

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)
den 19 maj 2009*

I mål C-538/07,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italien) genom beslut av den 14 november 2007, som inkom till domstolen den 3 december 2007, i målet

Assitur Srl

mot

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,

ytterligare deltagare i rättegången:

SDA Express Courier SpA,

* Rättegångsspråk: italienska.

Poste Italiane SpA,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent), G. Arestis och J. Malenovský,

generaladvokat: J. Mazák,
justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 4 december 2008,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Assitur Srl, genom S. Quadrio, avvocato,
- Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, genom M. Bassani, avvocato,
- SDA Express Courier SpA, genom A. Vallefuooco och V. Vallefuooco, avvocati,

- Poste Italiane SpA, genom A. Fratini, avvocatessa,
- Italiens regering, genom I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av G. Fiengo, avvocato dello Stato,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom D. Kukovec och D. Recchia, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 10 februari 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- ¹ Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 29 första stycket i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) och allmänna gemenskapsrättsliga principer inom området offentlig upphandling.
- ² Begäran har framställts i ett mål mellan Assitur Srl (nedan kallat Assitur) och Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (handels-, industri-, hantverks- och lantbrukskammaren i Milano). Målet rör frågan huruvida det är förenligt med ovannämnda bestämmelser och principer att det enligt nationell lagstiftning finns ett förbud för bolag att individuellt och som konkurrenter delta

i samma förfarande för offentlig upphandling, om det föreligger ett kontrollförhållande mellan dem eller om något av bolagen utövar ett betydande inflytande över de andra.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

- ³ Artikel 29 i direktiv 92/50, vilken återfinns i kapitel 2 med rubriken "Kriterier för kvalitativt urval", har följande lydelse:

"En tjänsteleverantör kan uteslutas från deltagande i ett kontraktsförfarande, om han:

- a) är i konkurs eller likvidation, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått i ackordsuppgörelse med borgenärer, har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av något liknande förfarande enligt lagar och andra författningar,
- b) är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller för något annat liknande förfarande enligt lagar och andra författningar,

- c) har fällts för brott mot yrkesetiken enligt lagakraftvunnen dom,
- d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,
- e) inte har fullgjort sina skyldigheter att erlagga socialförsäkringsavgifter enligt lagstiftningen i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,
- f) inte har fullgjort sin skyldighet att erlagga skatter enligt lagstiftningen [...] i det land där den upphandlande myndigheten finns,
- g) i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter i den information som krävs enligt detta kapitel, eller underlåtit att lämna sådana uppgifter.”

⁴ I artikel 3.4 andra och tredje styckena i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader

(EGT L 199, s. 54), definieras begreppen "anknutna företag" och "bestämmande inflytande" som ett företag utövar i förhållande till ett annat. I bestämmelsen anges, vad gäller koncessionsavtal om byggentreprenader, följande:

"Företag som har gått samman för att få en koncession eller anknutna företag ska inte anses som tredje man.

Med *anknutna företag* avses varje företag, över vilket koncessionshavaren, direkt eller indirekt, kan utöva ett bestämmande inflytande, varje företag som kan utöva ett sådant inflytande över koncessionshavaren, eller varje företag som tillsammans med koncessionshavaren står under sådant inflytande av något annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under. Ett bestämmande inflytande från ett företag ska antas föreligga om företaget, direkt eller indirekt, i förhållande till ett annat företag

— innehar merparten av företagets tillskjutna kapital, eller

— kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieägande eller motsvarande, eller

- kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets administrativa, styrande eller övervakande organ.”

Den nationella lagstiftningen

5 Direktiv 92/50 har införlivats med italiensk rätt genom lagdekret nr 157 av den 17 mars 1995 (ordinarie tillägg till GURI nr 104 av den 6 maj 1995). Enligt detta lagdekret är det inte förbjudet för företag att delta i samma förfarande för offentlig upphandling av tjänster om det föreligger ett kontrollförhållande mellan dem eller om det rör sig om anknutna företag.

6 I artikel 10.1 *bis* i lag nr 109 av den 11 februari 1994, ramlag om offentlig upphandling av byggtreprenader (GURI nr 41 av den 19 februari 1994) (nedan kallad lag nr 109/1994), föreskrivs följande:

”Företag får inte delta i samma upphandlingsförfarande om det mellan dem föreligger ett sådant kontrollförhållande som anges i artikel 2359 i civillagen.”

7 I artikel 2359 i den italienska civillagen, som återfinns under rubriken ”Kontrollerade och anknutna bolag”, föreskrivs följande:

”Med kontrollerade bolag avses

- 1) bolag i vilka ett annat bolag förfogar över majoriteten av rösterna vid ordinarie bolagsstämma,
- 2) bolag i vilka ett annat bolag förfogar över tillräckligt många röster för att kunna utöva ett bestämmande inflytande vid ordinarie bolagsstämma,
- 3) bolag i vilka ett annat bolag har ett bestämmande inflytande på grund av särskilda avtalsrättsliga band mellan bolagen.

Vid tillämpning av punkterna 1 och 2 i första stycket ska hänsyn tas även till röster som innehas av kontrollerade bolag, av förvaltningsbolag och av mellanhänder. Röster som innehas för tredje mans räkning ska dock inte beaktas.

Med anknutna bolag avses bolag i vilka ett annat bolag utövar ett betydande inflytande. Ett sådant inflytande ska presumeras föreligga när ett bolag vid ordinarie bolagsstämma har minst en femtedel av rösterna, eller minst en tiondel av rösterna för det fall de aktier som bolaget innehar är noterade på reglerade marknader.”

⁸ Förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor regleras för närvarande samtliga i lagdekret nr 163 av den 12 april 2006 (ordinarie tillägg

till GURI nr 100 av den 2 maj 2006) (nedan kallat lagdekret nr 163/2006). I artikel 34 sista punkten i detta lagdekret föreskrivs följande:

”Anbudssökande mellan vilka det föreligger ett sådant kontrollförhållande som avses i artikel 2359 i civillagen får inte delta i samma anbudsförfarande. De upphandlande myndigheterna ska dessutom från anbudsförfarandet utesluta anbudsgivare vars anbud på grundval av entydiga uppgifter konstateras kunna hänföras till en och samma beslutande enhet.”

Bakgrunden till tvisten och tolkningsfrågan

- 9 Genom en anbudsinfordran av den 30 september 2003 inledde Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano ett öppet anbudsförfarande för tilldelning av ett kontrakt avseende posttjänster, närmare bestämt avhämtning och utdelning av post och andra försändelser, för egen räkning och för dess företag Ced Cameras räkning, med avseende på treårsperioden 2004–2006. Som tilldelningskriterium angavs kriteriet lägsta pris. Kontraktsbeloppet uppgick till 530 000 euro exklusive mervärdesskatt.
- 10 Efter genomgång av de handlingar som hade ingetts av anbudssökandena tilläts SDA Express Courier SpA (nedan kallat SDA), Poste Italiane SpA (nedan kallat Poste Italiane) och Assitur delta i anbudsförfarandet.
- 11 Den 12 november 2003 begärde Assitur att SDA och Poste Italiane skulle uteslutas från anbudsförfarandet med anledning av de band som fanns mellan dessa båda bolag.

- 12 Av den utredning som föranstaltades av upphandlingskommittén framkom att hela aktiekapitalet i SDA innehades av Attività Mobiliari SpA, som i sin tur var ett helägt dotterbolag till Poste Italiane. Eftersom lagdekret nr 157 av den 17 mars 1995 avseende upphandling av tjänster inte innehöll något förbud för företag mellan vilka det förelåg ett kontrollförhållande att delta i samma anbudsförfarande, och eftersom det av utredningen inte hade framkommit några tungt vägande och samstämmiga uppgifter som tydde på att principerna om konkurrens och sekretess i anbudsförfaranden hade åsidosatts i det föreliggande fallet, beslutade den upphandlande enheten, i beslut nr 712 av den 2 december 2003, att SDA, som hade lämnat det lägsta anbudet, skulle tilldelas kontraktet.
- 13 Assitur väckte talan vid Tribunale Amministrativo per la Lombardia om ogiltigförklaring av detta beslut. Bolaget gjorde gällande att den upphandlande myndigheten borde ha uteslutit bolag mellan vilka det förelåg ett sådant kontrollförhållande som anges i artikel 2359 i den italienska civillagen från anbudsförfarandet enligt artikel 10.1 *bis* i lag nr 109/1994, vilken enligt bolagets mening, i avsaknad av uttrycklig lagstiftning med annan innebörd, även är tillämplig på upphandling av tjänster.
- 14 Den hänskjutande domstolen har påpekat att det i artikel 10.1 *bis* i lag nr 109/1994, vilken uttryckligen avser upphandling av byggentreprenader, fastställs en absolut presumtion att det kontrollerande bolaget känner till det kontrollerade bolagets anbud. Lagstiftaren anser således inte att de aktuella näringsidkarna kan avge sådana självständiga, seriösa och tillförlitliga anbud som krävs, då de är anknutna på grund av en nära intressegemenskap. Denna bestämmelse utgör följaktligen ett förbud mot att företag mellan vilka det finns sådana band deltar som konkurrenter i samma anbudsförfarande. För det fall sådana företag likväl deltar i samma förfarande ska de ovillkorligen uteslutas från upphandlingsförfarandet. Den hänskjutande domstolen har även påpekat att begreppet "kontrollerat företag" i italiensk rätt motsvarar begreppet "anknutet företag" som definieras i artikel 3.4 i direktiv 93/37.
- 15 Den hänskjutande domstolen har även påpekat att en bestämmelse såsom den som föreskrivs i artikel 10.1 *bis* i lag nr 109/1994 enligt italiensk rättspraxis har ansetts tillhöra grunderna för rättsordningen och vara allmänt tillämplig. Denna bestämmelse

ger i själva verket uttryck för en allmän princip som sträcker sig utanför området för byggentreprenader och även gäller i upphandlingsförfaranden som avser varor och tjänster, trots att en sådan uttrycklig bestämmelse saknas för sistnämnda upphandlingsförfaranden. Lagstiftaren har bekräftat denna rättspraxis genom att införa artikel 34 sista punkten i lagdekret nr 163/2006, vilken för närvarande är tillämplig på all offentlig upphandling. Sistnämnda bestämmelse är emellertid av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) inte tillämplig i förevarande mål.

- 16 Den hänskjutande domstolen frågar sig likväl om en sådan rättspraxis är förenlig med gemenskapernas rättsordning, och särskilt med artikel 29 i direktiv 92/50, såsom denna artikel har tolkats av domstolen i domen av den 9 februari 2006 i de förenade målen C-226/04 och C-228/04, La Cascina m.fl. (REG 2006, s. I-1347, punkterna 21–23). Denna bestämmelse, som ger uttryck för principen enligt vilken så många företag som möjligt bör delta i ett anbudsförfarande (*favor participationis*), innehåller, enligt nämnda dom, en uttömmande förteckning över grunderna för att utesluta en tjänsteleverantör från deltagande i ett förfarande för upphandling av tjänster. Bland dessa grunder nämns inte det fallet att bolag är anknutna på grund av att det föreligger ett kontrollförhållande mellan dem eller att något av bolagen utövar ett betydande inflytande över ett annat.
- 17 Den hänskjutande domstolen anser emellertid att artikel 10.1 *bis* i lag nr 109/1994 ger uttryck för principen om fri konkurrens, eftersom den syftar till att beivra varje form av samverkan mellan företag inom ramen för ett anbudsförfarande. Den står följaktligen helt i överensstämmelse med EG-fördraget, och särskilt med artikel 81 och följande artiklar i detta fördrag, och strider rent faktiskt inte mot artikel 29 i direktiv 92/50.
- 18 Mot bakgrund av dessa överväganden beslutade Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Utgör artikel 29 i direktiv 92/50..., i vilken det föreskrivs sju fall i vilka en tjänsteleverantör kan uteslutas från deltagande i offentlig upphandling av tjänster; en uttömmande förteckning över de fall i vilka uteslutning kan ske, och utgör den således hinder för att det i artikel 10.1 *bis* i lag [nr 109/1994] (nu ersatt av artikel 34 sista

punkten i lagstiftningsdekret [nr 163/2006]) uppställs ett förbud mot att företag mellan vilka det föreligger ett kontrollförhållande deltar i samma anbudsförfarande?”

Prövning av tolkningsfrågan

- 19 Domstolen påpekar att de sju grunder för att utesluta en entreprenör från att delta i en offentlig upphandling, vilka anges i artikel 29 första stycket i direktiv 92/50, enligt domstolens rättspraxis hänför sig till den berörda entreprenörens yrkesmässiga hederlighet, solvens och tillförlitlighet, det vill säga entreprenörens yrkesmässiga förtjänster (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen *La Cascina m.fl.*, punkt 21).
- 20 När det gäller artikel 24 första stycket i direktiv 93/37, vilket innehåller samma grunder för uteslutning som dem som anges i artikel 29 första stycket i direktiv 92/50, har domstolen framhållit att gemenskapslagstiftarens avsikt var att denna bestämmelse endast skulle innehålla grunder för uteslutning som i alla delar avser den berörda entreprenörens yrkesmässiga förtjänster. Domstolen har ansett att nämnda förteckning är uttömmande, i den mån den hänför sig till sådana grunder för uteslutning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 2008 i mål *C-213/07, Michaniki*, REG 2008, s. I-9999, punkterna 42 och 43 och där angiven rättspraxis).
- 21 Domstolen har tillagt att denna uttömmande förteckning emellertid inte utesluter att medlemsstaterna, utöver dessa grunder för uteslutning, bibehåller eller inför materiella bestämmelser bland annat i syfte att säkerställa att de upphandlande myndigheterna vid en offentlig upphandling iakttar principen om likabehandling av alla anbudsgivare och principen om insyn som ligger till grund för de gemenskapsrättsliga direktiven om förfaranden vid offentlig upphandling, förutsatt att proportionalitetsprincipen iakttas (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Michaniki*, punkterna 44–48 och där angiven rättspraxis).

- 22 Det är uppenbart att en sådan nationell lagstiftningsåtgärd som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen syftar till att stävja all potentiell samverkan mellan deltagare i samma förfarande för offentlig upphandling och att värna om likabehandlingen av anbudssökande och insynen i förfarandet.
- 23 Artikel 29 första stycket i direktiv 92/50 kan således inte anses utgöra hinder för att en medlemsstat, utöver de grunder för uteslutning som anges i denna bestämmelse, föreskriver andra grunder för uteslutning i syfte att säkerställa att principerna om likabehandling och insyn iakttas, förutsatt att dessa åtgärder inte går utöver vad som är nödvändigt för att nå detta mål.
- 24 Härav följer att frågan, huruvida den nationella lagstiftning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen står i överensstämmelse med gemenskapsrätten, även ska prövas utifrån proportionalitetsprincipen.
- 25 Det ska i detta sammanhang påpekas att gemenskapsbestämmelserna om förfaranden vid offentlig upphandling antogs inom ramen för förverkligandet av den inre marknaden, inom vilken den fria rörligheten garanteras och konkurrensbegränsningar undanröjs (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-619, punkt 2).
- 26 Med hänsyn till den gemensamma inre marknaden och en effektiv konkurrens är det ett gemenskapsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i ett anbudsförfarande.
- 27 Det framgår av beslutet om hänskjutande att den bestämmelse som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, vilken är skriven i klara och ovillkorliga ordalag, innehåller en absolut skyldighet för de upphandlande myndigheterna att utesluta företag som

avger individuella och konkurrerande anbud från förfarandet för den offentliga upphandlingen, om dessa företag är anknutna på grund av att det mellan dem föreligger ett sådant kontrollförhållande som anges i den italienska lagstiftning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen.

- 28 Det skulle emellertid motverka en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten att systematiskt utesluta anknutna företag från rätten att delta i samma förfarande för offentlig upphandling. En sådan lösning skulle nämligen i betydande mån minska konkurrensen inom gemenskapen.
- 29 Det ska således konstateras att den italienska lagstiftning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen går utöver vad som är nödvändigt för att nå målet att säkerställa att principerna om likabehandling och insyn iakttas, eftersom förbudet mot att delta i samma anbudsförfarande härigenom utsträcks till att omfatta situationer där kontrollförhållandet mellan de berörda företagen inte har någon inverkan på dessa företags beteende inom ramen för ett sådant anbudsförfarande.
- 30 En sådan lagstiftning vilar på en absolut presumtion att de anbud som de anknutna företagen avger i samma upphandling ovillkorligen har en ömsesidig inverkan på varandra. Den strider således mot proportionalitetsprincipen genom att företagen inte ges möjlighet att visa att det i deras fall inte finns någon faktisk risk att det uppstår beteenden som kan hota insynen och snedvrider konkurrensen mellan anbudsgivarna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, REG 2005, s. I-1559, punkterna 33 och 35, och domen i det ovannämnda målet Michaniki, punkt 62).
- 31 Det kan förekomma olika typer av företagskonstellationer som kan ha olika syften och som inte nödvändigtvis hindrar de kontrollerade företagen från att i någon mån

självständigt fastställa sin affärsstrategi och bedriva sin affärsverksamhet, bland annat när det gäller deltagande i offentlig upphandling. Som kommissionen har påpekat i sitt skriftliga yttrande kan för övrigt förhållandet mellan företag i en koncern regleras genom särskilda bestämmelser, exempelvis i avtalsform, som kan garantera såväl oavhängighet som sekretess vid utarbetandet av anbud som de aktuella företagen samtidigt avger inom ramen för samma anbudsförfarande.

32 Det är således, för att klargöra huruvida det aktuella kontrollförhållandet har haft någon inverkan på innehållet i de respektive anbud som de berörda företagen har avgett inom ramen för samma förfarande för offentlig upphandling, nödvändigt att det sker en prövning och bedömning av de faktiska omständigheterna, vilket ankommer på de upphandlande myndigheterna. Om det konstateras att det föreligger en sådan inverkan, av vilket slag den än må vara, är detta tillräckligt för att nämnda företag kan uteslutas från det aktuella förfarandet. För att den upphandlande myndigheten automatiskt ska kunna utesluta de berörda företagen från anbudsförfarandet är det däremot inte tillräckligt att det blott konstateras att det mellan dessa företag föreligger ett kontrollförhållande på grund av ägarskap eller rösträtt av en viss omfattning vid generalförsamlingen, utan att det provas huruvida detta förhållande har haft någon konkret inverkan på respektive företags beteende inom ramen för detta förfarande.

33 Med hänsyn till vad som har anförts ovan ska den ställda frågan besvaras enligt följande:

- Artikel 29 första stycket i direktiv 92/50 ska tolkas på ett sådant sätt att den inte utgör hinder för att en medlemsstat, utöver de grunder för uteslutning som anges i denna bestämmelse, inför andra grunder för uteslutning i syfte att säkerställa att principerna om likabehandling och insyn iaktas, förutsatt att dessa åtgärder inte går utöver vad som är nödvändigt för att nå detta mål.

- En nationell bestämmelse som visserligen syftar till att uppnå de legitima mål som avser likabehandling av anbudsgivarna och insyn vid förfaranden för offentlig upphandling, men som medför ett absolut förbud för företag mellan vilka det föreligger ett kontrollförhållande eller för anknutna företag att samtidigt och som konkurrenser delta i samma anbudsförfarande, utan att dessa företag ges möjlighet att visa att nämnda förhållande inte har haft någon inverkan på deras respektive beteende inom ramen för anbudsförfarandet, strider mot gemenskapsrätten.

Rättegångskostnader

34

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

Artikel 29 första stycket i direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster ska tolkas på ett sådant sätt att den inte utgör hinder för att en medlemsstat, utöver de grunder för uteslutning som anges i denna bestämmelse, inför andra grunder för uteslutning i syfte att säkerställa att principerna om likabehandling och insyn iakttas, förutsatt att dessa åtgärder inte går utöver vad som är nödvändigt för att nå detta mål.

En nationell bestämmelse som visserligen syftar till att uppnå de legitima mål som avser likabehandling av anbudsgivarna och insyn vid förfaranden för offentlig upphandling, men som medför ett absolut förbud för företag mellan vilka det föreligger ett kontrollförhållande eller för anknutna företag att samtidigt och som konkurrenter delta i samma anbudsförfarande, utan att dessa företag ges möjlighet att visa att nämnda förhållande inte har haft någon inverkan på deras respektive beteende inom ramen för anbudsförfarandet, strider mot gemenskapsrätten.

Underskrifter