FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 13 december 2001 [1]

1. Korkein hallinto-oikeus (Finland) (nedan kallad den nationella domstolen) har ställt tre frågor angående tolkningen av artiklarna 2.1, 2.2, 2.4 och 34.1 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna [2] samt artikel 36.1 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster. [3]

I — Tillämpliga bestämmelser

...

Gemenskapslagstiftningen

Direktiv 92/50

2. I artikel 1 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) *offentliga tjänsteavtal*: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av

ii) kontrakt som tilldelas inom de sektorer som avses i artiklarna 2, 7, 8 och 9 i direktiv 90/531/EEG eller som uppfyller villkoren i artikel 6.2 i samma direktiv,

...”

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177.

3 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

3. Artikel 36 i direktiv 92/50, som rubriceras "Kriterier för tilldelning av kontrakt", har följande lydelse:

"1. Utan att detta påverkar nationella lagar och andra författningar om ersättning för vissa tjänster kan de upphandlande myndigheterna tillämpa följande kriterier vid tilldelning av kontrakt:

a) När prövning av anbud skall göras till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier beroende på kontraktets art, t.ex. kvalitet, teknisk förtjänst, estetiska och funktionella förtjänster, tekniskt bistånd och kundservice.

b) Uteslutande lägsta pris.

2. Om kontraktet skall tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall de upphandlande myndigheterna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange vilka kriterier de avser att tillämpa, om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först."

Direktiv 93/38

4. I artikel 2 i direktiv 93/38 föreskrivs följande:

"1. Detta direktiv gäller upphandlande enheter som

a) är offentliga myndigheter eller offentliga företag och bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2,

b) ifall de inte är offentliga myndigheter eller offentliga företag, dock bedriver någon av de verksamheter som nämns i punkt 2 eller någon kombination av dessa, och vars verksamhet bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, beviljad av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna.

2. Detta direktiv gäller följande former av verksamhet:

...

c) Drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg, automatiska system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana.

Beträffande transporttjänster skall ett nät anses föreligga, när verksamheten styrs av villkor fastställda av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna. Till villkoren räknas bl.a. den trafikerade rutten, befintlig kapacitet eller antalet turer.

...

4. Tillhandahållande av busstransport i form av allmänna kommunikationer skall inte betraktas som verksamhet av det slag som avses i punkt 2 c, när andra företag fritt kan erbjuda samma tjänster, antingen rent generellt eller i ett visst geografiskt område, på samma villkor som de upphandlande enheterna.

..."

5. Enligt artikel 34 i direktiv 93/38 gäller följande:

"1. Utan att det påverkar tillämpningen av nationell lagstiftning och andra författningar om ersättning för vissa tjänster skall de kriterier som de upphandlande enheterna skall följa vid tilldelningen av kontrakt vara

a) antingen, då tilldelningen sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier allt efter kontraktet i fråga, t.ex. leveranstid, tid för fullgörande, driftkostnader, räntabilitet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, tekniska förtjänster, service efter upphandlingen och tekniskt underhåll, skyldigheter beträffande reservdelar, leveransgaranti och pris,

b) eller, enbart det lägsta priset.

2. Beträffande det som uppräknas i punkt 1 a skall den upphandlande enheten i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om

upphandling ange alla de kriterier som de[n] avser att tillämpa vid tilldelningen, om möjligt i ordning efter deras betydelse.

..."

6. I artikel 45.3 och 45.4 i direktiv 93/38 föreskrivs följande:

"3. Direktiv 90/531/EEG upphör att gälla från det datum då detta direktiv tillämpas av medlemsstaterna och skall gälla utan att det påverkar medlemsstaternas åtaganden avseende tidsfrister föreskrivna i artikel 37 i det direktivet.

4. Hänvisningar till direktiv 90/531/EEG skall tolkas som om [de] hänvisar till detta direktiv."

Den nationella lagstiftningen

7. Direktiv 92/50 och 93/38 har införlivats med finsk rätt genom, å ena sidan, julkisista hankinnoista annettu laki 1505/1992 (lag om offentlig upphandling), i dess ändrade lydelse enligt lag 1523/1994 och lag 725/1995 (nedan kallad lag 1505/1992) och, å andra sidan, förordning nr 243/1995 om sådan upphandling av varor, tjänster och byggnadsentreprenader som överstiger ett visst tröskelvärde och förordning nr 567/1994, i dess ändrade lydelse enligt förordning nr 244/1995, om sådan upphandling av enheter verksamma inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna som överstiger ett visst tröskelvärde (nedan kallad förordning nr 567/1994).

8. I 4 § första stycket i förordning nr 243/1995 stadgas att denna förordning inte gäller upphandling på vilken förordning nr 567/1994 tillämpas. I 1 § tionde stycket i förordning nr 567/1994 stadgas att denna förordning inte gäller sådan upphandling som avses i förordning nr 243/1995.

9. I 43 § i förordning nr 243/95 föreskrivs följande:

"1. Upphandlingsenheten skall anta antingen det anbud som totalekonomiskt är förmånligast enligt bedömningsgrunderna för upphandlingen eller det anbud som har det lägsta priset. Grunderna för en totalekonomisk bedömning kan vara till exempel pris, leveranstid, dagen då upphandlingen fullbordas, driftskostnader, kvalitet, livs-

längdskostnader, estetiska och funktionella egenskaper, tekniska företräden, underhållsservice, leveranssäkerhet, tekniskt stöd och miljöfrågor.

...»

10. På samma sätt föreskrivs i 21 § första stycket i förordning nr 567/1994 att den upphandlande enheten, av samtliga anbud, skall anta antingen det anbud som totalekonomiskt är förmånligast enligt bedömningsgrunderna för varan, tjänsten eller entreprenaden eller det anbud som har det lägsta priset. Grunderna för en totalekonomisk bedömning kan vara till exempel pris, leveranstid, driftskostnader, livslängdskostnader, kvalitet, miljökonsekvenser, estetiska och funktionella egenskaper, tekniska företräden, underhållsservice och tekniskt stöd.

II — Målet vid den nationella domstolen

Anordnandet av busstransporttjänster inom Helsingfors stad

11. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att Helsingfors stadsfullmäktige, den 27 augusti 1997, beslutade att successivt lägga ut hela Helsingfors stads bussnät på entreprenad, så att den första busslinjen som tilldelades kunde tas i drift i början av hösten år 1998.

12. Enligt de föreskrifter som reglerar Helsingfors interna kollektivtrafik är det joukkoliikennelautakunta (kollektivtrafiknämnden) och Helsingin kaupungin liikennelaitos (Helsingfors stads trafikverk, nedan kallat trafikverket), vilket lyder under denna nämnd, som, förutom när det stadgas annorlunda, ansvarar för såväl planeringen, utvecklingen, produktionen och det övriga anordnandet som övervakningen av denna kollektivtrafik.

13. Enligt de bestämmelser som är tillämpliga ankommer det på Helsingfors stads affärstjänstnämnd att fatta beslut om upphandling av den interna kollektivtrafiken utifrån de mål som Helsingfors stadsfullmäktige och kollektivtrafiknämnden har godkänt. Därutöver skall Helsingfors stads anskaffningscentral verkställa beslut som rör den interna kollektivtrafikmarknaden.

14. Vad beträffar trafikverket är detta ett affärsdrivande kommunalt verk som i

funktionellt och ekonomiskt hänseende är uppdelat i produktionsenheter beroende på transportsätt (buss, spårvagn, tunnelbana, vägar och byggnader). Produktionsenheten för busstrafiken är HKL-Bussiliikenne (nedan kallat HKL). Trafikverket består även av en enhet som är huvudansvarig för gruppen. Denna består av en planeringsenhet och en administrations- och ekonomienhet. Planeringsenheten, som fungerar som beställare, utarbetar förslag till kollektivtrafiknämnden om vilka busslinjer som skall upphandlas och vilken servicenivå som behövs. Produktionsenheterna är i ekonomiskt hänseende självständiga i förhållande till trafikverkets övriga enheter och upprättar egna redovisningar och balansräkningar.

Det omtvistade upphandlingsförfarandet

15. Genom skrivelse av den 1 september 1997 och genom ett meddelande som, den 4 september 1997, publicerades under rubriken "offentlig upphandling" i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, begärde anskaffningscentralen in anbud beträffande driften av Helsingfors interna bussnät efter ett visst rutt- och tidsschema enligt en handling som omfattade sju delar. Målet vid den nationella domstolen rör del 6 i detta meddelande om upphandling, vilken avser linje 62.

16. Det framgår av handlingarna i målet att kontraktet, enligt nämnda meddelande om upphandling, skulle tilldelas det företag som lämnat det för staden totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid denna bedömning skulle tre kriterier beaktas, närmare bestämt det totala priset för driften, kvaliteten på materialet (buss) och entreprenörens kvalitets- och miljösystem.

17. När det gäller det totala priset, till att börja med, skulle det mest intressanta anbudet uppnå 86 poäng, och de övriga anbudens poängantal beräknades med hjälp av följande formel: Antal poäng = den årliga driftskostnaden för det mest intressanta anbudet, delat med det åsyftade anbudet och multiplicerat med 86.

18. Vidare gavs, vad gäller materialet, tilläggspoäng i synnerhet för dels användande av bussar vars kväveoxidutsläpp underskred 4 g/kWh (+ 2,5 poäng/buss) eller underskred 2 g/kWh (+ 3,5 poäng/buss), dels användande av bussar vars bullernivå underskred 77 dB (+ 1 poäng/buss).

19. När det gäller entreprenörens kvalitets- och miljösystem slutligen, gavs tilläggspoäng för en rad certifierade kvalitetskriterier och för ett miljöhandlingsprogram, även det certifierat.

20. Anskaffningscentralen fick in åtta anbud beträffande del 6, inklusive de anbud som HKL och Swebus Finland Oy Ab, senare Stagecoach Finland Oy Ab och därefter Concordia Bus Finland Oy Ab (nedan kallat Concordia), lämnade. Det senare bolagets anbud innehöll två alternativa förslag, kallade A och B.

Förfarandet vid de nationella domstolarna

22. Concordia väckte talan om ogiltigförklaring av affärstjänstnämndens beslut till Kilpailuneuvosto (konkurrensrådet) (Finland). Concordia hävdade framför allt att det var oskäligt och diskriminerande att ge tilläggspoäng för material vars kväveoxidutsläpp och bullernivå understiger vissa värden. Enligt Concordia gavs tilläggspoäng för användandet av en busstyp som endast en enda anbudsgivare, det vill säga HKL, i praktiken hade möjlighet att erbjuda.

21. Affärstjänstnämnden beslutade, den 12 februari 1998, att utse HKL för driften av den linje som avsågs i del 6, eftersom dess anbud var det totalekonomiskt mest fördelaktiga. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att Concordia hade lämnat det lägsta anbudet, eftersom det fick 81,44 poäng för sitt A-förslag och 86 poäng för sitt B-förslag. HKL fick 85,75 poäng. HKL fick flest poäng för materialet, närmare bestämt 2,94, då Concordia fick 0,77 poäng för sitt A-förslag och — 1,44 poäng för sitt B-förslag. De 2,94 poäng som HKL fick i det hänseendet omfattade maximalt tillägg för såväl kväveoxidutsläpp understigande 2 g/kWh som för bullernivå understigande 77 dB. Concordia fick inte några tilläggspoäng för kväveoxidutsläpp och bullernivå. Både HKL och Concordia fick maximal poäng för sina certifierade kvalitets- och miljösystem. Under dessa omständigheter var det HKL som sammanlagt fick flest poäng, närmare bestämt 92,69. Concordia, som fick 86,21 poäng för sitt A-förslag och 88,56 poäng för sitt B-förslag, kom på andra plats.

23. Kilpailuneuvosto ogillade talan. Det ansåg att den upphandlande enheten har rätt att precisera vilket material som önskas. Upphandlingskriterierna skall dock, utifrån den upphandlande enhetens behov och servicenivån, fastställas och prövas på objektiva grunder. Den upphandlande enheten skall, i förekommande fall, kunna visa att valet och användningen av dess upphandlingskriterier är välgrundade.

24. Kilpailuneuvosto anförde att Helsingfors stads beslut att prioritera bussar som är mindre förorenande omfattas av miljöpolitiken, vars syfte är att minska de miljöskador som busstrafiken förorsakar. Detta utgör inte något fel i förfarandet. Om

kriteriet i fråga hade tillämpats på ett oskäligt sätt gentemot en konkurrent hade ett ingripande kunnat ske. Kilpailuneuvosto konstaterade i alla fall att samtliga konkurrenter hade haft möjlighet att, om de så önskade, skaffa naturgasdrivna bussar. Kilpailuneuvosto kom således fram till att det inte var styrkt att det ifrågavarande kriteriet hade varit diskriminerande gentemot sökanden.

25. Concordia har överklagat beslutet vid den nationella domstolen och yrkat att den skall upphäva Kilpailuneuvostos beslut. Utdelningen av tilläggspoäng för de minst förorenande och minst bullersamma bussarna gynnade HKL, vilket var det enda företag bland anbudsgivarna som i praktiken hade möjlighet att använda ett material som kunde få sådana poäng. Dessutom har Concordia gjort gällande att det inom ramen för den totala utvärderingen av anbuden inte fanns någon möjlighet att beakta dessa miljöskyddskriterier, eftersom de inte hade något direkt samband med föremålet för upphandlingen.

26. Den nationella domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande först och främst påpekat att det, för att man skall kunna avgöra huruvida förordning nr 243/1995 eller förordning nr 567/1994 är tillämplig i förevarande fall, skall undersökas om upphandlingen i målet vid den nationella domstolen omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 eller direktiv 93/38. Den nationella domstolen har i det avseendet konstaterat att i bilaga VII till direktiv 93/38 anges, avseende Republiken Finland, såväl offentliga och privata företag, som driver busstrafiktjänster med stöd av bestämmelserna i laki luvanvaraisesta henkilöliikentestä tiellä (lag om tillståndspliktig persontrafik på väg) som Helsingfors stads trafikverk, som driver tunnelbanan och spårvagnsnätet.

27. Den nationella domstolen har vidare anfört att en prövning av målet även kräver en tolkning av gemenskapsrättsliga bestämmelser så att den kan få reda på om en stad, när den tilldelar ett kontrakt, såsom det i målet aktuella, har rätt att beakta det föreslagna materialets påverkan på miljön. Om Concordias argument i fråga om de poäng som utdelades med beaktande av miljöskyddskriterier och andra hänsyn godtogs skulle det nämligen innebära att dess B-förslag fick fler poäng än vad HKL fick.

28. Den nationella domstolen har i detta hänseende påpekat att miljöskyddskriterier inte anges i förteckningen över de kriterier som kan användas vid fastställelsen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i artikel 36.1 a i direktiv 92/50 och artikel 34.1 a i direktiv 93/38. I domarna i målen Beentjes samt Evans Medical och Macfarlan Smith[4] fastställde domstolen emellertid att upphandlande myndigheter,

4 — Dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635), och av den 28 mars 1995 i mål C-324/93, Evans Medical och Macfarlan Smith (REG 1995, s. I-563).

vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får välja de kriterier som de vill lägga till grund för tilldelningen, under förutsättning att de väljer kriterier som är ägnade att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

29. Den nationella domstolen har slutligen hänvisat till kommissionens meddelande av den 11 mars 1998, som har rubriken "Offentlig upphandling inom Europeiska unionen" (KOM (1998) 143 slutlig), i vilket kommissionen har hävdat att miljökriterier kan användas vid valet av det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i de fall då varans miljömässiga egenskaper innebär en direkt fördel för den upphandlande enheten själv.

III — Tolkningsfrågorna

30. Den nationella domstolen har således beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall bestämmelserna rörande tillämpningsområdet för rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av anbudsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199 av den 9 augusti 1993, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), och i synnerhet artikel 2.1 a, 2.2 c och 2.4, tolkas så, att nämnda direktiv är tillämpligt på det förfarande som en stad, i egenskap av upphandlande enhet, följer vid tilldelningen av ett kontrakt avseende driften av stadens interna busstrafik när

— staden inom sina stadsgränser ansvarar för såväl planeringen, utvecklingen, produktionen som för det övriga anordnandet, exempelvis övervakningen av kollektivtrafiken,

— staden för dessa uppgifter har en kollektivtrafiknämnd och ett trafikverk, som lyder under denna nämnd,

— stadens trafikverk har en planeringsenhet som, i egenskap av beställare, utarbetar förslag till kollektivtrafiknämnden om vilka busslinjer som skall upphandlas och vilken servicenivå som behövs, och

— stadens trafikverk har produktionsenheter som i ekonomiskt hänseende är självständiga i förhållande till trafikverkets övriga enheter, däribland en enhet som producerar busstransporttjänster och som deltar i anbudsförfaranden avseende sådana tjänster?

2) Skall gemenskapslagstiftningen inom området för offentlig upphandling, och i synnerhet artikel 36.1 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209 av den 24 juli 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) eller den liknande bestämmelsen (artikel 34.1) i direktiv 93/38/EEG tolkas så att när en stad, i egenskap av upphandlande enhet, fordrar in anbud avseende driften av dess interna busstransporttjänst, vid tilldelning av kontrakt till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utöver anbudspriset, trafikidkarens kvalitets- och miljösystem eller en mängd andra materialegenskaper, även kan beakta det av företaget erbjudna materialets låga nivå av kväveoxidutsläpp eller låga bullernivå, enligt den metod som har uppgetts i meddelandet om upphandling, på så sätt att, om bussarnas kväveoxidutsläpp eller bullernivå underskrider en viss nivå, tilläggspoäng tilldelas och beaktas när anbuden jämförs?

3) Om föregående fråga besvaras jakande: Skall de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling tolkas så, att det likväl inte är tillåtet att ge tilläggspoäng för ovannämnda materialegenskaper avseende kväveoxidutsläpp och bullernivå, om det på förhand står klart att den upphandlande stadens eget ämbetsverk, vilket driver bussnätet, har möjlighet att erbjuda ett material som uppfyller ställda krav, en möjlighet som på grund av omständigheterna endast ett fåtal företag inom branschen har?"

IV — Bedömning

Den första tolkningsfrågan

31. Den nationella domstolen vill med sin första fråga i huvudsak veta huruvida direktiv 93/38 skall tolkas så, att det är tillämpligt under de omständigheter som framställs i begäran om förhandsavgörande. Svaret på denna fråga skall ge den nationella domstolen möjlighet att avgöra huruvida det är direktiv 93/38 eller direktiv 92/50 som är tillämpligt i målet vid den nationella domstolen.

Inledande synpunkter

32. Utan att åberopa rättegångshinder i egentlig mening anser vissa av de intervenerande parterna, bland andra Concordia och den nederländska regeringen, att den första frågan inte har någon betydelse för svaret på den andra och den tredje frågan. Enligt dessa är de bestämmelser som den nationella domstolen genom dess andra och tredje frågor vill att domstolen skall tolka, i stort sett identiska i de två direktiven. Därför är det inte nödvändigt att i förväg avgöra vilket av de två direktiven som är tillämpligt.

33. Det bör dock erinras om att det i princip uteslutande ankommer på de nationella domstolarna att bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att den skall kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den. [5]

5 — Dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkterna 38 och 39.

34. Det föreligger inte några sådana undantagsmässiga omständigheter i förevarande fall. Den nationella domstolen har tvärtom klargjort sambandet mellan dess första fråga och målet vid den nationella domstolen, eftersom den anger att "för att den skall kunna avgöra om förordning nr 243 eller 567 skall tillämpas i förevarande fall, måste domstolen klargöra huruvida upphandlingen i fråga omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 eller 93/38". Jag anser således att domstolen skall besvara den nationella domstolens första fråga.

Intervenienternas ståndpunkter

35. *Helsingfors stad,* den *finska,* den *grekiska* och den *österrikiska regeringen* anser att direktiv 93/38 är tillämpligt. Deras argumentation går i huvudsak ut på att trafikverket ingår i Helsingfors stads organisation. Eftersom Helsingfors stad, inklusive dess trafikverk, är en sådan offentlig myndighet som avses i artikel 2.1 a i direktiv 93/38 och som bedriver en sådan verksamhet som avses i punkt 2 c i samma artikel, är nämnda direktiv tillämpligt.

36. De tillägger att denna slutsats inte motsägs av artikel 2.4 i direktiv 93/38. De anser nämligen att denna bestämmelse inte är tillämplig, eftersom det inte framgår av

begäran om förhandsavgörande att andra enheter fritt kunde tillhandahålla busstransport på samma villkor som den upphandlande enheten.

37. *Concordia* och *kommissionen* anser däremot att direktiv 92/50 är tillämpligt. Kommissionen hävdar att det framgår av begäran om förhandsavgörande att det inte var Helsingfors stad, dess nämnder eller dess anskaffningscentral som drev det nät som tillhandahåller transport i form av allmänna kommunikationer, men att det var trafikverkets produktionsenheter som drev de nät som tillhandahöll transport i form av allmänna kommunikationer. Dessa enheter, vilka är självständiga i förhållande till trafikverkets övriga enheter, är inte att anse såsom upphandlande enheter i den aktuella upphandlingen i målet vid den nationella domstolen.

38. Den *nederländska* och den *svenska regeringen* har inte behandlat den första frågan.

39. *Förenade kungarikets regering* anser att det ankommer på den nationella domstolen att, med beaktande av artikel 2 i direktiv 93/38, avgöra vilket av de två direktiven som är tillämpligt.

Bedömning

40. Den första frågan leder till att bestämmelserna rörande tillämpningsområdet för direktiv 93/38 måste undersökas.

41. I artikel 2.1 a i direktiv 93/38 stadgas att detta direktiv gäller upphandlande enheter "som är offentliga myndigheter eller offentliga företag och bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2".

42. I förevarande fall framgår det av begäran om förhandsavgörande att det ankom på Helsingfors stads affärstjänstnämnd att fatta beslut om upphandling av den interna kollektivtrafiken. Den upphandlande enheten i målet vid den nationella domstolen är därför definitivt en offentlig myndighet i den mening som avses i artikel 2.1 a i direktiv 93/38.

43. För att direktiv 93/38 skall vara tillämpligt är det dessutom nödvändigt att den offentliga myndigheten i fråga bedriver "någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2". Den verksamhet som är intressant i förevarande fall är den som definieras i artikel 2.2 c, det vill säga "drift av nät i

syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med... bussar... ". I bestämmelsens andra stycke definieras även begreppet nät enligt följande: "Beträffande transporttjänster skall ett nät anses föreligga, när verksamheten styrs av villkor fastställda av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna. Till villkoren räknas bl.a. den trafikerade rutten, befintlig kapacitet eller antalet turer."

44. Av detta följer enligt min mening att direktiv 93/38 är tillämpligt på offentliga myndigheter som driver ett nät och som, inom ramen för detta, har för avsikt att ingå ett avtal. Däremot anser jag att direktiv 93/38 inte är tillämpligt när en upphandlande enhet begär in anbud i syfte att överlåta själva driften av detta nät åt andra.

45. Den österrikiska regeringen, som anser att direktiv 93/38 är tillämpligt därför att "driften av ett bussnät som betjänar allmänheten helt klart utgör en transporttjänst i den mening som avses i artikel 2.2 c i direktiv [93/38]" och som har konstaterat att "det, enligt begäran om förhandsavgörande, var driften av ett sådant nät som var föremål för upphandlingsförfarandet", tycks stödja tesen att direktiv 93/38 är tillämpligt av den orsaken att driften av nätet var föremål för den omtvistade upphandlingen.

46. Enligt min mening stöds emellertid inte en sådan tolkning av tillämpningsområdet för direktiv 93/38 av direktivets ordalydelse.

47. Det följer nämligen av artikel 2.1 att direktiv 93/38 bara gäller upphandlande enheter som *bedriver en verksamhet*, i förevarande fall "drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med... bussar...". Såsom framgår av artikel 2.4 är denna verksamhet, åtminstone i förevarande fall, detsamma som "tillhandahållande av busstransport i form av allmänna kommunikationer".

48. Begreppen drift och tillhandahållande antyder att den upphandlande enheten själv skall erbjuda busstransporter. För att den upphandlande enheten skall anses driva ett nät, räcker det således inte att den till exempel bestämmer vilka rutter som skall trafikeras eller antalet turer. Det framgår nämligen av artikel 2.2 c andra stycket att det förhållandet att villkor fastställs beträffande den trafikerade rutten och så vidare, inte utgör drift av ett nät, utan enbart är ett sätt att fastställa eller definiera begreppet nät. *Drift* av ett nät innebär med andra ord att själv se till att verksamheten fungerar, i princip med hjälp av egen personal och egna bussar.

49. Av detta följer att direktivet gäller upphandlande enheter som själva driver

ett bussnät och som, inom ramen för denna verksamhet, fordrar in anbud avseende exempelvis bussinköp.[6] Om en upphandlande enhet inleder ett offentligt anbudsförfarande i syfte att *överlåta driften* av ett nät *åt tredje man* agerar den däremot inte inom ramen för en verksamhet som består i att driva ett nät.

50. Denna tolkning bekräftas inte bara av artikel 2 i direktiv 93/38, utan även av förteckningen över tjänster som kan bli föremål för en sådan anbudsinfordran som regleras i samma direktiv. I artiklarna 15 och 16 i direktivet hänvisas i det avseendet till bilagorna 16 A och 16 B. De tjänster som där anges i detalj är sådana tjänster som uppenbarligen syftar till att bistå de verksamheter som den upphandlande enheten bedriver på det sätt som anges i artikel 2.2 i direktivet. Däremot går det inte att finna någon tjänst liknande den som var föremål för den omtvistade upphandlingen, det vill säga själva driften av ett bussnät.

51. Enligt min mening är det inte heller tillåtet att tolka direktiv 93/38 extensivt, så att en anbudsinfordran beträffande en sådan verksamhet som anges i artikel 2.2 c i direktivet skall kunna omfattas av dess tillämpningsområde.

52. Direktiv 93/38 utgör nämligen ett undantag från de allmänna bestämmelserna som, när det gäller tjänstekontrakt, har fastställts i direktiv 92/50. Detta bekräftas av domen i målet Telaustria och Telefonadress,[7] i vilken domstolen, i punkt 33, fastslog att "[o]m en upphandling omfattas av direktiv 93/38, som reglerar en särskild tjänstesektor, är bestämmelserna i direktiv 92/50, som är tillämpliga på tjänster i allmänhet, således inte tillämpliga".

53. Det följer av fast rättspraxis att en undantagsregel måste tolkas restriktivt,[8] vilket i förevarande fall innebär att det inte går att tolka bestämmelserna rörande tillämpningsområdet för direktiv 93/38 extensivt.

54. En upphandling som syftar till att överlåta driften av ett bussnät åt tredje man omfattas således inte av direktiv 93/38. Däremot omfattas den av direktiv 92/50, om den uppfyller samtliga villkor som uppställs däri.

6 — Se i det avseendet dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043). I det målet inledde ett vallonskt regionalt transportföretag, som i egenskap av offentligt företag drev ett nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med bussar, ett offentligt anbudsförfarande med stöd av direktiv 90/531, som sedermera har ersatts av direktiv 93/38, avseende ett varukontrakt på 307 standardbussar.

7 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745).

8 — Domen i det ovannämnda målet Evans Medical och Macfarlan Smith, punkt 48.

55. Denna precisering ger emellertid fortfarande inget svar på den nationella domstolens första fråga. Flera intervenienter har nämligen, vilket redan har påpekats, inte hänvisat till föremålet för upphandlingen, utan till det förhållandet att trafikverket (inom vilket HKL utgör en enhet), ingår i Helsingfors stads organisation. Av detta har de dragit slutsatsen att i den mån HKL tilldelas ett nät driver Helsingfors stad ett bussnät i den mening som avses i artikel 2.2 c i direktiv 93/38 och att direktivet därför är tillämpligt.

56. Detta argument kan emellertid inte heller godtas.

57. Det kan för det första konstateras att den nationella domstolen frågar domstolen huruvida direktivet är tillämpligt på en viss offentlig upphandling av tjänster. Den nationella domstolen utgår således uppenbarligen ifrån att det rör sig om en offentlig upphandling och det ankommer inte på domstolen att ifrågasätta denna bedömning.

58. Det grundläggande villkoret för en offentlig upphandling av tjänster, oavsett om den regleras av direktiv 92/50 eller 93/38, är att det finns ett skrivet avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande enhet (eller en upphandlande myndighet) och en tjänsteproducent. [9]

59. För att inte detta grundläggande villkor för en offentlig upphandling skall åsidosättas måste HKL anses utgöra en självständig enhet i förhållande till Helsingfors stad. Det kan nämligen inte röra sig om en offentlig upphandling om Helsingfors stad skall anses vara både upphandlande enhet och tjänsteproducent.

60. Om Helsingfors stad, genom sin affärstjänstnämnd, är den upphandlande enheten kan HKL per definition inte vara det. Samma sak gäller om HKL är den tjänsteproducent som driver bussnätet. Då kan Helsingfors stad per definition inte göra det. Helsingfors stad bedriver således inte den verksamhet som består i att driva ett bussnät, såsom krävs enligt artikel 2.2 c i direktiv 93/38, varför direktivet i fråga inte är tillämpligt.

61. Jag föreslår således att den första frågan skall besvaras på så sätt, att bestämmelserna rörande tillämpningsområdet för rådets direktiv 93/38, och i synnerhet

9 — Se artiklarna 1 a i direktiv 92/50 och 1.4 i direktiv 93/38.

artikel 2.1 a, 2.2 c och 2.4, inte skall tolkas så, att nämnda direktiv är tillämpligt på det förfarande som en stad, i egenskap av upphandlande enhet, följer vid tilldelningen av ett kontrakt avseende driften av stadens interna busstrafik när

— staden inom sina stadsgränser ansvarar för såväl planeringen, utvecklingen, produktionen som för det övriga anordnandet, exempelvis övervakningen av kollektivtrafiken,

— staden för dessa uppgifter har en kollektivtrafiknämnd och ett trafikverk, som lyder under denna nämnd,

— stadens trafikverk har en planeringsenhet som, i egenskap av beställare, utarbetar förslag till kollektivtrafiknämnden om vilka busslinjer som skall upphandlas och vilken servicenivå som behövs, och

— stadens trafikverk har produktionsenheter som i ekonomiskt hänseende är självständiga i förhållande till trafikverkets övriga enheter, däribland en enhet som producerar busstransporttjänster och som deltar i anbudsförfaranden avseende sådana tjänster.

Den andra tolkningsfrågan

62. Den nationella domstolen vill med sin andra fråga i huvudsak veta om det enligt artikel 36.1 i direktiv 92/50 eller artikel 34.1 i direktiv 93/38 är tillåtet att, vid tilldelning av ett kontrakt till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, beakta låga kväveoxidutsläpp och låg bullernivå, på så sätt att tilläggspoäng tilldelas och beaktas när anbuden jämförs, om bussarnas kväveoxidutsläpp eller bullernivå underskrider en viss nivå.

Intervenienternas synpunkter

63. *Concordia* anser att enligt ordalydelsen i direktiv 92/50 skall de upphandlingskriterier som används vid ett offentligt anbudsförfarande alltid vara av ekonomisk beskaffenhet. Om målsättningen för den upphandlande myndigheten är att ta hän-

syn till miljön eller andra faktorer, skall den använda sig av något annat förfarande än ett offentligt anbudsförfarande.

64. *Alla andra intervenienter* anser däremot att det är tillåtet att integrera miljöskyddskriterier med de kriterier som skall beaktas vid tilldelningen av ett kontrakt. De har i synnerhet hänvisat till det förhållandet att de kriterier som anges i artikel 36.1 i direktiv 92/50 och artikel 34.1 i direktiv 93/38 endast utgör exempel på kriterier som den upphandlande enheten kan beakta vid tilldelningen av ett kontrakt, till artikel 6 EG, enligt vilken miljöskyddskraven skall integreras med utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och till domarna i de ovannämnda målen Beentjes och Evans Medical och Maxfarlan Smith, enligt vilka det är tillåtet för den upphandlande enheten att välja de kriterier som är relevanta för prövningen av de anbud som har lämnats.

65. Dessa olika ställningstaganden lägger dock inte tonvikten på samma sak.

66. *Helsingfors stad,* som stöds av den *finska regeringen,* har således gjort gällande att det ligger i dess eget och i dess invånares intresse att begränsa de skadliga utsläppen så mycket som möjligt. För Helsingfors stad, som ansvarar för miljöskyddet inom sina stadsgränser, innebär det nämligen en direkt ekonomisk fördel, särskilt inom den medicinska och sociala sektorn, som tar omkring 50 procent av stadens totala budget i anspråk. Faktorer som, även i liten utsträckning, bidrar till att förbättra den allmänna hälsonivån hos invånarna leder till en snabb minskning av en stor del av kostnaderna.

67. Den *grekiska regeringen* har tillagt att de nationella myndigheternas rätt att välja kriterier för tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling förutsätter att valet inte är godtyckligt och att de villkor som beaktas inte strider mot bestämmelserna i fördraget, i synnerhet inte mot dess grundläggande principer, såsom etableringsrätten, friheten att tillhandahålla tjänster och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet.

68. Den *nederländska regeringen* har uppgett att de upphandlingskriterier som används av den upphandlande myndigheten alltid måste ha en ekonomisk dimension. Den anser emellertid att detta villkor är uppfyllt i förevarande fall, då Helsingfors stad både är upphandlande myndighet och det organ som ansvarar för finansieringen av miljöpolitiken.

69. Den *österrikiska regeringen* anser att direktiven på området för offentlig upp-

handling ger upphov till två viktiga begränsningar när det gäller valet av upphandlingskriterier. För det första måste de kriterier som väljs vara kopplade till det kontrakt som skall tilldelas och göra det möjligt att fastställa det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten. För det andra måste de kriterier som väljs kunna vägleda den upphandlande enheten så att den gör sitt val på objektiva grunder och inte innehålla godtyckliga inslag.

70. Den österrikiska regeringen anser dessutom att upphandlingskriterierna skall vara direkt kopplade till föremålet för upphandlingen, ge upphov till objektivt mätbara effekter och vara kvantifierbara rent ekonomiskt.

71. Den *svenska regeringen* har på samma sätt hävdat att den upphandlande enhetens valmöjligheter är begränsade i den mån upphandlingskriterierna skall vara kopplade till det kontrakt som skall tilldelas och vara relevanta för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare anser den att kriterierna i fråga även måste stå i överensstämmelse med fördragets bestämmelser rörande den fria rörligheten för varor och tjänster.

72. *Förenade kungarikets regering* anser att bestämmelserna i artikel 36.1 i direktiv 92/50 och i artikel 34.1 i direktiv 93/38 skall tolkas så, att en upphandlande myndighet eller enhet som anordnar ett tilldelningsförfarande avseende busstransporttjänster bland annat kan beakta miljöskyddskriterier för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, i den mån dessa kriterier gör det möjligt att jämföra samtliga anbud, har samband med den tjänst som efterfrågas och har publicerats i förväg.

73. *Kommissionen* anser slutligen att de upphandlingskriterier som kan beaktas vid fastställelsen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste uppfylla fyra villkor. Kriterierna måste vara

— objektiva,

— tillämpbara på samtliga anbud,

— direkt kopplade till föremålet för upphandlingen, och

— innebära en direkt ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten.

Bedömning

74. För att kunna besvara den andra frågan måste, för det första, ordalydelsen i direktiv 92/50, vilken jag anser är tillämplig i förevarande fall, undersökas.

75. Enligt artikel 36.1 a i direktiv 92/50 "... kan de upphandlande myndigheterna tillämpa följande kriterier vid tilldelning av kontrakt: När prövning av anbud skall göras till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier beroende på kontraktets art, *t.ex.* [10] kvalitet, teknisk förtjänst, estetiska och funktionella förtjänster, tekniskt bistånd och kundservice."

76. Helsingfors stad har hävdat att kriterierna rörande kväveoxidutsläpp och bullernivå faller under kategorierna kvalitet och teknisk förtjänst, vilka uttryckligen anges i de ovannämnda bestämmelserna. Kommissionen har, i sitt förslag till svar på den andra frågan, hänvisat till "vissa materialegenskaper".

77. Det är enligt min mening helt riktigt att se problemet ur den synvinkeln. Kriterierna rörande utsläpp har en klar koppling till det material som Helsingfors stad önskar att busstjänsten skall tillhandahålla. Det går inte att förbjuda en upphandlande myndighet att kräva bästa tillgängliga teknik (state of the art), även om den framför allt fäster vikt vid en av materialets kvaliteter, det vill säga dess egenskaper beträffande avgaser och motorljud.

78. Mer allmänt skall det påpekas att, om Helsingfors stad i förfrågningsunderlaget uttryckligen hade angivit att driften av nätet skulle ske uteslutande med hjälp av gasdrivna bussar, hade detta inneburit en "teknisk föreskrift" för den "tjänst som är föremål för upphandling" i den mening som avses i kommissionens grönbok av 1996, vilken denne har citerat. [11]

79. Kommissionen citerar även sitt meddelande om "Offentlig upphandling inom Europeiska unionen", [12] i vilket den uttryckte sig enligt följande:

"Rent allmänt har varje administration, vid beslut om vilka varor eller tjänster som

10 — Min kursivering.

11 — Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden (KOM(96) 583 slutlig) av den 27 november 1996, punkt 5.49.

12 — (KOM(98) 143 slutlig) av den 11 mars 1998.

skall köpas, möjlighet om den så önskar att välja sådana tjänster eller varor som motsvarar dess strävanden att skydda miljön, de åtgärder som vidtas skall naturligtvis stå i överensstämmelse med gemenskapsrättens regler och principer, bl.a. principen om icke-diskriminering."

80. Den som kan vidta en mera ingripande åtgärd kan emellertid också vidta en mindre ingripande åtgärd. Om den upphandlande myndigheten *ex officio* kan fastställa att bussarna skall vara gasdrivna, kan den också, inom ramen för upphandlingskriterierna, ge ett visst antal poäng till de företag som kan erbjuda bussar som uppfyller särskilt strikta miljökrav, och som endast den här typen av bussar kan uppfylla.

81. Frågan kan således, enligt min mening, besvaras enbart med hjälp av det ovan anförda.

82. Om domstolen anser att de omtvistade kriterierna skall undersökas mer fristående, det vill säga utan hänsyn till deras tekniska bakgrund, följer det emellertid enligt min mening av artikel 36.1 a i direktiv 92/50, och framför allt av de kriterier som exemplifieras, att direktiven *a priori* inte utesluter möjligheten att använda sig av miljöskyddskriterier, såsom dem som är aktuella i förevarande fall, vid tilldelningen av ett kontrakt genom offentlig upphandling. För att avgöra när det är tillåtet att beakta ett sådant kriterium skall emellertid, för det andra, domstolens rättspraxis avseende dessa eller liknande bestämmelser undersökas.

83. De två domar som parterna oftast har hänvisat till är domarna i de ovannämnda målen Beentjes och Evans Medical och Macfarlan Smith.

84. I domen i det ovannämnda målet Beentjes, i vilken rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfaranden vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten undersöktes, [13] fick domstolen tillfälle att uttala sig om det förhållandet att en anbudsgivare hade uteslutits på grund av att den inte hade möjlighet att anställa långtidsarbetslösa. I det avseendet konstaterade domstolen först "att ett sådant villkor varken har något samband med bedömningen av entreprenörernas förmåga på grundval av deras ekonomiska, finansiella och tekniska kapacitet, eller med de upphandlingskriterier som avses i artikel 29 i direktivet". [14]

85. Domstolen ansåg emellertid inte att villkoret stred mot direktiv 71/305. Dom-

13 — EGT L 185, s. 5.

14 — Domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 28.

stolen tillade nämligen att "det framgår av dom av den 9 juli 1987 [i de förenade målen CEI och Bellini [15]], att ett sådant villkor är förenligt med direktivet under förutsättning att det är förenligt med alla relevanta principer i gemenskapsrätten, särskilt med de förbud som följer av fördragets principer avseende etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster". [16]

86. Dessutom ansåg domstolen att "[ä]ven om de aktuella kriterierna inte i sig är oförenliga med direktivet krävs dock att de tillämpas med iakttagande av alla förfaranderegler i nämnda direktiv, bland annat de bestämmelser om offentliggörande som direktivet innehåller". [17]

87. Därefter fastställde domstolen, i domen i det ovannämnda målet Evans Medical och Macfarlan Smith, med hänvisning till domen i det ovannämnda målet Beentjes, att "upphandlande myndigheter vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet [får] välja ut de kriterier som de vill lägga till grund för tilldelningen, dock under förutsättning att de väljer kriterier som är ägnade att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga". [18] Domstolen kom därav fram till att "anskaffningens tillförlitlighet [således kan] omfattas av de kriterier som enligt artikel 25 i direktivet [rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, [19] i dess lydelse enligt rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988 [20]] skall läggas till grund för vilket anbud som skall anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga". [21]

88. Utöver dessa två domar finns det anledning att inom ramen för denna granskning uppmärksamma en dom av senare datum, nämligen domen av den 26 september 2000 i målet kommissionen mot Frankrike. [22] I denna dom fastställde domstolen följande:

"Domstolen erinrar om att de kriterier som de upphandlande myndigheterna skall följa vid prövning av anbud enligt artikel 30.1 i direktiv 93/37 skall vara antingen enbart det lägsta priset eller, då prövningen sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier som kan variera beroende på kontraktet, exempelvis pris, tid för fullgörande, driftkostnader, lönsamhet, teknisk förtjänst.

Denna bestämmelse utesluter dock inte all möjlighet för de upphandlande myndigheterna att som kriterium använda ett villkor som har samband med att bekämpa arbets-

15 — De förenade målen 27/86—29/86, CEI och Bellini (REG 1987, s. 3347).

16 — Domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 29.

17 — Domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 31.

18 — Domen i det ovannämnda målet Evans Medical och Macfarlan Smith, punkt 42.

19 — EGT L 13, 1977, s. 1.

20 — EGT L 127, s. 1.

21 — Domen i det ovannämnda målet Evans Medical och Macfarlan Smith, punkt 44.

22 — Mål C-225/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-7445).

lösheten, under förutsättning att detta villkor är förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, särskilt med icke-diskrimineringsprincipen sådan den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster (se, i detta avseende, domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 29).

Även om ett sådant kriterium inte i sig är oförenligt med direktiv 93/37 krävs dock att det tillämpas med iakttagande av alla förfaranderegler i nämnda direktiv, bland annat de bestämmelser om offentliggörande som direktivet innehåller (se, i detta avseende, rörande direktiv 71/305, domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 31). Härav följer att ett upphandlingskriterium som har samband med arbetslöshetsbekämpning uttryckligen skall anges i meddelandet om upphandling så att entreprenörerna kan få kännedom om att ett sådant villkor uppställs (se, i detta avseende, domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 36)." [23]

89. Även om dessa domar rör direktiv om offentlig upphandling av bygg- och anläggningskontrakt (domarna i de ovannämnda målen Beentjes och kommissionen mot Frankrike) och varukontrakt (domen i det ovannämnda målet Evans Medical och Macfarlan Smith), kan domstolens resonemang uppenbarligen tillämpas på de direktiv som rör offentlig upphandling av tjänster.

90. Domstolen hade redan, i domen i det ovannämnda målet Medical och Macfarlan Smith, konstaterat att "[d]enna rättspraxis [rättsfallet Beentjes] i fråga om offentliga bygg- och anläggningsarbeten... även [gäller] för offentlig upphandling av varor, eftersom de två slagen av upphandling inte skiljer sig åt på denna punkt". [24] Det kan konstateras att det inte heller föreligger några skillnader i förhållande till offentlig upphandling av tjänster.

91. När det gäller frågan huruvida denna rättspraxis är tillämplig i förevarande fall förefaller det uppenbart att man av ovannämnda domar kan sluta sig till att miljöskyddskriterier kan integreras med kriterierna för tilldelning av tjänstekontrakt. Likheten mellan domarna i de ovannämnda målen Beentjes och kommissionen mot Frankrike ligger enligt min mening i det förhållandet att domstolen har ansett det vara tillåtet att integrera ett kriterium som tjänar allmänintresset med upphandlingskriterierna. Domen i det ovannämnda målet Beentjes handlade om en skyldighet för anbudsgivaren att anställa långtidsarbetslösa, medan domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike rörde ett sysselsättningsvillkor, knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten.

92. Skyddet av miljön är obestridligen ett kriterium som tjänar allmänintresset. Det räcker i det avseendet att hänvisa till artikel 6 EG, enligt vilken "[m]iljöskydds-

23 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 49—51.

24 — Domen i det ovannämnda målet Evans Medical och Macfarlan Smith, punkt 43.

kraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet enligt artikel 3, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling".

93. Idén att kriterier som tjänar allmänintresset skall kunna integreras med de kriterier som gäller vid tilldelningen av ett kontrakt förefaller mig för övrigt uppvisa en viss logik, eller snarare en klar logik. Eftersom de offentliga myndigheterna har en central uppgift att tjäna allmänintresset, borde nämligen allmänintresset kunna fungera som inspirationskälla vid tilldelningen av ett offentligt upphandlingskontrakt.

94. Naturligtvis finns det gränser för möjligheten att integrera ett kriterium av allmänt intresse, såsom ett miljöskyddskriterium, med upphandlingskriterierna.

95. Jag kan, utifrån domarna i de ovannämnda målen Beentjes och kommissionen mot Frankrike, urskilja två begränsningar.

96. För det första måste kriteriet vara förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, särskilt med icke-diskrimineringsprincipen sådan den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster.[25]

97. För det andra krävs det att kriteriet tillämpas med iakttagande av alla förfaranderegler i det aktuella direktivet, bland annat de bestämmelser om offentliggörande som direktivet innehåller.[26] Av detta följer, såsom domstolen fastställde i domarna i de ovannämnda målen Beentjes[27] och kommissionen mot Frankrike,[28] att ett upphandlingskriterium uttryckligen skall anges i meddelandet om upphandling så att entreprenörerna kan få kännedom om att ett sådant villkor ställs.

98. Det förefaller som om dessa två begränsningar är minst lika relevanta när ett miljöskyddskriterium integreras med upphandlingskriterierna. Det är nämligen uppenbart att dessa begränsningar är nödvändiga, den första för att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten inte skall åsidosättas av hänsyn till allmänintresset, och den andra för att säkerställa att samtliga anbudsgivare behandlas lika, vilket utgör själva grunden för lagstiftningen på området för offentlig upphandling.[29] Med förbehåll för dessa två

25 — Domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 29, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 50.

26 — Domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 31, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 51.

27 — Punkt 36.

28 — Punkt 51.

29 — Dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark, kallad Stora bält (REG 1993, s. I-3353), punkt 33, svensk specialutgåva, volym 14, s. 229, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 51.

begränsningar finns det, enligt min mening, emellertid inga invändningar mot att ett kriterium av allmänt intresse, till exempel ett miljöskyddskriterium, beaktas.

99. Flera intervenienter har ändå framställt andra villkor som de anser måste vara uppfyllda för att ett miljöskyddskriterium skall kunna integreras med upphandlingskriterierna.

100. Vissa intervenienter har framhållit att miljöskyddskriteriet måste vara av ekonomisk beskaffenhet. Den nederländska regeringen anser därför att ett sådant kriterium får användas under förutsättning att det ger en fördel som är ekonomiskt mätbar, och kommissionen har hävdat att kriteriet måste ge den upphandlande myndigheten en direkt ekonomisk fördel.

101. Även om jag kan hålla med om det som flera intervenienter har påstått, nämligen att miljöskyddskriteriet i förevarande fall innebar en ekonomisk fördel för Helsingfors stad, anser jag att ett miljöskyddskriterium kan integreras med upphandlingskriterierna, utan att det för den skull är nödvändigt att fastställa att det har en ekonomisk dimension eller att det kan ge en, direkt eller inte, ekonomisk fördel för den upphandlande enheten.

102. Det skall naturligtvis medges att domstolen, i domen i det ovannämnda målet Evans Medical och Maxfarlan Smith, fastställde att "upphandlande myndigheter vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet [får] välja ut de kriterier som de vill lägga till grund för tilldelningen, dock under förutsättning att de väljer kriterier som är ägnade att fastställa vilket anbud som är det *ekonomiskt*[30] mest fördelaktiga ".[31]

103. Det går emellertid inte att, utifrån det förhållandet att det ankommer på den upphandlande enheten att avgöra vilket anbud som är det *ekonomiskt* mest fördelaktiga, dra den slutsatsen att varje kriterium nödvändigtvis måste vara av ekonomisk beskaffenhet eller ha en sådan dimension.

104. Man kan nämligen, med hänvisning till artikel 36.1 i direktiv 92/50, till exempel konstatera att den upphandlande enheten kan integrera en varas "estetiska förtjänster" bland upphandlingskriterierna. För att inte ge begreppet "ekonomisk" en överdrivet vid tolkning anser jag att estetiska förtjänster knappast kan vara av ekonomisk beskaffenhet. Det är *a fortiori* svårt att se på vilket sätt ett sådant kriterium skulle kunna ge den upphandlande myndigheten en direkt ekonomisk fördel.

105. Vi är för övrigt alla medvetna om, om inte förr så åtminstone till följd av diskus-

30 — Min kursivering.
31 — Punkt 42.

sionerna kring Kyotoprotokollet, att miljöskyddet är ett stor uppgift som angår hela världen. Det verkar därför omotiverat att inte tillåta ett miljöskyddskriterium såvida det inte ger ekonomisk fördel för den berörda upphandlande enheten. Ett sådant kriterium är även motiverat om det gagnar andra än den upphandlande enheten eller miljön i allmänhet.

106. Jag anser att villkorets orimlighet, sådant det har framställts av kommissionen, slutligen även bekräftas av kommissionens svar på en fråga som ställdes vid förhandlingen. På frågan hur det förhållandet att, såsom i förevarande fall, tilläggspoäng ges till anbudsgivare som kan erbjuda busstransporter med nedsänkbara bussar innebär en direkt ekonomisk fördel för Helsingfors stad, svarade kommissionen att detta ökar den upphandlande enhetens intäkter i takt med att rörelsehindrade och äldre personer lättare kan åka buss.

107. Bortsett från att detta på sin höjd innebär en indirekt fördel, förefaller det mer lämpligt att betrakta incitamentet att använda nedsänkbara bussar som en service åt en viss personkrets i stället för ett sätt att öka den upphandlande enhetens intäkter.

108. Den österrikiska och den svenska regeringen har tillsammans med kommissionen även hävdat att kriteriet skall vara kopplat till föremålet för upphandlingen. Enligt den österrikiska regeringen innebär detta att kriteriet skall ha samband med den tjänst som skall tillhandahållas eller det sätt på vilket den skall tillhandahållas. Enligt kommissionen måste kriteriet till och med ha en direkt koppling till föremålet för upphandlingen.

109. Det kravet är givetvis uppfyllt i förevarande fall.

110. Man kan emellertid fråga sig om det är berättigat att ställa ett sådant krav. I domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike fastställde nämligen domstolen att ett sysselsättningsvillkor, knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten, utgjorde ett giltigt upphandlingskriterium, med förbehåll för de begränsningar som omnämnts ovan. På samma sätt fastställde domstolen i domen i det ovannämnda målet Beentjes att ett krav på att anställa långtidsarbetslösa var godtagbart.

111. Båda dessa fall handlade om offentlig upphandling av bygg- och anläggningskontrakt. Dessa arbeten hade lika gärna kunnat utföras av icke arbetslösa. Kravet som ställdes hade således inget samband med föremålet för upphandlingen, det vill säga med beskaffenheten på det arbete som skulle utföras.

112. Därav sluter jag mig till att man inte kan begära att ett miljöskyddskrav, i motsats till ett anställningskrav, skall ha koppling, eller till och med vara direkt kopplat till föremålet för upphandlingen.

113. Kommissionen har slutligen även framhållit att kriteriet måste vara objektivt och tillämpbart på samtliga anbud.

114. Även om man kan fråga sig hur ett kriterium avseende ett anbuds estetiska förtjänster skall, vilket är tillåtet enligt artikel 36 i direktiv 92/50, kunna prövas på ett objektivt sätt, räcker det att konstatera att kriterierna i förevarande fall avseende kväveoxidutsläpp och bullernivå uppfyller detta krav väl.

115. Kriterierna är antingen kvantifierer eller mätbara och ger inte den upphandlande myndigheten något utrymme för en subjektiv bedömning.

116. När det gäller villkoret enligt vilket kriteriet skall vara tillämpbart på alla anbud överensstämmer det med den första begränsningen som domstolen har fastställt, det vill säga att ett upphandlingskriterium måste vara förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, *särskilt med icke-diskrimineringsprincipen* sådan den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster. [32]

117. Det följer av samtliga överväganden ovan att ett miljöskyddskriterium kan integreras med kriterierna vid tilldelning av ett kontrakt under förutsättning att det är förenligt med de grundläggande gemenskapsrättliga principerna, särskilt med icke-diskrimineringsprincipen och de fyra friheterna och tillämpas med iakttagande av alla förfaranderegler i nämnda direktiv, bland annat de bestämmelser om offentliggörande som direktivet innehåller.

118. Innan jag drar någon slutsats avseende denna fråga skall den nederländska och den österrikiska regeringens samt kommissionens gemensamma bedömning kort kommenteras. Denna bedömning rör frågan huruvida ett företags "kvalitets- och miljöprogram" kan användas vid fastställelsen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

119. Jag anser att den frågan faller utanför ifrågavarande begäran om förhandsavgörande.

32 — Domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 29, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 50.

120. Man bör i det avseendet hänvisa till den nationella domstolens formulering av frågan. Den nationella domstolen frågar huruvida Helsingfors stad, "vid tilldelning av kontrakt till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, *utöver*[33] anbudspriset, trafikidkarens kvalitets- och miljösystem eller en mängd andra materialegenskaper, *även*[34] kan beakta det av företaget erbjudna materialets låga nivå av kväveoxidutsläpp eller låga bullernivå... ".

121. Det är således uppenbart att den nationella domstolen inte frågar domstolen huruvida det är tillåtet att beakta "anbudspriset, trafikidkarens kvalitets- och miljösystem eller en mängd andra materialegenskaper" såsom upphandlingskriterium, utan enbart huruvida det är tillåtet att beakta "materialets låga nivå av kväveoxidutsläpp eller låga bullernivå".

122. Den nationella domstolen har dessutom erinrat om att HKL och Concordia erhöll lika många poäng för det kriterium som avsåg "trafikidkarens kvalitets- och miljösystem". Frågan huruvida detta kriterium är tillåtet har följaktligen ingen betydelse för lösningen på tvisten vid den nationella domstolen och jag föreslår att den därför inte behöver besvaras.

33 — Min kursivering.
34 — Min kursivering.

123. Mot bakgrund av dessa överväganden föreslår jag att den nationella domstolens fråga besvaras enligt följande: Gemenskapslagstiftningen på området för offentlig upphandling, och i synnerhet artikel 36.1 i direktiv 92/50, skall tolkas så att en stad som i egenskap av upphandlande enhet fordrar in anbud avseende driften av dess interna busstransporttjänst, kan, såsom i målet vid den nationella domstolen, vid tilldelning av kontrakt till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utöver anbudspriset, trafikidkarens kvalitets- och miljösystem eller en mängd andra materialegenskaper, beakta det av företaget erbjudna materialets låga nivå av kväveoxidutsläpp eller låga bullernivå. Kriteriet måste vara förenligt med de grundläggande gemenskapsrättliga principerna, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och de fyra friheterna och tillämpas med iakttagande av alla förfaranderegler i nämnda direktiv, bland annat de bestämmelser om offentliggörande som direktivet innehåller.

Den tredje tolkningsfrågan

124. Med den tredje frågan vill den nationella domstolen veta om det likväl inte är tillåtet att integrera ett miljökriterium om det på förhand står klart att den upphandlande stadens eget ämbetsverk har möjlighet att erbjuda ett material som uppfyller ställda krav, en möjlighet som på grund av omständigheterna endast ett fåtal företag inom branschen har.

Intervenienternas synpunkter

125. *Concordia* har hävdat att möjligheten att använda naturgasdrivna bussar, som i praktiken var de enda som uppfyllde tilläggskriteriet med avseende på låga kväveoxidutsläpp och låg bullernivå, var mycket begränsad. Vid tidpunkten för anbudsinfordran fanns det nämligen bara en enda station i hela Finland som tillhandahöll naturgas. Stationen var ett provisorium vars kapacitet skulle ha räckt till ungefär femton gasdrivna bussar. Strax innan den omtvistade anbudsinfordran meddelades hade HKL beställt elva nya gasdrivna bussar, vilket innebar att stationens kapacitet var fullt utnyttjad och att det inte fanns någon möjlighet att serva fler fordon. Dessutom var denna enda station ett provisorium. Enligt Concordia hade det varit absurt att anta att trafikidkarna skulle investera flera miljoner i nya fordon som de inte hade kunnat använda eller vars användning åtminstone hade varit synnerligen osäker.

126. Concordia har kommit fram till att HKL var den enda anbudsgivaren som verkligen hade möjlighet att erbjuda gasdrivna bussar. Av detta följer att den omtvistade anbudsinfordran, med hänsyn till att det ställdes högre krav än vad som krävs enligt Euro 2 standarden, inte hade något annat syfte än att gynna den upphandlande enhetens egen produktionsenhet. Concordia föreslår således att den tredje frågan skall besvaras på så sätt, att det inte är tillåtet att ge tilläggspoäng för låga kväveoxidutsläpp och låg bullernivå, åtminstone inte när inte samtliga företag inom branschen har någon möjlighet, inte ens teoretisk, att erbjuda tjänster som ger rätt till sådana poäng.

127. *Helsingfors stad* har för det första hävdat att den varken till följd av gemenskapslagstiftningen eller den finska lagstiftningen hade någon skyldighet att lägga ut sina egna busstransporttjänster på entreprenad. Med hänsyn till att en upphandling alltid medför både extraarbete och merkostnader skulle det inte ha funnits något rimligt motiv till att anordna denna upphandling om den hade vetat att endast dess eget ämbetsverk hade möjlighet att erbjuda ett material som uppfyllde de krav som ställdes eller om den verkligen hade velat behålla driften av denna transporttjänst för sig själv.

128. Helsingfors stad har vidare understrukit att det i dag är HKL som proportionellt sett är den stora förloraren vid tilldelningarna och att det är Concordia som har ökat sina marknadsandelar mest i Helsingfors. Helsingfors stad har även gjort gällande att Concordia, på våren år 1999, tilldelades ett upphandlingskontrakt avseende bussnätets

linje 15, enligt vilket användningen av gasdrivna bussar var ett krav. På så sätt är Concordia självt ett exempel på att alla anbudsgivare, vid varje tillfälle, har möjlighet om de så önskar att skaffa naturgasdrivna bussar.

129. Den *finska regeringen* anser att det definitivt ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida de kriterier som har angetts i det omtvistade meddelandet om upphandling är objektiva.

130. Den *grekiska regeringen* anser att den tredje tolkningsfrågan skall besvaras jakande.

131. Den *nederländska regeringen* har hävdat att det följer av domstolens rättspraxis [35] att upphandlingskriterierna måste vara objektiva och att det inte får förekomma någon diskriminering anbudsgivarna emellan.

132. I punkterna 32 och 33 i domen i det ovannämnda målet Fracasso och Leitschutz fastställde domstolen emellertid faktiskt att om det vid utgången av ett förfarande avseende offentlig upphandling endast kvarstår ett anbud, är den upphandlande myndigheten inte skyldig att ge kontraktet till den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet. Av detta följer dock inte att kriterierna är otillåtna om det endast kvarstår en anbudsgivare på grund av de upphandlingskriterier som har använts.

133. Enligt den nederländska regeringen ankommer det på den nationella domstolen att bedöma huruvida en effektiv konkurrens har äventyrats i förevarande fall.

134. Den *österrikiska regeringen* anser att användningen av de i målet vid den nationella domstolen aktuella upphandlingskriterierna i princip inte vållar några problem, inte ens när, som i förevarande fall, endast ett begränsat antal anbudsgivare har möjlighet att tillgodose dem.

135. Den österrikiska regeringen har emellertid fäst uppmärksamheten på tionde punkten i ingressen till övervägandet i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt

35 — Dom av den 16 september 1999 i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz (REG 1999, s. I-5697), punkterna 30 och 31, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Danmark.

vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten,[36] enligt vilken upphandlande myndigheter får begära eller ta emot råd som kan användas för att upprätta specifikationer för ett bestämt upphandlingsförfarande under förutsättning att dessa råd inte hindrar konkurrensen.

136. Enligt den österrikiska regeringen kan man av nämnda punkt, och av de principer som ligger till grund för direktiven på området för offentlig upphandling, dra den slutsatsen att de företag som, direkt eller indirekt, är inblandade i utformningen av en anbudsinfordran, men även de företag som är knutna till dessa om det föreligger ett styrkeförhållande dem emellan, skall uteslutas från anbudsförfarandet om deras delaktighet hindrar konkurrensen.

137. Skyddet för principen om en fri och sund konkurrens och principen om likabehandling av samtliga sökande och anbudsgivare i den mening som avses i direktiven på området för offentlig upphandling kan äventyras om en av konkurrenterna i anbudsförfarandet, direkt eller indirekt, deltar i förberedelserna av detta förfarande.

138. Den österrikiska regeringen har avseende målet vid den nationella domstolen kommit fram till att om det organisatoriska sambandet mellan Helsingfors stad och HKL medförde att den senare, oavsett hur, påverkade utformningen av upphandlingsunderlaget och i den mån HKL:s medverkan hindrade konkurrensen, borde HKL inte ha tillåtits delta i anbudsförfarandet.

139. Enligt den *svenska regeringen* medförde det förhållandet att kriterier med avseende på utsläpp beaktades i målet vid den nationella domstolen att den anbudsgivare som förfogade över gas- eller etanoldrivna bussar kompenserades för det. Enligt den svenska regeringen fanns det emellertid inget hinder för övriga anbudsgivare att skaffa sådana bussar. Dessa fordon har funnits på marknaden i många år.

140. Den svenska regeringen anser att det förhållandet att tilläggspoäng ges på grundval av låga kväveoxidutsläpp och låg bullernivå inte utgör någon direkt diskriminering, utan tillämpas generellt. Kompensationen i fråga verkar inte heller vara indirekt diskriminerande bara för att den med nödvändighet gynnade HKL. Den svenska regeringen har följaktligen konstaterat att nämnda kompensation varken hindrar den fria rörligheten för varor och tjänster eller etableringsrätten.

36 — EGT L 328, s. 1.

141. Enligt *Förenade kungarikets regering* är det inte oförenligt med direktivet att ge tilläggspoäng vid bedömningen av anbuden när man vet att endast ett fåtal företag har en chans att få sådana tilläggspoäng, under förutsättning att den upphandlande myndigheten har informerat om möjligheten att få tilläggspoäng i meddelandet om upphandling.

142. *Kommissionen* har erinrat om att enligt domstolens rättspraxis [37] är skyldigheten att respektera principen om likabehandling central i direktiven på området för offentlig upphandling, vilket innebär att den konkurrens som råder mellan anbudsgivarna inte får motverkas.

143. Med hänsyn till att parterna i målet vid den nationella domstolen har skilda ståndpunkter anser dock kommissionen att den inte kan avgöra huruvida de kriterier som har använts i förevarande fall strider mot likabehandlingsprincipen. Det ankommer således på den nationella domstolen att pröva den frågan och att på objektiva, relevanta och samstämmiga grunder, bedöma huruvida nämnda kriterier endast har använts i syfte att välja det företag som tilldelades kontraktet eller om det har använts i syfte att göra ett sådant val.

Bedömning

144. Den nationella domstolen vill veta huruvida utdelning av tilläggspoäng på grundval av materialets egenskaper i fråga om kväveoxidutsläpp och bullernivå "inte är tillåtet... om det på förhand står klart att den upphandlande stadens eget ämbetsverk, vilket driver bussnätet, har möjlighet att erbjuda ett material som uppfyller ställda krav, en möjlighet som på grund av omständigheterna endast ett fåtal företag inom branschen har".

145. Frågan är helt enkelt om principen om likabehandling åsidosätts under sådana omständigheter. Jag skall successivt undersöka om denna princip åsidosätts:

— när ett enda företag [38] kan uppfylla det omtvistade kriteriet, och

— när företaget i fråga dessutom ägs av den upphandlande myndigheten.

37 — Se domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Belgien och kommissionen mot Danmark.

38 — Det som gäller för ett företag gäller *a fortiori* när ett "fåtal företag" kan uppfylla kriteriet.

146. Med avseende på den första punkten anser jag, i likhet med den svenska regeringen, att det under sådana omständigheter som dem i målet vid den nationella domstolen varken föreligger någon direkt eller indirekt diskriminering av olika potentiella anbudsgivare.

147. Det omtvistade kriteriet var tillämpbart utan åtskillnad på samtliga anbud och publicerades av allt att döma i enlighet med kraven i direktivet.

148. För att sedan komma fram till att ifrågavarande kriterium innebär en indirekt diskriminering av Concordia räcker det inte att konstatera att detta företag behandlades annorlunda än HKL, i den meningen att det senare erhöll poäng som Concordia inte erhöll.

149. Det följer nämligen av fast rättspraxis att principen om likabehandling innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan skillnad i behandling. [39]

150. Med förbehåll för den bedömning som det ankommer på den nationella domstolen att göra förefaller det som om de båda företagen i förevarande fall inte behandlades olika enbart på grund av att de inte befann sig i samma situation, då det ena men inte det andra hade möjlighet att erbjuda det efterfrågade materialet.

151. Det förhållandet att man valde ett kriterium som ledde till skillnader i poängsättningen kan inte ses som ett tecken på att det handlar om en diskriminerande åtgärd annat än om det inte skulle finnas sakliga skäl för kriteriet i fråga med hänsyn till föremålet för upphandlingen och den upphandlande myndighetens behov.

152. Det har redan klarlagts ovan att upphandlande myndigheter inte kan förnekas rätten att kräva att den ifrågavarande tjänsten utförs med hjälp av ett material som överensstämmer med bästa tillgängliga teknik.

153. Att hävda motsatsen skulle innebära ett krav på den upphandlande myndigheten att fastställa sina kriterier utifrån de potentiella anbudsgivarna. Eftersom varje anbudsinfordran innehåller en rad kriterier, [40] borde den upphandlande myndigheten i så fall bedöma vilka kriterier som

39 — Se till exempel dom av den 17 juli 1963 i mål 13/63, Italien mot kommissionen (REG 1963, s. 335; svensk specialutgåva, volym 1, s. 189), punkt III, 4a, av den 13 december 1984 i mål 106/83, Sermide (REG 1984, s. 4209), punkt 28, av den 20 september 1988 i mål 203/86, Spanien mot rådet (REG 1988, s. 4563), punkt 25, och av den 13 december 1994 i mål C-306/93, SMW Winzersekt (REG 1994, s. I-5555), punkt 30.

40 — I förevarande fall gavs till exempel även tilläggspoäng till anbudsgivare som kunde tillhandahålla bussar med nedsänkbar front eller bussar som var helt nedsänkbara.

enbart en anbudsgivare skulle kunna uppfylla och dra tillbaka dessa kriterier. Det kan nämligen förhålla sig på det viset att en anbudsgivare inte har förmågan att uppfylla ett kriterium och att en annan anbudsgivare inte har förmågan att uppfylla ett annat kriterium.

154. Ett sådant tillvägagångssätt skulle inte bara leda till en sorts "bottenutjämning" av upphandlingskriterierna, eftersom samtliga upphandlingskriterier som verkligen är selektiva tas bort. Den rätt som domstolen har tillerkänt upphandlande myndigheter, att efter eget gottfinnande välja de kriterier som de vill lägga till grund för tilldelningen,[41] skulle dessutom förlora all mening. Vid närmare eftertanke skulle dessutom det förhållandet att kriterierna fastställs utifrån anbudsgivarna i sig innebära ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen. En upphandlande myndighet som tar bort ett kriterium från förfrågningsunderlaget på grund av att en eller flera anbudsgivare inte uppfyller detta, skulle därigenom missgynna den anbudsgivare som uppfyllde kriteriet, eftersom den fördel som anbudsgivaren hade kunnat göra gällande på så sätt skulle neutraliseras.

155. Med avseende på den första punkten har jag således slutit mig till att enbart det förhållandet att ett kriterium som endast en anbudsgivare kan uppfylla införs i förfrågningsunderlaget inte strider mot likabehandlingsprincipen.

156. Skall situationen bedömas annorlunda om anbudsgivaren i fråga, i likhet med HKL, ägs av den upphandlande myndigheten?

157. Två olika hypoteser är möjliga i det fallet:

— Enligt den första hypotesen har inte HKL någon egen beslutsrätt eller självständig ekonomisk och finansiell ställning i förhållande till den upphandlande myndigheten. I den situationen är inte direktivet tillämpligt, eftersom Helsingfors stad inte har slutit ett avtal med HKL i egenskap av tredje man.

— Enligt den andra hypotesen är HKL verkligen självständigt i förhållande till Helsingfors stad, vilket jag har utgått ifrån med hänsyn till svaret på den första frågan. Det förhållandet att HKL är "den upphandlande stadens eget ämbetsverk" ställer inte i sig till med några problem med avseende på likabehandlingsprincipen, såvida det inte går att fastställa att det omtvistade kriteriet enbart togs med för att ge HKL en fördel.[42]

41 — Domen i det ovannämnda målet Evans Medical och Macfarlan Smith, punkt 42.

42 — Jag utgår naturligtvis ifrån antagandet att den upphandlande myndigheten utdelade tilläggspoängen på ett objektivt och neutralt sätt.

158. Detta är en ren sakfråga som det ankommer på den nationella domstolen att bedöma.

159. I det sammanhanget skall jag återigen hänvisa till den österrikiska regeringens uttalanden rörande en anbudsgivares delaktighet i förberedelserna av ett upphandlingsförfarande.

160. Jag kan inte annat än helt och hållet stödja den österrikiska regeringens ståndpunkt, enligt vilken en sådan delaktighet är otillåten i den meningen att den innebär ett åsidosättande av principen om likabehandling av samtliga anbudsgivare. Man kan i detta avseende hänvisa till domen i målet Ismeri Europa mot revisionsrätten,[43] i vilken domstolen karakteriserade det förhållandet "att en person som deltar i bedömningen och urvalet av anbuden avseende ett offentligt kontrakt tilldelas kontraktet" som en "intressekonflikt" och tillade att ett sådant förhållande är "karakteristiskt för en allvarlig brist inom den berörda institutionen eller organisationen" (punkt 47).

161. Utifrån principen om likabehandling av samtliga anbudsgivare förefaller det mig som om det förhållandet att en anbudsgivare, som på allvar deltar i förberedelserna av en upphandling tilldelas kontraktet är minst lika allvarligt som att en anbudsgivare deltar i bedömningen och urvalet av anbuden.

162. Likväl innehåller inte begäran om förhandsavgörande några uppgifter som tyder på att HKL faktiskt deltog i förberedelserna av den omtvistade upphandlingen. Vid det muntliga sammanträdet underströk till och med Helsingfors stad att det inte förekommit någon sådan delaktighet. Den nationella domstolen har inte heller ställt någon fråga i det avseendet. Jag anser därför att det inte är lämpligt att avge något svar i nämnda avseende.

163. Följaktligen föreslår jag att den tredje frågan besvaras på så sätt, att rätten för en upphandlande enhet att, såsom i målet vid den nationella domstolen, integrera kriterier som rör det efterfrågade materialets kväveoxidutsläpp och bullernivå med kriterierna vid tilldelning av ett upphandlingskontrakt avseende driften av en stads interna busstransporttjänst inte kan sättas i fråga till följd av konstaterandet att enhetens eget transportföretag har möjlighet att tillhandahålla ett material som uppfyller ställda villkor, en möjlighet som endast ett fåtal företag inom branschen har, såvida det inte kan fastställas att detta kriterium har införts enbart i syfte att gynna nämnda företag.

43 — Dom av den 10 juli 2001 i mål C-315/99 P (REG 2001, s. I-5281).

V — Förslag till avgörande

164. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara de frågor som den nationella domstolen har ställt enligt följande:

1) Bestämmelserna rörande tillämpningsområdet för rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av anbudsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i synnerhet artikel 2.1 a, 2.2 c och 2.4, skall tolkas så att nämnda direktiv inte är tillämpligt på ett sådant förfarande som det som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen.

2) Gemenskapslagstiftningen på området för offentlig upphandling, i synnerhet artikel 36.1 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, skall tolkas så att en stad som i egenskap av upphandlande enhet fordrar in anbud avseende driften av dess interna busstransporttjänst, kan, såsom i målet vid den nationella domstolen, vid tilldelning av kontrakt till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utöver anbudspriset, trafikidkarens kvalitets- och miljösystem eller en mängd andra materialegenskaper, beakta det av företaget erbjudna materialets låga nivå av kväveoxidutsläpp eller låga bullernivå. Kriteriet måste vara förenligt med de grundläggande gemenskapsrättliga principerna, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och de fyra friheterna och tillämpas med iakttagande av alla förfaranderegler i nämnda direktiv, bland annat de bestämmelser om offentliggörande som direktivet innehåller.

3) Rätten för en upphandlande enhet att, såsom i målet vid den nationella domstolen, integrera kriterier som rör det efterfrågade materialets kväveoxidutsläpp och bullernivå med kriterierna vid tilldelning av ett upphandlingskontrakt avseende driften av en stads interna busstransporttjänst kan inte sättas i fråga till följd av konstaterandet att enhetens eget transportföretag har möjlighet att tillhandahålla ett material som uppfyller ställda villkor, en möjlighet som endast ett fåtal företag inom branschen har, såvida det inte kan fastställas att detta kriterium har införts enbart i syfte att gynna nämnda företag.