

62007J0250

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 4 juni 2009 (\*)

”Fördragsbrott – Direktiv 93/38/EEG – Offentlig upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna – Upphandling utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning – Villkor – Meddelande om anledningen till att ett anbud förkastats – Frist”

I mål C-250/07,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 24 maj 2007,

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av M. Patakia och D. Kukovec, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

**Republiken Grekland**, företrädd av D. Tsagkaraki, i egenskap av ombud, biträdd av V. Christianos, dikigoros, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna M. Ilešič, A. Tizzano, A Borg Barthet och J.-J. Kasel (referent),

generaladvokat: M. Poiares Maduro,

justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 14 oktober 2008,

och efter att den 17 december 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

**Dom**

- 1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sin skyldighet enligt artikel 20.2 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och

telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 (EGT L 85, s. 1) (nedan kallat direktiv 93/38), att uppmana till anbudsgivning innan ett anbudsförfarande inleds, samt sin skyldighet enligt artikel 41.4 i direktivet, genom att ha underlåtit att offentliggöra ett meddelande om uppmaning till anbudsgivning, och genom att, utan motivering, ha dröjt med att besvara en anbudsgivares begäran om att anledningen till att dennes ansökan förkastats ska meddelas.

### **Tillämpliga bestämmelser**

#### **2 I artikel 2 i direktiv 93/38 föreskrivs följande**

"1. Detta direktiv gäller upphandlande enheter som:

- a) är offentliga myndigheter eller offentliga företag och bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2,
- b) ifall de inte är offentliga myndigheter eller offentliga företag, dock bedriver någon av de verksamheter som nämns i punkt 2 eller någon kombination av dessa, och vars verksamhet bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, beviljad av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna.

2. Detta direktiv gäller följande former av verksamhet:

- a) Tillhandahållande och drift av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av

...

- ii) elektricitet

... "

#### **3 I artikel 20 i direktiv 93/38 föreskrivs följande:**

"1. Upphandlande enheter kan välja ett av de förfaranden som beskrivs i artikel 1.7, förutsatt att, om inte annat följer av punkt 2, uppmaning till anbudsgivning har gjorts i enlighet med artikel 21.

2. De upphandlande enheterna kan i följande fall välja ett av förfarandena utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning:

- a) Om det i samband med uppmaning till anbudsgivning inte inkommit några anbud eller inte inkommit några godtagbara anbud, under förutsättning att [villkoren i] [\*]det ursprungliga kontraktet inte väsentligt ändrats. [\*I överensstämmelse med bestämmelsens lydelse i andra språkversioner har orden "villkoren i" lagts till. Övers. anm.]

...

- d) I nödvändig mån i sådana fall, då synnerlig brådska orsakad av omständigheter, som inte kunnat förutses av de upphandlande enheterna, gör det omöjligt att iakttä de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden.

..."

- 4 Artikel 41.4 i direktiv 93/38 har följande lydelse:

"De upphandlande enheter[na] ... skall snarast möjligt efter det att en skriftlig begäran inkommit till varje anbudssökande eller anbudsgivare som har fått avslag meddela anledningen till att hans ansökan eller anbud förkastats och till varje anbudsgivare som har avgivit ett giltigt anbud meddela upplysningar om och fördelarna med det anbud som antagits samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.

..."

### **Bakgrund till tvisten och det administrativa förfarandet**

- 5 Den 2 juli 2003 inledde Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (det offentliga elektricitetsbolaget) (nedan kallat DEI) ett anbuds förfarande avseende projektering, leverans, transport, installation och tagande i drift av två likartade termoelektriska enheter, samt av tillhörande utrustning, avsedda för Atherinolakkos värmekraftverk beläget på Kreta (Grekland).
- 6 Detta första anbuds förfarande återkallades efter det att DEI:s styrelse hade fastställt att de anbud som inkommit inte uppfyllde vissa kriterier. Den 26 maj 2004 utlyste DEI ett nytt anbuds förfarande, som uppvisade vissa skillnader i förhållande till det första. Utvärderingskommittén förkastade de anbud som inkom från de fem bolag och företagssammanslutningar som deltog i detta andra förfarande, med motiveringen att de inte var godtagbara, eftersom de inte överensstämde med de krav, avseende olika minimi- respektive maximivärden för vissa tekniska parametrar, som uppställts i upphandlingen.
- 7 Genom skrivelse av den 14 december 2004 (nedan kallad skrivelsen av den 14 december) underrättades de fem anbudsgivare som hade deltagit i det andra upphandlings förfarandet om att anbuds förfarandet hade återkallats. Dessa anbudsgivare uppmanades att, inom 15 dagar från mottagandet av skrivelsen, inkomma med ett slutligt ekonomiskt anbud.
- 8 DEI motiverade, i skrivelsen av den 14 december, sitt beslut att anordna detta nya förfarande med hänvisning till "ärendets tidigare förlopp samt
- den tid som behövs för att avpassa enheterna,
  - nödvändigheten av att inom rimlig tid tillgodose det sedan år 2007 ökande och brådskande behovet av elektricitet på Kreta,
  - den tid på 29 respektive 31 månader som krävs för att installera de två nya enheterna och
  - den försening av tilldelningen av kontraktet, som inte kunnat förutses, till följd av det otillfredsställande resultatet av de ovannämnda anbudsinfordringarna".
- 9 Inför detta nya förfarande uppmanades de fem berörda anbudsgivarna att åtgärda de tekniska avvikelser som hade lett till att anbudet i det andra förfarandet hade förkastats. Vad beträffar de andra avvikelser som DEI hade påpekat, skulle anbudsgivarna ange vilka kostnader som åtgärdandet av de tekniska avvikelserna

hade medfört. Det framgår av parternas yttranden att samtliga anbudsgivare deltog i detta nya förfarande.

- 10 Genom skrivelse av den 7 februari 2005 underrättade DEI en av anbudsgivarna om att dennes anbud hade förkastats. Denna skrivelse innehöll emellertid inga uppgifter om anledningen till att anbudet hade förkastats.
- 11 Det framgår av parternas yttranden att den ifrågavarande anbudsgivaren, efter att ha gjort flera framställningar härom, erhöll ett beslut den 4 april 2005, varigenom anbudsgivaren underrättades om de utförliga skälen till att anbudet hade förkastats. Anbudsgivaren överklagade detta beslut till domstol. Överklagandet ogillades den 7 juli 2005. DEI tilldelade därefter kontraktet den 15 september 2005.
- 12 Anbudsgivaren klagade hos kommissionen, som ansåg att gemenskapsbestämmelserna avseende offentlig upphandling hade åsidosatts. Kommissionen sände den 12 oktober 2005 en formell underrättelse till Republiken Grekland, som besvarade denna genom skrivelse av den 22 december 2005.
- 13 Kommissionen ansåg inte att detta svar var övertygande och sände den 4 juli 2006 ett motiverat yttrande till denna medlemsstat, som anmodades att rätta sig efter detsamma inom två månader från delgivning.
- 14 Eftersom kommissionen inte fann att Republiken Greklands svar på det motiverade yttrandet var tillfredsställande, beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

### **Talan**

- 15 Kommissionen har till stöd för sin talan åberopat två grunder. Den första grunden avser ett åsidosättande av artikel 20.2 a och d i direktiv 93/38 och den andra grunden avser ett åsidosättande av artikel 41.4, i direktiv 93/38.

#### *Den första grunden*

##### Parternas argument

- 16 Kommissionen har som första grund klandrat Republiken Grekland för att ha underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 20.2 a och d i direktiv 93/38.
- 17 Enligt kommissionen är bestämmelserna i artikel 20.2 i direktiv 93/38, såsom framgår av dom av den 16 juni 2005 i de förenade målen C-462/03 och C-463/03, Strabag och Kostmann (REG 2005, s. I-5397), undantagsbestämmelser, vilka i enlighet med domstolens fasta rättspraxis ska tolkas restriktivt. Det framgår för övrigt av domstolens rättspraxis att det är den part som åberopar dessa bestämmelser som har bevisbördan för att det är fråga om ett undantagsfall som medför att det är motiverat att tillämpa en sådan undantagsbestämmelse (se bland annat dom av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland, REG 2005, s. I-4713, punkt 33).
- 18 Vad för det första beträffar artikel 20.2 a i direktiv 93/38 har kommissionen påpekat att två av rekvisiten i denna bestämmelse inte är uppfyllda i förevarande fall, nämligen att det inte inkommit några anbud eller inte inkommit några godtagbara anbud och att det ursprungliga kontraktet inte väsentligt ändrats.

- 19 Den upphandlande enheten har nämligen felaktigt kvalificerat anbuderna som icke godtagbara fastän de endast skulle ha kvalificerat dem som anbud som inte uppfyller kraven. Den tolkning av uttrycket icke godtagbara som Republiken Grekland förordat är alldeles för vid och undergräver den ändamålsenliga verkan av artikel 20.2 a i direktiv 93/38. Jämförelsen mellan denna bestämmelses lydelse och lydelserna i likartade bestämmelser i andra direktiv avseende offentlig upphandling, bland annat rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader (EGT L 199, s. 54), visar att uttrycket icke godtagbara har samma innebörd i samtliga dessa direktiv. Ett anbud ska endast kvalificeras som icke godtagbart när föremålet för anbudet är fullständigt olikartat det föremål som föreskrivs i meddelandet om upphandling. Enligt kommissionen finns det ett samband mellan avsaknaden av anbud och det icke godtagbara anbudet, eftersom båda situationerna kan läggas till grund för att kontraktet tilldelas omedelbart. Situationerna är inte endast likvärdiga vad beträffar de rättsverkningar som följer av dem, utan även vad beträffar de svårigheter som uppkommer för den upphandlande enheten, eftersom de behov som ska vara tillgodosedda för att det ifrågasatta projektet ska kunna genomföras inte är det i något av de två fallen.
- 20 För övrigt ska inte betydelsen av principen om att reglerna ska vara så smidiga som möjligt överskattas vid tolkningen av direktiv 93/38. Denna princip, som förvisso inverkar på innehållet i bestämmelserna i direktiv 93/38, kan inte åberopas till stöd för en tolkning av dessa bestämmelser som står i strid med EG-fördraget och de allmänna principerna om likabehandling och insyn.
- 21 Vidare hade den upphandlande enheten, under det tredje upphandlingsförfarandet, väsentligen ändrat det ursprungliga kontraktet, vilket fick till följd att vissa av anbuderna inte uppfyllde kraven. Det framgår av lydelsen i det andra meddelandet om upphandling att även om de kommersiella och ekonomiska avvikelserna inte var tillåtna enligt meddelandet om upphandling, kunde, under vissa förutsättningar, de tekniska avvikelserna som följer av den levererade utrustningens konstruktiva eller tekniska egenskaper godtas, utan att åtgärdandet av dem medförde en ekonomisk skada för anbudsgivaren. Det framgår däremot av skrivelsen av den 14 december att deltagarna, vid det tredje upphandlingsförfarandet, var skyldiga att åtgärda samtliga avvikelser samt stå för kostnaden för denna åtgärd. Deltagarna har, i syfte att säkerställa att detta krav uppfylls, undertecknat en försäkran på heder och samvete avseende åtgärdandet av de tekniska avvikelserna i deras anbud. Denna ändring av villkoren i det ursprungliga kontraktet ledde till att vissa av anbudsgivarnas anbud inte uppfyllde kraven i det tredje förfarandet, fastän anbuderna skulle ha varit giltiga med avseende på det andra förfarandet.
- 22 Kommissionen har i detta avseende framhållit att den på intet sätt bestrider skälen till att klaganden inte fått delta i de olika anbuds-förfarandena, utan begränsar sig till att ifrågasätta lagenligheten av det beslut genom vilket den upphandlande enheten ansåg att de anbud som inkommit inte var godtagbara.
- 23 Vad för det andra beträffar artikel 20.2 d i direktiv 93/38, med stöd av vilken den upphandlande enheten, enligt kommissionen, har motiverat att kontraktet tilldelats utan att det dessförinnan hade uppmanats till anbudsgivning, har kommissionen erinrat om att för att denna bestämmelse ska vara tillämplig krävs det att det är fråga om en "synnerlig brådska orsakad av omständigheter, som inte kunnat förutses av de upphandlande enheterna". I förevarande fall har emellertid den upphandlande enheten vare sig visat att det föreligger en synnerlig brådska eller omständigheter som inte kunnat förutses. Kommissionen har bland annat påtalat att den upphandlande enheten, före offentliggörandet av det första anbuds-förfarandet, kände till den tid som behövs för

avpassning och installation av enheterna och att det ökande behovet av elektricitet på Kreta inte var oväntat samt att den omständigheten att två av förfarandena återkallats inte kan anses utgöra en omständighet som den upphandlande enheten inte kunnat förutse.

- 24 Kommissionen har tillagt att den motivering avseende anledningen till att anbudsgivarnas anbud förkastats, som lämnats av den upphandlande enheten i skrivelsen av den 14 december, inte ändras av de förklaringar som Republiken Grekland gett i fördragsbrottsförandet.
- 25 Republiken Grekland har gjort gällande att till följd av att de sektorer som inte omfattas av direktivet är känsliga, utgör bestämmelserna i direktiv 93/38 *lex specialis* i förhållande till allmänna direktiv avseende offentlig upphandling. Detta kommer till uttryck i skäl 45 i direktiv 93/38 genom principen om att reglerna ska vara så smidiga som möjligt. I skäl 45 anges att de regler som de berörda myndigheterna ska tillämpa ska utgöra grunden för en god affärssed och vara så smidiga som möjligt. De upphandlande enheterna ges därför ett större utrymme för skönsmässig bedömning inom ramen för direktiv 93/38 än inom ramen för allmänna direktiv. Det är mot bakgrund av denna princip, att reglerna ska vara så smidiga som möjligt, som det ska bedömas huruvida bestämmelserna i direktiv 93/38 har följts i ett upphandlingsförfarande.
- 26 Med tillämpning av principen om att reglerna ska vara så smidiga som möjligt och av det stora utrymme för skönsmässig bedömning som de upphandlande enheterna tillerkänns, kan de tre ovannämnda förfarandena i artikel 1.7 i detsamma tillämpas i exakt samma utsträckning. Det är således, enligt artikel 20.1 i direktiv 93/38, möjligt för de upphandlande enheterna att fritt välja ett av dessa tre förfaranden, förutsatt att uppmaning till anbudsgivning har gjorts. Eftersom direktiv 93/38 således även på denna punkt skiljer sig från de andra direktiv som kommissionen åberopat, kan inte domstolens rättspraxis avseende de andra direktiven tillämpas analogt på direktiv 93/38.
- 27 Republiken Grekland har vad beträffar artikel 20.2 a i direktiv 93/38 och rekvisiten för att tillämpa denna bestämmelse anfört att dessa är uppfyllda i förevarande fall.
- 28 Vid det andra anbudsförfarandet där uppmaning till anbudsgivning gjorts, hade förvisso anbud inkommit, men inget av dem ansågs vara godtagbart. Det föreligger, i motsats till vad kommissionen har framhållit, en betydande skillnad mellan ett icke godtagbart anbud och ett anbud som ska avvisas eller som inte uppfyller kraven. Det första begreppet hänför sig till anbudens överensstämmelse med de tekniska specifikationer som den upphandlande enheten fastställt och det andra hänför sig till att de formella kriterierna för att få delta i anbudsförfarandet inte är uppfyllda. I dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland (REG 2002, s. I-7213, punkterna 90 och 91), har domstolen för övrigt funnit att endast bestämmelser som hör till samma gemenskapsrättsliga område och som har en i huvudsak identisk lydelse ska tolkas på samma sätt. Med hänsyn till de väsentliga skillnaderna i de åberopade bestämmelsernas lydelse, kan därför inte den av kommissionen föreslagna analoga tolkningen godtas.
- 29 Kommissionens argument mot att det vid tolkningen av direktiv 93/38 ska tas hänsyn till principen om att reglerna ska vara så smidiga som möjligt är otydliga, utan relevans och inte styrkta. Domstolen har dessutom redan fastslagit att de upphandlande enheterna förfogar över ett mycket stort utrymme för skönsmässig bedömning vid de förfaranden som föreskrivs i direktiv 93/38. I punkt 34 i det ovannämnda målet Strabag

och Kostmann har domstolen nämligen fastställt att det enligt bestämmelserna i direktiv 93/38 "medges ett mer generöst användande av ett förhandlat förfarande".

- 30 Vidare har inte villkoren i det ursprungliga kontraktet ändrats. I vart fall har det inte gjorts någon väsentlig ändring av dem. Vid en jämförelse mellan det andra och det tredje anbuds förfarandet framgår nämligen, i motsats till vad kommissionen har framhållit, att dessa är identiska vad avser skrivelsen genom vilken anbudsgivarna försäkrade att de skulle komma att delta, utvärderingen av de ekonomiska anbuden och betalningssättet. Det kan dessutom konstateras, vid en noggrann granskning av de krav som uppställts avseende de tekniska avvikelserna, de kostnader som åtgärdandet av dessa avvikelser medfört och den försäkran på heder och samvete som anbudsgivarna avlagt, att inte heller dessa aspekter har ändrats mellan det andra och det tredje upphandlings förfarandet.
- 31 Republiken Grekland har vidare, vad beträffar artikel 20.2 d i direktiv 93/38, klandrat kommissionen för att ha gjort en felaktig tolkning av skrivelsen av den 14 december 2004. Det framgår nämligen otvetydigt av denna skrivelse att den upphandlande enheten beslutat sig för att välja ett förfarande utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning med anledning av ärendets tidigare förlopp, och därmed med anledning av den omständigheten att de anbud som inkommit under de två första förfarandena inte var godtagbara. De andra förklaringarna har endast nämnts i förbigående i skrivelsen.
- 32 Även om ett återkallande av ett anbuds förfarande förvisso inte utgör en omständighet som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten, borde däremot den omständigheten att det inte inkommit några godtagbara anbud vid två på varandra följande anbuds förfaranden betraktas som en omständighet som omfattas av begreppet omständigheter som inte kunnat förutses.
- 33 Kommissionen har i vart fall inte styrkt att den upphandlande enheten åberopat att den inte hade kunnat förutse att de två föregående anbuds förfarandena skulle misslyckas, för att motivera att den hade valt ett förfarande utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning. En talan om ogiltigförklaring ska inte förväxlas med en fördragsbrotts talan. Vid en fördragsbrotts talan ges medlemsstaterna möjlighet att inkomma med förklaringar, förtydliganden och, om nödvändigt, skälen till besluten. I förevarande fall är det inte fråga om att bedöma huruvida den upphandlande enhetens motivering är giltig, utan huruvida den berörda medlemsstaten kan klandras för att ha åsidosatt direktiv 93/38.

#### Domstolens bedömning

- 34 Bestämmelserna i artikel 20.2 c och d i direktiv 93/38, vilka utgör undantag till bestämmelserna om förfarandena för offentlig upphandling, ska tolkas restriktivt, och bevisbördan åligger den som åberopar dessa undantagsbestämmelser (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkt 33).
- 35 Eftersom det framgår av artikel 20.1 jämförd med artikel 20.2 i direktiv 93/38 att punkten 2 utgör ett undantag från den första punkten, såvitt det i den punkten föreskrivs i vilka fall den upphandlande enheten kan välja ett upphandlings förfarande utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning, ska det inte endast göras en restriktiv tolkning av bestämmelserna i artikel 20.2 c och d i direktivet, utan av samtliga bestämmelser i artikel 20.2.

- 36 Denna slutsats påverkas inte av Republiken Greklands argument att direktiv 93/38, i enlighet med dess skäl 45, ska innebära en så stor smidighet som möjligt och att direktivet medger ett mer generöst användande av ett förhandlat förfarande än vad som medges enligt exempelvis direktiv 93/37.
- 37 I skäl 45 anges nämligen, såsom generaladvokaten påpekat i punkt 15 i sitt förslag till avgörande, det mål som gemenskapslagstiftaren eftersträvade med antagandet av direktiv 93/38, det vill säga att det ska medges ett större utrymme för flexibilitet vid den typ av offentlig upphandling som direktivet avser. Detta förklarar följaktligen varför de upphandlande enheterna medges ett mer generöst användande av ett förhandlat förfarande genom detta direktiv, till skillnad från andra direktiv avseende offentlig upphandling.
- 38 Vidare råder det inget tvivel om gemenskapslagstiftarens avsikt att betrakta den möjlighet, enligt de villkor som föreskrivs i artikel 20.2 i direktiv 93/38, att tilldela ett offentligt kontrakt utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning ska ses som undantag från principen om att tilldelningen av ett sådant kontrakt ska föregås av en uppmaning till anbudsgivning. I skäl 46 i direktiv 93/38 anges nämligen att som motvikt till den ovannämnda smidigheten, och för att främja det ömsesidiga förtroendet, ska insyn garanteras i upphandlingsförfaranden. Vidare föreskrivs i artikel 20.1 i detta direktiv att innan ett av de tre upphandlingsförfarandena enligt artikel 1.7 i direktivet inleds, ska en uppmaning till anbudsgivning dessförinnan ha gjorts.
- 39 Av detta följer att Republiken Greklands argument, att det ska göras en vid tolkning av begreppet icke godtagbart anbud i artikel 20.2 a i direktiv 93/38, inte kan godtas.
- 40 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som det ska prövas huruvida Republiken Grekland i förevarande fall har styrkt att de anbud som inkommit i samband med det andra upphandlingsförfarandet på goda grunder har kvalificerats som icke godtagbara enligt ovannämnda artikel 20.2 a.
- 41 Republiken Grekland har gjort gällande att eftersom de inkomna anbuden inte överensstämde med de tekniska specifikationer som den upphandlande enheten, med hänsyn tagen till miljöskyddsbestämmelserna, hade uppställt avseende de föreskrivna volymerna kan inte anbuden anses vara godtagbara enligt artikel 20.2 a i direktiv 93/38, eftersom det aktuella värmekraftverket inte lagligen skulle ha kunnat tas i drift.
- 42 Det kan således konstateras att sådana tekniska specifikationer som de som är aktuella i förevarande fall, och som följer av nationella och gemenskapsrättsliga miljöskyddsbestämmelser, ska betraktas som förutsättningar som är absolut nödvändiga för att den upphandlande enheten, vid leverans och tagandet i drift av de installationer som kontraktet avser, ska kunna uppfylla de skyldigheter som åligger denne genom lagar och andra föreskrifter.
- 43 När den upphandlande enheten, på grund av att anbuden inte överensstämmer med sådana specifikationer, hindras från att genomföra det projekt som anbudsförfarandet avser, ska den omständigheten att anbuden inte överensstämmer inte endast betraktas som en oklarhet eller en detalj, utan det ska tvärtom anses som att anbuden inte tillgodoser den upphandlande enhetens behov.
- 44 Sådana anbud ska, såsom kommissionen själv har framhållit vid domstolen, kvalificeras som icke godtagbara i den mening som avses i artikel 20.2 a i direktiv 93/38.



- 45 I förevarande fall har inte kommissionen fog för sina farhågor att de upphandlande enheterna, genom att uppställa villkor som är orimligt stränga eller rent av omöjliga att uppfylla, ska kringgå skyldigheten att uppmana till anbudsgivning enligt direktiv 93/38 och på så vis kvalificera samtliga inkomna anbud som icke godtagbara och därmed kunna tilldela kontraktet utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning.
- 46 Den upphandlande enheten inledde nämligen först efter det att den fastställt att de anbud som inkommit i samband med det första upphandlingsförfarandet inte uppfyllde de krav som uppställts i de tekniska specifikationerna ett andra förfarande för anbudsinfordran. Den upphandlande enheten inledde således inte omedelbart det förfarande som föreskrivs i artikel 20.2 a i direktiv 93/38.
- 47 Den upphandlande enheten uppmanade därefter samtliga deltagare som deltagit i det andra upphandlingsförfarandet att, inom ramen för det förhandlade förfarande som den upphandlande enheten inlett med tillämpning av artikel 20.2 a i direktiv 93/38, inkomma med sina anbud. Den upphandlande enheten gjorde detta fastän någon sådan skyldighet inte föreskrivs i direktivets bestämmelser om det förhandlade förfarandet i direktivet, närmare bestämt artikel 1.7 c.
- 48 Slutligen har det vare sig styrkts eller ens påståtts att de tekniska specifikationer som den upphandlande enheterna uppställt, och som ledde till att de anbud som inkommit kvalificerades som icke godtagbara, var orimligt stränga eller rent av omöjliga.
- 49 Vissa av de anbudsgivare som avvikit från de krav avseende de volymer som föreskrivits i upphandlingen har tvärtom, såsom Republiken Grekland har framhållit utan att motsägas av kommissionen, slutligen iakttagit dessa krav.
- 50 Med hänsyn tagen till dessa överväganden har den upphandlande enheten på goda grunder kunnat kvalificera de aktuella anbuden som icke godtagbara i den mening som avses i artikel 20.2 a i direktiv 93/38.
- 51 Det ska mot denna bakgrund därefter prövas huruvida den upphandlande enheten, såsom kommissionen har gjort gällande, i strid med artikel 20.2 a i direktiv 93/38, väsentligen har ändrat det ursprungliga kontraktet under det förhandlade förfarandet, som inleddes utan uppmaning till anbudsgivning.
- 52 Analogt med vad domstolen fastslagit avseende omförhandling av kontrakt som redan tilldelats (se dom av den 19 juni 2008 i mål C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, REG 2008, s. I-4401, punkt 35) kan bland annat en ändring av ett villkor som förekommer i det ursprungliga kontraktet betraktas som väsentlig, i den mening som avses i artikel 20.2 a i direktiv 93/38, om de anbud som inkommit under det förfarande som föregicks av en uppmaning till anbudsgivning skulle ha betraktats som godtagbara om det aktuella villkoret hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet. Likaså skulle en ändring av ett villkor som förekommer i det ursprungliga kontraktet kunna betraktas som väsentlig om det hade varit tillåtet för andra anbudsgivare än dem som deltog i det ursprungliga förfarandet att inkomma med anbud, om det aktuella villkoret hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet.
- 53 Eftersom kommissionen anser, såsom framgår av dess yttranden, att det är uppenbart att de aktuella omständigheterna är att hänföra till den första av dessa två möjligheter, ska det prövas huruvida det ursprungliga kontraktet, vars krav inte uppfyllits och vilket lett till att den upphandlande enheten kvalificerat de anbud som inkommit som icke godtagbara, väsentligen har ändrats under det förhandlade förfarandet.

- 54 Vad beträffar dessa villkor har Republiken Grekland anfört, utan att motsägas av kommissionen, att samtliga anbud som inkom i samband med det andra upphandlingsförfarandet betraktades som icke godtagbara på grund av att de inte överensstämde med de krav som hade uppställts avseende de föreskrivna volymerna för utsläpp av avfall.
- 55 Det kan emellertid konstateras att bestämmelserna avseende de ovannämnda volymerna inte har ändrats under det tredje förfarandet och att det, precis som under de två första förfarandena, var den upphandlande enheten som var tvungen att följa dessa bestämmelser. Det är för övrigt just med anledning av att det inte var tillåtet att avvika från dessa bestämmelser som de anbudssökande skulle uppvisa en försäkran på heder och samvete, varigenom de förband sig att tillse att deras anbud överensstämde med de krav avseende dessa volymer som hade uppställts i meddelandet.
- 56 Vad avser de andra tekniska specifikationerna kunde visserligen vissa av avvikelserna från dessa godtas i det andra förfarandet som hade föregåtts av en uppmaning till anbudsgivning, men, såsom Republiken Grekland har gjort gällande utan att motsägas av kommissionen, var det anbudsgivarna som skulle stå för kostnaderna för att åtgärda avvikelserna. Den omständigheten att anbudsgivarna i det tredje förfarandet själva fick stå för kostnaderna för att åtgärda de tekniska avvikelserna kan inte anses utgöra en ny skyldighet.
- 57 Anbudsgivarna var för övrigt inte, under detta tredje förfarande, skyldiga att åtgärda de aktuella avvikelserna, utan de skulle endast tillhandahålla en uppskattning av de totala kostnaderna för åtgärdandet samt inkomma med ett slutligt ekonomiskt anbud. Genom detta tredje förfarande erbjöds således samtliga anbudsgivare som hade deltagit i det andra förfarandet en möjlighet att se över vissa av sina förslag på ett slutligt ekonomiskt anbud och att än en gång bedöma huruvida deras anbud avvek från de tekniska specifikationer som föreskrivs i anbudsförfarandet.
- 58 Av detta följer att den upphandlande enheten inte väsentligen har ändrat villkoren i det ursprungliga kontraktet, i den mening som avses i artikel 20.2 a i direktiv 93/38, genom att inleda ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning.
- 59 Mot denna bakgrund har inte kommissionen styrkt att Republiken Grekland åsidosatt artikel 20.2 a i direktiv 93/38. Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första delen av kommissionens första grund.
- 60 Vad beträffar det påstådda åsidosättandet av artikel 20.2 d i direktiv 93/38 utgör, såsom framgår av punkt 34 ovan, den artikeln en undantagsbestämmelse, och det är den som åberopar denna undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att villkoren för dess tillämpning är uppfyllda.
- 61 Det kan, såsom generaladvokaten har gjort i punkt 25 i sitt förslag till avgörande, konstateras att Republiken Grekland inte har åberopat denna bestämmelse till stöd för DEI:s beslut att tilldela det aktuella kontraktet utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning. Republiken Grekland har i stället begränsat sig till att uppge att detta beslut fattats med stöd av artikel 20.2 a i direktiv 93/38.
- 62 Kommissionen kan således inte på goda grunder klandra Republiken Grekland för att ha åsidosatt en bestämmelse som denna medlemsstat faktiskt inte har åberopat. Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första grundens andra del.

- 63 Mot denna bakgrund kan talan inte vinna bifall såvitt avser kommissionens första grund.

*Den andra grunden*

Parternas argument

- 64 Kommissionen har som andra grund klandrat Republiken Grekland för att ha underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 41.4 i direktiv 93/38, det vill säga att "snarast möjligt efter det att en skriftlig begäran inkommit till varje anbudssökande eller anbudsgivare som har fått avslag meddela anledningen till att hans ansökan eller anbud förkastats".
- 65 I förevarande fall förflöt en tid om två månader från det att den anbudsgivare som fått avslag lämnade in sin begäran till dess att den upphandlande enheten svarade. Med hänsyn till en sådan tidsfrist kan det inte anses vara fråga om ett svar som lämnats snarast möjligt. Kommissionen har, vad beträffar tolkningen av dessa uttryck, hänvisat till motsvarande bestämmelser i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s.1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), direktiv 93/37 samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, s 1). I dessa direktiv föreskrivs en frist på 15 dagar.
- 66 Republiken Grekland har medgett att anledningen till att en av anbudsgivarnas anbud förkastades hade meddelats med ett visst dröjsmål. Detta dröjsmål har emellertid inte inverkat på den ändamålsenliga verkan av direktiv 93/38. Det har inte heller hindrat den berörda anbudsgivaren från att på goda grunder göra gällande sina rättigheter inför domstol. Kontraktet undertecknades för övrigt inte förrän anbudsgivarens överklagande till domstol hade lämnats utan bifall. Republiken Grekland har tillagt att de frister som föreskrivs i de olika direktiv som kommissionen har åberopat inte kan tillämpas i förevarande fall. För det första föreskrivs inte en exakt frist i direktiv 93/38 och för det andra var direktiv 2004/17 ännu inte tillämpligt vid tidpunkten för omständigheterna i målet.

Domstolens bedömning

- 67 Vad beträffar denna grund kan det konstateras att eftersom det inte – till skillnad från de andra direktiv som kommissionen har åberopat – i direktiv 93/38 föreskrivs någon exakt frist inom vilken den anbudsgivare vars anbudsansökan eller anbud förkastats ska underrättas om anledningen till förkastandet, utan det endast föreskrivs i artikel 41.1 i direktivet att dessa upplysningar ska lämnas snarast möjligt, kan inte, såsom generaladvokaten har funnit i punkt 27 i sitt förslag till avgörande, denna bestämmelse tolkas så, att den upphandlande enheten ska lämna upplysningarna inom 15 dagar från det att anbudsgivarens skriftliga begäran inkommit.
- 68 Gemenskapslagstiftaren har emellertid, genom att kräva att den upphandlande enheten snarast möjligt ska tillhandahålla de nödvändiga upplysningarna, ålagt den upphandlande enheten en omsorgsplikt. Denna omsorgsplikt innebär snarare en skyldighet att vidta åtgärder än en skyldighet att nå ett visst resultat. Det ska således avgöras från fall till fall, med hänsyn tagen till det aktuella kontraktets konkreta särdrag

och, i synnerhet, dess komplexitet, huruvida den berörda upphandlande enheten har meddelat dessa upplysningar med erforderlig omsorg. Den omständigheten att detta meddelats innan överklagandefristen för beslutet att förkasta ansökan eller anbudet löpt ut, vilket medför att anbudsgivaren således är i stånd att utnyttja sina möjligheter att låta pröva beslutets lagenlighet vid en domstol, utgör endast en omständighet av flera som det ska tas hänsyn till för att det ska kunna fastställas huruvida den upphandlande enheten har iakttagit den omsorgsplikt som åligger denne vid tillämpningen av artikel 41.4 i direktiv 93/38. Denna omständighet utgör inte i sig tillräcklig bevisning i detta hänseende.

- 69 Eftersom Republiken Grekland i förevarande fall har medgett att det förekommit dröjsmål med att meddela den anbudsgivare vars anbud förkastats anledningen till förkastandet och eftersom medlemsstaten har påstått att detta meddelats i överensstämmelse med bestämmelserna i artikel 41.4 i direktiv 93/38, ankommer det på denna medlemsstat att visa att det finns objektiva omständigheter som kan motivera dröjsmålet med meddelandet och som medför att den tid som förflutit från det att anbudsgivaren lämnat in sin begäran till dess att den upphandlande enheten svarat kan anses vara rimlig.
- 70 Det kan emellertid konstateras att förutom argumentet att den tid som förflutit inte hindrat den berörda anbudsgivaren från att göra gällande sina rättigheter inför domstol, har inte Republiken Grekland lagt fram konkret bevisning som kan motivera dröjsmålet med att meddela anledningen till att anbudet förkastats eller som kan utgöra skäl för att en frist på i förevarande fall två månader ska anses vara ett svar som lämnats snarast möjligt, i den mening som avses i artikel 41.4 i direktiv 93/38.
- 71 Talan ska således vinna bifall såvitt avser kommissionens andra grund.
- 72 Republiken Grekland har följaktligen åsidosatt sin skyldighet enligt artikel 41.4 i direktiv 93/38 genom att, utan motivering, dröja med att besvara en anbudsgivares begäran om att anledningen till att dennes anbud förkastats ska meddelas.

### **Rättegångskostnader**

- 73 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. I artikel 69.3 första stycket i rättegångsreglerna föreskrivs dock att domstolen kan besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sina rättegångskostnader om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter. Eftersom Republiken Grekland och kommissionen ömsom har tappat målet ska vardera parten bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

- 1) Republiken Grekland har åsidosatt sin skyldighet enligt artikel 41.4 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001, genom att, utan motivering, dröja med att besvara en anbudsgivares begäran om att anledningen till att dennes anbud förkastats ska meddelas.**

**2) Talan ogillas i övrigt.**

**3) Republiken Grekland och Europeiska gemenskapernas kommission ska bära sina rättegångskostnader.**

Underskrifter

---

\* Rättegångsspråk: grekiska.