

Sag C-53/22

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

Dato for indlevering:

26. januar 2022

Forelæggende ret:

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italien)

Afgørelse af:

7. januar 2022

Sagsøger:

VZ

Sagsøgt:

CA

Øvrige procesdeltagere:

RT, BO, Regione Lombardia og Regione Liguria

Hovedsagens genstand

Afslag på annullation af tildelingen af en offentlig kontrakt

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Artikel 267 TEUF

Præjudicielle spørgsmål

1) Er artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 til hinder for, at en tilbudsgiver, som er endeligt udelukket fra en procedure for udvælgelse af kontrahenten, nægtes adgang til at klage over afslaget på annullation af tildelingen, når vedkommende har til hensigt at vise, at den valgte tilbudsgiver og alle de øvrige tilbudsgivere, der er placeret på ranglisten, i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået en alvorlig forsømmelse bestående i indgåelsen af konkurrencebegrænsende

aftaler, som først er blevet fastlagt under en retssag efter vedkommendes udelukkelse, og dette med henblik på at opnå muligheden for at deltage i en ny udbudsprocedure?

2) Er artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 og de [EU-]retlige principper vedrørende fri konkurrence til hinder for, at en forvaltningsdomstol afskæres fra at efterprøve søgsmålet anlagt af en tilbudsgiver, som er endeligt udelukket fra en procedure for udvælgelse af kontrahenten, til prøvelse af den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at tilbagekalde retsakterne og om at give tilbudsgivere, som har indgået konkurrencebegrænsende aftaler, på samme område som det af proceduren omfattede, der er blevet fastlagt under en retssag, adgang til udbudsproceduren og tildele kontrakten til en af disse?

Anførte EU-retlige forskrifter og anført praksis fra Domstolen

Artikel 101 TEUF

Direktiv 2014/24/EU; artikel 18, stk. 1, og artikel 57, stk. 4, litra c) og d)

Direktiv 2007/66/EF; 3. og 17. betragtning, artikel 1, stk. 1 og 3, samt artikel 2a, stk. 2.

Domstolens dom i sag C-465/11, sag C-100/12, sag C-689/13, sag C-355/15, sag C-124/17 og sag C-425/18

Anførte nationale forskrifter

Codice dei contratti pubblici – Decreto Legislativo n. 50/2016 (loven om offentlige kontrakter – lovdekret nr. 50/2016), som har gennemført direktiverne 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU i den italienske retsorden.

Artikel 80 regulerer udelukkelsesgrundene og bestemmer i stk. 5, at de ordregivende myndigheder udelukker en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i et af de i artiklen fastsatte tilfælde, hvorunder det i litra c) nævnte, dvs. når den ordregivende myndighed med ethvert passende middel viser, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet eller pålidelighed.

Codice di procedura civile (den civile retsplejelov), artikel 100, ifølge hvilken en part for at anlægge eller anfægte et søgsmål må have en retlig interesse.

Codice del processo amministrativo – Decreto Legislativo n. 104/2010 (loven om forvaltningsproceduren – lovdekret nr. 104/2010)

Artikel 35, stk. 1, litra b), fastsætter, at domstolen, også af egen drift, afviser søgsmålet, hvis parten mangler søgsmålsinteresse, eller når der findes andre grunde, som hindrer domstolen i at træffe afgørelse om realiteten.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Den 18. december 2018 indledte den ordregivende myndighed CA (sagsøgt) en offentlig udbudsprocedure vedrørende levering af redningstjeneste med helikopter.
- 2 Den 16. januar 2019 anfægtede selskabet VZ (sagsøger) den respektive udbudsbekendtgørelse hvad angår kravet heri om en certificering, som VZ på daværende tidspunkt ikke havde. TAR Lombardia (den regionale forvaltningsdomstol for Lombardiet) tog ikke søgsmålet til følge, og den respektive dom blev stadfæstet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager).
- 3 I mellemtiden fastlagde Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (de italienske konkurrencemyndigheder, herefter »AGCM«), at visse af tilbudsgiverne i den ovennævnte procedure havde begået en alvorlig overtrædelse af artikel 101 TEUF i perioden fra 2001 til august 2017, idet de bl.a. havde indgået en aftale vedrørende fastsættelse af priser på helikoptertjenesteydelser, og pålagde dem derfor bøder. AGCM fandt dog ikke, at der forelå en konkurrencebegrænsende aftale. Derfor blev kontraktens tre dele den 2. marts 2020 tildelt RT (delene 1 og 2) og BO (del 3).
- 4 Ud over JF – et andet selskab, som ikke er part i hovedsagen – anfægtede RT og BO de pålagde bøder ved TAR Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio). Denne forvaltningsdomstol tog ingen af søgsmålene til følge, og de respektive domme – med undtagelse af et søgsmål, som stadig verserer – blev stadfæstet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager).
- 5 VZ oplyste den 1. juni 2020 CA om en af dommene afsagt af TAR Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) og indgav endvidere bevis på i oktober 2019 at have opnået den certificering, som var påkrævet for at deltage i udbudsproceduren, hvilket krav selskabet tidligere ikke opfyldte.
- 6 Sagsøgeren har derfor ikke interesse i tildelingen af kontrakten, men interesse i, at hele udbudsproceduren annulleres, således at sagsøgeren efterfølgende kan deltage i en ny udbudsprocedure.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 7 RT og BO har gjort gældende, at fastsættelsen af priserne ikke sigtede mod at give retningslinjer vedrørende tjenesteydelseernes pris og ikke blev anvendt af de ordregivende myndigheder for at definere udbudssummerne i udbudsprocedurerne. De har endvidere gjort gældende, at denne fastsættelse af priserne hverken var bindende for de ordregivende myndigheder eller kunne bevirke begrænsninger af konkurrencen.

- 8 VZ har gjort gældende, at den dom afsagt af TAR Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio), som VZ oplyste CA om, konkret påvirker vurderingen af den valgte tilbudsgivers integritet og pålidelighed i forbindelse med leveringen af redningstjeneste med helikopter, og dette selv om kontrakten allerede er blevet tildelt, fordi det udgør en alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, som er blevet fastlagt under en retssag.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 9 Sagsøgeren blev endeligt udelukket fra udbudsproceduren og ville derfor savne søgsmålsinteresse vedrørende tildelingen og, mere generelt, alle udbudsprocedurens retsakter. Imidlertid nærer den forelæggende ret tvivl i den konkrete situation af følgende grunde.
- 10 I lyset af retspraksis i kølvandet på Domstolens dom i sag C-100/12 og sag C-689/13 har italiensk retspraksis fundet, at et søgsmål, som en tilbudsgiver, der er blevet udelukket fra en udbudsprocedure med kun to deltagere, fordi vedkommende ikke opfylder mindstekravene, har anlagt med henblik på at opnå iværksættelsen af en ny udbudsprocedure, kan antages til realitetsbehandling. Selv ifølge denne nye tilgang kræver interessen vedrørende et søgsmål af denne art dog, at indsigelserne fremsættes inden for rammerne af én og samme klageprocedure, og at udelukkelsen af tilbudsgiveren endnu ikke er blevet endelig på tidspunktet for sagsanlægget, hvilket er på linje med det, som Domstolen fastslog i sag C-355/15. På denne baggrund ville det foreliggende søgsmål skulle afvises.
- 11 Da udbudsproceduren blev gennemført, kunne den valgte tilbudsgiver og alle de øvrige tilbudsgivere, der er placeret på ranglisten, teoretisk set udelukkes, fordi de havde indgået en konkurrencebegrænsende aftale. Ifølge Domstolen udgør en overtrædelse af konkurrenceretten, som AGCM har fastlagt og sanktioneret ved en foranstaltning, som er stadfæstet af en retsinstans, en alvorlig fejl, som den økonomiske aktør har begået i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv (sag C-425/18). På daværende tidspunkt var eksistensen og betydningen af aftalen imidlertid endnu ikke fastlagt under en retssag, hvorfor sagsøgeren ikke kunne anfægte beslutningen om at give den valgte tilbudsgiver og de øvrige karteldeltagerne adgang til udbudsproceduren. Den forelæggende ret nærer således tvivl om, hvorvidt denne manglende mulighed er rimelig, fordi den hovedsageligt afhænger af den tid, som er nødvendig for at fastlægge aftalen, dvs. tilfældige omstændigheder.
- 12 I sag C-355/15 havde den tilbudsgiver, som var blevet endeligt udelukket, indgivet klage over tildelingen, og således over en foranstaltning, som var tæt knyttet til vedkommendes udelukkelse og truffet inden for rammerne af samme procedure. I det foreliggende søgsmål har sagsøgeren derimod bestridt, at den ordregivende myndighed anså et forhold, som indtrådte efterfølgende og var uvedkommende for den procedure, som førte til vedkommendes udelukkelse (dvs.

den dom, hvorved TAR Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) stadfæstede den af AGCM pålagte bøde), for at være irrelevant med hensyn til annulleringen af tildelingen, hvilken omstændighed fører den forelæggende ret til at nære tvivl om, hvorvidt de i sag C-355/15 fastslåede principper kan anvendes i den foreliggende situation.

- 13 Afslutningsvis fandt Domstolen i sag C-333/18, at søgsmålet anlagt af den tilbudsgiver, som er blevet indplaceret som nummer tre på ranglisten – med henblik på at anfægte beslutningen om at give kun de to højere placerede tilbudsgivere adgang til udbudsproceduren, selv såfremt den førstnævnte tilbudsgivers bud findes retsstridigt, og selv såfremt der er andre tilbudsgivere, som er placeret på en lavere plads på ranglisten – skal antages til realitetsbehandling, fordi den ordregivende myndighed, såfremt der gives medhold i et søgsmål, som en afvist tilbudsgiver har anlagt, kan beslutte at annullere proceduren og iværksætte en ny udbudsprocedure (præmis 28). Angående vurderingen af den nuværende sagsøgers søgsmålsinteresse synes vedkommendes stilling derfor at ligne den, som var genstand for sag C-333/18.
- 14 Direktiv 2007/66/EF udelukker tilsyneladende ikke muligheden for en tilbudsgiver, som er endeligt udelukket, for at bestride, at den valgte tilbudsgiver opfyldte kravene for deltagelse, fordi direktivet sigter mod sikre adgang til en klageprocedure, ud over for alle personer, der har interesse i at få tildelt en bestemt kontrakt, også for alle personer som har haft en sådan interesse (17. betragtning og artikel 1, stk. 3), som i sagsøgerens tilfælde. Desuden betragtes tilbudsgiverne som berørte, hvis de endnu ikke er endeligt udelukket (artikel 2a, stk. 2), men dette kun med hensyn til fastlæggelsen af adressaterne for beslutningen om tildeling af kontrakten, og ikke hvad angår formaliteten vedrørende et søgsmål.