

DOMSTOLENS DOM

22. juni 1993 \*

I sag C-243/89,

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** ved juridiske konsulenter Hans Peter Hartvig og Richard Wainwright, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Nicola Anecchino, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøger,

mod

**Kongeriget Danmark** ved juridisk rådgiver i Udenrigsministeriet, konsulent Jørgen Molde, som befuldmægtiget, bistået af advokat Gregers Larsen, og med valgt adresse i Luxembourg på Kongelig Dansk Ambassade, 4, boulevard Royal,

sagsøgt,

angående en påstand om, at det fastslås, at eftersom Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen har indbudt til afgivelse af bud på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skal anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel, og forhandlingerne med det udvalgte konsortium fandt sted på grundlag af et ikke-konditionsmæssigt bud, har Kongeriget Danmark tilsidesat de forpligtelser, som påhviler det i henhold til fællesskabsretten, og særligt tilsidesat artikel 30, 48 og 59 i EØF-traktaten såvel som Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613),

har

\* Processprog: dansk.

## DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, O. Due, afdelingsformændene C.N. Kakouris, G.C. Rodríguez Iglesias, M. Zuleeg og J.L. Murray samt dommerne G.F. Mancini, R. Joliet, F.A. Schockweiler, J.C. Moitinho de Almeida, F. Grévisse og P.J.G. Kapteyn,

generaladvokat: G. Tesaurò

justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 29. september 1992, hvorunder Kongeriget Danmark var repræsenteret ved Jørgen Molde, som befuldmægtiget, bistået af advokaterne Gregers Larsen og Sune F. Svendsen,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 17. november 1992,

afsagt følgende

### Dom

- 1 Ved stævning indgivet til Domstolens Justitskontor den 2. august 1989 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af EØF-traktatens artikel 169 anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at eftersom

— Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen har indbudt til afgivelse af bud på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skal anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel

— og forhandlingerne med det udvalgte konsortium fandt sted på grundlag af et ikke-konditions-mæssigt bud,

har Kongeriget Danmark tilsidesat de forpligtelser, som påhviler det i henhold til fællesskabsretten, og særligt tilsidesat artikel 30, 48 og 59 i EØF-traktaten såvel som Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613, berigtiget i EFT 1952-1972, december 1973, s. 40-46, herefter benævnt »direktivet«).

- 2 Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen (herefter benævnt »A/S Storebæltsforbindelsen«) er et selskab, der kontrolleres fuldt ud af den danske stat. Selskabet skal projekttere og som bygherre forestå bygningen af en vej- og jernbaneforbindelse over Storebælt. Et led i projektet omfatter bygningen af en bro over Storebælts Vesterrende. Vestbroentreprisen anslås til 3 mia. kr.
- 3 Den 9. oktober 1987 offentliggjorde A/S Storebæltsforbindelsen i *Supplement til De Europæiske Fællesskabers Tidende* (S 196, s. 16) en meddelelse om begrænset udbud vedrørende bygning af en bro over Vesterrenden. Den 28. april 1988 opfordrede selskabet fem konsortier til at afgive bud.
- 4 Udbudsbetingelsernes fælles betingelser (herefter benævnt »fællesbetingelserne«) indeholder i § 6, stk. 2, følgende bestemmelse (herefter benævnt »klausulen om dansk indhold«):

»Entreprenøren er forpligtet til i størst muligt omfang at anvende danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel.«

- 5 § 3, stk. 3, i fællesbetingelserne angiver de betingelser, der gælder for tilbud på et alternativt projekt til de tre forskellige broprojekter, som A/S Storebæltsforbindelsen selv havde udarbejdet, og som udgør bedømmelsesgrundlaget for sådanne tilbud. Ifølge den nævnte bestemmelse skal den tilbudte pris for et alternativt projekt forudsætte, at tilbudsgiveren udfører et detailprojekt, som han forelægger til bygherrens accept, og at tilbudsgiveren bærer det fulde ansvar for projektet og dets

udførelse. I henhold til § 3 bærer tilbudsgiveren risikoen for forandring i de mængder, der ligger til grund for det alternative tilbud. § 3 indeholder endelig følgende bestemmelse:

»Ved afgivelse af tilbud på alternativt projekt med entreprenørens projektansvar skal entreprenøren anføre reduktionspris, såfremt bygherren vælger at overtage udarbejdelsen af projektet.«

- 6 Fem internationale konsortier, bestående af i alt 28 virksomheder, blev opfordret til at afgive bud. Et af de fem konsortier var European Storebaelt Group (herefter benævnt »ESG«), et konsortium, der består af det nederlandske firma Ballast Nedam, det schweiziske firma Losinger Ltd, det britiske firma Taylor Woodrow Construction Ltd og tre danske entreprenørfirmaer. ESG afgav et alternativt tilbud til A/S Storebæltsforbindelsen vedrørende et projekt på bygning af en betonbro.
- 7 A/S Storebæltsforbindelsen gennemførte derefter drøftelser med de forskellige tilbudsgivere for at kunne sammenligne og vurdere deres respektive tilbud samt for at prissætte de mange forbehold, som disse tilbud indeholdt. Efter at have indsnævret kredsen af tilbud væsentligt videreførte A/S Storebæltsforbindelsen forhandlingerne med ESG på grundlag af det alternative tilbud, som dette konsortium havde afgivet. Disse forhandlinger førte til underskrivelsen af en kontrakt mellem ESG og A/S Storebæltsforbindelsen den 26. juni 1989.
- 8 Hvad nærmere angår sagens faktiske omstændigheder, retsforhandlingernes forløb samt parternes anbringender og argumenter henvises til retsmøderapporten. Disse omstændigheder omtales derfor kun i det følgende i det omfang, det er nødvendigt for forståelsen af Domstolens argumentation.

## Sagens antagelse til realitetsbehandling

- 9 Efter at have forbeholdt sig ret til om nødvendigt at supplere eller udvikle de anbringender, den havde anført til støtte for de to klagepunkter, som den fremførte i påstanden i stævningen, har Kommissionen i replikken udviklet sine argumenter på grundlag af de oplysninger, som den danske regering gav i svarskriftet. Den har endvidere ændret påstanden i stævningen på to punkter.
- 10 Kommissionen har for det første for så vidt angår det andet klagepunkt, der er anført ovenfor (præmis 1), nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at der foreligger et traktatbrud, eftersom A/S Storebæltsforbindelsen »på grundlag af et bud, der ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, har gennemført forhandlinger med ESG, der har haft som resultat, at den endelige kontrakt indeholder ændringer af udbudsbetingelserne udelukkende til fordel for denne tilbudsgiver, og som navnlig vedrørte elementer, der havde indflydelse på prisen«.
- 11 For det andet har Kommissionen for så vidt angår de retsforskrifter, Kongeriget Danmark hævdes at have tilsidesat, anført, at der er tale om ovennævnte direktiv 71/305, »herunder princippet om ligebehandling, som ligger til grund for dette direktiv«.
- 12 Den danske regering har nedlagt påstand om, at sagen afvises, for så vidt som Kommissionen har udvidet sagsgenstanden i forhold til genstanden for den administrative procedure.
- 13 Før denne påstand undersøges, skal der henvises til Domstolens praksis (jf. dom af 28.4.1993, sag C-306/91, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2133, præmis 22), hvorefter den administrative fase i en traktatbrudssag afgrænser tvistens genstand, og denne derefter ikke længere kan udvides. Den pågældende stats adgang til at fremsætte sine bemærkninger er nemlig en i traktaten hjemlet væsentlig garanti, hvis opfyldelse er et væsentligt formkrav til sikring af, at den procedure, hvorved det fastslås, at en medlemsstat har begået et traktatbrud, afvikles forskriftsmæssigt.

- 14 Den danske regering har for det første anført, at Kommissionen ikke i stævningen, og desto mindre i replikken, kan udvide tvistens genstand til at omfatte andre faktiske og retlige forhold end dem, der er nævnt i åbningskrivelsen og i den begrundede udtalelse.
- 15 Det bemærkes i så henseende, at genstanden for den administrative procedure kun var bestemmelsen i § 6, stk. 2, i fællesbetingelserne, nemlig klausulen om dansk indhold, og det forhold, at der på grundlag af et bud, der ikke var i overensstemmelse med § 3, stk. 3, i disse betingelser, blev indledt forhandlinger vedrørende tilbudsgiverens ansvar i forbindelse med et tilbud på et alternativt projekt.
- 16 Sagen kan herefter kun antages til realitetsbehandling, for så vidt som de to klagepunkter vedrører disse to bestemmelser i fællesbetingelserne.
- 17 Inden for rammerne af klagepunktet vedrørende klausulen om dansk indhold er der imidlertid intet til hinder for, at Kommissionen til støtte for sin argumentation vedrørende dette punkt henviser til andre bestemmelser i udbudsbetingelserne, der er konkrete udslag af klausulen på bestemte punkter.
- 18 Den danske regering har endvidere gjort gældende, at Kommissionen ved at omformulere påstanden under sagens behandling har ændret tvistens genstand og krænket retten til forsvar, idet staten som sagsøgt ikke har haft mulighed for at tage stilling rettidigt og i den foreskrevne form til de således ændrede punkter. Ifølge den danske regering skal vurderingen af, om der bør gives sagsøgeren medhold, derfor alene ske på grundlag af de i stævningen nedlagte påstande.
- 19 Dette anbringende rejser de spørgsmål, for det første, om omformuleringen af det andet led i påstanden er en udvidelse af påstanden, og for det andet, om henvis-

ningen i replikken til »princippet om ligebehandling, som ligger til grund for dette direktiv«, tilføjer et nyt element til retsgrundlaget for det påståede traktatbrud.

- 20 Vedrørende det første spørgsmål er det tilstrækkeligt at bemærke, at der er tale om en præcisering af påstanden, som Kommissionen havde ret til at foretage for at tage hensyn til de oplysninger om gennemførelsen af udbudsproceduren og om forhandlingerne mellem A/S Storebæltsforbindelsen og ESG, som den danske regering gav i svarskriftet.
- 21 Med hensyn til det andet spørgsmål bemærkes, at Kommissionen, således som generaladvokaten har anført i punkt 13 i sit forslag til afgørelse, allerede under den administrative procedure havde gjort gældende, at den danske regering havde overtrådt dette princip, og at den begrundede udtalelse såvel som stævningen udtrykkeligt henviser hertil. Den danske regering har således haft mulighed for at fremsætte sine bemærkninger, hvilket i øvrigt fremgår både af dens svar på den begrundede udtalelse og af indholdet af svarskriftet.
- 22 Endvidere bemærkes, at den danske regerings anbringende om, at princippet om ligebehandling er et nyt retsgrundlag for det påståede traktatbrud, rejser et spørgsmål om fortolkningen af direktivet, der vil blive behandlet sammen med realiteten.

## Realiteten

### *Det første klagepunkt: klausulen om dansk indhold*

- 23 Indledningsvis bemærkes, at klausulen om dansk indhold, således som den er formuleret i den almindelige bestemmelse i udbudsbetingelsernes § 6, stk. 2, er uforenelig med artikel 30, 48 og 59 i traktaten, hvilket i øvrigt ikke bestrides af den danske regering.

- 24 Den danske regering har imidlertid gjort gældende, for det første, at den fjernede den omhandlede klausul før underskrivelsen af kontrakten med ESG den 26. juni 1989, og at den dermed efterkom den begrundede udtalelse, endog før denne blev meddelt den 14. juli 1989. Under henvisning til dom af 31. marts 1992 (sag C-362/90, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2353) anførte den danske regering endvidere i retsmødet, at Kommissionen ikke havde handlet i rette tid med henblik på ved hjælp af de procedurer, den har til sin rådighed, at undgå, at det påståede traktatbrud fik retsvirkninger.
- 25 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.
- 26 Det må nemlig for det første fastslås, at selv om den omtvistede klausul blev fjernet, kort tid før kontrakten med ESG blev underskrevet og dermed før meddelelsen af den begrundede udtalelse, fandt udbudsproceduren sted på grundlag af en klausul, som ikke var i overensstemmelse med fællesskabsretten, og som kunne påvirke sammensætningen af de enkelte konsortier såvel som indholdet af de tilbud, de fem prækvalificerede konsortier afgav. Heraf følger, at fjernelsen af klausulen i procedurens allersidste fase ikke i sig selv kan anses for tilstrækkelig til at bringe det af Kommissionen påståede traktatbrud til ophør.
- 27 Det skal endvidere understreges, at Kommissionen i sin åbningskrivelse af 21. juni 1989 anmodede den danske regering om at sørge for, at underskrivelsen af kontrakten blev udsat, og at det påståede traktatbrud ikke ville have fået retsvirkninger, hvis regeringen havde efterkommet denne anmodning.
- 28 Den danske regering har for det andet gjort gældende, at den i sin erklæring af 22. september 1989, der blev afgivet for Domstolen under sagen om foreløbige forholdsregler, ikke alene erkendte, at klausulen om dansk indhold var i strid med fællesskabsretten, men også anerkendte sit ansvar over for de virksomheder, der havde afgivet tilbud, hvorfor sagen er blevet uden genstand på dette punkt.



- 29 Denne argumentation må også forkastes.
- 30 Det skal i så henseende bemærkes, at det i forbindelse med en traktatbrudssag, der i medfør af traktatens artikel 169 anlægges af Kommissionen — hvorved det alene tilkommer denne at bedømme, om det er hensigtsmæssigt at anlægge sag — skal fastslås af Domstolen, om det påståede traktatbrud foreligger, selv om den pågældende stat ikke længere bestrider traktatbruddet og anerkender, at der kan kræves erstatning for det tab, som dette eventuelt har påført borgerne. Medlemsstaterne ville ellers ved at erkende traktatbruddet og anerkende det ansvar, der kan følge heraf, når som helst under en traktatbrudssag, der verserer for Domstolen, kunne bringe sagen til afslutning, uden at traktatbruddets eksistens og grundlaget for staternes ansvar var blevet fastslået ved dom.
- 31 Det følger af det anførte, at Kommissionen må gives medhold for så vidt angår det første klagepunkt, der vedrører klausulen om dansk indhold.

*Det andet klagepunkt: forhandlingerne på grundlag af et ikke-konditionsmæssigt bud*

- 32 Kommissionen har i påstanden, således som denne er omformuleret i replikken, gjort gældende, at A/S Storebæltsforbindelsen ikke har overholdt princippet om ligebehandling af alle tilbudsgiverne, og Domstolen skal derfor indledningsvis undersøge den danske regerings anbringende om, at dette princip ikke er omfattet af direktivet og følgelig udgør et nyt retsgrundlag for det påståede traktatbrud.
- 33 Det er i så henseende tilstrækkeligt at fastslå, at direktivet ganske vist ikke udtrykkeligt nævner princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, men at forpligtelsen til at overholde dette princip følger af selve hovedformålet med direktivet, som ifølge niende betragtning bl.a. tager sigte på at udvikle en effektiv konkurrence

med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter, og som i afsnit IV angiver udvælgelseskriterier og kriterier for tildeling af kontrakten, der skal sikre en sådan konkurrence.

- 34 Det bemærkes endvidere, at Kommissionen i replikken har støttet sin påstand på en lang række elementer i den endelige kontrakt, som efter Kommissionens opfattelse udgjorde ændringer af udbudsbetingelserne, og som i et vist omfang påvirkede priserne. Som det imidlertid er anført ovenfor (præmis 14 og 15), kan Domstolen kun tage de ændringer, der vedrører kravene i fællesbetingelsernes § 3, stk. 3, i betragtning.
- 35 Kommissionen ønsker med sit andet klagepunkt, som afgrænset på denne måde, i det væsentlige fastslået af Domstolen, at Kongeriget Danmark har tilsidesat princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, idet A/S Storebæltsforbindelsen på grundlag af et bud, der ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, har gennemført forhandlinger med ESG, der har haft som resultat, at den endelige kontrakt indeholder ændringer af betingelserne i ovennævnte § 3, stk. 3, til fordel for denne ene tilbudsgiver, og som vedrører elementer, der har indflydelse på prisen.
- 36 Med henblik på bedømmelsen af, om de forhandlinger, som A/S Storebæltsforbindelsen således førte, var forenelige med princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, skal det herefter undersøges, om dette princip var til hinder for, at A/S Storebæltsforbindelsen tog ESG's tilbud i betragtning.
- 37 Det skal i den henseende først bemærkes, at det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere.

- 38 Det anførte finder støtte i direktivets artikel 11, der ganske vist i forbindelse med muligheden for at forelægge varianter til administrationens projekt tillader en tilbudsgiver at anvende en beregningsmetode, som afviger fra den, der benyttes i det land, hvori kontrakten indgås, men som herved samtidig stiller den betingelse, at budet er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.
- 39 Med hensyn til den danske regerings anbringende om, at den danske lovgivning om offentlige bygge- og anlægsarbejder giver mulighed for at acceptere forbehold, bemærkes, at denne lovgivning kun kan finde anvendelse, såfremt det sker under fuld overholdelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, som ligger til grund for direktivet, og som indebærer, at buddene skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.
- 40 Dette krav ville ikke blive opfyldt, såfremt tilbudsgiverne kunne fravige de grundlæggende udbudsbetingelser ved forbehold uden for de tilfælde, hvor disse betingelser udtrykkeligt giver dem mulighed herfor.
- 41 Endvidere bemærkes, at ESG's tilbud på et alternativt projekt vedrørende bygning af en betonbro ikke var i overensstemmelse med § 3, stk. 3, i fællesbetingelserne, idet det ikke opfyldte visse af de deri opstillede krav. Den tilbudte pris var således ikke baseret på, at ESG som tilbudsgiver skulle udarbejde et detailprojekt og bære det fulde ansvar for dette projekt, både med hensyn til udarbejdelsen og udførelsen heraf, samt bære risikoen for mængdeforandringer i forhold til de således projekterede mængder.
- 42 Endelig bemærkes, at bestemmelsen i fællesbetingelsernes § 3, stk. 3, udgør en grundlæggende bestemmelse i udbudsbetingelserne, idet den fastsætter betingelserne for beregningen af priserne under hensyn til, at det er tilbudsgiveren, der skal

foretage detailprojekteringen, udføre projektet og bære de hermed forbundne risici.

- 43 Herefter, og da den nævnte bestemmelser ikke åbner nogen mulighed for, at tilbudsgiverne kan indsætte forbehold i deres tilbud, var lighedsprincippet til hinder for, at A/S Storebæltsforbindelsen tog ESG's bud i betragtning.
- 44 Kommissionen må herefter også gives medhold for så vidt angår det andet klagepunkt, der vedrører forhandlingerne på grundlag af et ikke-konditionsmæssigt bud.
- 45 Det følger i det hele af det anførte, at eftersom A/S Storebæltsforbindelsen har indbudt til afgivelse af bud på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skal anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel, og forhandlingerne med det udvalgte konsortium fandt sted på grundlag af et ikke-konditionsmæssigt bud, har Kongeriget Danmark tilsidesat de forpligtelser, som påhviler det i henhold til fællesskabsretten, og særligt tilsidesat artikel 30, 48 og 59 i traktaten såvel som direktiv 71/305/EØF.

### Sagens omkostninger

- 46 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Kongeriget Danmark har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

- 1) Eftersom Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen har indbudt til afgivelse af bud på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skal anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel, og forhandlingerne med det udvalgte konsortium fandt sted på grundlag af et ikke-konditionsmæssigt bud, har Kongeriget Danmark tilsidesat de forpligtelser, som påhviler det i henhold til fællesskabsretten, og særligt tilsidesat artikel 30, 48 og 59 i traktaten såvel som direktiv 71/305/EØF.
  
- 2) Kongeriget Danmark betaler sagens omkostninger.

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

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. juni 1993.

J.-G. Giraud	O. Due
Justitssekretær	Præsident