

DOMSTOLENS DOM
av den 22 juni 1993*

Mål C-243/89

Europeiska gemenskapernas kommission, företräd av de juridiska rådgivarna Hans Peter Hartvig och Richard Wainwright, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos Nicola Anecchino, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

sökande,

mot

Danmark, företrätt av Jørgen Molde, juridisk rådgivare vid utrikesministeriet, i egenskap av ombud, biträdd av advokaten Gregers Larsen, med delgivningsadress i Luxemburg hos den danska ambassaden, 4, boulevard Royal,

svarande.

Talan avser fastställelse av att Danmark har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten och särskilt brutit mot artiklarna 30, 48 och 59 i EEG-fördraget liksom mot rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå) därigenom att Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen i en anbudsinfordran har ställt som villkor att danska material och förbrukningsvaror, liksom dansk arbetskraft och utrustning i möjligaste mån skulle användas, och att förhandlingarna med det utvalda konsortiet fördes utifrån ett anbud som inte var förenligt med kontraktshandlingarna.

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden O. Due, avdelningsordförandena C. N. Kakouris, G. C. Rodríguez Iglesias, M. Zuleeg och J. L. Murray, domarna G. F. Mancini, R. Joliet, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida, F. Grévisse och P. J. G. Kapteyn,

* Rättegångsspråk: danska.

generaladvokat: G. Tesauro,
justitiesekreterare: H. von Holstein, biträdande justitiesekreterare,

som beaktat förhandlingsrapporten,

som hört parternas muntliga yttranden vid sammanträde den 29 september 1992, under vilken Danmark företrädde av Jørgen Molde i egenskap av ombud, biträdd av advokaterna Gregers Larsen och Sune F. Svendsen, och

som hört generaladvokatens förslag till avgörande vid sammanträde den 17 november 1992,

meddelar följande

dom

1. Genom en ansökan, som inkom till domstolens kansli den 2 augusti 1989, har Europeiska gemenskapernas kommission i enlighet med artikel 169 i EEG-fördraget väckt talan för att få fastställt att Danmark har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten och särskilt brutit mot artiklarna 30, 48 och 59 i EEG-fördraget liksom mot rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971, som rör samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5, nedan kallad "direktivet"), eftersom

- Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen i en anbudsinfordran har ställt som villkor att nationella material, förbrukningsvaror, arbetskraft och utrustning i möjligaste mån skulle användas, och
- förhandlingarna med det utvalda konsortiet fördes utifrån ett anbud som inte var förenligt med kontraktshandlingarna.

2. Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen (nedan kallat "Storebælt") är ett företag som kontrolleras helt av den danska staten. Det har i uppdrag att projektera och, i egenskap av byggherre, leda anläggandet av en väg- och järnvägsförbindelse över Stora Bält. Ett led i detta projekt omfattar byggan- det av en bro över Stora Bälts västra sund. Byggnadskontraktet för den västra bron värderas till 3 miljarder danska kronor.

3 Den 9 oktober 1987 publicerade Storebælt i *Supplement till Europeiska gemenskapernas officiella tidning* (S 196/16) en selektiv anbudsinfordran avseende brobygget över det västra sundet. Den 28 april 1988 inbjöds fem företagsgrupper att lämna anbud.

4 De gemensamma villkor som ingår i kontraktshandlingarna (nedan kallade "de gemensamma villkoren") innehåller i 6 §, punkt 2, följande bestämmelse (nedan kallad "klausulen om det danska innehållet"):

"Entreprenören är skyldig att i möjligaste mån använda danska material och förbrukningsvaror, liksom dansk arbetskraft och utrustning."

5 I 3 §, punkt 3 i de gemensamma villkoren preciseras villkoren för anbud i fråga om ett alternativprojekt som ersätter de tre olika broprojekt som Storebælt själva hade utformat och som tjänar som utgångspunkt för bedömningen av dessa anbud. I bestämmelsen föreskrivs att priset för ett sådant alternativprojekt skall inbegripa att anbudsgivaren utarbetar ett detaljerat projekt som presenteras för byggherren för godkännande och att anbudsgivaren tar på sig det fulla ansvaret för projektets utformning och genomförande. Enligt 3 § är det vidare anbudsgivaren som står risken om de kvantiteter som det alternativa anbudet grundar sig på skulle ändras. Slutligen innehåller 3 § följande bestämmelse:

"Då anbudsgivaren lägger ett anbud på ett alternativprojekt för vilket han bär ansvaret, skall denne ange ett pris som tar hänsyn till det fallet att byggherren väljer att själv stå för detaljutformningen av projektet".

6 Fem internationella konsortier, omfattande totalt 28 företag, inbjöds att lämna anbud. Ett av dessa fem konsortier var European Storebælt Group (nedan kallat "ESG"), vari ingår det nederländska Ballast Nedam, det schweiziska Losinger Ltd., det brittiska Taylor Woodrow Construction Ltd. och tre danska offentliga byggnadsföretag. ESG presenterade ett alternativt anbud för ett projekt att bygga en betongbro.

7 Storebælt inledde då diskussioner med de olika anbudsgivarna för att kunna jämföra och utvärdera deras respektive anbud och beräkna kostnaderna för de många förbehåll som dessa innehöll. Efter en påtaglig minskning av antalet anbud, fortsatte Storebælt att förhandla med ESG om det alternativa anbud som gruppen lagt fram. Dessa förhandlingar ledde till undertecknandet den 26 juni 1989 av ett kontrakt mellan ESG och Storebælt.

- 8 För en utförligare redogörelse av omständigheterna i tvisten, rättegångens förlopp samt parternas grunder och argument hänvisas till förhandlingsrapporten. Handlingarna i målet i dessa delar återges i det följande endast i den mån domstolens argumentation kräver det.

Talans upptagande till sakprövning

- 9 Sedan kommissionen förbehållit sig rätten att vid behov komplettera eller utveckla de åberopade motiven till stöd för de två anmärkningar som framfördes i yrkandet i ansökan, utvecklade den i sin replik sina argument på grundval av den information som den danska regeringen gav i sitt svaromål. Dessutom modifierade kommissionen yrkandet i ansökan på två punkter.
- 10 För det första yrkar den att domstolen vad gäller den andra anmärkningen, som nämns ovan (punkt 1), fastställer fördragsbrott eftersom Storebælt, ”utifrån ett anbud som inte var förenligt med kontraktshandlingarna, har fört förhandlingar med ESG vilka har lett till att det slutliga kontraktet innehåller förändringar i anbudsvillkoren till förmån för denne ende anbudsgivare och rörande faktorer som påverkade priserna”.
- 11 För det andra har kommissionen, vad gäller de rättsregler som skulle ha överträtts av Danmark, anfört att det rör sig om ovan nämnda direktiv 71/305, ”inklusive principen om likabehandling som ligger till grund för detta direktiv”.
- 12 Den danska regeringen har begärt att domstolen förklarar att talan inte kan upptas till prövning, eftersom kommissionen utvidgat föremålet för talan utöver föremålet för det administrativa förfarandet.
- 13 Innan denna begäran prövas finns det anledning att påminna om domstolens rättspraxis (se dom av den 28 april 1993 i målet C-306/91 kommissionen mot Italien, Rec. 1993, s. I-2133, punkt 22), enligt vilken det administrativa förfarandet inom ramen för en talan om fördragsbrott avgränsar föremålet för talan, varefter denna inte längre kan utvidgas. Den berörda statens möjlighet att inkomma med sina synpunkter utgör en väsentlig, av fördraget krävd garanti, vars uppfyllande är ett viktigt formkrav för att garantera ett regelmissigt förfarande då det fastställs om en medlemsstat begått fördragsbrott.

- 14 Den danska regeringen har för det första anfört att kommissionen inte i sin ansökan och ännu mindre i sin replik kan utvidga föremålet för talan till andra faktiska och rättsliga förhållanden än de som nämnts i den formella underrättelsen och i det motiverade yttrandet.
- 15 I det avseendet bör konstateras att det administrativa förfarandet endast omfattade bestämmelsen i 6 §, punkt 2 i de gemensamma villkoren, det vill säga klausulen om det danska innehållet, och det faktum att förhandlingar inletts utifrån ett anbud som inte var förenligt med 3 §, punkt 3 i samma villkor, som gäller anbudsgivarens ansvar vid anbud för alternativprojekt.
- 16 Härav följer att talan kan upptas till prövning endast om de två anmärkningarna avser dessa två bestämmelser ur de gemensamma villkoren.
- 17 Inom ramen för anmärkningen angående klausulen om det danska innehållet är det dock ingenting som hindrar att kommissionen, för att underbygga sin argumentation i det avseendet, hänvisar till andra bestämmelser i kontraktshandlingarna som utgör en konkretisering på specifika punkter.
- 18 Den danska regeringen har vidare hävdats att kommissionen genom att omformulera yrkandet sedan talan väckts skulle ha förändrat föremålet för talan och kränkt rätten till försvar, eftersom Danmark i egenskap av svarande stat inte hade möjlighet att i föreskriven tid och form yttra sig över de punkter som ändrats på detta sätt. Det berättigade i talan borde därmed, enligt den danska regeringen, behandlas enbart med avseende på det yrkande som förekommer i stämningen.
- 19 Denna invändning väcker dels frågan huruvida omformuleringen av den andra delen av yrkandet utgör en utvidgning av detta, dels frågan huruvida hänvisningen, i repliken, till "principen om likabehandling, som utgör grunden för detta direktiv", lägger en ny faktor till den rättsliga grunden för det påstådda fördragsbrottet.
- 20 Vad gäller den första frågan räcker det att konstatera att det rör sig om en precisering som kommissionen hade rätt att lägga till sitt yrkande för att ta hänsyn till den information rörande utvecklingen av anbudsförfarandet och förhandlingarna mellan Storebælt och ESG som presenterades i den danska regeringens svaromål.

- 21 Vad gäller den andra frågan finns det anledning att först konstatera, vilket generaladvokaten har anfört i punkt 13 i sitt förslag till avgörande, att kommissionen redan under det administrativa förfarandet hade klandrat den danska regeringen för att den brutit mot denna princip och att det motiverade yttrandet, liksom ansökan, uttryckligen hänvisar till detta. Sedan dess har den danska regeringen haft möjlighet att yttra sig i frågan, vilket för övrigt såväl dess svar på det motiverade yttrandet som innehållet i svaromålet visar.
- 22 Det finns därefter skäl att konstatera att den danska regeringens påstående att principen om likabehandling skulle utgöra en ny rättslig grund för det påstådda fördragsbrottet, väcker frågan om tolkningen av det direktiv som behandlas tillsammans med sakfrågan.

Sakfrågan

Den första anmärkningen: klausulen om det danska innehållet

- 23 Det skall inledningsvis konstateras att klausulen om det danska innehållet, sådan den är formulerad i 6 §, punkt 2 i de allmänna villkoren i kontraktshandlingarna, är oförenlig med artiklarna 30, 48 och 59 i fördraget, vilket i övrigt inte bestritts av den danska regeringen.
- 24 Emellertid har den danska regeringen i första hand hävdad att den strök klausulen i fråga före undertecknandet av kontraktet med ESG den 26 juni 1989, och att den på så sätt anpassade sig till det motiverade yttrandet, till och med före delgivningen av detta den 14 juli 1989. Med hänvisning till domen av den 31 mars 1992 i målet C-362/90 kommissionen mot Italien (Rec. s. I-2353), har den danska regeringen under förhandlingens gång tillagt att kommissionen inte hade agerat i tid för att, genom de förfaranden som står den till buds, undvika att det påstådda fördragsbrottet fick rättsverkningar.
- 25 Denna argumentation kan inte godtas.
- 26 Det skall för det första konstateras att även om den tvistiga klausulen ströks kort tid före undertecknandet av kontraktet med ESG, och därmed före delgivningen av det motiverade yttrandet, kvarstår likväl att anbudsinfordran ägde rum utifrån en med gemenskapsrätten oförenlig bestämmelse som var

ägnad att inverka såväl på de olika konsortiernas sammansättning som på innehållet i de anbud som lagts fram av de fem i förväg utvalda konsortierna. Av detta följer att enbart strykningen av denna klausul i slutfasen av förfarandet inte kan anses tillräcklig för att det av kommissionen påtalade fördragsbrottet inte längre skall föreligga.

27 Vidare finns anledning att understryka dels att kommissionen i sin formella underrättelse den 21 juni 1989 anmodade den danska regeringen att se till att undertecknandet av kontraktet i fråga uppskötts, dels att det påstådda fördragsbrottet om denna anmodan hade hörsammats inte hade fått några rättsverkningar.

28 Den danska regeringen har för det andra hävdats att den i sin deklARATION den 22 september 1989, som överlämnades till domstolen vid det interimistiska förfarandet, inte bara medgav att klausulen om det danska innehållet stred mot gemenskapsrätten, utan också erkände sitt ansvar gentemot de anbuds-givande företagen, varför talan på denna punkt är utan föremål.

29 Denna argumentation måste också tillbakavisas.

30 Inom ramen för en talan om fördragsbrott som väckts av kommissionen med stöd av artikel 169 i fördraget, varvid det endast är kommissionen som skall bedöma lämpligheten av detta, åligger det domstolen att fastställa om det påstådda fördragsbrottet föreligger, även om den berörda staten inte längre bestrider fördragsbrottet och erkänner rätten till skadestånd för enskilda som eventuellt lidit skada. I annat fall skulle medlemsstaterna, genom att erkänna fördragsbrott och acceptera det ansvar som kan följa därav, när som helst under en vid domstolen pågående rättegång om fördragsbrott kunna avbryta denna, utan att fördragsbrottets existens och grundvalen för deras ansvar fastställts genom dom.

31 Härav framgår att kommissionens talan är grundad beträffande den första anmärkningen, som rör klausulen om det danska innehållet.

Den andra anmärkningen: förhandlingar utifrån ett anbud som inte var förenligt med kontraktshandlingarna

32 Eftersom kommissionen i sitt yrkande, omformulerat inom ramen för dess replik, hävdade att Storebælt inte respekterade principen om lika villkor för samtliga anbudsgivare, finns det anledning att inledningsvis undersöka den

danska regeringens påstående om att denna princip inte omfattas av direktivet och följaktligen utgör en ny rättslig grund för det påstådda fördragsbrottet.

- 33 I det avseendet räcker det att konstatera att även om direktivet inte uttryckligen nämmer principen om likabehandling av anbudsgivarna, kvarstår likväl att skyldigheten att respektera denna princip är central i direktivet, som enligt det nionde beaktandet i ingressen bland annat syftar till att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten och som, i avdelning IV, anger kriterier för urval och tilldelning i avsikt att garantera en sådan konkurrens.
- 34 Vidare finns skäl att påminna om att kommissionen i sin replik grundade sitt yrkande på en hel rad faktorer i det slutliga kontraktet vilka enligt kommissionen utgör ändringar i villkoren i kontraktshandlingarna och har vissa konsekvenser för priserna. Emellertid kan, såsom påpekats ovan (punkterna 14 och 15), endast de ändringar som rör villkoren i 3 §, punkt 3 i de gemensamma villkoren tas i beaktande av domstolen.
- 35 Kommissionens andra anmärkning, avgränsad på detta sätt, syftar i huvudsak till att få domstolen att fastställa att Danmark brutit mot principen om likabehandling av anbudsgivarna genom att Storebælt, utifrån ett anbud som inte var förenligt med kontraktshandlingarna, förde förhandlingar med ESG, vilka i det slutliga kontraktet ledde till ändringar i de villkor som uppställdes i ovan nämnda 3 §, punkt 3, till fördel för denna enda anbudsgivare och som rör faktorer som återverkar på priserna.
- 36 För att bedöma om de förhandlingar som Storebælt sålunda förde var förenliga med principen om likabehandling av anbudsgivarna, skall prövas om denna princip hindrade att Storebælt tog ESG:s anbud i beaktande.
- 37 I det avseendet skall först konstateras att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna.
- 38 Detta konstaterande styrks genom artikel 11 i direktivet, som, samtidigt som den tillåter en anbudsgivare att använda en beräkningsmetod som skiljer sig från den gängse i det land där kontraktet ingås då det rör sig om möjligheten att presentera varianter av administrationens projekt, dock ställer villkoret att anbudet skall vara förenligt med bestämmelserna i kontraktshandlingarna.

- 39 Vad gäller den danska regeringens argument att den danska lagstiftningen om offentlig upphandling föreskriver möjligheten att acceptera förbehåll, finns det skäl att notera att denna lagstiftning endast får tillämpas med full respekt för principen om likabehandling av anbudsgivarna, som ligger till grund för direktivet och som innebär att anbuderna måste vara förenliga med kontraktshandlingarna.
- 40 Emellertid skulle detta krav inte uppfyllas om anbudsgivarna tilläts avvika från de grundläggande bestämmelserna i kontraktshandlingarna genom förbehåll, med undantag för de fall då dessa bestämmelser uttryckligen medger denna möjlighet.
- 41 Vidare skall konstateras att ESG:s anbud angående ett alternativt projekt för byggandet av en betongbro inte var förenligt med 3 §, punkt 3 i de gemensamma villkoren, eftersom det inte uppfyllde de krav som ställdes där, dvs. eftersom det föreslagna priset inte var grundat på att ESG i egenskap av anbudsgivare skulle utarbeta ett detaljerat projekt och ta på sig det fulla ansvaret för detta, vad gäller såväl utformning och genomförande som risken för ändring av kvantiteterna i förhållande till de projekterade kvantiteterna.
- 42 Slutligen skall noteras att 3 §, punkt 3 i de gemensamma villkoren utgör en grundläggande bestämmelse i kontraktshandlingarna genom att den preciserar villkoren för beräkningen av priserna med hänsyn till att det är anbudsgivaren som skall sköta detaljutformningen, genomföra projektet och bära ansvaret för de därmed förbundna riskerna.
- 43 Under dessa omständigheter, och eftersom bestämmelsen i fråga inte föreskriver någon möjlighet för anbudsgivarna att införa några förbehåll i sina anbud, hindrade principen om likabehandling att Storebælt tog ESG:s anbud i beaktande.
- 44 Följaktligen är kommissions talan välgrundad också vad beträffar den andra anmärkningen, som gäller att förhandlingarna utgick från ett anbud som inte var förenligt med kontraktshandlingarna.
- 45 Av de samlade övervägandena ovan framgår att, eftersom Aktieselskabet Storebæltsförbindelsen i anbudsinfordran ställde som villkor att danska material och förbrukningsvaror, liksom dansk arbetskraft och utrustning i möjligaste mån skulle användas, och förhandlingarna med det utvalda konsortiet utgick från ett anbud som inte var förenligt med kontraktshandlingarna, har Danmark underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten och

särskilt brutit mot artiklarna 30, 48 och 59 i EEG-fördraget liksom mot rådets direktiv 71/305/EEG.

Rättegångskostnader

- 46 I enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Danmark har tappat målet skall Danmark ersätta rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

följande dom:

- 1) Eftersom Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen i anbudsinfordran ställde som villkor att danska material och förbrukningsvaror, liksom dansk arbetskraft och utrustning i möjligaste mån skulle användas, och förhandlingarna med det utvalda konsortiet utgick från ett anbud som inte var förenligt med kontraktshandlingarna, har Danmark underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten och särskilt brutit mot artiklarna 30, 48 och 59 i EEG-fördraget liksom mot rådets direktiv 71/305/EEG.
- 2) Danmark skall ersätta rättegångskostnaderna.

Due	Kakouris	Rodríguez Iglesias	Zuleeg
	Murray	Mancini	Joliet
Schockweiler	Moitinho de Almeida	Grévisse	Kapteyn

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 22 juni 1993.

J.-G. Giraud
Justitiesekreterare

O. Due
Ordförande

