

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 14 september 2004 *

I mål C-385/02,

angående en fördragsbrottstalan i enlighet med artikel 226 EG,

väckt den 28 oktober 2002,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av K. Wiedner och R. Amorosi, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Italien, företrädd av M. Fiorilli, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: italienska.

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C.W.A. Timmermans samt domarna J.-P. Puissochet, J.N. Cunha Rodrigues (referent), R. Schintgen och N. Colneric,

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören M. Múgica Arzamendi,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter att förhandling hållits den 10 mars 2004,

med beaktande av de yttranden som har avgivits av parterna,

och efter att den 29 april 2004 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- ¹ Europeiska gemenskapernas kommission har väckt talan om fastställelse av 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 (EGT L 199,

s. 54) (nedan kallat direktivet), och särskilt artikel 7.3 i direktivet, genom att Magistrato per il Po di Parma, ett lokalt organ som var underordnat det dåvarande italienska ministeriet för bygg- och anläggningsarbeten (nu ministeriet för infrastruktur och transporter), tilldelat kontrakt avseende färdigställande av ett utjämningsmagasin för skydd mot översvämningar av floden Parma vid Marano (Parma kommun), installation och färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Enza och reglering av vattennivåer i floden Terdoppio sydväst om Cerano och därvid endast tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, utan att förutsättningar härför förelegat.

Tillämpliga bestämmelser

- 2 I artikel 7.3 b, 7.3 c och 7.3 e i direktivet föreskrivs följande:

”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.

...

- 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.

Så snart som det första projektet blir föremål för upphandling skall den upphandlande myndigheten ange att detta förfaringsätt kan bli aktuellt och i beräkningen ta med det sammanlagda beräknade värdet för kommande arbeten vid tillämpning av bestämmelserna i artikel 6. Detta förfarande får bara användas under tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.”

- 3 I artikel 7.4 i direktivet föreskrivs följande:

”I alla andra fall skall de upphandlande myndigheterna upphandla offentliga bygg- och anläggningsarbeten genom öppet eller selektivt förfarande.”

Bakgrund

- 4 Magistrato per il Po di Parma godkände genom dekreten nr 11414 och nr 11416 av den 9 oktober 1997 samt genom dekret nr 11678 av den 15 oktober 1997 kontrakt avseende följande arbeten:
 - färdigställande av ett utjämningsmagasin för skydd mot översvämningar av floden Parma i Marano (Parma kommun),
 - installation och färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Enza, och
 - reglering av vattennivåer i floden Terdoppio sydväst om Cerano.
- 5 Värdet av dessa arbeten uppgick till cirka 37, 21 respektive 19,5 miljarder lire.
- 6 De ursprungliga kontrakten avseende nämnda arbeten tilldelades vid följande tidpunkter:
 - den 22 december 1988 avseende floden Parma,
 - den 26 oktober 1982 avseende floden Enza, och

— den 20 maj 1988 avseende floden Terdoppio.

Det administrativa förfarandet

- 7 Kommissionen begärde genom skrivelse av den 27 september 2000 upplysningar från de italienska myndigheterna om det förfarande som hade använts vid tilldelningen av de i punkt 4 i förevarande dom nämnda kontrakten (nedan kallade de ifrågavarande kontrakten).

- 8 De italienska myndigheterna uppgav i skrivelser av den 19 oktober 2000 och den 26 mars 2001 att förfarandet i fråga uppfyllde kraven i artikel 7.3 e i direktivet. De ifrågavarande arbetena innebär nämligen en upprepning av liknande uppdrag som Magistrato per il Po di Parma redan anförtrott de företag som tilldelats de ursprungliga kontrakten och är förenliga med ett grundläggande projekt, för vilket en första upphandling genomförts i enlighet med artikel 7.4 i direktivet. Dessutom angavs entreprenörens möjlighet till ett förhandlat förfarande i de ursprungliga meddelandena om upphandling, och den sammanlagda beräknade kostnaden för respektive arbete beaktades av Magistrato per il Po di Parma för tillämpningen av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Det förhandlade förfarandet genomfördes inom tre år efter det att det ursprungliga kontraktet hade slutits.

- 9 Genom skrivelse av den 23 april 2001 förelade kommissionen Republiken Italien att inkomma med ett yttrande i detta avseende.

- 10 Republiken Italien gjorde genom skrivelser av den 8 juni 2001 och av den 17 december 2001 bland annat gällande att den tidsperiod på tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts, som avses i artikel 7.3 e i direktivet, börjar löpa vid färdigställandet av arbetena avseende det ursprungliga kontraktet, eftersom kontraktet upphörde att gälla vid denna tidpunkt.
- 11 Kommissionen godtog inte detta svar och riktade den 21 december 2001 ett motiverat yttrande till Republiken Italien, i vilket den uppmanade denna att vidta nödvändiga åtgärder inom två månader från delgivningen av detta motiverade yttrande. Eftersom Republiken Italien inte besvarade detta yttrande, väckte kommissionen förevarande talan.

Yrkanden

- 12 Kommissionen har yrkat att domstolen skall
- fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet, och särskilt artikel 7.3 i direktivet, genom att Magistrato per il Po di Parma har tilldelat kontrakt avseende färdigställande av ett utjämningsmagasin för skydd mot översvämningar av floden Parma vid Marano (Parma kommun), installation och färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Enza och reglering av vattennivåer i floden Terdoppio sydväst om Cerano och därvid endast tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, och
 - förplikta Republiken Italien att ersätta rättegångskostnaderna.

- 13 Republiken Italien har yrkat att domstolen skall fastställa att den italienska regeringen har begått ett ursäktligt misstag på grund av den italienska språkversionen av bestämmelsen, med beaktande av tolkningen av samma bestämmelse på grundval av ordalydelsen i den övervägande delen av språkversionerna, försåvitt domstolen inte anser att artikel 7.3 i direktivet skall tolkas på ett annat sätt.

Huruvida Republiken Italien har gjort sig skyldig till fördragsbrott

- 14 Det står klart att de ifrågavarande kontrakten omfattas av direktivet och har ingåtts genom ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling. Detta förfarande är endast tillåtet i de fall som anges i den uttömmande uppräknings i artikel 7.3 i direktivet. Den italienska regeringen har i sitt svaromål anfört tre grunder till stöd för att de ifrågavarande kontrakten skall anses omfattas av ett av dessa fall.
- 15 Den italienska regeringen har för det första gjort gällande att Magistrato per il Po di Parma, mellan år 1981 och år 1990, inledde förfaranden i syfte att åtgärder skulle vidtas för att öka säkerheten för de områden som berörs av översvämningar av floden Po och dess bifloder. Myndigheten vidtog i detta syfte en upphandling avseende upprättande av en övergripande plan och genomförande av delarbeten allteftersom medel härför blev tillgängliga. Kontrakt avseende upprättande av planen och det första delarbetet tilldelades genom ett förfarande i enlighet med gemenskapsrätten. Meddelandena om upphandling som hänför sig till dessa kontrakt innehåller en klausul som möjliggör för den upphandlande myndigheten att tilldela samma företag genomförandet av ytterligare delarbeten.
- 16 Med beaktande av att arbetena är komplicerade och vanskliga, angav myndigheten för bygg- och anläggningsarbeten i ett tekniskt utlåtande att dessa arbeten borde

utföras av en enda kvalificerad entreprenör och att, om arbetena delades upp i flera delar, kontinuiteten i arbetena skulle säkerställas. Den klausul som återfinns i meddelandet om upphandling och i kontrakten avseende genomförandet av projektet och av det första delarbetet innebär att detta tekniska råd följs. Tillämpningen av ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling för tilldelningen av de ifrågavarande kontrakten utgör en avtalsförpliktelse.

- 17 Enligt den italienska regeringen har den upphandlande myndigheten avsett att uppfylla de tekniska krav som ställs avseende genomförandet av samtliga arbeten av en och samma entreprenör. Om arbetena utförs på så sätt att olika entreprenörer tilldelas delarbeten, uppstår ofta problem på grund av att arbetena genomförs på olika sätt, vilket medför svårigheter att fastställa vem som bär skadeståndsansvaret för det fall att arbetet förstörs eller försämras.
- 18 Denna första grund skall anses avse artikel 7.3 b i direktivet, eftersom det genom denna bestämmelse är tillåtet att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling avseende arbeten som av tekniska skäl bara kan utföras av en viss entreprenör.
- 19 Bestämmelserna i artikel 7.3 i direktivet, enligt vilka undantag är tillåtna från de regler som avser att säkerställa tillämpligheten av de rättigheter som ges i fördraget inom området för offentliga bygg- och anläggningsarbeten, skall tolkas restriktivt och det är den som åberopar dessa undantagsbestämmelser som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, kommissionen mot Italien, REG 1995, s. I-1249, punkt 23, och av den 28 mars 1996 i mål C-318/94, kommissionen mot Tyskland, REG 1996, s. I-1949, punkt 13).

- 20 Härav följer att de italienska myndigheterna skall bevisa att det av tekniska skäl var nödvändigt att tilldela den entreprenör som innehade det ursprungliga kontraktet de ifrågavarande kontrakten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 24).
- 21 Målsättningen att säkerställa kontinuiteten beträffande arbeten som innefattas i ett komplicerat projekt och som har till syfte att skydda ett område mot översvämningar är av teknisk karaktär, vilket skall tillmätas betydelse. Endast den omständigheten att arbeten påstås vara komplicerade och vanskliga räcker emellertid inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda entreprenör. Detta gäller särskilt när arbetena har delats upp i flera delar och genomförs under ett stort antal år.
- 22 I förevarande fall har den italienska regeringen nöjt sig med att generellt åberopa innehållet i ett utlåtande från myndigheten för bygg- och anläggningsarbeten, utan att ge en utförlig förklaring som visar att det var nödvändigt att anförtro en enda entreprenör arbetet.
- 23 Vad beträffar det argument som den italienska regeringen har anfört att myndigheten var skyldig enligt avtal att tilldela de ifrågavarande kontrakten med hjälp av ett förhandlat förfarande, utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, skall det, även om argumentet skulle vara relevant, konstateras att nämnda regering inte har visat att en sådan avtalsförpliktelse föreligger. Enligt de omständigheter som framkommit i målet var Magistrato per il Po di Parma tvärtom inte tvungen att tilldela de entreprenörer som innehade kontrakten avseende de första delarbetena ytterligare arbeten, utan hade endast möjligheten att göra detta.

- 24 Härav följer att Republiken Italien inte har styrkt den grund som avser artikel 7.3 b i direktivet.
- 25 Den italienska regeringen har för det andra gjort gällande att det i förevarande fall var brådskande att färdigställa arbetena för att undvika en ökning av risken för översvämning på grund av de ofullbordade arbetena.
- 26 Den andra grunden skall anses avse artikel 7.3 c i direktivet, enligt vilken det är tillåtet att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling då synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna, gör det omöjligt att iaktta de fastställda tidsfristerna för de normala förfarandena. I den andra meningen i denna bestämmelse anges att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska, inte i något fall får vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna.
- 27 I förevarande mål tilldelades de ursprungliga kontrakten avseende arbeten för skydd mot översvämningar under 1980-talet. Dessutom var det redan inledningsvis planerat att arbetet skulle genomföras i flera delar allteftersom medel blev tillgängliga.
- 28 Dessa omständigheter innebär att synnerlig brådska inte kan anses föreligga. De är i stället hänförliga till den upphandlande myndighetens organisation av arbetena.

- 29 Härav följer att Republiken Italien inte har styrkt den andra grunden som avser artikel 7.3 c i direktivet.
- 30 Den italienska regeringen har för det tredje åberopat artikel 7.3 e i direktivet, enligt vilken tillämpning av ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling under vissa förutsättningar är tillåten, när det gäller nya arbeten som innebär en upprepning av liknande uppdrag som den upphandlande myndigheten redan har anförtrott det företag som tilldelats det tidigare kontraktet.
- 31 Enligt den sista meningen i denna bestämmelse får detta förfarande bara användas under tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts. Den italienska regeringen har gjort gällande att denna tidsperiod börjar löpa vid färdigställandet av arbetena avseende det ursprungliga kontraktet och inte vid tilldelningen av detta kontrakt.
- 32 I andra hand har den italienska regeringen yrkat att domstolen skall fastställa att denna regering har begått ett ursäktligt misstag på grund av den italienska språkversionen av artikel 7.3 i direktivet.
- 33 Enligt artikel 7.3 e i direktivet är det tillåtet att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling avseende nya arbeten som innebär en upprepning av liknande uppdrag som den upphandlande myndigheten redan har anförtrott det företag som tilldelats det tidigare kontraktet. I den sista meningen i denna bestämmelse anges dock att "detta förfarande ... bara [får] användas under tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts".

- 34 Mot bakgrund av en jämförelse av de olika språkversionerna av denna bestämmelse, skall uttrycket "det ursprungliga kontraktet slöts" förstås på så sätt att det avser tidpunkten när det ursprungliga avtalet ingicks och inte tidpunkten när de arbeten som kontraktet avser färdigställdes.
- 35 I vissa språkversioner är det uppenbart att det är kontraktet och inte de arbeten som är föremål för kontraktet som avses. Detta gäller särskilt den danska "indgaelsen af den oprindelige kontrakt", den engelska "the conclusion of the original contract", den spanska "formalización del contrato inicial" och den portugisiska språkversionen "celebração do contrato inicial".
- 36 Föremålet för den ifrågavarande bestämmelsen och dess placering i direktivet utgör stöd för denna tolkning.
- 37 Den omständigheten att det är fråga om en undantagsbestämmelse som skall tolkas restriktivt talar för en tolkning som innebär att den tidsperiod som undantaget avser förkortas snarare än förlängs. Den tolkning enligt vilken fristen börjar löpa när det ursprungliga kontraktet sluts motsvarar detta syfte bättre än den tolkning enligt vilken den avgörande tidpunkten är när de arbeten som kontraktet avser färdigställs, vilken med nödvändighet infaller senare.
- 38 Vidare skall av rättssäkerhetshänsyn, som gör sig gällande i offentliga upphandlingsförfaranden, den tidpunkt när den ifrågavarande tidsperioden börjar löpa kunna fastställas på ett säkert och objektiva sätt. Tidpunkten när ett kontrakt sluts kan fastställas på ett säkert sätt. Arbetena kan emellertid anses ha färdigställts vid flera olika tidpunkter, vilket kan leda till stor osäkerhet. Dessutom fastställs

tidpunkten när kontraktet sluts definitivt redan inledningsvis medan tidpunkten för färdigställandet av arbetena, oavsett hur denna tidpunkt definieras, avsiktligt eller oavsiktligt kan komma att ändras under genomförandet av kontraktet.

- 39 Härav följer att den tidsperiod på tre år som föreskrivs i den sista meningen i artikel 7.3 e i direktivet i förevarande fall började löpa när de ursprungliga kontrakten slöts år 1982 och år 1988. Eftersom de ifrågavarande kontrakten tilldelades år 1997 var inte det undantag som föreskrivs i nämnda bestämmelse tillämpligt.
- 40 Vad beträffar den italienska regeringens begäran om att domstolen skall fastställa att nämnda regering har begått ett ursäktligt misstag, skall det erinras om att förfarandet rörande fördragsbrott syftar till att fastställa det exakta innehållet i medlemsstaternas skyldigheter i fall där det förekommer olika tolkningar och avser ett objektivet konstaterande av att en medlemsstat inte har iakttagit sina skyldigheter enligt fördraget eller enligt en sekundärrättsakt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 januari 2001 i mål C-83/99, kommissionen mot Spanien, REG 2001, s. I-445, punkt 23). Begreppet ursäktligt misstag kan således inte åberopas av en medlemsstat för att motivera att den har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt ett direktiv.
- 41 Härav följer att Republiken Italien inte har styrkt den tredje grunden som avser artikel 7.3 e i direktivet.
- 42 Mot bakgrund av det ovanstående skall det fastställas att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet, genom att Magistrato per il Po di Parma tilldelat kontrakt avseende färdigställande av ett utjämningsmagasin för skydd mot översvämningar av floden Parma vid Marano (Parma kommun),

installation och färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Enza och reglering av vattennivåer i floden Terdoppio sydväst om Cerano och därvid endast tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, utan att förutsättningar härför förelegat.

Rättegångskostnader

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

På dessa grunder beslutar domstolen (andra avdelningen) följande dom:

- 1) **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, genom att Magistrato per il Po di Parma, ett lokalt organ underordnat det dåvarande italienska ministeriet för bygg- och anläggningsarbeten (nu ministeriet för infrastruktur och transporter), tilldelat kontrakt avseende färdigställande av ett utjämningsmagasin för skydd mot översvämningar av floden Parma vid Marano (Parma kommun), installation och färdigställande av ett utjämningsmagasin för floden Enza och reglering av vattennivåer i floden Terdoppio sydväst om Cerano och**

därvid endast tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, utan att förutsättningar härför förelegat.

2) Republiken Italien skall ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter