

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)
den 28 mars 1996 *

I mål C-318/94,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av juridiske rådgivaren Hendrik van Lier, och först av Angela Bardenhewer, sedan av Claudia Schmidt, båda vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos Carlos Gómez de la Cruz, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

sökande,

mot

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av Ernst Röder, Ministerialrat, förbundsekonominministeriet, och assessorn Gereon Thiele, samma ministerium, båda i egenskap av ombud, D-53107 Bonn,

svarande,

angående en talan om fastställelse av att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sin skyldigheter enligt rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT nr L 185, s. 5), som ändrats genom rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 (EGT nr L 210, s. 1), med anledning av att Wasser-und Schifffahrtsamt (vatten- och sjöfartsmyndigheten) i Emden genom ett förhandlat förfarande har ingått ett offentligt bygg- och anläggningskontrakt om muddring av nedre Ems, mellan Papenburg och Oldersum, utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*,

meddelar

* Rättegångsspråk: tyska.

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden D.A.O. Edward samt domarna J.C. Moitinho de Almeida, P. Jann (referent), L. Sevón och M. Wathelet,

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

med hänsyn till referentens rapport,

och efter att den 8 februari 1996 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

Genom ansökan som har inkommit till domstolens kansli den 6 december 1994 har Europeiska gemenskapernas kommission med stöd av artikel 169 i EG-fördraget väckt talan i syfte att få fastställt att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sin skyldigheter enligt rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT nr L 185, s. 5), som ändrats genom rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 (EGT nr L 210, s. 1), med anledning av att Wasser-und Schifffahrtsamt i Emden genom ett förhandlat förfarande har ingått

ett offentligt bygg-och anläggningskontrakt om muddring av nedre Ems, mellan Papenburg och Oldersum, utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

- 2 I september 1989 beslutades på begäran av Papenburgs stad att muddring skulle ske av nedre Ems för att möjliggöra för fartyg med 6,80 meters djupgående i den så kallade Panamaklassen att passera. Detta projekt ansågs ha stor ekonomisk betydelse för regionen. Under år 1990 åtog sig skeppsvarvet Meyer-Werft, som är regionens största arbetsgivare, att leverera ett fartyg i denna klass senast den 18 februari 1992. Om nämnda leveranstid inte kunde hållas, skulle en straffavgift utgå med 80 000 USD per dag. Fartyget kunde endast levereras detta datum om muddringen genomförts.
- 3 Enligt tysk lagstiftning skulle muddringsprojektet av nedre Ems underkastas ett godkännandeförfarande, vilket särskilt inbegrep godkännande av regeringen i regionen Weser-Ems. I slutet av maj månad 1991, som var den tid inom vilken förfarandet skulle varit avslutat, meddelade regeringen i regionen Weser-Ems, som inte kommit med någon invändning tidigare, att den av ekologiska skäl inte kunde godkänna projektet. Regeringen beslutade dock att fortsätta förfarandet i syfte att enbart godkänna den del av projektet som bestod i att provisoriskt fördjupa flodbädden för att möjliggöra passage av det fartyg som byggts av skeppsvarvet Meyer-Werft. Detta delprojekt godkändes slutgiltigt den 15 augusti 1991.
- 4 Wasser-und Schifffahrtsamt i Emden, som hade för avsikt att tillämpa ett öppet anbuds förfarande, skickade en informationsannons om det planerade projektet,

som publicerades i ett tillägg till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 20 april 1991.

- 5 Med anledning av att godkännandet av planerna hade försenats, beslutade Wasser- und Schiffartsamt att inte använda sig av det öppna förfarandet utan att i stället tilldela kontraktet genom ett förhandlat förfarande, utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling. Kontraktet tilldelades genom det sistnämnda förfarandet den 15 augusti 1991.

- 6 Genom en formell underrättelse av den 12 november 1991 inledde kommissionen enligt artikel 169 i fördraget ett förfarande avseende fördragsbrott mot Förbundsrepubliken Tyskland på grund av att förfarandereglerna om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt åsidosatts. Kommissionen underströk att ett förhandlat förfarande i förevarande fall inte var befogat enligt artikel 5.3 c i direktivet. Den tyska regeringen bestred detta påstående i en skrivelse av den 6 mars 1992.

- 7 I ett motiverat yttrande av den 27 april 1993 avgav kommissionen åter sin inställning och anmodade den tyska regeringen att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att rätta sig efter det motiverade yttrandet och särskilt att, inom två månader från delgivningen av yttrandet, avbryta det aktuella kontraktet samt övriga kontrakt som framförhandlats på samma sätt.

- 8 I en skrivelse av den 28 september 1993 bekräftade den tyska regeringen att arbetet ovillkorligen måste vara färdigställt när fartyget skulle levereras den 18 februari 1992 och att arbetet därför måste inledas senast i mitten av augusti 1991.

Med anledning av de svårigheter som uppkommit under godkännadeförfarandet, var det inte möjligt att tillämpa det öppna förfarandet som skulle ha tagit minst 72 dagar.

- 9 Kommissionen ansåg inte att detta svar var tillfredsställande och väckte därför den föreliggande talan.

- 10 Det skall undersökas om Förbundsrepubliken Tyskland med stöd av artikel 5.3 c i direktivet fick tilldela kontraktet i fråga genom ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan ha publicerat ett meddelande om upphandling. Det framgår av denna bestämmelse följande:

”De upphandlande myndigheterna får tilldela sina kontrakt på offentliga bygg- och anläggningsarbeten i förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling i följande fall:

...

- c) I den mån det är nödvändigt i sådana fall, då synnerlig brådska orsakad av exceptionella omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna, gör det omöjligt att iaktta de fastställda tidsfristerna för öppet, selektivt eller enligt punkt 2 ovan förhandlat förfarande. De omständigheter som åberopas för att rättfärdiga synnerlig brådska, får inte i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna...”

11 Artikel 9 i direktiv 71/305 hade följande lydelse innan den ändrades genom direktiv 89/440:

”De upphandlande myndigheterna får tilldela sina kontrakt utan att tillämpa bestämmelserna i detta direktiv, med undantag för artikel 10, i följande fall:

...

d) I den utsträckning det är absolut nödvändigt när man inte kan iaktta de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden till följd av synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna...”

12 Eftersom artikel 5.3 c i direktivet innehåller samma begrepp som den tidigare artikel 9 d, skall dessa bestämmelser tolkas på samma sätt.

13 Domstolen har i detta hänseende fastslagit att artikel 9 i direktiv 71/305, enligt vilken undantag är tillåtna från de regler som avser att säkerställa tillämpligheten av de rättigheter som ges i fördraget inom området för offentliga bygg- och anläggningsarbeten, skall tolkas restriktivt och att det är den som avser att åberopa de särskilda omständigheter som gör undantaget befogat som skall visa att dessa verkligen föreligger (dom av den 18 maj 1995, kommissionen mot Italien, C-57/94, REG s. I-1249, punkt 23).

14 Domstolen har även fastslagit att tre kumulativa villkor måste vara uppfyllda för att undantaget i artikel 9 d i direktiv 71/305, det vill säga undantag från skyldigheten att publicera ett meddelande om upphandling, skall vara tillämpligt. Det måste föreligga omständigheter som inte hade kunnat förutses, föreligga synnerlig

brådska som är oförenlig med de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden och slutligen föreligga ett orsakssamband mellan den omständighet som inte hade kunnat förutses och den synnerliga brådska som följer härav (dom av den 2 augusti 1993, kommissionen mot Italien, C-107/92, Rec. s. I-4655, punkt 12). Om ett av dessa villkor inte är uppfyllt, kan ett förhandlat förfarande inte användas.

- 15 Enligt den tyska regeringen består den oförutsedda omständigheten för de upphandlande myndigheterna i att regeringen i regionen Weser-Ems efter överläggning helt oväntat inte kunde lämna sitt godkännande.
- 16 Detta argument kan inte godtas.
- 17 Det skall påpekas att en medlemsstat, för att beakta de offentliga och privata intressen som berörs med anledning av förfarandet för att godkänna ett offentligt bygg- och anläggningsarbete, kan tilldela fysiska eller juridiska personer som potentiellt berörs av ett projekt vissa rättigheter som de behöriga myndigheterna är skyldiga respektera.
- 18 Den omständigheten att en instans som skall godkänna ett projekt före en fastställd tidsgräns kommer med sådana invändningar som den har rätt att göra, utgör en omständighet som hade kunnat förutses under godkännandeförfarandets gång.
- 19 Således kan den omständigheten att regeringen i regionen Weser-Ems inte har godkänt projektet att muddra nedre Ems, som medförde att den behöriga

myndigheten tvingades att göra ändringar i projektet, inte anses utgöra en omständighet som enligt artikel 5.3 c i direktivet inte hade kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna.

- 20 Av det ovan anförda framgår, utan att det behöver undersökas om övriga villkor för undantag är uppfylla i förevarande fall, att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sin skyldigheter enligt rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, som ändrats genom rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989, med anledning av att Wasser- und Schiffahrtsamt i Emden genom ett förhandlat förfarande har ingått ett offentligt bygg- och anläggningskontrakt om muddring av nedre Ems, mellan Papenburg och Oldersum, utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

Rättegångskostnader

- 21 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland är tappande part i detta mål, skall den ersätta rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

följande dom:

- 1) Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sin skyldigheter enligt rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg-

och anläggningsarbeten, som ändrats genom rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989, med anledning av att Wasser-und Schifffahrtsamt i Emden genom ett förhandlat förfarande har ingått ett offentligt bygg-och anläggningskontrakt om muddring av nedre Ems, mellan Papenburg och Oldersum, utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

2) Förbundsrepubliken Tyskland skall ersätta rättegångskostnaderna.

Edward

Moitinho de Almeida

Jann

Sevón

Wathelet

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 28 mars 1996.

R. Grass

D.A.O. Edward

Justitiesekreterare

Ordförande på femte avdelningen