FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CLAUS GULMANN

fremsat den 12. maj 1993 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. I 1988 indgik Ufficio del Genio Civile di Bolzano, der er en tjeneste under det italienske Ministerium for Offentlige Arbejder, en anlægskontrakt med den italienske virksomhed Collini e Rabbiosi SpA om opførelse af et lavinedige i det såkaldte »Alpe Gallina«-område i Colle Isarco/Brennero, der er et vigtigt trafikalt og turistmæssigt område. Kontrakten blev indgået uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EF-Tidende. Kommissionen har anlagt den foreliggende sag med påstand om, at Den Italienske Republik herved har undladt at opfylde sine forpligtelser i medfør af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [1].

2. Afsnit III i direktiv 71/305 fastsætter regler om offentliggørelse i EF-Tidende af de offentlige bygge- og anlægskontrakter, som de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne vil indgå. Formålet hermed er at gøre det muligt for entreprenører i Fællesskabet at blive bekendt med de påtænkte arbejder og eventuelt at deltage i licitationen. Artikel 12 bestemmer bl.a., at de ordregivende myndigheder, som ønsker at indgå kontrakt om bygge- og anlægsarbejder ved licitation, skal tilkendegive deres hensigt ved bekendtgørelse herom, og at denne bekendtgørelse skal sendes til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer, hvorefter den offentliggøres i EF-Tidende.

3. Den italienske regering, der ikke bestrider, at det pågældende anlægsarbejde er omfattet af direktivet, har gjort gældende, at den manglende offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er hjemlet i direktivets artikel 9, litra d), hvori det bestemmes, at de ordregivende myndigheder kan indgå deres bygge- og anlægskontrakter uden at anvende reglerne om offentliggørelse »i strengt fornødent omfang, når tvingende grunde af uopsættelig karakter i forbindelse med begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder«.

4. Det følger af Domstolens praksis og bestrides ikke af den italienske regering,

— at denne bestemmelse som en undtagelse fra direktivets regler skal fortolkes indskrænkende [2]

— at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen,

* Originalsprog: dansk.

1 — EFT 1971 II, s. 613. Direktivet er gennemført i Italien ved lov nr. 584 af 8.8.1977. Den vigtige ændring af direktivet ved Rådets direktiv 89/440/EØF blev vedtaget efter det i denne sag relevante tidspunkt.

2 — Se Domstolens dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039, præmis 14.

faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem [2], og

— at de i artikel 9, litra d), fastsatte betingelser for at fravige direktivets regler gælder kumulativt [3].

5. Den italienske regering har gjort gældende, at arbejdet med opførsel af et lavinedige i »Alpe Gallina« nødvendigvis måtte påbegyndes i september 1988, og at dette gjorde det umuligt at respektere direktivets krav om offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Den italienske regering har forklaret, at man var nødt til at begynde arbejdet senest i september, hvis man inden vinterens komme skulle kunne nå at konstruere en så tilstrækkelig del af lavinediget, som var nødvendig med henblik på i løbet af vinteren 1988/89 at kunne »indsamle oplysninger om vindforholdene mellem siderne 2030 og 2400 og om bevægelserne i snelagene, efter at hele arbejdet var afsluttet«. Indsamling af disse oplysninger var en forudsætning for gennemførelse af projektet, og den italienske regering har fremhævet, at såfremt denne første del af arbejdet måtte udskydes til efter vinteren 1988/89, ville hele projektet blive forsinket et år [4]. Den italienske regering har i denne forbindelse oplyst, at der i perioden mellem den 21. september 1988, hvor arbejdet blev påbegyndt [5], og den 4. november 1988, hvor arbejdet måtte indstilles på grund af vinteren, blev udført arbejder svarende til 28% af værdien af det samlede projekt [6].

Den italienske regering har endvidere forklaret, at det først var ved fremkomsten af en rapport af 9. juni 1988 fra det italienske Miljøministeriums Geologiske Tjeneste, at man indså, i hvor høj grad det hastede med at få opført et lavinedige i »Alpe Gallina«. Ifølge den italienske regering følger det af rapporten, at særlige, hidtil upåagtede geologiske forhold i det pågældende område bevirker, at risikoen for laviner i høj grad er sandsynlig, konkret og overhængende, og at nævnte tjeneste anbefaler »hasteforanstaltninger«. Den italienske regering har anført, at man indtil den 9. juni 1988 vurderede, at der alene var en generel fare for laviner i »Alpe Gallina«, og at det ikke før fremkomsten af dette resultat af den første geologiske undersøgelse i området kunne forudses, at der var tale om en fare af konkret og overhængende karakter.

På denne baggrund har den italienske regering gjort gældende, at der i overensstemmelse med betingelserne herom i direktivets artikel 9, litra d), forelå såvel *tvingende grunde af uopsættelig karakter* som *en begivenhed, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse*, og at det i perioden mellem den 10. juni 1988, hvor rapporten blev fremlagt, og september 1988, hvor arbejdet nødvendigvis måtte påbegyndes,

3 — Se Domstolens dom af 18.3.1992, sag C-24/91, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1989, præmis 13.

4 — Den italienske regering har oplyst, at de nødvendige oplysninger blev indsamlet i perioden 1.12.1988-30.4.1989 og gav anledning til, at det oprindelige projekt måtte ændres på en række punkter. Arbejdet med opførelse af lavinediget tog i øvrigt ca. tre år og blev afsluttet i oktober 1991.

5 — Den italienske regering har oplyst, at selve kontrakten først blev underskrevet den 10.11.1988.

6 — Der er i sagen fremlagt en beslutning af 28.9.1988 fra Brennero kommune om øjeblikkelig afbrydelse af arbejdet. Beslutningen er begrundet under henvisning til, at der ikke forelå fornoden byggetilladelse. Den italienske regering har under den mundtlige forhandling forklaret, at arbejdet på trods heraf fortsatte uanfægtet indtil den 4.11.1988, hvor det som nævnt måtte indstilles på grund af vinteren. Beslutningen fra Brennero kommune blev i øvrigt suspenderet ved Consiglio di Stato's afgørelse nr. 733 af 15.11.1988, og den 10.4.1989 fastslog Italiens Corte costituzionale, at arbejdet var lovligt.

ikke var muligt at gennemføre en offentliggørelsesprocedure i overensstemmelse med direktivet.

6. Kommissionen har bestridt, at betingelserne i artikel 9, litra d), er opfyldt, og har til støtte herfor fremført en række argumenter, der er gengivet i retsmøderapporten. Det er efter min mening tilstrækkeligt på dette sted at nævne, at Kommissionen har påpeget, at der hengik over tre måneder mellem Den Geologiske Tjenestes forelæggelse af rapporten den 10. juni 1988 og påbegyndelsen af arbejdet den 21. september 1988, og at Kommissionen har gjort gældende, at den italienske regering på denne baggrund ikke kan påberåbe sig tvingende grunde af uopsættelig karakter som grundlag for ikke at følge offentliggørelsesproceduren i henhold til direktivet, idet denne ikke fører til uforholdsmæssigt lange frister. Kommissionen har fremhævet, at en anvendelse af hasteproceduren i forbindelse med bunden licitation i direktivets artikel 15 gør det muligt at begrænse fristerne til i alt 22 dage, nemlig en tolvdagesfrist for modtagelse af ansøgninger om deltagelse, der beregnes fra dagen for udbudsbekendtgørelsens fremsendelse til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer, og en tidagesfrist for modtagelse af bud, der beregnes fra opfordringens dato [7].

7. Udgangspunktet for en stillingtagen til sagen må efter min mening være, at det lægges til grund, at det var uomgængeligt nødvendigt at påbegynde arbejdet i september 1988. I en situation, *hvor* videnskabelige undersøgelser viser, at der er alvorlig lavinefare, og *hvor* en medlemsstats myndigheder vurderer, at det er nødvendigt straks at påbegynde lavineforebyggende arbejde, ville det være uacceptabelt, hvis direktivets krav om offentliggørelse måtte føre til, at dette arbejde udsættes et år med deraf følgende forøget risiko for skader på mennesker og ejendom. Bestemmelsen i artikel 9, litra d), har netop til formål at undgå en sådan situation. Nødvendigheden af at påbegynde arbejdet i september 1988 kan derfor for så vidt siges at konstituere en *tvingende grund af uopsættelig karakter.*

Artikel 9, litra d), stiller imidlertid ikke blot krav om, at der foreligger tvingende grunde af uopsættelig karakter, men tillige om, at disse grunde »*ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder*« (min fremhævelse). Spørgsmålet er, om den italienske regering har løftet sin bevisbyrde for, at de foreliggende tvingende grunde af uopsættelig karakter var uforenelige med en respekt af direktivets offentliggørelsesregler. Det er min opfattelse, at dette spørgsmål må besvares benægtende. Selv om det måtte lægges til grund, at rapporten fra Den Geologiske Tjeneste faktisk udgjorde en uforudseelig begivenhed i den forstand, at dens oplysninger var nye, og at de var udslagsgivende for myndighedernes beslutning om, at arbejdet måtte påbegyndes i 1988, mener jeg ikke, at den italienske regering har dokumenteret, at det ikke var muligt i perioden efter den 10. juni 1988 og indtil den 21. september 1988, dvs. i løbet af en periode på *3 måneder og 11 dage*, at gennemføre en offentliggørelsesprocedure i henhold til hasteproceduren i direktivets artikel 15, hvis frister er på i alt *22 dage*.

8. Den italienske regering har forklaret, at den nødvendige nationale administrative

7 — Se Domstolens dom af 18.3.1992, sag C-24/91, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1989, præmis 15.

procedure for at kunne tildele kontrakten tog tre måneder, hvilket ifølge regeringen var langt kortere end sædvanligt. Den italienske regering hævder således, at det ikke ville have været muligt at påbegynde arbejdet inden vinteren 1988/89, såfremt direktivets regler om offentliggørelse var blevet fulgt, og dette uanset om man havde valgt hasteproceduren i artikel 15. I duplikken har den italienske regering præciseret, at den nødvendige nationale procedure bl.a. indebar »udarbejdelsen af foreløbige projekter og projekter for udførelsen af det arbejde, der skulle udbydes, valget af tilbudsgiver, bestemmelserne i licitationskontrakten og godkendelsen heraf, samt vedtagelse af dekretet om afholdelse af udgifter« — med andre ord »hele proceduren ... fra det foreløbige projekt til vedtagelsen af det dekret, hvorved kontrakten og udgifterne godkendes ...«.

Under den mundtlige forhandling i sagen har den italienske regering oplyst, at anlægsprojektet blev udarbejdet den *18. juni 1988*, at projektet blev godkendt af Udvalget for Teknik og Administration ved Tilsynet med Offentlige Arbejder i Trento den *26. juni 1988* [8], og at de finansielle midler blev stillet til de relevante myndigheders rådighed den *22. juli 1988*.

9. Lad mig hertil for det første bemærke, at det i hvert fald må have været muligt at indlede en udbudsprocedure i overensstemmelse med direktivets regler den 22. juli 1988, på hvilket tidspunkt anlægsprojektet var udarbejdet, og de finansielle midler var stillet til myndighedernes disposition. Selv om en udbudsprocedure i overensstemmelse med hasteproceduren i direktivets artikel 15 først var blevet indledt på dette tidspunkt, kunne den have været afsluttet ca. midt i august, dvs. mere end en måned inden arbejdet skulle påbegyndes. Hvad angår de resterende elementer i den nationale administrative procedure, hvoraf den italienske regering alene udtrykkeligt har nævnt »bestemmelserne i licitationskontrakten og godkendelsen heraf«, har den italienske regering ikke forklaret, endsige dokumenteret, hvorfor det ikke skulle være muligt at bringe de pågældende forhold på plads samtidig med gennemførelsen af udbudsproceduren, således at arbejdets påbegyndelse ikke ville blive yderligere forsinket heraf.

Lad mig for det andet bemærke, at den italienske regering ikke har givet nogen forklaring på, hvorfor det omtalte »dekret om afholdelse af udgifter«, hvorved de nødvendige finansielle midler blev stillet til myndighedernes disposition, først kunne udstedes den 22. juli 1988. Det fremgår af sagen, at beløbet på 10,5 mia. LIT til konstruktion af lavinediget i »Alpe Gallina« blev bevilget allerede ved finanslov nr. 67 af *11. marts 1988*. Det kan endvidere lægges til grund, at de italienske myndigheder havde en positiv pligt til at gøre deres yderste for at respektere fællesskabsreglerne og dermed til så vidt overhovedet muligt at tilvejebringe det nødvendige grundlag for en udbudsprocedure så betids, at en sådan havde kunnet gennemføres i overensstemmelse med direktivet. I lyset af disse forhold forekommer en frist på mere end en måned til udstedelse af et dekret af den pågældende type ikke begrundet.

Lad mig i øvrigt nævne, at det har givet mig anledning til overvejelse — og den italienske

8 — Og ikke den 26.4.1988 som angivet i Italiens svar på Kommissionens åbningsskrivelse, se telex af 15.3.1990 fra Italiens Faste Repræsentation ved De Europæiske Fællesskaber til Kommissionen.

regering er ikke fremkommet med nogen tilfredsstillende begrundelse herfor — om det overhovedet var nødvendigt at afvente udstedelse af et »dekret om afholdelse af udgifter«, før en udbudsprocedure kunne indledes. I lyset af den vedtagne finanslov, og ikke mindst i lyset af at der var tale om et projekt, som hastede, forekommer det mig vanskeligt forståeligt, hvorfor en udbudsprocedure ikke kunne indledes allerede den 18. juni 1988, hvor anlægsprojektet var udarbejdet, eventuelt således at det i udbudsbekendtgørelsen udtrykkeligt blev nævnt, at arbejdets gennemførelse var betinget af bevillingsmyndighedernes endelige godkendelse.

10. På denne baggrund mener jeg, at der kan gives dom efter Kommissionens påstand allerede under henvisning til, at den italienske regering ikke har løftet sin bevisbyrde for, at de påberåbte tvingende grunde af uopsættelig karakter var uforenelige med de i direktivets artikel 15 fastsatte frister for gennemførelse af en offentliggørelsesprocedure [9].

11. Måtte Domstolen finde, at den italienske regering har løftet sin bevisbyrde for, at det ikke var muligt at gennemføre en udbudsprocedure i overensstemmelse med direktivets regler i perioden mellem den 10. juni 1988 og den 21. september 1988, giver sagen anledning til at tage stilling til, hvorvidt rapporten fra Den Geologiske Tjeneste udgjorde en *uforudseelig begivenhed* i den i direktivets artikel 9, litra d), angivne forstand.

12. Kommissionen synes at bestride, at en videnskabelig rapport af den pågældende type kan udgøre en uforudseelig begivenhed i direktivets forstand. Denne opfattelse forekommer mig uholdbar. En videnskabelig rapport, hvis konklusioner er nye og uforudsigelige i forhold til det hidtidige vidensgrundlag, vil efter min mening kunne begrunde og berettige en undtagelse fra direktivets regler.

13. Dette er imidlertid ikke afgørende i den foreliggende sags sammenhæng. Det er nemlig i sig selv tvivlsomt, om den pågældende rapport faktisk havde den betydning, som den italienske regering hævder.

Det er i denne forbindelse vigtigt at holde sig for øje, at artikel 9, litra d), kræver, at der foreligger »tvingende grunde af uopsættelig karakter *i forbindelse med* begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse« (min fremhævelse) [10]. Der stilles med andre ord krav om årsagsforbindelse mellem den af den italienske regering påberåbte uforudseelige begivenhed og de tilstedeværende tvingende grunde af uopsættelig karakter. Uanset om de ordregivende myndigheder kunne forudse indholdet af rapporten fra Den Geologiske Tjeneste eller ej, må en opfyldelse af betingelserne i artikel 9, litra d), forudsætte, at myndighedernes vurdering af og beslutning om, at det var nødvendigt at påbegynde arbejdet i 1988, havde *forbindelse med* fremkomsten af denne rapport. Efter min opfattelse må det på grundlag af de faktiske oplysninger i sagen kunne lægges til grund, at den italienske regering ikke har godtgjort, at rapporten var udslagsgivende for myndighedernes vurdering af, at det var nødvendigt at påbegynde arbejdet i 1988. De faktiske oplysninger tyder tværtimod på, at nødvendigheden af at påbegynde arbejdet i 1988 var indset inden

9 — Se i samme retning Domstolens dom af 18.3.1992, Kommissionen mod Spanien, sag C-24/91, Sml. I, s. 1989, præmis 14.

10 — I den franske version: »l'urgence impérieuse *résultant* d'évènements imprévisibles« (min fremhævelse).

fremkomsten af rapporten af 9. juni 1988, at de relevante myndigheder allerede inden da havde påbegyndt udarbejdelsen af projektet, og at de derfor har haft tilstrækkelig tid til at gennemføre en offentliggørelsesprocedure i overensstemmelse med direktivets regler.

Jeg støtter denne opfattelse på følgende oplysninger:

— Ufficio del Genio Civile di Bolzano udarbejdede allerede den *4. marts 1986* en rapport, hvori det bl.a. konkluderes, at der i »Alpe Gallina« »objektivt er risiko for laviner, der med ca. 50 års mellemrum kan berøre trafikårerne i bunden af dalen«, og at »der er grundlag for at fastslå, at der aktuelt foreligger tvingende grunde, der gør det umuligt at udskyde opførelsen af lavinediger i al fald i Alpe Gallina, således at forbindelseslinjerne til landene på den anden side af Alperne bliver sikre« [11].

— Den *3. april 1987* afholdtes et møde indkaldt af assessore regionale og med deltagelse af borgmesteren i Brennero, præsidenten for Auto-Brennero og chefen for regionen ANAS-Bolzano, hvorunder »det blev anerkendt, at der foreligger tvingende grunde, der gør det umuligt at udsætte arbejdet ...« [12].

— Den *22. januar 1988* anførte borgmesteren i Brennero følgende i sin skrivelse nr. 186: »Kommunalforvaltningen i Brennero skal efter at være blevet bekendt med, at tillægsbevillingslov af 1988 ... indeholder en bevilling på 10 500 000 000 LIT til opførelsen af lavinediger i Alpe Gallina ... og på baggrund af dette arbejdes hastende karakter ... anmode de kompetente myndigheder om at træffe ... de tekniske og administrative foranstaltninger, der er nødvendige for, *at arbejdet kan begynde straks og fortsættes i indeværende halvår*, således at tildelingen af arbejdet gennemføres som en hastesag uden de forsinkelser, der normalt er forbundet med andre fremgangsmåder for tildeling, *hvorved man vinder et helt år* og for fremtiden afværger den store lavinefare i dette område. En sådan hurtig gennemførelse kan efter vor mening kun opnås ved at benytte ... det materiel, der allerede til almindelig tilfredshed og i god tid før de fastsatte frister har udført lignende arbejde i tilstødende områder, der også ligger i Brennero Kommune ...« (min fremhævelse) [13].

— Den *11. marts 1988* blev der som nævnt afsat 10,5 mia. LIT på finansloven til konstruktion af et lavinedige i »Alpe Gallina«. Den italienske regering har under den mundtlige forhandling i sagen forklaret, at dette beløb blev fordelt på tre år, nemlig med 5 mia. i 1988, 3 mia. i 1989 og 2,5 mia. i 1990.

11 — Rapporten er fremlagt som bilag til den italienske regerings besvarelse af Domstolens spørgsmål.

12 — Se telex af 15.3.1990 fra Italiens Faste Repræsentation ved De Europæiske Fællesskaber til Kommissionen.

13 — Skrivelsen er fremlagt som bilag 2 til den italienske regerings besvarelse af Domstolens spørgsmål. Det bemærkes i denne forbindelse, at det af ovennævnte rapport af 4.3.1986 fremgår, at der den 24.1.1980 blev indgået kontrakt om lavineforebyggende arbejde i de tilstødende områder med virksomheden Collini e Rabbiosi, med hvem også den i den foreliggende sag omtvistede kontrakt blev indgået.

— Den *10. maj 1988* blev Den Geologiske Tjeneste anmodet om at udarbejde den omtalte rapport vedrørende de geologiske forhold i området.

Rapporten blev med andre ord udarbejdet efter og formentlig i anledning af, at det var blevet besluttet at opføre et lavinedige, og skulle efter alt at dømme netop danne grundlag for udarbejdelse af dette anlægsprojekt. Meget tyder i øvrigt på, at man allerede inden fremkomsten af rapporten af 9. juni 1988 havde tilvejebragt en betydelig del af det for udarbejdelse af et anlægsprojekt nødvendige tekniske og videnskabelige grundlag, idet det forekommer mindre sandsynligt, at et anlægsprojekt i modsat fald skulle kunne udarbejdes i det korte tidsrum mellem den 10. juni 1988, hvor rapporten blev fremlagt, og den 18. juni 1988, hvor anlægsprojektet ifølge den italienske regerings egne oplysninger var udarbejdet.

Dette forløb viser efter min opfattelse, at myndighederne længe havde været klar over, at det hastede med at få konstrueret et lavinedige i »Alpe Gallina«, og at det allerede i forbindelse med finanslovens vedtagelse i marts 1988 var forudsat, at dette arbejde skulle påbegyndes i 1988. Således havde borgmesteren i Brennero allerede i januar 1988 gjort opmærksom på betydningen af at »indhente et år«. Hertil kommer, at den italienske regering ved sin besvarelse af Kommissionens åbningsskrivelse den 15. marts 1990 på ingen måde giver udtryk for, at rapporten af 9. juni 1988 skulle være af udslagsgivende karakter. Tværtimod anfører den italienske regering i denne skrivelse, at rapporten af 9. juni 1988 blot bekræftede »de grunde af hastende og uopsættelig karakter«, som man havde været bekendt med siden marts 1986, og det er først i svarskriftet, at den italienske regering hævder, at denne rapport var afgørende for myndighedernes beslutning om, at arbejdet skulle påbegyndes i 1988.

14. Jeg mener på denne baggrund at kunne konkludere, at uanset om rapporten af 9. juni 1988 viste, at risikoen for laviner i »Alpe Gallina« var mere alvorlig end hidtil antaget, så var denne rapport ikke afgørende for myndighedernes vurdering af og beslutning om, at konstruktionen af et lavinedige skulle påbegyndes i 1988. Beslutningen herom blev efter alt at dømme truffet på et så tidligt tidspunkt, at en offentliggørelsesprocedure i overensstemmelse med direktivets regler uden vanskeligheder ville kunne være blevet gennemført på en måde, som var fuldt forenelig med en påbegyndelse af arbejdet i september 1988.

15. Jeg skal derfor subsidiært foreslå Domstolen at give dom efter Kommissionens påstand under henvisning til, at den italienske regering ikke har løftet sin bevisbyrde for, at der var den fornødne årsagsforbindelse mellem den af regeringen påberåbte uforudseelige begivenhed og de tilstedeværende tvingende grunde af uopsættelig karakter.

Forslag til afgørelse

Jeg skal herefter foreslå Domstolen

— at fastslå, at Den Italienske Republik har undladt at opfylde sine forpligtelser i medfør af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, idet den har besluttet at indgå kontrakt om bygning af et lavinedige i Colle Isarco/Brennero og undladt at tilstille Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en udbudsbekendtgørelse, og

— at dømme Den Italienske Republik til at betale sagens omkostninger.