



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

6. oktober 2016 *

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige bygge- og anlægskontrakter — direktiv 2004/18/EF — artikel 7, litra c) — tærskelværdier for offentlige kontrakter — tærskelværdi ikke opnået — unormalt lave bud — automatisk udelukkelse — den ordregivende myndigheds beføjelse — den ordregivende myndigheds forpligtelser som følge af etableringsfriheden, den frie udveksling af tjenesteydelser og det generelle forbud mod forskelsbehandling — kontrakter, som kan have en klar grænseoverskridende interesse«

I sag C-318/15,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (den regionale forvaltningsdomstol for Piemonte, Italien) ved afgørelse af 29. april 2015, indgået til Domstolen den 26. juni 2015, i sagen:

Tecnoedi Costruzioni Srl

mod

Comune di Fossano,

procesdeltagere:

Ge.Co. Italia SpA,

Niccoli Costruzioni Srl,

Selva Mercurio Srl,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne C. Lycourgos, E. Juhász (refererende dommer), C. Vajda og K. Jürimäe,

generaladvokat: Y. Bot

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

* Processprog: italiensk

efter at der er afgivet indlæg af:

— den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato C. Colelli

— Europa-Kommissionen ved G. Gattinara og A. Tokár, som befuldmægtigede,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 49 TEUF og 56 TEUF om henholdsvis etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser samt de generelle principper om ligebehandling, forbud mod forskelsbehandling og proportionalitet.
- 2 Denne anmodning er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem Tecnoedi Costruzioni Srl og Comune di Fossano (Fossano kommune, Italien) vedrørende lovligheden af sidstnævnte kommunes endelige tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt til Ge.Co. Italia SpA.

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 Anden betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114) fastsætter:

»Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt [EUF-]traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed [...]«
- 4 I overensstemmelse med artikel 7, litra c), i direktiv 2004/18 med overskriften »Tærskelværdier for offentlige kontrakter«, som ændret ved Kommissionens forordning nr. 1251/2011 af 30. november 2011 (EUT 2011, L 319, s. 43), der finder tidsmæssig anvendelse på hovedsagen, finder dette direktiv anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis anslåede værdi eksklusive merværdiafgift (herefter »moms«) svarer til eller overstiger 5 000 000 EUR.

Italiensk ret

- 5 Artikel 122, stk. 9 i lovdekret nr. 163 af 12. april 2006 om vedtagelsen af lov om offentlige kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og indkøb i medfør af direktiv 2004/18 (almindeligt tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.20106) med overskriften »Særlig ordning for offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis værdi er lavere end tærskelværdien«, bestemmer følgende:

»For arbejder med en værdi under eller svarende til 1 mio. EUR kan den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen fastlægge automatisk udelukkelse af bud, der udviser et prisnedslag, som svarer til eller overstiger beløbsgrænsen for unormalt lave bud, opgjort efter artikel 86, i hvilket tilfælde artikel 87, stk. 1 ikke finder anvendelse. Denne mulighed for automatisk udelukkelse må imidlertid ikke benyttes, såfremt der er antaget færre end ti bud, i hvilket tilfælde artikel 86, stk. 3 finder anvendelse.«

- 6 Lovdekretets artikel 86, stk. 3, bestemmer følgende:

»De ordregivende myndigheder kan under alle omstændigheder foretage en vurdering af tilstrækkeligheden af ethvert bud, der på grundlag af specifikke omstændigheder forekommer unormalt lavt.«

- 7 Lovdekretets artikel 87, stk. 1, bestemmer:

»Hvis et bud forekommer unormalt lavt, skal den ordregivende myndighed anmode tilbudsgiveren om dokumentation vedrørende de priselementer, som tilsammen udgør den samlede kontraktværdi, og ved tildeling på grundlag af kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud vedrørende de øvrige elementer i forbindelse med vurderingen af budet i overensstemmelse med artikel 88. Der kan kun træffes afgørelse om udelukkelse efter denne yderligere efterprøvelse efter en kontradiktorisk procedure.«

- 8 Beløbsgrænsen for unormalt lave bud, hvortil der henvises i artikel 122, stk. 9, i lovdekret nr. 163/2006, som giver de ordregivende myndigheder mulighed for at udelukke visse bud, der betragtes som unormalt lave, fastlægges i overensstemmelse med en i lovdekretets artikel 86, stk. 3 indeholdt matematisk beregning.

- 9 Lovdekretets artikel 253, stk. 20a, bestemmer:

»De ordregivende myndigheder kan indtil den 31. december 2015 benytte bestemmelserne i artikel 122, stk. 9, og artikel 124, stk. 8, på kontrakter med en lavere værdi end de i artikel 28 fastsatte tærskelværdier [de i artikel 7 i direktiv 2004/18 fastsatte tærskelværdier for anvendelsen direktivet].«

Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

- 10 Ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort den 26. juni 2013 indledte Comune di Fossano (provinsen Cuneo, Italien) et offentligt udbud med henblik på tildeling af en bygge- og anlægskontrakt om energieffektivisering og udvidelse af børnehaven »Gianni Rodari« med en samlet kontraktværdi på 1 158 899,97 EUR. Kriteriet for tildeling af denne kontrakt var den laveste pris. Udbudsbetingelserne for den nævnte kontrakt bestemte, at »unormalt lave bud identificeres automatisk« i henhold til artikel 122, stk. 9, i lovdekret nr. 163/2006, hvis der er modtaget ti eller flere gyldige bud.
- 11 Udbudskomiteén modtog 101 bud og godkendte 86 af disse. Ved det første offentlige møde den 24. juli 2013 udelukkede denne udbudskomiteé automatisk de bud, der udviste et procentvist prisnedslag, som oversteg beløbsgrænsen for unormalt lave bud beregnet i medfør af artikel 86, stk. 1, i lovdekret nr. 163/2006.

- 12 Tecnoedi Costruzioni srl blev foreløbigt tildelt kontrakten med et prisnedslag på 25,397%. Efterfølgende ved det andet offentlige møde den 30. juli 2013 vurderede udbudskomiteén af egen drift buddene fra to tilbudsgivere, som fejlagtigt var blevet udelukket, nemlig de midlertidige virksomhedssammenslutninger Niccoli Costruzioni srl og Selva Mercurio srl. Udbudskomiteén besluttede, at disse bud skulle antages. Endvidere tildelte udbudskomiteén foreløbigt Ge.Co. Italia kontrakten. Ved afgørelse af 5. september 2013 blev kontrakten af udbudskomiteén endeligt tildelt dette sidstnævnte selskab, som havde fremsat et bud med et prisnedslag på 25,427%.
- 13 Med sit søgsmål har Tecnoedi Costruzioni nedlagt påstand om annullation af afgørelsen af 5. september 2013 angående den endelige tildeling af kontrakten til Ge.Co. Italia og annullation af referatet af det offentlige møde den 30. juli 2013, hvorved de midlertidige virksomhedssammenslutninger Selva Mercurio og Niccoli Costruzioni atter blev optaget i udbudsproceduren og Ge.Co. Italia foreløbigt tildelt kontrakten. Subsidiært har sagsøgeren i hovedsagen nedlagt påstand om annullation af udbudsbetingelserne som følge af en tilsidesættelse af artikel 122, stk. 9, i lovdekret nr. 163/2006, idet automatisk udelukkelse af unormalt lave bud ifølge denne artikel ikke er tilladt med hensyn til arbejder med en værdi på mere end 1 mio. EUR.
- 14 Henset til dette sidstnævnte anbringende, som Tecnoedi Costruzioni har fremsat, er det den forelæggende rets opfattelse, at Domstolen skal forelægges et præjudicielt spørgsmål. Under henvisning til dom af 15.5.2008, SECAP og Santorso (C-147/06 og C-148/06, EU:C:2008:277), har den forelæggende ret anført, at den nationale ordning overlader det til de ordregivende myndigheder at råde over en uindskrænket skønsmargen, og at de i udbudsbekendtgørelsen kan fastlægge reglen om automatisk udelukkelse af unormalt lave bud, selv om kontraktværdien næsten når den i henhold til de EU-retlige bestemmelser fastsatte tærskelværdi, og endvidere selv om antallet af antagne bud er ringe, nemlig ti eller flere, uden at tage højde for alle konkrete elementer, hvoraf man kan udlede, om der foreligger en klar grænseoverskridende interesse.
- 15 Denne nationale ordning pålægger ikke de ordregivende myndigheder konkret at vurdere, om en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse, henset til dennes individuelle egenskaber. I overensstemmelse med Domstolens praksis kan en kontrakts klare grænseoverskridende interesse bl.a. følge af kontraktens økonomiske betydning, de pågældende arbejders tekniske karakter samt stedet for deres opfyldelse.
- 16 Den forelæggende ret har anført, at til trods for den omstændighed, at den i hovedsagen omhandlede bygge- og anlægskontrakt vedrører en anslået værdi på 1 158 899,97 EUR, kan det ikke udelukkes, at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, henset til, at Fossano ligger mindre end 200 km fra den fransk-italienske grænse, og at flere af de antagne bud er indgivet af italienske virksomheder med sæde i ikke-tilgrænsende regioner, eksempelvis Lazio med en afstand på ca. 600 km eller Campania med en afstand på ca. 800 km fra Fossano. Ifølge Domstolens praksis kræves det endvidere ikke, for at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, at en erhvervsdrivende rent faktisk har manifesteret sin interesse (dom af 14.11.2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).
- 17 Den forelæggende ret har tilføjet, at i henhold til artikel 253, stk. 20a, i lovdekret nr. 163/2006 er automatisk udelukkelse af unormalt lave bud også tilladt med hensyn til kontrakter, hvis værdi er en anelse lavere end den i henhold til de EU-retlige bestemmelser fastsatte tærskelværdi, uden en plausibel begrundelse for behovet for en så langvarig overgangsordning.

- 18 Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (den regionale forvaltningsdomstol for Piemonte, Italien) har, henset til disse betragtninger, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 49 TEUF og 56 TEUF, princippet om den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser, ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling samt proportionalitetsprincippet fortolkes således, at de er til hinder for en ordning – såsom den i Italien gældende ved artikel 122, stk. 9, og artikel 253, stk. 20a, i lovdekret nr. 163/2006 – [som foreskriver] automatisk udelukkelse af unormalt lave bud i procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter om arbejder under [den i artikel 7, litra c), i direktiv 2004/18 fastsatte beløbsgrænse[...]], der har en grænseoverskridende interesse?»

Det præjudicielle spørgsmål

- 19 Det følger af Domstolens faste praksis, at kontrakter, som, henset til deres værdi, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiverne om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter, ikke desto mindre er underlagt EUF-traktatens grundlæggende regler og generelle principper, herunder ligebehandlingsprincippet og forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet samt det gennemsigtighedskrav, som følger heraf, for så vidt som disse kontrakter frembyder en klar grænseoverskridende interesse (jf. i denne retning dom af 15.5.2008, SECAP og Santorso, C-147/06 og C-148/06, EU:C:2008:277, præmis 20 og 21, af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl., C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 45 og 46, af 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 32, og af 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, præmis 16).
- 20 Hvad angår de objektive kriterier, der kan indikere, at der foreligger en grænseoverskridende interesse, har Domstolen allerede fastslået, at sådanne kriterier bl.a. vil kunne bestå i størrelsen af det beløb, som kræves for den pågældende kontrakt, i kombination med stedet for arbejdernes udførelse og kontraktens tekniske egenskaber samt de pågældende varers særlige egenskaber. Der kan i denne sammenhæng også tages hensyn til, om der er blevet indgivet klager af operatører i andre medlemsstater, forudsat at disse er reelle og ikke fiktive (jf. i denne retning dom af 15.5.2008, SECAP og Santorso, C-147/06 og C-148/06, EU:C:2008:277, præmis 31, og af 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).
- 21 Med hensyn til den i hovedsagen omhandlede kontrakt synes den forelæggende ret at antage, at en klar grænseoverskridende interesse ikke kan udelukkes, idet det i denne henseende er et indicium, at Fossano ligger mindre end 200 km fra den fransk-italienske grænse, og at flere af de tilbudsgivere, som deltog i proceduren, er italienske virksomheder med sæde i regioner med en afstand på 600 km eller 800 km fra stedet for arbejdernes udførelse.
- 22 Det skal i denne forbindelse fremhæves, at en klar grænseoverskridende interesse ikke hypotetisk kan udledes af visse oplysninger, som rent abstrakt betragtet kunne udgøre holdepunkter til støtte herfor, men positivt skal fremgå af en konkret vurdering af den pågældende kontrakts omstændigheder. Den forelæggende ret kan nærmere bestemt ikke nøjes med at fremlægge oplysninger for Domstolen, som giver grundlag for ikke at udelukke en klar grænseoverskridende interesse, men skal tværtimod afgive de oplysninger, der kan godtgøre den grænseoverskridende interesses eksistens.
- 23 Det skal bemærkes, at den forelæggende ret i anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke har fremlagt nogen elementer, der gør det muligt for Domstolen at råde over oplysninger af denne karakter.
- 24 Der er i denne forbindelse ikke belæg for at antage, at en bygge- og anlægskontrakt som den i hovedsagen omhandlede, der vedrører et beløb, som end ikke udgør en fjerdedel af den i henhold til de EU-retlige bestemmelser fastsatte tærskelværdi, og hvis udførelsessted ligger 200 km fra grænsen til en

anden medlemsstat, kan have en klar grænseoverskridende interesse alene med den begrundelse, at der blev indgivet bud af virksomheder med hjemsted i den berørte medlemsstat og beliggende i betydelig afstand fra udførelsesstedet for de pågældende arbejder.

- 25 Dette element er således klart utilstrækkeligt, når henses til omstændighederne i hovedsagen, og kan under alle omstændigheder ikke være det eneste, som skal tages i betragtning i det omfang, hvor eventuelle tilbudsgivere fra andre medlemsstater risikerer at stå over for begrænsninger og yderligere byrder, bl.a. vedrørende forpligtelsen til at tilpasse sig den fuldbyrdende medlemsstats administrative og retlige rammer samt sprogkrav.
- 26 Under disse omstændigheder er Domstolen ikke i stand til at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar på dens spørgsmål med henblik på løsningen af den tvist, som er indbragt for den, hvilket er formålet med samarbejdet i henhold til artikel 267 TEUF.
- 27 Heraf følger, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke kan antages til realitetsbehandling.

Sagens omkostninger

- 28 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 parter udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

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

Den anmodning om præjudiciel afgørelse, som er indgivet af Tribunale amministrativo regionale per Piemonte (den regionale forvaltningsdomstol for Piemonte, Italien) ved afgørelse af 29. april 2015, skal afvises.

Underskrifter