DOMSTOLENS DOM
18. maj 1995 *

I sag C-57/94,

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

sagsøger,

mod

Den Italienske Republik ved professor Umberto Leanza, chef for Servizio del contenzioso diplomatico i Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato Pier Giorgio Ferri, 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 har tilsidesat sine forpligtelser efter Rådets 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), idet provinsforvaltningen i Ascoli Piceno underhånden afsluttede kontrakt om det ellevte og det tolvte supplerende projekt til færdiggørelse af motortrafikvejsstrækningen »Ascoli-Mare«, betegnet »IV-delprojekt 5134«, og undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*,

har

* Processprog: italiensk.

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene F.A. Schockweiler (refererende dommer), P.J.G. Kapteyn og P. Jann, samt dommerne G.F. Mancini, C.N. Kakouris, J.C. Moitinho de Almeida, J.L. Murray, J.-P. Puissochet, G. Hirsch og H. Ragnemalm,

generaladvokat: M.B. Elmer
justitssekretær: fuldmægtig L. Hewlett,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 14. februar 1995,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 28. marts 1995,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 9. februar 1994 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber anlagt sag i medfør af EF-traktatens artikel 169 med påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik har undladt at opfylde sine forpligtelser i henhold til Rådets 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, herefter benævnt »direktiv 71/305«), idet provinsforvaltningen i Ascoli Piceno underhånden afsluttede kontrakt om det ellevte og det tolvte supplerendeprojekt til

færdiggørelse af motortrafikvejsstrækningen »Ascoli-Mare«, betegnet »IV-delprojekt 5134«, og undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

2 I begyndelsen af 1970'erne tildelte provinsforvaltningen i Ascoli Piceno virksomheder en række arbejder, der omfattede bygning af en motortrafikvej, som skulle sikre trafikforbindelsen mellem byen Ascoli Piceno og henholdsvis motorvej A 14 og hovedlandevej nr. 16, som løber langs med Adriaterhavskysten. Disse arbejder var opdelt i fire delprojekter.

3 Delprojekt IV blev tildelt virksomheden Rozzi Costantino. De under dette delprojekt henhørende arbejder blev senere udvidet med tolv supplerende projekter, hvilket resulterede i, at vejstrækningen blev væsentligt længere end oprindeligt planlagt. Udførelsen af de arbejder, som var forbundet med disse supplerende projekter, blev tildelt den samme virksomhed, Rozzi Costantino. Hvad angår de arbejder, som var forbundet med det ellevte og det tolvte supplerende projekt, afsluttede provinsforvaltningen i Ascoli Piceno den 21. maj 1990 underhånden en kontrakt for et beløb på i alt 36 250 000 000 LIT.

4 Da Kommissionen fandt, at tildelingen af kontrakten for de arbejder, som var forbundet med de to supplerende projekter, var omfattet af direktiv 71/305 og ikke var omfattet af nogen af de undtagelsesbestemmelser, som er nævnt i artikel 9 — hvorfor der i overensstemmelse med direktivets krav burde have været offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* — opfordrede den ved skrivelse af 17. januar 1991 i medfør af EØF-traktatens artikel 169 den italienske regering til inden 30 dage at fremsætte sine bemærkninger vedrørende det traktatbrud, som Kommissionen hermed foreholdt den at have begået.

5 Da Kommissionen ikke modtog noget svar fra den italienske regering inden for den fastsatte frist, genfremsatte den sine synspunkter i den begrundede udtalelse, som den tilsendte Den Italienske Republik den 1. august 1991, oghvori den

konstaterede, at »Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i medfør af direktiv 71/305/EØF, idet provinsforvaltningen i Ascoli Piceno underhånden har afsluttet kontrakt om bygningen af motortrafikvejsstrækningen 'Ascoli-Mare', betegnet 'delprojekt IV', og ikke har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.« Kommissionen opfordrede Den Italienske Republik til at efterkomme den begrundede udtalelse inden for en frist på to måneder.

6 Ved skrivelse af 30. december 1991 tilsendte den italienske regering Kommissionen et notat af 31. oktober 1991, hvori provinsforvaltningen i Ascoli Piceno havde givet en række nærmere oplysninger om den pågældende kontrakt og som begrundelse for, at kontrakten var blevet tildelt virksomheden Rozzi Costantino, havde påberåbt sig artikel 5, litra b), i lov nr. 584 af 8. august 1977, hvorved artikel 9, litra b), i direktiv 71/305 var blevet gennemført i italiensk ret.

7 Da Kommissionen fandt, at denne meddelelse ikke udgjorde et tilfredsstillende svar på dens begrundede udtalelse, anlagde den sag ved Domstolen ved stævning indleveret til Justitskontoret den 6. juli 1992, hvori den nedlagde påstand om, »at det fastslås, at Den Italienske Republik har undladt at opfylde sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, idet den i stedet for at gribe ind fra begyndelsen for at hindre retsfølger i strid med fællesskabsretten har accepteret, at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno underhånden afsluttede kontrakt om det ellevte og det tolvte supplerende projekt til færdiggørelse af motortrafikvejsstrækningen 'Ascoli-Mare', betegnet 'IV-delprojekt 5134' og undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*«.

8 I sin dom af 12. januar 1994 (sag C-296/92, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1) fastslog Domstolen, at der var forskel på påstandene i den begrundede

udtalelse og i Kommissionens stævning, og afviste derefter sagen med den begrundelse, at genstanden for et søgsmål i henhold til EØF-traktatens artikel 169 fastlægges under den forudgående administrative procedure, som er foreskrevet i denne traktatbestemmelse, hvorfor stævningen ikke må støttes på andre klagepunkter end dem, der er fremsat i den begrundede udtalelse.

9 Kommissionen har herefter anlagt nærværende sag uden at iværksætte en ny forudgående administrativ procedure.

Formaliteten

10 Den italienske regering har gjort gældende, at Kommissionen efter afsigelsen af Domstolens dom af 12. januar 1994 burde have gentaget hele den administrative procedure, der er foreskrevet i traktatens artikel 169, eller i hvert fald burde have fremsat en udtalelse som supplement til den begrundede udtalelse af 1. august 1991.

11 Til støtte herfor har den italienske regering for det første anført, at Domstolen ikke begrundede afvisningen af sag C-296/92 med, at der som sådan var begået fejl under den administrative procedure eller var mangler i processkrifterne, men med den nødvendige funktionelle sammenhæng mellem disse to stadier.

12 Dette argument er ubegrundet. Det fremgår klart af dommen af 12. januar 1994, at afvisningen af sagen beroede på, at Kommissionen i stævningen havde formuleret klagepunktet anderledes end i den begrundede udtalelse. I stævningen havde Kommissionen nemlig nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik

havde tilsidesat sine forpligtelser efter direktiv 71/305 ved at acceptere — i stedet for at gribe ind for at hindre retsfølgerne heraf — at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno tildelte den omtvistede kontrakt under anvendelse af fremgangsmåden med underhåndsaftale og undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, mens den i den begrundede udtalelse havde foreholdt Den Italienske Republik, at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno havde anvendt denne fremgangsmåde.

13 I øvrigt må det fremhæves, at de faktiske omstændigheder i sag C-296/92 og i denne sag er de samme. Begge sager drejer sig om, at provinsforvaltningen i Ascoli Piceno tildelte den omtvistede kontrakt under anvendelse af fremgangsmåden med underhåndsaftale og undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

14 Det må derfor konkluderes, at det for at udbedre de mangler, som Domstolen har fastslået i dommen af 12. januar 1994, var tilstrækkeligt, at Kommissionen indgav en stævning, som var baseret på de samme klagepunkter, anbringender og argumenter som den begrundede udtalelse af 1. august 1991.

15 For det andet har den italienske regering anført, at Kommissionen i den begrundede udtalelse af 1. august 1991 havde gjort gældende, at anvendelsen af fremgangsmåden med underhåndsaftale ikke var begrundet i sådanne usædvanlige, uopsættelige omstændigheder som dem, der kræves efter artikel 9, litra d), i direktiv 71/305, mens den i stævningen havde gjort gældende, at anvendelsen af denne fremgangsmåde ikke var begrundet i sådanne »tekniske årsager«, som kræves efter direktivets artikel 9, litra b).

16 Den italienske regering kan ikke støtte nogen ret på dette forhold. Det må nemlig fastslås, som generaladvokaten anførte i punkt 12 i sit forslag til afgørelse, at den af

den italienske regering fremhævede forskel beroede på, at regeringen ikke selv havde besvaret den åbningsskrivelse, som Kommissionen tilsendte den den 17. januar 1991, men først i sit forsinkede svar på Kommissionens begrundede udtalelse påberåbte sig artikel 9, litra b), i direktiv 71/305 som begrundelse for, at tildelingen af den anfægtede kontrakt var foretaget under anvendelse af fremgangsmåden med underhåndsaftale.

17 I øvrigt bemærkes, at når den italienske regering ikke inden for den fastsatte frist gav nogen begrundelse for det påtalte forhold, kunne Kommissionen såvel under den administrative procedure som i stævningen blot have gjort gældende, at den i sagen omhandlede situation ikke udgjorde nogen af de undtagelsestilfælde, som efter artikel 9 i direktiv 71/305 kan begrunde anvendelsen af en fremgangsmåde med underhåndsaftale, uden grundigt at have undersøgt nogen af de omstændigheder, som den i mangel af tilstrækkelige oplysninger mente, der i givet fald navnlig ville kunne påberåbes.

18 Af det anførte følger, at sagen må fremmes til realitetsbehandling.

Realiteten

19 Parterne er enige om, at kun artikel 9, litra b), i direktiv 71/305 i givet fald vil kunne begrunde, at fremgangsmåden med underhåndsaftale blev anvendt ved tildelingen af den omtvistede kontrakt. Efter denne bestemmelse kan de ordregivende myndigheder indgå deres bygge- og anlægskontrakter uden at anvende direktivets bestemmelser, navnlig bestemmelserne om offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, såfremt der er tale om »arbejder, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, som hænger sammen med beskyttelse af en eneret, ikke kan overdrages til andre end én bestemt entreprenør«.

20 Den italienske regering har for det første gjort gældende, at selv om begrebet »tekniske årsager« i artikel 9, litra b), i direktiv 71/305 skal fortolkes indskrænkende, må fortolkningen ikke gå så vidt, at den berøver denne undtagelsesbestemmelse enhver praktisk betydning. Regeringen har derfor bestridt, at begrebet »tekniske årsager« — som kan begrunde, at en bestemt entreprenør får overdraget udførelsen af arbejderne — skal forstås således, at der hermed sigtes udelukkende til den situation, hvor kun én bestemt virksomhed har den nødvendige tekniske kapacitet til at udføre visse arbejder. Regeringen har anført, at sådanne tekniske årsager også kan bero på objektive omstændigheder og betingelser, som har indvirkning på udførelsen af arbejderne i en konkret situation.

21 Den italienske regering har for det andet anført, at der i den foreliggende sag forelå de »tekniske årsager« som nævnt i artikel 9, litra b), i direktiv 71/305, der medførte, at den omtvistede kontrakt kun kunne tildeles en bestemt entreprenør, nemlig den samme, som i forvejen havde fået overdraget de igangværende arbejder. I den forbindelse har regeringen anført, at der var en indbyrdes teknisk sammenhæng mellem disse arbejder og de arbejder, der var forbundet med den omtvistede kontrakt. Det var nemlig umuligt dels at afslutte de arbejder, der var forbundet med det tiende supplerende projekt, før en vis del af strukturerne i det ellevte og tolvte projekt var gennemført, dels at etablere to forskellige byggepladser på samme tid på grund af de meget trange forhold på anlægsstederne, ligesom det var umuligt at gennemføre det igangværende arbejde og de omtvistede arbejder hver for sig på grund af den snævre sammenhæng i fundamenternes strukturer.

22 Kommissionen har bestridt, at de anførte forhold kan betegnes som »tekniske årsager« i henhold til artikel 9, litra b), i direktiv 71/305. Den har til støtte herfor henvist til en teknisk udtalelse fra en uafhængig sagkyndig, hvoraf i det væsentlige fremgår, at de tre argumenter, som den italienske regering har påberåbt sig, er udtryk for det samme tekniske krav, nemlig en overordnet ledelse af arbejderne og

disses koordinering samt pilotering, og at der under alle omstændigheder måtte sikres en koordinering i tid og rum mellem de igangværende og de omtvistede arbejder, uanset om det var den samme virksomhed, som fik overdraget alle arbejderne.

23 Det fremgår af Domstolens dom af 10. marts 1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039, præmis 14), at bestemmelserne i artikel 9 i direktiv 71/305, som tillader fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de traktatfæstede rettigheder i sektoren for offentlige bygge- og anlægskontrakter bliver virksomme, må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem.

24 Når henses til ordlyden af artikel 9, litra b), i direktiv 71/305, var den italienske regering for at kunne tildele den omtvistede kontrakt efter fremgangsmåden med underhåndsaftale forpligtet til at godtgøre, ikke blot at der forelå de nødvendige »tekniske årsager« som nævnt i bestemmelsen, men også, at disse »tekniske årsager« gjorde det uomgængeligt nødvendigt at tildele den omtvistede kontrakt til virksomheden Rozzi Costantino, som i forvejen havde fået de igangværende arbejder overdraget.

25 Hertil bemærkes, at uanset om de omstændigheder, som den italienske regering har påberåbt sig, vil kunne betegnes som »tekniske årsager« i henhold til artikel 9, litra b), i direktiv 71/305, må det konstateres, at regeringen ikke har fremlagt bevis for, at disse omstændigheder gjorde det uomgængeligt nødvendigt at tildele den pågældende virksomhed den omtvistede kontrakt.

26 Den italienske regering har under sagen fremlagt nogle projekter for de pågældende arbejder og en række fotografier, ligesom den under henvisning til en

række tekniske forklaringer fra den ledende tekniske ingeniør ved provinsforvaltningen i Ascoli Piceno har påberåbt sig, at der var en indbyrdes teknisk sammenhæng mellem de igangværende og de omtvistede arbejder.

27 Regeringen har imidlertid ikke på overbevisende måde godtgjort — om nødvendigt ved at imødegå de konstateringer og konklusioner, som fremgår af den af Kommissionen fremlagte tekniske erklæring, ved fremlæggelse af en modstående teknisk erklæring, ligeledes afgivet af en uafhængig sagkyndig — at de vanskeligheder, som beroede på den indbyrdes tekniske sammenhæng mellem arbejderne, ikke kunne være overvundet, såfremt de omtvistede arbejder var blevet overdraget en anden virksomhed end den, der havde fået overdraget de igangværende arbejder, hvorfor arbejderne kun havde kunnet overdrages til den samme virksomhed.

28 Af det anførte følger, at der må gives Kommissionen medhold i dens påstand.

Sagens omkostninger

29 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, tilpligtes den tabende part at betale sagens omkostninger. Den Italienske Republik har tabt sagen og bør derfor dømmes til at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1) **Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser efter Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, idet provinsforvaltningen i Ascoli Piceno afsluttede kontrakt underhånden om det ellevte og tolvte supplerende projekt til færdiggørelse af motortrafikvejsstrækningen »Ascoli-Mare«, betegnet »IV-delprojekt 5134«, og undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.**

2) **Den Italienske Republik betaler sagens omkostninger.**

Rodríguez Iglesias Schockweiler Kapteyn Jann

Mancini Kakouris Moitinho de Almeida Murray

Puissochet Hirsch Ragnemalm

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. maj 1995.

R. Grass G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær Præsident