FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 8. november 2006 [1]

I — Indledning

1. Kommissionen har i medfør af artikel 226 EF anlagt sag ved Domstolen med påstand om, at det fastslås, at Italien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og 49 EF samt i henhold til Rådets direktiver om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler (direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992) [2], aftaler om offentlige indkøb (direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993) [3] og offentlige bygge- og anlægskontrakter (direktiv 93/37/EØF, ligeledes af 14.6.1993) [4] samt ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (direktiv 93/38/EØF, ligeledes af 14.6.1993) [5].

2. Kommissionen har anført, at til grund for tilsidesættelsen ligger artikel 2, stk. 1 og 5, artikel 17, stk. 12, artikel 27, stk. 2, artikel 28, stk. 4, artikel 30, stk. 6a, artikel 37b og artikel 37c, stk. 1, i lov nr. 109 af 11. februar 1994, legge quadro in materia di lavori pubblici (rammelov om offentlige kontrakter) [6]. Tilsidesættelsen består konkret af følgende: 1) udelukkelse af blandede kontrakter fra anvendelsesområdet for lov nr. 109/94, hvis de accessoriske arbejder udgør mere end halvdelen af kontraktens værdi, 2) mulighed for direkte tildeling af en kontrakt til indehaveren af en byggetilladelse eller udstykningsplan, når arbejdernes værdi ikke overstiger de tærskelværdier, der er fastsat i direktiv 93/37, 3) fremgangsmåden ved tildeling af kontrakter om planlægning, ledelse og inspektion af bygge- og anlægsarbejder, hvis værdi er mindre end de fællesskabsretlige tærskelværdier, 4) mulighed for at tildele

1 — Originalsprog: spansk.

2 — EFT L 209, s. 1. Direktivet blev ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 (EFT L 328, s. 1) og Kommissionens direktiv 2001/78/EF af 13.9.2001 (EFT L 285, s. 1). Det er med undtagelse af artikel 41 ophævet med virkning fra den 31.1.2006 ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 134, s. 114).

3 — EFT L 199, s. 1, ligeledes ændret og ophævet ved de i fodnote 2 nævnte direktiver.

4 — EFT L 199, s. 54, ligeledes ændret og ophævet ved de i fodnote 2 nævnte direktiver.

5 — EFT L 199, s. 84, ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af 16.2.1998 (EFT L 101, s. 1) og direktiv 2001/78 og ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) (EFT L 134, s. 1).

6 — GURI nr. 41 af 19.2.1994, ændret flere gange.

den ansvarlige for projektet ledelsesopgaven, når hverken den ordregivende myndighed eller andre offentlige enheder kan varetage denne, 5) fremgangsmåden ved tildeling af kontrolopgaver til eksterne personer og 6) ordningen for privatfinansierede bygge- og anlægsarbejder.

3. Disse klagepunkter rejser to spørgsmål af almen interesse, som skal undersøges nærmere, nemlig dels spørgsmålet om, hvilke kriterier der skal anvendes ved afgørelsen af, om de fællesskabsretlige bestemmelser om tildeling af kontrakter skal anvendes på blandede kontrakter, dels spørgsmålet, om principperne om gennemsigtighed og ligebehandling skal overholdes ved tildeling af kontrakter, hvis værdi er mindre end de tærskelværdier, der er fastsat i direktiverne.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

1. EF-traktaten

4. Artikel 43, stk. 1, EF bestemmer følgende: »Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.«

5. Artikel 49, stk. 1, EF bestemmer følgende: »Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.«

2. Direktiverne om offentlige kontrakter

6. Direktiv 92/50, 93/36, 93/37 og 93/38 blev vedtaget for på én gang at gennemføre etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 43 EF og 49 EF inden for området for offentlige kontrakter. Blandt de vigtigste bestemmelser i disse direktiver er dem, som fastsætter deres respektive anvendelsesområder ved hjælp af forskellige tærskler, således at kontrakter, hvis værdi er mindre end de fastsatte beløb, ikke er omfattet heraf (artikel 7 i direktiv 92/50, artikel 5 i direktiv 93/36, artikel 6 i direktiv 93/37 og artikel 14 i direktiv 93/38).

7. Jeg vil henvise til andre konkrete bestemmelser i forbindelse med min gennemgang af klagepunkterne.

B — *Den italienske lovgivning*

8. De nævnte direktiver er gennemført i italiensk ret ved lov nr. 109/94, som ændret ved artikel 7 i lov nr. 166 af 1. august 2002 [7].

1. Blandede kontrakter

9. I artikel 2, stk. 1, i lov nr. 109/94, som afgrænser lovens anvendelsesområde, defineres offentligt bygge- og anlægsarbejde som byggeri og anlæg, nedrivning, genoprettelse, genopførsel, restaurering og vedligeholdelse. Det fremgår, at loven også finder anvendelse på blandede kontrakter bestående af bygge- og anlægsarbejde, indkøb og tjenesteydelser og på kontrakter om indkøb eller tjenesteydelser, som omfatter accessoriske arbejder til en anslået værdi af mere end halvdelen af kontraktens værdi.

10. Artikel 3, stk. 3, i lovdekret nr. 157 af 17. marts 1995 [8] indeholder en tilsvarende bestemmelse for både blandede kontrakter bestående af bygge- og anlægsarbejde og tjenesteydelser og kontrakter om tjenesteydelser, som omfatter accessoriske arbejder.

2. Bygge- og anlægsarbejder i byzoner

11. Artikel 2, stk. 5, i lov nr. 109/94 fritager følgende fra ordningen: a) foranstaltninger foretaget direkte af private under fradrag af afgifter erlagt vedrørende byggetilladelser, b) foranstaltninger som følge af forpligtelserne i artikel 28, stk. 5, i lov nr. 1150 af 17. august 1942 [9] og c) hertil svarende arbejder. Hvis arbejderne — enkeltvis betragtet, når der er tale om flere opgaver — har en værdi, der overstiger de fællesskabsretlige tærskelværdier, skal kontrakterne tildeles efter proceduren i henhold til direktiv 93/37.

12. Det fremgår af artikel 1 og 31 i lov nr. 1150/42 og af artikel 3 og 11 i lov

7 — »Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti«, GURI nr. 181 af 3.8.2002.

8 — »Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi«, GURI nr. 104 af 6.5.1995.

9 — »Legge urbanistica«, GURI nr. 244 af 16.10.1942.

nr. 10 af 28. januar 1977 [10], at indehaveren af byggetilladelsen selv kan udføre bygge- og anlægsarbejderne og helt eller delvist modregne omkostningerne i de skyldige afgifter.

3. Planlægning, ledelse og inspektion af bygge- og anlægsarbejder, hvis værdi er mindre end de fællesskabsretlige tærskelværdier

13. De kompetente organer kan i medfør af artikel 17, stk. 12, i lov nr. 109/94 tildele de i stk. 1, litra d)-g), omhandlede personer kontrakter om planlægning og ledelse af bygge- og anlægsarbejder til en værdi af mindre end 100 000 EUR, idet der dog ved valget af personen skal foretages en bedømmelse af dennes erfaring og faglige kapacitet og angives en begrundelse for valget.

14. I henhold til artikel 30, stk. 6a, i samme lov kan inspektionen af bygge- og anlægsarbejderne desuden overlades til de bydendes tekniske afdelinger eller til de i artikel 30, stk. 6a, litra a), omhandlede kontrolorganer, og — når værdien ligger under fællesskabstærsklerne — til personer, som nyder den ordregivende myndigheds tillid.

4. Ledelse af bygge- og anlægsarbejder

15. I henhold til artikel 27, stk. 2, i lov nr. 109/94 skal den ordregivende myndighed i andre tilfælde end de i artikel 17, stk. 4, omhandlede, hvor den selv leder bygge- og anlægsarbejderne, tildele kontrakten om ledelsen af arbejdet til følgende i nævnte rækkefølge: 1) andre offentlige myndigheder, 2) den ansvarlige for konstruktionsarbejdet ifølge artikel 17, stk. 4, eller 3) andre personer, som på forhånd er udpeget i overensstemmelse med de nationale bestemmelser.

5. Kontrolopgaver

16. I henhold til artikel 28, stk. 4, i lov nr. 109/94 skal kontrakter vedrørende kontrolopgaver tildeles en, to eller tre højt kvalificerede eksperter på det pågældende område, som, under hensyntagen til arbejdernes art, kompleksitet og værdi, udvælges blandt den ordregivende myndigheds egne medarbejdere, medmindre det konstateres og dokumenteres, at myndigheden ikke råder over medarbejdere med de nævnte kvalifikationer.

17. Disse bestemmelser skal sammenholdes med artikel 188 i dekret fra republikkens præsident nr. 554 af 21. december 1999 [11],

10 — »Norme per la edificabilità dei suoli«, GURI nr. 27 af 29.1.1977.

11 — »Regolamento d'attuazione della Legge quadro in materia di Lavori Pubblici 11 Febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni«, GURI nr. 98 af 28.4.2000.

som gennemfører lov nr. 109/94. Det følger af artikel 188, stk. 1, 3, 8, 9, 11, 12 og 13, at den ordregivende myndighed inden for 30 dage efter afslutningen af bygge- og anlægsarbejdet skal tildele opgaven vedrørende kontrollen heraf til sine medarbejdere, alt efter arbejdets art, kategori, kompleksitet og værdi og efter visse på forhånd fastsatte kriterier. Hvis ingen medarbejdere har de krævede kvalifikationer, vælges en ekstern ekspert, som er opført i fortegnelser hos Ministero dei Lavori Pubblici (ministeriet for offentlige bygge- og anlægsarbejder) eller hos de selvstyrende regioner og provinser. Den valgte person skal opfylde de anførte betingelser og have været i besiddelse af sit kvalifikationsbevis i mindst ti år, når der er tale om strukturarbejder eller arbejder til en værdi af mindst 5 mio. EUR, eller i mindst fem år, når der er tale om arbejder til en værdi af mindre end 1 mio. EUR. Den pågældende person pålægges desuden forskellige begrænsninger. Hvis sådanne fortegnelser ikke findes, kan den ordregivende myndighed tildele kontrakten efter bedste skøn til enhver, som opfylder de fastsatte betingelser.

6. Privatfinansierede bygge- og anlægsarbejder

18. Artikel 37a, 37b og 37c i lov nr. 109/94 omhandler tildelingen af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, der finansieres helt eller delvist af private.

19. I henhold til artikel 37a kan private indgive forslag om offentlige bygge- og anlægsarbejder eller almennyttige projekter og indgå kontrakter herom, hvorved de påtager sig finansieringen og ledelsen. Den ordregivende myndighed skal i denne forbindelse rettidigt offentliggøre en vejledende bekendtgørelse.

20. Proceduren for udvælgelse af virksomheden er fastsat i artikel 37b. Først evalueres forslagene med hensyn til bygning, byplanlægning, miljø, projektets kvalitet, funktionalitet, formål, tilgængelighed for brugerne, afkast, udgifter til drift og vedligeholdelse, koncessionens varighed, frister for gennemførelse, afgifter, kontrolsystem og planernes økonomiske værdi. Når det er fastslået, at ingen omstændigheder er til hinder for gennemførelsen af arbejderne, og når eventuelle anmodninger om høring fra initiativtagere er efterkommet, undersøges det, om nogle af forslagene er i offentlighedens interesse. I givet fald anvendes den begrænsede udbudsprocedure i artikel 37c, stk. 1, med henblik på afgivelse af yderligere to tilbud. Tildelingen af kontrakten sker ved udbud efter forhandling, hvor initiativtagerens forslag konkurrerer med de øvrige to forslag, idet man herved anvender den særlige regel i artikel 37c, in fine, om, at den virksomhed tildeles kontrakten, som under proceduren tilpasser sit tilbud efter de ændringer, som den ordregivende myndighed foreslår.

III — Den administrative procedure

21. Kommissionen modtog flere klager vedrørende virkningerne af lov nr. 109/94 og fik herved kendskab til de foreslåede ændringer af denne, og den meddelte den 12. april 2002 de italienske myndigheder, at nogle af bestemmelserne i loven var uforenelige med fællesskabsretten.

22. Den Italienske Republik gav i et brev af 17. juni 2002 og under et møde afholdt i Rom den 23. juli 2002 udtryk for sin vilje til at ændre lov nr. 109/94 på den ønskede måde.

23. Efter vedtagelsen af ændringerne ved lov nr. 166/2002 var Kommissionen af den opfattelse, at nogle af bestemmelserne heri var i strid med Den Europæiske Unions retsorden, og den tilsendte derfor den 19. december 2002 Den Italienske Republik en åbningsskrivelse. Kommissionen fandt ikke svaret på åbningsskrivelsen overbevisende og fremsatte derfor den 15. oktober 2003 en begrundet udtalelse. Herefter anlagde den en traktatbrudssag ved Domstolen i henhold til artikel 226 EF.

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

24. I stævningen, som blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 20. februar 2004, har Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at »Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/37/EØF, 93/36/EØF, 92/50/EØF og 93/38/EØF samt i henhold til artikel 43 EF og 49 EF og principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, der følger heraf, idet den har vedtaget bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, artikel 17, stk. 12, artikel 27, stk. 2, artikel 30, stk. 6a, artikel 37b og 37c, stk. 1, i lov nr. 109 af 11. februar 1994, som senest ændret ved artikel 7 i lov nr. 166 af 1. august 2002, artikel 2, stk. 5, i lov nr. 109/94, som senest ændret ved lov nr. 166/2002, sammenholdt med lov nr. 1150 af 1942 og nr. 10 af 1977, der flere gange er ændret og suppleret, artikel 28, stk. 4, i lov nr. 109/94, sammenholdt med artikel 188 i præsidentdekret nr. 554 af 21. december 1999, og artikel 7 i nævnte lov nr. 166/2002, samt artikel 3, stk. 3, i lovdekret nr. 157 af 17. marts 1995«.

25. I svarskriftet, som blev indleveret den 16. december 2004, har Den Italienske Republik nedlagt påstand om frifindelse. Den Italienske Republik har subsidiært nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at ændringerne i den italienske lovgivning, som kritiseres i den begrundede udtalelse, er traktatmedholdelige, og afviser klagepunktet vedrørende »artikel 2, stk. 5, i lov nr. 109/94«.

26. Der blev indgivet replik den 26. januar 2005 og duplik den 16. marts 2005.

27. Ved kendelse af 6. april 2004 har Domstolens præsident givet Nederlandene og Finland tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Italiens påstande [12]. Nederlandene og Finland afgav deres indlæg henholdsvis den 14. og den 18. juli 2005. Italien fremsatte bemærkninger til indlæggene den 14. september 2005.

28. Efter afslutningen af den skriftlige forhandling udtrykte ingen af parterne interesse i en mundtlig forhandling, og sagen kunne derfor den 11. juli 2006 fortsættes med udarbejdelsen af dette forslag til afgørelse.

V — Blandede kontrakter

29. Som følge af princippet om partsautonomi kan der opstå nye kontrakformer, som kombinerer dele fra forskellige kontrakttyper [13], således at de kontraherende parter bedre kan få deres formål opfyldt.

30. Kontrakttyperne kan kombineres på utallige måder med udgangspunkt i aftaleindholdet [14], idet en enkelt retshandel kan omfatte flere transaktioner, der kan være flere forskellige formål, og hvert enkelt af disse kan i denne sammenhæng indebære forskellige ydelser.

31. Det væsentligste problem ligger i at afgøre, hvilke bestemmelser der finder anvendelse, idet disse kan have bestemte følger, som f.eks. at der skal anvendes en strengere procedure, eller at visse tilbudsgivere udelukkes.

32. Afgrænsningen kan foretages på grundlag af kombinationskriteriet, således at man lader bestemmelser fra forskellige kilder finde anvendelse på forskellige dele af den samme kontrakt, eller på grundlag af absorptionskriteriet, således at man anvender den

12 — Frankrig fik også tilladelse til at intervenere i sagen, men har ikke afgivet bemærkninger.

13 — Ifølge K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, forlaget Ariel, Barcelona, 1994, s. 456, anvendes typer, som begreb, for at kunne foretage »en mere konkret beskrivelse af bestemte former for retsforhold og navnlig bestemte subjektive rettigheder og obligationsretlige kontraktforhold«.

14 — J.A. Moreno Molina og F. Pleite Guadamillas, *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados)*, La Ley, Madrid, 2002, s. 36, anfører, at disse kontrakter frembyder en omfattende og kompleks kasuistik.

lovgivning vedrørende kontrakter, som kontraktens væsentligste del er undergivet [15].

33. Det første kriterium indebærer, at der lægges vægt på de særlige træk ved hver type, men på grund af de store praktiske vanskeligheder, som kriteriet også er forbundet med, anvendes det normalt ikke, undtagen når der er tale om kontrakter, som formelt fremtræder som én kontrakt, men som reelt omfatter flere kontrakter.

34. Det andet kriterium anvendes normalt i sådanne mere komplekse situationer, som netop er udtrykkeligt omhandlet i direktiverne, og hvor udgangspunktet er kontraktens genstand:

— Kontrakter, der omfatter indkøb af varer og tjenesteydelser, er omfattet af direktiv 92/50, hvis værdien af tjenesteydelserne overstiger værdien af varerne [16].

— Kontrakter, der vedrører levering af varer, og som også accessorisk omfatter monterings- og installationsarbejde, er omfattet af direktiv 93/36 [17].

— Kontrakter, der vedrører tjenesteydelser, men som omfatter accessoriske aktiviteter, er omfattet af direktiv 92/50 [18].

— Er der tale om en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, skal specifikke regler om offentliggørelse i direktiv 93/37 overholdes [19].

35. Direktiv 92/50 bestemmer desuden, at når en kontrakt både omfatter tjenesteydelser, der er opført i bilag I A, og tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, er det værdien af disse tjenesteydelser, der afgør, hvilke bestemmelser om tildeling af kontrakter der finder anvendelse [20] (artikel 10) [21]. Direktiv 93/38 indeholder en tilsvarende bestemmelse (artikel 17).

15 — R. García Macho, *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, s. 91.

16 — Artikel 1, stk. 2, litra d), andet afsnit, i direktiv 2004/18.

17 — Artikel 1, stk. 2, litra c), andet afsnit, i direktiv 2004/18.

18 — Artikel 1, stk. 2, litra d), tredje afsnit, i direktiv 2004/18.

19 — Artikel 1, stk. 3, og afsnit III (artikel 56-65) i direktiv 2004/18.

20 — Generaladvokat Mischo redegør i punkt 31-36 i sit forslag til afgørelse i Felix Swoboda-sagen (dom af 14.11.2002, sag C-411/00, Sml. I, s. 10567) for forskellene mellem denne situation — hvor det skal fastslås, hvilke bestemmelser i selve direktivet der finder anvendelse, og de tidligere omhandlede tilfælde, hvor det skal afgøres, hvilket direktiv der skal anvendes. I dommen i samme sag fastslog Domstolen i overensstemmelse hermed, at direktiv 92/50 »indeholder et klart kriterium for afgørelsen af, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på en aftale, der består af forskellige tjenesteydelser«, nemlig værdien af tjenesteydelserne (præmis 52), og at der ikke skulle tages hensyn til »aftalens hovedformål« (præmis 49).

21 — Artikel 22 i direktiv 2004/18.

36. Ovennævnte alternativer dækker imidlertid ikke alle muligheder, og på grund af lakunerne i direktiverne, som heller ikke fastsætter fælles rammer for alle kontrakter [22], må den nationale lovgiver fastsætte bestemmelser for de øvrige typer blandede kontrakter. Den nationale lovgiver råder herved over et vidt skøn inden for de begrænsninger, som følger af direktiverne og traktaten.

37. Det bemærkes, at udgangspunktet i direktiverne er kontraktens hovedformål, og — når der er mere end et formål, eller kontrakten omfatter flere ydelser — den af disse, som har størst økonomisk værdi. Ved at tage hensyn til begge disse faktorer kan det materielle anvendelsesområde for direktiverne afgrænses.

38. Hovedformålet udgøres af det hovedelement, som kontrakten vedrører [23]. I dommen af 19. april 1994 i sagen Gestión Hotelera Internacional [24], der vedrørte en kontrakt, som både omfattede overdragelse af goder og udførelse af bygge- og anlægsarbejder [25], fastslog Domstolen således, at vægten ikke kan lægges på bygge- og anlægsarbejderne, når disse er accessoriske, idet spørgsmålet herom dog skal afgøres af den nationale retsinstans (præmis 26-29). Denne udtalelse bør dog nuanceres, for en karakterisering af aktiviteter eller bygge- og anlægsarbejder som »accessoriske« [16. betragtning til direktiv 92/50 og artikel 1, litra a), in fine, i direktiv 93/36] indebærer ikke, at denne accessoriske karakter er afgørende for regelvalget. Dommen skal derfor fortolkes således, at de accessoriske forpligtelser ikke kan være afgørende for, hvilke bestemmelser der finder anvendelse. Dette afgøres efter kriteriet om det fremherskende element [26].

39. Kontraktens værdi er et element, der med sin hovedfunktion som målestok for, om kontrakten falder inden for eller uden for direktivernes anvendelsesområde, udgør et objektivt kriterium, som er nyttigt ved fastsættelsen af kontraktens genstand eller væsentligste ydelse. I denne forbindelse fastslog Domstolen i dommen af 18. november 1999 i Teckal-sagen [27] ved en modsætningsslutning fra artikel 2 i direktiv 92/50, at en

22 — Uafhængigt af bestemmelserne i den nationale civilret. F. Messineo, *Doctrina general del contrato*, bind I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1985, s. 382, henviser i forbindelse med en undersøgelse af problemet i relation til denne juridiske disciplin til artikel 1323 i den italienske civillovbog, hvorefter »alle kontrakter, uanset om de tilhører en af de kontrakttyper, der er reguleret ved særlige bestemmelser, er omfattet af de generelle bestemmelser i dette afsnit« (andet afsnit i kapitlet om obligationsret).

23 — Artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 og direktiv 93/37, artikel 1, nr. 4, i direktiv 93/38, tiende betragtning til og artikel 1, stk. 2, i direktiv 2004/18.

24 — Sag C-331/92, Sml. I, s. 1329.

25 — Generaladvokat Lenz anførte i sit forslag til afgørelse i sagen, at det præjudicielle spørgsmål vedrørte meddelelsen af tilladelse til åbning og drift af et spillekasino samt meddelelsen af tilladelse til at drive hotelvirksomhed med pligt til at gennemføre istandsættelsesarbejder (punkt 19).

26 — G. Greco, »Contratti »misti« e appalti comunitari«, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, s. 1265, anfører, at kriteriet om det fremherskende element for de fleste blandede kontrakters vedkommende er bedre egnet til at afgøre, hvilke bestemmelser der finder anvendelse, idet kriteriet vedrørende den accessoriske karakter ofte vil være utilstrækkeligt.

27 — Sag C-107/98, Sml. I, s. 8121.

aftale, som omfatter både varer og tjenesteydelser, falder ind under bestemmelserne om varer, hvis »værdien« af varerne overstiger værdien af tjenesteydelserne (præmis 38). Dette blev bekræftet i dommen af 11. maj 2006 i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei [28] (præmis 31 og 47).

41. Traktatbrudssøgsmålet favner således meget bredt, eftersom det ikke kun omfatter den afledte ret, hvor direktiverne hyppigt giver anledning til denne type sager.

42. Dette forklarer, hvorfor Kommissionen i stævningen ikke argumenterer for, at de italienske bestemmelser udgør en overtrædelse af konkrete bestemmelser i direktiverne om offentlige kontrakter, men i stedet fokuserer på den påståede tilsidesættelse af de fællesskabsprincipper, som er indeholdt i artikel 43 EF og 49 EF.

VI — De fællesskabsretlige princippers anvendelse på kontrakter, der falder uden for direktivernes anvendelsesområde

43. Med udgangspunkt i det forhold, at retsreglerne for offentlige kontrakter er forskellige, alt efter om de i henhold til de nationale gennemførelsesbestemmelser er omfattet af direktiverne, baserer Kommissionen med andre ord søgsmålet på manglen på en udtrykkelig bestemmelse om, at principperne om gennemsigtighed og ligebehandling skal overholdes ved tildelingen af kontrakter, som på grund af deres værdi ikke er omfattet af direktiverne.

A — *Traktatbrudssøgsmål vedrørende tilsidesættelse af de fællesskabsretlige principper*

40. I henhold til artikel 10 EF indebærer medlemskab af Fællesskabet for medlemsstaterne dels den positive forpligtelse til at træffe »alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af« traktaten, dels den negative forpligtelse til at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, »der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af [traktatens] målsætning i fare«. Artikel 226 EF og 227 EF giver Kommissionen og medlemsstaterne beføjelse til at anlægge sag ved Domstolen mod medlemsstater, som de finder ikke overholder disse forpligtelser.

B — *Anvendelsen af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling på kontrakter, der falder uden for direktivernes anvendelsesområde*

44. Jeg har i tidligere forslag til afgørelse anført, at udviklingen af en fri konkurrence

28 — Sag C-340/04, Sml. I, s. 4137.

på det aftaleretlige område kan gennemføres, hvis de, der ansøger om at få tildelt en kontrakt, står på lige fod, uden nogen som helst antydning af uberettigede præferencer, og det er herved ikke tilstrækkeligt, at proceduren er undergivet neutrale kriterier, det må tillige kræves, at der hersker offentlighed [29].

45. Domstolen har allerede ved tidligere lejligheder skullet tage stilling til spørgsmålet om betydningen af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling ved tildelingen af kontrakter, som — på grund af deres værdi — falder uden for direktivernes og dermed gennemførelsesbestemmelsernes anvendelsesområde.

46. I dommen af 7. december 2000 i sagen Telaustria og Telefonadress [30] fastslog Domstolen vedrørende de aftaler, der var udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, at »de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, [er] forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed« (præmis 60). Ifølge dommen af 18. november 1999 i sagen Unitron Scandinavia og 3-S [31] indebærer dette princip en »gennemsigtighedsforpligtelse« med henblik på princippets overholdelse (præmis 31), som, i henhold til den første af de nævnte domme, sikrer »en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske« (præmis 62). I dommen af 13. oktober 2005 i Parking Brixen-sagen [32] fastslog Domstolen således også, at det »ikke [er] i overensstemmelse med de i artikel 43 EF og artikel 49 EF fastsatte krav samt principperne om ligebehandling, om forbud mod diskrimination og om gennemsigtighed« slet ikke at afholde offentligt udbud (præmis 50). Ifølge dommen af 21. juli 2005 i Coname-sagen [33] indebærer kravene til gennemsigtighed dog ikke »en forpligtelse til at afholde et udbud« (præmis 21).

47. Disse udtalelser, som Domstolen senere har bekræftet [34], bygger således på sondringen mellem kontrakter, som er omfattet af direktivernes anvendelsesområde, og som er undergivet de heri fastsatte procedurer, og kontrakter, som ikke er omfattet af disse bestemmelser, således at kun de grundlæggende principper skal overholdes [35].

29 — Jf. punkt 24-29 i mit forslag til afgørelse i sagen Lombardini og Mantovani (dom af 27.11.2001, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Sml. I, s. 9233) og punkt 21-26 i mit forslag til afgørelse i sagen ATI EAC m.fl. (dom af 24.11.2005, sag C-331/04, Sml. I, s. 10109).

30 — Sag C-324/98, Sml. I, s. 10745. I denne dom undersøgte Domstolen først og fremmest, om den omhandlede aftale på grund af dens særlige genstand, nemlig »fremstilling og udgivelse af trykte og elektronisk brugbare abonnentfortegnelser (telefonbøger)« (præmis 19), var omfattet af direktiv 93/38 i stedet for direktiv 92/50 (præmis 31-40).

31 — Sag C-275/98, Sml. I, s. 8291.

32 — Sag C-458/03, Sml. I, s. 8585.

33 — Sag C-231/03, Sml. I, s. 7287.

34 — Jf. bl.a. dom af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 18.

35 — Jf. i samme retning kendelse af 3.12.2001, sag C-59/00, Vestergaard, Sml. I, s. 9505, præmis 19-21.

C — *Rækkevidden af forpligtelsen til at overholde principperne om gennemsigtighed og ligebehandling*

48. Når der således foreligger en forpligtelse til at overholde principperne om gennemsigtighed og ligebehandling ved tildeling af kontrakter, som ikke er omfattet af de specifikke regler, må denne forpligtelse afgrænses, og det må undersøges, om den skal være formuleret i skreven ret.

49. Domstolen har ikke afklaret usikkerheden herom i den allerede nævnte dom i Coname-sagen, selv om generaladvokat Stix-Hackl gennemgik spørgsmålet grundigt i sit forslag til afgørelse i sagen. Der er imidlertid flere verserende sager, hvori den har mulighed for at taget spørgsmålet op igen [36].

50. I forhold til disse sager, som vedrører bestemte kontrakter, er den foreliggende sag mere vidtrækkende og nødvendiggør en undersøgelse af direktiverne og traktaten.

1. Henvisningen i direktiverne

51. Som fastslået i dommen af 11. januar 2005 i sagen Stadt Halle og RPL Lochau [37], er hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter ikke kun at opnå fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser, men også at give adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater (præmis 44) [38].

52. En gennemgang af direktiverne afslører imidlertid, at der ikke er foretaget en fuldstændig regulering på fællesskabsplan [39], da de for det første hovedsageligt vedrører indgåelsen af kontrakterne, men dog også berører de øvrige faser, som f.eks. udførelsen, og for det andet udelukker visse kontrakter. Endelig indeholder de ikke generelle bestemmelser for de kontrakter, som ikke er omfattet af direktiverne.

53. Den begrænsning af reglernes anvendelsesområde til kun at omfatte den forberedende fase samt fremgangsmåderne og

36 — Sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, og sag C-532/03, Kommissionen mod Irland, hvori Irland kritiseres for at have indgået tjenesteydelsesaftaler uden forudgående offentliggørelse. Generaladvokat Stix-Hackl fremsatte forslag til afgørelse i begge sager den 14.9.2006. Jf. ligeledes sag C-195/04, Kommissionen mod Finland, hvori der blev afholdt retsmøde den 8.6.2006, og hvori tilsidesættelsen vedrører indgåelsen af en kontrakt om indkøb af storkøkkenudstyr.

37 — Sag C-26/03, Sml. I, s. 1.

38 — Bestemmelserne tjener også andre formål, som f.eks. varetagelsen af myndighedernes økonomiske interesser ved at gøre det muligt at holde priserne nede, jf. J.A. García-Trevijano Garnica, »Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión«, i *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas*, B. Pendás (red.), Praxis, Barcelona, 1995, s. 258.

39 — T. Millett, »Les marchés publics en droit communautaire«, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nr. 452, oktober-november 2001, s. 630. J.L. Piñar Mañas skriver i samleværket *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2. udg., Civitas, Madrid, 2004, s. 79, at direktiverne dog »baner vejen for fælles regler for indgåelse af kontrakter«.

procedurerne ved indgåelse af kontrakterne, som allerede antydes i selve titlen på direktiverne, er begrundet, fordi det er disse faser, som har betydning for de frie varebevægelser, etableringsfriheden, den fri udveksling af tjenesteydelser og de principper, der er afledt af disse friheder.

54. Det er også forståeligt, at visse kontrakter er udelukket på grund af deres følsomme karakter — som f.eks. hemmelige kontrakter og kontrakter, der kræver store sikkerhedsforanstaltninger — fordi de er omfattet af andre direktiver — som f.eks. kontrakter inden for telekommunikation — eller på grund af deres værdi og ringe betydning.

55. Det synes derimod vanskeligere at forstå, hvorfor der ikke findes fælles regler for alle offentlige kontrakter om lige chancer for alle deltagere i et udbud, forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighed og offentliggørelse[40], eftersom sådanne regler ville bidrage til opfyldelsen af fællesskabsmålene uden at give anledning til uoverstigelige vanskeligheder.

40 — I direktiv 2004/18 bestemmes det i artikel 2, at myndighederne skal overholde »principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører« og handle »på en gennemsigtig måde«. I artikel 4-6 fastsættes visse regler for alle offentlige kontrakter under overskrifterne »Økonomiske aktører«, »Vilkår på baggrund af aftaler vedtaget af Verdenshandelsorganisationen (WTO)« og »Fortrolighed«. I henhold til artikel 7 gælder bestemmelserne i disse og de øvrige artikler i direktivet imidlertid kun for kontrakter, der »ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelserne«.

56. De nationale lovgivere har ret til at udfylde dette tomrum, men de skal ikke indføre regler, som end ikke er vedtaget i den afledte fællesskabsret. Det erindres herved, at artikel 249 EF bestemmer, at »[e]t direktiv […] med hensyn til det tilsigtede mål [er] bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen«. Det følger heraf, at gennemførelsen skal omfatte hele direktivet og kun dette.

57. På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er det således ikke nødvendigt af hensyn til hverken direktivernes formål eller indhold eller den effektive virkning af disse, at der i den nationale lovgivning, som finder anvendelse på kontrakter, der falder uden for deres anvendelsesområde, udtrykkeligt henvises til de principper, som ligger til grund for direktiverne.

2. Henvisningen til traktaten

58. I dommen af 5. december 1989 i sagen Kommissionen mod Italien[41] fastslog Domstolen, at artikel 43 EF og 49 EF er et særligt udtryk for ligebehandlingsprincippet

41 — Sag C-3/88, Sml. s. 4035.

(præmis 8), som ifølge dommen af 25. april 1996 i sagen Kommissionen mod Belgien [42] indebærer, at alle tilbudsgivere skal have lige chancer ved formuleringen af deres tilbud, uafhængigt af deres nationalitet (præmis 33 og 54).

59. Offentliggørelsen af muligheden for at indgå en kontrakt er et centralt element ved anvendelsen af principperne i traktaten, som dog ikke indeholder retningslinjer for, hvordan bekendtgørelsen skal offentliggøres. Domstolen har på dette område ladet valget være frit, men har dog i retspraksis fastsat visse mindstekrav. Blandt de allerede nævnte domme fastslås det således i Parking Brixen-dommen, at »[d]et tilkommer den ordregivende myndighed under de kompetente retsinstansers kontrol at tage stilling til, om der er et rimeligt forhold mellem de betingelser, hvorunder tildelingen er sket, og den pågældende offentlige tjenesteydelseskoncession« (præmis 50, hvori der henvises til præmis 61 og 62 i dommen i sagen Telaustria og Telefonadress) [43]. Denne tilgang kan anvendes på enhver kontrakttype.

60. I Coname-dommen fastholdt Domstolen sin opfattelse i forbindelse med sin undersøgelse af en italiensk lokal myndigheds direkte tildeling af retten til at udføre tjenesteydelser i forbindelse med vedligeholdelse, drift og overvågning af metangasnettet. Da der var tale om en kontrakt, som ikke var omfattet af nogen af direktiverne, skulle bedømmelsen efter Domstolens opfattelse foretages på baggrund af den primære ret (præmis 16). Domstolen anførte, at hvis der ikke var gennemsigtighed, ville der foreligge en indirekte forskelsbehandling, som er forbudt i henhold til artikel 43 EF og 49 EF (præmis 17-19), men som kan være begrundet, hvis det »på grund af særlige omstændigheder, som f.eks. en meget begrænset økonomisk betydning, med rette kan hævdes, at en virksomhed i en anden medlemsstat […] ikke ville være interesseret i at opnå tildeling af den omhandlede koncessionskontrakt«, således at »virkningerne for de omhandlede grundlæggende friheder må betragtes som for usikre og for indirekte til, at man kan fastslå, at disse er blevet tilsidesat« (præmis 20).

61. I et lidt videre perspektiv udtrykker generaladvokat Stix-Hackl i sit forslag til afgørelse i Coname-sagen tvivl om, hvorvidt de grundlæggende friheder forudsætter ensartede regler for alle tildelinger (punkt 70), og foreslår et lempeligt regelsæt, hvorefter de forskellige kategorier af tildelinger bedømmes i forhold til deres relevans for det indre marked (punkt 75 ff.).

62. Af det ovenstående følger det for det første, at traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed altid skal overholdes, uanset om der findes bestemmelser

42 — Sag C-87/94, Sml. I, s. 2043.

43 — Generaladvokat Fennelly anfører i punkt 43 i sit forslag til afgørelse i denne sag, at »materiel overholdelse af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet fordrer, at tildeling af koncessioner sker under iagttagelse af et vist mindstemål af offentlighed og gennemsigtighed«, men ikke »at den ordregivende myndighed er forpligtet til at anvende bestemmelserne i det [relevante direktiv] analogt«.

i den afledte ret eller national ret herom [44], og for det andet, at det i øjeblikket, inden for visse grænser, tilkommer de enkelte medlemsstater at afgøre, i hvilket omfang de vil offentliggøre udbud.

D — *Konsekvenser*

63. På baggrund af ovenstående analyse mener jeg ikke, at hverken direktiverne eller traktaten kræver, at medlemsstaterne for kontrakter, som ikke er omfattet af direktiverne, udtrykkeligt fastsætter generelle bestemmelser om anvendelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed eller om den offentliggørelse, som er nødvendig af hensyn til den frie konkurrence. Medlemsstater, som alligevel vedtager sådanne bestemmelser, gør det af fri vilje og ikke på grund af en forpligtelse, som følger af deres medlemskab af Unionen.

64. I modsat fald ville der opstå store praktiske vanskeligheder som omhandlet i det allerede nævnte forslag til afgørelse i Coname-sagen, som f.eks. spørgsmålet om valget af offentliggørelsesmedium eller udbudsbekendtgørelsens mindsteindhold (punkt 96 og 97), for i selve direktiverne er kravene forskellige, alt efter ydelsernes økonomiske betydning. Man ville også herved fravige Domstolens praksis, hvoraf det — i Coname-dommen — fremgår, at en kontrakt i visse tilfælde kan indgås ved direkte tildeling, uden afholdelse af et udbud (præmis 21).

65. Under alle omstændigheder er det muligt at efterprøve overholdelsen af disse principper i de enkelte tilfælde, således som det f.eks. skete i Parking Brixen-dommen og Coname-dommen [45].

VII — Gennemgang af de klagepunkter, som traktatbruddet vedrører

A — *Indledende bemærkning*

66. Jeg nævnte indledningsvis i dette forslag til afgørelse, at Kommissionen foreholder Italien ikke at have overholdt sine forpligtelser på området for offentlige kontrakter ved at lade visse kontrakttildelinger være undtaget fra de fællesskabsretlige bestemmelser og principper på især to måder, nemlig dels ved at anvende værdien af de accessoriske arbejder som det eneste kriterium til afgørelse af, om blandede kontrakter

44 — Ikke desto mindre har den italienske lovgiver lagt vægt på disse principper i forbindelse med den nedenfor omtalte lovændring i 2005.

45 — De verserende sager C-507/03, C-532/03 og C-195/04, nævnt ovenfor i fodnote 36.

er omfattet af fællesskabsbestemmelserne, dels ved ikke udtrykkeligt at fastsætte, at principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, der følger af artikel 43 EF og 49 EF, skal overholdes, når der er tale om kontrakter, hvis værdi er mindre end de tærskelværdier, der er fastsat i direktiverne.

67. Den sagsøgte regering har bestridt, at bestemmelserne i den italienske retsorden om privates udførelse af arbejder under fradrag af afgifter erlagt vedrørende byggetilladelser er i strid med fællesskabsretten, men har anført, at de øvrige uoverensstemmelser, som Kommissionen har konstateret, er fjernet gennem de ændringer af bestemmelserne, som blev gennemført ved lov nr. 62/2005 af 18. april 2005, Legge comunitaria 2004 [46].

68. Jeg skal herved blot henvise til Domstolens praksis, hvorefter spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger traktatbrud, skal vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse, og at ændringer af forholdene i tiden derefter ikke kan tages i betragtning af Domstolen [47].

69. I den foreliggende sag skal bedømmelsen derfor foretages i lyset af den lovgivning, som var gældende ved udløbet af den frist på to måneder, som var fastsat i den begrundede udtalelse af 15. oktober 2003, og ikke den senere vedtagne lovgivning.

B — *Definition af blandede kontrakter*

70. Blandede kontrakter bestående af bygge- og anlægsarbejde, indkøb og tjenesteydelser og kontrakter om indkøb eller tjenesteydelser, som omfatter accessoriske arbejder, skal være i overensstemmelse med den italienske gennemførelseslov, hvis disse arbejder udgør mere end halvdelen af kontraktens værdi (artikel 2, stk. 1, i lov nr. 109/94 og tilsvarende artikel 3, stk. 3, i lovdekret nr. 157/95). Den økonomiske vurdering af et element i en sådan kontrakt er således det eneste kriterium for, om loven finder anvendelse.

71. Kommissionen har under henvisning til dommen i sagen Gestión Hotelera Internacional anført, at spørgsmålet om bestemmelsernes anvendelighed afhænger af hovedformålet med kontrakten, som bl.a., men ikke alene, fastsættes ud fra ydelsernes værdi, idet man ellers ville udelukke blandede kontrakter, hvis værdi er større end de tærskelværdier, der er fastsat i direktiv

46 — »Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee«, almindeligt tillæg til GURI nr. 96 af 27.4.2005.

47 — Dom af 27.11.1990, sag C-200/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4299, præmis 13, af 2.5.1996, sag C-133/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2323, præmis 17, af 30.1.2002, sag C-103/00, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1147, præmis 23, og af 13.3.2003, sag C-333/01, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 2623, præmis 8.

92/50 og 93/36, men — alene af den grund, at arbejderne, som ganske vist er accessoriske, repræsenterer den største del af værdien — mindre end tærskelbeløbet i direktiv 93/37.

72. Den sagsøgte medlemsstat har under henvisning til et cirkulære fra Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministeriet for infrastruktur og transport) [48] og ændringen af lov nr. 109/94 anført, at der i forbindelse med blandede kontrakter ikke tages hensyn til værdien af de accessoriske arbejder, således at det økonomiske aspekt også her er det vigtigste, men dog ikke det eneste element ved regelvalget.

73. Efter min opfattelse kan der af ovennævnte grunde ikke tages hensyn til de nævnte ændringer, og desuden kan et cirkulære som anført af Kommissionen i replikken ikke ophæve virkningen af en lovbestemmelse, og et sådant cirkulære er derfor ikke tilstrækkeligt til at bevise, at der ikke foreligger traktatbrud. Domstolen har nemlig fastslået, at »en rent administrativ praksis, som ifølge sagens natur kan ændres af forvaltningen, og som ikke er bragt til offentlighedens kundskab på passende måde, ikke [kan] anses for at udgøre en gyldig opfyldelse af forpligtelserne i henhold til fællesskabsretten« [49].

74. På denne baggrund synes det klart, at direktiverne er til hinder for, at arbejdernes værdi i alle tilfælde anvendes som det afgørende kriterium for regelvalget for blandede kontrakter, for ved denne fremgangsmåde ville kontrakter, hvis kerneområde er tjenesteydelser eller vareindkøb, blive udelukket fra fællesskabsbestemmelsernes anvendelsesområde alene på grund af den mindre værdi af hovedforpligtelserne.

75. Der henvises i selve direktiverne til kontraktens genstand, som ikke sammenblandes med hverken dens begrundelse eller de ydelser, den medfører [50], selv om disse ganske vist definerer dens genstand. Hvis kontrakten har mere end en genstand, rangordnes de efter ydelsernes værdi, idet direktivernes anvendelsesområde afgrænses ved hjælp af monetære størrelser, som let kan fastlægges.

76. Man kan ikke vende op og ned på begreberne eller anvende bestemmelser som de italienske, der tager hensyn til den økonomiske værdi af tillægsydelserne, og jeg mener derfor, at traktatbruddet på dette punkt bør anses for godtgjort.

48 — Cirkulære nr. B1/2316 af 18.12.2003, GURI nr. 79 af 3.4.2004.

49 — Dom af 24.3.1994, sag C-80/92, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1019, præmis 20, af 26.10.1995, sag C-151/94, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 3685, præmis 18, af 17.5.2001, sag C-159/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4007, præmis 32, af 17.1.2002, sag C-394/00, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 581, præmis 11, af 27.2.2003, sag C-415/01, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2081, præmis 21, og af 20.11.2003, sag C-296/01, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 13909, præmis 54.

50 — Generaladvokat Lenz anfører i punkt 37 i sit forslag til afgørelse i sagen Gestión Hotelera Internacional, at den omstændighed, at der er tale om en uoverdragelig hovedforpligtelse, ikke indebærer, at denne udgør kontraktens egentlige genstand.

C — *Bygge- og anlægsarbejder i byzoner*

77. Bygge- og anlægsarbejder, som udføres af private a) under fradrag af betalinger vedrørende byggetilladelser eller b) som følge af visse retlige forpligtelser, og c) arbejder svarende til de i punkt a) og b) omhandlede er ikke omfattet af anvendelsesområdet for lov nr. 109/94, men hvis arbejderne, enkeltvis betragtet, har en værdi, der overstiger de fællesskabsretlige tærskelværdier, skal kontrakterne tildeles efter proceduren i henhold til direktiv 93/37 (artikel 2, stk. 5, i lov nr. 109/94).

78. Kommissionen har for det første gjort gældende, at disse bestemmelser, sammenholdt med lov nr. 1150/42 og lov nr. 10/77, giver mulighed for at tildele en kontrakt direkte til indehaveren af en byggetilladelse eller udstykningsplan, uden at garantere de i EF-traktaten opstillede principper om gennemsigtighed og ligebehandling, som skal overholdes, selv når budgettet er lavere end de fællesskabsretlige tærskelværdier. Kommissionen har for det andet anført, at der ved afgørelsen af, om tærskelværdien er nået, skal tages hensyn til alle de aktiviteter, som kontrakten omfatter, og ikke blot en af disse.

79. Den italienske regering har på det bestemteste afvist, at den italienske lovgivning medfører den påtalte overtrædelse. Den italienske regering har for det første henvist til et cirkulære fra ministeriet for infrastruktur og transport [51] og til et andet fra Dipartimento per le Politiche Comunitarie (EF-departementet i det nævnte ministerium) [52], hvori der redegøres for de bestemmelser, der er vedtaget for at tilpasse lovgivningen til fællesskabsbestemmelserne. Den italienske regering mener for det andet, at det vil være at gå for vidt at kræve, at der ved gennemførelsen skal henvises til alle relevante bestemmelser i traktaten og al relevant retspraksis. Regeringen har for det tredje understreget den særlige karakter af private entreprenørers bygge- og anlægsarbejder i byzoner, idet den private entreprenør her træder i stedet for de lokale myndigheder. Endelig er den italienske regering ikke enig i Kommissionens fortolkning af dommen af 12. juli 2001 i sagen Ordine degli Architetti m.fl. [53], idet Domstolen efter regeringens opfattelse ikke heri undersøgte de forskellige opgaver og arbejder, som var udført af den private som mandatar for forvaltningen.

1. Principperne om gennemsigtighed og ligebehandling

80. Af de anførte grunde kan klagepunktet om, at de nationale skrevne bestemmelser ikke indeholder en generel henvisning til

51 — Cirkulære nr. 462 af 18.12.2001, »Sentenza della Corte di giustizia europea (Sesta Sezione) 12 luglio 2001 (c-n. 399/98) sulla realizzazione diretta da parte di un privato di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione dovuto. Appalto di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37. Indirizzi e chiarimenti operativi«, GURI nr. 300 af 28.12.2001.

52 — Cirkulære nr. 8756 af 6.6.2002, »Normativa applicabile agli appalti pubblici »sottosoglia««, GURI nr. 178 af 31.7.2002.

53 — Sag C-399/98, Sml. I, s. 5409.

forpligtelsen til at overholde principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, ikke tages til følge. Som følge af disse princippers fleksible karakter skal en konstatering af en tilsidesættelse heraf være baseret på omstændighederne ved den konkrete indgåelse af en kontrakt.

81. Den Italienske Republik har således ikke gjort sig skyldig i det påtalte traktatbrud.

2. Den italienske lovgivnings anvendelsesområde

82. Det andet klagepunkt i stævningen vedrørende tildelingen af bygge- og anlægskontrakter til indehaveren af en byggetilladelse eller en udstykningsplan er, at procedurerne for kontraktindgåelse kun skal anvendes, hvis kontrakten mellem forvaltningen og den private omfatter opgaver og arbejder, som enkeltvis betragtet har en værdi, der er større end de fællesskabsretlige tærskelværdier.

83. Efter Kommissionens opfattelse er denne bestemmelse i strid med direktiv 93/37, eftersom den indebærer, at en kontrakt, hvis samlede værdi overstiger tærsklerne, vil være fritaget, fordi værdien af de enkelte opgaver eller arbejder, som kontrakten omfatter, ikke er stor nok.

84. Som allerede nævnt har den italienske regering henvist til den særlige karakter af bygge- og anlægsarbejder i byzoner og karakteren af den omhandlede ordning for indgåelse af kontrakter, men undladt at nævne, at bedømmelsen af ordningen i sagen her skal ske på grundlag af direktiverne om offentlige kontrakter. Hvis man lægger hovedvægten på ét retligt niveau — det nationale — og ikke tager hensyn til det andet — det fællesskabsretlige — sker der en skævvridning af situationen. Desuden følger det som allerede nævnt af dommen i sagen Ordine degli Architetti m.fl., at de særlige kendetegn vedrørende byplanlægning ikke er tilstrækkelige til, at direktiverne ikke finder anvendelse (præmis 66).

85. Direktiv 93/37 definerer i artikel 1, hvad der forstås ved »offentlige bygge- og anlægskontrakter« [litra a)] [54] og »bygge- og anlægsarbejde« [litra c)] [55]. Artikel 6, stk. 3, omhandler den situation, hvor bygge- og anlægsarbejdet er opdelt i flere delarbejder, for hvilke der indgås særskilte kontrakter, og artikel 6, stk. 4, forbyder opdeling med henblik på at undgå, at arbejdet eller kontrakten omfattes af direktivet [56].

54 — Nemlig »gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov«.

55 — Nemlig »resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion«.

56 — Tilsvarende bestemmelser findes i direktivets artikel 7, i artikel 5 i direktiv 93/36, i artikel 14 i direktiv 93/38 og i artikel 9 i direktiv 2004/18, som vedrører »[m]etoder til beregning af offentlige kontrakters, rammeaftalers og dynamiske indkøbssystemers anslåede værdi«.

86. Der opstilles således begreber og retningslinjer, som skal forstås i lyset af fællesskabsretten [57], som også er baggrunden for dommen i sagen Ordine degli Architetti m.fl., hvorefter direktiv 93/37 finder anvendelse, når »indehaveren af en byggetilladelse eller en godkendt udstykningsplan for et infra- og servicestrukturarbejde udfører dette arbejde mod helt eller delvist fradrag i det bidrag, der skyldes for tilladelsens udstedelse, og værdien af dette arbejde andrager eller overstiger den i nævnte direktiv fastsatte tærskelværdi«.

87. Denne afgørelse bør dog nuanceres, idet offentlige bygge- og anlægsarbejder, der omfatter infra- og servicestrukturarbejder, kan udføres direkte af forvaltningen eller af tredjemand i henhold til lov eller aftale, og i så fald er der tale om en kontrakt, som er undergivet fællesskabsbestemmelserne [58], og indehaveren af byggetilladelsen, der fungerer som forvaltningens alter ego [59], er pålagt de samme krav vedrørende offentliggørelse og konkurrence [60].

88. Direktiv 93/37 konkretiserer også begrebet »arbejde«, og i overensstemmelse med dommen af 5. oktober 2000 i sagen Kommissionen mod Frankrig [61] skal afgørelsen af, om der er tale om et arbejde, ske i forhold til den økonomiske og tekniske funktion, som resultatet af de pågældende arbejder opfylder (præmis 36). Den samlede værdi, som fremkommer ved at lægge værdien af delarbejderne sammen, er afgørende for, om fællesskabsbestemmelserne finder anvendelse, og som allerede nævnt kan den særlige karakter af bygge- og anlægsarbejder i byzoner ikke objektivt begrunde en opdeling.

89. Det fremgår af det foregående, at det i forbindelse med byplanmæssige foranstaltninger, som er omfattet af direktivet, er et krav, at direktivets regler om beregning af kontrakternes værdi også overholdes. Det er derfor ikke lovligt at anvende bestemmelser som artikel 2, stk. 5, i lov nr. 109/94, der modificerer disse regler ved at fastsætte et enkelt generelt kriterium med den negative virkning, at fællesskabsbestemmelserne tilsidesættes, og at virksomheder fra andre medlemsstater ud fra objektive grunde, der har relation til kontrakternes værdi, ikke får

57 — J. Huelin Martínez de Velasco, »Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001«, *Cuadernos de Derecho local*, nr. 4, 2004, s. 19 ff.

58 — Generaladvokat Léger anførte korrekt i forslaget til afgørelse i sagen Ordine degli Architetti m.fl., at når »den erhvervsdrivende, som skal udføre infra- og servicestrukturarbejderne, ganske enkelt [er] udpeget ved lov«, mangler der et afgørende element i kontraktforholdet (punkt 68).

59 — T.R. Fernández Rodríguez, »La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto »proyecto Scala 2001«) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español«, *Documentación Administrativa*, nr. 261-262, september 2001-april 2002, s. 23.

60 — J. Huelin Martínez de Velasco, jf. fodnote 57, s. 28.

61 — Sag C-16/98, Sml. I, s. 8315. Dommen vedrørte direktiv 93/38, men Domstolens argumentation vedrørende analoge bestemmelser gælder også i relation til direktiv 93/37.

mulighed for at byde på kontrakter, som kan være af interesse for dem [62].

90. Den nævnte bestemmelse i den italienske lov er derfor i strid med direktiv 93/37.

92. Kommissionen har anført, at principperne om forbud mod forskelsbehandling, ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed også gælder i forbindelse med kontrakter, som ikke er omfattet af fællesskabsbestemmelsernes anvendelsesområde, og at disse principper tilsidesættes, hvis der ikke sker en offentliggørelse af muligheden for at indgå en kontrakt. En sådan tilsidesættelse kan ikke afhjælpes af krav om en undersøgelse af den udvalgte persons erfaring og kapacitet eller en begrundelse for valget.

D — *Tildeling af kontrakter om planlægning, ledelse og inspektion af bygge- og anlægsarbejder, hvis værdi er mindre end de fællesskabsretlige tærskelværdier*

93. Den sagsøgte regering har henvist til ændringen af lov nr. 109/94, således at fællesskabsprincipperne nu udtrykkeligt nævnes, og gentaget sin argumentation om, at det ikke vil være rimeligt at kræve de henvisninger, som Kommissionen ønsker.

91. I medfør af lov nr. 109/94 kan kontrakter om planlægning, ledelse og inspektion af bygge- og anlægsarbejder, hvis værdi er mindre end de tærskler, der er fastsat i direktiverne, tildeles personer, som nyder den ordregivende myndigheds tillid (artikel 17, stk. 12, og artikel 30, stk. 6a).

94. Det forhold, at argumentationen vedrørende dette klagepunkt svarer til den, der er fremført vedrørende artikel 2, stk. 5, i lov nr. 109/94, taler for at vælge den samme løsning, nemlig at fastslå, at fællesskabsretten ikke på nuværende tidspunkt kræver, at forpligtelsen til at overholde de nævnte principper ved tildeling af kontrakter, som ikke er omfattet af direktiverne, udtrykkeligt kommer til udtryk i bestemmelserne vedrørende tildeling af de pågældende opgaver, idet udbudsprocedurerne dog skal kunne undersøges, og en eventuel tilsidesættelse af principperne indbringes for de nationale domstole eller EF-Domstolen.

62 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i fodnote 61, særlig præmis 38-47. Generaladvokat Jacobs anførte i sit forslag til afgørelse i denne sag, at en række arbejdsopgaver, der skal udføres i et fastsat tidsrum på en gruppe net, som har den samme økonomiske og tekniske funktion, selv anses for at være bestemt til at opfylde den samme økonomiske og tekniske funktion (punkt 72). Dette ræsonnement kan også anvendes på byplanmæssige foranstaltninger, og det samme gælder argumentet i dommen af 14.9.2004 i sagen Kommissionen mod Italien (sag C-385/02, Sml. I, s. 8121) om, at »den blotte påstand om, at en bygge- og anlægsopgave i sin helhed er af kompleks og vanskelig karakter, ikke [udgør] et tilstrækkeligt bevis for, at denne kun kan overdrages til en og samme entreprenør« (præmis 21).

95. Jeg mener derfor ikke, at artikel 17, stk. 12, og artikel 30, stk. 6a, i lov nr. 109/94 udgør en tilsidesættelse af fællesskabsretten, således som det er blevet gjort gældende i sagen.

E — *Tildeling af kontrakter vedrørende ledelse af bygge- og anlægsarbejder*

96. Det påhviler den ordregivende myndighed at lede bygge- og anlægsarbejdet, men når hverken denne eller andre offentlige myndigheder kan varetage denne opgave, skal den tildeles den ansvarlige for projektet (artikel 27, stk. 2, i lov nr. 109/94).

97. Kommissionen har anført, at denne bestemmelse på grund af sin generelle karakter er i strid med direktiv 92/50 og 93/38, som tager sigte på at sikre overholdelse af kravene vedrørende offentliggørelse og konkurrence ved tildeling af ledelsesopgaver, både hvis de fællesskabsretlige tærskelværdier er overskredet, således som det bestemmes i direktiverne, og hvis de ikke er overskredet, i overensstemmelse med traktatens principper.

98. Den italienske regering har fremhævet de vanskeligheder, som man undgår med den italienske ordning, men har tilføjet, at den for at imødegå den fremførte kritik har ændret lov nr. 109/94 og herved indført forskellige forholdsregler, således at den ordregivende myndighed kun kan tildele den ansvarlige for projektet opgaven, hvis muligheden herfor er nævnt i udbudsbekendtgørelsen, og værdien af opgaven er medregnet i budgettet.

99. Anvendelsen af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling på kontrakter, hvis værdi ikke overstiger tærsklerne, giver anledning til de samme overvejelser som dem, der allerede er anført vedrørende andre klagepunkter, da de samme elementer gør sig gældende. Det af Kommissionen påberåbte traktatbrud kan således ikke anses for godtgjort.

100. Det samme gælder ikke kontrakter, som på grund af deres værdi er omfattet af udbudsprocedurerne, for her er fællesskabsbestemmelserne klare. I sådanne tilfælde skal alle bestemmelserne nøje overholdes — hvor bekvemt det end måtte være at undlade at overholde procedurerne — for artikel 11, stk. 1, i direktiv 92/50 og artikel 4 i direktiv 93/38 bestemmer udtrykkeligt, at myndighederne skal anvende de definerede fremgangsmåder, nemlig enten offentligt udbud, begrænset udbud eller udbud efter forhandling, ved indgåelse af kontrakter [63], og som fastslået i retspraksis er de eneste lovlige

63 — Jf. ligeledes artikel 6, stk. 1, i direktiv 93/36 og artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/37.

undtagelser derfor dem, der er opregnet i direktiverne [64].

101. Ledelsesopgaver hører under kategori 12 i bilag I A til direktiv 92/50 og bilag XVI A til direktiv 93/38, og ved tildelingen af sådanne opgaver skal retningslinjerne i disse direktiver derfor overholdes.

102. I lyset af det anførte er der ingen tvivl om, at artikel 27, stk. 2, i lov nr. 109/94 er i strid med direktiv 92/50 og 93/38.

F — *Tildeling af kontrolopgaver*

103. Det påhviler den ordregivende myndigheds egne enheder at varetage kontrolopgaverne, men hvis det konstateres og dokumenteres, at myndigheden ikke råder over kvalificerede medarbejdere (artikel 28, stk. 4, i lov nr. 109/94), vælges eksterne personer, som er opført i de offentlige myndigheders fortegnelser (artikel 188 i dekret fra republikkens præsident nr. 554/99).

104. Kommissionen understøtter sin kritik med den samme argumentation, som er gengivet under punkt VII E i dette forslag til afgørelse, nemlig at procedurerne i direktiv 92/50 og 93/38 skal anvendes, når kontraktens værdi overstiger de relevante tærskler, og at traktatens principper finder anvendelse i alle andre tilfælde.

105. Den italienske regering har henvist til, at reglerne (nærmere bestemt artikel 188, stk. 8-11, i dekret fra republikkens præsident nr. 554/99) vil blive ophævet [65].

106. Den italienske regerings gode hensigter i fremtiden er ikke nok, og dette klagepunkt skal derfor behandles på samme måde som det foregående, for der er intet at udsætte på det hvad angår artikel 43 EF og 49 EF, og desuden skal kontrolopgaver henhørende under kategori 12 i bilag I A til direktiv 92/50 og bilag XVI A til direktiv 93/38 tildeles i overensstemmelse med direktiverne.

107. På baggrund af det anførte mener jeg, at artikel 28, stk. 4, i lov nr. 109/94, sammenholdt med artikel 188 i dekret fra republik-

64 — Dom af 17.11.1993, sag C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5923, præmis 10, Teckal-dommen, præmis 43, og Carbotermo og Consorzio Alisei-dommen, præmis 45.

65 — Regeringen har i duplikken oplyst, at Corte Costituzionale i dom nr. 302/03 (punkt 5.1) har erklæret bestemmelserne i artikel 188, stk. 8-11, i det nævnte dekret forfatningsstridige.

kens præsident nr. 554/99, er i strid med direktiv 92/50 og 93/38.

G — *Privatfinansierede bygge- og anlægsarbejder*

108. De ordregivende myndigheder tillader, at private gennemfører bygge- og anlægsarbejder, som kan udnyttes kommercielt. I procedurens første fase opfordres private gennem en bekendtgørelse til, som initiativtagere, at indgive forslag med henblik på indgåelse af koncessionsaftaler, i henhold til hvilke de påtager sig at afholde udgifterne helt eller delvist og til gengæld får retten til at udnytte koncessionerne. Efter en evaluering af de indgivne forslag udvælges de forslag, som er i offentlighedens interesse, i procedurens anden fase, hvor der for hvert af de udvalgte forslag iværksættes en begrænset udbudsprocedure med henblik på udvælgelse af yderligere to tilbud. Disse to tilbud bruges som reference under den forhandling, som munder ud i tildeling af kontrakten til initiativtageren, hvis denne er i stand til at tilpasse sit forslag efter den ordregivende myndigheds anvisninger (artikel 37a, 37b og 37c i lov nr. 109/94).

109. Kommissionen mener for det første, at Italien tilsidesætter ligebehandlingsprincippet ved anvendelsen af denne ordning, som indebærer to fordele for initiativtageren i forhold til de øvrige konkurrenter, også selv om initiativtagerens oprindelige forslag var ringere end konkurrenternes, idet initiativtageren automatisk deltager i proceduren og får fortrinsbehandling ved udvælgelsen. Der ville ikke være tale om en tilsidesættelse, hvis alle deltagere i proceduren havde kendskab til disse fordele og udvælgelseskriterierne, men det er ikke obligatorisk at oplyse dette i den første bekendtgørelse. Kommissionen har for det andet anført, at da offentliggørelse af en bekendtgørelse først blev obligatorisk den 18. august 2002, hvor lov nr. 166/2002 trådte i kraft, vil allerede iværksatte udbudsprocedurer føre til afgørelser, som er i strid med de almindelige fællesskabsretlige principper.

110. Efter den sagsøgte regerings opfattelse er begge problemer blevet afhjulpet gennem ændringen af lov nr. 109/94, hvorved der er indført en bestemmelse om, at bekendtgørelsen skal indeholde oplysninger om de fordele, som initiativtageren er indrømmet, og om, at der for procedurer, som var under afvikling den 31. januar 2004, og hvorunder disse oplysninger ikke er givet, kræves berigtigelse.

111. Den italienske regering har ikke afkræftet påstandene i stævningen, men det påhviler Kommissionen at godtgøre, at det påståede traktatbrud foreligger, og Kommissionen kan ikke påberåbe sig nogen formodning herfor [66]. Når der er fremlagt

66 — Dom af 25.5.1982, sag 96/81, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 1791, præmis 6, af 12.9.2000, sag C-408/97, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 6417, præmis 15, og af 26.4.2005, sag C-494/01, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 3331, præmis 41.

fyldestgørende oplysninger, påhviler det imidlertid medlemsstaten materielt og detaljeret at anfægte de fremlagte oplysninger [67].

112. Som udgangspunkt synes de to klagepunkter at være begrundede. Det første fordi den nationale lovgivning som påpeget af Kommissionen indebærer visse fordele for initiativtageren, som de øvrige involverede ikke indrømmes, og som de ikke har mulighed for at opveje. Domstolen fastslog allerede i dommen af 25. april 1996 i sagen Kommissionen mod Belgien, at når en ordregiver tager hensyn til en ændring, som en enkelt tilbudsgiver har foretaget i det oprindelige tilbud, får denne tilbudsgiver en fordel i forhold til konkurrenterne, hvilket er i strid med princippet om ligebehandling og skader procedurens gennemsigtighed (præmis 56). Kommissionen har desuden henvist til en række konkrete tilfælde, hvor udbudsbekendtgørelsen ikke har indeholdt oplysninger om fordelene og ikke angivet objektive udvælgelseskriterier [68].

113. Det andet klagepunkt synes begrundet, fordi den efterfølgende afhjælpning af den ulovlige situation er sket for sent.

114. I fortsættelse af det anførte i ovenstående punkter må det anses for godtgjort, at artikel 37b og artikel 37c, stk. 1, i lov nr. 109/94 er i strid med ligebehandlingsprincippet i artikel 43 EF og 49 EF.

H — *Konsekvenser*

115. På baggrund af ovenstående kan følgende konkluderes:

— Artikel 2, stk. 1, i lov nr. 109/94 er i strid med direktiv 92/50, 93/36, 93/37 og 93/38.

— Artikel 2, stk. 5, i lov nr. 109/94, sammenholdt med lov nr. 1150/42 og nr. 10/77, er i strid med direktiv 93/37.

— Artikel 27, stk. 2, i lov nr. 109/94 er i strid med direktiv 92/50 og 93/38.

67 — Dom af 9.11.1999, sag C-365/97, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7773, præmis 84 og 86.

68 — Punkt 87 i stævningen og fodnote 12, som illustrerer dette.

— Artikel 28, stk. 4, i lov nr. 109/94, sammenholdt med artikel 188 i dekret fra republikkens præsident nr. 554/99, er i strid med direktiv 92/50 og 93/38.

— Artikel 37b og artikel 37c, stk. 1, i lov nr. 109/94 er i strid med artikel 43 EF og 49 EF.

116. Derimod er artikel 2, stk. 5, artikel 17, stk. 12, artikel 27, stk. 2, og artikel 30, stk. 6a, i lov nr. 109/94 ikke i strid med artikel 43 EF og 49 EF.

VIII — Sagens omkostninger

117. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til artikel 69, stk. 3, kan Domstolen fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter.

118. Eftersom både Kommissionen og Den Italienske Republik har nedlagt påstand om, at den anden part tilpligtes at betale sagens omkostninger, og eftersom jeg foreslår, at Kommissionen gives delvist medhold, bør Den Italienske Republik betale halvdelen af Kommissionens omkostninger, mens Kommissionen bør betale halvdelen af Den Italienske Republiks omkostninger.

119. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, første afsnit, bærer de medlemsstater, der har interveneret i sagen, deres egne omkostninger.

IX — Forslag til afgørelse

120. Herefter foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og 49 EF, idet den har vedtaget artikel 37b og artikel 37c, stk. 1, i

lov nr. 109/94 af 11. februar 1994, sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992, Rådets direktiv 93/36/EØF, 93/37/EØF og 93/38/EØF, alle tre af 14. juni 1993, om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter samt ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, idet den har vedtaget artikel 2, stk. 1, i lov nr. 109/94, sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/37, idet den har opretholdt artikel 2, stk. 5, i lov nr. 109/94, og sine forpligtelser i henhold til direktiv 92/50 og 93/38, idet den har vedtaget artikel 27, stk. 2, og artikel 28, stk. 4, i lov nr. 109/94.

2) I øvrigt frifindes Den Italienske Republik.

3) Den Italienske Republik betaler halvdelen af Kommissionens omkostninger.

4) Kommissionen betaler halvdelen af Den Italienske Republiks omkostninger.

5) Republikken Finland og Kongeriget Nederlandene bærer deres egne omkostninger.«