

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
av den 29 april 2004¹

I — Inledning

1. Detta mål gäller ett fördragsbrottsförfarande, i vilket kommissionen anklagar den Republiken Italien för att ha underlåtit att beakta rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten² (nedan kallat direktiv 93/37) vid tilldelningen av tre offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

2. Den huvudsakliga frågan är om och under vilka omständigheter ett förhandlat förfarande får tillämpas utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling när det gäller nya arbeten bestående av upprepning av liknande tidigare arbeten. I detta hänseende föreskrivs en frist på tre år i direktiv 93/37. Fördragsbrottsförfarandet avser i huvudsak den konkreta beräkningen av denna frist. Republiken Italien har med avseende på den beräkningsmetod som valts åberopat att det föreligger ett ursäktligt misstag.

¹ — Originalspråk: tyska.

² — EGT L 199, s. 54.

II — Tillämpliga bestämmelser

3. Förfarandet regleras genom artikel 7.3 och 7.4 i direktiv 93/37. Dessa bestämmelser har följande lydelse i utdrag:

”3. De upphandlande myndigheterna får tilldela sina kontrakt på offentliga bygg- och anläggningsarbeten i förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling i följande fall:

...

- b) Då av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt arbetena bara kan utföras av en viss entreprenör.
- c) I den mån det är nödvändigt i sådana fall, då synnerlig brådska orsakad av exceptionella omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna, gör det omöjligt att iaktta de fastställda tidsfristerna för öppet, selektivt eller enligt punkt 2

förhandlat förfarande. De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska, får inte i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna.

och anläggningsarbeten genom öppet eller selektivt förfarande.”

4. I första och andra skälen i direktiv 93/37 anges följande:

...

- e) Då det gäller nya arbeten bestående av upprepning av liknande arbeten som anförtratts det företag, vilket av samma upphandlande myndighet blivit tilldelat ett tidigare kontrakt, förutsatt att sådana arbeten är förenliga med ett grundläggande projekt, för vilket en första upphandling avslutats enligt förfarandena som avses i punkt 4.

”Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten har ändrats ett flertal gånger och i väsentliga delar. För att förtydliga och förenkla bör därför de direktiv det gäller konsolideras. För att samtidigt uppnå etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster vad gäller offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten i medlemsstaterna genom statliga, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ under offentlig rätt, krävs inte bara att man undanröjer hinder, utan också att man samordnar nationella förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.”

Så snart det första projektet är aktuellt för anbudsgivning måste ett meddelande ges ut om att detta upphandlingsförfarande kan komma till användning, och den totalt uppskattade kostnaden för tillkommande arbeten skall räknas in av de upphandlande myndigheterna vid tillämpningen av bestämmelserna i artikel 6. Detta förfarande får bara användas under tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

5. Åttonde skälet i samma direktiv har följande lydelse:

4. I alla andra fall skall de upphandlande myndigheterna upphandla offentliga bygg-

”Förhandlat förfarande bör anses som ett undantag och därför bara tillämpas i särskilda fall.”

6. Den första meningen i tionde skälet i detta direktiv har följande lydelse: — Reglering av vattennivåer i floden Terdoppio-Canale Scolmatore sydväst om Cerano.

”För att garantera utvecklingen av effektiv konkurrens inom det offentliga upphandlingsområdet är det nödvändigt att meddelanden från de upphandlande myndigheterna annonseras ut inom hela gemenskapen.”

8. Värdet av dessa kompletterande entreprenaduppdrag som uppgick till ca 37 respektive 21 respektive 19,5 miljarder ITL översteg obestridligen det i artikel 6 i direktiv 93/37 angivna tröskelvärdet på 5 miljoner ecu.

III — Bakgrund och det administrativa förfarandet

7. År 1997 tilldelade Magistrato per il Pò di Parma, en avdelning vid det dåvarande italienska ministeriet för bygg- och anläggningsarbeten (nu ministeriet för infrastruktur och transporter), tre offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.³ Det rörde sig närmare bestämt om kompletterande uppdrag beträffande följande entreprenaduppdrag inom området för översvämningsskydd:

9. Utförandet av arbetena anförtroddes i förhandlat förfarande utan publicering av meddelande om upphandling samma bolag som redan på 80-talet hade tilldelats de tidigare kompletterande entreprenaduppgragen. De tidigare entreprenaduppgragen avsåg:

- Färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Parma vid Marano i kommunen Parma.
- Installation och färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Enza.

— ett bygg- och anläggningskontrakt avseende floden Parma enligt kontrakt av den 22 december 1988,

— ett bygg- och anläggningskontrakt avseende floden Enza enligt kontrakt av den 26 oktober 1982 och

³ — Motsvarande kontrakt godkändes av Magistrato del Pò di Parma genom dekreten nr 11414 och nr 11416 av den 9 oktober 1997 samt genom dekret nr 11678 av den 15 oktober 1997.

— ett bygg- och anläggningskontrakt avseende floden Terdoppio enligt kontrakt av den 20 maj 1988.

10. Genom skrivelse av den 27 september 2000 begärde kommissionen detaljerade upplysningar från de italienska myndigheterna om det förfarande som genomfördes vid tilldelningen av de tre senaste uppdragen från år 1997. De italienska myndigheterna uppgav i sitt svar av den 19 oktober 2000 att de hade genomfört förfarandet enligt artikel 7.3 e i direktiv 93/37. De uppdrag som det här rör sig om innebär en upprepning av liknande arbeten som anförtratts det företag, vilket av samma upphandlande myndighet redan blivit tilldelat det första kontraktet. De är förenliga med ett grundläggande projekt, som var föremål för det första uppdraget och lämnades på entreprenad enligt artikel 7.4 i direktivet. Så snart det första projektet var aktuellt för anbudsgivning angavs att det fanns möjlighet att genomföra ett senare förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, och den totalt uppskattade kostnaden för tillkommande arbeten räknades in. Det förhandlade förfarandet genomfördes inom den föreskrivna fristen på tre år efter det att det ursprungliga kontraktet hade ingåtts. Fristen började att löpa först när de dåvarande bygg- och anläggningsarbetena avslämnades.

11. Genom skrivelse av den 8 juni 2001 och av den 17 december 2001, som utgjorde svar på den formella underrättelsen av den 23 april 2001 i vilken kommissionen tillbakavisade de italienska myndigheternas uppfattning avseende beräkningen av den treåriga fristen, bekräftade Republiken Italien i huvudsak sin ståndpunkt.

12. Eftersom kommissionen inte erhöll något svar på det motiverade yttrandet av den 21 december 2001 har den med stöd av artikel 226 andra stycket EG väckt förevarande talan mot Republiken Italien vid domstolen den 28 oktober 2002.

IV — Parternas yrkanden

13. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

- fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, och särskilt artikel 7.3 i direktivet, genom att Magistrato per il Pô di Parma, en avdelning vid ministeriet för bygg- och anläggningsarbeten (nu ministeriet för infrastruktur och transporter) har lämnat kompletterande entreprenaduppdrag avseende färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Parma vid Marano i kommunen Parma, avseende installation och färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Enza och reglering av vattennivåer i floden Terdoppio-Canale Scolmatore sydväst om Cerano, och därvid endast tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, utan att förutsättningarna för detta varit uppfyllda, och

— förplikta Republiken Italien att ersätta rättegångskostnaderna.

14. Republiken Italien har inte uttryckligen yrkat att domstolen skall ogilla talan. Republiken Italien har emellertid begärt att domstolen oberoende av tolkningen av artikel 7.3 i direktiv 93/37 skall utgå från att den italienska regeringen har begått ett ursäktligt misstag på grund av den italienska språkversionen av bestämmelsen.

V — Bedömning

A — Huruvida frågan kan tas upp till sakprövning

15. Det skall erinras om att det framgår av fast rättspraxis att kommissionen vid utövandet av de befogenheter som den har tilldelats enligt artikel 226 EG inte behöver visa att den har ett specifikt berättigat intresse av att få saken prövad. Denna artikel har nämligen inte till syfte att skydda kommissionens egna rättigheter. Kommissionen skall i sin roll som fördragets väktare övervaka medlemsstaternas genomförande av gemenskapsrätten i gemenskapens intresse samt försöka få eventuella fördragsbrott fastställda för att få dessa överträdelser att upphöra. I denna roll bedömer kommissionen själv om det är lämpligt att inleda ett fördragsbrottsförfarande, och på grund av vilken handling eller vilken underlåtenhet

detta skall ske. Även om en medlemsstats lagstiftning är förenlig med gemenskapsrätten kan kommissionen begära att domstolen skall fastställa att fördragsbrott föreligger till följd av att gemenskapsrättsliga bestämmelser inte beaktats i ett visst bestämt fall och att direktivets syfte därmed inte har uppnåtts.⁴

16. Syftet med en talan som väcks med stöd av artikel 226 EG bestäms visserligen av kommissionens motiverade yttrande. Om det påstådda fördragsbrottet upphör innan den frist som fastställts av kommissionen har löpt ut, skall en sådan talan avvisas på grund av att den saknar föremål.⁵ I det fallet har syftet med fördragsbrottsförfarandet nämligen redan fullgjorts under det administrativa förfarandet.

17. Som den italienska regeringen själv har medgett har den emellertid inte vidtagit några åtgärder i förevarande fall för att få verkningarna av eventuella fördragsbrott avseende de tre offentliga upphandlingskon-

4 — Se dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-3609), punkterna 29 och 30, med vidare hänvisningar.

5 — Fast rättspraxis. Se dom av den 29 januari 2004 i mål C-209/02, kommissionen mot Österrike (REG 2004, s. I-1211), punkterna 16–18, med vidare hänvisningar och domen i målet kommissionen mot Tyskland (se ovan fotnot 4), punkt 32 och följande punkter, med vidare hänvisningar. I äldre rättspraxis används i detta sammanhang ibland begreppet "rättskyddsintresse". Detta medför emellertid inte en annan bedömning. Se till exempel dom av den 24 mars 1988 i mål 240/86, kommissionen mot Grekland (REG 1988, s. 1835), punkterna 14–16.

trakt för bygg- och anläggningsarbeten som kommissionen har nämnt att upphöra. Andra tilldelningsförfaranden ogiltigförklaras, de omtvistade tilldelningsförfarandena kunde emellertid inte återkallas av tekniska skäl och på grund av att detta skulle innebära ett hot mot den allmänna säkerheten.

18. Även om bestämmelserna om offentlig upphandling inte förpliktar medlemsstaterna att upphäva avtal som en gång ingåtts är och förblir ett kontrakt som tilldelats i strid med det relevanta direktivet oförenligt med gemenskapsrätten.⁶ Det är dessutom förenligt med syftet med fördragsbrottsförfarandet och direktiven om offentlig upphandling att kommissionen i det konkreta fallet kan uppmana gemenskapsdomstolen att i efterhand undersöka om bestämmelserna om offentlig upphandling har beaktats. Om domstolen fastställer att reglerna inte har beaktats kan nämligen den slutsatsen dras, som inte är begränsad till det konkreta fallet, att den berörda medlemsstaten har brutit i sin roll som ansvarig för direktivets genomförande.⁷

19. Den italienska regeringen har visserligen påstått att den till följd av den senaste utvecklingen av de italienska bestämmelserna om offentlig upphandling och sin tilldelningspraxis numera enbart beaktar konkurrensaspekter vid tilldelningen av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten. Därmed kan de omständigheter som ledde till förevarande fördragsbrottsförfarande inte upprepas.

20. Hänvisningen att tilldelningsförfaranden hädanefter genomförs med beaktande av konkurrensaspekter utesluter emellertid inte framtida felaktigheter i förfarandet. Såsom kommissionen med fog har gjort gällande är det nämligen fullt möjligt att den feltolkning avseende den treåriga fristen som har kritiserats även görs av andra upphandlande myndigheter i Italien. Detta är desto troligare då kretsen av potentiella uppdragsgivare har utvidgats betydligt genom delegeringen av behörigheter till regionala och lokala myndigheter.

21. Talan kan även upptas till sakprövning mot bakgrund av risken för upprepning.⁸

B — *Prövning i sak*

22. Kommissionens talan är välgrundad om Republiken Italien har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördraget (artikel 228.1 EG). Skyldigheten att införliva direktiv 93/37 följer av artikel 10 första stycket EG jämförd med artikel 249 tredje stycket EG. Kommissionen har gjort gällande att Republiken Italien har åsidosatt denna skyldighet.

6 — Domen i målet kommissionen mot Tyskland (se ovan fotnot 4), punkt 39.

7 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande i målet kommissionen mot Tyskland (se ovan fotnot 4), särskilt punkterna 50, 53 och 54.

8 — Se, i detta hänseende, dom av den 9 juli 1970 i mål 26/69, kommissionen mot Frankrike (REG 1970, s. 565), punkterna 12 och 13, och generaladvokaten Lenz förslag till avgörande av 13 januari 1988 i målet kommissionen mot Grekland (se ovan fotnot 5), punkt 13.

1) Åsidosättande av direktiv 93/37

23. De tre offentliga upphandlingskontrakten för bygg- och anläggningsarbeten från år 1997 som det här rör sig om tilldelades i förhandlat förfarande utan föregående publicering av meddelande om upphandling. Enligt artikel 7.4 i direktiv 93/37 skall emellertid i princip *inte* ett förhandlat förfarande tillämpas vid tilldelningen av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, utan ett öppet eller ett selektivt förfarande bör tillämpas. Ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av meddelande om upphandling kan enbart tillämpas i undantagsfall.⁹ Dessa beskrivs uttömmande i artikel 7.3 i direktivet.¹⁰ I förevarande fall skulle ett förhandlat förfarande möjligen kunna tillämpas på grundval av artikel 7.3 b, c eller e. Det skall i det följande undersökas huruvida dessa bestämmelser är tillämpliga.

a) Tekniska skäl enligt artikel 7.3 b i direktiv 93/37

24. Den italienska regeringen har inledningsvis åberopat tekniska skäl på grund av vilka det var nödvändigt att de tre ifrågavarande kontrakten för bygg- och anläggningsarbeten tilldelades den entreprenör som

redan hade anlåtats tidigare. Det är därför inte uteslutet att artikel 7.3 b i direktiv 93/37 är tillämplig.

25. Enligt sin ordalydelse är denna bestämmelse emellertid enbart tillämplig när arbetena *”bara* kan utföras av en *viss* entreprenör”.¹¹ Enligt domstolens rättspraxis rör det sig om en undantagsbestämmelse som skall tolkas restriktivt och som enbart är tillämplig under exceptionella omständigheter.¹²

26. För att artikel 7.3 b i direktiv 93/37 skall kunna tillämpas räcker det inte att den upphandlande myndigheten anser det lämpligt att ett följdkontrakt tilldelas en redan anlätad entreprenör eller utan närmare förklaring åberopar att detta är nödvändigt av tekniska skäl. Den upphandlande myndigheten måste precisera varför tekniska skäl talade mot tilldelningen av ett kontrakt till andra entreprenörer i det konkreta fallet och därför gjorde det nödvändigt att tilldela kontraktet en redan anlätad entreprenör. Annars skulle risken finnas att bestämmelsen

11 — Min kursivering.

12 — Dom av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, kommissionen mot Italien (REG 1995, s. I-1249), punkt 23. Domen hänför sig visserligen till artikel 9 b i rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5; nedan kallat direktiv 71/305). Bestämmelsen i denna artikel som föregick artikel 7.3 b i direktiv 93/37, som skall tolkas i förevarande fall, har emellertid i huvudsak samma ordalydelse som bestämmelsen i den senare artikeln. Se vidare dom av den 28 mars 1996 i mål C-318/94, kommissionen mot Tyskland (REG 1996, s. I-1949), punkt 13. Se, för ett liknande resonemang, punkt 64 i generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 23 mars 2000 i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-8377).

9 — Se även åttonde skälet i direktiv 93/37.

10 — Se, för ett liknande resonemang, även dom av den 17 september 1998 i mål C-323/96, kommissionen mot Belgien (REG 1998, s. I-5063), punkt 34.

i artikel 7.3 b i direktiv 93/37 används av upphandlande myndigheter för att kringgå anbudsförfaranden, vilket skulle kunna undergräva syftet med direktivet som är att främja konkurrensen¹³ vid offentliga upphandlingar.

fanns några andra potentiella entreprenörer när de tre kontrakt som det här rör sig om tilldelades och att konkurrensen därför inte påverkades i det konkreta fallet. Detta argument är inte övertygande. Syftet med publiceringen av ett meddelande om upphandling är nämligen att en så stor krets av anbudsgivare som möjligt informeras om den förestående tilldelningen av upphandlingskontrakt. Det är alltså inte uteslutet att andra potentiella anbudsgivare hade framträtt om ett meddelande om upphandling hade publicerats på vederbörligt sätt.

27. Den som avser att åberopa exceptionella omständigheter har bevisbördan för att dessa existerar.¹⁴ Den italienska regeringen har i förevarande fall endast anfört att den behöriga myndighetens avsikt har varit att förebygga att de byggnadsverk som uppförts skadas eller försämras och undvika svåra avgränsningsproblem avseende ansvaret mellan flera entreprenörer. Även om det därför ansågs vara lämpligt att anlita samma entreprenör som anlätades för det första projektet rörde det sig inte om tvingande tekniska skäl som innebar att det var nödvändigt att anlita just denna entreprenör. Det förhandlade förfarandet kunde därmed inte tillämpas med stöd av artikel 7.3 b i direktiv 93/37.

b) Brådska enligt artikel 7.3 c i direktiv 93/37

29. Den italienska regeringen har vidare åberopat att det förelegat synnerlig brådska vid tilldelningen av de tre ifrågakvarande upphandlingskontrakten för bygg- och anläggningsarbeten. Därför är det tänkbart att artikel 7.3 c i direktiv 93/37 är tillämplig.

28. Den italienska regeringen har i den muntliga förhandlingen tillagt att det inte

30. Enligt sin ordalydelse kan denna bestämmelse emellertid enbart tillämpas under stränga förutsättningar. Kriterierna nödvändighet, synnerlig brådska och exceptionella omständigheter som inte kunnat förutses måste vara uppfyllda. Det skall för övrigt anmärkas att denna bestämmelse, i egenskap

13 — Se första meningen i tionde skälet i direktiv 93/37.

14 — Se domen i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 12), punkt 23.

av undantagsbestämmelse, skall tolkas restriktivt.¹⁵ Det är enbart på detta sätt som missbruk från upphandlande myndigheters sida kan förhindras och syftet med direktivet, som är att främja konkurrensen¹⁶ vid offentliga upphandlingar, beaktas.

31. Såsom framgår av andra meningen i artikel 7.3 c i direktiv 93/37 kan den upphandlande myndigheten dessutom inte motivera ett påstående att brådska föreligger med omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten. I förevarande fall planerades åtgärderna för översvämningsskydd åtminstone redan vid den tidpunkten då arbetena för det första projektet tilldelades, det vill säga sedan 1980-talet. Som den italienska regeringen själv har anfört planerades de ifrågakvarnande arbetena redan från första början och det var enbart av budgetära skäl som dessa arbeten förbehölls ett separat andra kontrakt för bygg- och anläggningsarbeten. Man kan därav inte dra slutsatsen att det förelåg synnerlig brådska, utan det är fråga om rent interna organisatoriska skäl som hänför sig till den upphandlande myndigheten.

15 — Dom av den 10 mars 1987 i mål 199/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 1039), punkt 14. Domen hänför sig visserligen till artikel 9 d i direktiv 71/305. Bestämmelsen i denna artikel som föregick artikel 7.3 c i direktiv 93/37, som skall tolkas i förevarande fall, har emellertid i huvudsak samma ordalydelse som bestämmelsen i den senare artikeln. Se vidare domen i målet kommissionen mot Tyskland (se ovan fotnot 11), punkt 13. Se, för ett liknande resonemang, punkt 64 i generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet kommissionen mot Frankrike (se ovan fotnot 12).

16 — Se första meningen i tionde skälet i direktiv 93/37.

32. Det är den som avser att åberopa att brådska föreligger som har bevisbördan för detta.¹⁷ Den italienska regeringen har i förevarande fall enbart anfört att tilldelningen av upphandlingskontrakten för bygg- och anläggningsarbeten var brådskande för att undvika risken för översvämning som påstods ha ökat genom redan utförda arbeten. Det finns emellertid inget som styrker att den behöriga myndigheten inte hade kunnat förutse denna ökning av risken för översvämning. Detta gäller i synnerhet som den upphandlande myndigheten redan ursprungligen planerade att genomföra åtgärderna för översvämningsskydd i flera etapper. Villkoren för en tillämpning av artikel 7.3 c i direktiv 93/37 är därmed inte uppfyllda.

c) Upprepning av liknande arbeten inom tre år enligt artikel 7.3 e i direktiv 93/37

33. Den italienska regeringen har slutligen åberopat artikel 7.3 e i direktiv 93/37. Det är ostridigt att alla de villkor som ställs i denna bestämmelse, med undantag för den treåriga fristen, var uppfyllda vid tilldelningen av de tre ifrågakvarnande offentliga upphandlingskontrakten för bygg- och anläggningsarbeten. Parterna i målet tvistar enbart om när den treåriga fristen i den sista meningen i denna bestämmelse börjar löpa. Detta beror

17 — Se domen i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 15), punkt 14.

på om den upphandlande myndigheten i förevarande fall fick genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling.

34. Den italienska regeringen har till stöd för sin tolkning att fristen först börjar löpa när arbetena för det första projektet slutförts särskilt åberopat den italienska språkversionen av direktiv 93/37. I denna språkversion används begreppet "*conclusione dell'appalto iniziale*" för utgångspunkten för fristen. Denna formulering skiljer sig från den formulering som återfanns i föregångaren till denna bestämmelse,¹⁸ som har följande lydelse: "*aggiudicazione dell'appalto iniziale*". Enligt denna formulering är det tidpunkten för tilldelningen av det ursprungliga kontraktet som är den avgörande tidpunkten.

35. Såsom domstolen har fastställt i fast rättspraxis¹⁹ skall alla språkversioner av en gemenskapsrättslig text av principiella skäl tillmätas samma värde. Utgångspunkten för den treåriga fristen i artikel 7.3 e i direktiv 93/37 kan därför inte fastställas genom att enbart en språkversion tolkas isolerat. I stället skall alla språkversioner beaktas.

36. Formuleringen av direktiv 93/37 är tyvärr oklar i vissa språkversioner. I den tyska språkversionen anges till exempel "*Abschluss des ersten Auftrags*", i den franska språkversionen talas det om "*conclusion du marché initial*" och i den nederländska enbart om "*oorspronkelijke opdracht*". En hel del andra språkversioner, nämligen den engelska ("*conclusion of the original contract*"), den danska ("*indgaaelsen af den oprindelige kontrakt*"), den spanska ("*celebración del contrato inicial*") och den portugisiska ("*celebração do contrato inicial*") versionen, talar emellertid helt klart mot den italienska regeringens tolkning och för kommissionens uppfattning.

37. Det bör emellertid också noteras att det enbart är i den italienska språkversionen som ordalydelsen i artikel 7.3 e i direktiv 93/37, till vilken den italienska regeringen har hänvisat, har ändrats genom att begreppet "*aggiudicazione*" ersattes med begreppet "*conclusione*". I alla andra språkversioner har bestämmelsen i detta avseende samma ordalydelse som föregångaren till denna bestämmelse.²⁰ Man kan därför redan av det skälet utgå från att det här enbart rör sig om en redaktionell ändring av den italienska ordalydelsen och inte om en innehållsmässig ändring av bestämmelsen. Denna uppfattning vinner stöd i första skälet i direktiv

18 — Artikel 5.3 e i direktiv 71/305 i dess lydelse enligt rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 210, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3).

19 — Se, till exempel, domar av den 2 april 1998 i mål C-296/95, EMU Tabac m.fl. (REG 1998, s. I-1605), punkt 36, och av den 9 januari 2003 i mål C-257/00, Givane m.fl. (REG 2003, s. I-345), punkt 36.

20 — Artikel 5.3 e i direktiv 71/305 i dess lydelse enligt direktiv 89/440.

93/37, enligt vilket rör sig om en konsolidering som företagits för att förtydliga och förenkla.

38. Slutligen är det emellertid inte enbart ordalydelsen som är avgörande, utan den relevanta bestämmelsen skall bedömas i sitt sammanhang och mot bakgrund av syftet med bestämmelsen.²¹

39. Vad beträffar den omtvistade fristbestämmelsens placering mot bakgrund av direktiv 93/37 i sin helhet, skall det i detta sammanhang inledningsvis anmärkas att begreppet *avtal*, och inte begreppet *bygg- och anläggningsarbeten*, uttryckligen används i artikel 1 a i direktiv 93/37 för att definiera offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten. Samma sak gäller i den italienska språkversionen som har följande lydelse: "gli 'appalti pubblici di lavori' sono *contratti* a titolo oneroso ...".²²

40. Det bör vidare noteras att det av artikel 7.4 i direktivet, i vilken de förfaranden som skall tillämpas i normala fall beskrivs, *e contrario* följer att artikel 7.3 e i direktiv 93/37 innehåller en undantagsbestämmelse som redan som sådan skall tolkas restriktivt.

41. Syftet med den treåriga fristen är huvudsakligen att uppnå etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster vad gäller offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Detta sker genom att fristen bidrar till att skapa mer konkurrens.²³ Även av detta skäl bör ett förhandlat förfarande som är mindre fördelaktigt för konkurrenter anses som ett undantag och därför bara tillämpas i särskilda fall.²⁴

42. Följaktligen kan det konstateras att såväl det sammanhang som artikel 7.3 e i direktiv 93/37 ingår i, som syftet med artikeln, talar för att den treåriga fristen skall tolkas restriktivt och, därmed, för att fristen redan börjar löpa från den dag då det ursprungliga *kontraktet slöts*. Att fastställa utgångspunkten för fristen till den dag då det ursprungliga *kontraktet slutförs* skulle däremot innebära en utvidgning av tillämpningsområdet för förhandlat förfarande, och därmed strida mot syftet att skapa konkurrens vid offentliga upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten. Som kommissionen med rätta har anfört skulle den senare beräkningsmetoden dessutom skada rättssäkerheten. Färdigställandet av ett byggnadsverk måste nämligen inte nödvändigtvis jämföras med entreprenörens avlämnande av byggnadsverket. Teoretiskt sett kan även andra händelser komma i fråga som utförandet av det sista arbets-

21 — Se, till exempel, dom av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Truley (REG 2003, s. I-1931), punkt 35, av den 13 november 2003 i mål C-294/01, Granarolo (REG 2003, s. I-13429), punkt 43, och av den 27 november 2003 i mål C-497/01, Zita Modes (REG 2003, s. I-14393), punkt 34.

22 — Min kursivering.

23 — Se andra skälet och första meningen i tionde skälet i direktiv 93/37.

24 — Se åttonde skälet i direktiv 93/37.

momentet, nedmonteringen av byggnadsställningar, iordningställandet av byggplatsen eller betalningen av (utestående) löner. Datumet för kontraktets ingående kan däremot i allmänhet bestämmas entydigt.

utgångspunkten för den treåriga fristen i artikel 7.3 e i direktiv 93/37 har medfört att den upphandlande myndigheten på grund av den italienska språkversionen av bestämmelsen har begått ett ursäktligt misstag (*"error scusabile"*) vid tillämpningen av denna bestämmelse.

43. Artikel 7.3 e i direktiv 93/37 skall följaktligen tolkas på så sätt att den treåriga frist som nämns i den sista meningen i denna artikel redan börjar löpa då det ursprungliga kontraktet ingås och inte först då det första projektets arbeten slutförts. Republiken Italiens tolkning och tillämpning av direktiv 93/37 med avseende på de tre ifrågakvarande offentliga upphandlingskontrakten för bygg- och anläggningsarbeten är därmed felaktig.

46. Begreppet ursäktligt misstag är inte helt främmande inom gemenskapsrätten, särskilt inte när det gäller statens gemenskapsrättsliga skadeståndsansvar. Även om medlemsstaternas skadeståndsansvar i princip inte förutsätter culpa,²⁵ kan den ursäktliga eller ousäktliga karaktären av en rättsvillfarelse vara ett tecken på om en nationell myndighet uppenbart och allvarligt har missbedömt det utrymme för skönsmässig bedömning som den tillerkänts och, därmed, gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av en gemenskapsrättslig bestämmelse.²⁶ Med avseende på utomobligatoriskt ansvar har det nämligen fastställts att inte varje överträdelse som en medlemsstat eller en gemenskapsinstitution gör sig skyldig till nödvändigtvis måste medföra ekonomiskt ansvar gentemot enskilda. Villkoren för att bevilja skadestånd beror däremot på vilket slag av överträdelse av gemenskapsrätten det rör sig som.²⁷

d) Preliminär slutsats

44. Eftersom inget av de villkor som ställs i artikel 7.3 i direktiv 93/37 är uppfyllt har Republiken Italien genom att tilldela de tre ifrågakvarande offentliga upphandlingskontrakten för bygg- och anläggningsarbeten utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget.

2) Ursäktlig rättsvillfarelse föreligger inte

45. Den italienska regeringen har slutligen gjort gällande att dess tolkning avseende

25 — Domar av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du Pêcheur och Factortame, REG 1996, s. I-1029, punkterna 79 och 80, och av den 8 oktober 1996 i de förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94, Dillenkofer m.fl. (REG 1996, s. I-4845, punkt 28).

26 — Se domarna Brasserie du Pêcheur och Factortame (ovan fotnot 25), punkterna 55, 56 och 78, och dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbier (REG 2003, s. I-10239), punkterna 53–55.

27 — Se domarna Dillenkofer (ovan fotnot 24), punkt 20, Brasserie du Pêcheur och Factortame (ovan fotnot 25), punkt 38.

47. Dessa överväganden avseende statens skadeståndsansvar är emellertid inte tillämpliga på fördragsbrottsförfarandet. Syftet med fördragsbrottsförfarandet är nämligen att säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas på ett korrekt och enhetligt sätt i alla medlemsstater och försöka få eventuella fördragsbrott att upphöra.²⁸ Det är alltså fråga om ett förfarande i vilket överträdelser av gemenskapsrätten fastställs *objektivt* helt oberoende av orsaken till överträdelsen, vilken inverkan överträdelsen har och hur allvarlig denna inverkan är.²⁹

48. Varje medlemsstat bär dessutom det fulla ansvaret gentemot gemenskapen för att all myndighetsutövning som sker inom dess territorium är förenlig med gemenskapsrätten. Detta ansvar omfattar skyldigheten att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att gemenskapsrättsliga skyldigheter fullgörs och att avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås (artikel 10 EG). Det saknar i detta sammanhang betydelse om culpa föreligger.

49. Mot den bakgrunden kan de invändningar som medlemsstaterna framfört i fördragsbrottsförfarandet endast godtas

28 — Även det standardbelopp och särskilt det vite som en medlemsstat kan dömas att betala (artikel 228.2 EG) skall bedömas bakgrund härav.

29 — Fördragsbrottsförfarandets objektiva karaktär har även betonats av generaladvokaten Tizzano i hans förslag till avgörande av den 18 januari 2001 i mål C-316/99, kommissionen mot Tyskland (REG 2001, s. I-2037), punkt 14.

under stränga förutsättningar, för att redan på förhand utesluta missbruk. Följdriktigt godtar domstolen i detta förfarande därför endast en enda invändning som är oberoende av culpa, nämligen invändningen att det föreligger ett absolut hinder för att fullgöra gemenskapsrättsliga skyldigheter.³⁰

50. En invändning om rättsvillfarelse kan emellertid inte godtas i ett fördragsbrottsförfarande. Domstolen har till exempel redan slagit fast att en medlemsstat inte med framgång kan åberopa svårigheter som har samband med tolkningen av ett direktiv för att uppskjuta införlivandet av detsamma till efter utgången av den föreskrivna tidsfristen.³¹

51. En medlemsstat kan inte heller med framgång framföra invändningen att dess överträdelse av gemenskapsrätten inte är allvarlig eller att den inte har vållat skada.³²

30 — Se dom av den 15 januari 1986 i mål 52/84, kommissionen mot Belgien (REG 1986, s. 100), punkt 16, av den 2 februari 1988 i mål 213/85, kommissionen mot Nederländerna (REG 1988, s. 281), punkt 22, och av den 26 juni 2003 i mål C-404/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-6695), punkt 45, med vidare hänvisningar.

31 — Se dom av den 20 mars 2003 i mål C-135/01, kommissionen mot Tyskland, REG 2003, s. I-2837, punkt 25, och av den 8 mars 2001 i mål C-316/99, kommissionen mot Tyskland, punkt 9. Generaladvokaten Tizzano har i detta sammanhang på goda grunder anfört följande: "Jag noterar dock att på grund av fördragsbrottsförfarandets objektiva karaktär kan den berörda medlemsstatens goda vilja, även om den i sig är nyttig och lovvärd, inte undanröja det förhållandet att ett fördragsbrott har begåtts, om så har varit fallet" (se punkt 14 i förslaget till avgörande i mål C-316/99, ovan fotnot 29).

32 — Se dom av den 18 december 1997 i mål C-263/96, kommissionen mot Belgien (REG 1997, s. 7453), punkt 30, och domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 4), punkt. 42.

52. Av fast rättspraxis följer dessutom att gemenskapsrätten inte skall tolkas och tillämpas mot bakgrund av en enda språkversion, såsom har skett i förevarande fall, utan tvärtom mot bakgrund av alla språkversioner med beaktande av syftet med den berörda bestämmelsen och det sammanhang som bestämmelsen ingår i.³³ Enligt principen om lojalt samarbete (artikel 10 EG) skall eventuella tvivel framföras till kommissionen.

begått ett ursäktligt misstag vid fastställandet av utgångspunkten för fristen enligt artikel 7.3 e i direktiv 93/37 kan följaktligen inte godtas.

3) Slutsatser

53. Det är enbart om kommissionen, genom exempelvis ett yttrande till medlemsstaten, har givit densamma berättigade förväntningar beträffande att de rättigheter och skyldigheter som följer av gemenskapsrätten skall uppfattas på ett visst sätt som detta även kan göras gällande mot kommissionen i fördragsbrottsförfarandet. Kommissionen har i detta sammanhang med rätta hänvisat till mål, i vilka en gemenskapsinstitution har förhållit sig på ett sätt som varit ägnat att framkalla ett felaktigt intryck hos den berörde eller i vart fall i avgörande utsträckning har bidragit till detta.³⁴

55. Av det ovanstående följer att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget genom att tilldela de tre ifrågakvarande offentliga upphandlingskontrakten för bygg- och anläggningsarbeten utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, utan att förutsättningarna för detta enligt direktiv 93/37, och särskilt artikel 7.3 i direktivet, varit uppfyllda.

VI — Rättegångskostnader

54. Den italienska regeringens invändning att den upphandlande myndigheten har

56. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Av ovanstående följer att kommissionens talan skall bifallas. Kommissionen har yrkat att Republiken Italien skall ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Italien har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

33 — Se dom av den 6 oktober 1982 i mål 283/81, C.I.L.F.I.T. (REG 1982, s. 3415; svensk specialutgåva, volym 6, s. 513), punkterna 16–20, och punkt 35 i förslaget till avgörande samt den rättspraxis som anges i fotnot 19.

34 — Se dom av den 23 november 1995 i mål C-285/93 (Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau, (REG 1995, s. I-4069), punkt 27, med vidare hänvisningar.

VII — Förslag till avgörande

57. På grund av det ovanstående föreslår jag att domstolen meddelar följande dom:

”1) Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget, genom att Magistrato per il Pô di Parma har lämnat följande entreprenaduppdrag och därvid endast tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, utan att förutsättningarna för detta varit uppfyllda enligt rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg och anläggningsarbeten, och särskilt artikel 7.3 i direktivet:

- Färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Parma vid Marano i kommunen Parma.

- Installation och färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Enza.

- Reglering av vattennivåer i floden Terdoppio-Canale Scolmatore sydväst om Cerano.

2) Republiken Italien skall ersätta rättegångskostnaderna.”