FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 26. februar 1992 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

A — Faktiske omstændigheder

1. I den foreliggende sag klager Kommissionen over, at Italien ved at vedtage lov nr. 80/87 om ekstraordinære bestemmelser til fremskyndelse af udførelsen af offentlige bygge- og anlægsarbejder [1] tilsidesætter EØF-traktatens artikel 59 og direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægsarbejder [2].

2. Dette direktiv blev gennemført i Italien ved lov nr. 584/77 af 8. august 1977.

3. Den omtvistede lov blev bekendtgjort den 17. februar 1987 og var efter forlængelsen af dens gyldighed gældende indtil den 15. marts 1991. Loven fastsatte en fremgangsmåde vedrørende begrænset udbud, som kunne følges af nationale forvaltninger, regioner, selvstændige offentlige organer, amter og kommuner samt ikke-erhvervsdrivende offentlige enheder, der havde til opgave at gennemføre visse arbejder. Ved loven skulle det blive muligt for dem at fremskynde deres byggeprogrammer ved under ét at udbyde samtlige de arbejder, som et givet projekt indebærer, fra udarbejdelsen af planer til de eventuelle vedligeholdelsesarbejder, der er nødvendige efter arbejdets fuldførelse.

4. Kommissionen, som finder, at visse at lovens bestemmelser strider mod direktivet og/eller EØF-traktatens artikel 59, har efter den forudgående administrative procedure indbragt nærværende sag for Domstolen. I stævningen har Kommissionen angivet i alt seks klagepunkter og har nedlagt følgende påstande:

1) Det fastslås, at Den Italienske Republik ved at vedtage lov nr. 80/87 om ekstraordinære bestemmelser til fremskyndelse af udførelsen af offentlige bygge- og anlægsarbejder, som indeholder visse bestemmelser, der er uforenelige med fællesskabsreglerne vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EØF-traktatens artikel 59 og 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).

2) Den Italienske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sagsøgte har i sit svarskrift nedlagt følgende påstand:

— frifindelse.

* Originalsprog: tysk.

1 — GURI (*Den Italienske Republiks Officielle Tidende*) nr. 61 af 14.3.1987.

2 — Rådets direktiv af 26.7.1971 (EFT 1971 II, s. 613).

5. Kommissionen er derefter i sin replik frafaldet tre af de tidligere nævnte klagepunkter, således som der er redegjort for i enkeltheder i retsmøderapporten (punkt 21, sammenholdt med punkterne 10, 12 og 13 i retsmøderapporten). Kommissionen har nemlig godtaget Den Italienske Republiks argument om, at lov nr. 80/87 indgår som led i de almindelige regler for indgåelse af offentlige kontrakter, der er fastsat ved lov nr. 584/77, og at den hverken i henseende til ånd eller bogstav afviger fra sidstnævnte lovs bestemmelser. Lov nr. 80/87 hævdes at styre de ordregivende myndigheders adfærd, således at de skal overholde de regler vedrørende realiteten og fremgangsmåden, der er omfattet af den valgfrihed, der — i overensstemmelse med direktivet — er fastsat ved lov nr. 584/77. Sidstnævnte lov gælder således fortsat for fremgangsmåderne vedrørende samlet udbud i medfør af lov nr. 80/87.

6. Kommissionen er under retsmødet frafaldet et andet klagepunkt, også her på grundlag af den italienske regerings erklæringer. Det drejer sig om klagen over artikel 3, stk. 2, i lov nr. 80/87. Ifølge stævningen strider loven, for så vidt som denne bestemmelse fastsætter, at opfordringen til at afgive bud kun må sendes til virksomheder, der kan dokumentere, at de er optaget i Albo nazionale dei costruttori (det nationale register over byggeentreprenører), mod såvel artikel 22, stk. 1, i direktiv 71/305 som EØF-traktatens artikel 59.

7. Kommissionen har dog under retsmødet henvist til en erklæring fra den italienske regering om, at lov nr. 80/87 skal fortolkes i lyset af de almindelige bestemmelser i lov nr. 584/77 (hvorved direktivet er gennemført). Endvidere har den italienske regering nævnt et dekret fra formanden for Ministerrådet (nr. 55 af 10.1.1991), som i en vis grad indeholdt en indskrænkende fortolkning af bestemmelserne i lov nr. 80/87. På grundlag af denne præcisering og den italienske regerings forsikringer har Kommissionen kunnet frafalde det påberåbte anbringende.

8. I dette forslag til afgørelse vil jeg gennemgå de to resterende klagepunkter, i forbindelse med hvilke sagsøgte i øvrigt ikke har påberåbt sig muligheden af at fortolke de anfægtede bestemmelser i overensstemmelse med lov nr. 584/77. Vedrørende yderligere enkeltheder henviser jeg til retsmøderapporten.

B — Stillingtagen

9. *I. 1.* Under punkt 5.3 i stævningen anfægter Kommissionen artikel 2, stk. 1, i lov nr. 80/87, hvori der med hensyn til den skriftlige opfordring til at afgive bud (fra de ordregivende myndigheder) fastsættes følgende:

»Det skal i den skriftlige opfordring fastsættes, at entreprenøren skal lade 15-30% [3] af det udbudte arbejde udføre af virksomheder ... hvis hjemsted er beliggende i den region, hvor arbejderne udføres.«

Kommissionen finder denne bestemmelse stridende mod artikel 59 i EØF-traktaten.

3 — Under den forudgående administrative procedure, i stævningen samt i retsmøderapporten er 50% angivet som højst tilladelige sats. Men i loven tales der om 30%.

Den begrænser den frie udveksling af tjenesteydelser, idet den favoriserer virksomheder med hjemsted i den pågældende region og bevirker forskelsbehandling af virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater.

10. *2.* Den Italienske Republik har fremført to argumenter til sit forsvar.

11. a) Såvel under den forudgående administrative procedure som under den skriftlige forhandling for Domstolen har den gjort gældende, at denne regel skulle kompensere for de ulemper, som det i loven fastsatte princip om at samle udbuddet af flere forskellige arbejder under én kontrakt medfører for de små og mellemstore virksomheder. Denne fremgangsmåde betyder nemlig, at disse virksomheder mister kontrakter, som kun ville have interesseret virksomhederne i den pågældende region, såfremt de var blevet udbudt hver for sig. Sagsøgte tilføjer i sin duplik, at der er tale om mindre omfattende arbejder, som unddrages det pågældende markedsområde, som nødvendigvis må være lokalt.

12. b) Den Italienske Republik har derimod under retsmødet støttet sig på et argument, der bygger på de interesser, tilbudsgiverne i de øvrige medlemsstater har. Den hævdede, at disse virksomheder under alle omstændigheder har en interesse i at lade en del af de udbudte arbejder udføre af lokale virksomheder, da en virksomhed fra en anden medlemsstat som regel ikke flytter med hele sin organisation og sit personale til den medlemsstat, hvor arbejdet udføres. Den omtvistede regel er i overensstemmelse med den normale adfærd hos alle virksomheder, der er etableret i udlandet, og indebærer på ingen måde en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser. I denne sammenhæng henviser den ligeledes til en sag om en anden italiensk lov, som er ophævet i mellemtiden, og som Kommissionen fandt uforenelig med artikel 59. Kommissionen har skønnet, at denne lov ved at *indskrænke* de tilbudsgivende virksomheders mulighed for at lade arbejderne udføre af udenforstående virksomheder bevirker forskelsbehandling af de øvrige medlemsstaters virksomheder, da disse som regel er tvunget til at få de mindre specialiserede arbejder udført af lokale virksomheder. Ud fra dette synspunkt, som den italienske regering anerkender, ville det ifølge den italienske regering være ulogisk nu at anfægte en bestemmelse, som tager hensyn til denne situation.

13. *3.* Vedrørende hele dette spørgsmål skal det for det første anføres, at den anfægtede regel har negative følger for to kategorier af virksomheder etableret i de øvrige medlemsstater. Det drejer sig dels om de virksomheder, som kan komme i betragtning som underleverandører til tilbudsgiveren i stedet for de lokale virksomheder i Italien, når tilbudsgiveren ikke selv kan eller vil udføre visse arbejder, dels om tilbudsgivere, som er rede til selv at udføre samtlige arbejder, og som er i stand til at gøre det, men som forhindres heri af artikel 2, stk. 1, i lov nr. 80/87.

14. Der ses her bort fra spørgsmålet om, hvorledes sidstnævnte gruppe skal bedømmes i forhold til EØF-traktatens artikel 59. Det er i dette tilfælde tilstrækkeligt at fastslå, at den førstnævnte gruppe uden tvivl udsættes for forskelsbehandling. Det er nemlig udelukket, at disse virksomheder vil få over-

draget de arbejder, som tilbudsgiverne inden for rammerne af den gældende kvota skal overlade til virksomheder med hjemsted i den pågældende region. Således medfører den anfægtede bestemmelse, at de indenlandske virksomheders tjenesteydelser favoriseres i samme grad, som tjenesteydelser, præsteret af virksomheder i de øvrige medlemsstater, stilles ringere.

15. Såfremt disse kendsgerninger således er en overtrædelse af det i EØF-traktatens artikel 59 indeholdte forbud mod begrænsninger af den frie udveksling af tjenesteydelser, betyder det mindre, at kun enkelte af de indenlandske virksomheder i hvert enkelt tilfælde favoriseres med hensyn til deres tjenesteydelser, mens de øvrige indenlandske virksomheder i denne henseende er underkastet samme begrænsninger som virksomhederne i de øvrige medlemsstater [4]. Det står nemlig klart efter Du Pont de Nemours-dommen [5], som vedrører et parallelt problem i forbindelse med varernes frie bevægelighed, at dette forhold ikke ændrer noget ved den konstaterede forskelsbehandling. Domstolen har i denne dom fastslået følgende:

»... selv om ikke alle produkter fra den pågældende medlemsstat nyder en fortrinsstilling i forhold til udenlandske varer, er alle de af præferenceordningen omfattede varer dog indenlandske varer«.

16. Der er og bliver tale om en diskriminerende regel, uanset den italienske regerings argument om, at tilbudsgiverne fra andre medlemsstater under alle omstændigheder normalt vil overlade visse arbejder til virksomheder med hjemsted i den pågældende region (således at de potentielle underleverandører i en anden medlemsstat i virkeligheden ikke stilles ringere). Selv om en virksomhed i en anden medlemsstat i et bestemt tilfælde ikke er interesseret i selv at udføre visse arbejder, men ønsker at lade dem udføre af en anden virksomhed, er det vanskeligt at se, navnlig hvad angår arbejder udført i grænseområder, hvorfor de bedste økonomiske argumenter nødvendigvis vil tilskynde til at kontrahere med en virksomhed i den pågældende region (i værtsmedlemsstaten).

17. Jeg er ej heller overbevist, når den italienske regering henviser til den potentielle udenlandske underleverandørs interesse og hævder, at visse arbejder kun er af interesse for de favoriserede virksomheder. Denne interesse afhænger bl.a. af arbejdernes art og omfang samt af virksomhedens størrelse, specialisering og diversificering og har ikke alene noget at gøre med, om virksomhedens *hjemsted* ligger i den pågældende region.

18. Da der således er tale om en diskriminerende foranstaltning, er den kun forenelig med traktaten, såfremt den er omfattet af en udtrykkelig traktatbestemmelse [6], som fraviger artikel 59. I denne forbindelse kan der kun blive tale om EØF-traktatens artikel 56, hvortil der henvises i artikel 66. Ingen af de deri nævnte muligheder (den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed) gælder i det foreliggende

4 — Dom af 20.3.1990, sag C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana, Sml. I, s. 889, præmis 12 og 13, og af 11.7.1991, sag C-351/88, Laboratori Bruneau, Sml. I, s. 3641 (om artikel 30 i EØF-traktaten), samt af 25.7.1991, sag C-353/89, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 4069, præmis 25 (om artikel 59).

5 — Se foregående fodnote.

6 — Dom af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders, Sml. s. 2085, præmis 32.

tilfælde. Navnlig er der ingen trussel mod den offentlige orden, hvilket ville indebære eksistensen af en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn [7]. Hverken formålet med loven som helhed (fremskyndet gennemførelse af offentlige bygge- og anlægsarbejder) eller med dens artikel 2, stk. 1 (kompensation for ulemperne i forbindelse med princippet om samlet udbud), opfylder disse nøje afgrænsede betingelser. Helt bortset fra dette er der heller ikke noget, der lader formode, at et af de to nævnte formål, eller dem begge, kun kan opnås ved hjælp af den anfægtede forskelsbehandling. Artikel 2, stk. 1, i lov nr. 80/87 strider således mod EØF-traktatens artikel 59, og der bør gives Kommissionen medhold i klagepunktet.

19. *II.* Kommissionen anfægter ligeledes artikel 3, stk. 3, i den omtvistede lov, hvori det hedder:

»Såfremt flere end 15 virksomheder er interesserede, skal administrationen eller den ordregivende myndighed opfordre mindst 15 til at afgive bud. Ved valget af virksomheder, der skal opfordres til at afgive bud, skal der gives *fortrinsstilling* til midlertidige sammenslutninger og konsortier, i hvilke der deltager *virksomheder*, som ... udøver deres hovedvirksomhed *i den region, hvor arbejderne udføres.*« [8]

20. *1.* Det skal for det første anføres, at Kommissionens klage ikke er rettet hverken mod betingelsen om, at et bestemt mindsteantal virksomheder skal opfordres til at afgive bud, eller mod favoriseringen af midlertidige sammenslutninger og konsortier. Kommissionen protesterer alene imod, at virksomheder, der hovedsagelig virker i regionen, skal deltage i de favoriserede sammenslutninger.

21. *2.* For så vidt Kommissionen finder dette uforeneligt med EØF-traktatens artikel 59, bør synspunktet støttes uden forbehold. Det drejer sig om en skjult form for forskelsbehandling, da den ikke bygger hverken på nationalitet eller på placeringen af virksomhedernes hjemsted. Virksomhederne i de øvrige medlemsstater er blot ringere stillet end de indenlandske virksomheder på grund af det kriterium, der er valgt for sondringen [9]. Som Kommissionen uimodsagt har fremført, opfyldes det valgte kriterium (udøvelse af hovedvirksomhed i den region, hvor arbejdet udføres) nemlig meget hyppigere af indenlandske end af udenlandske virksomheder.

22. Den italienske regerings argument om, at virksomheder fra de øvrige medlemsstater ligesom de indenlandske virksomheder har mulighed for at indgå partnerskab med de favoriserede virksomheder, er uden betydning. Uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt de to grupper virksomheder har lige store muligheder for at indgå et sådant partnerskab — hvilket Kommissionen bestrider — kan det ikke udelukkes, at partnerskabet rent økonomisk er en dårlig idé, eller at en virksomhed fra en anden medlemsstat vil finde det uhensigtsmæssigt. Den frie

7 — Dom af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 35.

8 — Min fremhævelse.

9 — Se f.eks. vedrørende dette punkt dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 8.

virksomhedsudøvelse, som artikel 59 netop har til formål at bevare, indebærer, at man skal kunne undlade at indgå et sådant partnerskab. I denne forbindelse skal det bemærkes, at mellem to interesserede parter — en virksomhed fra en *anden medlemsstat* og en »lokal« virksomhed — som ønsker at tilbyde den samme entreprenørydelse, og som alene eller sammen med visse andre virksomheder har besluttet på samme måde at afgive bud på grundlag af deres egne muligheder, eller fordi de er nødt til det, favoriserer artikel 3, stk. 3, den »lokale« virksomhed. Jeg finder den diskriminerende virkning af denne bestemmelse godtgjort uafhængigt af det tidligere nævnte stridsspørgsmål.

23. Da heller ingen af de begrundelser, der ifølge EØF-traktatens artikel 56 kan retfærdiggøre denne ordning, kan påberåbes her, er Kommissionens klage, som bygger på traktatens artikel 59, berettiget.

24. *3.* Også følgende klagepunkt fra Kommissionen, hvorefter den betingelse, der undersøges her, strider mod artikel 22 i direktiv 71/305, er begrundet.

25. Det skal for det første bemærkes, at det efter den italienske regerings svar på åbningsskrivelsen ikke længere bestrides af nogen af parterne, at de kontrakter, der indgås i henhold til lov nr. 80/87, vedrører ydelser, som i medfør af direktivets artikel 1, litra b), er omfattet af dette direktiv; parterne er ligeledes enige om, at denne fællesskabsretlige bestemmelse finder anvendelse, også selv om kontrakten i henhold til lov nr. 80/87 tillige kan vedrøre andre ydelser.

26. For så vidt angår foreneligheden af lovens artikel 3, stk. 3, med direktivets artikel 22 går Kommissionen således ud fra det princip, at udvælgelsen af ansøgere ifølge nævnte direktivbestemmelse *alene* sker »på grundlag af de oplysninger, som gives i medfør af artikel 17, litra d)«. Kommissionen synes at være tilbøjelig til at svare benægtende på spørgsmålet om, hvorvidt medlemsstaterne har et vist spillerum med hensyn til anvendelse af yderligere kriterier [10], som f.eks. kan være inspireret af hensynet til den økonomiske politik [11]. Er dette synspunkt relevant, er der ingen tvivl om, at artikel 22 er overtrådt, eftersom det i lovens artikel 3, stk. 3, fastsatte kriterium intet har til fælles med de oplysninger, der er omhandlet i direktivets artikel 17, litra d). Men selv om artikel 22 fortolkes således, at medlemsstaterne har et vist spillerum i den netop anvendte betydning, kan dette kun udnyttes i overensstemmelse med stk. 2 i denne artikel, som lyder:

»Hver medlemsstat skal drage omsorg for, at de ordregivende myndigheder retter henvendelse til de andre medlemsstaters statsbor-

10 — Med hensyn til de i direktivets artikel 20 nævnte kriterier (egnethed, kriterierne for tildeling af den pågældende kontrakt i direktivets artikel 29) har Domstolen faktisk indrømmet medlemsstaterne en sådan handlefrihed med hensyn til anvendelse af supplerende kriterier, dog med visse begrænsninger; se i forbindelse med en betingelse dikteret af socialpolitiske hensyn dom af 20.9.1988 (sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 28, 29 og 30 samt 36).

11 — Omstændighederne i nærværende sag gør det f.eks. muligt at tænke sig et kriterium, der har til formål at favorisere små og mellemstore virksomheder.

gere, der opfylder de stillede krav, på samme betingelser som til indlændinge.«

27. Skal artikel 22, stk. 1, derfor fortolkes således, at det ikke forbyder medlemsstaterne at anvende supplerende udvælgelseskriterier, må der af stk. 2 udledes det almindelige retlige princip om, at disse kriterier ikke må bevirke forskelsbehandling af ansøgere fra andre medlemsstater. Også i dette tilfælde strider den anfægtede regel mod artikel 22.

28. Da der ikke i direktivet findes nogen undtagelsesbestemmelse, der gør det muligt at fravige artikel 22 under de foreliggende omstændigheder, kan indførelsen af denne regel ikke godkendes, og Kommissionens klagepunkt er begrundet.

C — Sagens omkostninger

29. For så vidt den sagsøgte medlemsstat har tabt sagen med hensyn til de to anbringender, der endnu stod tilbage ved retsforhandlingernes afslutning, finder procesreglementets artikel 69, stk. 2, anvendelse. I betragtning af disse to anbringenders betydning (de vedrører begge — i det mindste ligeledes — en krænkelse af traktatens grundlæggende frihedsrettigheder) i forhold til de i stævningen nævnte anbringender, bør den sagsøgte medlemsstat af denne grund for det første betale halvdelen af sagens omkostninger.

30. For så vidt angår den anden halvdel af omkostningerne bør artikel 69, stk. 5, anvendes. Da ingen af parterne har nedlagt særskilt påstand om denne del af omkostningerne (selv om de havde lejlighed til det under retsmødet), bør hver part betale sine omkostninger.

Forslag til afgørelse

31. Af ovenstående grunde skal jeg foreslå Domstolen følgende afgørelse:

»1) Den Italienske Republik har ved at vedtage lov nr. 80/87 om ekstraordinære bestemmelser til fremskyndelse af udførelsen af offentlige bygge- og anlægskontrakter tilsidesat sine forpligtelser i medfør af EØF-traktatens artikel 59 og direktiv 71/305/EØF.

2) Den Italienske Republik betaler halvdelen af omkostningerne. Hvad angår den anden halvdel betaler hver part sine egne omkostninger.«