

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT

fremsat den 29. april 2004¹

I — Indledning

1. Den foreliggende sag er et traktatbrudssøgsmål anlagt af Kommissionen med påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter² (herefter direktiv 93/37) i forbindelse med indgåelsen af tre offentlige bygge- og anlægskontrakter.

2. I det væsentlige vedrører sagen spørgsmålet om, hvorvidt og på hvilke betingelser der kan indgås kontrakt om nye bygge- og anlægsarbejder, som består i en gentagelse af tilsvarende, tidligere udførte bygge- og anlægsarbejder, ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Direktiv 93/37 foreskriver i denne forbindelse en frist på tre år, hvis beregning i det konkrete tilfælde er hovedgenstanden for traktatbrudssøgsmålet. Den Italienske Republik har gjort gældende, at der foreligger en undskyldelig retsvildfarelse med hensyn til den af denne medlemsstat valgte beregningsmetode.

II — Retsforskrifter

3. Det retlige grundlag for denne sag findes i artikel 7, stk. 3 og 4, i direktiv 93/37. De relevante dele af disse bestemmelser har følgende ordlyd:

»3) De ordregivende myndigheder kan indgå bygge- og anlægskontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

[...]

b) når der tale om arbejder, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt entreprenør

c) såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister,

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT L 199, s. 54.

der gælder ved offentlige eller begrænsede udbud eller ved udbud efter forhandling som omhandlet i stk. 2. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder

og anlægskontrakter offentligt eller begrænset udbud.«

4. Første og anden betragtning til direktiv 93/37 lyder som følger:

[...]

- e) ved nye arbejder, der er en gentagelse af tilsvarende arbejder, og som overdrages til den virksomhed, der fik overdraget det oprindelige arbejde af de samme ordregivende myndigheder, forudsat at gentagelsesarbejdet er i overensstemmelse med det oprindelige projekt, og at kontrakten om dette arbejde er indgået i henhold til fremgangsmåderne i stk. 4.

Muligheden for, at denne fremgangsmåde kan tænkes anvendt, skal anføres allerede ved det oprindelige udbud, og den samlede anslåede værdi af gentagelsesarbejderne skal tages i betragtning af de ordregivende myndigheder ved anvendelse af artikel 6. Denne fremgangsmåde kan kun benyttes inden for en periode på tre år efter indgåelsen af den oprindelige kontrakt.

»Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter har ved flere lejligheder været underkastet omfattende ændringer; for klarhedens og forenklingens skyld bør der foretages en kodificering af dette direktiv.

Den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, som i medlemsstaterne indgås for statens, lokale myndigheders og andre offentligretlige organers regning, indebærer sammen med ophævelsen af begrænsningerne en samordning af de nationale fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.«

5. Ottende betragtning til samme direktiv har følgende ordlyd:

- 4) I alle andre tilfælde anvender de ordregivende myndigheder ved indgåelse af bygge-

»Fremgangsmåden med udbud efter forhandling bør betragtes som en undtagelse, og den bør derfor kun anvendes i disse klart afgrænsede tilfælde.«

6. I det første punktum i tiende betragtning til direktivet hedder det:

- arbejder vedrørende regulering af vandstanden i bjergstrømmen Terdoppio-Canale Scolmatore sydvest for Cerano.

»Udviklingen af en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter nødvendiggør, at de udbudsbekendtgørelser, de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne udarbejder, offentliggøres på fællesskabsplan.«

8. Det er ubestridt, at værdien af disse etaper, som udgjorde henholdsvis ca. 37, ca. 21 og ca. 19,5 mia. ITL, oversteg den i artikel 6 i direktiv 93/37 fastsatte tærskelværdi på 5 mio. ECU.

III — Sagens faktiske omstændigheder og den administrative procedure

7. Magistrato per il Po di Parma, som var et kontor under det daværende italienske Ministerium for offentlige arbejder (det nuværende Ministerium for infrastruktur og transport), udbød i 1997 tre offentlige bygge- og anlægskontrakter³. Disse kontrakter omfattede yderligere etaper af følgende projekter på området for oversvømmelsesbeskyttelse:

9. Udførelsen af arbejderne blev efter afholdt udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse overdraget til den virksomhed, som i 1980'erne havde fået tildelt de oprindelige etaper. Disse oprindelige etaper omfattede:

- færdiggørelsesarbejder vedrørende anlæg af et opstemningsbassin for bjergstrømmen Parma i Marano, Parma Kommune
- anlægs- og færdiggørelsesarbejder vedrørende et opstemningsbassin for bjergstrømmen Enza
- en bygge- og anlægskontrakt vedrørende bjergstrømmen Parma i henhold til aftale af 22. december 1988
- en bygge- og anlægskontrakt vedrørende bjergstrømmen Enza i henhold til aftale af 26. oktober 1982
- en bygge- og anlægskontrakt vedrørende bjergstrømmen Terdoppio i henhold til aftale af 20. maj 1988.

3 — Disse kontrakter var godkendt af Magistrato per il Po di Parma ved dekret nr. 11414 og nr. 11416 af 9.10.1997 samt ved dekret nr. 11678 af 15.10.1997.

10. Kommissionen anmodede ved skrivelse af 27. september 2000 de italienske myndigheder om detaljerede oplysninger vedrørende den procedure, som blev fulgt ved indgåelsen af kontrakterne vedrørende de sidste tre etaper i 1997. I deres svar af 19. oktober 2000 oplyste de italienske myndigheder, at de havde anvendt proceduren i henhold til artikel 7, stk. 3, litra e), i direktiv 93/37. Ifølge de italienske myndigheder bestod de omhandlede arbejder i en gentagelse af tilsvarende bygge- og anlægsarbejder, og de blev overdraget til den virksomhed, der havde fået overdraget de oprindelige arbejder, af den samme ordregivende myndighed. De nye arbejder var i overensstemmelse med det oprindelige projekt, og kontrakten om dette arbejde var indgået i henhold til direktivets artikel 7, stk. 4. Muligheden for et senere udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var anført allerede ved det oprindelige udbud, og den samlede anslåede værdi af gentagelsesarbejderne var blevet taget i betragtning. Udbuddet efter forhandling blev i overensstemmelse med den fastlagte frist gennemført inden tre år efter indgåelsen af den oprindelige kontrakt, idet fristen først begyndte at løbe ved afleveringen af de oprindelige byggearbejder.

11. Den Italienske Republik fastholdt i det væsentlige sit standpunkt i sine svar af 8. juni 2001 og 17. december 2001 på åbningskravet af 23. april 2001, hvori Kommissionen havde anfægtet de italienske myndigheders retsopfattelse vedrørende beregningen af treårsfristen.

12. Da den begrundede udtalelse af 21. december 2001 forblev ubesvaret, har Kommissionen i henhold til artikel 226, stk. 2, EF den 28. oktober 2002 anlagt nærværende sag mod Den Italienske Republik.

IV — Parternes påstande

13. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, navnlig artikel 7, stk. 3, idet Magistrato per il Po di Parma, som var et kontor under det daværende Ministerium for offentlige arbejder (det nuværende Ministerium for infrastruktur og transport), har tildelt kontrakter vedrørende yderligere etaper af arbejderne til færdiggørelse af et opstemningsbassin for bjergstrømmen Parma i Marano, Parma Kommune, anlægs- og færdiggørelsesarbejderne vedrørende et opstemningsbassin for bjergstrømmen Enza og arbejderne vedrørende regulering af vandstanden i bjergstrømmen Terdoppio-Canale Scolmatore sydvest for Cerano ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, uden at betingelserne herfor var opfyldt.

- Den Italienske Republik betaler sagens omkostninger.

14. Den Italienske Republik har ikke udtrykkeligt nedlagt påstand om frifindelse. Uanset fortolkningen af artikel 7, stk. 3, i direktiv 93/37 har denne medlemsstat dog nedlagt påstand om, at Domstolen skal fastslå, at den italienske regering på grundlag af den italienske sprogversion af bestemmelsen har svævet i en undskyldelig vildfarelse.

V — Stillingtagen

A — Formaliteten

15. Det følger af fast retspraksis, at det ikke påhviler Kommissionen, som led i dens udøvelse af sine beføjelser i henhold til artikel 226 EF, at påvise, at den har en særlig søgsmålsinteresse. Den nævnte bestemmelse har nemlig ikke til formål at beskytte Kommissionens egne rettigheder. Det er Kommissionens opgave som traktatens vogter i Fællesskabets interesse at påse, at medlemsstaterne gennemfører fællesskabsbestemmelserne, og at drage omsorg for, at det bliver fastslået, at eventuelle traktatbrud foreligger, med henblik på at bringe sådanne traktatbrud til ophør. I kraft af denne rolle har Kommissionen enekompetence til at afgøre, om det er formålstjenligt at indlede en traktatbrudsprocedure, samt på grundlag af hvilken handle måde eller undladelse dette skal ske. Selv når en medlemsstats nationale

bestemmelser er i overensstemmelse med fællesskabsretten, kan Kommissionen derfor anlægge sag ved Domstolen med påstand om, at det fastslås, at der foreligger et traktatbrud i form af, at fællesskabsbestemmelserne i et konkret tilfælde er blevet tilsidesat, og at det resultat, som tilsigtes med et givet direktiv, dermed ikke er blevet nået⁴.

16. Det er ganske vist korrekt, at det er den begrundede udtalelse, som fastlægger sagsgenstanden for et søgsmål i henhold til artikel 226 EF. Et sådant søgsmål må afvises som værende blevet uden genstand, såfremt det påtalte traktatbrud er blevet bragt til ophør inden udløbet af den af Kommissionen fastsatte frist⁵. I så fald har traktatbrudsproceduren nemlig opfyldt sit formål allerede i den indledende fase.

17. Den italienske regering har imidlertid selv indrømmet, at den i den foreliggende sag ikke har foretaget sig noget med henblik på at bringe virkningerne af et eventuelt traktatbrud til ophør for så vidt angår de tre

4 — Jf. dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 29 og 30, med yderligere henvisninger.

5 — I henhold til fast retspraksis, jf. f.eks. dom af 29.1.2004, sag C-209/02, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 1211, præmis 16-18, med yderligere henvisninger, og dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (nævnt i fodnote 4, præmis 32 ff., med yderligere henvisninger). I tidligere retspraksis anvendes undertiden i denne forbindelse også begrebet »retlig interesse«, dog med samme resultat: jf. f.eks. dom af 24.3.1988, sag 240/86, Kommission mod Grækenland, Sml. s. 1835, præmis 14-16.

offentlige bygge- og anlægskontrakter, som Kommissionen har henvist til. Andre udbudsprocedurer er blevet annulleret, men de her omhandlede udbudsprocedurer har af tekniske grunde og på grund af alvorlig fare for den offentlige sikkerhed ikke kunnet omgøres.

18. Selv om medlemsstaternes bestemmelser om offentlige kontrakter ikke indeholder en forpligtelse til at annullere allerede indgåede kontrakter, er indgåelse af en kontrakt under tilsidesættelse af de pågældende direktiver dog under alle omstændigheder i strid med fællesskabsretten⁶. I øvrigt er det i overensstemmelse med såvel traktatbrudsprocedurernes som udbudsdirektivernes ånd og formål, at Kommissionen kan opnå en efterfølgende prøvelse af, om reglerne om offentlige kontrakter er blevet overholdt i konkrete sager, ved Fællesskabets retsinstanser. En dom herom kan nemlig få den betydning, som rækker ud over den konkrete sag, at den pågældende medlemsstat, som direktivet er rettet til, har tilsidesat sine forpligtelser i forbindelse med gennemførelsen heraf⁷.

19. Den italienske regering har imidlertid bedyret, at den i overensstemmelse med den seneste udvikling i italiensk udbudsret og i sin praksis for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter nu kun lægger vægt på hensynet til konkurrencen. De hændelsesforløb, som har ført til det foreliggende traktatbrudssøgsmål, skulle dermed ikke kunne gentage sig.

20. Den blotte henvisning til, at udbudsprocedurer fremover vil blive gennemført under hensyntagen til konkurrencen, udelukker imidlertid ikke fremtidige procedurefejl. Som Kommissionen med rette har anført, er det nemlig fortsat muligt, at andre italienske ordregivende myndigheder vil gøre sig skyldige i den anførte fejlagtige fortolkning af treårsfristen, især da kredsen af potentielle ordregivere er blevet væsentligt udvidet gennem en overdragelse af beføjelser til regionale og lokale myndigheder.

21. Også af hensyn til denne gentagelsesrisiko⁸ bør søgsmålet antages til realitetsbehandling.

B — Realiteten

22. Kommissionen skal gives medhold i sin påstand om traktatbrud, såfremt Den Italienske Republik har tilsidesat en forpligtelse, som påhviler den i henhold til traktaten (artikel 228, stk. 1, EF). Den pligt til at gennemføre direktiv 93/37, som ifølge Kommissionen er blevet tilsidesat af den Italienske Republik, følger af artikel 10, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 249, stk. 3, EF.

6 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (nævnt i fodnote 4, præmis 39).

7 — Jf. også generaladvokat Geelhoed i forslaget til afgørelse i sagen Kommissionen mod Tyskland (nævnt i fodnote 4, navnlig punkt 50, 53 og 54).

8 — Jf. herved f.eks. dom af 9.7.1970, sag 26/69, Kommissionen mod Frankrig, Sml. 1970, s. 79, org.ref.: Rec. s. 565, præmis 12 og 13, og forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Lenz den 13.1.1988 i sagen Kommissionen mod Grækenland (nævnt i fodnote 5, punkt 13).

1. Tilsidesættelse af direktiv 93/37

somhed, som de oprindeligt var blevet overdraget til. Det var derfor ifølge den italienske regering muligt at anvende artikel 7, stk. 3, litra b), i direktiv 93/37.

23. De tre omhandlede offentlige bygge- og anlægskontrakter er indgået i 1997 ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. I henhold til artikel 7, stk. 4, i direktiv 93/37 skal der imidlertid ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter principielt anvendes offentligt eller begrænset udbud, og *ikke* udbud efter forhandling. Udbud efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse kan udelukkende anvendes i undtagelsestilfælde⁹. Disse tilfælde er udtømmende opregnet i direktivets artikel 7, stk. 3¹⁰. I det foreliggende tilfælde kan et udbud efter forhandling komme på tale på grundlag af artikel 7, stk. 3, litra b), c) eller e), hvis anvendelighed vil blive undersøgt i det følgende.

a) Tekniske årsager som omhandlet i artikel 7, stk. 3, litra b), i direktiv 93/37

25. Denne bestemmelse finder dog allerede efter sin ordlyd udelukkende anvendelse, når de pågældende arbejder »kun kan overdrages til en *bestemt* entreprenør«¹¹. Ifølge Domstolens praksis er der tale om en undtagelse, som skal fortolkes indskrænkende, og som kun er berettiget, såfremt der foreligger særlige omstændigheder¹².

26. Artikel 7, stk. 3, litra b), finder nemlig ikke anvendelse, blot fordi den ordregivende myndighed finder det hensigtsmæssigt at overdrage en efterfølgende kontrakt til sin hidtidige medkontrahent. Bestemmelsen finder heller ikke anvendelse alene på grundlag af en formel henvisning til ikke nærmere angivne tekniske hindringer. Den ordregivende myndighed skal derimod detaljeret redegøre for, hvorfor tekniske årsager i det konkrete tilfælde var til hinder for, at kontrakten blev overdraget til andre virksomheder, og derfor gjorde det tvingende nødvendigt at tildele kontrakten til netop

24. Den italienske regering har for det første gjort gældende, at der forelå tekniske årsager til, at de tre omhandlede bygge- og anlægskontrakter på ny skulle tildeles den virk-

11 — Mine fremhævelser.

12 — Dom af 18.5.1995, sag C-57/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1249, præmis 23. Dommen vedrører dog artikel 9, litra b), i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613; herefter »direktiv 71/305«), men denne bestemmelse er efter sin ordlyd en i det væsentlige identisk forløber for den her undersøgte artikel 7, stk. 3, litra b), i direktiv 93/37. Jf. desuden dom af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1949, præmis 13. Tilsvarende generaladvokat Jacobs i forslaget til afgørelse af 23.3.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8379, punkt 64.

⁹ — Jf. også ottende betragtning til direktiv 93/37.

¹⁰ — Jf. i denne retning også dom af 17.9.1998, sag C-323/96, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 5063, præmis 34.

den hidtidige medkontrahent, idet der ellers består en risiko for, at ordregivende myndigheder misbruger artikel 7, stk. 3, litra b), i direktiv 93/37 til at omgå udbudspligten, og dermed modarbejder den målsætning om konkurrence¹³ i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, som generelt forfølges med direktivet.

27. Bevisbyrden for, at der foreligger sådanne særlige omstændigheder, påhviler den, der vil påberåbe sig dem¹⁴. I den foreliggende sag har den italienske regering blot anført, at ordregiver har villet forebygge beskædigelse eller forringelse af de allerede opførte bygninger samt undgå vanskelige afgrænsningsspørgsmål i forbindelse med flere virksomheders samtidige ansvar. Selv om ordregiver af disse grunde har fundet det hensigtsmæssigt at overdrage de nye arbejder til den virksomhed, som havde udført den første etape af bygge- og anlægsarbejderne, er der dog ikke tale om tvingende tekniske årsager til, at arbejderne skulle overdrages til netop denne virksomhed. Anvendelsen af proceduren med udbud efter forhandling kan derfor ikke støttes på artikel 7, stk. 3, litra b), i direktiv 93/37.

28. Under den mundtlige forhandling har den italienske regering uddybende anført, at

der ved tildelingen af de tre omhandlede kontrakter så vidt ses slet ikke var andre potentielle medkontrahenter, hvorfor konkurrencen i hvert fald i det konkrete tilfælde ikke er blevet begrænset. Dette argument er ikke overbevisende. Formålet med den forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er nemlig at informere den størst mulige kreds af bydende om den forestående kontraktindgåelse. Det kan altså ikke udelukkes, at andre potentielle medkontrahenter ville have meldt sig, såfremt der var sket forskriftsmæssig offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

b) Nødvendighed som omhandlet i artikel 7, stk. 3, litra c), i direktiv 93/37

29. Den italienske regering har endvidere gjort gældende, at det var tvingende nødvendigt, at de tre omhandlede bygge- og anlægskontrakter blev indgået. Det var derfor ifølge den italienske regering muligt at anvende artikel 7, stk. 3, litra c), i direktiv 93/37.

30. Anvendelsen af denne bestemmelse er imidlertid allerede efter dens ordlyd undergivet strenge betingelser, herunder at det skal være strengt nødvendigt, at der skal foreligge tvingende grunde og at det ikke har været muligt at forudse bestemte begivenheder.

13 — Jf. første punktum i tiende betragtning til direktiv 93/37.

14 — Dommen i sagen Kommissionen mod Italien (nævnt i fodnote 12, præmis 23).

Det skal i øvrigt også anføres, at denne bestemmelse i sin egenskab af en undtagelse skal fortolkes indskrænkende¹⁵. Kun på denne måde vil ordregivende myndigheders misbrug kunne forhindres og den målsætning om konkurrence¹⁶ i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, som følges med direktivet, kunne opfyldes.

31. Som det desuden klart fremgår af artikel 7, stk. 3, litra c), andet punktum, i direktiv 93/37, kan den ordregivende myndighed ikke påberåbe sig omstændigheder, som kan tilskrives myndigheden selv, som begrundelse for den tvingende nødvendighed. I den foreliggende sag er planlægningen af oversvømmelsesbeskyttelsesforanstaltningerne påbegyndt senest samtidig med overdragelsen af arbejderne vedrørende den første byggeetape, dvs. i 1980'erne. De her omhandlede arbejder var også planlagt fra begyndelsen, hvilket den italienske regering selv har anført, og blev alene af budgetpolitiske grunde udskilt i en selvstændig, yderligere bygge- og anlægskontrakt. Dette tyder ikke på nogen tvingende nødvendighed, men derimod på, at der var tale om rent interne organisatoriske overvejelser hos den ordregivende myndighed.

32. Bevisbyrden for, at der foreligger sådanne særlige omstændigheder, påhviler den, der vil påberåbe sig dem¹⁷. I den foreliggende sag har den italienske regering blot fremført, at indgåelsen af bygge- og anlægskontrakterne var tvingende nødvendig til imødegåelse af en angivelig forøget oversvømmelsesrisiko som følge af de allerede opførte anlæg. Der ses imidlertid ikke at være holdepunkter for at antage, at de ansvarlige myndigheder ikke kunne have forudset denne midlertidige forøgelse af oversvømmelsesrisikoen, især fordi det allerede i de oprindelige planer var forudsat, at foranstaltningerne til beskyttelse mod forhøjet vandstand skulle udføres i flere etaper. Betingelserne for anvendelse af artikel 7, stk. 3, litra c), i direktiv 93/37 er derfor ikke opfyldt.

c) Gentagelse af tilsvarende bygge- og anlægsarbejder inden for tre år som omhandlet i artikel 7, stk. 3, litra e), i direktiv 93/37

33. Den italienske regering har endelig påberåbt sig artikel 7, stk. 3, litra e), i direktiv 93/37. Det er ubestridt, at alle betingelser i denne bestemmelse, bortset fra treårsfristen, var opfyldt i forbindelse med indgåelsen af de tre omhandlede offentlige bygge- og anlægskontrakter. Det, som er genstand for tvist mellem parterne, er udelukkende spørgsmålet om, hvornår treårsfristen i bestemmelsens sidste punktum begynder at løbe. Dette er

15 — Dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039, præmis 14. Dommen vedrører dog artikel 9, litra d), i direktiv 71/305, men denne bestemmelse er med hensyn til ordlyden en i det væsentlige identisk forløber for den her undersøgte artikel 7, stk. 3, litra c), i direktiv 93/37. Jf. desuden dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (nævnt i fodnote 12, præmis 13). Jf. også generaladvokat Jacobs i forslaget til afgørelse i sagen Kommissionen mod Frankrig (nævnt i fodnote 12), punkt 64.

16 — Jf. det første punktum i tiende betragtning til direktiv 93/37.

17 — Dommen i sagen Kommissionen mod Italien (nævnt i fodnote 15, præmis 14).

afgørende for, om den ordregivende myndighed i den foreliggende sag måtte gennemføre et udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

34. Den italienske regering støtter navnlig sin opfattelse, hvorefter fristen først begynder at løbe efter færdiggørelsen af de bygge- og anlægsarbejder, som var omfattet af den første kontrakt, på den italienske sprogversion af direktiv 93/37. I henhold til denne sprogversion er »*conclusione dell'appalto iniziale*« den fristudløsende begivenhed. Denne formulering adskiller sig fra formuleringen »*aggiudicazione dell'appalto iniziale*«, som blev anvendt i de bestemmelser, der gik forud herfor¹⁸, og som klart henviste til tildelingen af den oprindelige kontrakt.

35. Som det fremgår af Domstolens faste praksis¹⁹, bør samtlige sproglige versioner af en fællesskabsforskrift principielt tillægges den samme værdi. Det relevante tidspunkt for, hvornår treårsfristen i artikel 7, stk. 3, litra e), i direktiv 93/37 begynder at løbe, kan derfor ikke udledes af en fortolkning af en enkelt sprogversion. Der skal derimod foretages en sammenligning af samtlige sprogversioner.

36. I nogle af sprogversionerne af direktiv 93/37 lader de anvendte formuleringer beklageligvis noget tilbage at ønske for så vidt angår klarheden. F.eks. indeholder den tyske sprogversion begrebet »*Abschluss des ersten Auftrags*«, den franske sprogversion henviser til »*conclusion du marché initial*«, og den nederlandske sprogversion henviser endda blot til begrebet »*oorspronkelijke opdracht*«. Derimod taler en række andre sprogversioner utvetydigt imod den af den italienske regering forfægtede opfattelse, og således for Kommissionens standpunkt, nemlig den engelske (»*conclusion of the original contract*«), den danske (»*indgåelsen af den oprindelige kontrakt*«), den spanske (»*celebración del contrato inicial*«) og den portugisiske (»*celebração do contrato inicial*«).

37. Det er også værd at bemærke, at den ændring med hensyn til ordlyden af artikel 7, stk. 3, litra e), i direktiv 93/37, som den italienske regering henviser til, udelukkende er foretaget i den italienske sprogversion gennem udskiftningen af »*aggiudicazione*« med »*conclusione*«, mens de andre sprogversioner i denne henseende forblev uændrede i forhold til de bestemmelser, som gik forud herfor²⁰. Allerede af denne grund må det lægges til grund, at der herved udelukkende er tale om en redaktionel ændring af den italienske ordlyd, og ikke om en indholdsmæssig ny affattelse af bestemmelsen. Den første betragtning til direktiv 93/37,

18 — Artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 71/305 som affattet ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, EFT L 210, s. 1.

19 — Jf. blandt mange andre dom af 2.4.1998, sag C-296/95, EMU Tabac m.fl., Sml. I, s. 1605, præmis 36, og af 9.1.2003, sag C-257/00, Givane m.fl., Sml. I, s. 345, præmis 36.

20 — Artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 71/305 som affattet ved direktiv 89/440.

hvorefter der er tale om en kodificering af direktiv 71/305 for klarhedens og forenklingens skyld, støtter denne antagelse.

38. Det afgørende er dog i sidste ende ikke blot ordlyden, men en fortolkning af den pågældende bestemmelse under hensyntagen til dens kontekst og formål²¹.

39. Hvad for det første angår den omtvistede fristbestemmelses indplacering i den overordnede kontekst, som udgøres af direktiv 93/37, skal det bemærkes, at dette direktivs artikel 1, litra a), udtrykkeligt anvender begrebet *kontrakt* — og ikke f.eks. begrebet bygge- og anlægsarbejder — i definitionen af offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvilket også gælder den italienske sprogversion: »gli »appalti pubblici di lavori« sono *contratti* a titolo oneroso [...]«²².

40. Endvidere følger det af en modsætningslutning fra artikel 7, stk. 4, i direktiv 93/37, som opregner de procedurer, der normalt skal anvendes, at samme direktivs artikel 7, stk. 3, litra e), er en undtagelsesbestemmelse, som efter sin art skal fortolkes indskrænkende.

41. Hvad dernæst angår formålet med treårsfristen bemærkes, at denne i væsentlig grad tjener til virkeliggørelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, idet den bidrager til fremme af en mere udviklet konkurrence²³. Også af denne grund bør proceduren med udbud efter forhandling, som er mindre gunstig for de konkurrerende virksomheder, betragtes som en undtagelse, og bør kun anvendes i bestemte, klart afgrænsede tilfælde²⁴.

42. Følgelig taler såvel den kontekst, som artikel 7, stk. 3, litra e), i direktiv 93/37 indgår i, som formålet med bestemmelsen for en indskrænkende fortolkning af treårsfristen og dermed for, at fristen løber allerede fra tidspunktet for *indgåelsen af kontrakten* vedrørende de oprindelige arbejder. Såfremt det tidspunkt, hvor fristen begynder at løbe, var tidspunktet for *opfyldelsen* af den oprindelige kontrakt, ville anvendelsesområdet for proceduren med udbud efter forhandling blive udvidet, hvilket ville være i strid med målsætningen om fremme af konkurrencen i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter. Som Kommissionen med rette har anført, ville den sidstnævnte metode for beregning af fristen desuden være til skade for retssikkerheden, idet fuldførelsen af et byggeri ikke nødvendigvis kan sidestilles med bygherrens modtagelse heraf. Der kan nemlig i teorien også tages hensyn til andre betingelser, f.eks. nedlæggelsen af den

21 — Jf. blandt mange andre dom af 27.2.2003, sag C-373/00, Truley, Sml. I, s. 1931, præmis 35, af 13.11.2003, sag C-294/01, Granarolo, Sml. I, s. 14393, præmis 43, af 27.11.2003, sag C-497/01, Zita Modes, Sml. I, s. 13429, præmis 34, og Givane-dommen (nævnt i fodnote 19, præmis 38 og 39).

22 — Mine fremhævelser.

23 — Jf. anden betragtning og første punktum i tiende betragtning til direktiv 93/37.

24 — Jf. ottende betragtning til direktiv 93/37.

sidste sten, nedtagningen af stilladserne, lukningen af byggepladsen eller betalingen af de (endnu udestående) løntilgodehaver. Derimod er det som regel muligt at bestemme datoen for indgåelsen af kontraktententidigt.

på grund af den af regeringen anlagte fortolkning af begyndelsestidspunktet for treårsfristen i artikel 7, stk. 3, litra e), i direktiv 93/37 har svævet i en undskyldelig vildfarelse (*»errore scusabile«*) med hensyn til den italienske sprogversion af bestemmelsen.

43. Artikel 7, stk. 3, litra e), i direktiv 93/37 skal derfor fortolkes således, at den treårsfrist, som er indeholdt i bestemmelsens sidste punktum, allerede begynder at løbe ved indgåelsen af kontrakten vedrørende de oprindelige arbejder, og ikke først ved fuldførelsen af bygge- og anlægsarbejderne vedrørende den oprindelige etape af byggeriet. Den Italienske Republik har derfor fortolket og anvendt direktiv 93/37 forkert for så vidt angår de tre omhandlede offentlige bygge- og anlægskontrakter.

d) Foreløbig konklusion

44. Da betingelserne for anvendelse af undtagelserne i artikel 7, stk. 3, i direktiv 93/37 ikke er opfyldt for nogen af disses vedkommende, har den italienske regering tilsidesat sine forpligtelser i henhold til traktaten, idet den har indgået de tre omhandlede bygge- og anlægskontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

2. Ingen undskyldelig retsvildfarelse

45. Den italienske regering har endelig gjort gældende, at den ordregivende myndighed

46. Faktisk er begrebet undskyldelig vildfarelse ikke et ganske ukendt begreb i fællesskabsretten, navnlig ikke for så vidt angår det fællesskabsretlige princip om statens ansvar. Når det i princippet ikke er en betingelse for, at medlemsstaterne ifalder erstatningsansvar, at der foreligger skyld²⁵, kan det forhold, at en retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, udgøre et holdepunkt for bedømmelsen af, om en national myndighed åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsmålinger og dermed har begået en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af en fællesskabsretlig norm²⁶. På området for ansvar uden for kontrakt er det nemlig anerkendt, at ikke ethvert retsbrud begået af en medlemsstat eller en fællesskabsinstitution nødvendigvis medfører et erstatningsansvar over for borgerne. Betingelserne for, at der kan kræves erstatning, afhænger derimod af karakteren af tilsidesættelsen af fællesskabsretten²⁷.

25 — Dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 79 og 80 og af 8.10.1996, forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofer m.fl., Sml. I, s. 4845, præmis 28.

26 — Dommen i sagen Brasserie du Pêcheur og Factortame (nævnt i fodnote 25, præmis 55, 56 og 78) og dom af 30.9.2003, sag C-224/01, Köbler, Sml. I, s. 10239, præmis 53-55.

27 — Dillenkofer-dommen (nævnt i fodnote 25, præmis 20), samt dommen i sagen Brasserie du Pêcheur og Factortame (nævnt i fodnote 25, præmis 38).

47. Disse betragtninger vedrørende statens ansvar kan imidlertid ikke overføres på traktatbrudssøgsmål. Formålet med traktatbrudssøgsmålet er nemlig at sikre fællesskabsrettens korrekte og ensartede gennemførelse i samtlige medlemsstater, samt at sørge for, at eventuelle traktatbrud bringes til ophør²⁸. Følgelig er der tale om et søgsmål, hvorunder tilsidesættelser af fællesskabsretten fastslås på *objektivt* grundlag uden nogen hensyntagen til årsagen til tilsidesættelsen eller til dens følger, herunder til, hvor alvorlige disse er²⁹.

48. Den enkelte medlemsstat bærer i øvrigt over for Fællesskabet det fulde ansvar for, at enhver udøvelse af statsmagt inden for dens territorium er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Dette ansvar omfatter pligten til at træffe alle foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de fællesskabsretlige forpligtelser og til at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, som kan bringe virkeliggørelsen heraf i fare (artikel 10 EF), og gælder uafhængigt af en eventuel skyld.

49. På denne baggrund kan medlemsstaternes indsigelser mod et traktatbrudssøgsmål kun gøres gældende inden for snævre

rammer, således at et eventuelt misbrug på forhånd udelukkes. Domstolen anerkender derfor i sådanne søgsmål kun en eneste indsigelse, som er uafhængig af skyldsspørgsmålet, nemlig indsigelsen om, at det er absolut umuligt at efterkomme fællesskabsretlige forpligtelser³⁰.

50. En retsvildfarelse er derimod ikke en indsigelse, som kan gøres gældende i et traktatbrudssøgsmål. Domstolen har f.eks. allerede fastslået, at en medlemsstat ikke kan henvise til vanskeligheder ved fortolkningen af et direktiv for derved at udsætte gennemførelsen til efter den fastsatte frist³¹.

51. En medlemsstat kan lige så lidt påberåbe sig, at dens tilsidesættelse af fællesskabsretten kun har været af ringe grovhed eller ikke har haft nogen skadelige virkninger³².

28 — Også de faste beløb og tvangsbøder, som en medlemsstat kan idømmes (artikel 228, stk. 2, EF), skal ses i dette lys.

29 — Traktatbrudsprocedurens objektive karakter understreges også af generaladvokat Tizzano i forslaget til afgørelse fremsat den 18.1.2001 i sag C-316/99, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2038, punkt 14.

30 — Dom af 15.1.1986, sag 52/84, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 89, præmis 16, af 2.2.1988, sag 213/85, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 281, præmis 22, og af 26.6.2003, sag C-404/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6695, præmis 45, med yderligere henvisninger.

31 — Dom af 20.3.2003, sag C-135/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2837, præmis 25, og af 8.3.2001, sag C-316/99, Kommissionen mod Tyskland, præmis 9. Generaladvokat Tizzano anfører herom rammende: »Imidlertid må jeg bemærke, at den pågældende medlemsstats regerings gode vilje, nyttig og værdifuld som den er, når henses til den objektive karakter af proceduren i traktatbrudssager, ikke kan få traktatbruddet til at forsvinde, hvis der har været et traktatbrud« (forslag til afgørelse i sag C-316/99, nævnt i fodnote 29, punkt 14).

32 — Dom af 18.12.1997, sag C-263/96, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 7453, præmis 30, og dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (nævnt i fodnote 4, præmis 42).

52. Endvidere følger det af fast retspraksis, at fortolkningen og anvendelsen af fællesskabsretten aldrig — som i den foreliggende sag — må støttes på en enkelt sprogversion. Tværtimod skal der ske en sammenligning af samtlige sprogversioner i lyset af den pågældende bestemmelses målsætning og sammenhæng³³. En eventuel tvivl må i overensstemmelse med princippet om loyalt samarbejde (artikel 10 EF) forelægges for Kommissionen.

givende myndighed har svævet i en undskyldelig vildfarelse med hensyn til fastlæggelsen af det tidspunkt, hvor fristen i henhold til artikel 7, stk. 3, litra e), begynder at løbe, ikke tiltrædes.

3. Sammenfatning

53. Kun såfremt Kommissionen selv, f.eks. i forbindelse med en tilkendegivelse over for medlemsstaten, har skabt en berettiget forventning hos denne om en bestemt forståelse af de rettigheder og pligter, den har i henhold til fællesskabsretten, kan dette efterfølgende gøres gældende over for Kommissionen under et traktatbrudssøgsmål. Kommissionen har i denne forbindelse med rette henvist til de tilfælde, hvor en fællesskabsinstitution har udvist en adfærd, der har fremkaldt en vildfarelse hos en borger eller i hvert fald i afgørende omfang har bidraget hertil³⁴.

55. Det fremgår af det ovenfor anførte, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til traktaten, idet den har indgået de tre omhandlede offentlige bygge- og anlægskontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, selv om betingelserne herfor i direktiv 93/37, navnlig artikel 7, stk. 3, ikke var opfyldt.

54. På denne baggrund kan den italienske regerings anbringende om, at den ordre-

VI — Sagens omkostninger

56. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Som det fremgår af det ovenstående, bør Kommissionen gives medhold i sin påstand. Den Italienske Republik, som har tabt sagen, bør derfor i overensstemmelse med Kommissionens påstand pålægges at betale sagens omkostninger.

33 — Jf. f.eks. dom af 6.10.1982, sag 283/81, CILFIT, Sml. s. 3415, præmis 16-20, samt punkt 35 i forslaget til afgørelse samt den i fodnote 19 nævnte retspraksis.

34 — Dom af 23.11.1995, i sag C-285/93, Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau, Sml. I, s. 4069, præmis 27, med yderligere henvisninger.

VII — Forslag til afgørelse

57. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at fastslå følgende:

»1) Den Italienske Republik har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til traktaten, idet Magistrato per il Po di Parma har indgået kontrakter vedrørende yderligere etaper af de nedenstående offentlige bygge- og anlægskontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, selv om betingelserne herfor i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, navnlig artikel 7, stk. 3, ikke var opfyldt:

- færdiggørelsesarbejder vedrørende anlæg af et opstemningsbassin for bjergstrømmen Parma i Marano, Parma Kommune
- anlægs- og færdiggørelsesarbejder vedrørende et opstemningsbassin for bjergstrømmen Enza
- arbejder vedrørende regulering af vandstanden i bjergstrømmen Terdoppio-Canale Scolmatore sydvest for Cerano.

2) Den Italienske Republik betaler sagens omkostninger.«