

Mål C-53/22

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

26 januari 2022

Domstol som begär förhandsavgörande:

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

7 januari 2022

Klagande:

VZ

Motpart:

CA

Ytterligare deltagare i rättegången:

RT, BO, Regione Lombardia, Regione Liguria

Saken i det nationella målet

Avslag på ogiltigförklaring av tilldelningen av ett offentligt kontrakt

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Artikel 267 FEUF

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

1) Utgör artikel 1.3 i direktiv 89/665 hinder för att en anbudsgivare som definitivt utesluts från ett förfarande för val av entreprenör kan vägras rätten att få till stånd en prövning av avslaget på ogiltigförklaringen av kontraktstilldelningen, när den uteslutta anbudsgivaren har för avsikt att visa, i syfte att få möjlighet att delta i ett nytt anbudsförfarande, att den vinnande

anbudsgivaren och övriga anbudsgivare som är med i rangordningen har gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen genom att ingå konkurrensbegränsande avtal som har fastställts inom ramen för ett domstolsförfarande först efter nämnda uteslutning?

2) Utgör artikel 1.3 i direktiv 89/665 och [de unionsrättsliga] principerna om skydd för konkurrensen hinder för att en förvaltningsdomstol saknar möjlighet att pröva en talan som en anbudsgivare som definitivt utesluts från ett förfarande för val av entreprenör har väckt mot den upphandlande myndighetens beslut att inte återkalla besluten om att ge anbudsgivare som på samma område som anbudsförfarandet har ingått konkurrensbegränsande avtal som har fastställts inom ramen för ett domstolsförfarande tillträde till anbudsförfarandet och tilldela kontraktet till en av dessa?

Anförda unionsbestämmelser och anförd praxis från EU-domstolen

Artikel 101 FEUF

Direktiv 2014/24/EU, artiklarna 18.1 samt 57.4 c och d

Direktiv 2007/66/EG, skälen 3 och 17, artiklarna 1.1, 1.3 och 2a.2

EU-domstolens dom i målen C-465/11, C-100/12, C-689/13, C-355/15, C-124/17 och C-425/18

Anförda nationella bestämmelser

Codice dei contratti pubblici – Decreto Legislativo n. 50/2016 (lagen om offentlig upphandling – lagstiftningsdekret nr 50/2016) som har införlivat direktiven 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU med den italienska lagstiftningen.

I artikel 80 anges skälen för uteslutning och i punkt 5 föreskrivs att en upphandlande myndighet ska utesluta en ekonomisk aktör från att delta i en upphandling i närmare angivna situationer, däribland i de fall som avses i led c, det vill säga när den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt visar att den ekonomiska aktören har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen, som gör att dennes redbarhet eller pålitlighet kan ifrågasättas.

Codice di procedura civile (civilprocesslagen), artikel 100, enligt vilken en talan kan väckas eller bestridas enbart av den som har ett berättigat intresse därav.

Codice del processo amministrativo – Decreto Legislativo n. 104/2010 (förvaltningsprocesslagen – lagstiftningsdekret nr 104/2010).

I artikel 35.1 b stadgas att domstolen – även ex officio – ska avvisa talan om sökanden saknar berättigat intresse av att få saken prövad eller finns andra skäl till att inte pröva målet i sak.

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Den 18 december 2018 inledde den upphandlande myndigheten CA (motpart) en öppen anbudsinfordran för tilldelning av ett kontrakt avseende en räddningstjänst med helikopter.
- 2 Den 16 januari 2019 överklagade bolaget VZ (klagande) det aktuella meddelandet i den del det fastställdes krav på en certifiering som VZ inte hade vid den tidpunkten. Överklagandet avslogs genom dom meddelad av TAR Lombardia som Consiglio di Stato fastställde.
- 3 Under tiden konstaterade Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (den italienska konkurrensmyndigheten) (nedan kallad AGCM) att vissa anbudsgivare som deltog i förfarandet hade begått en allvarlig överträdelse av artikel 101 FEUF under perioden från år 2001 till augusti 2017 genom att bland annat ingå ett avtal för prissättning av helikoptertjänster. AGCM ålade dem därför sanktionsavgifter. AGCM ansåg emellertid inte att det förelåg ett konkurrensbegränsande avtal. De tre delarna av kontraktet tilldelades därför den 2 mars 2020 RT (delarna 1 och 2) och BO (del 3).
- 4 RT, BO och JF, ett annat bolag som inte är part i det nationella målet, överklagade till TAR Lazio och yrkade att sanktionsbeslutet skulle ogiltigförklaras. TAR Lazio avslög samtliga överklaganden. Consiglio di Stato fastställde samtliga domar med undantag för den som meddelades i ett mål som fortfarande pågår.
- 5 VZ informerade den 1 juni 2020 CA om en av domarna meddelade av TAR Lazio och ingav bevis för att bolaget i oktober 2019 hade erhållit den certifiering som utgjorde ett krav för att delta i anbudsförfarandet, vilket bolaget tidigare inte uppfyllde.
- 6 VZ intresse är därför inte riktat mot kontraktstilldelningen, utan mot att hela anbudsförfarandet ska ogiltigförklaras, så att VZ kan delta i ett nytt anbudsförfarande.

Parternas huvudargument

- 7 RT och BO har gjort gällande att prissättningen inte syftade till att ge prisindikationer för tjänsterna och inte användes av de upphandlande myndigheterna för att definiera anbudsbeloppen i anbudsförfarandena. De har vidare gjort gällande att prissättningen varken var bindande för de upphandlande myndigheterna eller kunde medföra konkurrensbegränsningar.
- 8 VZ har gjort gällande att domen meddelad av TAR Lazio, som VZ informerade CA om, konkret påverkar bedömningen av den vinnande anbudsgivarens redbarhet och pålitlighet i samband med tillhandahållandet av räddningstjänsten med helikopter även för det fall tilldelningen av kontraktet redan har ägt rum,

eftersom det utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen som har fastställts inom ramen för ett domstolsförfarande.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 9 VZ uteslöts definitivt från anbudsförfarandet och har följaktligen inget berättigat intresse av att angripa tilldelningen av kontraktet eller, mera allmänt, de beslut som fattats under anbudsförfarandet. Den hänskjutande domstolen hyser dock i förevarande fall tvivel av följande skäl.
- 10 Mot bakgrund av utvecklingen av rättspraxis i kölvattnet av EU-domstolens dom i målen C-100/12 och C-689/13 får en domstol enligt italiensk rättspraxis ta upp en talan till prövning som en anbudsgivare, som på grund av att minimikraven inte var uppfyllda har uteslutits från ett anbudsförfarande med endast två anbudsgivare, har väckt i syfte att få till stånd ett nytt anbudsförfarande. Emellertid kräver intresset av en prövning av en sådan talan även på grundval av detta nya synsätt att invändningarna framförs i ett och samma prövningsförfarande och att anbudsgivaren inte redan har uteslutits genom ett slutligt beslut innan talan väcks, vilket är i linje med det som EU-domstolen slog fast i domen i mål C-355/15. Mot ovannämnda bakgrund borde förevarande talan avvisas.
- 11 När anbudsförfarandet genomfördes kunde den vinnande anbudsgivaren och övriga anbudsgivare som var med i rangordningen teoretiskt sett ha uteslutits på grund av att de hade ingått ett konkurrensbegränsande avtal. Enligt EU-domstolen utgör ett åsidosättande av konkurrensreglerna, vilket AGCM har konstaterat och ålagt sanktionsavgifter för genom ett beslut som har fastställts av en domstol, ett allvarligt fel som en ekonomisk aktör har gjort sig skyldig till i yrkesutövningen (mål C-425/18). Vid dåvarande tidpunkt hade emellertid förekomsten och betydelsen av avtalet ännu inte fastställts inom ramen för ett domstolsförfarande, vilket gjorde att VZ inte kunde angripa beslutet att ge den vinnande anbudsgivaren och övriga kartelldeltagare tillträde till anbudsförfarandet. Den hänskjutande domstolen hyser således tvivel om huruvida det är rimligt att denna möjlighet inte ges, eftersom den huvudsakligen är avhängig av den tid som krävs för att fastställa att avtalet föreligger, det vill säga tillfälliga omständigheter.
- 12 I mål C-355/15 hade anbudsgivaren som definitivt uteslutits överklagat tilldelningen av kontraktet, det vill säga ett beslut som var nära förknippat med uteslutningen av anbudsgivaren och som hade fattats inom ramen för samma förfarande. I förevarande fall har VZ däremot bestritt att den upphandlande myndigheten fann att en omständighet som inträffade efter och utanför det förfarande som medförde att VZ uteslöts (det vill säga den dom genom vilken TAR Lazio fastställde AGCM:s beslut att ålägga sanktionsavgifter) saknade betydelse med avseende på tilldelningen av kontraktet. Mot denna bakgrund ställer den hänskjutande domstolen sig tveksam till huruvida de fastställda principerna i målet C-355/15 kan tillämpas i förevarande fall.

- 13 Avslutningsvis fann EU-domstolen i mål C-333/18 att den talan som väckts av den anbudsgivare som placerats på tredje plats i rangordningen – i syfte att angripa beslutet att ge de två anbudsgivarna med en högre placering i rangordningen tillträde till anbudsförfarandet, även om den förstnämnda anbudsgivarens anbud skulle anses vara rättsstridigt, och även om det finns andra anbudsgivare som är placerade längre ned i rangordningen – skulle tas upp till prövning, eftersom den upphandlande myndigheten för det fall den uteslutna anbudsgivarens talan bifölles skulle kunna besluta att avbryta förfarandet och inleda ett nytt upphandlingsförfarande (punkt 28). VZ:s situation, vad gäller bedömningen av bolagets intresse av att få saken prövad, tycks således likna den som var aktuell i mål C-333/18.
- 14 Direktiv 2007/66/EG verkar inte utesluta möjligheten för en anbudsgivare som definitivt uteslutits att bestrida att den vinnande anbudsgivaren uppfyller kraven för deltagande, eftersom syftet med direktivet är att se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt (skäl 17 och artikel 1.3) såsom i VZ:s situation. Dessutom anses anbudsgivarna vara berörda om de inte redan definitivt uteslutits (artikel 2a.2), men enbart för att bestämma vilka som ska meddelas beslutet om tilldelning av kontraktet, och inte även huruvida målet kan tas upp till prövning.