

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
CARL OTTO LENZ

fremsat den 26. februar 1992 *

*Hr. præsident,
De herrer dommere,*

A — Indledning

1. Under denne traktatbrudssag gør Kommissionen gældende, at Unità Sanitaria locale XI — Genova 2 (USL), har handlet i strid med direktiv 77/62/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb¹. Den 10. oktober 1988 offentliggjorde USL en udbudsbekendtgørelse om levering af en række produkter, bl.a. oksekød, til et beløb af 5 800 000 000 LIT i løbet af 1989. I udbudsbekendtgørelsen blev der stillet en minimumsbetingelse for indgivelse af bud, som ifølge Kommissionen var i strid med fællesskabsretten. De potentielle bydende skulle nemlig godtgøre, at de i de tre forudgående år (1985, 1986 og 1987) havde leveret produkter af samme art til et beløb svarende til mindst seks gange værdien af hver af de leverancer, de ønskede at give tilbud på, idet 50% af dette beløb skulle vedrøre *leveringer til offentlige myndigheder*.

2. Den italienske regering har taget til genmæle på flere punkter. For det første har den i sit svarskrift foreslået Kommissionen at hæve sagen med den begrundelse, at den

omtvistede klausuls virkninger ophørte med udløbet af det tidsrum, udbuddet vedrørte, den 31. december 1989, og at klausulen ikke er indeholdt i senere udbudsbekendtgørelser. Senere under den skriftlige forhandling har den italienske regering udtrykkeligt nedlagt påstand om afvisning med den begrundelse, at overtrædelsen var ophørt, da den begrundede udtalelse blev afgivet i marts 1990, hvilket nødvendigvis vil sige før udløbet af den frist, der var givet for at rette sig efter den begrundede udtalelse.

3. Den italienske regering hævder endvidere, at det ikke kan lægges en medlemsstat til last, at et direktiv er overtrådt af et offentligt organ, når direktivet er behørigt gennemført i national ret. Ifølge den italienske regering har den pågældende medlemsstat således opfyldt sine forpligtelser i medfør af EØF-traktatens artikel 189. I øvrigt går nationale gennemførelsesbestemmelser forud for et direktiv, hvilket betyder, at der kun inden for rammerne af national ret kan ydes retlig beskyttelse mod eventuelle overtrædelser.

4. Med hensyn til sagens realitet har den italienske regering gjort gældende, at den omtvistede klausul ikke har været et ulovligt kriterium til udelukkelse af tilbudsgivere, men alene et middel til bedømmelse af beviserne i overensstemmelse med den i henhold til direktivet krævede godtgørelse af de potentielle bydendes tekniske formåen.

* Originalsprog: tysk.

1 — Rådets direktiv af 21.12.1976 (EFT L 13, s. 1).

5. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

B — Stillingtagen

— Det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i medfør af Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, idet *Unità Sanitaria locale XI — Genova 2*, har krævet, at 50% af det minimumsbeløb i leveringer gennemført i løbet af de sidste tre år, som kræves for at kunne deltage i en offentlig indkøbsaftale, skal vedrøre leveringer til offentlige myndigheder.

— Den Italienske Republik betaler sagens omkostninger.

6. Den italienske regering har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Kommissionen betaler sagens omkostninger.

Den italienske regering har i sin duplik nedlagt følgende påstand:

— afvisning af sagen.

7. For så vidt angår de faktiske omstændigheder, sagens retlige baggrund og parternes argumenter henvises til retsmøderapporten.

1. Sagens antagelse til realitetsbehandling

8. Først i duplikken har den italienske regering formelt påstået sagen afvist, og der rejser sig således det spørgsmål, om dette er tilstrækkeligt til, at denne påstand kan antages at være nedlagt rettidigt.

9. For det første har den sagsøgte regering allerede i svarskriftet fremført samtlige de argumenter, som ifølge den taler for afvisning. På den anden side har den i sit svarskrift påstået frifindelse. Denne påstand indbefatter tillige en påstand om afvisning. Sagsøgeren har haft lejlighed til at tage stilling til sagsøgtes argumenter i sin replik. Endelig undersøger Domstolen af egen drift, om en sag kan antages til realitetsbehandling. Af de nævnte grunde er der ingen anledning til ikke at tage hensyn til eventuelle indsigelser om afvisning af sagen under påberåbelse af, at de skulle være fremsat for sent.

10. Det kan begrunde en afvisning af sagen, at Kommissionen i den administrative fase — som den har redegjort for under den skriftlige forhandling — først fremsendte den begrundede udtalelse i marts 1990, selv om den påståede overtrædelse, som skal være begået i udbudsbekendtgørelsen for 1989, derfor ikke længere kan have eksisteret ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist for at bringe overtrædelsen til ophør. Hertil kommer, at den omstridte klausul ikke længere figurerede i udbudsbekendtgørelserne for 1990 og 1991.

11. Ifølge EØF-traktatens artikel 169, stk. 2, er det en betingelse for, at en sag kan antages til realitetsbehandling, at der ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist fortsat foreligger en overtrædelse. Ifølge retspraksis², som bør forstås i denne retning, tjener det intet formål, at Domstolen fastslår, at traktaten er overtrådt, når overtrædelsen er bragt til ophør inden dette tidspunkt. Dette opfattes som en konsekvens af, at den forudgående administrative procedure har til formål at bringe overtrædelsen til ophør, inden sagen indbringes for retten. Derfor må princippet være, at det ikke tjener noget formål at påstå en overtrædelse af traktaten fastslået ved dom, når overtrædelsen allerede er bragt til ophør ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist.

12. Domstolens praksis for, at der er grund til at fastslå, at der er sket et traktatbrud³ — f.eks. fordi en medlemsstat eventuelt kan drages til ansvar over for andre berørte EF-medlemsstater eller privatpersoner — gælder alene, når den påståede overtrædelse er bragt til ophør *efter* udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist. Når overtrædelserne er ophørt *før* denne dato, er der i princippet ingen grund til at antage, at det har interesse at fortsætte sagen.

2 — Dom af 15.1.1986 (sag 52/84, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 89), af 5.6.1986 (sag 103/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1759, præmis 6 ff., samt afsnit B, nr. 1, litra a), i mit forslag til afgørelse], af 10.3.1987 (sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039, præmis 7 ff.) og af 24.3.1988 (sag 240/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1835, præmis 15 og 16, og punkt 7 ff. i mit forslag til afgørelse).

3 — Dom af 9.7.1970 (sag 26/69, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 97), domme af 30.5.1991 (sag C-361/88, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2567, og sag C-59/89, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2607), dom af 25.7.1991 (sag C-353/89, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 4069) samt af 5.6.1986 (sag 103/84, jf. ovenfor).

13. Denne regel kan kun fraviges i forbindelse med sæsonbetingede overtrædelser⁴, når overtrædelsen på grund af dens formål og retlige karakter er tidsbegrænset (som f.eks. sæsonbetingede import- eller eksportbegrænsninger til beskyttelse af indenlandske virksomheder), og den forudgående administrative procedure af denne grund vanskeliggøres rent tidsmæssigt eller endog bliver umulig at gennemføre.

14. I den foreliggende sag finder jeg ikke anledning til at undersøge, om reglen kan fraviges, selv om den omtvistede klausul i udbudsbekendtgørelsen kun har været gyldig i en bestemt, forudfastsat periode. Denne periode var af en sådan varighed, at det uden vanskeligheder var muligt at gennemføre proceduren på den rigtige måde. Opfordringen til at afgive bud blev nemlig offentliggjort den 10. oktober 1988 og virkningerne ophørte ved udgangen af 1989, således at Kommissionen havde ca. femten måneder til at forfølge overtrædelserne inden for rammerne af den administrative procedure.

15. I betragtning af, at Kommissionen kun gav den pågældende medlemsstat en frist på fjorten dage til at besvare de skrivelser, Kommissionen fremsendte under den administrative procedure (åbningsskrivelse af 10.9.1989 og begrundet udtalelse af 27.3.1990), kan det ikke hævdes, at sagen har krævet usædvanlig lange frister på grund af undersøgelser, der manglede at blive gennemført, eller sagens indviklede karakter.

4 — Jf. ovennævnte dom af 24.3.1988 (sag 240/86) og dom af 30.5.1991 (sag C-110/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 2659).

16. Objektivt set var det således uden vanskeligheder muligt at gennemføre den forudgående administrative procedure i løbet af de næsten femten måneder, hvori virkningerne af udbudsbekendtgørelsen gjorde sig gældende, og der er således ikke grund til at fravige reglen om, at traktatbruddet endnu skal foreligge ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist. Derfor bør sagen afvises.

17. I *retsmødet* den 16. januar 1992 gjorde Kommissionen gældende, at den begrundede udtalelse af 27. marts 1990 faktisk var den anden. Den første begrundede udtalelse var rettet til medlemsstaten den 17. august 1989. Da den sagsøgte regering ifølge Kommissionen først den 30. juni 1989 med stor forsinkelse reagerede på åbningskrivelsen med et svar, som Kommissionen modtog den 6. juli 1989, og som der ikke kunne tages hensyn til ved udarbejdelsen af den begrundede udtalelse af 17. august 1989, fandt Kommissionen det hensigtsmæssigt at udarbejde en ny begrundet udtalelse, hvori der kunne tages hensyn til samtlige den italienske regerings indvendinger. Ifølge Kommissionen må forsinkelsen af den forudgående procedure således tilskrives den sagsøgte regering.

18. Det første spørgsmål, der rejser sig ved vurderingen af dette argument, er, om der overhovedet kan tages hensyn til faktiske forhold, der først fremføres under den mundtlige forhandling.

19. Artikel 42 i Domstolens procesreglement er affattet som følger:

»1. Parterne kan i replikken og duplikken anføre yderligere beviser til støtte for deres anbringender. Parterne skal begrunde, hvorfor beviserne først påberåbes på dette tidspunkt.

2. Nye anbringender må ikke fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.

...

Afgørelsen af, hvorvidt fremsættelsen af det nye anbringende kan tillades, træffes først ved den endelige dom.«

20. Det må være klart, at den begrundede udtalelse, der blev rettet til den sagsøgte medlemsstat den 17. august 1989, ikke er en omstændighed, som først kom frem under retsforhandlingerne. Ifølge EØF-traktatens artikel 169 er en forskriftsmæssig gennemførelse af den administrative procedure tværtimod en betingelse for, at traktatbrudssagen kan antages til realitetsbehandling, og det er Kommissionen, der skal redegøre for og bevise dette. Kommissionen har fra sagens anlæg kun støttet sin argumentation på den begrundede udtalelse af 27. marts 1990. Det var først som svar på et spørgsmål om sagens genstand, som Domstolen stillede, fordi den begrundede udtalelse først var sendt til den pågældende medlemsstat den 27. marts 1990, og sagen først blev anlagt den 11. december 1990, at Kommissionen fandt anledning til at nævne den første begrundede udtalelse. Det af Domstolen stillede spørgsmål kan vanskeligt betragtes som en »retlig omstændighed« i den i procesreglementets artikel 42, stk. 2, anvendte be-

tydning, som kan berettigede til at fremsætte dette anbringende.

21. Dette er grunden til, at hele argumentationen vedrørende den første begrundede udtalelse, der hævdes at være fremsat, efter min opfattelse bør betragtes som fremsat for sent og derfor ikke kan tages i betragtning. Herefter står de tidligere nævnte grunde til afvisning af sagen ved magt.

22. Hvis man imidlertid vil lægge til grund, at Kommissionens argumenter bør betragtes som en relevant indsigelse, er det vanskeligt at forstå, hvorfor den italienske regerings argumenter i brevet af 30. juni 1989, som Kommissionen modtog den 6. juli 1989, ikke kunne indgå i Kommissionens overvejelser i de seks uger, den havde til at behandle sagen, når den begrundede udtalelse blev fremsat den 17. august 1989, mens Kommissionen i begge tilfælde selv kun havde givet den italienske regering femten dages frist til at besvare åbningsskrivelsen og den begrundede udtalelse. Det ses vanskeligt, hvorfor fremsættelsen af en ny begrundet udtalelse i marts 1990 skal lægges den italienske regering til last. Efter min opfattelse må den sene behandling af sagen i almindelighed og specielt den begrundede udtalelse af 27. marts 1990 alene tilregnes Kommissionen, således at det ikke længere tjente noget formål at anlægge sag, når den påståede overtrædelse var bragt til ophør inden udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist.

23. Da sagen således bør afvises, vil jeg kun subsidiært fremføre følgende overvejelser angående sagens realitet.

2. Sagens realitet

a) Omfanget af en medlemsstats forpligtelser i forbindelse med gennemførelse og anvendelse af direktiver

24. Den italienske regering gør som svar på påstanden om traktatbruddet gældende, at når et direktiv forskriftsmæssigt er gennemført i national ret, er det de nationale regler, der gælder, både for så vidt angår de materielle bestemmelser og domstolenes kontrol med deres anvendelse.

25. I forbindelse med den administrative procedure gjorde den sagsøgte regering i svarskrivelsen af 30. juni 1989 gældende, at den omtvistede klausul var i overensstemmelse med den bestemmelse, hvorved direktiv 77/62 var blevet gennemført i italiensk ret. Udgangspunktet for det videre sagsforløb har hele tiden været, at direktivet er korrekt gennemført.

26. Den italienske regerings indsigelser kræver, at man overvejer omfanget af en medlemsstats forpligtelser i forbindelse med gennemførelse og anvendelse af direktiver. Det er helt bestemt forkert, når den sagsøgte regering hævder, at en medlemsstat ved at gennemføre et direktiv korrekt i national ret har opfyldt samtlige de forpligtelser, den i medfør af artikel 189 har til at gennemføre fællesskabsretten. Den formelle gennemførelse af direktivet er blot én af de forpligtelser, fællesskabsretten pålægger medlemsstaten. Endvidere er medlemsstaten forpligtet til i sin nationale retsorden at opfylde direktivets mål, ikke alene rent abstrakt ved udstedelse af lovforskrifter, men også helt konkret. Denne forpligtelse til at

sikre et direktiv fuld retsvirkning⁵ påhviler umiddelbart samtlige statsorganer. Forpligtelsen fremgår dels direkte af EØF-traktatens artikel 189, dels af traktatens artikel 5, hvori det hedder, at medlemsstaterne skal træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af traktaten eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner.

27. På baggrund af disse forpligtelser skal der tages stilling til den italienske regerings indsigelse om, at Kommissionen først i replikken har påberåbt sig den italienske regerings forpligtelse til ikke alene at gennemføre direktiv 77/62 i italiensk ret, men også at sikre dets effektive virkning. Ifølge den italienske regering er der tale om et andet anbringende end det, der er fremsat i den begrundede udtalelse, hvorfor anbringendet bør forkastes som fremsat for sent.

28. For Kommissionen er det den konkrete overtrædelse, som fremgår af udbudsbekendtgørelsen fra USL — Genova 2, som lige fra begyndelsen har været genstand for sagen. Det er først som svar på den under sagens behandling for Domstolen fremkomne realitetsindsigelse fra den italienske regering om, at den efter at have gennemført direktivet korrekt ikke havde andre forpligtelser, at Kommissionen har henledt dens opmærksomhed på de videregående forpligtelser, der ifølge Kommissionen påhviler medlemsstaten.

29. Kommissionens argumentation er blot en redegørelse for den retsopfattelse, som

5 — Dom af 10.4.1984 (sag 14/83, von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 15).

fra starten har ligget til grund for forfølgningen af den påståede overtrædelse. Derfor kan man ikke hævde, at sagens genstand er blevet udvidet, eller at der er fremført et nyt anbringende.

30. Direktiver har i princippet, ligesom al fællesskabsret, forrang for national ret⁶. Selv når de er korrekt gennemført, er det derfor altid direktivet, der er afgørende i tilfælde af tvivl om fortolkningen af en national retsakt. Når gennemførelsen af direktivet har fundet sted for sent eller på forkert måde, har Domstolen endog inden for de af den fastsatte grænser⁷ antaget, at direktivbestemmelser er umiddelbart anvendelige⁸.

31. Såfremt en uoverensstemmelse mellem gennemførelsesretsakten og selve direktivet skulle give anledning til en overtrædelse af traktaten, således som det er blevet nævnt under den administrative procedure, vil direktivet således være afgørende for, hvad der er den korrekte handlemåde. I så fald består overtrædelsen af fællesskabsretten — uafhængigt af den konkrete traktatbrudssag — både i den fejlagtige gennemførelse af direktivet og i en retsanvendelse, der er i strid med direktivet.

32. Men selv om direktivet er gennemført korrekt, vil det også være direktivet, der er

6 — Jf. generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse af 12.7.1990 i sag C-106/89, punkt 9.

7 — Jf. om ubetingede og tilstrækkelig præcise bestemmelser dom af 5.4.1979 (sag 148/78, Ratti, Sml. s. 1629) og af 19.1.1982 (sag 8/81, Decker, Sml. s. 53).

8 — For så vidt angår et direktivs retsvirkninger i national ret, se dom afsagt af Bundesverfassungsgericht den 28.1.1992 om forbud mod kvinders natarbejde — 1 BvR 1025/82 — 1 BvL 16/83 — 1 BvL 10/91.

afgørende som fortolkningskriterium ved vurderingen af, om traktaten er overtrådt. Derfor er det under alle omstændigheder af betydning at fastslå, om bestemmelserne i direktiv 77/62 er blevet anvendt korrekt i forbindelse med USL's opfordring til at afgive bud.

33. Et helt andet spørgsmål — som ikke skal afgøres i denne sag — er spørgsmålet om følgerne af, at uafhængige retssubjekter blot har overtrådt nationale gennemførelsesbestemmelser. Er der tale om handlinger foretaget af et *offentligt* organ, må det antages, både at staten formelt kan gøres ansvarlig for foranstaltningen i forbindelse med traktatbrudssagen⁹, og at medlemsstatens myndigheder og offentlige organer har en materiel forpligtelse til at gennemføre fællesskabsretten¹⁰.

34. Offentlige organers handlinger kan således i almindelighed efterprøves i forbindelse med traktatbrudssager med den begrundelse, at medlemsstaten tillige er ansvarlig over for Fællesskabet for institutioner, som organisatorisk er selvstændige, og dette gælder da ikke mindst på det område, der er omfattet af direktiverne om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb og med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter¹¹.

9 — Jf. punkt 10 ff. i forslag til afgørelse i sag C-247/89, Kommissionen mod Portugal (dom af 10.7.1991, Sml. I, s. 3659, på s. 3670) og punkt 9 ff. i forslag til afgørelse i sag C-24/91, Kommissionen mod Spanien (dom af 6.2.1992, Sml. I, s. 1989, på s. 1995).

10 — Jf. dom af 22.6.1989 (sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839).

11 — Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 (EFT 1971 II, s. 613).

35. I artikel 1, litra b), i direktiv 77/62 defineres »ordregivende myndigheder« udtrykkeligt som »staten, lokale organer og de i bilag I anførte offentligretlige juridiske personer, eller hvad der svarer hertil i de medlemsstater, der ikke kender dette begreb«.

36. USL — Genova 2, som er ophavsmand til udbudsbekendtgørelsen, er et kommunalt organ, hvis karakter af ordregivende myndighed i den i direktivet anvendte betydning ikke bestrides.

37. Beentjes-dommen¹², som begge parter i denne sag henviser til, drejede sig netop om, hvorvidt det pågældende organ skulle betragtes som et offentligt organ, som subjektivt var omfattet af direktiv 71/305 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Man må tilslutte sig den italienske stats argument om, at sag 31/87 var en præjudiciel sag, og at der ikke i sagen blev taget stilling til en medlemsstats ansvar, når det under en traktatbrudssag påstås, at der er sket en overtrædelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende udbud. Men i betragtning af medlemsstaternes allerede beskrevne forpligtelse over for Fællesskabet med hensyn til gennemførelse af direktiver må man principielt gå ud fra, at handlinger foretaget af et offentligt organ i den i direktivet anvendte betydning er omfattet af medlemsstatens pligt til at gennemføre fællesskabsretten. Dette er en følge af definitionen af det subjektive anvendelsesområde for direktivet om samordning af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

12 — Dom af 20.9.1988 (sag 31/87, Sml. s. 4635).

38. Derfor bør den sagsøgte regerings indsigelser med hensyn til spørgsmålet om direktivets betydning for, om der foreligger et traktatbrud, forkastes.

b) Forholdet mellem retsmidlerne i Fællesskabet og medlemsstaterne

39. Endelig må man se på det af den italienske regering fremførte argument om, at de retlige følger af en eventuel overtrædelse af fællesskabsrettens udbudsbestemmelser skal fastsættes af medlemsstaternes domstole, og at de i fællesskabsretten fastsatte klagemuligheder i disse tilfælde kun er subsidiære.

40. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at der ikke i national ret findes nogen klagemulighed, som kunne have forrang for traktatbrudsproceduren. I en traktatbruds-sag er der altid tale om forholdet mellem en medlemsstat og Fællesskabets respektive forpligtelser. Der kan heller ikke opstilles en generel regel om, at den i fællesskabsretten fastsatte retlige beskyttelse i princippet viger for national ret. Det er højst i forbindelse med erstatningssager, at man kan forestille sig tilfælde, hvor der kan tales om subsidiaritet. En dom i en traktatbruds-sag kan udmærket, ud over en abstrakt konstatering af et traktatbrud, have følger for en af en skadelidt anlagt erstatningssag¹³.

¹³ — Jf. om en privatpersons krav på erstatning fra en medlemsstat på grund af, at et direktiv ikke er blevet gennemført i national ret, dom af 19.11.1991 (forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich og Bonifaci, Sml. I, s. 5357).

41. Derfor er der intet i vejen for at foretage en materiel efterprøvelse af, om den omstridte klausul er i strid med fællesskabsretten. Det spørgsmål, der skal afgøres, er herefter kun, om betingelsen om, at det skal godtgøres, at 50% af leveringerne er foretaget til offentlige myndigheder, er en ulovlig betingelse for deltagelse.

c) Spørgsmålet om direktiv 77/62 er overtrådt

42. I artikel 14 i direktiv 77/62 hedder det:

»Ved begrænset udbud skal bekendtgørelsen mindst angive:

...

d) ... de oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for en vurdering af, om leverandøren opfylder de økonomiske og tekniske minimumsbetingelser, som de ordregivende myndigheder kræver opfyldt for tildeling af ordren; der må ikke kræves andre oplysninger eller formaliteter end dem, der er anført i artikel 20, 22 og 23.«

43. Ifølge direktivets artikel 23, som vedrører godtgørelsen af leverandørens tekniske formåen, kan denne foretages på følgende måde:

»...

a) ved fremlæggelse af en liste over de væsentligste leveringer, der er gennemført i de tre sidste år, deres beløb og tidspunkter samt de offentlige eller private aftagere:

- Hvis det drejer sig om leveringer til offentlige ordregivende myndigheder, skal leveringerne godtgøres ved attester, der er udstedt eller påtegnet af den kompetente myndighed.
- Hvis det drejer sig om private købere, skal attesterne udstedes af køberen; i mangel heraf kan en erklæring fra leverandøren godtages.«

44. Denne bestemmelse indeholder en opregning af de bevismidler, der kan tjene til at godtgøre, hvilke ordrer en virksomhed har udført i en bestemt periode. Heraf kan man drage de nødvendige slutninger om dens tekniske formåen. Af direktivets artikel 14 sammenholdt med artikel 23 kan udledes, at opregningen af beviserne for den tekniske formåen er udtømmende. Det samme gælder ikke godtgørelsen af leverandørens finansielle og økonomiske formåen, jf. ordlyden af artikel 22, men dette er uden betydning for denne sag.

45. Det, der først og fremmest er afgørende i artikel 23, stk. 1, litra a), er leveringernes omfang. Sondringen mellem offentlige og

private aftagere synes blot at være sket, fordi leveringerne til de to typer aftagere skal godtgøres ved forskellige beviser.

46. Enhver forudfastsat minimumsmængde for leveringer til offentlige eller private aftagere udgør et yderligere kriterium og dermed en udvidelse af de i direktivet fastsatte bevismidler. Dette gælder såvel minimumsleverancer til en kategori af aftagere som beviset for levering af en bestemt minimumsmængde til godtgørelse af den tekniske formåen, selv om en sådan minimumsmængde under visse omstændigheder kan godkendes som bevis for leverandørens finansielle og økonomiske formåen i henhold til artikel 22, stk. 1, litra a), hvilket det dog ikke er nødvendigt at tage stilling til i denne sag.

47. Bestemmelsen om, at en vis procentdel af leveringerne skal være foretaget til offentlige aftagere, er ikke som hævdet af den italienske regering et spørgsmål om bedømmelse af beviset. Samtlige leverandører, som ikke opfylder betingelsen om en minimumsmængde til offentlige aftagere, er nemlig på forhånd udelukket. De fremførte beviser bedømmes først på et senere stadium, nemlig når de godkendte tilbudsgivere har godtgjort deres leveringer, og det da i forbindelse med udvælgelsesproceduren skal tages i betragtning, hvem der har modtaget leveringerne.

48. Det må konkluderes, at den omstridte klausul bør betragtes som et udvælgelseskriterium, som ikke er fastsat i direktivet.

49. Af ovenstående grunde skal jeg foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- 1) Der kan ikke gives sagsøgeren medhold i sagen.
- 2) Kommissionen betaler sagens omkostninger.