DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 23 december 2009 *

I mål C-376/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) genom beslut av den 2 april 2008, som inkom till domstolen den 18 augusti 2008, i målet

Serrantoni Srl,

Consorzio stabile edili Scrl

mot

Comune di Milano,

* Rättegångsspråk: italienska.

ytterligare deltagare i rättegången:

Bora Srl Construzioni edili,

Unione consorzi stabili Italia (UCSI),

Associazione nazionale imprese edili (ANIEM),

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden på tredje avdelningen K. Lenaerts, tillförordnad ordförande på fjärde avdelningen, samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent), G. Arestis och T. von Danwitz,

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: R. Grass,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom C. Zadra och D. Recchia, båda i egenskap av ombud,

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

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), artiklarna 39 EG, 43 EG, 49 EG och 81 EG samt de allmänna principerna om likabehandling och proportionalitet.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan byggföretaget Serrantoni Srl (nedan kallat Serrantoni) och Comune di Milano (Milano kommun) om den sistnämndas beslut att inte tillåta Serrantoni att delta i ett förfarande för offentlig upphandling av en byggentreprenad.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapslagstiftningen

3 Skäl 2 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i [EG-]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 principen om insyn. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovannämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.”

4 Artikel 2 i direktivet har följande lydelse:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

5 I artikel 4 i direktivet, som har rubriken ”Ekonomiska aktörer”, föreskrivs följande:

”1. Anbudssökande eller anbudsgivare som enligt lagstiftningen i sin etableringsstat har rätt att leverera den aktuella tjänsten får inte uteslutas endast på grund av att lagstiftningen i den medlemsstat där upphandlingen sker kräver att de skall vara antingen fysiska eller juridiska personer.

…

2. Grupper av ekonomiska aktörer får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande. De upphandlande myndigheterna får inte kräva att sådana grupper skall anta en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan, men de får kräva att den utsedda gruppen skall anta en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras korrekt.”

6 Enligt artikel 7.1 c i direktiv 2004/18, i dess lydelse vid tiden för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, efter ändring genom kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 av den 19 december 2005 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18 avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 333, s. 28) ska direktiv 2004/18 tillämpas på offentliga byggentreprenadkontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst 5 278 000 euro.

7 I artikel 45 i direktivet, som har rubriken ”Anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning”, föreskrivs i punkt 2 följande:

”En ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han

a) är i konkurs eller likvidation, har avbrutit sin näringsverksamhet, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått i ackordsuppgörelse med borgenärer eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,

b) är föremål för en ansökan om konkurs, tvångsförvaltning, likvidation, ackord med borgenärer eller för något annat liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,

c) enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken,

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 avseende erläggande av sociala avgifter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,

f) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av skatter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,

g) i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information.

Medlemsstaterna skall i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till gemenskapsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna punkt."

Den nationella lagstiftningen

8 I Italien regleras all offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor genom lagstiftningsdekret nr 163/2006 om inrättande av lag om offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor till genomförande av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) av den 12 april 2006 (ordinarie tillägg till GURI nr 100 av den 2 maj 2006) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163/2006). I artikel 34 i nämnda lagstiftningsdekret, som har rubriken "Enheter som kan tilldelas offentliga kontrakt", i dess lydelse enligt lagstiftningsdekret nr 113 av den 31 juli 2007, föreskrivs i punkt 1 följande:

"1. Utan att det påverkar tillämpningen av uttryckligen föreskrivna begränsningar ska följande enheter ha rätt att delta i förfaranden vid offentlig upphandling:

…

b) konsortier av produktions- och arbetskooperativ … samt konsortier av hantverkare,

c) fasta konsortier, upprättade bland annat som konsortier..., mellan enskilda entreprenörer (inklusive hantverkare), handelsföretag eller produktions- eller arbetskooperativ i enlighet med artikel 36, …,

…

f) enheter som ingår i en europeisk ekonomisk intressegruppering (EEIG) …,

f bis) näringsidkare … som är etablerade i andra medlemsstater och har bildats i enlighet med den tillämpliga lagstiftningen i den berörda medlemsstaten.”

9 Artikel 36.1 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 har följande lydelse:

”Med fasta konsortier (consorzi stabili) avses de … som genom beslut av respektive företagsledning överenskommit att gemensamt delta i offentliga upphandlingar av

byggentreprenader, tjänster och varor under en tid som inte understiger fem år, och som i detta syfte upprättat en gemensam företagsstruktur.”

10 I artikel 36.5 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, i dess lydelse vid tiden för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, föreskrevs följande:

”… Ett fast konsortium och medlemmarna i detta konsortium får inte delta i samma anbudsförfarande. Vid överträdelse av detta förbud ska artikel 353 i strafflagen tillämpas …”

11 I artikel 37.7 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, i dess lydelse vid tiden för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, föreskrevs följande:

”… De konsortier som avses i artikel 34.1 b är skyldiga att i anbudet ange med avseende på vilka konsortiemedlemmar som konsortiet deltar: dessa konsortiemedlemmar får inte delta i samma upphandling i någon annan form. Vid en överträdelse utesluts både konsortiet och konsortiemedlemmen från upphandlingen. Vid överträdelse av detta förbud ska artikel 353 i strafflagen tillämpas …”

12 I enlighet med artikel 353 i strafflagen kan överträdelse av det ovannämnda förbudet leda till fängelse i upp till två år, i vissa fall upp till fem år, samt böter.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

13 Milano kommun inledde år 2007 en anbudsinfordran avseende ett byggentreprenadkontrakt för ”akuta åtgärder och rationaliseringsåtgärder vid folkbokföringskontoren, del V”. Den 27 september 2007 beslutade Milano kommun att utesluta Serrantoni, medlem i det fasta konsortiet Consorzio stabile edili Scrl, och konsortiet från upphandlingsförfarandet med anledning av att artikel 36.5 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 hade överträtts. Milano kommun beslutade även att med stöd av nämnda bestämmelse överlämna ärendet till allmän åklagare för prövning enligt artikel 353 i strafflagen och att tilldela ett annat företag kontraktet.

14 Serrantoni och det fasta konsortium som företaget tillhörde väckte talan mot nämnda beslut av den upphandlande myndigheten vid den hänskjutande domstolen. De gjorde härvidlag gällande att artikel 36.5 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 är oförenlig med artikel 4 i direktiv 2004/18, artiklarna 39 EG, 43 EG, 49 EG och 81 EG samt icke-diskrimineringsprincipen.

15 Den hänskjutande domstolen har för det första påpekat att enligt den aktuella nationella lagstiftningen görs en skillnad mellan dels fasta konsortier, dels konsortier av produktions- och arbetskooperativ samt konsortier av hantverkare. Med avseende på de förstnämnda gäller ett absolut förbud för konsortiet och de företag som ingår däri att samtidigt delta i samma upphandling med separata anbud. Vid överträdelse av detta förbud riskerar de att uteslutas med automatik från upphandlingen och de riskerar även straffrättsliga påföljder. Vad avser de sistnämnda äger förbudet endast tillämpning på konsortiet och det företag i vars intresse konsortiet har lämnat ett anbud inom ramen för den aktuella upphandlingen. Den hänskjutande domstolen har påpekat att i det vid denna anhängiga målet har det aktuella fasta konsortiet inte deltagit i anbudsinfordran i Serrantonis intresse.

16 Den hänskjutande domstolen har vidare uppgett att de olika kategorier av konsortier som angetts ovan inte mellan sig uppvisar sådana skillnader vad gäller syfte och organisation att det kan vara motiverat att behandla dem olika på nämnda sätt. Samtliga av dessa kategorier av konsortier kännetecknas av en gemensam struktur i syfte att inrätta ett samarbete mellan medlemmarna för att minska förvaltningskostnaderna, optimera de ekonomiska resultaten hos vart och ett av medlemsföretagen och stärka konkurrenskraften vid offentliga upphandlingar. Den hänskjutande domstolen frågar sig således huruvida en sådan skillnad i behandling är förenlig med icke-diskrimineringsprincipen och gemenskapsrättens krav på säkerställande av att så många anbudsgivare som möjligt deltar i offentliga upphandlingsförfaranden.

17 Den hänskjutande domstolen har även frågat sig huruvida denna skillnad i behandling är förenlig med artikel 4 i direktiv 2004/18, eftersom uteslutningen i fråga endast beror på företagets rättsliga form som fast konsortium, samt med artiklarna 39 EG, 43 EG, 49 EG och 81 EG. Denna diskriminering är för övrigt av särskild betydelse, eftersom konsortieformer föreskrivs i ett stort antal andra medlemsstaters rättsordningar och sammanställts, på gemenskapsnivå, i den europeiska ekonomiska intressegrupperingen (EEIG).

18 Den hänskjutande domstolen har slutligen påpekat att det absoluta förbudet i fråga enbart grundar sig på en formell omständighet, nämligen att ett företag tillhör ett visst konsortium. Enligt den omtvistade lagstiftningen krävs nämligen inte på något sätt att det görs en konkret bedömning av det ömsesidiga inflytandet mellan konsortiet och konsortiemedlemmen, utan det uppställs tvärtom en abstrakt presumtion om ömsesidig påverkan. Som den hänskjutande domstolen har angett är nämligen detta absoluta förbud tillämpligt även om konsortiet inte deltar i det aktuella företagets intresse, inte använder sig av det företaget vid fullgörandet av kontraktet och följaktligen inte har kommit överens med företaget om det anbud som lämnats. Denna domstol har därför ställt sig frågan huruvida detta absoluta förbud kan motiveras av ett tvingande skäl av allmänintresse som består i att säkerställa att upphandlingsförfaranden sker på ett korrekt sätt och huruvida det inte går långt utöver sitt syfte.

19 Mot denna bakgrund har Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Utgör de nationella bestämmelserna i artikel 36.5 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 …, vari det föreskrivs att

— om en konsortiemedlem deltar i en upphandling ska en association automatiskt uteslutas från upphandlingen endast på grund av att den har en viss juridisk form (fast konsortium) i stället för andra juridiska former som i huvudsak är identiska (konsortium av arbetskooperativ eller konsortium av hantverksföretag), och

— om ett fast konsortium deltar i upphandlingen, som dock har uppgett att det deltar för andra företags räkning och som kommer att ge andra företag i uppdrag att utföra byggentreprenaden om det tilldelas kontraktet, ska samtidigt ett företag automatiskt uteslutas endast på grund av den formella omständigheten att företaget har anslutit sig till konsortiet,

hinder för en korrekt tillämpning av artikel 4 i direktiv 2004/18 …?

2) Utgör de nationella bestämmelserna i artikel 36.5 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 …, vari det föreskrivs att

— om en konsortiemedlem deltar i en upphandling ska en association automatiskt uteslutas från upphandlingen endast på grund av att den har en viss juridisk form (fast konsortium) i stället för andra juridiska former som i huvudsak är identiska (konsortium av arbetskooperativ eller konsortium av hantverksföretag), och

— om ett fast konsortium deltar i upphandlingen, som dock har uppgett att det deltar för andra företags räkning och som kommer att ge andra företag i uppdrag att utföra byggentreprenaden om det tilldelas kontraktet, ska samtidigt ett företag automatiskt uteslutas endast på grund av den formella omständigheten att företaget har anslutit sig till konsortiet,

hinder för en korrekt tillämpning av artiklarna 39 EG, 43 EG, 49 EG och 81 EG?”

Prövning av tolkningsfrågorna

20 Det ska, i likhet med vad som framgår av handlingarna i målet, inledningsvis erinras om att värdet på kontraktet i den i målet vid den nationella domstolen omtvistade upphandlingen klart understiger det tröskelvärde som föreskrivs i artikel 7.1 c i direktiv 2004/18. Upphandlingen omfattas följaktligen inte av tillämpningsområdet för de förfaranden som föreskrivs i direktivet.

21 Den omständigheten att värdet av ett kontrakt inte uppgår till det tröskelvärde som föreskrivs i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna innebär emellertid inte att sistnämnda kontrakt helt faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde.

22 Det framgår nämligen av domstolens fasta rättspraxis att fördragets grundläggande bestämmelser, särskilt principen om likabehandling, ska iakttas även när värdet på kontraktet inte når upp till tröskelvärdet. Skillnaden i förhållande till de kontrakt som överstiger de tröskelvärden som fastställts genom bestämmelserna i direktiv 2004/18 är att det endast är de senare som omfattas av de särskilda och strikta förfaranden som föreskrivs i direktivets bestämmelser (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 maj 2008 i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP och Santorso, REG 2008, s. I-3565, punkterna 19 och 20).

23 Denna tolkning bekräftas av skäl 2 i direktiv 2004/18, enligt vilket tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för upphandlande myndigheters räkning omfattas av kravet på respekt för de grundläggande principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor och tjänster samt principen om etableringsfrihet och de grundläggande principer som följer av dessa, särskilt principerna om likabehandling, proportionalitet och insyn.

24 Tillämpningen av fördragets grundläggande regler och allmänna principer på tilldelning av offentliga kontrakt vars värde understiger tröskelvärdet för tillämpning av gemenskapsbestämmelserna förutsätter emellertid, enligt domstolens rättspraxis, att de berörda kontrakten företer ett bestämt gränsöverskridande intresse (domen i de ovannämnda förenade målen SECAP och Santorso, punkt 21 och där angiven rättspraxis).

25 Domstolen har redan påpekat att det ankommer på den hänskjutande domstolen att göra en ingående bedömning av samtliga relevanta omständigheter rörande det aktuella kontraktet för att kontrollera huruvida det i detta fall föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse (domen i de ovannämnda förenade målen SECAP och Santorso, punkt 34). I förevarande fall utgår svaren på tolkningsfrågorna från förutsättningen, vilket det likväl ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida så är fallet, att det aktuella kontraktet företer ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Den första frågan

26 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida artikel 4 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, enligt vilken det föreskrivs att såväl ett fast konsortium som företag som ingår i ett sådant med automatik ska uteslutas från ett förfarande för offentlig upphandling och att straffrättsliga påföljder kan åläggas dem när dessa företag har lämnat ett med konsortiet konkurrerande anbud inom ramen för det aktuella förfarandet, även när det anbud som nämnda konsortium lämnat inte har lämnats för dessa företags räkning och i deras intresse.

27 Som angetts i punkt 20 ovan omfattas det i målet vid den nationella domstolen aktuella kontraktet inte av tillämpningsområdet för de förfaranden som föreskrivs i direktivet, eftersom dess värde understiger det tröskelvärde som föreskrivs i artikel 7.1 c i direktiv 2004/18.

28 Med beaktande av ovanstående är det inte nödvändigt att besvara den hänskjutande domstolens fråga.

Den andra frågan

29 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga, som ska bedömas mot bakgrund av begäran om förhandsavgörande i sin helhet, för att få klarhet i huruvida de allmänna principerna om likabehandling och proportionalitet som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG samt artiklarna 39 EG och 81 EG ska tolkas så, att det utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen – enligt vilken det föreskrivs att såväl ett fast konsortium som de företag som ingår i ett sådant med automatik ska uteslutas från ett förfarande för offentlig upphandling och att straffrättsliga påföljder kan åläggas dem – när dessa företag har lämnat ett med

konsortiet konkurrerande anbud inom ramen för det aktuella förfarandet, även när det anbud som nämnda konsortium lämnat inte har lämnats för dessa företags räkning och i deras intresse.

30 Det ska inledningsvis konstateras, med avseende på de artiklar i fördraget som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, att den i målet vid den nationella domstolen aktuella uteslutningssituationen saknar samband med den fria rörligheten för arbetstagare liksom med avtal mellan företag eller beslut av företagssammanslutningar i den mening som avses i artiklarna 39 EG och 81 EG. Det är således inte nödvändigt att besvara frågan med avseende på dessa artiklar.

31 Vad avser principerna om likabehandling och insyn ska varje medlemsstat tillerkännas ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att vidta åtgärder för att säkerställa dessa principer, vilka de upphandlande myndigheterna är skyldiga att iaktta under hela upphandlingsförfarandet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 2008 i mål C-213/07, Michaniki, REG 2008, s. I-9999, punkt 44).

32 Varje medlemsstat är nämligen bäst lämpad att själv, utifrån nationella hänsyn av historisk, rättslig, ekonomisk eller social karaktär, identifiera situationer i vilka risken för att beteenden uppstår som kan leda till att dessa principer åsidosätts är särskilt hög (se domen i det ovannämnda målet Michaniki, punkt 56).

33 Enligt proportionalitetsprincipen, som ingår bland gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper (se bland annat dom av den 14 december 2004 i mål C-210/03, Swedish Match, REG 2004, s. I-11893, punkt 47), får åtgärder som antas av medlemsstaterna emellertid inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Michaniki, punkterna 48 och 61, och dom av den 19 maj 2009 i mål C-538/07, Assitur, REG 2009, s. I-4219, punkterna 21 och 23).

34 Vad avser principerna om likabehandling och proportionalitet föreskrivs i den lagstiftning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen att ett företag med automatik ska uteslutas från deltagande i en offentlig upphandling när konkurrerande anbud samtidigt har lämnats av ett fast konsortium och ett eller flera företag som ingår i konsortiet.

35 Denna automatiska uteslutning är endast tillämplig på fasta konsortier och de företag som ingår i dessa. Den är inte tillämplig på andra kategorier av konsortier såsom produktions- och arbetskooperativ samt konsortier av hantverkare. Vad avser de senare kategorierna kan, i enlighet med artikel 37.7 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, uteslutning endast ske om det aktuella konsortiet och företag som ingår däri och för vilkas räkning konsortiet har lämnat anbud lämnar konkurrerande anbud.

36 Enligt den hänskjutande domstolen är alla dessa former av konsortier i huvudsak identiska och det finns inte några skillnader mellan dem med avseende på syfte och organisation som kan motivera att de skulle behandlas olika.

37 Den i målet vid den nationella domstolen aktuella bestämmelsen om automatisk uteslutning, vilken endast avser fasta konsortier och de företag som ingår i dessa och vilken bestämmelse är tillämplig vid konkurrerande anbud oberoende av huruvida konsortiet i fråga deltar i den aktuella upphandlingen för de företags räkning som själva lämnat anbud och i deras intresse eller ej, innebär en diskriminering av denna form av konsortium, vilken följaktligen inte är förenlig med likhetsprincipen.

38 Även om samtliga former av konsortier behandlades på samma sätt, eller om den nationella domstolen fann att det förelåg objektiva faktorer som kunde motivera att det

gjordes en åtskillnad mellan fasta konsortier och andra former av konsortier, skulle en sådan regel om automatisk uteslutning som den aktuella inte vara förenlig med proportionalitetsprincipen.

39 En sådan regel innebär nämligen, för det fall ett konsortium och ett eller flera av de företag som ingår däri lämnat konkurrerande anbud i samma förfarande för offentlig upphandling, en icke motbevisbar presumtion om ömsesidig påverkan – även när det aktuella konsortiet inte deltar i förfarandet för nämnda företags räkning och i deras intresse – utan att vare sig konsortiet eller de berörda företagen har getts möjlighet att bevisa att deras anbud utformats på ett helt oberoende sätt och att det följaktligen inte finns någon risk för att konkurrensen mellan anbudsgivarna ska påverkas (se, för ett liknande resonemang med avseende på offentliga kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54) respektive 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) domarna i de ovannämnda målen Michaniki, punkt 67, och Assitur, punkt 30).

40 En sådan regel om automatisk uteslutning, vilken även innebär en absolut skyldighet för de upphandlande myndigheterna att utesluta de berörda företagen även i de fall då sambandet mellan dessa inte påverkat hur de agerat i de förfaranden som de har deltagit i, strider mot det gemenskapsrättsliga intresset av att säkerställa att så många anbudsgivare som möjligt deltar i ett anbudsförfarande och går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att principerna om likabehandling och insyn tillämpas (se, för ett liknande resonemang med avseende på offentliga kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50, domen i det ovannämnda målet Assitur, punkterna 26–29).

41 Det ska vidare erinras om att enligt domstolens fasta rättspraxis utgör artiklarna 43 EG och 49 EG hinder för varje nationell åtgärd som, även om den tillämpas utan diskriminering med avseende på nationalitet, kan förbjuda eller göra det svårare eller mindre attraktivt för gemenskapsmedborgarna att utöva etableringsfriheten och

friheten att tillhandahålla tjänster som de garanteras enligt fördraget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 oktober 2004 i mål C-299/02, kommissionen mot Nederländerna, REG 2004, s. I-9761, punkt 15, och av den 9 november 2006 i mål C-433/04, kommissionen mot Belgien, REG 2006, s. I-10653, punkt 28).

42 I likhet med vad Europeiska gemenskapernas kommission har påpekat kan emellertid en nationell regel som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, i vilken det föreskrivs en bestämmelse om automatisk uteslutning till nackdel för fasta konsortier och de företag som ingår däri, ha en avhållande verkan på näringsidkare i andra medlemsstater, nämligen dels näringsidkare som önskar etablera sig i den berörda medlemsstaten genom att bilda ett fast konsortium som eventuellt består av inhemska och utländska företag, dels de som avser att ansluta sig till redan befintliga sådana konsortier i syfte att lättare kunna delta i offentliga upphandlingsförfaranden som inleds av upphandlande myndigheter i denna medlemsstat och lättare kunna erbjuda sina tjänster.

43 En sådan nationell bestämmelse, som kan ha en avhållande inverkan på näringsidkare i andra medlemsstater, utgör en inskränkning i den mening som avses i artiklarna 43 EG och 49 EG (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 29). Detta gäller i än högre grad då denna avhållande verkan förstärks av risken för straffrättsliga påföljder, vilka föreskrivs i den nationella lagstiftning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen.

44 En sådan inskränkning som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen kan emellertid vara berättigad i den mån den har ett legitimt mål av allmänintresse och försåvitt den är ägnad att säkerställa genomförandet av detta mål och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

45 Den aktuella inskränkningen kan emellertid inte – trots det legitima målet att bekämpa samordning mellan det aktuella konsortiet och de företag som ingår däri – vara berättigad i förevarande fall, eftersom den, som framgår av punkterna 38–40 ovan, går utöver vad som krävs för att uppnå detta mål.

46 Den andra frågan ska följaktligen besvaras så att gemenskapsrätten ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell lagstiftning, som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, i vilken det föreskrivs att såväl ett fast konsortium som de företag som ingår i ett sådant med automatik ska uteslutas från ett förfarande för offentlig upphandling – där kontraktets värde inte uppgår till tröskelvärdet i artikel 7.1 c i direktiv 2004/18 men kontraktet företer ett bestämt gränsöverskridande intresse – och att straffrättsliga påföljder kan åläggas dem när dessa företag har lämnat med konsortiet konkurrerande anbud inom ramen för det aktuella förfarandet, även när det anbud som nämnda konsortium lämnat inte har lämnats för dessa företags räkning och i deras intresse.

Rättegångskostnader

47 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 yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

Gemenskapsrätten ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell lagstiftning, som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, i vilken det föreskrivs att såväl ett fast konsortium som de företag som ingår i ett sådant med automatik ska uteslutas från ett förfarande för offentlig upphandling – där kontraktets värde inte uppgår till tröskelvärdet i artikel 7.1 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

men kontraktet företer ett bestämt gränsöverskridande intresse – och att straffrättsliga påföljder kan åläggas dem när dessa företag har lämnat med konsortiet konkurrerande anbud inom ramen för det aktuella förfarandet, även när det anbud som nämnda konsortium lämnat inte har lämnats för dessa företags räkning och i deras intresse.

Underskrifter