

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 17. november 1992 \*

*Hr. president,  
De herrer dommere,*

1. I den foreliggende sag har Kommissionen for Domstolen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Danmark har tilsidesat de forpligtelser, som påhviler det i henhold til EØF-traktatens artikel 30, 48 og 59 samt Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter<sup>1</sup>, i forbindelse med indgåelsen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt om bygning af en bro over Storebælts Vesterrende. Kommissionen anfægter to aspekter af udbudsproceduren: a) det forhold, at der i udbudsbetingelserne fandtes en klausul, hvorefter afgivelse af bud skulle ske på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skulle anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel (herefter benævnt »klausulen om dansk indhold«); b) det forhold, at forhandlingerne med det udvalgte konsortium fandt sted på grundlag af et ikke-konditionsmæssigt bud.

2. De faktiske omstændigheder og den administrative procedure er beskrevet i detaljer i retsmøderapporten, som der henvises til. Her skal jeg derfor blot nævne de væsentligste elementer i sagen i det omfang, det er nødvendigt for at lette forståelsen af bemærkningerne i det følgende.

Kontrakten om bygning af broen over Storebælts Vesterrende blev tildelt European Sto-

rebælt Group (herefter benævnt »ESG«), som var et af de fem internationale konsortier, der var blevet opfordret til at afgive bud i forbindelse med en bekendtgørelse om begrænset udbud fra Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen (herefter benævnt »A/S Storebæltsforbindelsen«), et selskab, som kontrolleres fuldt ud af den danske stat, og som står som bygherre. A/S Storebæltsforbindelsen, som havde udarbejdet tre forskellige projekter, der skulle danne grundlag for tilbuddene, indledte drøftelser med de prækvalificerede virksomheder og videreførte derefter forhandlingerne med ESG, som havde benyttet sig af muligheden for at afgive alternativt tilbud i henhold til udbudsbetingelsernes § 3, stk. 3; disse forhandlinger afsluttedes med underskrivelsen af en kontrakt den 26. juni 1989.

3. Fra den 18. maj 1989 havde Kommissionen været i kontakt med de danske myndigheder og udtrykt tvivl om, hvorvidt klausulen om dansk indhold samt den omstændighed, at forhandlingerne med ESG havde fundet sted på grundlag af et tilbud, der ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes § 3, stk. 3, var forenelige med fællesskabsretten. Kommissionen fandt ikke den danske regerings forklaring tilfredsstillende og fremsendte den 21. juni 1989 en åbningsskrivelse, hvori den bl.a. anmodede om, at kontrakten ikke blev underskrevet. Som svar på denne skrivelse meddelte de danske myndigheder, at de ikke havde set sig i stand til at udsætte underskrivelsen af kontrakten yderligere, men at de ved skrivelse af 21. juni havde givet A/S Storebæltsforbindelsen pålæg om at fjerne klausulen om dansk indhold, således at den ikke blev medtaget i den endelige kontrakt.

\* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT 1971 II, s. 613; o.a.: berigtiget i EFT 1952-1972, december 1973, s. 40-46.

Under henvisning til den skete overtrædelse og til, at fjernelsen af klausulen efter udbudsproceduren ikke havde bragt traktatbruddet til ophør, rettede Kommissionen ved telex af 14. juli 1989 en begrundet udtalelse til Danmark, hvori den bl.a. anførte, at eftersom kontrakten var underskrevet, kunne man kun råde bod på forholdet ved at pålægge A/S Storebæltsforbindelsen at ophæve kontrakten med ESG og indlede en ny udbudsprocedure.

Da Kommissionen fandt, at Kongeriget Danmark ikke havde efterkommet den begrundede udtalelse, anlagde den sag i medfør af traktatens artikel 169 og fremsatte i medfør af artikel 186 en begæring om foreløbige forholdsregler, som udelukkende drejede sig om klagepunktet vedrørende klausulen om dansk indhold.

Som følge af denne erklæring trak Kommissionen begæringen om foreløbige forholdsregler tilbage, men fastholdt den sag, den havde anlagt i medfør af artikel 169, også for så vidt angik det klagepunkt, begæringen om foreløbige forholdsregler drejede sig om. I øvrigt har Kommissionen, som i stævningen havde forbeholdt sig ret til senere at supplere eller udvikle søgsmålsgrundene, efter dette tidspunkt anmodet den danske regering om — og i vidt omfang fået udleveret — en række dokumenter vedrørende udbudsproceduren og den endelige kontrakt, og den har på grundlag heraf i replikken fremsat nye anbringender til støtte for sine påstande. Denne fremgangsmåde har ført til, at den danske regering i duplikken har fremsat en række formalitetsindsigelser, dels om klagepunktet vedrørende klausulen om dansk indhold, dels om klagepunktet vedrørende handlingerne mellem A/S Storebæltsforbindelsen og ESG. Den danske regerings formalitetsindsigelser vil i det følgende blive behandlet i forbindelse med Kommissionens to klagepunkter.

a) *Klausulen om dansk indhold*

4. I retsmødet i sagen om foreløbige forholdsregler den 22. september 1989 afgav den danske regering en erklæring, hvori den erkendte, at klausulen var i strid med EØF-traktatens grundlæggende princip om forbud mod forskelsbehandling, og gav tilsagn om: a) at forhindre diskriminerende klausuler eller praksis i fremtidige kontrakter vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder eller indkøbsaftaler; b) at sikre, at tilbudsgiverne vil kunne kræve erstatning, forudsat at de godtgør, at deres krav består efter dansk rets almindelige regler; c) i hvert fald at sikre tilbudsgiverne adgang til at søge udgifterne til udarbejdelse af bud godtgjort ved voldgift, uden at det påhviler de pågældende virksomheder at godtgøre, at den diskriminerende klausul var grunden til, at de ikke fik tildelt kontrakten.

5. Den danske regering har modsat sig, at Kommissionen udvider sagens genstand ved at inddrage andre bestemmelser i udbudsbetingelserne i sagen end dem, der er nævnt i åbningsskrivelsen og den begrundede udtalelse, da der — i det væsentlige — er tale om nye klagepunkter, som først er fremført og udviklet i replikken.

Hertil bemærkes, at Kommissionen under den administrative procedure udelukkende har henvist til klausulen om dansk indhold, således som den er formuleret i § 6, stk. 2, i de generelle betingelser; i stævningen — og

navnlig i replikken — har den derimod rejst kritik af en række andre klausuler, der er indeholdt i udbudsbetingelserne eller endog først er indføjet i den endelige kontrakt. Efter det af Kommissionen anførte fremgår det af disse klausuler, at der i kontrakten stadig findes specifikationer om dansk indhold, navnlig i form af bestemmelser om materialekvaliteter.

Kommissionen har som begrundelse for sin fremgangsmåde anført, at den under den administrative procedure havde til hensigt generelt at anfægte klausulen om dansk indhold, og at de kritikpunkter, der er fremsat i replikken, derfor blot skulle opfattes som en nærmere uddybning af denne mere generelle kritik og ikke som selvstændige og nye klagepunkter. Det kan givetvis ikke bestrides, at de klausuler, Kommissionen nævner i stævningen og i replikken, i det væsentlige blot er konkrete udslag af klausulen om dansk indhold, således som den er formuleret i § 6, stk. 2, i de generelle betingelser.

6. Når dette er sagt, skal det bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis<sup>2</sup>, at genstanden for en sag anlagt i medfør af traktatens artikel 169 afgrænses af den administrative procedure, der er foreskrevet i denne bestemmelse, samt af påstandene i sagen, og at Kommissionens begrundede udtalelse og sagsanlægget skal støttes på samme begrundelse og anbringender. Domstolen har ganske vist anerkendt, at nye forhold kan bringes ind i sagen, hvis »de er af samme beskaffenhed som de i udtalelsen

omhandlede forhold og udgør dele af én og samme adfærd«<sup>3</sup>, men der skal dog i overensstemmelse med procesreglementets artikel 42, stk. 2, være tale om forhold, som er kommet frem efter den begrundede udtalelse, eller i hvert fald om forhold, som sagsøgeren ikke var bekendt med, da sagen blev anlagt.

For så vidt som de kritikpunkter, Kommissionen først har fremført i stævningen og i replikken, vedrører klausuler i udbudsbetingelserne — altså klausuler, der allerede fandtes på det tidspunkt, hvor åbningsskrivelsen blev fremsendt — må det altså i overensstemmelse med Domstolens praksis bemærkes, at Kommissionen burde eller i hvert fald kunne have haft kendskab til dem.

Heraf følger, at disse »diskriminerende« klausuler ikke kan tages i betragtning under nærværende sag; den danske regerings formalitetsindsigelse må derfor tages til følge.

I den forbindelse kan jeg dog ikke undlade at tilføje, at spørgsmålet fremstillet på denne måde er rent formelt. Det vil jeg forklare nærmere: I det omfang, klausulen om dansk indhold er uforenelig med fællesskabsretten, hvilket ikke bestrides, forekommer det mig, at den stat, der ikke har overholdt sine forpligtelser, under alle omstændigheder har pligt til at drage de åbenbare konsekvenser heraf, dvs. at fjerne alle de bestemmelser, der er udslag af den omhandlede klausul. At den danske stat har været klar over dette, fremgår dels af, at den i svaret på den begrundede udtalelse forsikrede, at den endelige kontrakt ikke indeholdt klausuler; hvori der blev stillet krav om dansk indhold, dels af, at den

2 — Jf. senest dom af 31.3.1992, sag C-52/90, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 2187, præmis 23.

3 — Jf. dom af 22.3.1983, sag 42/82, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1013, og af 4.2.1988, sag 113/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 607.

danske regering har gjort gældende, at da fjernelsen af klausulen om dansk indhold skulle ske, inden kontrakten blev underskrevet, altså under stort tidspres, overså man nogle angivelser vedrørende anvendelse af danske materialer; det skyldtes altså netop hastværket<sup>4</sup>.

7. Hvad dernæst angår de betingelser, der først blev indføjet i den endelige kontrakt, og som efter Kommissionens opfattelse også er specifikationer om dansk indhold, skal det først bemærkes, at Kommissionens påstande angående dette klagepunkt kun vedrører det forhold, at udbudsproceduren ikke blev gennemført forskriftsmæssigt; til forskel fra de »diskriminerende« bestemmelse i de generelle og særlige udbudsbetingelser kan de betingelser, der er tilføjet i den endelige kontrakt, altså ikke have haft nogen indflydelse på procedurens forløb<sup>5</sup>. Strengt taget vil sådanne betingelser derfor kunne danne grundlag for en selvstændig traktatbrudsprocedure; det er nemlig klart, at disse betingelser, hvis de er retsstridige, vil udgøre en aktuel overtrædelse af fællesskabsretten, da bygge- og anlægsarbejderne på broen stadig er i gang.

Man ville sikkert også kunne gøre gældende, at det ikke medfører en væsentlig ændring af sagens genstand, hvis der i den foreliggende sag tages hensyn til eventuelle ulovlige specifikationer i betingelserne, idet forholdene er af samme beskaffenhed som dem, der anfægtes i den begrundede udtalelse, og udgør dele

af én og samme adfærd. Hertil kommer, at selv om den endelige kontrakt blev indgået, inden den begrundede udtalelse blev fremsat, fik Kommissionen — som i øvrigt hverken kan beskyldes for langsommelighed eller forsømmelighed i betragtning af den korte tid, den har brugt til undersøgelsen af sagen (fra indledningen af den administrative procedure til sagens anlæg gik der ikke engang en måned) — faktisk først kendskab til dem efter sagens anlæg.

I betragtning af den strenghed, Domstolen har udvist for så vidt angår udvidelse af sagsgenstanden til forhold, der ikke var sagsøgeren bekendt på tidspunktet for fremsættelsen af den begrundede udtalelse, skal jeg imidlertid foreslå, at den danske regerings formalitetsindsigelse også tages til følge på dette punkt i overensstemmelse med de procesuelle principper, som gælder for søgsmål i medfør af artikel 169.

8. Efter at det er fastslået, at genstanden for det omhandlede klagepunkt må begrænses til klausulen om dansk indhold, således som den er formuleret i § 6, stk. 2, i de generelle betingelser, og når det i sagen er ubestridt, at klausulen er uforenelig med traktatens artikel 30, 48 og 59, må det for det første undersøges, om den danske regering har efterkommet den begrundede udtalelse ved at fjerne klausulen. Som man vil erindre, blev klausulen fjernet før underskrivelsen af kontrakten (den 26.6.), altså inden Kommissionen rettede den begrundede udtalelse til den danske regering (den 14.7.). Det er netop under påberåbelse heraf, at regeringen har gjort gældende, at sagen bør afvises — eller at

4 — Jf. duplikten, s. 44. Den danske regering har således udtrykkeligt anerkendt, at nogle mindre betydende bestemmelser i kontrakten stadig indeholder specifikationer om dansk indhold.

5 — Naturligvis gælder de bemærkninger, jeg netop har fremsat, også her; det ville i det mindste være ulogisk, hvis den danske regering, som jo har anerkendt, at klausulen om dansk indhold er uforenelig med fællesskabsretten, og derfor krævede at få den fjernet, derefter tillod, at der i den endelige kontrakt blev indføjet ulovlige specifikationer af samme art.

regeringen i det mindste bør frifindes — i analogi med den afgørelse, Domstolen traf i sag C-362/90<sup>6</sup>. I den forbindelse vil jeg straks sige, at jeg ikke mener, at den foreliggende sag kan sidestilles med sag C-362/90.

Jeg skal nemlig erindre om, at retsvirkningerne af den overtrædelse, der var tale om i sag C-362/90, allerede var fuldstændig udtømt på det tidspunkt, hvor den begrundede udtalelse blev fremsat, og at Domstolen desuden gav Kommissionen ansvaret for, at den 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 får virkninger, og at den ikke engang har påberåbt sig, at der forelå omstændigheder, som ville have hindret den i at bringe den i traktatens artikel 169 omhandlede administrative procedure til afslutning, før traktatbruddet ophørte«<sup>7</sup>.

9. I den foreliggende sag er situationen derimod en helt anden. Som allerede nævnt havde Kommissionen nemlig i åbningsskrivelsen ikke blot anmodet den danske regering om at fremsætte sine bemærkninger inden for syv dage, men også om i mellemtiden at udsætte underskrivelsen af kontrakten. Den danske regering kunne altså undgå at »fuldbyrde« traktatbruddet ved at efterkomme Kommissionens anmodninger; ikke desto mindre meddelte regeringen, mens traktatbrudsproceduren verserede, i svaret på åbningsskrivelsen, at A/S Storebæltsforbindelsen nu havde underskrevet kontrakten. Denne fremgangsmåde bevirkede, at der ikke kunne indledes en ny udbudsprocedure, hvilket førte til, at Kommissionen i den begrundede udtalelse — som den eneste måde, hvorpå traktatbruddet kunne bringes

til ophør — krævede, at kontrakten blev ophævet, og at der blev indledt en ny udbudsprocedure. For så vidt som bygge- og anlægskontrakten blev indgået på grundlag af et udbud, som ikke var i overensstemmelse med forskrifterne, mener jeg i øvrigt ikke, at der — da det er ubestridt, at klausulen om dansk indhold er ulovlig — kan være nogen tvivl om, at der foreligger en overtrædelse.

Det er nemlig åbenbart, at kun en ny udbudsprocedure ville kunne bringe overtrædelsen til ophør, da proceduren var blevet gennemført på en måde, der klart var i strid med fællesskabsretten. Med andre ord: Da klausulen om dansk indhold har haft indflydelse på afgivelsen af buddene, er der ingen tvivl om, at den omstændighed, at den senere blev fjernet — selv om dette skete før underskrivelsen af kontrakten — ikke under nogen omstændigheder kan have afhjulpet en så betydningsfuld mangel ved udbudsproceduren.

Jeg anser det desuden for tvivlsomt, om den danske regering under henvisning til Kommissionens udtalelser om, at det på nuværende stadium ikke længere er muligt at opnå, at fællesskabsretten overholdes fuldt ud, kan gøre gældende, at Kommissionens påstande vedrørende klagepunktet om klausulen om dansk indhold ikke længere er relevante. Det ville nemlig i hvert fald være usædvanligt, hvis en medlemsstat, som faktisk havde mulighed for at forhindre, at traktatbruddet fik definitive retsvirkninger, herefter skulle kunne benytte den omstændighed, at traktatbruddet allerede var »fuldbyrdet«, til at undgå, at Domstolen »fastslår« forholdet, jf. traktatens artikel 171. Hvis Domstolen træffer en sådan afgørelse, vil formålet nemlig ikke være at erklære, at A/S Storebæltsforbindelsen burde have indledt en ny udbudsprocedure, men simpelt hen at fastslå, at den procedure, der var tale om, fandt sted i strid med de relevante regler i fællesskabsretten.

6 — Dom af 31.3.1992, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2353.

7 — Dom af 31.3.1992, jf. ovenfor, præmis 12.

At acceptere den danske regerings synspunkt om, at klausulen vedrørende dansk indhold allerede var blevet fjernet før fremsættelsen af den begrundede udtalelse, og at klagepunktet vedrørende klausulen derfor i hvert fald ikke længere var relevant, efter at kontrakten var underskrevet, ville altså være ensbetydende med at belønne regeringen for, at traktatbruddet blev »fuldbyrdet«, til trods for, at traktatbrudsproceduren allerede var indledt.

Jeg vil gerne komme med en sidste bemærkning i den forbindelse. Det forekommer mig endog alt for indlysende, at hvis Domstolen skulle tilslutte sig den danske regerings synspunkt, ville selve traktatbrudsproceduren fuldstændig miste sin eksistensberettigelse i alle de tilfælde, hvor der er tale om punktu-elle traktatbrud, hvor der nemlig er risiko for, at selve overtrædelsen allerede er blevet »fuldbyrdet« under den administrative fase, eventuelt før fremsættelsen af den begrundede udtalelse. Det er klart, at dette er en risiko, som næsten er normal på et område som de offentlige kontrakter. Set under denne synsvinkel, og medmindre man vil gøre proceduren i henhold til artikel 169 illusorisk og forringe dens værdi, når der er tale om traktatbrud af denne art, er det ikke på sin plads at henvise til Domstolens udtalelse om, at en sag »kun kan indbringes for Domstolen, hvis den pågældende stat ikke har rettet sig efter den begrundede udtalelse«<sup>8</sup>, og det kan heller ikke — som i den allerede omtalte sag C-362/90 — gøres gældende, at »der ikke længere forelå et traktatbrud på det tidspunkt, hvor den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, udløb«, fordi retsvirkningerne var fuldstændig udtømt. I den foreliggende sag indledte Kommissionen nemlig traktatbrudsproceduren på et tidspunkt, hvor det kunne undgås, at det påståede traktatbrud fik retsvirkninger, idet den

pågældende stat havde mulighed for at indlede en ny udbudsprocedure, da den endelige kontrakt endnu ikke var blevet underskrevet.

10. Efter at dette er sagt, må der tages stilling til, om, og eventuelt i hvilket omfang, den danske regerings erklæring af 22. september 1989 i forbindelse med proceduren om foreløbige forholdsregler indvirker på den foreliggende sag. Den danske regering har gjort gældende, at den med erklæringen ikke blot har erkendt overtrædelsen, men også har erkendt ansvarsgrundlaget i forhold til tilbudsgiverne, således at traktatbruddet ved erklæringen er blevet fastslået på en lige så definitiv måde som ved en dom.

Selv om den danske regering har erkendt traktatbruddet og har forsikret, at de konkurrerende virksomheders tab vil kunne kræves erstattet, kan dette dog — efter min opfattelse — ikke bevirke, at det ikke længere er af interesse at fortsætte sagen. Den omstændighed, at erklæringen fik Kommissionen til at trække begæringen om foreløbige forholdsregler tilbage, er simpelt hen resultatet af en aftale mellem parterne, udelukkende med henblik på sagen om foreløbige forholdsregler og navnlig med henblik på at afslutte den udenretsligt. Jeg finder det derfor ikke korrekt at drage den konsekvens af Kommissionens handlemåde, at sagen afvises, eller at sagsøgte i hvert fald frifindes. Ellers vil der blive opstillet et princip om, at Kommissionen er forpligtet til at hæve sagen, hver gang der under proceduren sker det, at traktatbruddet ikke længere bestrides, og det samtidig anerkendes, at private har krav på erstatning for det tab, de eventuelt har lidt som følge af traktatbruddet.

11. I øvrigt fremgår det af Domstolens afgørelser på dette område — hvori den i øvrigt

8 — Dom af 15.1.1986, sag 121/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 107, præmis 10.

undertiden udtrykkeligt har understreget, at interessen i, at sagen fortsættes, kan bestå i, at der fastlægges et grundlag for det ansvar, en medlemsstat kan have pådraget sig som følge af sit traktatbrud<sup>9</sup> — at man i hvert fald må gå ud fra, at Kommissionen har en interesse i de sager, den har indledt i medfør af artikel 169, også i tilfælde, hvor traktatbruddene ikke bestrides<sup>10</sup>.

Som Domstolen har anerkendt<sup>11</sup>, er Kommissionen altså ikke forpligtet til at påvise en »søgsmålsinteresse« for at kunne fortsætte søgsmålet. Som traktatens »vogter« har Kommissionen under alle omstændigheder en interesse i at få fastslået traktatbruddet ved, at Domstolen afsiger en dom, og med henblik herpå er det eneste, der har betydning, at den pågældende stat ikke har sørgt for at bringe traktatbruddet til ophør inden for den frist, der er fastsat i den begrundede udtalelse. Den omstændighed, at den overtrædelse, der er tale om, er erkendt allerede før fremsættelsen af den begrundede udtalelse, er derimod — til forskel fra, hvad den danske regering har anført — helt uden betydning.

På baggrund af disse betragtninger mener jeg derfor, at Kongeriget Danmark har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i medfør af traktatens artikel 30, 48 og 59, idet A/S Storebæltsforbindelsen har udbudt en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til en klausul, hvorefter afgivelse af bud skulle ske på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skulle anvendes danske materialer og dansk arbejdskraft.

9 — Jf. senest dom af 18.3.1992, sag C-29/90, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1971, præmis 12.

10 — I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at anføre, at Domstolen aldrig har draget Kommissionens interesse i at få en medlemsstat dømt for traktatbrud i tvivl, heller ikke når medlemsstaten fuldt ud har erkendt traktatbruddet, og der åbenbart ikke opstod problemer med hensyn til, hvorvidt tabet kunne søges erstattet.

11 — Jf. dom af 4.4.1974, sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 359, præmis 15.

b) *Forhandlinger på grundlag af et ikke-konditionsmæssigt bud*

12. Også med hensyn til dette klagepunkt har den danske regering fremsat en række formalitetsindsigelser, dels vedrørende yderligere faktiske omstændigheder, som Kommissionen har fremført i replikken til støtte for det pågældende klagepunkt, dels — og navnlig — vedrørende en ændring af påstandene, som den danske regering hævder har ført til en udvidelse af påstandene.

Med hensyn til de faktiske omstændigheder, Kommissionen for første gang nævner i replikken, nemlig de forhandlinger, der »antages« at have fundet sted mellem A/S Storebæltsforbindelsen og ESG, og som skal have ført til bestemmelser i den endelige kontrakt, der er uforenelige med bestemmelser i udbudsbetingelserne<sup>12</sup>, gælder de samme betragtninger som ovenfor anført med hensyn til klagepunktet vedrørende klausulen om dansk indhold. I overensstemmelse med Domstolens allerede omtalte praksis må det nemlig udelukkes, at Kommissionen til støtte for klagepunktet kan påberåbe sig forhold, som ikke er blevet anfægtet under den administrative procedure.

Spørgsmålet om den nye formulering af påstandene er derimod mere ømtåleligt. Kommissionen gjorde oprindeligt over for den danske regering gældende, at A/S Storebæltsforbindelsen havde ført forhandlinger med ESG på grundlag af et bud, der ikke var i overensstemmelse med § 3, stk. 3, i udbudsbetingelserne. I replikken omformulerede Kommissionen dernæst påstandene, idet den

12 — I replikken henviser Kommissionen nemlig ikke længere blot til forhandlingerne vedrørende ESG's forbehold med hensyn til § 3, stk. 3, i udbudsbetingelserne, men også til forhandlinger, som skal have fundet sted med hensyn til enhedsprisen for sand til opfyldning, boder og indhentelse af forsinkelser, arbejdsmarkedsbidrag, prisreguleringsformlen mv.

gjorde gældende, at A/S Storebæltsforbindelsen på grundlag af et bud, der ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, havde gennemført forhandlinger med ESG, som havde haft som resultat, at den endelige kontrakt indeholdt ændringer af udbudsbetingelserne udelukkende til fordel for denne tilbudsgiver, og som navnlig vedrørte elementer, der var afgørende for prisen. Desuden indføjede Kommissionen en udtrykkelig henvisning til princippet om ligebehandling som grundlag for direktiv 71/305, mens der i påstandene, således som de var formuleret i stævningen, navnlig henvises til direktivets afsnit IV.

Den danske regering har gjort gældende, at den nye formulering af påstandene på dette punkt er en udvidelse af påstandene. Den har herved henvist til Domstolens faste praksis, hvorefter en part under en sag ikke kan ændre dennes genstand, og vurderingen af, om der bør gives sagsøgeren medhold, derfor udelukkende kan ske på grundlag af indholdet af de i stævningen nedlagte påstande<sup>13</sup>. Den danske regering er endvidere af den opfattelse, at påstandene i den ændrede formulering bygger på et nyt retsgrundlag, nemlig princippet om ligebehandling, som direktivet skal være inspireret af. Denne fremgangsmåde kan ifølge regeringen ikke accepteres, da den indebærer en tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet, idet den sagsøgte stat ikke har haft mulighed for at udtale sig herom inden for de fastsatte frister og i de fastsatte former.

13. Jeg vil straks sige, at jeg ikke finder at kunne dele dette synspunkt. For det første er

det — som den danske regering har erkendt — velbegrunder at omformulere påstandene, når formålet hermed er at præcisere dem i »indskrænkende« retning. Efter min opfattelse er dette netop tilfældet i denne sag, for så vidt som Kommissionen ikke længere generelt gør gældende, at forhandlingerne har fundet sted på grundlag af et ikke-konditions-mæssigt bud, men kritiserer, at de har drejet sig om en ufravigelig klausul i udbudsbetingelserne og har ført til resultater, der er i klar modstrid med det princip, direktiv 71/305 er inspireret af — princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne — og den herved i det væsentlige ender med at fastlægge og begrænse rækkevidden af klagepunktet, således som det var formuleret i den begrundede udtalelse.

Hvad dernæst angår det synspunkt, at ligebehandlingsprincippet er et nyt retsgrundlag, skal jeg først og fremmest bemærke, at selv om dette princip i det væsentlige først er blevet indføjet i påstandene i replikken, havde Kommissionen allerede under den administrative procedure gjort gældende, at den danske regering havde overtrådt dette princip. Jeg skal navnlig erindre om, at Kommissionen i den begrundede udtalelse udtrykkeligt anførte, at A/S Storebæltsforbindelsen ved at føre forhandlinger på grundlag af bud, der ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, »krænkede princippet om ligebehandling af alle entreprenører, som er et lige så grundlæggende princip i national lovgivning om offentlig licitation som i Rådets direktiv 71/305«. Heraf følger derfor, at den danske regering har haft mulighed for at fremsætte sine bemærkninger til dette punkt, således som det i øvrigt fremgår både af svaret på den begrundede udtalelse og af duplikken.

13 — Jf. f.eks. dom af 14.10.1987, sag 278/85, Kommissionen mod Danmark, Sml. s. 4069.



14. Herefter vil jeg gå over til at undersøge, om der kan gives Kommissionen medhold i klagepunktet. Det vil være på sin plads først at gengive indholdet af § 3, stk. 3, i udbudsbetingelserne, dvs. indholdet af den klausul, som det gøres gældende, at ESG ikke har rettet sig efter ved afgivelsen af sit bud.

I henhold til denne bestemmelse skal den tilbudte pris for et alternativ forudsætte, at entreprenøren udfører detailprojektet til bygherrens accept samt bærer det fulde ansvar for projektet og dets udførelse, herunder risikoen for forandring i de mængder, der ligger til grund for det alternative tilbud. Dernæst bestemmer § 3, stk. 3, at entreprenøren skal anføre reduktionspris, såfremt bygherren vælger at overtage udarbejdelsen af projektet. I så fald bærer bygherren projektansvaret og risikoen for mængdeændringer som følge af detailprojektering.

Ifølge punkt 6.1 («present tender») i det alternative tilbud, som blev afgivet af ESG, og som bestod i en betonbro, skulle bygherren foretage detailprojekteringen og bære det fulde ansvar for projektet og dets udførelse samt risikoen for forandring i mængderne. Som variant foreslog ESG i tilbuddets punkt 6.2 selv at foretage detailprojekteringen for en pris på 42 mio. kr.; også i dette tilfælde mente tilbudsgiveren imidlertid, at bygherren skulle påtage sig ansvaret for projektet

og dets udførelse samt mængderisikoen, som blev anslået til omkring 5 mio. kr.

15. Efter min mening fremgår det klart af selve formuleringen af punkt 6.2, at tilbuddet ikke er i overensstemmelse med § 3, stk. 3, i udbudsbetingelserne. Den danske regerings synspunkt, hvorefter bygherrens overtagelse af ansvaret for projektets udførelse og mængderisikoen kun vedrører den situation, hvor bygherren udfører projekteringen, modsiges i øvrigt af A/S Storebæltsforbindelsen, hvilket fremgår af et notat af 21. juni 1989, der er knyttet som bilag til den danske regerings svar på Kommissionens anmodning om yderligere oplysninger<sup>14</sup>.

På grund af den manglende overensstemmelse mellem tilbuddet og udbudsbetingelserne gjorde Kommissionen til at begynde med gældende, at selve den omstændighed, at A/S Storebæltsforbindelsen tog tilbuddet i betragtning og indledte forhandlinger på grundlag heraf, indebar en krænkelse af det princip om ligebehandling, som udledes af afsnit IV i direktiv 71/305.

Selv om Kommissionen erkender, at tilbudsgivere kan tage forbehold i deres tilbud, finder den navnlig, at de grundlæggende bestemmelser i udbudsbetingelserne, som § 3, stk. 3, givetvis henhører under, må sætte en grænse for denne mulighed. Heraf udleder den, at A/S Storebæltsforbindelsen ikke kunne foretage en objektiv sammenligning af bud, der var fremsat på ensartede vilkår, hvilket havde den yderligere konsekvens, at den

14 — I dette notat anfører A/S Storebæltsforbindelsen nemlig — med det formål at bevise, at ESG's tilbud som udformet i punkt 6.2 ikke har haft nogen indflydelse på resultatet af forhandlingerne — at den ikke accepterede ESG's forslag, hvorefter bygherren eventuelt ville bære projekterings- og mængderisiko, skønt entreprenøren udfører projekteringen.

sidste fase i udbudsproceduren ikke var korrekt i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Som allerede nævnt har Kommissionen præciseret dette klagepunkt i replikken, idet den gør gældende, at forhandlingerne mellem ESG og A/S Storebæltsforbindelsen var uforenelige med fællesskabsretten, for så vidt som de havde indflydelse på prisen.

16. Som jeg netop har anført, havde ESG forpligtet sig til at foretage detailprojekteringen for en fast pris på 42. mio. kr., men havde hverken forpligtet sig til at påtage sig ansvaret eller projektrisikoen. Disse betingelser har altså nødvendigvis været genstand for forhandlinger, og det samme må antages at have været tilfældet for så vidt angår mængderisikoen.

I betragtning af den danske regerings afvisning af at tilstille Kommissionen dokumenterne vedrørende de omhandlede forhandlinger<sup>15</sup> kan det ikke angives, hvorledes A/S Storebæltsforbindelsen har evalueret og prissat disse forbehold. Det står imidlertid fast, at nogle bestemmelser i udbudsbetingelserne er blevet ændret under forhandlingerne med den konsekvens — i betragtning af selve arten af disse bestemmelser — at den pris, der var fastsat i tilbuddet, blev ændret.

Som det fremgår af de dokumenter, Kommissionen har indleveret, bestemmes det endvidere i den med ESG indgåede kontrakt,

at ESG's ansvar begrænses til 300 mio. kr. og tidsmæssigt til en periode på seks år. Dette er helt klart i strid ikke blot med § 3, stk. 3, i udbudsbetingelserne, hvorefter entreprenøren skal bære det fulde ansvar for projektet og dets udførelse, men også — og navnlig — i strid med ligebehandlingsprincippet. Det er nemlig klart, at de andre tilbudsgivere har fastsat prisen under hensyn til, at de skulle påtage sig det fulde ansvar. Hvad dernæst angår mængderisikoen, indeholder kontrakten et fast beløb på 5 mio. kr., som svarer til ESG's vurdering i varianten af tilbuddet; det er derfor klart, at forhandlingerne har haft indflydelse på prisen.

Alle disse forhold kan ikke undgå at føre til den konklusion, at betingelserne, således som de var fastsat i udbudsbetingelserne (og, for så vidt som det har betydning her, i § 3, stk. 3), er blevet ændret til fordel for én enkelt af tilbudsgiverne. Heraf følger altså, at de for tilbudsgiverne gældende konkurrencevilkår på denne måde er blevet fordrejede, og at der er sket en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne.

17. Den danske regering har imidlertid fremsat den indvending, at forhøjelsen af prisen fuldt ud stod i forhold til den samlede kontraktpris, og at de forhold, Kommissionen har draget frem, under alle omstændigheder ikke er undergivet fællesskabsrettens regler; især står det efter national ret fast, at tilbudsforbehold kan accepteres af bygherren, og at der er adgang til at forhandle med tilbudsgiveren. Regeringen har derfor fastholdt, at direktiv 71/305 ikke indeholder regler om

15 — Afvisningen begrundes med: a) at der er tale om fortrolige dokumenter, og b) at A/S Storebæltsforbindelsen under alle omstændigheder ikke havde pligt til at prissætte disse forbehold.

grænserne for adgangen til at føre forhandlinger, og at de nationale regler er blevet anvendt, uden at der er sket en forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

I den forbindelse vil jeg straks sige, at den danske regerings udtalelse om, at »der ikke i direktiv 71/305 [kan] indfortolkes nogen regel, der pålægger medlemsstaterne forpligtelser ud over, hvad dansk licitationsret fastsætter, med hensyn til ikke at tage tilbud indeholdende forbehold i betragtning eller til ubetinget at undlade enhver forhandling«<sup>16</sup>, efter min mening ikke fortjener særlige kommentarer. Det giver nemlig sig selv, at i det omfang de danske regler måtte vise sig at være uforenelige med fællesskabsretten, har denne forrang.

I øvrigt kan jeg heller ikke følge den danske regerings kritik af, at Kommissionen har fortolket direktivet som inspireret af ligebehandlingsprincippet. Det ville i hvert fald være usædvanligt, hvis man antog, at dette princip er direktivet uvedkommende, fordi det ikke udtrykkeligt er fastslået i nogen af direktivets bestemmelser, når formålet med direktivet tværtimod netop er først og fremmest at sikre, at alle deltagerne i en udbudsprocedure behandles lige.

18. Ganske vist indeholder direktiv 71/305 ikke særlige regler om forbehold, lige så lidt som en udtrykkelig kodifikation af princippet om ligebehandling, men dette indebærer ikke, at national ret kan give regler for alle forhold i tilknytning til udbudsområdet uden at tage hensyn til et så grundlæggende princip. Og det er faktisk forbløffende, at par-

terne har brugt så megen energi på henholdsvis at godtgøre og bestride, at princippet om ligebehandling ligger til grund for direktiv 71/305. I den forbindelse er det tilstrækkeligt at understrege, at man i forbindelse med et udbud, netop fordi der er tale om en konkurrence, nødvendigvis må sikre, at alle deltagere behandles lige; ellers ville der ikke være tale om et udbud, men snarere om underhåndshandlinger. Kort sagt ligger ligebehandlingsprincippet til grund for en hvilken som helst regulering af udbud, da det er selve kernen i en sådan fremgangsmåde.

I øvrigt giver såvel præambelen til direktiv 71/305 som direktivets bestemmelser taget under ét mere end en antydning herom. Her skal jeg blot erindre om, at det udtrykkeligt er anført, at udarbejdelse af objektive kriterier for deltagelse er et af de grundlæggende principper, som skal overholdes i forbindelse med udbudsprocedurer (tredje betragtning), og at buddene skal afgives på de foreskrevne betingelser med henblik på at sikre »udviklingen af en effektiv konkurrence«, hvilket så meget desto mere gælder ved begrænset udbud (næstsidste betragtning).

19. Hvad dernæst angår fælleserklæringen af juli 1989<sup>17</sup> — der er knyttet som bilag til Rådets direktiv 89/440<sup>18</sup> — hvorefter fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset

17 — EFT L 210, s. 22.

18 — Rådets direktiv af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 210, s. 1).

16 — Jf. den danske regerings duplik, s. 54.

udbud udelukker enhver forhandling med bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der navnlig ikke må forhandles om priser, mener jeg ikke, at der kan gives den danske regering medhold i det synspunkt, at der er tale om en erklæring, der ikke har retsvirkninger, og at den under alle omstændigheder ikke har betydning i den foreliggende sag, da den er afgivet efter de faktiske omstændigheder i sagen.

Når henses til bemærkningerne i det foregående, finder jeg heller ikke, at den danske regering kan støtte sig på Domstolens udtalelse i Antonissen-dommen<sup>19</sup>, hvorefter en erklærings betydning afhænger af dens indhold og af, om indholdet omhandles af den bestemmelse, der henvises til. Det er efter min mening utvivlsomt, at den nævnte erklæring blot har karakter af en konstatering, da princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne — et princip, som på det område, vi beskæftiger os med, navnlig har til formål at sikre, at konkurrencen mellem deltagerne i en udbudsprocedure ikke fordrejes — er

selve grundlaget for de regler, der tages stilling til her.

En sidste bemærkning. Det af den danske regering anførte, hvorefter de nationale licitationsregler er blevet anvendt uden nogen forskelsbehandling af deltagerne i licitationen, rejser spørgsmålet, om forbudet mod forskelsbehandling, således som det er fastslået i direktiv 71/305, kan anses for at være tilsidesat. Personligt er jeg slet ikke i tvivl herom. Hvis de danske licitationsregler, som i det foreliggende tilfælde, er af et sådant indhold, at de — også når de anvendes uden forskel — er i strid med princippet om ligebehandling, således som det må udledes af direktiv 71/305, og således som det på ny er fastslået i fælleserklæringen af juli 1989, må de anses for at være uforenelige med fællesskabsretten.

20. Efter det således anførte skal jeg derfor foreslå, at Domstolen giver Kommissionen medhold, og at Kongeriget Danmark tilpligtes at betale sagens omkostninger.

<sup>19</sup> — Dom af 26.2.1991, sag C-292/89, Sml. I, s. 745.