

DOMSTOLENS DOM
den 18 maj 1995 *

I mål C-57/94,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Antonio Aresu, vid rätts-tjänsten, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos Georgios Kremlis, vid rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

sökande,

mot

Italienska republiken, företrädd av professor Umberto Leanza, chef för avdelningen för diplomatiska tvister vid Utrikesministeriet, i egenskap av ombud, biträdd av Pier Giorgio Ferri, avvocato dello Stato, med delgivningsadress i Luxemburg hos Italienska ambassaden, 5, rue Marie-Adelaïde,

svarande,

i syfte att fastställa att Italienska republiken har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT nr L 185, s. 5), eftersom provinsförvaltningen i Ascoli Piceno har ingått ett underhandsavtal för de elfte och tolfte tillkommande projekten i syfte att färdigställa motortrafikleden på sträckan "Ascoli-Mare" som betecknas "delprojekt IV — projekt 5134" utan att publicera ett meddelande om anbudsinfordran i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

meddelar

* Rättegångsspråk: italienska.

DOMSTOLEN

sammansatt av G.C. Rodríguez Iglesias, ordförande, F.A. Schockweiler (referent), P.J.G. Kapteyn och P. Jann, avdelningsordförande, G.F. Mancini, C.N. Kakouris, J.C. Moitinho de Almeida, J.L. Murray, J.-P. Puissochet, G. Hirsch samt H. Ragnemalm, domare,

generaladvokat: M.B. Elmer,
justitiesekreterare: L. Hewlett, byrådirektör,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att parterna har avgivit muntliga yttranden vid sammanträdet den 14 februari 1995,

och efter att den 28 mars 1995 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Genom ansökan ingiven till domstolens kansli den 9 februari 1994 väckte Europeiska gemenskapernas kommission med stöd av artikel 169 i EG-fördraget talan i syfte att fastställa att Italienska republiken har underlåtit att uppfylla de skyldigheter som åligger den enligt rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT nr L 185, s. 5, nedan kallat "direktiv 71/305"), eftersom provinsförvaltningen i Ascoli Piceno har ingått ett underhandsavtal för de elfte och tolfte tillkommande projekten i syfte att färdigställa motortrafikleden på

sträckan "Ascoli-Mare" med beteckningen "Delprojekt IV — projekt 5134" utan att publicera ett meddelande om anbudsinfordran i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

- 2 I början av 1970-talet inledde provinsförvaltningen i Ascoli Piceno tilldelningen av olika upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten för att bygga en motortrafikled i syfte att förbinda staden Ascoli Piceno med motorväg A 14 och riksväg 16, vilken följer Adriatiska havets kust. Dessa arbeten var uppdelade i fyra delar.

- 3 Del IV tilldelades företaget Rozzi Costantino. De arbeten som avsåg denna del blev därefter föremål för tolv tillkommande projekt, som medförde en betydande förlängning av den ursprungliga vägsträckningen. De arbeten som förutsågs i dessa projekt tilldelades likaledes företaget Rozzi Costantino. För de arbeten som förutsågs i de elfte och tolfte projekten ingick provinsförvaltningen i Ascoli Piceno den 21 maj 1990 med detta företag ett underhandsavtal som totalt uppgick till ett belopp om 36 250 000 000 LIT.

- 4 Kommissionen uppmanade, då den ansåg att tilldelningen av de arbeten som avsåg dessa båda projekt omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 71/305 och inte av något av de undantag som föreskrivs i artikel 9 och att ett meddelande om anbudsinfordran följaktligen skulle ha publicerats i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* i enlighet med direktivets krav, genom en skrivelse av den 17 januari 1991 i enlighet med artikel 169 i EEG-fördraget den italienska regeringen att inom 30 dagar inkomma med synpunkter på den underlåtenhet som anmärkningen avsåg.

- 5 Då kommissionen inte hade erhållit något svar från den italienska regeringen inom den utsatta tiden, upprepade den i det motiverade yttrande som den 1 augusti 1991 sändes till Italienska republiken sin ståndpunkt och drog däri slutsatsen att "Ita-

lienska republiken underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 71/305/EEG, eftersom provinsförvaltningen i Ascoli Piceno ingått ett underhandsavtal beträffande byggandet av motortrafikleden på sträckan 'Ascoli-Mare' med beteckningen 'Delprojekt IV' utan att publicera ett meddelande om anbudsinfordran i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*". Kommissionen uppmanade Italienska republiken att inom två månader rätta sig efter detta motiverade yttrande.

6 Genom en skrivelse av den 30 december 1991 delgav den italienska regeringen kommissionen en anmälan den 31 oktober samma år, i vilken provinsförvaltningen i Ascoli Piceno gjorde vissa klarlägganden beträffande entreprenaden i fråga och åberopade artikel 5 b i lag nr 584 av den 8 augusti 1977 genom vilken artikel 9 b i direktiv 71/305 införlivats i italiensk rätt, för att rättfärdiga att det omtvistade kontraktet tilldelats företaget Rozzi Costantino.

7 Eftersom kommissionen inte ansåg att detta meddelande utgjorde ett tillfredsställande svar på dess motiverade yttrande väckte den, genom en ansökan som ingavs till domstolens kansli den 6 juli 1992, talan vid domstolen för att domstolen skulle "fastställa att Italienska republiken underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 för samordning av förfarandena för tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, genom att underlåta att ingripa för att omedelbart förhindra rättsverkningar därav som strider mot gemenskapsrätten; ha accepterat att provinsförvaltningen i Ascoli Piceno den 21 maj 1990 ingick ett underhandsavtal för de elfte och tolfte tillkommande projekten i syfte att färdigställa motortrafikleden på sträckan 'Ascoli-Mare' med beteckningen 'Delprojekt IV — projekt 5134', utan att publicera ett meddelande om anbudsinfordran i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*".

8 Eftersom domstolen konstaterade att påståendena i det motiverade yttrandet och i kommissionens ansökan var olika, avvisade den genom dom av den 12 januari

1994, kommissionen mot Italien, (C-296/92, Rec. s. I-1), talan, med motiveringen att föremålet för en talan enligt artikel 169 i EEG-fördraget begränsas av det beredningsförfarande som föreskrivs i denna bestämmelse och att ansökan följaktligen inte kan grunda sig på andra anmärkningar än de som anges i det motiverade yttrandet.

- 9 Det är till följd av denna dom som kommissionen, utan att påbörja ett nytt beredningsförfarande, har väckt denna talan.

Upptagande till prövning

- 10 Den italienska regeringen har ansett att kommissionen, till följd av den ovan nämnda domstolens dom av den 12 januari 1994, borde ha upprepat hela det beredningsförfarande som avses i artikel 169 i fördraget upprepat, eller åtminstone ha kompletterat det motiverade yttrandet av den 1 augusti 1991 med ett tillägg.
- 11 I detta avseende har den italienska regeringen för det första gjort gällande att domstolen varken grundade talans avvisning i mål C-296/92 på felaktigheter i handlingarna i beredningsförfarandet eller på felaktigheter i handlingarna i målet, betraktade var för sig, utan på det nödvändiga funktionella sambandet mellan de förra och de senare.
- 12 Detta påstående kan inte godtas. Det framgår klart av den ovan nämnda domen av den 12 januari 1994 att avvisningen berodde på att kommissionens ansökan, eftersom den yrkade att domstolen skulle fastställa att Italienska republiken hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 71/305 genom att underlåta att ingripa för att förhindra verkningarna därav, hade accepterat att provinsförvalt-

ningen i Ascoli Piceno ingick ett underhandsavtal utan att publicera ett meddelande om anbudsinfordran i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, stödde sig på en annan anmärkning än den som framställdes i dess motiverade yttrande, där kommissionen anklagade Italienska republiken för provinsförvaltningens i Ascoli Piceno beteende som sådant.

- 13 Det bör för övrigt påpekas att de grundläggande sakförhållandena i mål C-296/92 och de i det förevarande målet är exakt likadana. I båda fallen handlar det om att provinsförvaltningen i Ascoli Piceno har upphandlat den omtvistade entreprenaden enligt förfarandet vid underhandsavtal och om underlåtenheten att publicera ett meddelande om anbudsinfordran i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.
- 14 Under dessa förhållanden bör man dra slutsatsen att det för att korrigera de felaktigheter som domstolen konstaterade i den ovan nämnda domen av den 12 januari 1994 skulle vara tillräckligt att kommissionen ingav en ansökan som grundade sig på samma anmärkningar, grunder och argument som det motiverade yttrandet av den 1 augusti 1991.
- 15 Den italienska regeringen har för det andra uppgett att kommissionen, i sitt motiverade yttrande av den 1 augusti 1991, har gjort gällande att man inte kunde berättiga att ett förfarande med underhandsavtal hade använts med att det förelåg sådan synnerlig brådska som avses i artikel 9 d i direktiv 71/305, medan kommissionen i sin ansökan har påstått att användningen av detta förfarande inte kunde grunda sig på "tekniska skäl" i den mening som avses i artikel 9 b i samma direktiv.
- 16 Detta påstående är inte hållbart. Såsom generaladvokaten i punkt 12 i sitt förslag till avgörande anmärker, kan den motsägelse som den italienska regeringen har

påpekat förklaras av att den själv inte svarade på den skrivelse som kommissionen den 17 januari 1991 sände till den och att det var först i regeringens försenade svar på kommissionens motiverade yttrande som den för första gången åberopade artikel 9 b i direktiv 71/305 för att rättfärdiga att den omtvistade entreprenaden hade tilldelats enligt förfarandet vid underhandsavtal.

- 17 Det bör för övrigt anmärkas att då den italienska regeringen inte gjorde någon invändning inom den bestämda tidsfristen, behövde kommissionen bara — såväl under beredningsförfarandet som i ansökan som inledde förfarandet i denna instans — göra gällande att förevarande fall inte motsvarade något av de undantagsfall som i enlighet med artikel 9 i direktiv 71/305 skulle kunna motivera att man använder underhandsavtal utan att i detalj pröva den ena eller andra omständigheten som i brist på tillräckliga upplysningar i synnerhet tycks kunna åberopas.
- 18 På grund av det ovan anförda kan talan upptas till prövning.

Saken

- 19 Parterna är ense om att man i förevarande fall endast genom tillämpning av artikel 9 b i direktiv 71/305 skulle kunna motivera att man använder underhandsavtal för att tilldela den omtvistade entreprenaden. Enligt denna bestämmelse kan de upphandlande myndigheterna tilldela sina bygg- och anläggningsarbeten utan att tillämpa direktivets bestämmelser och däribland de som föreskriver att ett meddelande om anbudsinfordran skall publiceras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, för ”arbeten [som av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av skyddet för ensamrätten], bara kan utföras av en viss entreprenör”.

- 20 Den italienska regeringen har gjort gällande att även om begreppet "tekniska skäl", som förekommer i artikel 9 b i direktiv 71/305, skall tolkas restriktivt, får inte denna tolkning gå så långt att den fråntar denna undantagsbestämmelse all praktisk betydelse. Regeringen har även invänt mot att dessa "tekniska skäl" — som kan rättfärdiga att arbetena tilldelas en viss entreprenör — skulle likställas med att bara en viss entreprenör hade teknisk förmåga att utföra vissa arbeten och den har ansett att de objektiva omständigheter och förhållanden som har inflytande på utförandet av arbetena i en viss bestämd konkret situation kan utgöra sådana skäl.
- 21 Den italienska regeringen har dels hävdats att "tekniska skäl", i den mening begreppet har i artikel 9 b i direktiv 71/305, i förevarande fall motiverade att den omtvistade entreprenaden tilldelades en viss entreprenör, nämligen den som redan hade fått uppdraget att utföra de pågående arbetena. I detta avseende har regeringen påstått att de pågående arbetena på vissa punkter tekniskt sett sammanfaller med dem i det omtvistade kontraktet. Sålunda skulle det vara omöjligt dels att avsluta de arbeten som det tionde tillkommande projektet avsåg innan man färdigställt en viss del av de byggen som är föremål för de elfte och tolfte projekten, dels att öppna två skilda byggarbetsplatser på samma gång, på grund av att platsen är så liten samt att utföra de pågående och de omtvistade arbetena separat, på grund av det nära sambandet mellan grundarbeternas struktur.
- 22 Kommissionen har inte kunnat vitsorda att dessa omständigheter skulle kunna utgöra sådana "tekniska skäl" som avses i artikel 9 b i direktiv 71/305. För detta ändamål har den åberopat ett tekniskt yttrande avgivet av en oberoende sakkunnig, där det i huvudsak framgår att de tre argument som den italienska regeringen har åberopat inte är annat än ett uttryck för samma tekniska nödvändighet — den att arbetena skall ledas, samordnas och kontrolleras — och att, i vilket fall som helst,

en tidsmässig och faktisk samordning mellan de pågående och de omtvistade arbetena måste ha skett trots att alla arbetena hade tilldelats ett och samma företag.

- 23 Det framgår av domstolens dom av den 10 mars 1987, kommissionen mot Italien (199/85, Rec. s. 1039, punkt 14), att artikel 9 i direktiv 71/305 enligt vilken undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten hos de rättigheter som fördraget ger inom området offentliga bygg- och anläggningsarbeten, skall tolkas restriktivt och att det är den som avser att åberopa de särskilda omständigheter som rättfärdigar undantaget verkligen existerar som har bevisbörda för detta.
- 24 Med hänsyn till lydelsen av artikel 9 b i direktiv 71/305 var den italienska regeringen inte endast skyldig att — för att rättfärdiga att ett förfarande med underhandsavtal använts för det omtvistade kontraktet i förevarande fall — visa att det fanns ”tekniska skäl” i denna bestämmelses mening utan även att bevisa att dessa ”tekniska skäl” gjorde det absolut nödvändigt att upphandla den omtvistade entreprenaden av företaget Rozzi Costantino, som hade fått uppdraget att utföra de pågående arbetena.
- 25 Även om man antar att de omständigheter som åberopats av den italienska regeringen skulle kunna utgöra ”tekniska skäl” enligt artikel 9 b i direktiv 71/305 måste man konstatera att denna regering inte har bevisat att dessa omständigheter gjort det oundgängligt att upphandla de omtvistade arbetena från det berörda företaget.
- 26 Den italienska regeringen har visserligen ingett skisser beträffande arbetena i fråga liksom en serie fotografier och har genom att hänvisa till tekniska förklaringar av

chefsingenjören vid provinsförvaltningen i Ascoli Piceno påstått att de pågående arbetena och de i det omtvistade kontraktet tekniskt sett sammanfaller på vissa punkter.

27 Likväl har inte denna regering på ett övertygande sätt, gentemot konstaterandena och slutsatserna i det av kommissionen framlagda tekniska yttrandet — vid behov genom en teknisk motrapport som även den skulle komma från en oberoende sakkunnig — visat att de svårigheter som beror på att arbetena tekniskt sett sammanfaller, inte skulle kunna ha övervunnits om de omtvistade arbetena skulle ha tilldelats ett annat företag än det som redan hade fått uppdraget att utföra de pågående arbetena, så att utförandet av dessa inte kunde tilldelas något annat än det senare.

28 Det följer av det föregående att kommissionens talan skall bifallas.

Rättegångskostnader

29 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall den tappande parten förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Italienska republiken är den tappande parten i detta mål, skall den ersätta rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

- 1) Italienska republiken har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, eftersom provinsförvaltningen i Ascoli Piceno ingick ett underhandsavtal för de elfte och tolfte tillkommande projekten i syfte att färdigställa motortrafikleden på sträckan "Ascoli-Mare" med beteckningen "Delprojekt IV — projekt 5134", utan att publicera ett meddelande om anbudsinfordran i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

- 2) Italienska republiken skall ersätta rättegångskostnaderna.

Rodríguez Iglesias	Schockweiler	Kapteyn	Jann
Mancini	Kakouris	Moitinho de Almeida	Murray
Puissochet	Hirsch		Ragnemalm

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 18 maj 1995.

R. Grass
Justitiesekreterare

G.C. Rodríguez Iglesias
Ordförande