FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 8 november 2006 [1]

I — Inledning

1. Kommissionen har väckt talan med stöd av artikel 226 EG och yrkat att domstolen skall förklara att Italien har åsidosatt sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 49 EG, samt enligt rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (92/50/EEG av den 18 juni 1992), [2] om offentlig upphandling av varor (93/36/EEG av den 14 juni 1993), [3] om offentliga bygg- och anläggningsarbeten (93/37/EEG, även det av den 14 juni 1993) [4] och inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (93/38/EEG, även det av den 14 juni 1993). [5]

2. Enligt kommissionen har åsidosättandet av skyldigheterna sin grund i artiklarna 2.1, 2.5, 17.12, 27.2, 28.4, 30.6a, 37b och 37c.1 i lag nr 109 av den 11 februari 1994, Legge quadro in materia di lavori pubblici (ramlag om offentlig upphandling). [6] Kritiken kan sammanfattas i följande punkter: 1) det faktum att blandade kontrakt undantas från lag nr 109/94 om de accessoriska arbetena svarar för mer än 50 procent av priset, 2) det faktum att innehavaren av ett bygglov eller en stadsplan tilldelas kontrakt direkt om arbetena inte överskrider de ekonomiska trösklar som anges i direktiv 93/37, 3) det sätt på vilket arbetet med att utforma, leda och kontrollera kontrakt tilldelas när värdet på kontraktet underskrider gemenskapströsklarna, 4) det faktum att initiativtagaren till ett

1 — Originalspråk: spanska.

2 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139, p. 1, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1), och kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 (EGT L 285, s. 1). Direktivet har, med undantag för artikel 41, upphävts med verkan från den 31 januari 2006 genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

3 — EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126, även det ändrat och upphävt genom de i föregående fotnot nämnda direktiven.

4 — EGT L 199, s. 54, även det ändrat och upphävt genom de direktiv som nämns i fotnot 2.

5 — EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 (EGT L 101, s. 1) och 2001/78, upphävt genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, s. 1).

6 — GURI nr 41 av den 19 februari 1994; ändrad vid flera tillfällen.

projekt påtar sig ledningen av detsamma när varken den upphandlande myndigheten eller andra offentliga myndigheter kan svara för den uppgiften, 5) det sätt på vilket kontrolluppgifter uppdras åt tredje man, och 6) systemet för tilldelning av privat finansierade arbeten.

3. Denna kritik aktualiserar två frågor av allmänt intresse, som kräver en närmare granskning: frågan om kriterierna för att de gemenskapsrättsliga reglerna om upphandling skall tillämpas på blandade kontrakt och frågan om principerna om insyn och likabehandling i samband med tilldelning av kontrakt av lägre värde än de som behandlas i direktiven.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

1. EG-fördraget

4. I artikel 43 första stycket EG föreskrivs att ”[i]nom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.”

5. Artikel 49 första stycket EG har följande lydelse: ”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.”

2. Direktiven om offentlig upphandling

6. Direktiven 92/50, 93/36, 93/37 och 93/38 antogs för att inom upphandlingsområdet vid samma tillfälle närmare reglera etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster enligt artiklarna 43 EG och 49 EG. Viktiga bestämmelser i direktivet är de som definierar de respektive tillämpningsområdena och fastställer olika trösklar, så att kontrakt med en budget under de angivna beloppen undantas (artikel 7 i direktiv 92/50, artikel 5 i direktiv 93/36, artikel 6 i direktiv 93/37 och artikel 14 i direktiv 93/38).

7. Jag kommer att hänvisa till andra konkreta bestämmelser i samband med prövningen av anmärkningarna om fördragsbrott.

B — *Den italienska lagstiftningen*

8. De nämnda direktiven har införlivats med den italienska rättsordningen genom lag nr 109/94, som ändrats genom artikel 7 i lag nr 166 av den 1 augusti 2002. [7]

1. Blandade kontrakt

9. I artikel 2.1 i lag nr 109/94 avgränsas begreppet offentliga bygg- och anläggningsarbeten till att omfatta byggnation, rivning, omstrukturering, renovering och underhåll, vilket innebär att tillämpningsområdet för lagen utvidgas till blandade kontrakt avseende arbeten, varor och tjänster, och till kontrakt avseende varor eller tjänster som inbegriper accessoriska arbeten vars värde överstiger 50 procent av kontraktsvärdet.

10. I artikel 3.3 i lagstiftningsdekret nr 157 av den 17 mars 1995 [8] återkommer denna föreskrift både i fråga om blandade kontrakt som avser arbeten och tjänster och sådana som avser tjänster som inbegriper accessoriska arbeten.

2. Stadsplanerelaterade arbeten

11. Enligt artikel 2.5 i lag nr 109/94 undantas från dess tillämpningsområde: a) åtgärder som direkt vidtas av enskilda mot avräkning för avgifter som erlagts för bygglov, b) åtgärder som följer av skyldigheterna enligt artikel 28.5 i lag nr 1150 av den 17 augusti 1942 [9], och c) andra liknande åtgärder. När värdet, som beaktas separat när kontraktet omfattar flera åtgärder, överskrider gemenskapströsklarna, skall upphandlingen ske i enlighet med direktiv 93/37.

12. I det avseendet följer av artiklarna 1 och 31 i lag nr 1150/42 och av artiklarna 3

7 — ”Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti”, GURI nr 181 av den 3 augusti 2002.

8 — ”Attuazione della directiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi”, GURI nr 104 av den 6 maj 1995.

9 — ”Legge urbanistica”, GURI nr 244 av den 16 oktober 1942.

och 11 i lag nr 10 av den 28 januari 1977, [10] att innehavaren av ett bygglov faktiskt kan genomföra stadsplanerelaterade arbeten mot att denne helt eller delvis avräknar motsvarande avgifter.

3. Utformning, ledning och kontroll av arbeten med avseende på kontrakt vars värde underskrider gemenskapströsklarna

13. Enligt artikel 17.12 i lag nr 109/94 har de behöriga organen rätt att uppdra tjänster avseende utformning och ledning av arbeten vars värde underskrider 100 000 euro åt personer som anges i artikel 17.1d–g, sedan den utvaldes erfarenhet och yrkeskompetens kontrollerats och valet motiverats.

14. Enligt artikel 30.6a i lag nr 109/94 uppdras arbetet med att kontrollera genomförandet åt de tekniska kontoren hos de upphandlande enheterna eller kontrollorganen enligt artikel 30.6a a, och, när gemenskapsbeloppen inte uppnås, åt dem som åtnjuter förvaltningens förtroende.

4. Ledning av arbeten

15. Enligt artikel 27.2 i lag nr 109/94 skall ledningen av arbetena, under förutsättning att den upphandlande myndigheten inte, i de fall som avses i artikel 17.4, ansvarar för denna, i följande ordning uppdras åt 1) andra offentliga myndigheter, 2) den projektansvarige enligt sagda artikel 17.4, eller 3) andra i förväg utvalda personer i enlighet med de nationella reglerna.

5. Kontroll av arbeten

16. Enligt artikel 28.4 i lag nr 109/94 anförtros kontrollarbetet åt en, två eller tre högt kvalificerade tekniker med specialkompetens beroende på arbetenas art, komplexitet och värde. Teknikerna väljs bland personer inom den upphandlande myndigheten, om det inte konstateras och intygas att fackmän med dessa egenskaper saknas.

17. Dessa regler kompletteras av artikel 188 i presidentdekret nr 554 av den 21 december 1999 [11] om tillämpningen av lag nr 109/94.

10 — ”Norme per la edificabilità dei suoli”, GURI nr 27 av den 29 januari 1977.

11 — ”Regolamento d’attuazione della Legge quadro in materia di Lavori Pubblici 11 Febbraio 1994 n° 109, e successive modificazioni”, GURI nr 98 av den 28 april 2000.

Av punkterna 1, 3, 8, 9, 11, 12 och 13 i nämnda artikel framgår att den upphandlande enheten inom trettio dagar från arbetenas fullgörande skall ge sina medarbetare i uppdrag att kontrollera dessa. Kontrollen skall ske med utgångspunkt från arbetenas art, komplexitet och värde, samt enligt vissa i förväg fastställda kriterier. Om ingen har den kompetens som erfordras skall man vända sig till externa specialister, som anges i förteckningar från Ministero dei Lavori Pubblici (ministerium med ansvar infrastruktur), från regionerna eller de autonoma provinserna, och man skall välja den som uppfyller de angivna villkoren, under förutsättning att denne har varit utexaminerad i tio år, i fråga om bygg- och anläggningsarbeten eller arbeten vars värde överstiger 5 miljoner euro – eller i fem år – i fråga om arbeten vars värde understiger 1 miljon euro, dock med förbehåll för en rad begränsningar. Om någon sådan förteckning inte finns har den upphandlande enheten rätt att skönsmässigt besluta att överlämna uppgiften åt vem som helst som uppfyller de angivna kraven.

6. Privat finansierade arbeten

18. I artiklarna 37a, 37b och 37c i lag nr 109/94 behandlas tilldelningen av offentliga bygg- och anläggningsarbeten som helt eller delvis finansieras av enskilda.

19. Enligt artikel 37a föreligger en rätt att presentera förslag på offentliga bygg- och anläggningsarbeten eller allmännyttiga anläggningar och att teckna kontrakt avseende dessa mot att de åtar sig ansvaret för finansiering och förvaltning. Myndigheterna skall i tillräckligt god tid publicera ett meddelande om detta.

20. I artikel 37b redovisas förfarandet för att välja initiativtagare. För det första utvärderas förslagen mot bakgrund av konstruktionen, stadsplaneringen, miljön, projektets beskaffenhet, syftet, tillgängligheten för användarna, avkastningen, kostnaderna för förvaltning och underhåll, kontraktets varaktighet, tidsfristerna för att genomföra anläggningsarbetena, avgifter, kontrollmetod och planernas ekonomiska värde. Efter att ha kontrollerat att ingen omständighet förhindrar genomförandet och efter samråd med initiativtagaren, om denne så önskar, fastställs huruvida något förslag är av allmänt intresse. I det fallet skall, enligt artikel 37c, ett selektivt förfarande tillämpas för att ta fram ytterligare två anbud. Kontraktet tilldelas genom ett förhandlat upphandlingsförfarande där initiativtagarens förslag och de andra två förslagen diskuteras, med det särdraget, enligt artikel 37c *in fine*, att kontraktet går till den anbudsgivare som under ärendets handläggning anpassar sig efter de ändringar som föreslås av den upphandlande enheten.

III — Det administrativa förfarandet

21. Efter att ha mottagit ett antal klagomål rörande effekterna av lag nr 109/94 och inhämtat information om förslaget till ändring av denna, meddelade kommissionen den 12 april 2002 de italienska myndigheterna att vissa av bestämmelserna stred mot gemenskapsrätten.

22. I en skrivelse av den 17 juni 2002, och vid ett möte som hölls i Rom den 23 juli samma år, meddelade medlemsstaten att den var beredd att ändra lag nr 109/94 på angivet sätt.

23. Efter det att ändringen antagits genom lag nr 166/2002 ansåg kommissionen att vissa av dess bestämmelser stred mot unionens rättsordning och tillställde medlemsstaten en formell underrättelse den 19 december 2002. Kommissionen övertygades inte av svaret på denna och utfärdade därför, den 15 oktober 2003, ett motiverat yttrande samt vände sig därefter till domstolen och väckte talan om fördragsbrott enligt artikel 266 EG.

IV — Förfarandet vid domstolen

24. I ansökan, som inkom till domstolens kansli den 24 september 2004, yrkas att domstolen skall fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiven 93/37/EEG, 93/36/EEG, 92/50/EEG och 93/38/EEG, artiklarna 43 EG och 49 EG samt principerna om insyn och likabehandling som följer av dessa, genom att anta artiklarna 2.1, 17.12, 27.2, 30.6a, 37b och 37c.1 i lag nr 109 av den 11 februari 1994, i dess lydelse enligt artikel 7 i lag nr 166 av den 1 augusti 2002, artikel 2.5 i lag nr 109/94, i dess lydelse enligt lag nr 166/2002, jämförd med lag nr 1150 av år 1942 och lag nr 10 av år 1977, i deras ändrade lydelser, artikel 28.4 i lag nr 109/94, jämförd med artikel 188 i presidentdekret nr 554 av den 21 december 1999 och artikel 7 i ovannämnda lag nr 166/2002, samt artikel 3.3 i lagstiftningsdekret nr 157 av den 17 mars 1995. Kommissionen har vidare yrkat att svaranden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

25. I svaromålet, som inkom den 16 december 2004, ombeds kommissionen att återkalla sin talan. I andra hand yrkas att domstolen skall godta de ändringar som genomförts i den italienska lagstiftning som kritiserades i det motiverade yttrandet och avvisa anmärkningarna med avseende på ”artikel 2.5 i lag nr 109/94”.

26. Repliken och dupliken inkom den 26 januari 2005 respektive den 16 mars 2005.

27. Genom beslut av den 6 april 2004 meddelade domstolens ordförande Nederländerna – som inkom med yttrande den 14 juli 2005 – och Finland – som inkom med yttrande den 18 juli 2005 – tillstånd att intervenera till stöd för Italiens yrkanden. [12] Italien yttrade sig över interventionerna den 14 september 2005.

28. Sedan den skriftliga delen av förfarandet avslutats och ingen av parterna begärt muntlig förhandling, var målet den 11 juli 2006 färdigt för upprättande av detta förslag till avgörande.

V — Blandade kontrakt

29. Principen om partsautonomi tillåter skapande av nya avtalsformer genom vilka moment av olika slag kombineras, [13] så att de mål som avtalsparterna eftersträvar uppnås på bästa sätt.

30. Kombinationsmöjligheterna är, med utgångspunkt från avtalsinnehållet, [14] oändliga, eftersom en enstaka rättshandling kan inbegripa flera sådana, med en rad olika syften som var och en, i det fallet, avser olika prestationer.

31. Den största svårigheten ligger i att välja vilka bestämmelser som skall tillämpas och som eventuellt föranleder tillämpning av striktare förfaranden eller uteslutande av vissa anbudsgivare.

32. Avgränsningen kan baseras på kombinationskriteriet, som innebär att bestämmelser av olika ursprung används för delar av en och samma upphandling, eller överviktskriteriet, då regleringen avseende det kontrakt

12 — Även Frankrike meddelades tillstånd att intervenera, men inkom inte med yttrande.

13 — Enligt Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, s. 456, används typen som tankemodell, ”för att på ett mer konkret sätt beskriva vissa kategorier av rättsförhållanden, i synnerhet enskildas rättigheter och obligationsrättsliga förhållanden”.

14 — Moreno Molina, J.A., och Pleite Guadamillas, F., *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados)*, Ed. La Ley, Madrid, 2002, s. 36, har påpekat att dessa kontrakt från fall till fall har mångfacetterade och komplicerade utformningar.

som innehåller det dominerande inslaget tillämpas. [15]

33. Det första kriteriet innebär att särdragen hos varje typ betonas, men på grund av de stora praktiska svårigheter som det innebär brukar det inte tillämpas, annat än exempelvis i fråga om upphandlingar som är skenbart enhetliga men som innehåller en mängd delar.

34. Det andra kriteriet tillämpas vanligen i mer komplicerade situationer, som de som uttryckligen behandlas i direktiven, då man utgår från föremålet för kontraktet:

— Om det avser varor och tjänster tillämpas direktiv 92/50, under förutsättning att värdet på de senare överskrider värdet på de förstnämnda. [16]

— Om det avser varor tillämpas direktiv 93/36, även om leveransen av varor medför accessoriska monterings- och installationsarbeten. [17]

— Om det avser tjänster och inbegriper accessoriska arbeten, skall direktiv 92/50 tillämpas. [18]

— Om det avser offentliga bygg- och anläggningsarbeten skall vissa regler om offentliggörande i direktiv 93/37 följas. [19]

35. Vidare föreskrivs i direktiv 92/50 att om ett och samma kontrakt avser tjänster som återfinns i såväl bilaga I A som bilaga I B, är värdet av dessa tjänster avgörande för vilka bestämmelser som skall tillämpas vid anbudsförfarandet [20] (artikel 10). [21] Direktiv 93/38 innehåller en liknande bestämmelse (artikel 17).

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

16 — Artikel 1.2 d, andra stycket i direktiv 2004/18.

17 — Artikel 1.2 c, andra stycket i direktiv 2004/18.

18 — Artikel 1.2 d, tredje stycket i direktiv 2004/18.

19 — Artikel 1.3 och Avdelning III (artiklarna 56–65) i direktiv 2004/18.

20 — Generaladvokaten Mischo redovisade i punkterna 31–36 i förslaget till avgörande inför dom av den 14 november 2002 i mål C-411/00, Felix Swoboda (REG 2002, s. I-10567), skillnaderna mellan det fallet, där man väljer bestämmelser inom själva direktivet, och de förra, där det berörda direktivet utpekas. I linje med detta konstaterades i domen att i direktiv 92/50 ”föreskrivs … ett entydigt kriterium för att fastställa vilka bestämmelser som skall tillämpas på ett kontrakt som avser olika tjänster”, grundat på deras värde (punkt 52), medan kriteriet avseende ”kontraktets huvudsakliga föremål” avvisas (punkt 49).

21 — Artikel 22 i direktiv 2004/18.

36. Möjligheterna är dock inte uttömda i och med de redovisade alternativen, vilket innebär att den nationelle lagstiftaren, mot bakgrund av luckorna i direktiven, som inte heller anger en gemensam ram för samtliga kontrakt, [22] måste anta bestämmelser som är tillämpliga på andra typer av blandade kontrakt och har härvidlag ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, som avgränsas genom direktiven och fördraget.

37. Det bör noteras att direktiven utgår från kontraktets huvudsakliga föremål och, när det är fråga om mer än en prestation eller när flera sådana sammanfaller, från det som är av störst ekonomisk betydelse. Det är genom att utgå från båda faktorerna möjligt att fastställa det materiella tillämpningsområdet.

38. Det huvudsakliga föremålet består i själva verket av kontraktets huvudinnehåll. [23] Således konstaterade domstolen i dom av den 19 april 1994, Gestión Hotelera Internacional, [24] vid prövningen av ett kontrakt avseende överlåtelse av egendom och samtidigt genomförande av arbeten [25] att det inte var lämpligt att ge dessa arbeten företräde när de var av accessorisk karaktär, men att detta förhållande skulle bedömas av den nationella domstolen (punkterna 26–29). Detta uttalande bör dock nyanseras, eftersom beteckningen av arbetena som ”accessoriska” (sextonde skälet i direktiv 92/50 och artikel 1 a *in fine* i direktiv 93/36) inte innebär att den egenskapen är bestämmande för regelvalet. Följaktligen skall domen tolkas så att de underordnade skyldigheterna inte kan vara bestämmande för vilka regler som skall tillämpas, utan dessa skall fastställas med hjälp av överviktskriteriet. [26]

39. Beloppet framstår vidare som en opartisk uppgift som är användbar vid bedömningen av vilket föremål eller prestation som är mest framträdande, med hänsyn till dess grundläggande funktion, att vara en indikation på huruvida transaktionerna omfattas av direktivens tillämpningsområde. I denna situation konstaterades i dom av den 18 november 1999, Teckal, [27] genom en tolkning *e contrario* av artikel 2 i direktiv 92/50,

22 — Oberoende av vad som är fallet enligt den nationella civilrätten. Messineo, F., *Doctrina general del contrato,* del I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1985, s. 382, hänvisar vid behandlingen av problemet inom detta rättsområde till artikel 1323 i den italienska civillagen, enligt vilken ”alla kontrakt, oberoende av om de inte tillhör de typer som lyder under en särskild reglering, lyder under de allmänna reglerna i denna avdelning” (avdelning II i boken om obligationsrätt).

23 — Artikel 1 a i direktiven 93/36 och 93/37; artikel 1.4 i direktiv 93/38; skäl 10 och artikel 1.2 i direktiv 2004/18.

24 — Dom av den 19 april 1994 i mål C-331/92, Gestión Hotelera Internacional (REG 1994, s. I-1329).

25 — Generaladvokaten Lenz påpekade i punkt 19 i förslaget till avgörande i det målet att tolkningsfrågan gällde tilldelningen av tillstånd att öppna och driva ett spelkasino, samt driften av ett hotell, som inbegrep en skyldighet att genomföra ombyggnadsarbeten.

26 — Greco, G., ”Contratti ’misti’ e appalti comunitari”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 1994, s. 1265, anser att överviktskriteriet är lämpligast för valet av regelverk i fråga om de flesta blandade kontrakt, eftersom det kriterium som avser den accessoriska karaktären ofta är otillräckligt.

27 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121).

att ett kontrakt som omfattar såväl varor som tjänster skall regleras av bestämmelserna om varor, förutsatt att ”värdet” av dessa är högre än värdet av tjänsterna (punkt 38), ett konstaterande som bekräftades i dom av den 11 maj 2006, Carbotermo och Consorzio Alisei [28] (punkterna 31 och 47).

41. Den gemenskapsrättsliga talan om fördragsbrott har således ett stort materiellt tillämpningsområde, eftersom den inte bara omfattar sekundärrätten, där direktiven ger gott underlag för den typen av förfaranden.

42. Enligt detta synsätt förstår man varför ansökan saknar ett resonemang om de italienska bestämmelsernas bristande förenlighet med konkreta bestämmelser i direktiven om offentlig upphandling, och i stället fokuserar på de gemenskapsrättsliga principer som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG.

VI — De gemenskapsrättsliga principernas tillämplighet på undantagna kontrakt

A — *Talan om fördragsbrott på grund av att de gemenskapsrättsliga principerna åsidosatts*

40. Av artikel 10 EG framgår att gemenskapsmedlemskapet innebär två skyldigheter för medlemsstaterna: den positiva skyldigheten att ”vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer” av fördraget eller ”av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner” och den negativa skyldigheten att avstå från åtgärder ”som kan äventyra att fördragets mål uppnås”. Enligt artiklarna 226 EG och 227 EG har kommissionen och medlemsstaterna rätt att vända sig till domstolen när de anser att en medlem åsidosätter dessa skyldigheter.

43. Det vill säga att med utgångspunkt från att bestämmelserna för offentlig upphandling varierar beroende på direktivens tillämplighet enligt de villkor som uppställs i de nationella genomförandebestämmelserna, grundar kommissionen sin talan på avsaknaden av en uttrycklig bestämmelse om att principerna om insyn och likabehandling skall tillämpas vid tilldelningen av kontrakt som är undantagna med hänsyn till deras värde.

B — *Huruvida principerna om insyn och likabehandling är tillämpliga på undantagna kontrakt*

44. I tidigare förslag till avgörande har jag påpekat att fri konkurrens inom avtalsområ-

28 — Dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo och Consorzio Alisei (REG 2006, s. I-4137).

det kan utvecklas om de som vill delta i en offentlig upphandling kan göra det på lika villkor, utan tillstymmelse till diskriminering, och att det därvid inte är tillräckligt att förfarandet regleras enligt objektiva bestämmelser, utan att en förutsättning även är att offentlighet råder. [29]

45. Domstolen har vid andra tillfällen behandlat effekten av principerna om insyn och likabehandling vid tilldelningen av kontrakt som med hänsyn till sitt värde faller utanför direktivens, och följaktligen även införlivandebestämmelsernas, tillämpningsområde.

46. I dom av den 7 december 2000, Teleaustria och Telefonadress, [30] konstaterade domstolen i fråga om avtal som inte omfattas av direktiv 93/38, att ”de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå [är] skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet” (punkt 60). Enligt dom av den 18 november 1999, Unitron Scandinavia och 3-S, (punkt 31) medför denna princip [31] ”en skyldighet att lämna insyn” för att garantera att den iakttas och garanterar, enligt den första av de angivna domarna, ”varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska” (punkt 62). Såsom konstaterades i dom av den 13 oktober 2005, Parking Brixen, [32] är en total avsaknad av en anbudsinfordran ”varken förenlig […] med kraven i artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn” (punkt 50), även om öppenheten, enligt dom av den 21 juli 2005, Coname, [33] inte innebär ”en skyldighet att göra en anbudsinfordran” (punkt 21).

47. Dessa ståndpunkter, som upprepats senare, [34] grundas således på distinktionen mellan kontrakt som omfattas av direktivens respektive tillämpningsområden, vilka skall underställas de förfaranden som fastställs i dessa, och sådana som inte omfattas av dessa regler, som bara berörs av de grundläggande principerna. [35]

29 — Punkterna 24–29 och 21–26 i mina förslag till avgörande inför dom av 27 november 2001 i mål C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani (REG 2001, s. I-9233), respektive av den 24 november 2005 i mål C-331/04, ATI EAC m.fl. (REG 2005, s. I-10109).

30 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Teleaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745). I den domen behandlades för det första frågan huruvida de berörda avtalen – med hänsyn till dess särskilda föremål – ”tillverkning och utgivning av tryckta och elektroniska abonnentförteckningar (telefonkataloger)” (punkt 19) –, skulle omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38 och inte direktiv 92/50 (punkterna 31–40).

31 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3 S (REG 1999, s. I-8291).

32 — Dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8612).

33 — Dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287).

34 — Bland annat i dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 18.

35 — Samma synsätt speglas i beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, Vestergaard (REG 2001, s. I-9505), punkterna 19–21.

C — *Räckvidden av skyldigheten att iaktta principerna om insyn och likabehandling*

48. Då det konstaterats att det föreligger en skyldighet att iaktta principerna om insyn och likabehandling vid tilldelning av kontrakt som inte omfattas av specialreglerna, skall denna skyldighet avgränsas, och det skall klargöras om den bör komma till uttryck i den skrivna rätten.

49. Domstolen besvarade inte den frågan i domen i det ovannämnda målet Coname, trots generaladvokaten Stix-Hackls ingående granskning i förslaget till avgörande. Diskussionen kan dock återupptas i ett antal anhängiga mål. [36]

50. Till skillnad från dessa fall, som gäller bestämda kontrakt, är det här berörda mer vidsträckt till sin karaktär, och kräver att direktiven och fördraget granskas.

1. Hänvisningen i direktiven

51. Som framhölls i dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, [37] är huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling inte bara att skapa fri rörlighet för varor och tjänster, utan även att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater (punkt 44). [38]

52. En läsning av direktiven avslöjar dock att en heltäckande kodifiering i unionen saknas. [39] Direktiven behandlar nämligen, å ena sidan, i huvudsak tilldelningen av kontrakt, även om de också berör övriga etapper, som verkställigheten. Å andra sidan undantas vissa kontrakt, och slutligen saknas generella bestämmelser som skall tillämpas för de undantagna kontrakten.

53. Begränsningen av regleringen till förberedelsen, förfarandet och formerna för upphandlingen, vilket framgår redan av

36 — Målen C-507/03, kommissionen mot Irland, och C-532/03, kommissionen mot Irland, i vilka tilldelningen av tjänstekontrakt utan föregående publicering kritiseras. Generaladvokaten Stix-Hackl föredrog förslag till avgörande i båda målen den 14 september 2006. Se även mål C-195/04, kommissionen mot Finland, i vilket förhandling hölls den 8 juni i år, där bristerna är knutna till beviljandet av ett avtal avseende köksutrustning för institutionellt bruk.

37 — Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1).

38 — Även om de också fullgör andra syften, som att skydda förvaltningens ekonomiska intressen genom prisgranskning, García-Trevijano Garnica, J.A., "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,* coor. Pendás, B., Ed. Praxis, Barcelona, 1995, s. 258.

39 — Millett, T., "Les marchés publics en droit communautaire", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne,* nr 452, oktober—november 2001, s. 630. Piñar Mañas, J.L., i det gemensamma verket *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas,* 2:a upplagan, Ed. Civitas, Madrid, 2004, s. 79, där det noteras att man genom direktiven dock "banar väg för ett gemensamt system för upphandling".

direktivens namn, motiveras av att det är dessa faser som påverkar den fria rörligheten för varor, etableringsfriheten, friheten att tillhandahålla tjänster och de principer som följer av dessa friheter.

54. Det är även logiskt att vissa kontrakt undantas på grund av att föremålet för dem är känsligt, såsom hemliga kontrakt eller sådana som är föremål för strikta säkerhetsåtgärder, att de omfattas av andra direktiv, såsom kontrakt avseende telekommunikationer, eller att beloppen är av ringa betydelse.

55. Det är svårare att förstå varför det saknas en gemensam reglering av offentliga upphandlingar som innehåller bestämmelser om lika möjligheter, förbud mot diskriminering, insyn och offentlighet, med de undantag som krävs, [40] eftersom sådana riktlinjer skulle stärka gemenskapens målsättningar, utan att skapa olösliga problem.

40 — Enligt artikel 2 i direktiv 2004/18 skall myndigheterna behandla ”ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt” och förfara ”på ett öppet sätt”. Artiklarna 4–6 innehåller vissa riktlinjer för samtliga offentliga kontrakt, i fråga om ”ekonomiska aktörer”, om ”[v]illkor som rör WTO-avtal” och om ”[k]onfidentialitet”, men enligt artikel 7 skall dessa artiklar, liksom övriga artiklar i direktivet, bara tillämpas på offentliga kontrakt ”som inte skall undantas”.

56. De nationella lagstiftarna har rätt att fylla ut detta tomrum, men åläggs inte att införa bestämmelser som inte ens antagits i gemenskapens sekundärrätt. Man bör således erinra sig att det i artikel 249 EG föreskrivs att ”[e]tt direktiv skall med avseende på det resultat som skall uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet”, vilket innebär att införlivandet skall omfatta hela direktivet, men bara direktivet.

57. På gemenskapsrättens nuvarande utvecklingsstadium kräver varken direktivens syfte och innehåll eller deras ändamålsenliga verkan att de principer som ligger till grund för dem uttryckligen skall nämnas i medlemsstaternas rättsordningar i samband med kontrakt som inte omfattas av direktivens tillämpningsområden.

2. Hänvisningen till fördraget

58. I dom av den 5 december 1989, kommissionen mot Italien, [41] konstaterades att artiklarna 43 EG och 49 EG utgör ett särskilt uttryck för principen om likabehandling

41 — Dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (REG 1989, s. 4035; svensk specialutgåva, volym 10, s. 269).

(punkt 8), som, vilket konstaterades i dom av den 25 april 1996, kommissionen mot Belgien, [42] innebär att alla anbudsgivare skall ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, oberoende av nationalitet (punkterna 33 och 54).

59. Det breda spektret av möjligheter att ingå avtal är grundläggande för principerna i fördraget, som dock saknar indikationer om hur publicering skall ske. I det avseendet har rättspraxis lämnat fältet öppet, även om vissa minimikrav ställts. Således konstaterades i domen i det ovannämnda målet Parking Brixen att ”[d]et ankommer på den koncessionsgivande offentliga myndigheten att under kontroll av behöriga domstolar bedöma huruvida villkoren avseende anbudsinfordran överensstämmer med den speciella karaktären på den ifrågavarande koncessionen avseende allmännyttiga tjänster”, och det är inte godtagbart att inte alls infordra anbud (punkt 50, vari punkterna 61 och 62 i domen i målet Teleaustria och Telefonadress citeras), [43] en tanke som kan överföras på alla slags kontrakt.

60. I domen i målet Coname behandlades de redovisade frågorna i samband med bedömningen av en direkt tilldelning av ett tjänstekontrakt avseende underhåll, drift och övervakning av nätet för metangas. Då det var fråga om ett kontrakt som inte omfattades av direktiven skulle bedömningen ske mot bakgrund av primärrätten (punkt 16), och det konstaterades att avsaknaden av insyn utgjorde en indirekt diskriminering som var förbjuden enligt artiklarna 43 EG och 49 EG (punkterna 17–19), som kunde ursäktas ”på grund av särskilda omständigheter, såsom att koncessionen är av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende” och därför inte skulle vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat, och att ”verkningarna på de berörda grundläggande friheterna således kan anses vara alltför slumpmässiga och indirekta för att man skall kunna fastställa att de har åsidosatts” (punkt 20).

61. I ett vidare perspektiv ifrågasatte generaladvokaten Stix-Hackl, i förslaget till avgörande i målet Coname, att de grundläggande friheterna kräver ett enhetligt system som skall tillämpas på alla upphandlingar (punkt 70), och föreslog ett förenklat system enligt vilket de olika kategorierna värderas med utgångspunkt från deras betydelse på den inre marknaden (punkt 75 och följande punkter).

62. Av ovan sagda drar jag dels slutsatsen att de krav på likabehandling och insyn som ställs enligt fördraget alltid skall iakttas, men att det inte är nödvändigt att detta

42 — Dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043).

43 — Generaladvokaten Fennelly förklarade i punkt 43 i förslaget till avgörande i det målet ”att ett iakttagande av principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet innefattar ett krav att meddelande av koncessioner sker under former som i varje fall innebär ett minimum av publicitet och insyn”, men inte att ”dessa enheter är skyldiga att tillämpa bestämmelserna i de mest relevanta gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling analogt”.

föreskrivs i sekundärrättsliga eller nationella regler [44] och, å andra sidan, att det för närvarande, inom vissa gränser, ankommer på den enskilda medlemsstaten att besluta i vilken omfattning anbudsinfordringar skall offentliggöras.

D — *Konsekvens*

63. Mot bakgrund av ovanstående tolkning anser jag att varken direktiven eller fördraget tvingar medlemsstaterna att uttryckligen anta allmänna bestämmelser för undantagna kontrakt med avseende på tillämpligheten av principerna om likabehandling och insyn eller på den offentlighet som den fria konkurrensen kräver. Antas sådana bestämmelser, är det ett uttryck för deras fria val och inte en skyldighet som följer av medlemskapet i unionen.

64. Den omvända situationen skulle skapa allvarliga problem, vilket påpekades i det ovannämnda förslaget till avgörande i målet Coname, såsom valet av metod för offentliggörande eller minimikrav på innehållet i detta (punkterna 96 och 97), eftersom direktiven i sig varierar beroende på tjänsternas ekonomiska betydelse. Det skulle inte heller överensstämma med rättspraxis där, enligt domen i målet Coname, en direkt tilldelning utan anbudsinfordran under vissa omständigheter godtas (punkt 21).

65. Det är i alla händelser möjligt att kontrollera efterlevnaden av dessa principer med utgångspunkt från tillvägagångssättet i det enskilda fallet, vilket skedde i exempelvis domarna i de ovannämnda målen Parking Brixen och Coname. [45]

VII — Prövningen av anmärkningarna om fördragsbrott

A — *Inledande synpunkter*

66. Jag har i inledningen till detta förslag till avgörande påpekat att kommissionen har kritiserat Italien för att inte ha uppfyllt sina skyldigheter i fråga om offentliga upphandlingar genom att på i huvudsak två sätt undanta vissa tilldelningar från de gemenskapsrättsliga reglerna och principerna, genom att för det första använda värdet på

44 — Den italienska lagstiftaren har dock betonat dessa principer i 2005 års reform, som jag återkommer till längre fram.

45 — De anhängiga målen C-507/03, C-532/03 och C-195/04 (ovan fotnot 36).

accessoriska arbeten som enda bestämmande kriterium för behandlingen av blandade kontrakt och för det andra inte ange att principerna om likabehandling och insyn enligt artiklarna 43 EG och 49 EG skall iakttas i de fall direktivens tröskelvärden underskrids.

67. Den svarande regeringen har visserligen förnekat att bestämmelserna i dess rättsordning om enskildas genomförande av arbeten mot avräkning för stadsplaneringsavgifterna strider mot gemenskapsrätten, men anfört att resterande brister som påtalats av kommissionen har undanröjts i och med de ändringar som genomfördes genom lag nr 62/2005 av den 18 april 2004, Legge comunitaria. [46]

68. Det räcker att erinra om den rättspraxis enligt vilken förekomsten av ett fördragsbrott skall bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som angavs i det motiverade yttrandet och att domstolen inte skall beakta senare förändringar. [47]

46 — ”Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee”, ordinarie tillägg till GURI nr 96 av den 27 april 2005.

47 — Dom av den 27 november 1990 i mål C-200/88, kommissionen mot Grekland (REG 1990, s. I-4299), punkt 13, av den 2 maj 1996 i mål C-133/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2323), punkt 17, av den 30 januari 2002 i mål C-103/00, kommissionen mot Grekland (REG 2002, s. I-1147), punkt 23, och av den 13 mars 2003 i mål C-333/01, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-2623), punkt 8.

69. I förevarande mål skall utgångspunkten således vara den lagstiftning som gällde vid utgången av de två månader som medgavs i det motiverade yttrandet av den 15 oktober 2003, inte den som antogs därefter.

B — *Avgränsningen av blandade kontrakt*

70. De italienska genomförandebestämmelserna är tillämpliga på blandade kontrakt avseende arbeten, varor och tjänster, samt avseende varor och tjänster som inbegriper accessoriska arbeten, om dessa arbeten motsvarar mer än 50 procent av priset (artikel 2.1 i lag nr 109/94 och, på motsvarande sätt, artikel 3.3 i lagstiftningsdekret nr 157/95). Den ekonomiska bedömningen av en del i ett sådant kontrakt är således det enda kriteriet som avgör huruvida lagen är tillämplig.

71. Kommissionen har med hänvisning till domen i det ovannämnda målet Gestión Hotelera Internacional anfört att tillämpligheten bestäms utifrån kontraktets huvudsakliga föremål, vilket bland annat och inte enbart definieras med utgångspunkt från arbetenas ekonomiska värde. Det omvända skulle nämligen innebära att man undantar blandade kontrakt vars värde överstiger de trösklar som anges i direktiven 92/50 och 93/36, men – enbart på grund av den

omständigheten att arbetena, som fortfarande är accessoriska, svarar för den största delen av priset – underskrider de trösklar som anges i direktiv 93/37.

72. Den svarande medlemsstaten har åberopat ett cirkulär från Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministeriet för infrastruktur och transport) [48] och ändringen av lag nr 109/94, för att visa att man inte beaktar värdet på acessoriska arbeten, vilket innebär att den ekonomiska aspekten fortfarande utgör det dominerande men inte längre enda kriteriet vid valet av tillämplig lag.

73. Av ovan angivna skäl anser jag att man skall bortse från nämnda ändringar. Dessutom saknar ett cirkulär, vilket påpekades i repliken, kraft att ändra en bestämmelse i lag och är otillräckligt för att undanröja överträdelsen, då domstolen har slagit fast att ”[e]nbart administrativ praxis, som till sin art är sådan att den fritt kan ändras av myndigheten och som inte offentliggörs i tillräcklig utsträckning, kan inte anses som ett giltigt fullgörande av de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten”. [49]

74. Mot bakgrund av dessa synpunkter är det uppenbart att direktiven utgör hinder för att alltid tillämpa arbetenas värde som avgörande kriterium för den rättsliga regleringen av blandade kontrakt, eftersom det skulle innebära att kontrakt vars huvudfokus ligger på varor eller tjänster skulle undgå gemenskapsreglerna enbart därför att värdet på huvudprestationen är lägre.

75. Direktiven i sig hänvisar till föremålet för kontraktet, utan att sammanblanda detta med syftet eller de arbeten som avses, [50] även om de senare definierar föremålet. Om det rör sig om flera föremål, rankas de med utgångspunkt från arbetenas värde, eftersom direktivens tillämpningsområde avgränsas med hjälp av ekonomiska storheter som är lätta att bestämma.

76. Man kan inte vända på villkoren eller, vilket är fallet i de italienska bestämmelserna, utgå från det ekonomiska värdet på accessoriska åtgärder. Jag anser därför att påståendet om åsidosättande är välgrundat.

48 — Cirkulär nr B1/2316 av den 18 december 2003, GURI nr 79 av den 3 april 2004.

49 — Dom av den 24 mars 1994 i mål C-80/92, kommissionen mot Belgien (REG 1994, s. I-1019), punkt 20, av den 26 oktober 1995 i mål C-151/94, kommissionen mot Luxemburg (REG 1995, s. I-3685), punkt 18, av den 17 maj 2001 i mål C-159/99, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-4007), punkt 32, av den 17 januari 2002 i mål C-394/00, kommissionen mot Irland (REG 2002, s. I-581), punkt 11, av den 27 februari 2003 i mål C-415/01, kommissionen mot Belgien (REG 2003, s. I-2081), punkt 21, och av den 20 november 2003 i mål C-296/01, kommissionen mot Frankrike (REG 2003, s. I-13909), punkt 54.

50 — Generaladvokaten Lenz påpekade i punkt 37 i förslaget till avgörande i målet Gestión Hotelera Internacional att den omständigheten att en skyldighet är primär och icke överlåtbar inte innebär att den utgör kontraktets huvudsakliga föremål.

C — *Stadsplanerelaterade arbeten*

77. Arbeten som företas av enskilda a) mot avräkning av avgifter för bygglov, b) för att åta sig vissa lagenliga skyldigheter och c) som är likartade med de två föregående grupperna omfattas inte av lag nr 109/94, men om åtgärdernas värde, betraktade individuellt, överskrider gemenskapströsklarna omfattas de av direktiv 93/37 (artikel 2.5 i lag nr 109/94).

78. Kommissionen har, å ena sidan, gjort gällande att dessa bestämmelser, jämförda med lag nr 1150/42 och lag nr 10/77, medger en direkt tilldelning till innehavaren av ett bygglov eller en stadsplan, utan garantier beträffande fördragets principer om insyn och likabehandling, som skall iakttas även när budgeten underskrider unionens tröskelvärden. Den har vidare förklarat att vid bedömningen av huruvida gränsen är uppnådd, skall samtliga åtgärder som omfattas av kontraktet beaktas, inte bara vissa.

79. Den italienska regeringen har med eftertryck förnekat att dess lagstiftning medför det påstådda fördragsbrottet. För det första bifogas ett cirkulär från Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti [51] och ytterligare ett från Dipartimento per le Politiche Comunitarie (departementet för gemenskapspolitik vid nämnda ministerium), [52] där de regler som antagits för att följa gemenskapsrätten redovisas. För det andra anser den att det är överflödigt att hänvisa till samtliga bestämmelser i fördraget och till domstolens rättspraxis vid införlivandet. För det tredje har den framhållit särdragen i byggentreprenörens åtgärder i fråga om stadsplanerelaterade anläggningsarbeten, där dessa träder i stället för lokala myndigheter. Slutligen invänder den mot kommissionens tolkning av domen av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., [53] eftersom kommissionen enligt dess uppfattning inte tog hänsyn till de mångfacetterade arbeten som genomfördes av den enskilde som ombud för myndigheterna.

1. Principerna om insyn och likabehandling

80. Av ovan angivna skäl kan de skrivna nationella reglerna inte kritiseras för att

51 — Cirkulär nr 462 av den 18 december 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 av den 28 december 2001.

52 — Cirkulär nr 8756 av den 6 juni 2002, ”Normativa applicabile agli appalti pubblici ’sottosoglia’ ”, GURI nr 178 av den 31 juli 2002.

53 — Dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl. (REG 2001, s. I-5409).

sakna en allmän hänvisning till skyldigheten att iaktta principerna om insyn och likabehandling. På grund av deras flexibla karaktär skall bedömningen av ett eventuellt åsidosättande grundas på omständigheterna i varje enskild upphandling.

81. Italien har således inte gjort sig skyldigt till det påstådda fördragsbrottet.

2. Den italienska lagstiftningens tillämpningsområde

82. Den andra invändningen i ansökan angående tilldelningen av arbeten till innehavaren av ett bygglov eller en stadsplan avser det faktum att upphandlingsförfarandena alltid skall tillämpas under förutsättning att kontraktet mellan myndigheten och den enskilde omfattar arbeten vars individuellt fastställda budget överskrider gemenskapströsklarna.

83. Enligt kommissionen strider denna regel mot direktiv 93/37, eftersom den medför att kontrakt vars totala belopp överskrider trösklarna undantas, på grund av att kostnaderna för vart och ett av de arbeten som inbegrips är för låga.

84. Som jag nämnt har den italienska regeringen pekat på stadsplaneringens särdrag och egenskaperna hos det diskuterade systemet för upphandling, men bortsett från att bedömningen av systemet i förevarande mål skall utgå från direktiven om offentlig upphandling. Situationen förvanskas om tonvikten läggs på en av de rättsliga nivåerna – den nationella – med bortseende från den andra – gemenskapsrättsliga. Jag har dessutom redan påpekat att det i domen i målet Ordine degli Architetti m.fl. konstaterades att de särskilda förhållandena i fråga om stadsplanering inte är tillräckliga för att direktiven inte skall tillämpas (punkt 66).

85. I artikel 1 i direktiv 93/37 anges vad som avses med ”[o]ffentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten” (artikel 1 a) [54] och med ”arbete” (artikel 1 c). [55] I artikel 6.3 behandlas fall där ett arbete är uppdelat i flera delar som var och en är föremål för upphandling, och i artikel 6.4 förbjuds en uppdelning i syfte att kringgå direktivet. [56]

54 — ”[S]krivna avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en av de nedan under b upphandlande myndigheterna, som omfattar utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna eller arbete som anges nedan under c, eller utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven.”

55 — ”[B]ygg- och anläggningsarbeten i deras helhet och som i sig själva skall fylla en ekonomisk och teknisk funktion.”

56 — Liknande bestämmelser återfinns i artikel 7 i direktivet, i artikel 5 i direktiv 93/36, i artikel 14 i direktiv 93/38 och i artikel 9 i direktiv 2004/18, som behandlar ”[m]etoder för beräkning av det uppskattade värdet på offentliga kontrakt, ramavtal och dynamiska inköpssystem”.

86. På så sätt tillhandahålls begrepp och riktlinjer som skall tolkas med utgångspunkt från gemenskapsrätten, [57] inom vars ram domen i det ovannämnda målet Ordine degli Architetti m.fl. skall ses. I den domen slogs det fast att direktiv 93/37 skall tillämpas när ”den som innehar bygglov eller en godkänd plan för markexploatering … direkt uppför en anläggning mot att hela eller delar av avgiften för bygglovet avräknas när värdet av detta arbete motsvarar eller överstiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet”.

87. Uttalandet bör dock nyanseras, eftersom offentliga anläggningsarbeten som omfattar stadsplanearbeten genomförs direkt av myndigheterna eller av tredje man i enlighet med lagstiftning eller överenskommelse, varvid det föreligger ett kontrakt som regleras av gemenskapsrätten [58] och innehavaren, som agerar som myndighetens *alter ego,* [59] är underställd exakt samma krav på offentlighet och konkurrens. [60]

88. Dessutom definieras begreppet ”arbete” i direktiv 93/37 och, enligt dom av den 5 oktober 2000, kommissionen mot Frankrike, [61] skall förekomsten av arbete bedömas utifrån den ekonomiska och tekniska funktion som resultatet av bygg- och anläggningsarbetena är tänkt att fylla (punkt 36). Det samlade värdet – i förekommande fall efter en sammanläggning av delarnas värde – är avgörande för huruvida bestämmelserna är tillämpliga, medan stadsplaneringens särdrag, som jag nämnt, inte utgör ett sakligt skäl för en uppdelning.

89. Ovanstående överväganden visar att de stadsplanerelaterade åtgärder som omfattas av direktivet även de skall följa direktivets regler beträffande beräkningen av kontraktens belopp. Det är alltså inte möjligt att godta regler, som dem som behandlas i artikel 2.5 i lag nr 109/94, som ändrar dessa genom att föreskriva ett enda allmänt kriterium med den negativa verkan att de gemenskapsrättsliga principerna frångås och att företag i andra medlemsstater, av objektiva skäl som avser beloppet, förhindras från att

57 — Huelin Martínez de Velasco, J., ”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 och följande sidor.

58 — Generaladvokaten Léger påpekade helt korrekt i förslaget till avgörande i målet Ordine degli Architetti m.fl. att när ”den som ska[ll] uppföra en tätbebyggelseanläggning kort och gott [utses] genom lag” saknas en väsentlig aspekt i avtalsförhållandet (punkt 68).

59 — Fernández Rodríguez, T.R., ”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 — Huelin Martínez de Velasco, J., a.a., s. 28.

61 — Dom av den 5 oktober 2000 i mål C-16/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-8315). Den domen gällde visserligen direktiv 93/38, men resonemanget kan utvidgas till analoga bestämmelser i direktiv 93/37.

lägga anbud i upphandlingar som intresserar dem. [62]

90. Artikel 2.5 i den italienska lagen strider således mot direktiv 93/37.

D — *Tilldelningen av utformning, ledning och kontroll av arbeten i upphandlingar vars värde underskrider gemenskapströsklarna*

91. Lag nr 109/94 tillåter i fråga om kontrakt vars budget underskrider direktivens tröskelvärden att utformningen och ledningen av arbetena, liksom kontrollen av genomförandet, uppdras åt personer som det upphandlande organet har förtroende för (artiklarna 17.12 och 30.6a).

62 — Domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 61), särskilt punkterna 38–47. Generaladvokaten Jacobs framhöll i sitt förslag till avgörande i detta mål att en rad arbeten som utförs inom en viss tidsperiod på en grupp nät som delar en ekonomisk och teknisk funktion i sig själva anses fylla en delad ekonomisk och teknisk funktion (punkt 72). Denna ståndpunkt kan utvidgas till stadsplanerelaterade arbeten, liksom tesen i dom av den 14 september 2004 i mål C-385/02, kommissionen mot Italien (REG 2004, s. I-8121), att ”[e]ndast den omständigheten att arbeten påstås vara komplicerade och vanskliga … emellertid inte [räcker] för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda entreprenör” (punkt 21).

92. Kommissionen anser att principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och insyn skall beaktas även utanför de europeiska reglernas tillämpningsområde och att dessa åsidosätts när upphandlingen sker helt utan publicering, ett åsidosättande som inte avhjälps av kraven på att den utvaldes erfarenhet och yrkeskompetens skall kontrolleras och att valet skall motiveras.

93. Den svarande regeringen har hänvisat till ändringen av lag nr 109/94, genom vilken en uttrycklig hänvisning till dessa principer införts och upprepar det ovan redovisade resonemanget angående det irrationella i de uppgifter som kommissionen kräver.

94. Det faktum att de argument som har anförts i samband med denna anmärkning liknar dem som har anförts mot artikel 2.5 i lag nr 109/94 talar för en liknande lösning, nämligen att gemenskapsrätten för närvarande inte föreskriver att skyldigheten att iaktta gemenskapens principer på undantagna kontrakt uttryckligen skall framgå av bestämmelser som reglerar tilldelningen av sådana kontrakt, vilket inte hindrar en prövning av varje förfarande och ett ifrågasättande vid de nationella domstolarna eller EG-domstolen om de inte iakttas.

95. Artiklarna 17.12 och 30.6a i lag nr 109/94 tycks således inte strida mot gemenskapsrätten på det sätt som har gjorts gällande i förevarande mål.

E — *Tilldelning av kontrakt avseende arbetsledning*

96. Ledningen av arbetena ankommer på det upphandlande organet, men när vare sig detta eller andra offentliga myndigheter kan svara för ledningen kan denna överlåtas på projektets initiativtagare (artikel 27.2 i lag nr 109/94).

97. Kommissionen har förklarat att regelns allmänna karaktär strider mot direktiven 92/50 och 93/38, enligt vilka ledningsverksamheten skall upphandlas offentligt och konkurrensutsättas, både när gemenskapströsklarna överskrids, såsom föreskrivs, och när de inte gör det, i enlighet med fördragets principer.

98. Den italienska regeringen har framhållit de olägenheter som kan undvikas genom dess system, men tillagt att man för att tillmötesgå den framförda kritiken har ändrat lag nr 109/94, genom att införa en rad skyddsåtgärder så att den upphandlande myndigheten ger uppdraget åt projektets initiativtagare under förutsättning att detta framgår av anbudsinfordran och att värdet på ledningstjänsterna har inräknats i budgeten.

99. De överväganden som har anförts i samband med tidigare anmärkningar gäller även tillämpningen av principerna om insyn och likabehandling på kontrakt som inte överskrider tröskelvärdena, eftersom de avser samma omständigheter. I det avseendet kan det fördragsbrott som påtalats av kommissionen inte anses klarlagt.

100. Kontrakt som på grund av sina belopp omfattas av urvalsförfaranden förtjänar en annan lösning, eftersom de gemenskapsrättsliga bestämmelserna är entydiga. I dessa fall skall samtliga bestämmelser iakttas till fullo, hur bekvämt det än kan te sig att avstå från förfarandena, eftersom artikel 11.1 i direktiv 92/50 och artikel 4 i direktiv 93/38 kategoriskt föreskriver att de föreskrivna förfarandena skall tillämpas på upphandlingar – öppna, selektiva eller förhandlade –, [63] vilket, såsom konstaterats i rättspraxis, innebär

63 — Även artikel 6.1 i direktiv 93/36 och artikel 7.1 i direktiv 93/37.

att endast de föreskrivna undantagen är tillåtna. [64]

101. Arbetsledningsfunktioner återfinns i tjänstekategori 12 i bilaga 1 A till direktiv 92/50 och bilaga XVI A till direktiv 93/38, och skall således upphandlas enligt bestämmelserna i dessa direktiv.

102. Med hänsyn till samtliga dessa överväganden råder ingen tvekan om att artikel 27.2 i lag nr 109/94 strider mot direktiven 92/50 och 93/38.

F — *Upphandling av kontrollarbeten*

103. Kontrollarbetet ankommer på enheterna hos de upphandlande myndigheterna själva, men om det visas och intygas att de saknar kvalificerad personal (artikel 28.4 i lag nr 109/94), lämnas uppdraget åt utomstående som är upptagna i förteckningar hos de offentliga myndigheterna (artikel 188 i presidentdekret nr 554/99).

104. Kommissionen upprepar i sin kritik de argument som framförts under punkt VII E i detta förslag till avgörande och hänvisar till förfarandena i direktiven 92/50 och 93/38, om kontraktets belopp överskrider de berörda trösklarna, och till att fördragets principer skall följas i övriga fall.

105. Den italienska regeringen har hänvisat till att föreskrifterna kommer att upphävas (närmare bestämt artikel 188.8–11 i presidentdekret nr 554/99). [65]

106. Denna hänvisning till den italienska regeringens framtida goda avsikter kan lämnas utan avseende och detta klagomål bör behandlas på samma sätt som det föregående, eftersom någon kritik med avseende på artiklarna 43 EG och 49 EG inte är motiverad. Kontrollarbeten är dessutom hänförliga till tjänstekategori 12 i bilaga 1 A till direktiv 92/50 och bilaga XVI A till direktiv 93/38 och skall upphandlas i enlighet med direktiven.

107. Mot bakgrund av ovan sagda strider artikel 28.4 i lag nr 109/94, jämförd med

64 — Dom av den 17 november 1993 i mål C-71/92, kommissionen mot Spanien (REG 1993, s. I-5923), punkt 10, och domarna i de ovannämnda målen Teckal, punkt 43, och Carbotermo och Consorzio Alisei, punkt 45.

65 — I dupliken har den påpekat att Corte Constituzionale, i dom nr 302/03 (punkt 5.1), slog fast att punkterna 8-10 i nämnda dekret strider mot konstitutionen.

artikel 188 i presidentdekret nr 554/99, mot direktiven 92/50 och 93/38.

G — *Privat finansierade bygg- och anläggningsarbeten*

108. Myndigheterna tillåter att utomstående utför offentliga bygg- och anläggningsarbeten som kan exploateras kommersiellt. I en första fas inbjuds enskilda, genom en kungörelse, att, efter att ha tillerkänts ställning som initiativtagare, presentera förslag i syfte att underteckna koncessioner, där de helt eller delvis ansvarar för kostnaderna och, som motprestation, åtar sig förvaltningen. Sedan de inkomna förslagen utvärderats väljs de som är av allmänt intresse ut i en andra etapp, där man för vart och ett av de utvalda förslagen inleder ett selektivt förfarande i syfte att välja ytterligare två anbud, som används som referens vid förhandlingen, som leder till att den initiativtagare som kan anpassa sitt förslag efter den upphandlande enhetens krav tilldelas kontraktet (artiklarna 37a, 37b och 37c i lag nr 109/94).

109. Kommissionen har för det första kritiserat Italien för att principen om likabehandling åsidosätts i det redovisade systemet, som ger initiativtagaren två fördelar i förhållande till övriga anbudsgivare, även om hans ursprungliga förslag är mindre lämpligt, eftersom han automatiskt deltar i förfarandet och har förtur vid valet. Åsidosättandet skulle kunna ursäktas om samtliga deltagare hade samma förmån och omfattades av samma utvärderingskriterier, men dessa uppgifter är inte obligatoriska i den ursprungliga kungörelsen. Eftersom kungörelsen endast är obligatorisk från och med den 18 augusti 2002, den dag då lag nr 166/2002 trädde i kraft, kritiseras Italien för det andra för att tidigare inledda förfaranden leder till beslut som inte överensstämmer med de allmänna gemenskapsrättsliga principerna.

110. Enligt den svarande regeringen berörs båda anmärkningarna av ändringen av lag nr 109/94, enligt vilken kungörelsen skall innehålla ett omnämnande av initiativtagarens fördelar och i vilken det hänvisas till en bestämmelse som reglerar ärenden som var under handläggning den 31 januari 2004, avseende vilka detta omnämnande saknades.

111. Den italienska regeringen har visserligen inte vederlagt påståendena i ansökan, men det åligger kommissionen att bevisa att det påstådda fördragsbrottet föreligger, och att därvid inte stödja sig på en presumtion. [66] Sedan kommissionen presenterat tillräcklig

66 — Dom av den 25 maj 1982 i mål 96/81, kommissionen mot Nederländerna (REG 1982, s. 1791), punkt 6, av den 12 september 2000 i mål C-408/97, kommissionen mot Nederländerna (REG 2000, s. I-6417), punkt 15, och av den 26 april 2005 i mål C-494/01, kommissionen mot Irland (REG 2005, s. I-3331), punkt 41.

bevisning ankommer det dock på medlemsstaten att på ett sakligt och detaljerat sätt bemöta dessa fakta. [67]

112. I princip förefaller de två anmärkningarna befogade. Den första därför att den nationella lagstiftningen, som kommissionen har påpekat, ger den som tar initiativ till förfarandet vissa fördelar som övriga intressenter saknar och inte kan kompensera sig för. Det konstaterades redan i domen i det ovannämnda målet av den 25 april 1996, kommissionen mot Belgien, att när en upphandlande enhet beaktar en ändring i det ursprungliga anbudet från en enda anbudsgivare, har denna anbudsgivare en fördel jämfört med sina konkurrenter, vilket åsidosätter principen om lika behandling av anbudsgivare och försämrar insynen i förfarandet (punkt 56). Kommissionen har dessutom pekat på vissa konkreta fall där kungörelsen inte upplyser om förmånerna och inte heller fastställer objektiva urvalskriterier. [68]

113. Den andra anmärkningen ter sig befogad eftersom det inte är tillräckligt att i efterskott avhjälpa bristerna i den klandervärda situationen.

67 — Dom av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-7773), punkterna 84 och 86.

68 — Punkt 87 i ansökan och fotnot 12 som belyser detta.

114. Mot bakgrund av vad som sagts i ovanstående punkter skall det anses styrkt att artiklarna 37b och 37c.1 i lag nr 109/94 inte är förenliga med den likabehandlingsprincip som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG.

H — *Konsekvenser*

115. Av ovan sagda följer att

— artikel 2.1 i lag nr 109/94 är oförenlig med direktiven 92/50, 93/36, 93/37 och 93/38,

— artikel 2.5 i lag nr 109/94, jämförd med lagarna nr 1150/1942 och nr 10/1977, strider mot direktiv 93/37,

— artikel 27.2 i lag nr 109/94 strider mot direktiven 92/50 och 93/38,

— artikel 28.4 i lag nr 109/94, jämförd med artikel 188 i presidentdekret nr 554/99, strider mot direktiven 92/50 och 93/38,

— och att artiklarna 37b och 37c.1 i lag nr 109/94 inte är oförenliga med artiklarna 43 EG och 49 EG.

116. Artikel 2.5, artikel 17.12, artikel 27.2 och artikel 30.6a i lag nr 109/94 strider däremot inte mot artiklarna 43 EG och 49 EG.

VIII — Rättegångskostnader

117. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 69.3 i samma rättegångsregler kan domstolen, om parterna ömsom tappar målet, besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad.

118. Då både kommissionen och Republiken Italien har yrkat ersättning för rättegångskostnaderna och jag föreslår att talan delvis skall bifallas, skall nämnda medlemsstat ersätta hälften av kommissionens rättegångskostnader, och kommissionen skall i sin tur ersätta hälften av motpartens rättegångskostnader.

119. Enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna skall medlemsstater som har intervenerat bära sina rättegångskostnader.

IX — Förslag till avgörande

120. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall

1) Fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 49 EG, genom att anta artikel 37b och 37c.1 i lag

nr 109 av den 11 februari 1994, enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992, 93/36/EEG, 93/37/EEG och 93/38/EEG, alla tre av den 14 juni 1993, om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av tjänster, offentliga bygg- och anläggningsarbeten och varor, respektive för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, genom att anta artikel 2.1 i nämnda lag nr 109/94, enligt nämnda direktiv 93/37, genom att bibehålla artikel 2.5 i samma lag nr 109/94 och enligt de nämnda direktiven 92/50 och 93/38, genom att anta artiklarna 27.2 och 28.4 i nämnda lag nr 109/94.

2) Ogilla talan i övrigt.

3) Förplikta Republiken Italien att ersätta hälften av kommissionens rättegångskostnader.

4) Förplikta kommissionen att ersätta hälften av Republiken Italiens rättegångskostnader.

5) Förplikta Republiken Finland och Konungariket Nederländerna att bära sina rättegångskostnader.