FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CLAUS GULMANN

fremsat den 18. november 1993 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Kommissionen har anlagt denne sag for at få fastslået, at Den Italienske Republik ikke har opfyldt sine forpligtelser efter Rådets direktiv 71/305 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [1]. Krænkelsen skal bestå i, at Italien har »accepteret, uden straks at gribe ind for at fjerne de imod fællesskabsretten stridende retsvirkninger«, at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno uden at udbyde arbejdet i licitation og uden at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* afsluttede en kontrakt om bygning af en motortrafikvejsstrækning.

2. Den pågældende vejstrækning var en del af en motortrafikvej — »Ascoli-Mare« — der skulle forbinde byen Ascoli Piceno, der er hovedstaden i provinsen af samme navn, og som ligger ca. 25 km inde i landet fra Adriaterhavet, med motorvej A 14 og hovedlandevej nr. 16, der løber langs kysten, og med kystbyen San Benedetto del Tronto.

De første strækninger af motortrafikvejen, delprojekterne I-III og den første del af delprojekt IV, blev udbudt i begrænset licitation og færdiggjort i begyndelsen af 1970'erne. Arbejdet for så vidt angår delprojekt IV blev tildelt virksomheden Rozzi Costantino. Delprojekt IV, der bl.a. vedrørte forbindelserne med motorvej A 14 og hovedlandevej nr. 16, blev i de følgende år udvidet ved såkaldte supplerende projekter, der bl.a. indebar en forlængelse af den oprindelige motortrafikvej.

3. Den foreliggende sag vedrører de såkaldte ellevte og tolvte supplerende projekter, der i den sidste fase blev behandlet som et samlet projekt. Projektet omfattede en forlængelse af motortrafikvejen. Formålet var at fjerne de fysiske hindringer, som hovedlandevej nr. 16 og jernbanelinjen Bologna-Lecce udgjorde, og derved skabe en god forbindelse mellem på den ene side havnen i San Benedetto og på den anden side de store trafikårer og Ascoli Piceno's industriområde. Anlægget indebar bl.a. bygningen af en viadukt over jernbanelinjen Bologna-Lecce. Den pågældende vejstrækning var på nogle få kilometer og skulle forbinde den motorvejsstrækning, der var omfattet af det tiende supplerende projekt med en vej, der samtidig blev bygget af Ascoli Piceno kommune ind mod San Benedetto.

* Originalsprog: dansk.

1 — Direktiv af 26.7.1971, EFT 1971 II, s. 613, org. ref.: JO L 185, s. 5.

4. Det ligger fast i sagen, at udførelsen af de ti første supplerende projekter til delprojekt IV var blevet tildelt den samme virksomhed, som havde udført det oprindelige delprojekt IV, dvs. virksomheden Rozzi Costantino.

Det ellevte og tolvte supplerende projekt var blevet godkendt af Agenzia per la promozione dello sviluppo del Mezzogiorno, der overførte ansvaret for gennemførelse af projektet til provinsforvaltningen i Ascoli Piceno. Denne indgik uden at offentliggøre udbud i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 21. maj 1990 underhåndsaftale med virksomheden Rozzi Costantino om udførelse af projektet for en kontraktsum på ca. 36 milliarder LIT.

Det er af den italienske regering i øvrigt oplyst, at bygningen af den her i sagen relevante vejstrækning videre mod San Benedetto, der som nævnt blev forestået af Ascoli Piceno kommune og ikke af provinsforvaltningen, også blev tildelt virksomheden Rozzi Costantino.

5. Kommissionen, der var blevet opmærksom på forholdene omkring bygningen af motortrafikvejen Ascoli-Mare, besluttede sig til at åbne en artikel 169-procedure mod Italien, som den begrænsede til at vedrøre det ellevte og tolvte supplerende projekt. Den fremsendte sin åbningsskrivelse til den italienske regering den 17. januar 1991.

6. Det er i sagen ubestridt, at det pågældende projekt er omfattet af direktiv 71/305.

Der er i øvrigt enighed mellem parterne om, at den valgte fremgangsmåde i forbindelse med kontraktindgåelsen objektivt indebærer en overtrædelse af direktivet, medmindre den særlige undtagelsesregel i direktivets artikel 9, litra b), er anvendelig, dvs. medmindre projektet vedrører »arbejder, hvis udførelse af tekniske ... årsager ... kun kan overdrages til en bestemt entreprenør«.

7. Sagen ville have været forholdsvis enkel at tage stilling til, hvis det eneste tvistspørgsmål var, om betingelserne i artikel 9, litra b), var opfyldt eller ej.

Den italienske regering gør imidlertid gældende, at Kommission har formuleret sin påstand på en sådan måde, at Den Italienske Republik ikke skal dømmes for provinsforvaltningens direktivstridige handling, men derimod for at have undladt at gribe ind over for denne handling, altså for at have tilsidesat sin tilsynspligt.

Regeringen bestrider, at tilsynspligten i forhold til provinsforvaltningen er tilsidesat, og den bygger principielt sin frifindelsespåstand herpå. Det er alene subsidiært, at den gør gældende, at betingelserne i artikel 9, litra b), var opfyldt.

8. Det skal først nævnes, at formuleringen af Kommissionens påstand har været årsag til visse processuelle problemer i sagen.

Den italienske regering koncentrerede sig i sit svarskrift om at godtgøre, at den ikke havde krænket sin tilsynspligt. Den nævnte ganske vist, at ikke-overholdelsen af direktivforpligtelserne kunne være begrundet i artikel 9, litra b), men dens behandling af denne bestemmelse viste, at den først og fremmest mente at kunne bruge bestemmelsen til at vise, at det i den foreliggende situation langt fra var åbenbart, at direktivet var overtrådt. Regeringen gik ikke ind i en detailargumentation om, hvorvidt artikel 9, litra b)'s betingelser var opfyldt.

Kommissionen koncentrerede sig i sin replik på den ene side om at fremhæve, at det efter Domstolens faste praksis er således, at medlemsstaterne på objektivt grundlag kan dømmes for statslige, regionale og lokale organers direktivstridige adfærd, og på den anden side om at godtgøre, at Den Italienske Republik ikke alene havde accepteret provinsforvaltningens direktivstridige adfærd, men også havde undladt at gribe ind over for den efterfølgende for at fjerne de ulovlige retsvirkninger af denne adfærd.

Først i sin duplik gik den italienske regering ind i en realitetsargumentation vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt artikel 9, litra b)'s betingelser var opfyldt, idet den i denne forbindelse fremlagde arbejdstegninger mv.

9. Kommissionen anmodede Domstolen om tilladelse til i et nyt processkrift at kommentere de fremlagte arbejdstegninger mv. En sådan tilladelse blev givet, og Kommissionen fremkom med et processkrift, vedlagt en af den indhentet erklæring fra en sagkyndig, hvori det blev bestridt, at artikel 9, litra b)'s betingelser var opfyldt.

Kommissionen gjorde i øvrigt i sit processkrift gældende, at de fremlagte arbejdstegninger mv. skulle anses for nye anbringender, som efter artikel 42 i procesreglementet ikke kunne fremsættes.

10. Domstolen bør ikke efter min mening med hjemmel i procesreglementets artikel 42 undlade at medinddrage de synspunkter og oplysninger, regeringen er fremkommet med i duplikken vedrørende anvendelsen af artikel 9, litra b).

Artikel 9, litra b), blev gjort gældende af regeringen både i dens svar på Kommissionens skrivelser under den administrative procedure og i dens svarskrift.

Det er ganske vist principielt betænkeligt, at en realitetsargumentation vedrørende spørgsmålet om anvendelsen af artikel 9, litra b), først fremkommer i duplikken, men dette har i hvert fald delvis sin begrundelse i indholdet af Kommissionens påstand. Hertil kommer, at Kommissionen i fuldt omfang har fået lejlighed til at fremkomme med sine synspunkter i anledning af de nye synspunkter og oplysninger i duplikken, således at der ikke er gjort noget indgreb i realiteten i Kommissionens processuelle rettigheder.

11. Jeg finder det hensigtsmæssigt i det følgende først at tage stilling til, om provinsforvaltningen med hjemmel i direktivets artikel 9, litra b), kunne undlade at udbyde kontrakten i licitation og at offentliggøre udbuddet i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

Den grundlæggende betingelse for, at Den Italienske Republik kan dømmes, er, at provinsforvaltningen har handlet i strid med direktivet.

12. Spørgsmålet er, om der ved bygningen af den pågældende vejstrækning, og navnlig viadukten over jernbanelinjen, var tale om »arbejder, hvis udførelse af tekniske ... årsager ... kun kan overdrages til en bestemt entreprenør«, det vil i den foreliggende sag sige den entreprenør, der stod for bygningen af den motorvejsstrækning, der ved det her omtvistede projekt skulle forlænges (strækningen omfattet af tiende supplerende projekt).

13. Den italienske regering har i den forbindelse anført, at det af de fremlagte arbejdstegninger fremgår, at sådanne »tekniske årsager« i det foreliggende tilfælde forelå i og med, at det var umuligt

— at afslutte de af det tiende supplerende projekt omfattede arbejder, før visse af de af det omtvistede projekt omhandlede strukturer var gennemført

— på grund af de meget trange forhold på anlægsstedet at påbegynde arbejdet samtidig på to forskellige steder

— at gennemføre det igangværende arbejde og de omtvistede arbejder hver for sig på grund af den snævre sammenhæng i fundamenternes strukturer.

14. Kommissionen bestrider, at disse forhold i sig selv er udtryk for tekniske årsager, der fører til, at arbejdet kun kunne tildeles entreprenøren af den vejstrækning, der var omfattet af det tiende supplerende projekt.

15. Det fremgår af den erklæring, Kommissionen har indhentet fra en sagkyndig — en fransk ingeniør — at det ganske vist ud fra de overvejelser, den italienske regering har omtalt, var nødvendigt i tid og rum at koordinere de i sagen omtvistede arbejder med de igangværende arbejder, men at en koordinering også skulle være gennemført, selv om alle disse arbejder blev tildelt en og samme virksomhed, hvorfor der ikke bliver tale om »tekniske årsager«, der kan begrunde den italienske ordregivende myndigheds valg i dette tilfælde.

16. Det forekommer mig ikke, at den italienske regering har løftet den bevisbyrde, den efter Domstolens faste praksis [2] har, for at undtagelsesbestemmelsen kan finde anvendelse.

Regeringens argumentation har været holdt på et forholdsvis abstrakt plan. Den har ikke på overbevisende måde — heller ikke ved fremlæggelsen af arbejdstegningerne —

2 — Dom af 10.3.1987 (sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039).

dokumenteret de påståede alvorlige vanskeligheder ved at overlade bygningen af den omtvistede vejstrækning til en anden entreprenør end den, der forestod bygningen af vejstrækningen omfattet af det tiende supplerende projekt. At sådanne alvorlige vanskeligheder skulle eksistere, er da også vanskeligt troligt, når henses til den opfattelse, der er givet udtryk for i den af Kommissionen indhentede erklæring.

Der bør efter min mening heller ikke ganske ses bort fra, at den italienske regering selv i sit svarskrift gav udtryk for en vis tvivl om, hvorvidt betingelserne for at anvende artikel 9, litra b), var opfyldt.

17. Min opfattelse er derfor den, at det kan lægges til grund, at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno som påstået af Kommissionen handlede i strid med direktiv 71/305.

18. Spørgsmålet er imidlertid, om Den Italienske Republik kan dømmes for denne adfærd, når henses til, at Den Italienske Republik efter påstanden bebrejdes at have handlet i strid med direktivet »ved at have accepteret« provinsforvaltningens direktivstridige adfærd »uden straks at fjerne de mod fællesskabsretten stridende retsvirkninger«.

19. Det er mig ikke ganske klart, hvorfor Kommissionen har affattet sin påstand på denne måde. Formuleringen er for så vidt overraskende på baggrund af det faktum, at det efter Domstolens praksis ligger fast, at en medlemsstat på objektivt grundlag kan dømmes for overtrædelse af direktivet, uanset hvilket statsligt, regionalt eller lokalt organ der har undladt at respektere direktivets regler [3].

20. Domstolen kan naturligvis overveje, om det vil være hensigtsmæssigt at fastslå, at der gælder en generel pligt for den enkelte medlemsstat som sådan til i alle tilfælde at føre tilsyn med, at de statslige, regionale og lokale myndigheder i forbindelse med dens bygge- og anlægsarbejder respekterer direktivet, og at der kan statueres traktatbrud hver gang, det objektivt kan konstateres, at tilsynet er svigtet, fordi der er handlet i strid med direktivet.

Dette ville imidlertid indebære en retsstilling, der svarer til den, hvor Kommissionen indskrænker sin påstand til at være en påstand om, at staten har krænket sine fællesskabsforpligtelser derved, at en af dens organer har handlet i strid med direktivet.

Det ville herefter være uden betydning, om Kommissionen formulerede sin påstand på den ene eller anden måde.

3 — Se bl.a dom af 5.5.1970 (sag 77/69, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 47, org. ref.: Rec. s. 237), samt den i forrige note nævnte dom, hvori det blev fastslået, at Den Italienske Republik var ansvarlig for en lokal myndigheds tilsidesættelse af direktiv 71/305.

21. Rent bortset fra, at en påstand naturligvis må tages efter sit pålydende, viser de processuelle problemer, der er opstået i den foreliggende sag, vigtigheden af, at Domstolen stiller krav til præcisionen af Kommissionens påstande.

22. Det forekommer mig af disse grunde og under henvisning til skriftvekslingen og den mundtlige forhandling, at påstanden nødvendigvis må forstås således, at Den Italienske Republik i givet fald skal dømmes, ikke for det forhold, at provinsforvaltningen har handlet i strid med direktivet, men for, at dette er accepteret af Den Italienske Republik, og at denne ikke har skredet ind heroverfor.

Det er ikke i sagen drøftet, hvilke myndigheder der i givet fald skulle have accepteret provinsforvaltningens adfærd og have undladt at gribe ind. Der er ikke grund til nærmere at drøfte dette spørgsmål. Kommissionens påstand må nødvendigvis forudsætte, at der eksisterer myndigheder, som har sådanne tilsynsopgaver, og som efter sagens natur må være statslige myndigheder.

23. En domfældelse er således betinget af, at det kan anses for godtgjort, at der er statslige myndigheder, der har accepteret provinsforvaltningens adfærd, og som har undladt at gribe ind over for den.

Kommissionen må sandsynliggøre, at dette har været tilfældet.

Den italienske regering bestrider som nævnt, at statslige myndigheder har accepteret adfærden, og at der i praksis var mulighed for at gribe ind over for den. Den henviser til, at den først af Kommissionen blev gjort opmærksom på adfærden i januar 1991, dvs. otte måneder efter, at kontrakten var blevet tildelt den pågældende entreprenør, og at den ikke efter den italienske lovgivning havde mulighed for at gribe ind på hensigtsmæssig måde.

24. På denne baggrund mener jeg at måtte foreslå Domstolen at frifinde Den Italienske Republik.

Kommissionen har ikke sandsynliggjort, at den italienske regering eller statslige myndigheder i øvrigt udtrykkeligt eller stiltiende skulle have accepteret provinsforvaltningens handlemåde, og Kommissionen har ikke tilstrækkeligt sandsynliggjort, at den italienske regering eller statslige myndigheder i øvrigt havde reelle muligheder for efterfølgende at gribe ind for at redressere situationen.

Forslag til afgørelse

25. Jeg skal af disse grunde foreslå Domstolen at frifinde Den Italienske Republik og at dømme Kommissionen til at afholde sagens omkostninger.