



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 6 oktober 2016*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling av byggentreprenader — Direktiv 2004/18/EG — Artikel 7 c — Tröskelvärden vid offentlig upphandling — Tröskelvärde ej uppnått — Onormalt låga anbud — Automatisk uteslutning — Den upphandlande myndighetens möjlighet att automatiskt utesluta anbudsgivare — Den upphandlande myndighetens skyldigheter till följd av etableringsfriheten, friheten att tillhandahålla tjänster och icke-diskrimineringsprincipen — Kontrakt som företer ett bestämt gränsöverskridande intresse”

I mål C-318/15,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Regionala förvaltningsdomstolen i Piemonte, Italien) genom beslut av den 29 april 2015, som inkom till domstolen den 26 juni 2015, i målet

Tecnoedi Costruzioni Srl

mot

Comune di Fossano,

ytterligare deltagare i rättegången:

Ge.Co. Italia SpA,

Niccoli Costruzioni Srl,

Selva Mercurio Srl,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden T. von Danwitz samt domarna C. Lycourgos, E. Juhász (referent), C. Vajda och K. Jürimäe,

generaladvokat: Y. Bot,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

* Rättegångsspråk: italienska.

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Colelli, avvocato dello Stato,
- Europeiska kommissionen, genom G. Gattinara och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF. Dessa artiklar behandlar etableringsfriheten respektive friheten att tillhandahålla tjänster. Begäran avser även tolkningen av likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Tecnoedi Costruzioni Srl och Comune di Fossano (Fossano kommun, Italien), om huruvida denna kommuns beslut att slutligt tilldela Ge.Co. Italia SpA ett offentligt byggtreprenadkontrakt var rättsenligt.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Skäl 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114) har följande lydelse:

”Tilldelning av kontrakt som ingår i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i [EUF]-fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen ...”.

- 4 Artikel 7 c i direktiv 2004/18, i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1251/2011 av den 30 november 2011 (EUT L 319, 2011, s. 43), vilken tidsmässigt (*ratione temporis*) är tillämplig på omständigheterna i det nationella målet, har rubriken ”Tröskelvärden för offentliga kontrakt”. I nämnda artikel anges att direktivet i fråga ska tillämpas på offentliga byggtreprenadkontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst 5 000 000 euro.

Italiensk rätt

- 5 I lagstiftningsdekret nr 163/2006, av den 12 april 2006, om stiftande av en lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, tjänster och varor i enlighet med direktiv 2004/18 (ordinarie tillägg till GURI nr 100, av den 2 maj 2006), föreskrivs i artikel 122.9, vilken artikel har rubriken ”Särskild ordning för offentliga byggtreprenadkontrakt vars värde understiger tröskelvärdet”, följande:

”I upphandlingsförfaranden för tilldelning av byggtreprenadkontrakt upp till ett värde av en miljon euro, får de upphandlande myndigheterna, när kontraktet ska tilldelas på grundval av det lägsta priset, i meddelandet om upphandling föreskriva att de anbud med en rabatt som, i procent räknat, är lika stor eller större än det tröskelvärde för orimliga anbud som fastställs i enlighet med artikel 86, automatiskt ska uteslutas. I ett sådant fall ska artikel 87.1 inte tillämpas. Denna möjlighet får emellertid inte utnyttjas då antalet godkända anbud är mindre än tio, i vilket fall artikel 86.3 är tillämplig”.

- 6 Artikel 86.3 i nämnda lagstiftningsdekret har följande lydelse:

”Den upphandlande myndigheten kan i samtliga fall utvärdera huruvida ett anbud, mot bakgrund av särskilda omständigheter, förefaller onormalt lågt.”

- 7 I artikel 87.1 i lagstiftningsdekretet föreskrivs följande:

”När ett anbud förefaller onormalt lågt ska den upphandlande myndigheten av anbudsgivaren begära förklaringar till hur det totala priset är sammansatt, och om kontraktet ska tilldelas på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, avseende andra omständigheter som ska beaktas vid utvärderingen av anbudet i enlighet med artikel 88. Uteslutning får endast ske efter denna ytterligare kontroll och efter det att anbudsgivaren getts tillfälle att yttra sig.”

- 8 Det tröskelvärde för orimliga anbud som anges i artikel 122.9 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, som innebär att en upphandlande myndighet kan utesluta vissa anbud som anses vara onormalt låga, fastställs enligt en matematisk beräkning som anges i artikel 86.1 i lagstiftningsdekretet.

- 9 I artikel 253.20 bis i samma lagstiftningsdekret föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna kan till och med den 31 december 2015 använda sig av förfarandet för automatisk uteslutning enligt de villkor som är fastställda i artikel 122.9 och i artikel 124.8 för kontrakt vars värde understiger de tröskelvärden som anges i artikel 28 [de tröskelvärden som fastställs i artikel 7 i direktiv 2004/18 för tillämpning av direktivet]”.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 10 Genom meddelande om upphandling av den 26 juni 2013, inledde Fossano kommun (provinsen Cuneo, Italien) ett öppet upphandlingsförfarande avseende en byggtreprenad för utbyggnad och energirenovering av förskolan Gianni Rodari, för ett totalt belopp av 1 158 899,97 euro. Tilldelningskriteriet utgjordes av lägsta pris. I förfrågningsunderlaget angavs att ”orimliga anbud identifieras automatiskt” i enlighet med artikel 122.9 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 när antalet giltiga anbud är lika med eller högre än tio.
- 11 Upphandlingskommittén fick ta emot 101 anbud och tillät att 86 av dessa deltog i upphandlingen. Vid det första offentliga sammanträdet den 24 juli 2013 uteslöt kommittén med automatik de anbud som innehöll en rabatt som var större än tröskelvärdet för orimliga anbud, beräknat enligt artikel 86.1 i lagstiftningsdekret nr 163/2006.

- 12 Tecnoedi Costruzioni srl tilldelades kontraktet preliminärt, med en rabatt på 25,397 procent. Vid det andra offentliga sammanträdet den 30 juli 2013 gjorde upphandlingskommittén en ny granskning ex officio av anbuderna från två anbudsgivare som felaktigt hade uteslutits, närmare bestämt de tillfälliga företagssammanslutningarna Niccoli Costruzioni srl och Selva Mercurio srl. Upphandlingskommittén godkände att dessa skulle få delta i upphandlingsförfarandet. Upphandlingskommittén tilldelade vidare GE.Co Italia SpA kontraktet preliminärt. Den 5 september 2013 tilldelades detta bolag slutligt kontraktet. Ge.Co. Italia SpA hade ingett ett anbud med en rabatt på 25,427 procent.
- 13 Tecnoedi Costruzioni srl har genom sin talan yrkat att beslutet av den 5 september 2013 om att slutligt tilldela Ge.Co. Italia kontraktet och protokollet från det offentliga sammanträdet den 30 juli 2013 om att på nytt låta de tillfälliga företagssammanslutningarna Niccoli Costruzioni srl och Selva Mercurio srl. delta i anbudsförfarandet och att preliminärt tilldela Ge.Co. Italia kontraktet, ska ogiltigförklaras. Klaganden i det nationella målet har i andra hand yrkat att förfrågningsunderlaget ska ogiltigförklaras då det åsidosätter artikel 122.9 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, eftersom det i denna artikel anges att automatisk uteslutning av onormalt låga anbud inte är tillåten vid upphandlingar som överstiger en miljon euro, vilket är fallet med den i det nationella målet aktuella upphandlingen.
- 14 Med hänsyn till den sista grunden som åberopats av Tecnoedi Costruzioni anser den hänskjutande domstolen att det är nödvändigt att begära förhandsavgörande från domstolen. Den hänskjutande domstolen har mot bakgrund av dom av den 15 maj 2008, SECAP och Santorso (C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277), angett att de upphandlande myndigheterna enligt den nationella lagstiftningen har ett obegränsat utrymme att, efter eget skön, i meddelandet om upphandling föreskriva att onormalt låga anbud automatiskt ska uteslutas. Detta utrymme innefattar ett belopp som ligger nära det tröskelvärde som föreskrivs i unionsrätten, och vid ett litet antal godkända anbud, det vill säga minst tio, är det inte heller nödvändigt att beakta sådana omständigheter som skulle kunna visa att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse.
- 15 De upphandlande myndigheterna är enligt den aktuella nationella lagstiftningen inte skyldiga att göra en konkret bedömning av huruvida det för ett visst kontrakt, mot bakgrund av dess särdrag, föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse. Enligt domstolens praxis kan det föreligga ett bestämt gränsöverskridande intresse, inte bara på grund av det aktuella kontraktets ekonomiska värde, utan även på grund av den berörda entreprenadens tekniska egenskaper liksom platsen för dess genomförande.
- 16 Enligt den hänskjutande domstolen kan det, trots att den aktuella entreprenaden beräknas uppgå till 1 158 899,97 euro, inte uteslutas att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse för kontraktet i fråga, eftersom Fossano ligger mindre än 200 kilometer från den fransk-italienska gränsen och att det bland de konkurrenter som godkänts i anbudsförfarandet återfinns flera italienska företag från icke-angränsande regioner, såsom Lazio, 600 kilometer, eller Kampanien, som ligger omkring 800 kilometer från Fossano. Det krävs vidare inte, enligt domstolens praxis, att en ekonomisk aktör har tillkännagett sitt intresse i det enskilda fallet för att det ska anses föreligga ett bestämt gränsöverskridande intresse (dom av den 14 november 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punkt 31 och där angiven rättspraxis).
- 17 Den hänskjutande domstolen har även angett att enligt artikel 253.20 bis i lagstiftningsdekret nr 163/2006 kan onormalt låga anbud uteslutas automatiskt även vad gäller upphandlingar vars värde endast ligger lite under det unionsrättsliga tröskelvärdet, utan att det föreligger någon rimlig motivering för varför en så tidsmässigt utdragen övergångslagstiftning skulle vara nödvändig.

- 18 Mot denna bakgrund beslutade Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Regionala förvaltningsdomstolen i Piemonte, Italien) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF och principerna om etableringsfrihet, frihet att tillhandahålla tjänster, likabehandling, icke-diskriminering samt proportionalitetsprincipen tolkas så, att de utgör hinder för nationella bestämmelser – såsom de nu i Italien gällande och som stadgas i artiklarna 122.9 och 253.20-bis i lagstiftningsdekret nr 163/2006 – [i vilka det föreskrivs] automatisk uteslutning av onormalt låga anbud från upphandlingsförfaranden avseende tilldelning av byggtreprenadkontrakt vars värde understiger tröskelvärdet [som föreskrivs i artikel 7 c i direktiv 2004/18] och som är av gränsöverskridande intresse?”

Prövning av tolkningsfrågan

- 19 Vid tilldelning av kontrakt som till följd av sitt värde inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling ska enligt domstolens fasta praxis de grundläggande reglerna och principerna i EUF-fördraget, särskilt likabehandlingsprincipen och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, ändå tillämpas i den mån upphandlingen är av ett bestämt gränsöverskridande intresse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 maj 2008, SECAP och Santorso, C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277, punkterna 20 och 21; dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl., C-113/13, EU:C:2014:2440, punkterna 45 och 46; dom av den 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 32, samt dom av den 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 16).
- 20 Vad angår de objektiva kriterier som kan indikera att det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse har domstolen redan slagit fast att sådana kriterier kan vara bland annat det betydande värdet av det aktuella kontraktet i kombination med den plats som tjänsten ska utföras på eller kontraktets tekniska aspekter och särskilda egenskaper hos de aktuella produkterna. Vid en allmän bedömning av huruvida det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse kan det även beaktas om det finns klagomål som ingetts av aktörer i andra medlemsstater, under förutsättning att det är säkerställt att dessa inte är fiktiva (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 maj 2008, SECAP och Santorso, C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277, punkt 31, samt dom av den 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 20 och där angiven rättspraxis).
- 21 Den hänskjutande domstolen förefaller, vad gäller det aktuella kontraktet, vara av uppfattningen att det inte kan uteslutas att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse. En omständighet som stöder denna slutsats är att Fossano ligger mindre än 200 kilometer från den fransk-italienska gränsen och att bland de anbudsgivare som utvalts för att delta i förfarandet finns flera italienska företag från regioner 600 kilometer och till och med 800 kilometer från den plats där entreprenaden ska utföras.
- 22 Det ska betonas att det inte är möjligt att dra slutsatsen att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse genom en hypotetisk bedömning utifrån vissa omständigheter, vilka abstrakt betraktade skulle kunna utgöra indicier för ett sådant gränsöverskridande intresse. Ett bestämt gränsöverskridande intresse ska istället klart framgå av en konkret bedömning av omständigheterna kring det aktuella kontraktet. Den hänskjutande domstolen kan i synnerhet inte nöja sig med att till EU-domstolen ange omständigheter som innebär att det inte kan uteslutas att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse utan måste istället lämna uppgifter som visar att ett sådant intresse föreligger.
- 23 Den hänskjutande domstolen har i begäran om förhandsavgörande inte angett några omständigheter som gör det möjligt för domstolen att få tillgång till sådana uppgifter.

- 24 Det kan inte anses att en byggtreprenadupphandling, såsom den i det nationella målet, som avser ett värde som inte ens uppgår till en fjärdedel av det unionsrättsliga tröskelvärdet och som ska utföras 200 kilometer från gränsen till en annan medlemsstat uppvisar ett bestämt gränsöverträdande intresse enbart av det skälet att ett visst antal anbud har lämnats av företag i berörd medlemsstat och som finns på ett betydande avstånd från den plats där entreprenaden ska utföras.
- 25 Detta förhållande är nämligen, mot bakgrund av omständigheterna i det nationella målet, klart otillräckligt och kan under alla omständigheter inte vara den enda omständighet som ska beaktas, eftersom de potentiella anbudsgivarna från andra medlemsstater kan förväntas stå inför ytterligare krav och kostnader för att bland annat uppfylla skyldigheten att anpassa sig till de rättsliga och administrativa regler som gäller i den medlemsstat där arbetet ska utföras samt för att tillgodose språkliga krav.
- 26 Domstolen kan mot denna bakgrund inte lämna ett användbart svar på den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt för att lösa den tvist som är anhängiggjord vid nämnda domstol, vilket utgör syftet med det samarbete som inrättats genom artikel 267 FEUF.
- 27 Av detta följer att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning.

Rättegångskostnader

- 28 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

Begäran om förhandsavgörande framställd av Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Regionala förvaltningsdomstolen i Piemonte) genom beslut av den 29 april 2015 avvisas.

Underskrifter