluttede distriktsrådet samme dag ved beslutning nr. 95-234 at »anmode det kollektive trafikselskab om at genoptage de afsluttende forhandlinger om denne kontrakt med Matra-Transport inden for rammerne af den foreløbige finansielle ramme, der er fastsat for projektet, og på ny forelægge denne for distriktsrådet til godkendelse«.

- 14 Endelig godkendte distriktsrådet ved beslutning nr. 96-280 af 22. november 1996 »bestemmelserne i det forslag til kontrakt, der er forhandlet og skal indgås med Société Matra-Transport International vedrørende udførelsen af systemdelen og af de anlæg, der er forbundet med systemet«, hvorved det samlede kontraktbeløb udgjorde »1 054 360 000 FRF eksklusive moms i november 1996-priser, og var opdelt i et fast beløb på 1 050 490 000 FRF eksklusive moms og i et betinget

beløb på 3 870 000 FRF eksklusive moms«. Det bemyndigede også »det kollektive trafikselskab til at underskrive kontrakten i henhold til artikel 7.4 i bemyndigelsesaftalen af 23. februar 1993«.

Den administrative procedure

- 15 På foranledning af en klage vedrørende kriterierne for tildeling af arbejdet med en let og førerløs bybane i Rennes-området til Matra anmodede Kommissionen ved skrivelse af 7. januar 1997 de franske myndigheder om, at give den forskellige oplysninger vedrørende tildelingen af denne kontrakt, idet de blev anmodet om at begrunde, hvorfor de havde anvendt en procedure med forhandling uden forudgående udbud, som hjemlet i artikel 104, II, i loven om offentlige kontrakter.
- 16 De franske myndigheder svarede Kommissionen ved skrivelse af 17. februar 1997 og senere ved to supplerende noter af 25. februar og 4. marts 1997. Myndighederne gjorde navnlig gældende, at den omtvistede kontrakt var blevet tildelt ved det fælleskommunale trafikudvalgs beslutning af 26. oktober 1989, hvilket var datoen, hvor den ordregivende myndighed valgte at indkøbe en let og førerløs bybane af VAL-typen, som skulle leveres af Matra. Ifølge de franske myndigheder var denne beslutning ensbetydende med, at kontrakten blev tildelt, inden direktiv 90/531 trådte i kraft den 1. januar 1993, og derfor også før den 1. juli 1994, hvor direktiv 93/38, og navnlig artikel 4, stk. 2 og artikel 20, stk. 2, litra c), trådte i kraft. Endvidere anførte de franske myndigheder subsidiært, at Matra var det eneste selskab, der var i stand til at opfylde kommunesammenslutningens krav. Myndighederne gjorde med hensyn hertil gældende, at dette selskab allerede havde foretaget store forudgående investeringer inden for Rennes-området, og de konkluderede, at ingen fællesskabsregel var blevet tilsidesat.
- 17 Kommissionen, som fandt, at dette svar var utilstrækkeligt, fremsendte i overensstemmelse med den i traktatens artikel 169 fastsatte procedure den

17. juni 1997 en åbningsskrivelse til de franske myndigheder og udbad sig myndighedernes bemærkninger inden for en frist på seks uger, navnlig i relation til spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelserne i artikel 104, II, i loven om offentlige kontrakter, der havde udgjort retsgrundlaget for den ordregivende myndigheds beslutning, var forenelige med kravene i artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38.

- 18 De franske myndigheder gentog i deres skrivelse af 20. august 1997, der besvarede åbningsskrivelsen, at beslutningen om at tildele totalentreprisekontrakten til Matra var blevet taget ved beslutningen af 26. oktober 1989, og, subsidiært, at artikel 104, II, i loven om offentlige kontrakter var forenelig med artikel 20, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38. To supplerende svar blev fremsendt henholdsvis den 29. september og den 7. november 1997.
- 19 Kommissionen, som ikke fandt, at disse svar var egnede til at rejse tvivl om rigtigheden af de klagepunkter, der var indeholdt i dens åbningsskrivelse, fremsendte den 5. marts 1998 en begrundet udtalelse til Den Franske Republik, som denne besvarede den 12. juni 1998.
- 20 Det er i denne retlige og faktiske sammenhæng, at Kommissionen har anlagt denne sag.

Realiteten

- 21 Kommissionen har gjort gældende, at tildelingen af totalentreprisekontrakten på den lette bybane i Rennes-området ved en procedure med forhandling uden

forudgående udbud udgør en tilsidesættelse af direktiv 93/38, og navnlig af dets artikel 4, stk. 2, og artikel 20, stk. 2, litra c).

- 22 Som det fremgår af præmis 8-11 i denne dom, fandt visse af de faktiske forhold vedrørende den omtvistede kontrakt sted forud for udløbet af fristen for gennemførelsen af direktiv 93/38, og inden der tages stilling til den hævdede tilsidesættelse af direktiv 93/38, skal det derfor undersøges, om dette finder anvendelse på den omtvistede procedure.
- 23 Det fremgår bl.a. af det fælleskommunale trafikudvalgs beslutning af 19. juli 1990, og nærmere bestemt af udtalelsen om, at »undersøgelserne og gennemførelsen af 'systemdelen og af de anlæg, der er forbundet med systemet', giver grundlag for at indgå en totalentreprisekontrakt med selskabet Matra-Transport, når dette vil være i stand til at forpligte sig i relation til et garanteret prismål«, at forhandlingerne mellem den ordregivende myndighed og Matra allerede var i gang på denne dato.
- 24 Hertil kommer, at Matra's administrerende direktør og bestyrelsesformand i sin skrivelse af 9. juli 1991 bekræftede, at under forudsætning af, at der blev foretaget visse ændringer i det foreslåede referenceprojekt, kunne »systemdelen« i VAL-projektet nedsættes til en garanteret pris på 953,2 mio. FRF eksklusive moms i januar 1991-priser, hvilket klart viser, at forhandlingerne mellem den ordregivende myndighed og Matra befandt sig på et fremskredent stade på denne dato.
- 25 Heraf følger, at den ordregivende myndigheds forhandlinger med Matra var blevet påbegyndt før den 1. juli 1994, hvilket var datoen for udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 93/38, og endog før den 9. august 1993, hvilket var datoen for dette direktivs offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

- 26 Når henses til, at forhandlinger udgør det afgørende element ved tildeling af en kontrakt efter en forhandlingsprocedure, må det fastslås, at den omtvistede procedure blev iværksat før vedtagelsen af direktiv 93/38 og derfor også før udløbet af fristen for dets gennemførelse. Dette direktiv indeholder ingen overgangsregler vedrørende de procedurer, der allerede var iværksat før den 1. juli 1994, og som fortsat var under behandling på denne dato.
- 27 I betragtning af, at den omtvistede procedure udstrakte sig over en lang periode, skal det med henblik på at fastslå, om bestemmelserne i direktiv 93/38, som Kommissionen har påberåbt sig, kan anvendes i denne sag, først undersøges, hvilke retsregler der i tidsmæssig henseende fandt anvendelse på denne procedure.
- 28 Kommissionen har gjort gældende, at der for at afgøre, hvilke retsregler der finder anvendelse på en procedure for indgåelse af en kontrakt, normalt skal tages hensyn til datoen for kontraktens tildeling. Kommissionen udelukker ikke, at datoen for indgåelsesprocedurens iværksættelse ligeledes kan tages i betragtning. Den præciserer dog, at tidsrummet mellem denne iværksættelse og kontraktens tildeling skal være rimeligt, hvilket ikke er tilfældet i denne sag.
- 29 Ifølge Kommissionen blev den omtvistede kontrakt først tildelt ved beslutningen af 22. november 1996, dvs. længe efter at direktiv 93/38 var trådt i kraft. Den har gjort gældende, at beslutningen af 26. oktober 1989 kun vedrørte valget af teknologi af VAL-typen for den lette og førerløse bybane, og at dette produkt dengang var udviklet af mindst to konstruktører. Det var heller ikke den 19. juli 1990 muligt at tale om en kontrakt med Matra, idet der ikke forelå enighed om en pris eller om de elementer, der skal foreligge, for at der er tale om en kontrakt. Følgelig blev beslutningen om at tildele kontrakten til Matra først taget på distriktrådets møde den 30. marts 1993, dvs. efter at det nævnte selskab formelt havde forpligtet sig til en garanteret pris.
- 30 Kommissionen har understreget, at hvis alle forhold var blevet endelig aftalt på denne dato, ville den ikke have anlagt denne sag, selv om direktiv 90/531 allerede

var trådt i kraft. Den har imidlertid bemærket, at den ordregivende myndighed, efter at forvaltningsdomstolen i Rennes havde annulleret erklæringen om almennyttighed, tilbagekaldte beslutningen af 30. marts 1993, selv om den ikke var retligt forpligtet hertil. I fransk forvaltningsret sidestilles en tilbagekaldelse med en annulation, der foretages af en retsinstans. Kommissionen har på grundlag heraf konkluderet, at eftersom tilbagekaldelsen ikke blev anfægtet af Matra, er den blevet endelig, hvilket har den konsekvens, at den nævnte beslutning må betragtes, som om den aldrig har eksisteret. Derfor blev den omtvistede kontrakt tildelt Matra ved beslutningen af 22. november 1996.

- 31 Heroverfor har den franske regering gjort gældende, at selv om de offentlige kontrakter i fællesskabsbestemmelserne defineres som kontrakter, der indgås skriftligt, er dette ikke til hinder for, at det alene er datoen for indgåelsesprocedurernes iværksættelse, der skal tages i betragtning ved vurderingen af, hvilke retsregler der finder anvendelse på en sådan procedure. Et krav om, at tidsrummet mellem iværksættelsen af proceduren og kontrakttildelingen skal være rimeligt, for at der kan tages hensyn til iværksættelsen ved afgørelsen af, hvilke retsregler der finder anvendelse, har dernæst hverken støtte i fællesskabslovgivningen eller i Domstolens retspraksis.
- 32 Den franske regering har gjort gældende, at udpegningen af Matra som kontraktpart ikke skete ved beslutningen af 22. november 1996, men derimod implicit ved beslutningen af 26. oktober 1989, eftersom den ordregivende myndighed ikke kunne have valgt nogen anden virksomhed end Matra som medkontrahent, idet VAL var Matra's varemærke. Beslutningen af 19. juli 1990 udgjorde en beslutning om tildeling: Den franske regering har anført, at for så vidt som beslutningen havde fået en sådan form, at den kunne gennemføres, og Matra havde forpligtet sig til en pris, var selskabet ifølge den franske regering berettiget til at kræve beslutningen overholdt i den udstrækning, hvor den nævnte beslutning tillagde det subjektive rettigheder. Da Matra den 9. juli 1991 havde forpligtet sig til et garanteret prismål på 953,2 mio. FRF eksklusive moms, havde selskabet herefter et retligt krav på at indgå totalentreprisekontrakten med distriktsrådet for Rennes-området.
- 33 Med hensyn til tilbagekaldelsen af beslutningen af 30. marts 1993 har den franske regering for det første gjort gældende, at det blev pålagt den ordregivende myndighed at foretage tilbagekaldelsen, og for det andet, at tilbagekaldelsen ikke

var begrundet i et ønske om af genforhandle vigtige dele af kontrakten. Tilbagekaldelsen havde heller ikke til formål eller virkning at rejse tvivl om beslutningen af 19. juli 1990 om at indgå kontrakt med Matra. Ved at tilbagekalde denne forvaltningsakt udsatte distriktsrådet blot tidspunktet for kontraktens underskrivelse, idet rådet dermed tog konsekvensen af, at erklæringen om almennyttighed var blevet annulleret. Da erklæringen hidrørte fra departementets administrative leder, kan dens annullation hverken komme distriktsrådet for Rennes-området eller Matra, som opnåede kontrakten, til skade.

- 34 Den franske regering har erkendt, at tilbagekaldelsen af denne forvaltningsakt medfører, at kontraktens retsvirkninger bortfalder for fremtiden som for fortiden. Men for så vidt angår de materielle kontraktbestemmelser, som ikke er berørt af de formelle proceduremæssige hensyn, vil de, selv om de ikke retligt er stadfæstet, i det mindste ikke kunne kritiseres, hvorfor proceduren for kontraktens tildeling, hvis ikke retligt så i det mindste rent faktisk, blot har været suspenderet indtil udstedelsen af en ny erklæring om almennyttighed. Konsekvensen heraf er, at tilbagekaldelsen af beslutningen af 30. marts 1993 er en rent formel foranstaltning, hvorfor den ikke bryder kontinuiteten i proceduren i materiel henseende.
- 35 Det bemærkes for det første, at Kommissionen med dette traktatbrudssøgsmaal kritiserer Den Franske Republik for at have tilsidesat bestemmelserne i direktiv 93/38 som følge af en bestemt beslutning truffet af den ordregivende myndighed. Ved denne beslutning traf myndigheden afgørelse om at tildele den omtvistede kontrakt ved en procedure med forhandling uden forudgående udbud. Det er denne afgørelse, som ifølge Kommissionen ikke har hjemmel i artikel 20, stk. 2, i direktiv 93/38.
- 36 Det bemærkes for det andet, at en ordregivende myndigheds beslutning om, hvilken procedure der skal følges, og om, hvorvidt det er nødvendigt at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt, udgør en særskilt procedurefase, hvorunder de afgørende karakteristika for denne procedures afvikling bliver fastlagt, og som normalt ligger i begyndelsen af proceduren.

- 37 Ved afgørelsen af, om direktiv 93/38 finder anvendelse på en sådan beslutning, og dermed for at fastslå, hvilke forpligtelser den ordregivende myndighed havde i henhold til fællesskabsretten, er det principielt det tidspunkt, hvor den nævnte beslutning blev vedtaget, der skal tages hensyn til.
- 38 Det er korrekt, at beslutningen om at anvende en procedure med forhandling uden forudgående udbud i denne sag udgør en del af en tildelingsprocedure, der først fandt sin afslutning i november 1996, eller mere end to år efter udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 93/38. Det følger dog af retspraksis på området for offentlige kontrakter, at fællesskabsretten ikke pålægger en medlemsstats ordregivende myndighed, på opfordring fra en borger, at gribe ind i bestående retsforhold, som er indgået på ubestemt tid eller for flere år, når disse retsforhold er påbegyndt inden udløbet af fristen for gennemførelse af direktivet (jf. i denne retning dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, præmis 54).
- 39 Tögel-dommen vedrørte ganske vist en kontrakt, der allerede var indgået før udløbet af fristen for gennemførelse af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), men det almindelige princip, der er fremhævet i dommen, kan finde anvendelse på alle de faser i en procedure for tildeling af en kontrakt, der er blevet afsluttet før datoen for udløbet af fristen for gennemførelse af et direktiv, men som er led i en procedure, der er blevet afsluttet efter denne dato.
- 40 Hvad angår Kommissionens argumentation, hvorefter det tidspunkt, der skal tages i betragtning for at fastlægge den tidsmæssige virkning af direktiv 93/38, er tidspunktet for tildelingen af kontrakten, er det tilstrækkeligt at fastslå, at det vil være i strid med retssikkerhedsprincippet at fastlægge den ret, der finder anvendelse, under henvisning til datoen for kontraktens tildeling, da dette tidspunkt markerer afslutningen af proceduren, mens den ordregivende myndigheds beslutning om at gennemføre proceduren med eller uden forudgående udbud normalt træffes i begyndelsen af proceduren.

- 41 I den foreliggende sag er det væsentligt, at selv om en formel beslutning fra den ordregivende myndigheds side om at tildele den omtvistede kontrakt ved en procedure med forhandling uden forudgående udbud ikke fremgår klart af de dokumenter, der indgår i sagens akter, fastslog det fælleskommunale trafikudvalg i sin beslutning af 19. juli 1990, at det »noterer sig, at undersøgelserne og gennemførelsen af 'systemdelen og af de anlæg, der er forbundet med systemet', giver grundlag for at indgå en totalentreprisekontrakt med selskabet Matra-Transport«. Det fremgår af denne sætning, at senest på datoen for denne beslutning — og altså længe før udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 93/38 — havde den ordregivende myndighed allerede besluttet at gennemføre en procedure med forhandling uden forudgående udbud.
- 42 Følgelig må det fastslås, at direktiv 93/38 ikke finder anvendelse på den ordregivende myndigheds beslutning om at tildele totalentreprisekontrakten på den lette bybane i Rennes-området ved en procedure med forhandling uden forudgående udbud.
- 43 Det skal dog bemærkes, at den ordregivende myndighed ved to separate beslutninger af 22. september 1995 dels tilbagekaldte beslutningen om at tildele kontrakten af 30. marts 1993 til Matra, dels anmodede det kollektive trafiksel-skab om at fortsætte forhandlingerne med dette selskab.
- 44 Det må derfor undersøges, om de forhandlinger, der blev indledt efter den 22. september 1995, var afgørende forskellige fra de allerede førte, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer, hvilket kunne begrunde, at bestemmelserne i direktiv 93/38 finder anvendelse.
- 45 Det bemærkes indledningsvis herom, at ifølge Domstolens faste praksis påhviler det under en traktatbrudssag i medfør af traktatens artikel 169 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

traktatbrud (jf. bl.a. dom af 25.11.1999, sag C-96/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8531, præmis 40).

- 46 Det følger heraf, at det i denne sag påhviler Kommissionen at fremlægge de oplysninger, der er nødvendige for at godtgøre, at der blev indledt nye forhandlinger efter den 22. september 1995, og at de havde en sådan karakter, at de beviser parternes vilje til at genforhandle de grundlæggende elementer i kontrakten, hvilket kunne begrunde en anvendelse af bestemmelserne i direktiv 93/38.
- 47 Kommissionen har med hensyn hertil gjort gældende, at en analyse af beslutningerne af 30. marts 1993 og 22. november 1996 viser, at buddene er forskellige for så vidt angår genstand og pris. Ifølge Kommissionen vedrører budet fra 1993 VAL 206-systemet til en pris på 966,4 mio FRF eksklusive moms, mens budet fra 1996 tilbyder et VAL 208-system til 1 054 mio. FRF eksklusive moms.
- 48 For det første refererer nummerændringen ifølge Kommissionen rent faktisk til to forskellige versioner af VAL-teknologien. For det andet adskiller de to bud sig rent prismæssigt med næsten 90 mio. FRF eksklusive moms, eller en stigning på ca. 10% af kontraktværdien mellem januar 1993 og november 1996, hvilket er mere end den samlede inflation i denne periode.
- 49 Kommissionen har af disse forhold udledt, at der findes afgørende teknologiske og prismæssige forskelle mellem Matra's to bud, hvilket beviser, at der ikke er tale om den samme kontrakt.
- 50 Det skal først fastslås, at det forhold, at 1993-buddet vedrørte VAL 206-systemet, mens 1996-buddet vedrørte VAL 208-systemet, ikke udgør et forhold af en sådan

karakter, at det kan bevise, at der blev genforhandlet om en grundlæggende kontraktbestemmelse, hvilket kunne begrunde en anvendelse af direktiv 93/38.

- 51 Denne ændring af kontraktbetingelserne skyldes for det første, som den franske regering har anført, materiellets udvikling mellem 1993 og 1996 og vedrører dets størrelse på et punkt, der er af helt marginal betydning (2 cm i bredden). For det andet bør det ikke udelukkes, at parterne under en forhandling, der efter sin karakter kan strække sig over en lang periode, tager hensyn til de nye teknologiske udviklinger, der er indtrådt under forhandlingsforløbet, uden at dette forhold hver gang skal betragtes som en genforhandling af et grundlæggende element i kontrakten, der begrunder, at nye retsregler finder anvendelse.
- 52 For det andet bemærkes det, for så vidt angår Kommissionens argument vedrørende prisforskellen mellem 1993-kontrakten og 1996-kontrakten, at selv om det lægges til grund, at denne prisforskel oversteg den samlede inflation i denne periode, kan det heller ikke på dette grundlag fastslås, at de forhandlinger, der blev indledt efter tilbagekaldelsen af beslutningen af 30. marts 1993, havde til formål at genforhandle en grundlæggende kontraktbestemmelse.
- 53 Prisudviklingen er — som den franske regering uimodsagt af Kommissionen har anført — en nøjagtig følge af anvendelsen af den prisreguleringsmekanisme, der findes i det kontraktudkast, som parterne accepterede i 1993. Dette forhold er snarere et indicium for, at der var kontinuitet i proceduren end et forhold, der er egnet til at bevise genforhandlingen af en grundlæggende kontraktbestemmelse.
- 54 For det tredje skal det tilføjes, at det følger af visse af de dokumenter, der indgår i sagens akter, at forhandlingerne rent faktisk blev genoptaget kort efter den 22. september 1995 som helhed på det hidtil foreliggende grundlag.

- 55 For det første kan ordene »genoptage de afsluttende forhandlinger«, der er anvendt i den anden beslutning af 22. september 1995, særligt klart forstås som en henvisning til en fortsættelse og opdatering af forhandlingerne. For det andet har den franske regering fremlagt en skrivelse fra Matra til det kollektive trafikelskab af 30. november 1995, der viser, at Matra havde studeret virkningen af en ændring af planen for projektets gennemførelse, og selskabet bekræftede under hensyntagen til de ajourføringer, der var aftalt i særlige administrative kontraktbetingelser, gyldigheden af sit bud, der blev forhandlet primo 1993, indtil 30. september 1996.
- 56 Herefter må det fastslås, at Kommissionen ikke har fremlagt oplysninger, der giver grundlag for at antage, at der blev indledt nye forhandlinger, der påviser parternes vilje til at genforhandle grundlæggende kontraktbestemmelser efter tilbagekaldelsen af beslutningen af 30. marts 1993 og således efter udløbet af fristen for gennemførelsen af direktiv 93/38.
- 57 På baggrund af samtlige de ovenfor anførte betragtninger skal Den Franske Republik frifindes.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

- 1) Den Franske Republik frifindes.
- 2) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber betaler sagens omkostninger.

Rodríguez Iglesias	Moitinho de Almeida	
Sevón	Kapteyn	Puissochet
Jann	Ragnemalm	
Wathelet	Skouris	

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 5. oktober 2000.

R. Grass

Justitssekretær

G.C. Rodríguez Iglesias

Præsident