

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 11 juni 2009 (*)

”Direktiv 2004/18/EG – Offentlig upphandling av varor och tjänster – Offentliga sjukkassor – Offentligrättsliga organ – Upphandlande myndigheter – Anbudsinfordran – Tillverkning och tillhandahållande av ortopediska skor som är individuellt anpassade efter varje patients behov – Utförlig rådgivning till patienterna”

I mål C-300/07,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) genom beslut av den 23 maj 2007, som inkom till domstolen den 27 juni 2007, i målet

Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik

mot

AOK Rheinland/Hamburg,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna T. von Danwitz, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent) och G. Arestis,

generaladvokat: J. Mazák,

justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 19 juni 2008,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, genom H. Glahs och U. Karpenstein, Rechtsanwälte,
- AOK Rheinland/Hamburg, genom A. Neun, Rechtsanwalt,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom G. Wilms och D. Kukovec, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 16 december 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.2 c och d, 1.4, 1.5 och 1.9 andra stycket c första och andra fallen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik och AOK Rheinland/Hamburg angående för det första frågan huruvida de tyska offentliga sjukkassorna utgör upphandlande myndigheter vid tillämpningen av bestämmelserna i direktiv 2004/18, för det andra om det utgör upphandling av varor eller upphandling av tjänster när specialiserade skotillverkare efter avtal med den offentliga sjukkassan tillhandahåller ortopediska skor som är tillverkade och anpassade individuellt efter varje patients behov, kombinerat med utförlig rådgivning till patienten före och efter tillhandahållandet, och för det tredje – för det fall att tillhandahållandet av ortopediska skor ska anses utgöra ett tillhandahållande av tjänster – om det i detta fall är fråga om en "tjänstekoncession" eller ett "ramavtal" i den mening som avses i direktiv 2004/18.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

- 3 I artikel 1 i direktiv 2004/18, med rubriken "Definitioner", föreskrivs följande:

"...

2. a) offentlig kontrakt: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

...

- c) offentlig varukontrakt: andra offentliga kontrakt än de som avses i b vilka avser köp, leasing, hyra eller hyrköp, med eller utan möjlighet till köp, av varor.

...

- d) offentlig tjänstekontrakt: andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

Ett offentligt kontrakt som avser både varor och tjänster enligt bilaga II skall anses vara ett offentligt tjänstekontrakt om värdet av tjänsterna i fråga är högre än värdet av de varor som kontraktet omfattar.

Ett offentligt kontrakt som avser tjänster enligt bilaga II och omfattar sådan verksamhet enligt bilaga I som endast är underordnad verksamhet i förhållande till kontraktets huvudändamål skall betraktas som ett offentligt tjänstekontrakt.

...

4. tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.
5. ramavtal: ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.

..."

- 4 Artikel 1.9 i direktiv 2004/18 innehåller följande definition:

"upphandlande myndigheter: statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga

organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

Med offentligrättsliga organ avses alla organ

- a) som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,
- b) som är juridiska personer, och
- c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

Icke uttömmande förteckningar över sådana offentligrättsliga organ och kategorier av organ som uppfyller villkoren i andra stycket a, b och c finns i bilaga III. Medlemsstaterna skall till kommissionen regelbundet anmäla ändringar i sina förteckningar.”

- 5 I bilaga III till detta direktiv, i kapitel III ”Tyskland”, avsnitt 1 ”Kategorier”, punkt 1.1 ”Organ”, anges i första strecksatsen ”Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger)/[socialförsäkringar (sjukkassor, olycksfalls- och pensionsförsäkringsinstitutioner)]”.
- 6 I artikel 21 i direktivet stadgas följande:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II B omfattas endast av bestämmelserna i artikel 23 och artikel 35.4.”
- 7 I bilaga II B till samma direktiv anges ”Hälsovård och socialtjänster” under kategori 25.
- 8 Enligt artikel 22 i direktiv 2004/18 gäller följande:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade såväl i bilaga II A som i bilaga II B skall, om värdet av tjänsterna i bilaga II A överstiger värdet av tjänsterna i bilaga II B, tilldelas enligt bestämmelserna i artiklarna 23–54. I övriga fall skall kontrakten tilldelas enligt artikel 23 och artikel 35.4.”
- 9 I artikel 32.2 i direktivet anges följande:

”En upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal skall följa de förfarandebestämmelser som anges i detta direktiv ...”
- 10 I artikel 79 i direktivet, med rubriken ”Ändringar”, föreskrivs följande:

”Kommissionen får ändra följande enligt förfarandet i artikel 77.2:
...
d) Förteckningarna över offentligrättsliga organ och kategorier av organ enligt bilaga III, när dessa, grundade på anmälningar från medlemsstaterna, visar sig nödvändiga.
...”
- 11 Slutligen stadgas följande i artikel 1.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (EGT L 171, s. 12):

"I detta direktiv skall också med köpeavtal avses sådana avtal om tillhandahållande av konsumentvaror som skall framställas eller tillverkas."

Den nationella lagstiftningen

- 12 Följande sammanfattning av den relevanta nationella lagstiftningen grundar sig på uppgifter i handlingarna i målet vid domstolen, särskilt begäran om förhandsavgörande.
- 13 Den offentliga hälso- och sjukvården i Tyskland och organiserandet och finansieringen av de offentliga sjukkassorna regleras i fjärde och femte böckerna i socialförsäkringslagen (Sozialgesetzbuch) (nedan kallade SGB IV och SGB V). Den uppgift som lagstiftaren gett de offentliga sjukkassorna definieras på följande sätt i 1 § 1 SGB V:
- "Sjukförsäkringen har, i egenskap av en gemenskap grundad på solidaritetsprincipen, till syfte att bevara, återställa eller förbättra de försäkrades hälsa."
- 14 Det framgår av 4 § 1 SGB V att de offentliga sjukkassorna är offentligrättsliga organ med ställning som juridiska personer och med självstyrande befogenheter. De har upprättats med stöd av 1 och 3 §§ SGB V. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att den övervägande delen av Tysklands befolkning (ungefär 90 procent) är tvångsförsäkrad enligt lag hos en lagstadgad sjukkassa. Personer som omfattas av den obligatoriska sjukförsäkringen kan välja vilken försäkringskassa de vill tillhöra, men de kan inte välja mellan en offentlig och en privat kassa.
- 15 Lagstiftningen om finansieringen av de offentliga sjukkassorna återfinns i 20–28 §§ SGB IV och i 3 § samt 220 § och följande paragrafer SGB V. Denna finansiering säkerställs genom obligatoriska avgifter från de försäkrade, direkta utbetalningar från förbundsstaten och kompensationsbetalningar från det finansiella kompensationsystemet, vilket består av de olika offentliga sjukkassorna, och från riskstrukturutjämningen mellan dessa.
- 16 Enligt begäran om förhandsavgörande utgör de obligatoriska avgifterna från de försäkrade, liksom den del av dessa avgifter som de försäkrades arbetsgivare ska betala, den klart största delen av de offentliga sjukkassornas finansiering. Avgiftsbeloppen beror enbart på den försäkrades inkomst, det vill säga förmåga att bidra. Andra faktorer, såsom den försäkrades ålder, hälsotillstånd eller antalet försäkrade personer som denne har försörjningsansvar för saknar därvid betydelse. I praktiken drar arbetsgivaren av den del av avgiften som den försäkrade ska betala från dennes lön och betalar in den till sjukkassan tillsammans med den del av avgiften som arbetsgivarens själv svarar för. Dessa är offentligrättsliga förpliktelser, och uppbörden av avgifterna sker på tvingande grund med stöd av offentligrättsliga bestämmelser.
- 17 Avgiftsbeloppen bestäms inte av staten utan av de offentliga sjukkassorna. Såsom stadgas i den relevanta lagstiftningen skall kassorna beräkna avgifterna så, att de med tillägg för övriga tillgångar täcker de utgifter som föreskrivs i lagen och garanterar att medel och reserver som föreskrivs i lagen finns tillgängliga. Fastställelsen av avgiftssatserna kräver godkännande från tillsynsmyndigheten för respektive försäkringskassa. Enligt begäran om förhandsavgörande är avgiftsbeloppen i viss mån rättsligt styrda, eftersom de måste fastställas så, att inkomsterna från dem varken är högre eller lägre än kassornas utgifter. Eftersom de förmåner som ska betalas ut enligt det tyska hälso- och sjukvårdssystemet till största delen bestäms i lag, kan den berörda sjukkassan i praktiken inte direkt påverka storleken på sina utgifter.
- 18 För att hålla avgifterna för de försäkrade på samma nivå, föreskrivs i 266–268 §§ SGB V att kompensationsbetalningar ska göras på årsbasis mellan alla offentliga sjukkassor enligt ett system för riskutjämning. Enligt den hänskjutande domstolen finns det därvid en ömsesidig solidaritetsplikt mellan dessa sjukkassor, och var och en av dem har rätt att få, eller en skyldighet att lämna, kompensation med ett visst belopp.
- 19 De offentliga sjukkassorna, som enligt 4 § 1 SGB V har självstyrande befogenheter, är underställda statlig kontroll. Enligt begäran om förhandsavgörande är denna kontroll inte

begränsad till enbart en laglighetskontroll i efterhand.

- 20 Vissa åtgärder som de offentliga sjukkassorna vidtar kräver godkännande från tillsynsmyndigheten, såsom ändring av stadgarna, fastställande av avgiftssatserna, byggverksamhet och markförvärv samt inköp av mjukvara till datorer. Detta framgår av 195 § 1, 220 § 2 och 241 § SGB V. Tillsynsmyndigheterna ska granska, åtminstone vart femte år, hur de sjukkassor de kontrollerar drivs i affärsmässigt, bokföringsmässigt och operativt hänseende. Denna kontroll, som bland annat omfattar den aktuella kassans lönsamhet, kan ske oftare (69 § 2 och 88 § 1 SGB IV samt 274 § 1 SGB V). Inom ramen för dessa kontroller ska kassorna enligt 88 § 2 SGB IV överlämna alla nödvändiga handlingar och upplysningar till tillsynsmyndigheten. Om kassornas självstyrande organ underlåter att utföra sina obligatoriska uppgifter, ska dess uppgifter enligt 37 § och 89 § 3 SGB IV ombesörjas av tillsynsmyndigheten själv.
- 21 Slutligen ska varje lagstadgad sjukkassas preliminära budget inges till behörig tillsynsmyndighet (70 § 5 SGB IV). Denna myndighet kan besluta att sjukkassor som inte är livskraftiga ska slås samman med andra kassor eller stängas (146a §, 153 § 1.3, 156 §, 163 § första meningen 3, 167 § andra meningen och 170 § SGB V).
- 22 Eftersom den försäkrade, enligt det ifrågavarande systemet, har en rätt via sjukkassan inte till återbetalning av kostnader utan till kostnadsfri tillgång till motsvarande tjänster (2 § 2 SGB V), enligt principen om vårdförmåner, uppmuntras sjukkassorna att med olika leverantörer sluta vårdavtal som är multisektoriella eller interdisciplinära. Dessa "integrerade vårdavtal", som nämns i 140–140e §§ SGB V, sluts mellan de offentliga sjukkassorna och olika leverantörer som får tillhandahålla vård till de försäkrade. I dessa överenskommelser fastställs ersättningen för olika former av integrerad vård, vilken är avsedd att betala för samtliga tjänster som den försäkrade kan begära inom ramen för systemet. Det är den offentliga sjukkassan som är part i det integrerade vårdavtalet och som ska betala leverantörens ersättning. Det är frivilligt för de försäkrade att anlita de olika integrerade vårdformerna, men när den försäkrade väljer en sådan vårdform är han skyldig att vända sig till de tjänsteleverantörer med vilka den behöriga offentliga sjukkassan har ingått ett sådant avtal.
- 23 Vid förfarandet inför domstolen har även två avgöranden från Bundesverfassungsgericht nämnts beträffande de tyska sjukkassornas uppdrag.
- 24 I sitt beslut av den 9 juni 2004 (2 BvR 1248/03 och 2 BvR 1249/03) slog Bundesverfassungsgericht fast följande:
- "Socialrätten är ett av de viktigaste redskapen för statens socialpolitik. Enligt den ordning för en välfärdsstat som upprättats i grundlagen (Grundgesetz) är skydd vid sjukdom en av statens grundläggande uppgifter. Lagstiftaren har axlat denna uppgift genom att säkerställa skyddet för den allra största delen av befolkningen genom att införa en lagstadgad sjukförsäkring som är obligatorisk enligt offentlig rätt och genom att reglera formerna för detta skydd. De offentliga sjukkassornas huvuduppgift består i att verkställa en detaljerad sociallagstiftning som skapats för att genomföra denna grundläggande statliga uppgift."
- 25 Slutligen fann Bundesverfassungsgericht i beslut av den 31 januari 2008 (1 BvR 2156/02) att sjukkassorna är offentligrättsliga organ som är integrerade i staten och som indirekt handhar statliga förvaltningsuppgifter.

Twisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 26 Genom meddelande som publicerades i juni 2006 i en specialisttidskrift infordrade AOK Rheinland/Hamburg, en lagstadgad sjukkassa, anbud från tillverkare av ortopediska skor avseende tillverkning och leverans av skor inom ramen för ett integrerat vårdavtal i den mening som avses i 140a § och följande paragrafer i SGB V, för perioden den 1 september–31 december 2006. De prestationer som skulle tillhandahållas klassificerades efter betydelse i

olika avgiftskategorier, för vilka anbudsgivarna skulle ange sina begärda priser.

- 27 Antalet skor som skulle levereras var inte bestämt. Tanken var att patienter som led av så kallad diabetisk fot och som hade ett sjukförsäkringskort och läkarordination skulle vända sig direkt till den ortopediska skotillverkaren. Dennes uppgift bestod i att tillverka och kontrollera ortopediska skor som var individuellt anpassade till varje patients behov. Utförliga råd skulle också lämnas både före och efter tillhandahållandet av skorna. Förutom vissa tillägg som patienten skulle betala, skulle sjukkassan stå för kostnaden.
- 28 Hans & Christopher Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, ett företag som tillverkar ortopediska skor, lämnade ett anbud och återopade två dagar senare överträdelser av gemenskapsbestämmelserna och av de nationella bestämmelserna om tilldelning av offentliga kontrakt. Sjukkassan avsåg dessa invändningar med motiveringen att bestämmelserna om offentlig upphandling inte var tillämpliga i detta fall. Eftersom skoföretaget inte fick gehör för sin talan i första instans, överklagade det underrättens avgörande till Oberlandesgericht Düsseldorf, avdelningen för offentlig upphandling.
- 29 Denna domstol noterade för det första att det råder delade meningar i tysk doktrin och rättspraxis vad gäller huruvida de offentliga sjukkassorna, vilka i och för sig nämns i bilaga III till direktiv 2004/18, ska betraktas som offentlighetsrättsliga organ och således som upphandlande myndigheter i den mening som avses i direktivet. Den redovisade därför sina överväganden rörande de olika villkoren i artikel 1.9 andra stycket i nämnda direktiv.
- 30 Vad gäller villkoren i artikel 1.9 andra stycket a och b i direktivet, anser den hänskjutande domstolen att dessa är uppfyllda. Sjukkassorna är offentlighetsrättsliga juridiska personer som särskilt har inrättats för att bevara, återställa eller förbättra de försäkrades hälsa, det vill säga den tillgodoser behov i det allmännas intresse. Vidare saknar dessa behov industriell och kommersiell karaktär, eftersom de offentliga sjukkassorna inte bedriver någon kommersiell verksamhet och tillhandahåller sina tjänster utan vinstsyfte.
- 31 Prövningen bör således, enligt den nationella domstolen, inriktas på villkoren i artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18.
- 32 Vad gäller det första av dessa villkor – att verksamheten till största delen finansieras av staten – hänvisade den hänskjutande domstolen till det nationella systemet i fråga, såsom detta framgår av punkterna 13–18 ovan i förevarande dom.
- 33 Vad gäller villkoret att verksamheten ska stå under kontroll av offentliga myndigheter, hänvisade den hänskjutande domstolen till de relevanta inslagen i systemet, såsom dessa framgår av punkterna 19 och 20 ovan i förevarande dom.
- 34 Om de offentliga sjukkassorna skulle anses vara upphandlande myndigheter, uppkommer för det andra frågan huruvida avtalet i det nationella målet ska klassificeras som ett offentligt varukontrakt eller som ett offentligt tjänstekontrakt. Den hänskjutande domstolen noterade därvid att kriteriet för den bedömningen enligt artikel 1.2 d andra stycket i direktiv 2004/18 är värdet på varorna respektive tjänsterna i fråga. Utifrån det kriteriet är det enligt den hänskjutande regeringen väsentligt att veta vilken del som tillverkningen av skorna i fråga i det nationella målet utgör av prestationen som helhet, vilken innefattar inköp av material, tillverkningen samt råd och information till kunderna.
- 35 Om den individualiserade tillverkningen av de i det nationella målet aktuella skorna betraktas som en del av en varuleverans, bedömer den hänskjutande domstolen att värdet av skoleveransen är högre än värdet av tjänsterna. Om värdet av varuleveransen däremot bara består av grundmaterialet, är värdet av tjänsterna högre än värdet av varorna. Den har noterat att artikel 1.4 i direktiv 1999/44 tycks ge stöd åt den förstnämnda tolkningen. Där jämföras "sådana avtal om tillhandahållande av konsumentvaror som skall framställas eller tillverkas" med köpavtal, detta oberoende av om det handlar om masstillverkade varor eller om individuellt anpassade beställningsvaror, alltså varor som inte kan ersättas. Det kan dock

- utläsas av domstolens rättspraxis att även kvalitativa aspekter har betydelse i detta sammanhang (se dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl., REG 2007, s. I-385, punkt 46). I detta sammanhang ska det beaktas att de råd som lämnas till patienterna inte begränsar sig till val av produkt och användningen av produkten.
- 36 Den hänskjutande domstolen har understrukt att denna avgränsning är betydelsefull, eftersom klassificeringen av kontraktet i fråga som varukontrakt skulle medföra att bestämmelserna i direktiv 2004/18 ska tillämpas fullt ut.
- 37 Om avtalet i fråga inte ska klassificeras som varukontrakt, har den hänskjutande domstolen för det tredje frågat huruvida det ska betraktas som ett tjänstekontrakt eller som en tjänstekoncession. I det sistnämnda fallet ska direktiv 2004/18 inte tillämpas, såsom framgår av artikel 17 i direktivet. Enligt domstolen i första instans kan den sistnämnda möjligheten uteslutas direkt, eftersom det är den offentliga sjukkassan, inte patienten, som ska betala ersättningen till leverantören. Enligt den hänskjutande domstolen ska det dock även beaktas vem som står den ekonomiska risken. Det ska därvid noteras att leverantören inte står risken vid indrivning av skulder och för gäldenärsers insolvens, då det är sjukkassan och inte patienten som ska betala leverantören. Samtidigt står leverantören risken att dess varor och tjänster inte efterfrågas av patienterna. Det är för övrigt den faktorn som skiljer förevarande fall från situationen med ett vanligt ramavtal. Enligt den hänskjutande domstolen är den springande punkten för klassificeringen av kontraktet i fråga som tjänstekoncession att leverantören inte dessförinnan utfört några kostsamma prestationer, exempelvis uppförande av lokaler eller kostnader för personal eller utrustning, som sedan måste betalas av genom en "rätt att [som vederlag] utnyttja [den egna prestationen] kommersiellt" (dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 30).
- 38 Den hänskjutande domstolen har slutligen framhållit att kontraktet i fråga, om det ska betraktas som ett tjänstekontrakt, enligt artikel 21 i och bilaga II B (kategori 25) till direktiv 2004/18, endast omfattas av artiklarna 23 och 35.4 i direktivet, eftersom det rör hälsovård. Ett åsidosättande av de bestämmelserna är i detta fall uteslutet redan från början. En sådan klassificering skulle dock innebära att vissa bestämmelser i nationell rätt som grundar sig på samma definition av "tjänstekontrakt" blev tillämpliga, vilka skulle leda till delvist bifall till klagandens talan i det nationella målet.
- 39 Mot denna bakgrund beslutade Oberlandesgericht Düsseldorf att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:
- "1) a) Ska kriteriet statlig finansiering enligt artikel 1.9 andra stycket c första fallet i [direktiv 2004/18] tolkas så, att det är uppfyllt när staten föreskriver anslutning till en sjukförsäkring samt en skyldighet att erlägga avgifter – vars storlek är beroende av inkomsten – till respektive sjukkassa, varvid sjukkassan fastställer avgiftssatsen, men sjukkassorna är sammankopplade genom ett i skälen nedan beskrivet solidariskt finansieringssystem och det är säkerställt att varje enskild sjukkassa kan fullgöra sina förpliktelser?
- b) Ska kriteriet att organets 'verksamhet står under kontroll av sådana organ' enligt artikel 1.9 andra stycket c andra fallet i direktivet tolkas så, att en statlig tillsyn, som även omfattar fortfarande pågående och framtida affärer, – varvid i förekommande fall ytterligare i skälen beskrivna ingreppsmöjligheter tillkommer för staten – är tillräckligt för att kriteriet ska anses vara uppfyllt?
- 2) Om den första tolkningsfrågan – delfrågorna a eller b – ska besvaras jakande, ska då tillhandahållandet av varor som till sin form och funktion tillverkas och anpassas efter varje kunds behov och individuell rådgivning till kunden om hur varan ska användas, anses utgöra ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 c respektive d i [direktiv 2004/18]? Ska vid denna bedömning enbart värdet för de respektive prestationerna beaktas?

- 3) Om fråga 2 ska besvaras så, att tillhandahållandet ska anses utgöra eller skulle kunna utgöra en tjänst, ska då artikel 1.4 i direktivet tolkas så att en tjänstekoncession – i motsats till ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i direktivet – även föreligger om uppdrag lämnas på ett sätt som innebär att
- beslutet om huruvida och i vilka fall uppdragstagaren får enskilda uppdrag inte fattas av uppdragsgivaren utan av tredje man,
 - uppdragstagaren får betalt av uppdragsgivaren, eftersom enbart den sistnämnda har lagstadgad skyldighet att erlagga betalning och gentemot tredje man är skyldig att tillhandahålla tjänsten, och
 - uppdragstagaren inte på något sätt behöver fullgöra eller uppvisa några prestationer innan tredje man tar hans tjänster i anspråk?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första tolkningsfrågan

- 40 Den hänskjutande domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida offentliga sjukkassor som den i fråga i det nationella målet med hänsyn till sina egenskaper, såsom dessa redovisats i begäran om förhandsavgörande, ska betraktas som upphandlande myndigheter vid tillämpningen av direktiv 2004/18.
- 41 För att besvara den frågan ska domstolen först pröva den underliggande fråga som framgår av skälen i begäran om förhandsavgörande och av den problemställning som redovisats av den hänskjutande domstolen, nämligen huruvida den omständigheten att de offentliga sjukkassorna i fråga uttryckligen nämns i bilaga III till direktiv 2004/18 är tillräcklig för att de redan på den grunden ska betraktas som offentligrättsliga organ och därmed som upphandlande myndigheter.
- 42 Klaganden i det nationella målet samt Europeiska gemenskapernas kommission har därvid gjort gällande att om en viss enhet finns upptagen i bilaga III i direktiv 2004/18 är det i sig tillräckligt för att klassificera denna som ett offentligrättsligt organ. Upptagandet i denna bilaga är en icke motbevisbar presumtion för en sådan klassificering, och det är överflödigt att göra någon kompletterande bedömning av enhetens art och egenskaper.
- 43 Den ståndpunkten kan inte godtas.
- 44 Det framgår av artikel 234 första stycket b EG att en nationell domstol när som helst kan fråga EG-domstolen om giltigheten av en rättsakt som beslutats av gemenskapsinstitutionerna, om den anser att ett beslut av EG-domstolen i frågan är nödvändigt för att döma i saken.
- 45 Det ska därvid understrykas att gemenskapslagstiftningen i fråga, det vill säga direktiv 2004/18, innehåller både materiella bestämmelser, som artikel 1.9 andra stycket, där det anges vilka villkor ett organ måste uppfylla för att betraktas som en upphandlande myndighet i den mening som avses i direktivet, och genomförandeåtgärder för dessa materiella bestämmelser, såsom den icke uttömmande förteckningen i bilaga III över de offentliga organ som anses uppfylla dess villkor. Det ankommer mot den bakgrunden på EG-domstolen att, när den mottar en motiverad begäran om detta från en nationell domstol, säkerställa att den aktuella gemenskapsrättsakten är internt konsekvent genom att pröva huruvida det utgör en korrekt tillämpning av de materiella kriterierna i ovannämnda bestämmelse att uppta ett visst organ i nämnda förteckning. Ett sådant ingripande av domstolen krävs med hänsyn till rättssäkerheten, som är en allmän gemenskapsrättslig princip.

- 46 I detta fall har den hänskjutande domstolen tagit upp, om än inte uttryckligen, en fråga om giltigheten av att de aktuella offentliga sjukkassorna angetts i bilaga III till direktiv 2004/18. Den har pekat på de skillnader som föreligger mellan rättspraxis och doktrin i Tyskland vad gäller huruvida det är ett tillräckligt och exklusivt villkor att dessa kassor tas upp i nämnda bilaga för att klassificera dem som offentlighetsrättsliga organ. Den hänskjutande domstolen har också uttryckt sina egna tvivel på den punkten. Den har därför formulerat sin första tolkningsfråga utifrån de materiella villkoren i artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18.
- 47 Den hänskjutande domstolen önskar följaktligen få svar från EG-domstolen om huruvida upptagandet av organet i fråga i bilaga III till direktiv 2004/18 är giltigt, med hänsyn till de materiella villkoren i nämnda bestämmelse.
- 48 EG-domstolen erinrar, med avseende på den frågan, om att de tre villkoren i artikel 1.9 andra stycket a, b respektive c i direktiv 2004/18, vilka måste vara uppfyllda för att en enhet ska betraktas som ett offentlighetsrättsligt organ, enligt domstolens fasta rättspraxis är kumulativa (dom av den 10 april 2008 i mål C-393/06, Ing. Aigner, REG 2008, s. I-2339, punkt 36 och där angiven rättspraxis).
- 49 Som framgår av begäran om förhandsavgörande är villkoren i artikel 1.9 andra stycket a och b i direktiv 2004/18 uppfyllda i detta fall. De offentliga sjukkassorna i fråga är offentlighetsrättsliga juridiska personer som har inrättats enligt lag specifikt av folkhälsoskäl, vilka utgör behov i det allmännas intresse. Dessa behov har inte industriell eller kommersiell karaktär, eftersom sjukkassorna tillhandahåller sina prestationer utan vinstsyfte. Vad som återstår att pröva är således huruvida minst ett av de alternativa villkor som anges i de tre fallen i artikel 1.9 andra stycket c i nämnda direktiv är uppfyllt här, i första hand villkoret om "till största delen" statlig finansiering.
- 50 Vad gäller det villkoret erinrar domstolen inledningsvis om att skyddet av folkhälsan, såsom framgår av det nationella systemet i fråga liksom av de beslut från Bundesverfassungsgericht som det hänvisas till ovan i punkterna 24 och 25 i förevarande dom, är en av statens grundläggande uppgifter och att de offentliga sjukkassorna utgör en integrerad del av staten och indirekt handhar statliga förvaltningsuppgifter.
- 51 Det ska därefter noteras att ordalydelsen i artikel 1.9 andra stycket c första fallet i direktiv 2004/18 enligt domstolens rättspraxis inte preciserar hur finansieringen enligt denna bestämmelse ska ske. Det krävs således inte att de berörda organens verksamhet finansieras direkt av staten eller någon annan offentlig enhet för att villkoret i fråga ska vara uppfyllt. Indirekt finansiering är således tillräcklig i det avseendet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 december 2007 i mål C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., REG 2007, s. I-11173, punkterna 34 och 49).
- 52 Det ska för det första framhållas att finansieringen av de offentliga sjukkassorna i fråga enligt den relevanta nationella lagstiftningen säkerställs genom avgifter från de försäkrade, däribland avgifter som betalas av arbetsgivarna för de försäkrades räkning, genom direkta betalningar från myndigheterna på förbundsstatsnivå och genom kompensationsbetalningar mellan försäkringskassorna enligt systemet för riskutjämning dem emellan.
- 53 Det framgår för det andra av begäran om förhandsavgörande att de försäkrade betalar in sina avgifter utan att få någon specifik motprestation i den mening som avses i domstolens rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, REG 2000, s. I-8035, punkterna 23-25). Dessa betalningar är inte kopplade till någon avtalad konkret motprestation, då varken skyldigheten att betala avgifter eller storleken på avgifterna är resultatet av ett avtal mellan sjukkassorna och de försäkrade, eftersom de sistnämnda är förpliktade enligt lag att betala avgift när de är anslutna till en försäkringskassa, vilket också är obligatoriskt enligt lag (se, för ett liknande resonemang,

domen i det ovannämnda målet Bayerischer Rundfunk m.fl., punkt 45). Dessutom bestäms storleken på avgifterna enbart utifrån den försäkrades betalningsförmåga. Andra faktorer, som dennes ålder, hälsotillstånd eller antalet försäkrade personer som denne har försörjningsansvar för saknar därvid betydelse.

- 54 För det tredje har den hänskjutande domstolen framhållit att till skillnad från i det ovannämnda målet Bayerischer Rundfunk m.fl. fastställs avgiftssatserna i förevarande fall inte av myndigheterna utan av sjukförsäkringskassorna själva. Den hänskjutande domstolen har emellertid med rätta noterat att sjukförsäkringskassorna därvid har ett synnerligen snävt utrymme för skönsmässig bedömning, eftersom deras uppdrag är att tillhandahålla de prestationer som föreskrivs i socialförsäkringslagstiftningen. Eftersom dessa prestationer och de kostnader som är förbundna med dem är bestämda i lag och sjukförsäkringskassorna inte driver sin verksamhet i vinstsyfte, måste avgiftssatserna bestämmas så, att inkomsterna från dessa avgifter varken blir lägre eller högre än utgifterna.
- 55 För det fjärde ska det betonas att sjukförsäkringskassornas fastställande av avgifterna i alla händelser kräver godkännande från respektive behörig tillsynsmyndighet. Avgiftssatserna är alltså, enligt vad den hänskjutande domstolen har uppgett, i viss mån rättsligt ålagda. Vad slutligen gäller sjukförsäkringskassornas övriga inkomstkällor, utgör direktbetalningarna från myndigheterna på förbundsstatsnivå, vilka visserligen är av mindre betydelse, tveklöst direkt statlig finansiering.
- 56 Vad slutligen gäller hur avgifterna uppbärs, framgår det av begäran om förhandsavgörande att den del av avgiften som den försäkrade ska betala i praktiken dras av från lönen av arbetsgivaren och betalas in till den behöriga sjukförsäkringskassan tillsammans med den del som arbetsgivaren själv svarar för. Avgifterna uppbärs alltså utan att den försäkrade har någon möjlighet att ingripa. Den hänskjutande domstolen har därvid påpekat att uppbörden av avgifterna är tvingande och grundar sig på offentligrättsliga bestämmelser.
- 57 Domstolen konstaterar därför, liksom i punkt 48 i sin dom i det ovannämnda målet Bayerischer Rundfunk m.fl., att finansiering, som den i det nationella målet, av ett offentligt sjukförsäkringssystem, vilken har sitt ursprung i statliga rättsakter, i praktiken garanteras av myndigheterna och säkerställs genom uppbörd av avgifter som omfattas av offentligrättsliga bestämmelser, uppfyller villkoret om statlig finansiering vid tillämpningen av gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.
- 58 Med hänsyn till den slutsatsen och till att villkoren i artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18 är alternativa finns det inte anledning att pröva huruvida villkoret att driften av de offentliga sjukförsäkringskassorna kontrolleras av offentliga myndigheter är uppfyllt i förevarande fall.
- 59 Den första tolkningsfrågan ska således besvaras på följande sätt. Artikel 1.9 andra stycket c första fallet i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de offentliga sjukförsäkringskassornas verksamhet till största delen är statligt finansierad när finansieringen huvudsakligen består av avgifter från de försäkrade, vilka åläggs, beräknas och uppbärs enligt offentligrättsliga bestämmelser som dem i det nationella målet. Sådana sjukförsäkringskassor ska betraktas som offentligrättsliga organ och därmed som upphandlande myndigheter vid tillämpningen av bestämmelserna i nämnda direktiv.

Den andra tolkningsfrågan

- 60 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i vilket kriterium som ska tillämpas för att avgöra om ett blandat offentligt kontrakt, som avser både varor och tjänster, ska anses vara ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt och huruvida det enda kriteriet som är relevant för den bedömningen är värdet av de olika delarna av det blandade kontraktet. Det framgår dock av begäran om förhandsavgörande att den nationella domstolen även vill få klarhet i om, vid tillhandahållande av varor som tillverkats och anpassats individuellt utifrån varje kunds behov och som varje kund behöver få individuella råd om användningen av, tillverkningen av dessa varor ska föras till "varudelen" eller "tjänstedelen" av kontraktet vid beräkningen av värdet av respektive beståndsdel.

- 61 För att besvara den frågan vill domstolen först påpeka att beträffande kontrakt som avser både varor och tjänster innehåller direktiv 2004/18 en specifik bestämmelse, i artikel 1.2 d andra stycket, om vilket kriterium som ska användas för att avgöra om kontraktet i fråga ska anses vara ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt. Det kriteriet är värdet av de varor respektive tjänster som kontraktet omfattar. Detta kriterium är av kvantitativ art, då det konkret hänför sig till värdet av den motprestation som ska lämnas som ersättning för de "varor" och "tjänster" som ingår som beståndsdelar i kontraktet i fråga.
- 62 När ett kontrakt däremot avser tjänster samt byggentreprenader, ska enligt artikel 1.2 d tredje stycket ett annat avgränsningskriterium tillämpas, nämligen kontraktets huvudändamål. Det kriteriet tillämpades i domen i det ovannämnda målet Auroux m.fl. (punkterna 37 och 46), som rörde just ett kontrakt som avsåg byggentreprenader och tjänster.
- 63 Det framgår varken av den tillämpliga gemenskapslagstiftningen eller av domstolens relevanta rättspraxis att detta kriterium ska beaktas även vid blandade avtal som avser varor och tjänster.
- 64 Det ska vidare noteras att enligt definitionen i artikel 1.2 c första stycket i direktiv 2004/18 av begreppet offentliga varukontrakt, avser detta exempelvis köp eller hyra av "varorna" utan närmare specificering och utan åtskillnad mellan masstillverkade varor och varor som är individuellt anpassade efter kundens önskemål och konkreta behov. Begreppet vara, som denna bestämmelse allmänt hänvisar till, innefattar även tillverkningen, oberoende av om varan i fråga ställs till konsumentens förfogande i ett från början färdigt skick eller efter att ha tillverkats utifrån dennes önskemål.
- 65 Det synsättet vinner stöd av artikel 1.4 i direktiv 1999/44, där med "köpeavtal" också avses, allmänt och utan åtskillnad, "sådana avtal om tillhandahållande av konsumentvaror som skall framställas eller tillverkas".
- 66 Den andra tolkningsfrågan ska således besvaras på följande sätt. När ett blandat kontrakt avser både varor och tjänster, är det tillämpliga kriteriet för om det är ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt det respektive värdet av de ingående varorna och tjänsterna. Vid tillhandahållande av varor som tillverkats och anpassats individuellt utifrån varje kunds behov och som varje kund behöver få individuella råd om användningen av, ska tillverkningen av dessa varor föras till "varudelen" av kontraktet vid beräkningen av värdet av respektive beståndsdel.

Den tredje tolkningsfrågan

- 67 Den tredje tolkningsfrågan ska förstås som en fråga huruvida, i det fallet att tillhandahållandet av tjänster visar sig vara en större del av kontraktet än leveransen av varor, ingående av ett kontrakt mellan en lagstadgad sjukkasse och en tillverkare av ortopediska skor – med hänsyn till de kännetecken som redovisats i begäran om förhandsavgörande – ska klassificeras som en tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2004/18 eller som ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i detta direktiv.
- 68 Enligt definitionen i artikel 1.4 i direktiv 2004/18 är en tjänstekoncession ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.
- 69 Ett ramavtal definieras å sin sida i artikel 1.5 i direktiv 2004/18 som ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.
- 70 Det framgår av dessa definitioner att de berörda begreppen är tämligen näraliggande. Det är därför inte okomplicerat att göra en tydlig åtskillnad mellan dem på förhand. Den rättsliga

klassificeringen av ett kontrakt beror således på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet.

- 71 Det framgår i alla händelser av ovannämnda definition av en "tjänstekoncession" att en sådan kännetecknas av en situation där den upphandlande myndigheten överför rätten att utnyttja en viss tjänst till en koncessionsinnehavare, vilken inom ramen för det ingångna kontraktet har en viss ekonomisk frihet att bestämma villkoren för hur denna rätt utnyttjas och därmed också i huvudsak står riskerna med detta utnyttjande. Ett ramavtal kännetecknas däremot av en situation där den verksamhet som en ekonomisk aktör som är part i avtalet bedriver är reglerad på så vis att alla kontrakt som denna aktör ingår under en given tidsperiod måste följa de villkor som anges i ramavtalet.
- 72 Denna åtskillnad bekräftas i domstolens rättspraxis, enligt vilken det är fråga om en tjänstekoncession när det överenskomna sättet att lämna ersättning till tjänsteleverantören består i en rätt för denne att utnyttja den egna prestationen, vilket innebär att denne tar på sig den risk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna (dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, kommissionen mot Italien, REG 2007, s. I-6657, punkt 34 och där angiven rättspraxis).
- 73 I detta fall är kontraktet i fråga ett "integrerat vårdavtal" enligt 140a–140e §§ SGB V, som ingåtts mellan en lagstadgad sjukkasse och en ekonomisk aktör. Enligt detta kontrakt förpliktar sig den ekonomiska aktören att tillhandahålla prestationer åt de försäkrade som vänder sig till denne. Samtidigt bestäms priserna för de olika formerna av prestationer i nämnda kontrakt liksom dess varaktighet. Kvantiteterna vad gäller de olika prestationerna är inte fastslagna på förhand, men det krävs inte för att det ska vara fråga om en tjänstekoncession. Sjukkassan betalar ensam hela ersättningen till leverantören. Villkoren för den ekonomiska aktörens verksamhet tycks alltså definieras i kontraktet i fråga, varför den ekonomiska aktören inte har den grad av ekonomisk frihet som kännetecknar en tjänstekoncession eller är utsatt för någon betydande risk förenad med utnyttjandet av dennes prestationer.
- 74 Det skulle förvisso kunna noteras att den ekonomiska aktören i det aktuella fallet är exponerad för viss risk, eftersom dennes varor och tjänster kanske inte efterfrågas av de försäkrade. Den risken är dock begränsad. Den ekonomiska aktören är i själva verket befriad från risken att inte få betalt och för att den enskilda person som är dennes avtalspart blir insolvent, då det rättsligt ankommer helt på sjukkassan att betala ersättningen. Den ekonomiska aktören behöver inte heller ådra sig några avsevärda kostnader innan denne ingår ett individuellt avtal med en försäkrad, även om aktören måste ha tillräcklig utrustning för att kunna tillhandahålla sin prestation. Slutligen är antalet försäkrade med symptomet diabetisk fot, vilka kan tänkas vända sig till denna ekonomiska aktör, känt på förhand. Denne kan således ha en rimlig framförhållning vad gäller efterfrågan på hans prestationer.
- 75 Följaktligen är det i förevarande fall inte den ekonomiska aktören som står den övervägande risken vid driften av verksamheten i fråga, vilket däremot kännetecknar situationen för en koncessionsinnehavare inom ramen för en tjänstekoncession.
- 76 Den tredje tolkningsfrågan ska således besvaras på följande sätt. I det fallet att tillhandahållandet av tjänster visar sig vara en större del av ett kontrakt än leveransen av varor, ska ingåendet av en överenskommelse, som det i det nationella målet, mellan en lagstadgad sjukkasse och en ekonomisk aktör anses vara ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i direktiv 2004/18, när parterna där bestämmer ersättningen för de olika prestationer som den ekonomiska aktören förväntas tillhandahålla samt överenskommelsens giltighetstid, och nämnda aktör förpliktar sig att tillhandahålla de prestationer som de försäkrade efterfrågar medan sjukkassan, å sin sida, ska betala hela ersättningen för dessa prestationer till denna aktör.

Rättegångskostnader

- 77 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

- 1) **Artikel 1.9 andra stycket c första fallet i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster ska tolkas så, att de offentliga sjukhassornas verksamhet till största delen är statligt finansierad när finansieringen huvudsakligen består av avgifter från de försäkrade, vilka åläggs, beräknas och uppbärs enligt offentligrättsliga bestämmelser som dem i det nationella målet. Sådana sjukhassor ska betraktas som offentligrättsliga organ och därmed som upphandlande myndigheter vid tillämpningen av bestämmelserna i nämnda direktiv.**
- 2) **När ett blandat kontrakt avser både varor och tjänster, är det tillämpliga kriteriet för om det är ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt det respektive värdet av de ingående varorna och tjänsterna. Vid tillhandahållande av varor som tillverkats och anpassats individuellt utifrån varje kunds behov och som varje kund behöver få individuella råd om användningen av, ska tillverkningen av dessa varor föras till "varudelen" av kontraktet vid beräkningen av värdet av respektive beståndsdel.**
- 3) **I det fallet att tillhandahållandet av tjänster visar sig vara en större del av ett kontrakt än leveransen av varor, ska ingåendet av en överenskommelse, som det i det nationella målet, mellan en lagstadgad sjukhassa och en ekonomisk aktör anses vara ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i direktiv 2004/18, när parterna där bestämmer ersättningen för de olika prestationer som den ekonomiska aktören förväntas tillhandahålla samt överenskommelsens giltighetstid, och nämnda aktör förpliktar sig att tillhandahålla de prestationer som de försäkrade efterfrågar medan sjukhassan, å sin sida, ska betala hela ersättningen för dessa prestationer till denna aktör.**

Underskrifter

* Rättegångsspråk: tyska.

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 iaktta 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 anbuds infordringarna”.
- 9 Inför detta nya förfarande uppmanades de fem berörda anbudsgivarna att åtgärda de tekniska avvikelser som hade lett till att anbuden 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 olik 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 anbudsförfarandet 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 upphandlingsförfarandet.
- 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 anbudsförfarande 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 anbudsförfaranden 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 anbudsförfarandena 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 fördragsbrottstalan. Vid en fördragsbrottstalan 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 upphandlingsförfarande 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 anbuds-förfarandet 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 anbudsinfördran. 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 uppfyllts 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.