

Sag C-219/19

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

11. marts 2019

Forelæggende ret:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italien)

Afgørelse af:

16. januar 2019

Sagsøger:

Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura

Sagsøgte:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)

Hovedsagens genstand

Søgsmål med påstand om annullation af den foranstaltning, hvormed den sagsøgende stiftelse er blevet nægtet opførelse i den nationale fortegnelse over personer, som har adgang til at deltage i de af de lokale myndigheder afholdte udbud om tildeling af en kontrakt om ydelser angående seismologi og klassificering af territoriet på baggrund af seismisk risiko, der omfattes af kategorien »arkitekt- og ingeniørvirksomhed«.

Genstand og retsgrundlag for den præjudicielle forelæggelse

Spørgsmålet om, hvorvidt en national bestemmelse, som begrænser de økonomiske aktører, som kan deltage i udbud om tildeling af en kontrakt om visse former for ydelser (i den foreliggende sag »arkitekt- og ingeniørvirksomhed«) på grundlag af deres retlige form (i den foreliggende sag udelukkelse af enheder, der drives uden gevinst for øje, og som ikke antager bestemte selskabsformer), er forenelig med direktiv 2014/24/EU.

Artikel 267, stk. 2, TEUF.

Præjudicielt spørgsmål

»Er 14. betragtning til direktiv 2014/24/EU sammenholdt med direktivets artikel 19, stk. 1, og artikel 80, stk. 2, til hinder for en bestemmelse såsom artikel 46 i lovdekret nr. 50 af 18. april 2016, hvormed Italien har gennemført direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU i den nationale retsorden, og hvorefter alene økonomiske aktører, der antager de i artiklen nævnte retlige former, har adgang til at deltage i udbud om tildeling af en kontrakt om ydelser i form af »arkitekt- og ingeniørvirksomhed«, således at økonomiske aktører, der leverer sådanne ydelser under anvendelse af en anden retlig form, udelukkes fra at deltage?«

Anførte EU-retlige forskrifter

14. betragtning til samt artikel 19, stk. 1, og artikel 80, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

Anførte nationale forskrifter

Decreto Legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lovdekret nr. 50 af 18.4.2016 – loven om offentlige kontrakter)

– Artikel 3, stk. 1, litra p), hvor der ved »økonomisk aktør« forstås enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller enheder, herunder enhver midlertidig sammenslutning af virksomheder, en enhed uden juridisk personlighed, herunder europæiske økonomiske firmagrupper (EØFG), som tilbyder udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder og levering af varer eller tjenesteydelser på markedet.

– Artikel 3, stk. 1, litra vvvv), hvorefter der ved »arkitekt- og ingeniørvirksomhed samt anden teknisk virksomhed« forstås tjenesteydelser, der kun må tilvejebringes af økonomiske aktører, der udøver et af de lovregulerede erhverv som omhandlet i artikel 3 i direktiv 2005/36/EF.

– Artikel 45, stk. 1, der bestemmer: »Adgang til at deltage i procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter har økonomiske aktører som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra p), samt økonomiske aktører, der er etableret i andre medlemsstater og oprettet i overensstemmelse med den gældende lovgivning i deres respektive lande. Økonomiske aktører og sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, som i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at levere den af udbudsproceduren omfattede ydelse, kan deltage i udbud om tildeling af offentlige kontrakter, også selv om de i

henhold til denne lov skulle have antaget form af en fysisk eller en juridisk person.«

- Artikel 46, stk. 1, hvorefter følgende personer har adgang til at deltage i udbud om tildeling af en kontrakt om ydelser i form af arkitekt- og ingeniørvirksomhed:
 - individuelle liberale erhvervsdrivende eller sammenslutninger heraf, personselskaber eller andelsselskaber af liberale erhvervsdrivende, ingeniørselskaber oprettet som kapitalselskaber, konsortier, EØFG'er, midlertidige sammenslutninger af de nævnte personer, der leverer arkitekt- og ingeniørvirksomhed samt dermed forbundne tekniske og administrative aktiviteter til offentlige og private indkøbere på markedet
 - leverandører af arkitekt- og ingeniørvirksomhed, som er omfattet af CPV-koderne fra 74200000-1 til 74276400-8 og fra 74310000-5 til 74323100-0 samt 74874000-6, og som er etableret i andre medlemsstater og oprettet i overensstemmelse med den gældende lovgivning i deres respektive lande
 - midlertidige sammenslutninger af ovenstående personer.
 - Decreto del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti n. 263 del 2 dicembre 2016 (dekret fra infrastruktur- og transportministeren nr. 263 af 2.12.2016), artikel 3 og 6 angående regulering af kravene for opførelse i den nationale fortegnelse over personer, som kan deltage i udbud om tildeling af en kontrakt om ydelser i form af arkitekt- og ingeniørvirksomhed.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

- 1 Sagsøgeren er en stiftelse – en privatretlig enhed, der drives uden gevinst for øje – der ved brug af højtqualificeret personale driver et seismologisk observatorium for måling af seismisk aktivitet og, i samarbejde med Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia (det nationale institut for geofysik og vulkanologi) og en række universiteter, udfører aktiviteter til zoneinddeling af territoriet og forebyggelse af den seismiske risiko på vegne af flere lokale organer.
- 2 Med henblik på deltagelse i offentlige udbud om tildeling af en kontrakt om ydelser i form af seismisk zoneinddeling af territoriet anmodede sagsøgeren den 25. januar 2018 ANAC (det nationale agentur til bekæmpelse af korrupsion) om at blive opført i den nationale fortegnelse over personer, som har adgang til at deltage i udbud om tildeling af en kontrakt om ydelser i form af »arkitekt- og ingeniørvirksomhed«, dvs. den kategori, som omfatter de af sagsøgeren udførte aktiviteter.
- 3 Ved foranstaltning af 15. februar 2018 gav ANAC afslag på anmodningen med den begrundelse, at sagsøgeren i egenskab af stiftelse, der drives uden gevinst for øje, ikke er omfattet af begrebet »økonomiske aktører«, som kan tildeles en kontrakt om ydelser i form af arkitekt- og ingeniørvirksomhed som omhandlet i

artikel 46, stk. 1, i lovdekret nr. 50/2016 og artikel 6 i ministerielt dekret nr. 263/2016.

- 4 Sagsøgeren har anfægtet den nævnte foranstaltning ved den forelæggende ret og gjort gældende, at den italienske bestemmelse ikke er forenelig med EU-retten.

Kort fremstilling af begrundelsen for den præjudicielle forelæggelse

- 5 Den forelæggende ret har først og fremmest hvad angår begrebet »økonomisk aktør« i forbindelse med offentlige udbud anført, at Domstolen har fastslået, at
- »bestemmelserne i direktiv 2004/18 [nu erstattet af direktiv 2014/24/EU] og særligt dets artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 8, første og andet afsnit, som henviser til begrebet »økonomisk aktør«, skal fortolkes således, at enheder, der ikke hovedsageligt forfølger et formål med gevinst for øje, ikke organisatorisk er opbygget som en virksomhed og ikke er fast til stede på markedet, såsom universiteter og forskningsinstitutter samt konsortier bestående af universiteter og offentlige myndigheder, kan deltage i et offentligt udbud af tjenesteydelser« (præmis 45 i dom af 23.12.2009, C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807),
 - »direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at det er til hinder for en fortolkning af national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter det forbydes enheder som universiteter og forskningsinstitutter, der ikke hovedsageligt forfølger et formål med gevinst for øje, at deltage i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, skønt disse enheder i henhold til national lovgivning er berettiget til at tilbyde de af den pågældende kontrakt omhandlede tjenesteydelser« (dommens præmis 51).
- 6 Disse principper er blevet gennemført af den italienske lovgiver ved artikel 45 i lovdekret nr. 50/2016, som indeholder en vid almindelig definition af »økonomisk aktør«, der i sig selv på et abstrakt plan kan omfatte enheder, der drives uden gevinst for øje, såsom sagsøgeren.
- 7 Imidlertid fastsætter samme lovdekrets artikel 46, at deltagelse i udbud om tildeling af en kontrakt om ydelser i form af arkitekt- og ingeniørvirksomhed er forbeholdt individuelle liberale erhvervsdrivende, som er indskrevet i de officielle erhvervsregistre, ingeniørselskaber eller selskaber af disse liberale erhvervsdrivende, forudsat at der er tale om selskaber, der forfølger et formål med gevinst for øje og er oprettet i overensstemmelse med Bog V i Codice civile (den italienske borgerlige lovbog), samt europæiske økonomiske firmagrupper (EØFG), midlertidige sammenslutninger eller faste konsortier af de nævnte ingeniørselskaber eller selskaber som omhandlet i Bog V i Codice civile.
- 8 I en sådan retlig ramme udelukkes enheder, der drives uden gevinst for øje, såsom stiftelser som reguleret i Bog I i Codice civile, formelt fra at deltage i de omhandlede udbud. Denne udelukkelse bekræftes i ministerielt dekret nr. 263/2016, der som et led i fastsættelsen af regler og krav for opførelse i den

nationale fortegnelse over personer, som har adgang til at deltage i udbud om tildeling af kontrakter om ydelser i form af arkitekt- og ingeniørvirksomhed, udelukkende henviser til de personer, som er nævnt i artikel 46 i lovdekret nr. 50/2016.

- 9 Den forelæggende ret har anført, at den italienske lovgiver således har indført »specielle regler« med hensyn til den omhandlede form for udbud, hvor begrebet »økonomisk aktør«, dvs. den potentielle leverandør, omfatter en mere begrænset personkreds end den, som almindeligvis finder anvendelse på udbudsområdet.
- 10 På denne baggrund ønsker den forelæggende ret oplyst, om det princip, som Domstolen fastslog i dommen i sag C-305/08, og som er blevet gennemført i den nationale retsorden med almindelig rækkevidde, altid skal finde automatisk anvendelse, eller hvorvidt dette princip kan fraviges i specifikke tilfælde.
- 11 I denne forbindelse har den forelæggende ret for det første anført, at medlemsstaterne tilsyneladende, om end implicit, på grundlag af ordlyden af artikel 19, stk. 1, og artikel 80, stk. 2, i direktiv 2014/24/EU, idet den sidstnævnte artikel fastsætter regler for projektkonkurrencer, kan begrænse deltagelsen i udbud til kun at omfatte fysiske personer eller visse juridiske personer. Under alle omstændigheder skal udenlandske økonomiske aktører, som i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at levere den af udbudsproceduren omfattede ydelse, kunne deltage i udbudsprocedurer, selv om de antager en anden retlig form.
- 12 For det andet har den forelæggende ret anført, at den af den italienske lovgiver indførte begrænsning, som udgør genstanden for hovedsagen, kan begrundes i den følsomme karakter af den omhandlede virksomhed, den høje professionalitet, som er påkrævet for at sikre dens kvalitet, og den formodning, at personer, som leverer sådanne ydelser på kontinuerlig basis som et led i deres erhverv og mod vederlag, er mere pålidelige takket være deres uafbrudte praktik og videreuddannelse.
- 13 For det tredje har den forelæggende ret hvad angår den grænseoverskridende relevans af anmodningen om præjudiciel afgørelse præciseret, at økonomiske aktører fra andre medlemsstater har adgang til at deltage i udbud om tildeling af kontrakter om de omhandlede ydelser, selv om de ikke antager en af de retlige former, der er omhandlet i artikel 46 i lovdekret nr. 50/2016, i kraft af det almindelige vilkår i samme lovdekrets artikel 45, hvorefter *»[ø]konomiske aktører og sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, som i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at levere den af udbudsproceduren omfattede ydelse, kan deltage i udbudsprocedurer, selv om de i henhold til denne lov skulle have antaget form af en fysisk eller en juridisk person«*.
- 14 Det skal dog først og fremmest fremhæves, at udenlandske økonomiske aktører med henblik på at deltage i sådanne udbud afholdt af en italiensk ordregivende myndighed kan føle sig nødsaget til forudgående at etablere sig i Italien og antage

en af de i artikel 46 nævnte retlige former; endvidere kan afskæringen af visse nationale økonomiske aktører fra udbuddene bevirke en konkurrencefordrejning med hensyn til en form for tjenesteydelser, som er af betydelig interesse også for udenlandske økonomiske aktører, så meget desto mere fordi tærskelværdien for, om udbud har europæisk relevans, er relativt lav (og varierer fra 135 000,00 til 209 000,00 EUR afhængigt af, om den ordregivende myndighed er en central myndighed eller ej).

- 15 For øvrigt fastsatte den omtvistede nationale bestemmelse, som Domstolen undersøgte i dommen i sag C-305/08 (artikel 34 i lovdekret nr. 163/2006), ingen begrænsninger for deltagelse af udenlandske økonomiske aktører, forudsat at de var oprettet i overensstemmelse med den gældende lovgivning i deres respektive lande. Denne bestemmelse afskar nemlig alene italienske økonomiske aktører, der antog andre retlige former end de i bestemmelsen angivne, fra at deltage i udbuddene om tildeling af offentlige kontrakter. Da Domstolen skulle erklære sig kompetent til at træffe afgørelse om det præjudicielle spørgsmål, fandt Domstolen endvidere ikke, at den pågældende kontraktværdi var relevant, og denne værdi blev slet ikke oplyst i dommen.
- 16 For det fjerde og sidste har den forelæggende ret angående relevansen af det præjudicielle spørgsmål anført, at idet den anfægtede foranstaltning er baseret på en begrænsning »ex lege« af de personer, som opfylder kravene for opførelse i den nationale fortegnelse over personer, som har adgang til at deltage i udbud om tildeling af kontrakter om ydelser i form af arkitekt- og ingeniørvirksomhed, er det afgørende at få oplyst, om denne begrænsning er forenelig med EU-retten, sådan som den forelæggende ret mener, eller ej, idet retten i det sidstnævnte tilfælde skal annullere den anfægtede foranstaltning og træffe afgørelse om, at sagsøgeren opføres i den omhandlede fortegnelse.