DOMSTOLENS DOM
12. januar 1994 *

I sag C-296/92,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Antonio Aresu og Rafael Pellicer, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Nicola Annecchino, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøger,

mod

Den Italienske Republik ved professor Luigi Ferrari Bravo, chef for Servizio del contenzioso diplomatico i Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato Pier Giorgio Ferri, og med valgt adresse i Luxembourg på Den Italienske Ambassade, 5, rue Marie-Adélaïde,

sagsøgt,

angående en påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik har undladt at opfylde sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), idet den i stedet for at gribe ind fra begyndelsen for at fjerne de mod fællesskabsretten stridende retsvirkninger har

* Processprog: italiensk.

accepteret, at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno underhånden afsluttede kontrakt om det ellevte og det tolvte supplerende projekt til færdiggørelse af motortrafikvejsstrækningen »Ascoli-Mare«, der går under betegnelsen »IV-delprojekt 5134«, og undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*,

har

DOMSTOLEN

sammensat af formanden for Anden og Sjette Afdeling, G. F. Mancini, som fungerende præsident, afdelingsformændene J. C. Moitinho de Almeida og D. A. O. Edward samt dommerne R. Joliet, F. A. Schockweiler (refererende dommer), G. C. Rodríguez Iglesias, F. Grévisse, M. Zuleeg og J. L. Murray,

generaladvokat: C. Gulmann
justitssekretær: fuldmægtig L. Hewlett,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 29. september 1993,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 18. november 1993,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indgivet til Domstolens Justitskontor den 6. juli 1992 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i henhold til EØF-traktatens artikel

169 anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik har undladt at opfylde sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613, berigtiget i EFT 1952-1972, december 1973, s. 40-46), idet den i stedet for at gribe ind fra begyndelsen for at fjerne de mod fællesskabsretten stridende retsvirkninger har accepteret, at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno underhånden afsluttede kontrakt om det ellevte og det tolvte supplerende projekt til færdiggørelse af motortrafikvejsstrækningen »Ascoli-Mare«, der går under betegnelsen »IV-delprojekt 5134«, og undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

2 I begyndelsen af 70'erne tildelte provinsforvaltningen i Ascoli Piceno kontrakter vedrørende en række arbejder, der omfattede bygning af en motortrafikvej for at skabe forbindelse mellem Ascoli Piceno og henholdsvis motorvej A 14 og hovedlandevej nr. 16, der løber langs med Adriaterhavskysten. Disse arbejder var opdelt i fire dele.

3 Del IV blev tildelt virksomheden Rozzi Costantino. De arbejder, der henhører under denne del, blev senere specificeret i tolv supplerende projekter, der resulterede i en vejstrækning, der var meget længere end den oprindeligt afstukne. Udførelsen af de af disse supplerende projekter omfattede arbejder blev også tildelt virksomheden Rozzi Costantino. Vedrørende de af det ellevte og det tolvte supplerende projekt omfattede arbejder afsluttede provinsforvaltningen i Ascoli Piceno den 21. maj 1990 kontrakt underhånden med nævnte virksomhed vedrørende arbejder til i alt 36 250 000 000 LIT.

4 Kommissionen, der var af den opfattelse, at tildelingen af kontrakten vedrørende de af disse to supplerede projekter omfattede arbejder henhørte under anvendelsesområdet for nævnte direktiv 71/305 og ikke var omfattet af de i direktivets artikel 9 omhandlede tilfælde, således at der i overensstemmelse med direktivet skulle være sket offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, opfordrede ved skrivelse af 17. januar 1991 i medfør af EØF-traktatens artikel 169 den italienske regering til inden 30 dage at fremsætte sine bemærkninger til det traktatbrud, der måtte antages at foreligge hermed.

5 Da Kommissionen ikke inden for den fastsatte frist modtog svar fra den italienske regering, genfremsatte den sine synspunkter i den begrundede udtalelse, der den 1. august 1991 blev tilstillet Den Italienske Republik, og hvori den konstaterede, at »Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i medfør af direktiv 71/305/EØF, idet provinsforvaltningen i Ascoli Piceno har afsluttet kontrakt underhånden om bygningen af det afsnit af motortrafikvejsstrækningen 'AscoliMare', der betegnes 'IV-delprojekt', og ikke har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*«. Kommissionen anmodede Den Italienske Republik om at efterkomme den begrundede udtalelse inden to måneder.

6 Den italienske regering tilstillede ved skrivelse af 30. december 1991 Kommissionen et notat af 31. oktober 1991, i hvilket provinsforvaltningen i Ascoli Piceno gav visse oplysninger om den omhandlede kontrakt og henviste til artikel 5, litra b), i italiensk lov nr. 584 af 8. august 1977, der er en gennemførelse i italiensk ret af artikel 9, litra b), i direktiv 71/305, som begrundelse for, at den omtvistede kontrakt lovligt havde kunnet tildeles virksomheden Rozzi Costantino.

7 Kommissionen anså meddelelsen af disse oplysninger, der efter dens opfattelse var en forsinket besvarelse af dens begrundede udtalelse, for utilstrækkelig, og har derfor anlagt nærværende sag, hvormed det, som det fremgår af præmis 1 i nærværende dom, ønskes fastslået, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 71/305 ved uden at gribe ind at acceptere, at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno benyttede sig af fremgangsmåden med at afslutte kontrakt underhånden.

8 Den italienske regering har i svarskriftet blot anført, at den forpligtelse, der påhviler medlemsstaten, til at påse, at direktiv 71/305 anvendes, adskiller sig fra selve pligten til at anvende direktivet, der påhviler de ordregivende myndigheder. Den har tilføjet, at en medlemsstats tilsidesættelse af sin tilsynspligt kun kan fastslås, såfremt en ordregivende myndigheds overtrædelse af direktivet er så klar og åbenbar, at den gør medlemsstatens manglende indgriben ulovlig.

9 Den italienske regering har vedlagt sin duplik forskellige dokumenter, af hvilke det skulle fremgå, at der i forbindelse med den omtvistede kontrakt har foreligget »tekniske årsager«, jf. artikel 9, litra b), i direktiv 71/305, der gør det retmæssigt at tildele kontrakt på de omhandlede arbejder til en bestemt entreprenør og således berettiger den benyttede fremgangsmåde med at afslutte kontrakt underhånden. Den har desuden anført, dels at den allerede under den administrative procedure påberåbte sig direktivets artikel 9, litra b), og dels at den ikke i svarskriftet lagde hovedvægten på de nævnte »tekniske årsager«, eftersom Kommissionen i påstanden i stævningen ikke har kritiseret den italienske regering for at have tilsidesat sine forpligtelser i kraft af Ascoli Piceno's provinsforvaltnings angivelig mod direktiv 71/305 stridende adfærd, men derimod for, at den undlod at gribe ind for at hindre denne adfærd eller råde bod på dens virkninger.

10 Kommissionen har i det skriftlige indlæg, den har fået tilladelse til at fremlægge som svar på duplikken, gjort gældende, principalt, at de af den italienske regering fremlagte tekniske dokumenter udgør »nye anbringender«, som ifølge procesreglementets artikel 42, stk. 2, ikke må fremsættes under sagens behandling, og, subsidiært, at den tekniske argumentation, der bygger på disse dokumenter, savner grundlag.

11 Først bemærkes, at det af Domstolens faste praksis (jf. navnlig dom af 11.5.1989, sag 76/86, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1021, præmis 8) fremgår, at genstanden for et søgsmål i henhold til traktatens artikel 169 fastlægges under den forudgående administrative procedure i henhold til denne traktatbestemmelse. Stævningen må derfor ikke støttes på andre klagepunkter end dem, der er fremsat i den begrundede udtalelse (jf. dom af 17.11.1992, sag C-157/91, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 5899, præmis 17).

12 Dernæst bemærkes, at Kommissionen i den begrundede udtalelse har gjort gældende, at Den Italienske Republik har undladt at opfylde sine forpligtelser i henhold til direktiv 71/305 derved, at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno havde tildelt den omhandlede kontrakt ved fremgangsmåden med underhåndsaftale og ikke lod en udbudsbekendtgørelse offentliggøre i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. I stævningen har Kommissionen derimod nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat de samme forpligtelser, idet den i stedet for at gribe ind for at hindre fællesskabsretsstridighed har accepteret, at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno anvendte denne fremgangsmåde.

13 Enhver medlemsstat er ansvarlig over for Fællesskabet for enhver tilsidesættelse af fællesskabsretten, der begås af et af dens organer. Det må imidlertid fremhæves, at det ikke med den foreliggende sag tilsigtes at opnå dom for, at der foreligger en sådan tilsidesættelse, og at stævningen i alt fald støttes på et klagepunkt, der er forskelligt fra det i den begrundede udtalelse fremsatte klagepunkt, en forskel, der har ført til de indsigelser, der nævnes i præmis 9 og 10 i nærværende dom vedrørende den italienske regerings fremlæggelse af sit forsvar.

14 Kommissionens påstand skal derfor afvises.

Sagens omkostninger

15 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, dømmes den part, der taber sagen, til at betale sagens omkostninger. Kommissionen har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1) Sagen afvises.

2) Kommissionen betaler sagens omkostninger.

Mancini Moitinho de Almeida Edward

Joliet Schockweiler Rodríguez Iglesias

Grévisse Zuleeg Murray

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. januar 1994.

J.-G. Giraud

Justitssekretær

G. F. Mancini

Formand for Anden og Sjette Afdeling-
fungerende præsident