DOMSTOLENS DOM

26. april 1994 *

I sag C-272/91,

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

sagsøger,

mod

Den Italienske Republik ved Luigi Ferrari Bravo, chef for Udenrigsministeriets Servizio del contenzioso diplomatico, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato Ivo M. Braguglia 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 ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler den i henhold til EØF-traktatens artikel 30, 52 og 59 samt artikel 9 og artikel 17-25 i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1), som ændret ved Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 (EFT L 127, s. 1), idet den i begyndelsen af 1990 undlod ved en vejledende bekendtgørelse at offentliggøre de samlede indkøb inden for hvert produktområde, hvis anslåede værdi var på mindst 750 000 ECU, og som Finansministeriet agtede at indgå i løbet af 1990, og dernæst i november 1990 undlod at offentliggøre en

* Processprog: italiensk.

udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* vedrørende koncessionen på et system til automatisering af lotto-spillet, og idet den bestemte, at kun institutioner, selskaber, konsortier og sammenslutninger, hvis kapital hver for sig eller samlet overvejende ejes af det offentlige, kunne deltage i udbuddet,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, O. Due, afdelingsformændene G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida (refererende dommer) og M. Diez de Velasco samt dommerne C. N. Kakouris, R. Joliet, F. A. Schockweiler, F. Grévisse, M. Zuleeg, P. J. G. Kapteyn og J. L. Murray,

generaladvokat: C. Gulmann
justitssekretær: J.-G. Giraud,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 26. maj 1993,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 14. juli 1993,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 18. oktober 1991 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af EØF-traktatens arti-

kel 169 anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler den i henhold til EØF-traktatens artikel 30, 52 og 59 samt artikel 9 og artikel 17-25 i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s.1), som ændret ved Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 (EFT L 127, s. 1), idet den i begyndelsen af 1990 undlod ved en vejledende bekendtgørelse at offentliggøre de samlede indkøb inden for hvert produktområde, hvis anslåede værdi var på mindst 750 000 ECU, og som Finansministeriet agtede at indgå i løbet af 1990, og dernæst i november 1990 undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* vedrørende koncessionen på et system til automatisering af lotto-spillet, og idet den bestemte, at kun institutioner, selskaber, konsortier og sammenslutninger, hvis kapital hver for sig eller samlet overvejende ejes af det offentlige, kunne deltage i udbuddet.

2 Sagens forhistorie er sammenfattet i grund 6-16 i den kendelse, der blev afsagt af Domstolens præsident den 31. januar 1992 (sag C-272/91 R, Sml. I, s. 457) angående en begæring om foreløbige forholdsregler fremsat af Kommissionen i forbindelse med den foreliggende sag, og hvori det blev pålagt Den Italienske Republik at træffe de nødvendige foranstaltninger til at udsætte retsvirkningerne af dekretet, udstedt af Finansministeriet den 14. juni 1991, hvorved koncessionen på systemet til automatisering af lotto-spillet blev tildelt konsortiet Lottomatica, samt gennemførelsen af den i den anledning indgåede kontrakt.

Klagepunktet om tilsidesættelse af traktatens artikel 52 og 59

3 Kommissionen har gjort gældende, at Den Italienske Republik har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i medfør af traktatens artikel 52 og 59, ved at bestemme, at kun »institutioner, selskaber, konsortier og sammenslutninger, hvis kapital hver for sig eller samlet overvejende ejes af det offentlige«, kunne deltage i udbuddet vedrørende koncessionen på systemet til automatisering af lotto-spillet.

4 Efter Kommissionens opfattelse er der nemlig tale om en konkret anvendelse af det forbehold, Domstolen erklærede traktatstridigt i dommen af 5. december 1989 (sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035), og hvorefter kun selskaber, som staten eller det offentlige, direkte eller indirekte, ejer helt eller hovedparten af, kunne indgå aftaler med den italienske stat om indførelse af edb-systemer i forvaltningen.

5 Den italienske regering har bestridt, at der foreligger et traktatbrud som påstået. Den har gjort gældende, at de i den nævnte dom omhandlede kontrakter vedrørte levering af edb-systemer, hvor leverandøren også skulle sørge for driften som tjenesteyder for den offentlige administration, mens udbuddet i den foreliggende sag — som det navnlig fremgår af det tekniske program, der er knyttet som bilag til de særlige udbudsbetingelser i forbindelse med det omtvistede udbud — vedrører en koncession, hvorved den offentlige administration til en tredjemand overdrager virksomhed, der er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed, nemlig en del af beføjelserne til at afholde lotto-spillet og af tilsyns- og verifikationsbeføjelserne, som ifølge den italienske lovgivning udelukkende er forbeholdt staten. Ifølge traktatens artikel 55 finder bestemmelserne i artikel 52 og 59 ikke anvendelse på virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.

6 Det bemærkes, at indførelsen af det omtvistede automatiseringssystem, som ifølge udbudsbekendtgørelsen omfatter lokaler, leverancer, installation, vedligeholdelse, drift, datatransmission og alt andet, der er nødvendigt for afholdelsen af lotto-spillet — som generaladvokaten har anført i punkt 18-23 i forslaget til afgørelse — ikke indebærer, at ansvaret for de forskellige opgaver i forbindelse med lotto-spillet overdrages til koncessionaren.

7 For det første er lottoforhandlerne nemlig fortsat ansvarlige for modtagelsen af indskuddene, idet den af koncessionaren installerede terminal kun har den funktion at foretage registreringen, den automatiske kontrol og transmissionen af de data, der fremkommer som følge af de handlinger, der foretages af den ansvarlige for registreringsstedet. Ifølge det tekniske program skal sidstnævnte i tilfælde af

fejl være i stand til at rette de indtastede data og endog annullere en kupon udskrevet af terminalen.

8 For det andet foretages udtrækningerne af udtrækningskommissionerne (Commissioni di estrazione), der er statsorganer ligesom zonekommissionerne (Commissioni di zona), som er ansvarlige for kontrollen med og godkendelsen af vinderkuponerne.

9 For det tredje er det — som den italienske regering selv har indrømmet — fortsat den offentlige administration, som i sidste ende godkender og udbetaler gevinsterne.

10 For det fjerde kan det ikke af den omstændighed, at det i punkt 1 i det tekniske program bestemmes, at udbuddet også omfatter »alt andet, der er nødvendigt for afholdelsen af spillet«, sluttes, at koncessionaren deltager i udøvelsen af offentlig myndighed; det betyder blot, at koncessionarens virke skal ligge inden for rammerne af koncessionen.

11 For det femte kan det ikke — som den italienske regering har gjort — gøres gældende, at de frivillige indskud, som deltagerne i lotto-spillet foretager, er skatteopkrævning, som indebærer, at koncessionaren deltager i udøvelsen af offentlig myndighed.

12 Herefter adskiller de ydelser, der skal udføres af den, der har koncession på systemet til automatisering af lotto-spillet, navnlig udviklingen af edb-systemet og det nødvendige software samt driften af systemet, sig ikke fra de ydelser af teknisk karakter i forbindelse med aftalerne om etablering af edb-systemer i forvaltningen, som ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien drejede sig om.

13 Da den omhandlede virksomhed derfor ikke er omfattet af undtagelsen i traktatens artikel 55, må det konkluderes, at det omtvistede forbehold er i strid med traktatens artikel 52 og 59, og der må gives Kommissionen medhold i klagepunktet om tilsidesættelse af disse artikler.

Klagepunktet om tilsidesættelse af traktatens artikel 30

14 Det bemærkes, at Kommissionen til støtte for klagepunktet om tilsidesættelse af artikel 30 under den administrative behandling har indskrænket sig til at gøre gældende, at det omtvistede forbehold, dvs. bestemmelsen om, at kun institutioner, selskaber, konsortier og sammenslutninger, hvis kapital hver for sig eller samlet overvejende ejes af det offentlige, kunne deltage i udbuddet, faktisk er ensbetydende med en udelukkelse af selskaber fra andre medlemsstater, som er afskåret fra at foreslå deres edb-systemer og software til de opgaver, udbuddet vedrører. Efter Kommissionens opfattelse følger det heraf, at dette forbehold — ligesom den i dommen af 20. marts 1990 (sag C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana, Sml. I, s. 889) omhandlede foranstaltning, hvorefter en procentandel af offentlige indkøb var forbeholdt virksomheder, der havde produktionsanlæg i visse dele af det nationale område — bevirker, at varer med oprindelse i andre medlemsstater diskrimineres i forhold til varer fremstillet i den pågældende medlemsstat, således at der lægges hindringer i vejen for den normale samhandel inden for Fællesskabet.

15 Det må konstateres, at Kommissionen ikke på dette trin har givet en begrundelse for, at udelukkelsen af udenlandske virksomheder fra deltagelse i udbuddet må antages at forhindre tilslagsmodtageren i at anvende varer fra andre medlemsstater ved etableringen af det omhandlede edb-system.

16 Ifølge Domstolens praksis (bl. a. dom af 14.2.1984, sag 325/82, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 777) skal åbningsskrivelsen og den begrundede udtalelse

være tilstrækkeligt begrundet, for at den pågældende medlemsstat sættes i stand til at forberede sit forsvar. Af de ovenfor anførte grunde er dette ikke tilfældet i den foreliggende sag.

17 Heraf følger, at klagepunktet om tilsidesættelse af artikel 30 uden videre må afvises.

Klagepunktet om tilsidesættelse af direktiv 77/62 som ændret ved direktiv 88/295

18 Kommissionen har for det første gjort gældende, at Den Italienske Republik har tilsidesat bestemmelserne i artikel 9 i direktiv 77/62, som ændret ved direktiv 88/295 (herefter benævnt »direktivet«), idet den i begyndelsen af 1990 undlod ved en vejledende bekendtgørelse at offentliggøre de samlede indkøb inden for hvert produktområde, hvis anslåede værdi var på mindst 750 000 ECU, og som Finansministeriet agtede at indgå i løbet af 1990, og dernæst i november 1990 undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* vedrørende koncessionen på et system til automatisering af lotto-spillet. For det andet har Kommissionen gjort gældende, at Den Italienske Republik ligeledes har tilsidesat direktivets artikel 17-25, idet den bestemte, at kun institutioner, selskaber, konsortier og sammenslutninger, hvis kapital hver for sig eller samlet overvejende ejes af det offentlige, kunne deltage i udbuddet.

19 Direktivets artikel 9, stk. 1,2 og 4 bestemmer følgende:

»1. De ordregivende myndigheder, der er anført på listen i bilag I til direktiv 80/767/EØF, skal fra den 1. januar 1989 snarest muligt efter deres finansårs begyndelse ved en vejledende bekendtgørelse offentliggøre de samlede indkøb inden for hvert produktområde, hvis anslåede værdi, jf. artikel 5 i nærværende direktiv, er på mindst 750 000 ECU, og som de agter at indgå i de følgende tolv måneder.

På forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet og Det Økonomiske og Sociale Udvalg træffer Rådet inden den 1. marts 1990 afgørelse om, hvorvidt denne pligt skal udvides til de øvrige ordregivende myndigheder, som er omfattet af artikel 1.

2. De ordregivende myndigheder, der ønsker at indgå en aftale om et offentligt indkøb ved offentligt eller begrænset udbud eller på de betingelser, der er fastsat i artikel 6, stk. 3, ved udbud efter forhandling som defineret i artikel 1, tilkendegiver deres hensigt ved en bekendtgørelse.

...

4. De i stk. 1, 2 og 3 omhandlede bekendtgørelser sendes af den ordregivende myndighed hurtigst muligt og på den bedst egnede måde til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer. Hvis der foreligger det i artikel 12 omhandlede hastetilfælde, skal bekendtgørelserne sendes ved telex, telegram eller telefax:

a) Bekendtgørelsen efter stk. 1 sendes snarest muligt efter finansårets begyndelse.

b) Bekendtgørelsen efter stk. 3 sendes senest otteogfyrre dage efter indgåelsen af den pågældende aftale.«

20 I direktivets artikel 17-25 opregnes kriterierne for den kvalitative udvælgelse og for tildeling af ordren.

21 Ifølge den italienske regering finder de ovenfor anførte bestemmelser ikke anvendelse i den foreliggende sag.

22 I den forbindelse har regeringen for det første gjort gældende, at det omtvistede udbud ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, for så vidt som udbuddet ikke angår levering af goder til de ordregivende myndigheder, men en koncession, meddelt en tredjemand af den offentlige administration, på udøvelse af en virksomhed, der henhører under offentlig myndighed på skatteområdet, og som er karakteriseret ved, at der ikke er tale om en overdragelse af goder og om en pris, der modsvarer en sådan overdragelse.

23 Dette kan ikke tiltrædes.

24 Som det fremgår af præmis 7-11 i denne dom, indebærer indførelsen af det omtvistede automatiseringssystem ikke, at ansvaret for de forskellige opgaver i forbindelse med lotto-spillet overdrages til koncessionaren. Det står desuden fast, at det omtvistede udbud vedrører levering af et integreret automatiseringssystem, herunder bl.a. levering af visse goder til den offentlige administration.

25 I modsætning til, hvad den italienske regering mener, er det i denne sammenhæng irrelevant, at ejendomsretten til systemet først overgår til den offentlige administration, når kontraktforholdet med tilslagsmodtageren, udløber, og at »prisen« for det leverede er et årligt vederlag, som er proportionalt med bruttoindtægterne. Som generaladvokaten med rette har anført i punkt 40 i forslaget til afgørelse viser det forhold, at fastlæggelsen af direktivets anvendelsesområde er udvidet ved artikel 2 i direktiv 88/295, så det også omfatter »aftaler ... som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer«, at fællesskabslovgiver også har ønsket at bringe levering af varer, som ikke nødvendigvis bliver den offentlige administrati-

ons ejendom, og for hvilke der er fastsat et abstrakt vederlag, ind under direktivets anvendelsesområde.

26 Den italienske regering har dernæst gjort gældende, at den offentlige administration, som meddeler koncessionen, Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (herefter benævnt »AAMS«), ikke er opført på listen over ordregivende myndigheder i bilag I til Rådets direktiv 80/767/EØF af 22. juli 1980 om ændring og supplering, for så vidt angår visse ordregivende myndigheder, af direktiv 77/62/EØF (EFT L 215, s. 1). Følgelig finder artikel 9 i direktiv 77/62 som ændret, hvori de regler om offentliggørelse, de i bilaget anførte ordregivende myndigheder skal følge, er opstillet, ikke anvendelse i det foreliggende tilfælde. Dette synspunkt bestyrkes af, at note 2 til den del af denne liste, som vedrører Italien, med hensyn til »Ministero delle Finanze« indeholder følgende forbehold: »Undtagen indkøb foretaget af tobaks-og saltvæsenet«. Ifølge den italienske regering vedrører dette forbehold nemlig ikke blot aftaler indgået af tobaks- og saltvæsenet, som ved udstedelsen af direktivet blev administreret af AAMS, men også alle de andre former for virksomhed, som nu administreres af dette organ.

27 Dette kan ikke tiltrædes.

28 Som Kommissionen med rette har anført, fremgår det af artikel 4, stk. 4, i den italienske lov nr. 528 af 2. august 1982 (GURI nr. 222 af 13.8.1982), som ændret ved artikel 2 i lov nr. 85 af 19. april 1990 (GURI nr. 97 af 27.4.1990), at Finansministeriet er den eneste og officielle ordregivende myndighed for så vidt angår det omhandlede udbud. Under alle omstændigheder er AAMS, som administrerer lotto-spillet, blot et administrativt organ under Finansministeriet, og ikke en selvstændig juridisk person, således at selv de handlinger, der formelt kan tilskrives AAMS, i realiteten henhører under dette ministeriums beslutningssfære.

29 Med hensyn til note 2 i bilag I til direktiv 80/767, fremgår det af selve notens ordlyd, at den kun vedrører indkøb foretaget af tobaks- og saltvæsenet.

30 Den italienske regering har endelig gjort gældende, at da der i det foreliggende tilfælde er tale om, at der tildeles koncessionaren en særlig ret eller eneret til at udføre offentlige tjenesteydelser, nemlig — i hvert fald delvis — afholdelse af lottospillet, er den eneste regel, der skal overholdes, under alle omstændigheder reglen i direktivets artikel 2, stk. 3. Det hedder i denne bestemmelse: »Når staten, et lokalt organ eller en af de i bilag I anførte offentligretlige juridiske personer og tilsvarende organer overdrager et organ, der ikke er en ordregivende myndighed, uanset dets juridiske status, en særlig ret eller eneret til at udføre offentlige tjenesteydelser, skal den aftale, i henhold til hvilken denne ret tildeles, foreskrive, at det pågældende organ ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler med tredjemand som led i denne virksomhed skal respektere grundsætningen om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt.«

31 Dette kan heller ikke tiltrædes.

32 Som det fremgår af præmis 7-11 i denne dom, overdrages afholdelsen af lottospillet ikke til koncessionaren, idet dennes opgaver er begrænset til opgaver af teknisk karakter i forbindelse med etableringen og driften af automatiseringssystemet. Disse opgaver består dels i at udføre tjenesteydelser for den offentlige administration, dels i at levere visse goder til denne.

33 Det må derfor konkluderes, at de bestemmelser i direktivet, Kommissionen har påberåbt sig, finder anvendelse, og der må foretages en undersøgelse af klagepunkterne om tilsidesættelse af disse bestemmelser.

34 Med hensyn til klagepunktet om tilsidesættelse af direktivets artikel 9 har Den Italienske Republik ikke benægtet, at de omtvistede bekendtgørelser ikke er offentliggjort.

35 Med hensyn til klagepunktet om tilsidesættelse af direktivets artikel 17-25 bemærkes, at disse bestemmelser udtømmende og bindende opregner kriterierne for den kvalitative udvælgelse og for tildeling af ordren, og at de ikke åbner mulighed for at bestemme, at kun institutioner, selskaber, konsortier og sammenslutninger, hvis kapital hver for sig eller samlet overvejende ejes af det offentlige, kan deltage i udbuddet.

36 Af det anførte følger, at der ligeledes må gives Kommissionen medhold i klagepunkterne om tilsidesættelse af direktiv 77/62, som ændret ved direktiv 88/295.

Sagens omkostninger

37 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Da Den Italienske Republik i det væsentlige har tabt sagen, bør den betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1) Den Italienske Republik har ikke overholdt de forpligtelser, der påhviler den i henhold til EØF-traktatens artikel 52 og 59 samt artikel 9 og artikel 17-25 i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988, idet den i begyndelsen af 1990 undlod ved en vejledende bekendtgørelse at offentliggøre de samlede indkøb inden for hvert produktområde, hvis anslåede værdi var på mindst 750 000 ECU, og som Finansministeriet agtede at indgå i løbet af 1990, og dernæst i november 1990 undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* vedrørende koncessionen på et system til automatisering af lotto-spillet, og idet den bestemte, at kun institutioner, selskaber, konsortier og sammenslutninger, hvis kapital hver for sig eller samlet overvejende ejes af det offentlige, kunne deltage i udbuddet.

2) I øvrigt afvises sagen.

3) Den Italienske Republik betaler sagens omkostninger.

Due Mancini Moitinho de Almeida

Diez de Velasco Kakouris Joliet

Schockweiler Grévisse Zuleeg

Kapteyn Murray

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 26. april 1994.

R. Grass
Justitssekretær

O. Due
Præsident