

SINTESI

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

7. oktober 2004 *

I sag C-247/02,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) ved kendelse af 26. juni 2002, indgået til Domstolen den 8. juli 2002, i sagen:

Sintesi SpA

mod

Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici,

procesdeltager:

Ingg. Provera e Carrassi SpA,

* Processprog: italiensk.

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans, og dommerne J.-P. Puissechet, R. Schintgen (refererende dommer), F. Macken og N. Colneric,

generaladvokat: C. Stix-Hackl

justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Múgica Azarmendi,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 19. maj 2004

efter at der er afgivet skriftlige indlæg af:

- Sintesi SpA ved avvocati G. Caia, V. Salvadori og N. Aicardi
- Ingg. Provera e Carrassi SpA ved avvocatessa M. Wongher
- den italienske regering ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato M. Fiorilli
- den græske regering ved S. Spyropoulos og D. Kalogiros samt D. Tsagkaraki, som befuldmægtigede
- den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner, R. Amorosi og A. Aresu, som befuldmægtigede

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 1. juli 2004,

afsagt følgende

Dom

- ¹ Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 30, stk. 1, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54, herefter »direktivet«).
- ² Anmodningen er indgivet i forbindelse med en sag mellem selskabet Sintesi SpA (herefter »Sintesi«) og Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (Tilsynsmyndigheden for Offentlige Bygge- og Anlægsarbejder, herefter »Tilsynsmyndigheden«) vedrørende indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt på grundlag af et begrænset udbud.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Efter ordlyden af direktivets anden betragtning indebærer »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 [...], sammen med ophævelsen af begrænsningerne en samordning af de nationale fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter«.

4 Direktivets artikel 30, stk. 1, bestemmer:

»De kriterier, som den ordregivende myndighed skal benytte ved tildeling af kontrakter, er:

a) enten udelukkende den laveste pris

b) eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, som varierer efter den pågældende kontrakt, f.eks. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi.«

De nationale bestemmelser

- 5 Direktivets artikel 30, stk. 1, er blevet gennemført i italiensk ret ved artikel 21 i lov nr. 109 af 11. februar 1994 (GURI nr. 41 af 19.2.1994, s. 5, herefter »lov nr. 109/1994«), der er rammeloven for offentlige bygge- og anlægsarbejder i Italien.
- 6 Artikel 21, stk. 1 og 2, i lov nr. 109/1994, i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, har følgende ordlyd:

»Kriterier for tildeling af kontrakter — Ordregivende myndigheder«

1. Indgåelse af kontrakter ved offentligt udbud eller begrænset udbud sker på grundlag af kriteriet om den laveste pris, der er lavere end udbuddets grundpris, og fastlægges som følger:

[...]

2. Indgåelse af kontrakter ved udbud med projektkonkurrencer samt tildeling af koncessioner ved begrænset udbud foretages på grundlag af kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud, idet der tages hensyn til følgende elementer, der varierer i forhold til de bygge- og anlægsarbejder, der skal udføres:

[...]«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 7 I februar 1991 overlod byen Brescia (Italien) det ved en koncessionsaftale til Sintesi at opføre og drive et underjordisk parkeringsanlæg.

- 8 Aftalen, der blev indgået mellem byen Brescia og Sintesi i december 1999, bestemte, at koncessionshaveren var forpligtet til at udbyde bygge- og anlægsarbejderne i et begrænset udbud på fællesskabsniveau og i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne om offentlige bygge- og anlægskontrakter.

- 9 Ved bekendtgørelse offentliggjort den 22. april 1999 i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* iværksatte Sintesi et begrænset udbud på grundlag af kriteriet om det økonomiske mest fordelagtige bud, hvilket skulle bedømmes på grundlag af prisen, den tekniske værdi og byggetiden.

- 10 Efter prækvalifikationsfasen fremsendte Sintesi både en skrivelse til de udvalgte virksomheder med opfordring til at afgive bud og udbudsmaterialet. Ingg. Provera e Carrassi SpA (herefter »Provera«), der var en af de virksomheder, der blev opfordret til at afgive bud, anmodede om en forlængelse af fristen for afgivelse af bud, hvilket blev accepteret. Selskabet meddelte imidlertid senere, at det ikke ville deltage i udbuddet, idet det fandtes at være ulovligt.

- 11 Den 29. maj 2000 tildelte Sintesi kontrakten ved at udvælge det økonomiske mest fordelagtige bud.

- 12 Efter en ny klage fra Provera meddelte Tilsynsmyndigheden ved skrivelse af 26. juli 2000 Sintesi, at den fandt, at proceduren i forbindelse med tildelingen af den omhandlede kontrakt var i strid med lov nr. 109/1994. Den 7. december 2000 vedtog Tilsynsmyndigheden beslutning nr. 53/2000, der har følgende ordlyd:

»1) Ifølge den ordning, der gælder efter rammeloven om offentlige bygge- og anlægsarbejder, lov nr. 109/94, kan tildelingen af kontrakten alene ske på grundlag af kriteriet om den laveste pris, da kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud kun kan anvendes ved projektkonkurrencer og koncessionskontrakter om opførelse og drift af offentlige bygge- og anlægsarbejder.

2) Disse regler, som gælder ved tildeling af arbejder på et hvilket som helst beløb og ikke blot dem, for hvilke beløbet ligger under Fællesskabets tærskelværdi, kan ikke anses for at være i strid med artikel 30, stk. 1, i direktiv 93/37/EØF [...]

3) Når loven, i modsætning til det her i sagen foreliggende tilfælde, indeholder hjemmel til at foreskrive, at der ved den konkrete anvendelse af kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud foretages en bedømmelse af den tekniske værdi, er det nødvendigt for at denne vurdering kan foretages, at projektet kan ændres af konkurrenterne.«

- 13 Sintesi har anlagt sag til prøvelse af den nævnte afgørelse ved den forelæggende ret, idet selskabet bl.a. har påberåbt sig et anbringende om, at der er sket tilsidesættelse af direktivets artikel 30, stk. 1.

- 14 Sintesi har gjort gældende, at det følger af denne bestemmelse, at de to kriterier for tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter, dvs. kriteriet om »den laveste pris« og kriteriet om »det økonomisk mest fordelagtige bud«, er ligeværdige. Tilsynsmyndigheden har ved på grundlag af lov nr. 109/1994 at udelukke kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud, i det tilfælde, hvor en offentlig bygge- og anlægskontrakt indgås ved et begrænset udbud, tilsidesat direktivets artikel 30, stk. 1.
- 15 Den forelæggende ret bemærker, at artikel 21, stk. 1, i lov nr. 109/1994 imødekommer et ønske om gennemsigtighed i fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter, men retten er i tvivl om, hvorvidt bestemmelsen kan sikre den frie konkurrence, eftersom det ikke ser ud til, at prisen i sig selv er et forhold, der kan sikre udvælgelse af det bedste bud.
- 16 Den forelæggende ret har også understreget, at den omhandlede parkering er placeret i det historiske centrum af byen Brescia. Derfor er de arbejder, der skal udføres, meget komplekse og kræver vurdering af tekniske forhold, som de bydende skal foretage, for at det er muligt at udvælge den virksomhed, arbejdernes udførelse skal overlades til, idet denne virksomhed er bedst egnet til at udføre arbejderne.
- 17 Det er under disse omstændigheder, at Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende to præjudicielle spørgsmål:

»1) Udgør artikel 30, stk. 1, i [direktivet], hvorefter den ordregivende myndighed har valget mellem enten at anvende den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige bud som kriterium for tildelingen af kontrakten, en korrekt

anvendelse af princippet om fri konkurrence i EF-traktatens artikel 85 (nu artikel 81 EF), hvorefter ethvert bud, der afgives i et udbud inden for det indre marked, skal vurderes således, at en sammenligning af buddene ikke hindres, begrænses eller fordrejes?

- 2) Er artikel 30, stk. 1, i [direktivet] som følge heraf til hinder for, at artikel 21 i lov nr. 109 af 11. februar 1994 udelukker den ordregivende myndighed fra ved offentligt og begrænset udbud af bygge- og anlægsarbejder at vælge kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud, for så vidt som den generelt foreskriver, at kun kriteriet om den laveste pris må anvendes?«

Formaliteten med hensyn til anmodningen om præjudiciel afgørelse

- 18 Den italienske regering har med den begrundelse, at de forelagte spørgsmål er rent teoretiske, rejst tvivl om, hvorvidt anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.
- 19 Kommissionen har rejst det spørgsmål, om direktivets artikel 30 overhovedet finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, for så vidt som udbuddet blev iværksat af en indehaver af en koncessionskontrakt for bygge- og anlægsarbejder.
- 20 Kommissionen har understreget, at det efter ordlyden af direktivets artikel 3, stk. 3 og 4, kun er indehaveren af en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og

anlægsarbejder, der selv er en ordregivende myndighed som omhandlet i direktivets artikel 1, litra b), der er forpligtet til at overholde samtlige direktivets bestemmelser hvad angår arbejde, som skal udføres af tredjemand. Derimod er indehavere af en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, der ikke er en ordregivende myndighed, alene forpligtede til at overholde reglerne om offentliggørelse i artikel 11, stk. 4, 6, 7 og 9-13, samt artikel 16 i det nævnte direktiv.

- 21 I denne forbindelse bemærkes, at ifølge fast praksis er den i artikel 234 EF foreskrevne procedure et instrument i samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter (jf. bl.a. dom af 16.7.1992, sag C-343/90, Lourenço Dias, Sml. I, s. 4673, præmis 14, og af 18.3.2004, sag C-314/01, Siemens og ARGE Telekom, Sml. I, s. 2549, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).
- 22 Inden for rammerne af dette samarbejde er det den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt — som alene har direkte kendskab til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes — der er bedst i stand til på grundlag af de særlige omstændigheder i sagen at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen (jf. bl.a. Lourenço Dias-dommen, præmis 15, og dom af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 18, samt Siemens og ARGE-dommen, præmis 34).
- 23 I den foreliggende sag er det på ingen måde klart, at fortolkningen af direktivets artikel 30 er uden betydning for løsningen af tvisten i hovedsagen, eftersom aftalen mellem byen Brescia og Sintesi, som det fremgår af forelæggelseskendelsen, pålagde selskabet som koncessionshaver at iværksætte et begrænset udbud af de i hovedsagen omhandlede bygge- og anlægsarbejder på fællesskabsniveau og i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne om offentlige bygge- og anlægskontrakter.

- 24 Det følger heraf, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

Om de præjudicielle spørgsmål

- 25 Den forelæggende ret ønsker med sine spørgsmål, der skal behandles samlet, nærmere bestemt oplyst, om direktivets artikel 30, stk. 1, skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en nationale lovgivning, der med henblik på tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter ved afslutningen af et offentligt eller begrænset udbud, pålægger den ordregivende myndighed kun at anvende kriteriet om den laveste pris. Den forelæggende ret ønsker navnlig oplyst, om formålet med den nævnte bestemmelse, der sigter mod at indføre en effektiv konkurrence på området for offentlige kontrakter, nødvendigvis indebærer, at dette spørgsmål skal besvares bekræftende.

Indlæg for Domstolen

- 26 Ifølge Sintesi gennemfører direktivets artikel 30, stk. 1, princippet om fri konkurrence, for så vidt som bestemmelsen overlader det til den ordregivende myndighed frit at vælge mellem den laveste pris og det økonomisk mest fordelagtige bud i relation til kriteriet for tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter. En begrænsning af denne myndigheds skøn til kun at omhandle en almindelig vurdering af de bydendes priser, således som artikel 21, stk. 1, i lov nr. 109/1994 kræver, udgør en hindring for udvælgelsen af det bedst mulige bud og er derfor i strid med artikel 81 EF.

- 27 Provera og den italienske regering har gjort gældende, at den nationale lovgiver med vedtagelsen af lov nr. 109/1994 bl.a. havde det mål at bekæmpe korrupsion på området for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvilket skulle ske ved at ophæve forvaltningens frie skøn i forbindelse med kontrakttildelingen og ved at indføre gennemsigtige fremgangsmåder, der kan sikre den frie konkurrence.
- 28 Det fremgår af selve ordlyden af direktivets artikel 30, stk. 1, at bestemmelsen ikke på nogen måde giver den ordregivende myndighed en ret til at vælge frit mellem et kriterium frem for et andet, og den kræver heller ikke, at der under bestemte særlige omstændigheder sker anvendelse af det ene eller andet kriterium. Bestemmelsen nævner alene de to kriterier for tildeling, der finder anvendelse, uden at præcisere de tilfælde, hvor de skal anvendes.
- 29 Hertil kommer, at den nationale lovgivers valg af den laveste pris i begrænsede og offentlige udbud ikke skader de bydendes rettigheder, eftersom det samme kriterium, der er fastlagt på forhånd, anvendes over for samtlige bydende.
- 30 Den græske og den østrigske regering har tilsluttet sig denne fortolkning.
- 31 Ifølge den østrigske regering gælder det navnlig, at direktivets artikel 30 ikke på nogen måde angiver over for den ordregivende myndighed, hvorledes valget mellem de to ligestillede kriterier skal foretages. Direktivet overlader det således til denne myndighed præcist at afgøre, med hvilket kriterium myndigheden påtænker at opnå det bedste forhold mellem pris og kvalitet under hensyntagen til dens behov. I det direktivet ikke tillægger den ordregivende myndighed en subjektiv ret til at udøve et

sådan valg, er den nævnte bestemmelse imidlertid ikke til hinder for, at den nationale lovgiver selv, under hensyntagen til de omhandlede kontrakters karakter, træffer dette valg direkte ved at godkende enten begge eller kun et af disse kriterier.

- 32 Kommissionen er også af den opfattelse, at direktivet ikke giver det ene eller andet af de to kriterier, der er fastsat i direktivets artikel 30, stk. 1, en fortrinsstilling. Bestemmelsen sigter udelukkende mod at undgå, at den ordregivende myndighed anvender andre kriterier ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter end de to kriterier, den nævner, men pålægger ikke noget valg mellem kriterierne. Med henblik på at undgå, at den nævnte myndighed handler vilkårligt, og for at sikre en sund konkurrence mellem virksomhederne, er det i princippet uden betydning, om kontrakten indgås på grundlag af den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige bud. Endvidere er det nødvendigt, at de nævnte tildelingskriterier angives klart i udbudsbekendtgørelsen og anvendes på en objektiv og ikke diskriminerende måde.
- 33 Valget af det kriterium, der er passende, tilkommer den ordregivende myndighed, der tager stilling fra sag til sag i forbindelse med indgåelsen af en bestemt kontrakt, eller den nationale lovgiver, der kan vedtage en bestemmelse, der enten finder anvendelse på alle offentlige bygge- og anlægskontrakter eller kun på visse typer af kontrakter.
- 34 Kommissionen har bemærket, at artikel 21, stk. 1, i lov nr. 109/1994 i det foreliggende tilfælde kræver anvendelse af kriteriet laveste pris med henblik på at sikre den størst mulige gennemsigtighed i forretningerne vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvilket er i overensstemmelse med direktivets formål, der er at sikre udviklingen af en effektiv konkurrence. En sådan bestemmelse er derfor ikke i strid med direktivets artikel 30, stk. 1.

Domstolens svar

- 35 Det bemærkes, at direktiv 93/37 ifølge sin tiende betragtning har til formål at udvikle en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter (jf. dom af 16.9.1999, sag C-27/98, Fracasso og Leitschutz, Sml. I, s. 5697, præmis 26, af 27.11.2001, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Lombardini og Mantovani, Sml. I, s. 9233, præmis 34, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 89).
- 36 Desuden er dette formål udtrykkeligt nævnt i direktivets artikel 22, stk. 2, andet afsnit, der bestemmer, at når de ordregivende myndigheder indgår en kontrakt ved et begrænset udbud, må antallet af ansøgere i alle tilfælde være tilstrækkeligt til at sikre en reel konkurrence.
- 37 Med henblik på at sikre opfyldelsen af det formål, som består i at udvikle en effektiv konkurrence, søger direktivet at tilrettelægge tildelingen af kontrakter på en sådan måde, at den ordregivende myndighed er i stand til at sammenligne forskellige bud og udvælge de mest fordelagtige på grundlag af objektive kriterier (Fracasso og Leitschutz-dommen, præmis 31).
- 38 Derfor fastsætter artikel 30, stk. 1, de kriterier, den ordregivende myndighed skal benytte ved tildeling af kontrakter, nemlig enten udelukkende den laveste pris eller — når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud — forskellige kriterier, som varierer efter den pågældende kontrakt, såsom pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet og teknisk værdi.

- 39 En national bestemmelse som den, der omhandles i hovedsagen, og som begrænser de ordregivende myndigheders valgfrihed i forbindelse med offentlige eller begrænsede udbud ved at kræve, at den laveste pris anvendes som det eneste kriterium for tildeling, hindrer ikke disse myndigheder i at sammenligne forskellige bud og udvælge det bedste på grundlag af et på forhånd fastsat objektivt kriterium, der netop findes blandt de kriterier, der er opregnet i direktivets artikel 30, stk. 1.
- 40 Det gælder imidlertid, at den nationale lovgivers abstrakte og generelle fastsættelse af et bestemt kriterium for tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter fratager de ordregivende myndigheder muligheden for at tage hensyn til sådanne kontraktens karakter og særpræg hver for sig, idet der for hver enkelt kontrakt vælges det kriterium, der er bedst egnet til at sikre den frie konkurrence og således sikre, at det bedste bud vælges.
- 41 I hovedsagen har den forelæggende ret netop gjort det klart, at det arbejde, der skal udføres, er komplekst på det tekniske plan, hvorfor den ordregivende myndighed med fordel kunne have taget hensyn til denne kompleksitet og valgt de objektive kriterier for tildeling af kontrakten, der er opregnet i direktivets artikel 30, stk. 1, litra b).
- 42 Det fremgår af det ovenfor anførte, at de forelagte spørgsmål skal besvares med, at direktivets artikel 30, stk. 1, skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en national lovgivning, der med henblik på tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter ved afslutningen af et offentligt eller begrænset udbud indeholder et abstrakt og generelt krav om, at den ordregivende myndighed kun anvender kriteriet om den laveste pris.

Sagens omkostninger

- 43 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Anden Afdeling) for ret:

Artikel 30, stk. 1, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en national lovgivning, der med henblik på tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter ved afslutningen af et offentligt eller begrænset udbud indeholder et abstrakt og generelt krav om, at den ordregivende myndighed kun anvender kriteriet om den laveste pris.

Underskrifter.