FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

föredraget den 23 oktober 1997 *

1. Den aktuella talan om fördragsbrott rör Förbundsrepubliken Tysklands påstådda (och delvis erkända) underlåtenhet att helt införliva rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor [1] (nedan kallat direktivet) eller underrätta kommissionen om sådana åtgärder.

I — Det administrativa förfarandet

2. Ett av direktivets syften är att uppdatera rådet direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor [2] (nedan kallat 1976 års direktiv) och införa ett antal redaktionella ändringar för att göra de befintliga bestämmelserna tydligare. [3] Direktivet innehåller även flera ändringar i sak rörande begreppet upphandlande myndighet, [4] skyldigheten för de upphandlande myndigheterna att informera om orsakerna till att en ansökan eller ett anbud har förkastats och skyldigheten att upprätta en skriftlig rapport för varje upphandling som avslutas [5] samt regler för deltagande i förfaranden för offentlig upphandling. [6] I artikel 34.1 i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna före den 14 juni 1994 skall sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet och genast underrätta kommissionen om detta.

3. Eftersom kommissionen inte hade fått någon sådan underrättelse från Tyskland, sände den i enlighet med artikel 169 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskaperna (nedan kallat fördraget) den 9 augusti 1994 en formell underrättelse till den tyska regeringen, med anmodan att inkomma med yttrande inom två månader. I sitt svar av den 6 oktober 1994 hänvisade den tyska regeringen till en tidigare skrivelse till kommissionen av den 25 juli 1994, i vilken regeringen hade förklarat att direktivet skulle införlivas genom en ändring i del A i Verdingungsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen (ordning tillämplig på offentlig upphandling av leveranser utom

* Originalspråk: engelska.

1 — EGT L 199, s. 1.

2 — EGT 1977, L 13, s. 1. Detta direktiv har ändrats genom rådets direktiv 80/767/EEG av den 22 juli 1980 (EGT L 215, s. 1), 88/295/EEG av den 22 mars 1988 (EGT L 127, s. 1), och 92/50/EEG av den 18 juni 1992 (EGT L 209, s. 1).

3 — Se första och fjärde övervägandet i ingressen till direktivet.

4 — Artikel 1 b i direktivet.

5 — Artikel 7 i direktivet.

6 — Avdelning IV i direktivet.

upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, nedan kallad VOL/A). Förslaget till lagändring behandlades vid denna tidpunkt av Deutscher Verdingungsausschuß für Leistungen (utskottet för offentlig upphandling av varor) och skulle offentliggöras under hösten 1994. Den tyska regeringen förklarade även att den redan hade infört den nya definitionen av "upphandlande myndighet" i § 57 i Haushaltsgrundsätzegesetz (ramlagen avseende budgetfrågor) och att den i avvaktan på fullt införlivande hade sänt ett skriftligt meddelande till samtliga upphandlande myndigheter den 22 juni 1994 för att de skulle iaktta direktivets lydelse, på den grunden att direktivet var direkt tillämpligt sedan den 14 juni 1994.

4. Den 16 januari 1996 riktade kommissionen ett motiverat yttrande till den tyska regeringen där den angav att den fortfarande inte hade erhållit någon underrättelse enligt artikel 34 om införlivande av direktivet och meddelade att regeringen hade två månader på sig att vidta nödvändiga åtgärder. I sitt svar av den 10 april 1996 förklarade den tyska regeringen att i den mån som direktivet utgjorde en revidering av 1976 års direktiv hade det redan införlivats genom den andra lagen om ändring av Haushaltsgrundsätzegesetz av den 26 november 1993, [7] genom Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge (förordning om offentlig upphandling, nedan kallad VgV) av den 22 februari 1994, [8] och genom VOL/A av den 3 augusti 1993. [9] Införlivandet av direktivets nyheter var under behandling. Ett förslag till ändringar av VOL/A och av VgV hade sänts till kommissionen den 29 september 1994, men förbundsregeringen och förbundsrådet måste först godkänna det. Regeringen har förklarat denna oförutsedda försening med Förbundsrepubliken Tysklands federala struktur.

II — Förfarandet vid domstolen

5. Då kommissionen inte hade erhållit någon ytterligare information om införlivandet av direktivet, väckte kommissionen den 15 oktober 1996, med stöd av artikel 169 i fördraget, talan om fastställelse av att Förbundsrepubliken Tyskland hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet genom att inte inom den föreskrivna fristen anta de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet, och, i andra hand, genom att inte omedelbart underrätta kommissionen om sådana åtgärder, samt förpliktade Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna. Domstolen beslutade med parternas uttryckliga samtycke att inte genomföra något muntligt förfarande enligt artikel 44a i domstolens rättegångsregler.

III — Förslag till avgörande

6. Förbundsrepubliken Tyskland har erkänt att den inte har antagit och således inte har underrättat kommissionen om samtliga åtgärder som är nödvändiga för att fullt följa

7 — BGBl. I, s. 1928.
8 — BGBl. I, s. 321.
9 — Bundesanzeiger nr 175a av den 17 september 1993.

direktivet inom föreskriven frist. Detta gäller särskilt de bestämmelser i direktivet som går längre än att enbart konsolidera tidigare bestämmelser. Dessa har inte införlivats med tysk rätt. Den nya definitionen av upphandlande myndighet förefaller dock ha införlivats. Det framgår klart av domstolens fasta rättspraxis att en medlemsstats underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter, inbegripet de skyldigheter som avser direktivs införlivande, inte kan ursäktas av hinder som beror på denna medlemsstats nationella författning. Omständigheten att ett direktiv har direkt effekt även om det inte har införlivats med medlemsstatens nationella rätt befriar inte heller denna medlemsstat från dess skyldighet att anta sådana bestämmelser. När den direkta effekten inträder sker det endast som en konsekvens av medlemsstaternas underlåtenhet, och detta utgör ingen garanti för målet att direktivet helt och fullt införlivas med nationell rätt, vilket enligt rättssäkerhetsprincipen skall ske genom tvingande nationella bestämmelser.

IV — Förslag till avgörande

7. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen skall

1) fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 34.1 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor och enligt fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, genom att inte inom den föreskrivna fristen anta de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet.

2) förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.