kortfattet sammenfatning af klagepunkterne, og intet er således til hinder for, at Kommissionen i den begrundede udtalelse uddyber de klagepunkter, den allerede i bredere vendinger har gjort gældende i åbningsskrivelsen.

2. I henhold til artikel 29, stk. 1, i direktiv 71/305 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter forudsætter en tildeling af kontrakten på grundlag af kriterier om det økonomisk mest fordelagtige bud, at den tilslagsgivende myndighed skal kunne træffe en skønsmæssig afgørelse på grundlag af kvalitative og kvantitative kriterier, der varierer alt efter kontrakten, og den kan følgelig ikke være forpligtet til kun at lægge et kvantitativt kriterium som gennemsnitsprisen af de indgivne bud til grund.

3. I medfør af EØF-traktatens artikel 5 skal medlemsstaterne lette Kommissionen gennemførelsen af dens opgaver, som ifølge traktatens artikel 155 blandt andet består i at drage omsorg for gennemførelsen af traktatens bestemmelser og af de bestemmelser, som med hjemmel i denne træffes af institutionerne.

Når et direktiv med henblik herpå pålægger medlemsstaterne en underretningspligt, hvorved Kommissionen kan efterprøve, om medlemsstaten reelt og fuldt ud har gennemført direktivet, gør en medlemsstat sig skyldig i traktatbrud, hvis den ikke opfylder den nævnte forpligtelse, selv om Kommissionen faktisk har kunnet få kendskab til de gennemførelsesbestemmelser, staten har udstedt.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ
fremsat den 13. februar 1985*

Høje Domstol.

A. Den sag, som skal behandles i dag, drejer sig om gennemførelsen af Rådets direktiv af 26. juli 1971 »om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter« (EFT 1971 II, s. 613) i Italien.

Direktivet har allerede tidligere, nemlig i sag 10/76 [1] spillet en rolle. Ved den lejlighed blev direktivets indhold så udførligt beskrevet, at jeg nu blot kan henvise dertil.

Den første italienske lov blev vedtaget den 2. februar 1973. Ovennævnte sag drejede sig om den lov, og i dommen fastslog Domstolen — eftersom direktivet i henhold til dets artikel 32 skulle gennemføres senest den 29. juli 1972 — at Den italienske Republik ved ikke inden for den fastsatte frist (12 måneder efter direktivets meddelelse) at indføre de nødvendige bestemmelser for at tilpasse sig direktiv 71/305 havde mislig-

* Oversat fra tysk.

1 — Dom af 22. september 1976 i sag 10/76 — Kommissionen for De europæiske Fællesskaber mod Den italienske Republik — Sml. 1976, s. 1359.

holdt en forpligtelse, der påhvilede den i henhold til traktaten.

En ny lov blev herefter udstedt den 8. august 1977, hvorved — som Kommissionen erklærede — direktivet blev korrekt gennemført i italiensk ret.

Det blev imidlertid ikke ved det; tværtimod blev retstilstanden ændret ved lov nr. 741 af 10. december 1981 på en sådan måde, at Kommissionen, da den fik kendskab hertil, fandt, at forskellige bestemmelser i loven var uforenelige med direktivet.

Ved telex af 7. april 1982 gjorde Kommissionen den italienske regering opmærksom herpå, og den anmodede den om at fremkomme med sine bemærkninger. Da Kommissionen ikke modtog svar, indledte den ved skrivelse af 17. december 1982 en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 169. Heri anførte Kommissionen, hvilke bestemmelser i den italienske lov af 10. december 1981 (nemlig artiklerne 9, 10, stk. 1, 3, 4 og 5, 11, 13 samt 15, stk. 2), der var uforenelige med hvilke bestemmelser i direktivet, og Kommissionen gjorde gældende, at den italienske regering havde tilsidesat direktivets artikel 33, idet den havde undladt at tilsende Kommissionen ordlyden af den pågældende lov.

Den italienske regering reagerede ved skrivelse af 24. februar 1983. Heri anerkendte den, at de fleste af Kommissionens argumenter var berettigede, og regeringen gjorde opmærksom på, at der allerede var udarbejdet et udkast til lov om ændring af den omtvistede lov.

Kommissionen, som havde fået tilstillet en kopi af ovennævnte lovudkast, vurderede det på den måde, at hvis udkastet skulle blive vedtaget som lov, ville en del af den af Kommissionen fremførte kritik falde bort, mens andre punkter ikke ville være opfyldt på tilfredsstillende måde. Under alle omstændigheder fremsatte Kommissionen — da lovgivningsproceduren på det tidspunkt endnu ikke var afsluttet — den 2. august 1983 en begrundet udtalelse i henhold til EØF-traktatens artikel 169. Da retstilstanden i Italien ikke blev ændret inden for den i udtalelsen fatsatte frist, indbragte Kommissionen den 10. december 1983 sagen for Domstolen, hvor den nedlagde påstand om, at det statueredes, at Den italienske Republik havde undladt at opfylde de forpligtelser, der påhviler den i medfør af traktaten, idet den har vedtaget bestemmelser til gennemførelse af direktiv 71/305 og har undladt at tilstille Kommissionen ordlyden af de vigtigste bestemmelser, der i Italien gælder vedrørende indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Under skriftvekslingen har sagsøgte anerkendt, at en del af Kommissionens kritik er berettiget (nemlig den kritik, der vedrører artikel 10, stk. 3, 4 og 5, samt artikel 13 i lov nr. 741). På grundlag af erklæringerne fra den italienske regering har Kommissionen derimod indrømmet, at en del af dens kritik ikke kan opretholdes (nemlig vedrørende artikel 11 i ovennævnte lov og — delvis — vedrørende lovens artikel 9).

Under retsmødet har vi desuden erfaret, at lov nr. 687 om ændring af lov nr. 741 og om ændring af bestemmelserne om midlertidig sikkerhedsstillelse og offentliggørelsen blev vedtaget den 8. oktober 1984. Som Kommissionen fastslog, var de fleste af de endnu tilbageværende stridspunkter bragt ud af verden. Tilbage står herefter kun spørgsmålet om, hvorvidt Den italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til traktaten med hensyn til det for tilslaget afgørende kriterium (som i lov nr. 741 var reguleret i artikel 10, stk. 1, og som

ifølge lov nr. 687 i det væsentlige er vedtaget uændret i den ændrede artikel 24, stk. 1, litra b), i lov af 8. august 1977), samt om den efter vedtagelsen af lov nr. 741 har tilsidesat direktivets artikel 33.

Som bekendt har den italienske regering bestridt begge dele.

B. Nedenfor vil jeg tage stilling til den resterende del af tvisten.

1. Med hensyn til det første af de to ovennævnte stridspunkter har sagsøgte *i retsmødet* fremført en *formalitetsindsigelse*.

Den kritiserede artikel 10, stk. 1, i lov nr. 741 (hvorved artikel 24 i loven af 8. august 1977 om kriterierne for tildeling af kontrakterne blev udvidet, således at der også kan gives tilslag til den, hvis bud svarede til gennemsnittet af budene eller kom nærmest, beregnet på grundlag af halvdelen af budene med de laveste priser) var nemlig ifølge den italienske regering i åbningsskrivelsen kun anført som værende uforenelig med direktivets artikel 29, stk. 3, som bestemmer:

»Kriteriet om pris beregnet efter de gældende nationale regler (det italienske system med hemmelig konvolut) kan opretholdes i en periode på tre år efter udløbet af den i artikel 32 fastsatte frist for kontrakter, hvis anslåede værdi ikke overstiger 10 millioner regningsenheder, og i syv år fra samme tidspunkt for kontrakter, hvis anslåede værdi ligger mellem 1 og 2 millioner regningsenheder.«

Dette er åbenbart sket — således må Kommissionens skrivelse forstås — idet artikel 4 i lov nr. 14 af 2. februar 1973 (som den anfægtede artikel 10 henviser til) refererer til artikel 1, litra d), i loven af 2. februar 1973, hvori der tales om en sammenligning af *hemmelige* bud med gennemsnitsbeløbet i henhold til artikel 4. I den begrundede udtalelse (og også under sagen) har Kommissionen derimod udelukkende indtaget det standpunkt, at det pågældende kriterium for tildeling ikke svarer til nogen af de i direktivets artikel 29, *stk. 1*, fastsatte kriterier, og derfor ikke med den pågældende bestemmelse, hvori det hedder:

»De kriterier, som de ordregivende myndigheder skal benytte ved tildeling af kontrakterne er

— enten udelukkende den laveste pris;

— eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, diverse kriterier, som varierer alt efter kontrakten, f.eks. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi.«

Efter retspraksis er dette ikke muligt, idet tvistens genstand i henhold hertil skal fastlægges i åbningsskrivelsen, således at den pågældende medlemsstat kan forsvare sig i rette tid. På et senere stadium af sagen kan der derfor ikke fremføres en ny »causa petendi« dvs., at der ikke kan henvises til en anden retsregel som begrundelse for kritikken. Såfremt Kommissionen ændrer påstanden på den måde, bliver den altså formuleret anderledes end i åbningsskrivelsen og bør derfor afvises fra realitetsbehandling; som det ligeledes kan udledes af retspraksis, ændrer det intet ved en sådan fremgangsmåde, at den pågældende medlemsstat indlader sig på en diskussion vedrørende den i den begrundede udtalelse ændrede påtale.

Selv om man kan sige, at en sådan vurdering er unødig streng og formalistisk, stemmer den faktisk overens med hidtidig praksis. Det kan heraf udledes, at i en sag efter EØF-traktatens artikel 169 har åbningsskrivelsen væsentlig betydning for den faktiske og retlige afgrænsning af sagsgenstanden. Åbningsskrivelsen har til formål at give den berørte medlemsstat lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger; kun i det omfang den har kunnet det, er der med hensyn til de faktiske og retlige konklusioner tale om en korrekt administrativ procedure som forudsætning for at indbringe sagen for Domstolen, og derfor kan der under retssagen kun behandles spørgsmål, som allerede er drøftet under den administrative procedure.

Jeg har i øvrigt heller ikke indtryk af, at den af Kommissionen nævnte dom i sag 254/83 [2] for så vidt medførte en afgørende ændring af praksis, selv om Domstolen i dommen (i overensstemmelse med den begrundede udtalelse) fastslog, at der var tale om traktatbrud, såvel med hensyn til manglende gennemførelse af foranstaltninger som til undladelse af at give meddelelse, og dette til trods for, at Kommissionen i åbningsskrivelsen kun havde påtalt, at de foranstaltninger, den italienske regering havde pligt til at træffe, ikke var *meddelt* Kommissionen. For i det tilfælde kunne man vel være af den opfattelse, at åbningsskrivelsen i strid med sin ordlyd *stiltiende* også har haft den manglende gennemførelse af de ikke meddelte foranstaltninger for øje. Da det desuden viste sig, at der allerede var tale om en manglende vedtagelse af de nødvendige bestemmelser og ikke kun deres meddelelse, måtte det forekomme urimeligt at begrænse dommen til kun at vedrøre sidstnævnte sagsforhold, som på en måde svæver i luften uden det førstnævnte sagsforhold.

I det foreliggende tilfælde kommer man ikke udenom, at den italienske retsregel, der blev anfægtet i åbningsskrivelsen, faktisk kun blev vurderet i lyset af direktivets artikel 29, *stk. 3* , og at den italienske regering i sin svarskrivelse alene kom ind på dette spørgsmål. Det er også klart, at den kritik, der først var rejst i den begrundede udtalelse, og hvorefter direktivets artikel 29, *stk. 1* , skulle være tilsidesat, medfører en helt ændret påstand, og at den italienske regering ikke kunne fremkomme med sine bemærkninger hertil under den administrative procedure, netop fordi Kommissionen udtrykkeligt kun har inddraget direktivets artikel 29, stk. 3, i drøftelsen. Da den administrative procedure således ikke har været forskriftsmæssig, kan påstanden om, at det statueres, at artikel 10, stk. 1, i lov nr. 741 er uforenelig med direktivets artikel 29, stk. 1, ikke fremmes til realitetsbehandling.

Netop fordi der i henhold til den nævnte retspraksis er tale om et formalitetsspørgsmål, kunne Domstolen i øvrigt have prøvet det ex officio; det har således ingen betydning, at den italienske regering først gjorde opmærksom på den omstændighed i retsmødet og først på det tidspunkt fremførte en formalitetsindsigelse.

2. Efter dette resultat, som er afgørende for det første af de to endnu resterende stridspunkter, vil jeg kun subsidært og forholdsvis summarisk behandle spørgsmålet om, hvorvidt den af Kommissionen fremførte kritik vedrørende artikel 10, stk. 1, i lov nr. 741 holder stik, eller om den italienske regerings synspunkt er berettiget, nemlig om at den

2 — Dom af 3. oktober 1984 i sag 254/83 — Kommissionen for De europæiske Fællesskaber mod Den italienske Republik — Sml. 1984, s. 3395.

nævnte bestemmelse (som reelt — dette er ganske vist ikke omtvistet — blev opretholdt i lov af 8. oktober 1984) stemmer overens med artikel 29, stk. 1, i direktiv 71/305.

Som allerede antydet er der i den nævnte bestemmelse til artikel 24 i lov af 8. august 1977 (der som kriterier for tildeling under a) angiver den laveste pris og under b) det økonomisk mest fordelagtige bud) desuden føjet kriteriet om gennemsnitsprisen, beregnet på grundlag af halvdelen af budene med de laveste priser (svarende til den i artikel 4 i lov af 2. februar 1973 nævnte metode).

Kommissionen har hertil anført, at dette ikke svarer til det i artikel 29, stk. 1, første led, definerede kriterium, netop fordi der ikke er tale om den *laveste* pris; kriteriet svarer heller ikke til det kriterium om det økonomisk mest fordelagtige bud, som er defineret i andet led af den nævnte bestemmelse, for bestemmelsen indeholdt principielt kun kvalitative, men ingen rent kvantitative kriterier, og prisen spiller i denne sammenhæng en rolle, ganske vist som et af *flere* kriterier, som skulle afvejes indbyrdes ved den skønsmæssige afgørelse.

Heroverfor har den italienske regering gjort gældende, at der ved den anfægtede ordning bestemt ikke — som Kommissionen mener — er indført et tredje kriterium for tildeling af kontrakten; tværtimod har den fuldt ud holdt sig inden for artikel 29, stk. 1, andet led. Dette er tilfældet, idet — som begrebet »byggetid« tyder på — det bestemt ikke kun er *kvalitative* kriterier, der er af betydning. Også her er prisen udtrykkeligt anført som en omstændighed, der skal tages i betragtning, og det kan ikke på nogen måde udledes, at den nødvendigvis kun har betydning i forbindelse med andre omstændigheder. Den anfægtede ordning indebærer derfor faktisk en fastlæggelse af retningslinjer med hensyn til det økonomisk mest fordelagtige bud, da prisen i dette tilfælde har en anden funktion end i forbindelse med artikel 29, stk. 1, første led: man når nemlig frem til den rigtige *markedspris*, og den omstændighed, at særligt lave bud, som næppe er seriøse, udelukkes, bevirker, at den bydende får kontrakten, som kan sikre en pålidelig gennemførelse af et projekt.

Ud fra direktivets ordlyd og opbygning mener jeg, at Kommissionens argumenter er de mest overbevisende. Direktivet indeholder kun to kriterier for tildeling af kontrakter. Er der udelukkende tale om prisen, er det efter første led af artikel 29, stk. 1, helt klart kun den *laveste* pris og ingen anden, der kommer i betragtning. For så vidt faktoren »pris« imidlertid også har betydning efter andet led i artikel 29, stk. 1, dvs. på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, kan meningen kun være, at den ikke her isoleret set og — hvad der ikke ville være forståeligt — til forskel fra første led kan være af betydning, men kun i forbindelse med andre faktorer (som f.eks. byggetid, driftsomkostninger osv.) som da skal afvejes ved den skønsmæssige afgørelse. For dette synspunkt taler ikke mindst artikel 29, stk. 2, som fastsætter, hvad der skal anføres i tilfælde af, at andet led lægges til grund: *samtlige* kriterier for tildeling, og så vidt muligt ordnet efter den vigtighed, de tillægges. Dette betyder faktisk, at i henhold til andet led af artikel 29, stk. 1, er principielt *flere* kriterier af betydning. »Det økonomisk mest fordelagtige bud« i

henhold til den nævnte bestemmelse kan således næppe være et bud, som fremkommer som gennemsnittet af priserne for den halvdel af budene, der er lavest.

Selv om man i øvrigt må være enig med den italienske regering i, at den ordregivende myndighed kan være foranlediget til at udelukke særligt lave bud (fordi sådanne bud sjældent er seriøse, og man derfor kan frygte, at det udliciterede arbejde ikke bliver gennemført korrekt), er en afvigelse som i den italienske lov nr. 741 i forhold til direktivets ordning næppe ikke nødvendig. Der kan snarere tages højde for direktivets ordning gennem en fastlæggelse af mindstepriser, således som det ifølge Kommissionens oplysninger netop ofte er tilfældet i italiensk praksis. Jeg kan for så vidt heller ikke være enig i, at det i den forbindelse kan give problemer, at prisniveauet, i perioden fra licitationen udskrives til projektet gennemføres, kan ændre sig betydeligt på grund af pengenes værdiforringelse. En sådan prisstigning kan nemlig imødegås gennem en vis fremskyndelse af proceduren, som ikke nødvendigvis — som det tilsyneladende ofte er tilfældet i Italien — behøver at vare op til et år. Desuden burde administrationen ved fastsættelsen af en mindstepris ligeledes kunne forudse en vis stigning for at tage højde for den forventede udvikling af pengeforringelsen inden for et overskueligt tidsrum, ligesom det også må forventes, at de deltagende virksomheder tager højde herfor, idet deres forventninger med hensyn til prisen i henhold til den anfægtede ordning jo viser sig som den gennemsnitspris, der nærmest svarer til markedsprisen.

For så vidt angår vurderingen af, om denne del af påstanden bør fremmes til realitetsbehandling, må jeg derfor fastholde, at artikel 10, stk. 1, i lov nr. 741, hverken var forenelig med direktivets artikel 29, stk. 1, første led, eller opfyldte betingelserne i artikel 29, stk. 1, andet led. Det må desuden anerkendes, at Kommissionen også efter ophævelsen af lov nr. 741 har interesse i, at dette statueres, idet den italienske regering i det væsentlige har opretholdt den anfægtede ordning i artikel 2 i loven af 8. oktober 1984.

3. Det andet af de resterende stridspunkter vedrører direktivets artikel 33, som bestemmer:

»Medlemsstaterne drager omsorg for, at Kommissionen får tilsendt ordlyden af de vigtigste nationale retsforskrifter, som de udsteder inden for dette direktivs område.«

Formalitetsspørgsmål er der tilsyneladende ikke, og hvad jeg i øvrigt vil sige, kan gøres relativt kort.

Der er ingen tvivl om, at den italienske lov fra 1981 er omfattet af anvendelsesområdet for direktivets artikel 33, da loven klart vedrører et område, som også direktivet vedrører, og der endda er tale om, at en lovgivning, der var i overensstemmelse med fællesskabsretten, i kraft af nævnte lov er ændret således, at der for en del er tale om en afvigelse i forhold til fællesskabsretten. Det er ikke omtvistet, at den italienske regering ikke har tilsendt Kommissionen ordlyden af den pågældende lov. Det står således fast, at direktivets artikel 33 er blevet tilsidesat, og at Kommissionen derfor med rette har indledt en sag efter EØF-traktatens artikel 169.

Man kan heller ikke sige, at der er tale om en tilsidesættelse af en forholdsvis underordnet forpligtelse. Den funktion, bestemmelser som direktivets artikel 33 har, er helt åbenbar: Kommissionen skal lettere kunne kontrollere gennemførelsen af direktiver, som for størstedelen af sådanne fællesskabs-

retsakters vedkommende ellers ikke ville kunne ske på tilstrækkelig effektiv måde i ti retssystemer med ofte lidet overskuelige ordninger. Jeg vil i den forbindelse henvise til dommen i sag 96/81 [3]. I sagen, hvor de faktiske omstændigheder svarede til de her foreliggende, understregede Domstolen, at medlemsstaterne i medfør af EØF-traktatens artikel 5 skal lette Kommissionen gennemførelsen af dens opgaver. Med henblik herpå — tilføjedes det — er der i det (omtvistede) direktiv fastsat en underretningspligt. Oplysningerne skal desuden være klare og præcise, dvs. at de relevante bestemmelser skal være angivet utvetydigt, da Kommissionen i modsat fald ikke kan efterprøve, om medlemsstaten reelt og fuldt ud har gennemført direktivet.

Endelig er det også klart, at den omstændighed, at Kommissionen — tilsyneladende dog først i marts 1982 — alligevel på anden måde fik kendskab til den anfægtede italienske ordning, ikke betyder, at den pågældende tilsidesættelse ikke er sket, altså ikke kan begrunde tilsidesættelsen, ligesom jeg heller ikke — ud fra betydningen af den bestemmelse, der omtvistes — vil bruge mange ord på, at Kommissionen med rette ønsker statueret, at bestemmelsen er tilsidesat, for på den måde — endnu engang — at gøre opmærksom på, hvor vigtige sådanne bestemmelser er.

4. Endelig vil jeg knytte et par bemærkninger til spørgsmålet om sagens omkostninger.

I den forbindelse vil jeg erindre om, at ud af oprindelig otte klagepunkter (af hvilke et bestod af to underpunkter), som den italienske regering straks anerkendte, er tre berettigede, og at retstilstanden i Italien i overensstemmelse hermed — som også med hensyn til et og et halvt yderligere klagepunkt — blev ændret i oktober 1984. For det andet er det af betydning, at Kommissionen måtte indrømme, at et og et halvt klagepunkt var fremført med urette, og at det må fastslås, at et enkelt klagepunkt må afvises på baggrund den administrative procedures forløb.

Som sagen herefter stiller sig, kan man næppe sige, at Kommissionen i det væsentlige har fået medhold; efter min opfattelse er det derfor ikke rimeligt at pålægge sagsøgte, Den italienske Republik, samtlige sagens omkostninger. Det er snarere passende at pålægge Den italienske Republik halvdelen af de af Kommissionen afholdte omkostninger, ligesom Den italienske Republik i øvrigt også bør bære sine egne omkostninger.

5. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå, at Domstolen afsiger følgende dom:

Påstanden om, at artikel 10, stk. 1, i den italienske lov af 10. december 1981 ikke er forenelig med artikel 29, stk. 1, i direktiv 71/305, afvises fra realitetsbehandling; Den italienske Republik har imidlertid tilsidesat direktivets artikel 33, idet den efter lovens vedtagelse den 10. december 1981 ikke har tilsendt Kommissionen lovens ordlyd.

Kommissionen afholder selv halvdelen af sine omkostninger, mens den anden halvdel afholdes af Den italienske Republik, som desuden bærer sine omkostninger.

3 — Dom af 25. maj 1982 i sag 96/81 — Kommissionen for De europæiske Fællesskaber mod kongeriget Nederlandene — Sml. 1982, s. 1791.