FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT POIARES MADURO

föredraget den 17 december 2008 [1]

1. Talan i förevarande mål, som har väckts av Europeiska kommissionen mot Grekland, avser ett kontrakt rörande ett kraftverk på ön Kreta som tilldelats genom offentlig upphandling. Kommissionen har gjort gällande att den upphandlande myndigheten har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt 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], dels genom att inte offentliggöra en inbjudan till anbudsgivning, dels genom att inte inom rimlig tid ange skälen till att ett av anbuden förkastats.

Bakgrund

2. I juli 2003 offentliggjorde Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (det offentliga energibolaget i Grekland, nedan kallat DEI) en inbjudan till anbudsgivning rörande inköp och installation av två termoelektriska enheter vid kraftverket i Atherinolakos på ön Kreta. DEI fann att de inkomna anbuden inte fullständigt uppfyllde villkoren i anbudsinfordran, varför projektet avbröts. I maj 2004 offentliggjordes avseende samma projekt en ny inbjudan till anbudsgivning som skilde sig något från den första. Alla de fem anbud som lämnades in som svar på denna andra anbudsinfordran förkastades som ”ej godtagbara”, eftersom de inte fullständigt uppfyllde vissa tekniska specifikationer, och förfarandet avbröts ännu en gång.

3. Utan att offentliggöra en ny inbjudan till anbudsgivning skrev DEI den 14 december 2004 till de fem anbudsgivare som hade deltagit i den andra omgången och uppmanade dem att inom 15 dagar inkomma med sina ”slutliga prisanbud” och samtidigt korrigera eventuella skillnader, särskilt tekniska sådana, mellan de tidigare anbuden och projektspecifikationerna. I skrivelsen förklarade DEI att man hade beslutat att inte offentliggöra någon ny inbjudan till anbudsgivning, bland annat på grund av ”ärendets tidigare förlopp”, ”den tid som behövs för att installera de två nya enheterna, nämligen 29 respektive 31 månader”, ”nödvändigheten att inom rimlig tid tillgodose det sedan 2007 brådskande behovet av el på Kreta” och ”den oförutsedda förseningen i tilldelningen av kontraktet till följd av det otillfredsställande resultatet av de tidigare anbudsinfordringarna”. Samtliga fem anbudsgivare som hade deltagit i den andra omgången inkom med nya anbud.

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

4. Den 7 februari 2005 skrev DEI till en av anbudsgivarna och meddelade, utan att ange några skäl, att dennes anbud hade förkastats. Anbudsgivaren skickade tre skrivelser till DEI den 10 och den 11 februari samt den 10 mars 2005 och två skrivelser till ministeriet för utvecklingsfrågor den 17 respektive den 31 mars 2005 och begärde att få kännedom om skälen till att anbudet hade förkastats. DEI svarade slutligen den 4 april 2005. Anbudsgivaren ansökte därefter om förbudsföreläggande vid Monomeles Protodikeio Athinon (domstol i första instans i Aten), men ansökan avslogs den 7 juli 2005. DEI tilldelade en annan anbudsgivare kontraktet den 15 september 2005.

5. Den anbudsgivare som hade fått avslag lämnade in ett klagomål till Europeiska kommissionen, vilken inledde ett fördragsbrottsförfarande mot Grekland med beaktande av att upphandlingsförfarandet hade genomförts på ett sätt som var oförenligt med gemenskapslagstiftningen och med hänsyn till det mycket höga kontraktsvärdet. Eftersom kommissionen inte var tillfreds med de grekiska myndigheternas svar på den formella underrättelsen och det motiverade yttrandet, väckte den talan vid domstolen och begärde att denna skulle förklara att Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 20.2 a, om upphandlingsförfaranden utan föregående uppmaning till anbudsgivning, och artikel 41.4, om skyldigheten att meddela anbudsgivare som har fått avslag om skälen till att deras anbud förkastats, i direktiv 93/38.

I — Avsaknad av inbjudan till anbudsgivning

6. Tillämplig bestämmelse är artikel 20.2 a i direktiv 93/38 som har följande lydelse: ”De upphandlande enheterna kan i följande fall välja ett av förfarandena utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning: … Om det i samband med uppmaning till anbudsgivning inte inkommit några anbud eller inte inkommit några godtagbara anbud, under förutsättning att det ursprungliga kontraktet inte väsentligt ändrats.” Som den grekiska regeringen helt korrekt har påpekat ger denna bestämmelse upphandlande myndigheter befogenhet att avstå från inbjudan till anbudsgivning om samtliga följande tre villkor är uppfyllda: i) en sådan inbjudan har redan gjorts, ii) inga anbud, eller inga godtagbara anbud har inkommit, och iii) de ursprungliga kontraktsvillkoren är i allt väsentligt oförändrade.

7. Det står i förevarande mål klart att det första villkoret är uppfyllt. Den grekiska regeringen och kommissionen är oeniga om huruvida även det andra och det tredje villkoret är uppfyllda.

Begreppet ej godtagbara anbud

8. De anbud som inkom som svar på den andra inbjudan till anbudsgivning förkastades av DEI som ”ej godtagbara”, eftersom de inte fullständigt överensstämde med vissa tekniska

specifikationer. Var det rätt av DEI att beteckna anbuden som ej godtagbara? Med andra ord, hur ska begreppet ”ej godtagbar” tolkas? Det här är en viktig fråga, eftersom svaret avgör huruvida den upphandlande enheten hade rätt att tilldela kontraktet utan föregående inbjudan till anbudsgivning. Om de inkomna anbuden med rätta kunde betecknas som ”ej godtagbara”, krävdes ingen ytterligare inbjudan till anbudsgivning. Om de förkastade anbuden däremot var godtagbara, var den upphandlande enheten skyldig att upprepa hela förfarandet.

9. Kommissionen anser att endast anbud som helt uppenbart inte kan uppfylla den upphandlande myndighetens behov faller inom kategorin ”ej godtagbara”. Andra skillnader av mindre allvarligt slag kan motivera att ett anbud förkastas, men innebär inte att anbudet är ”ej godtagbart” och att vägen således är öppen för den upphandlande myndigheten att tilldela kontraktet utan att följa det normala upphandlingsförfarandet. Den grekiska regeringen har däremot argumenterat för en friare definition av begreppet ”ej godtagbar”. Den grekiska regeringen har lagt stor vikt vid skäl 45 i direktivet, där det anges att ”[d]e regler som berörda myndigheter skall tillämpa, skall utgöra grunden för en god affärssed och vara så smidiga som möjligt”, och har hävdat att upphandlande myndigheter bör ha ett stort utrymme att skönsmässigt bedöma om anbud ska förkastas som ”ej godtagbara” på grund av att de inte fullständigt uppfyller de kriterier som anges i anbudsinfordran, och att de sedan bör kunna gå vidare utan en ny inbjudan till anbudsgivning.

10. Jag anser att den tolkning som har föreslagits av den grekiska regeringen är för vid. Vid bedömningen av hur stort utrymme för skönsmässig bedömning upphandlande enheter bör ha, ska man utgå från kraven i fördraget. I domen i målet Telaustria fann domstolen att koncessioner avseende offentliga tjänster inte omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven, men att upphandlande enheter som ingår i sådana är skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet, vilken förutsätter att det finns en skyldighet att lämna insyn. [3] Domstolen förklarade även syftet med skyldigheten att lämna insyn: ”[d]enna skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska”. [4] Insyn vid offentlig upphandling är således ett krav enligt gemenskapens primärrätt och förutsätter åtminstone ett visst mått av offentlighet. Det finns två orsaker till att offentlighet är viktigt: dels informeras potentiella anbudsgivare om en befintlig affärsmöjlighet, vilket i sin tur kan öka konkurrensen om kontraktet på grund av att det troligen inkommer fler anbud, dels skyddar offentligheten mot partiskhet och

3 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria (REG 2000, s. I-10745), punkterna 60–61.

4 — Ibidem, punkt 62.

korruption genom att underlätta kontroll av upphandlingsförfarandena. [5] I domstolens rättspraxis kopplas insyn samman med ickediskriminering och ses som en mekanism som garanterar att denna grundläggande gemenskapsrättsliga princip iakttas. [6]

11. Ytterligare en relevant aspekt vid tolkningen av begreppet ”ej godtagbar” är att reglerna om offentlig upphandling även har som syfte att utveckla en effektiv konkurrens på marknaden. I sin dom nyligen i målet kommissionen mot Italien, i vilket kommissionen gjorde gällande att Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt ett antal direktiv, bland annat direktiv 93/38, slog domstolen fast att ”[d]irektiven syftar till att undanröja sådan praxis som är allmänt konkurrensbegränsande och i synnerhet begränsar möjligheten för medborgare i andra medlemsstater att delta i offentliga upphandlingsförfaranden för att genomföra framför allt etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, vilka föreskrivs i artiklarna 43 EG respektive 49 EG”. [7] I ett tidigare mål som avsåg direktiv 93/37/EEG [8] förklarade domstolen att ”direktivets huvudsakliga syfte … är att skapa konkurrens inom området för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Utvecklingen av konkurrens inom gemenskapen, enligt de förfaranden som anges i direktivet, är nämligen en garanti för att det inte förekommer någon risk för favorisering från de upphandlande myndigheternas sida”. [9] En effektiv konkurrens undanröjer således hindren för nya aktörer att komma in på marknaden och är till fördel för de upphandlande enheterna som kan välja bland fler anbudsgivare och således har större möjlighet att få valuta för pengarna samt bidrar till att upprätthålla integriteten i upphandlingsförfarandena som sådana.

12. Som det framgår av de ovannämnda målen härrör kravet på inbjudan till anbudsgivning från gemenskapens primärrätt och bör uppfyllas systematiskt. Att tilldela kontrakt utan föregående inbjudan till anbudsgivning kan skada inte endast potentiella anbudsgivare utan också allmänheten, som betalar för upphandlingsprojekten genom beskattning, och kan snedvrida konkurrensen på marknaden för offentlig upphandling och därigenom hindra effektiviteten hos fördragets regler om grundläggande gemenskapsrättsliga friheter. Av denna anledning bör en bestämmelse som ger en upphandlande myndighet möjlighet att avstå från inbjudan till anbudsgivning tolkas strikt. Artikel 20.2 i direktiv 93/38 är en sådan

5 — I de nya upphandlingsdirektiven anges uttryckligen att upphandlande enheter ska iaktta kravet på insyn. I artikel 2 i det nya klassiska direktivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, EUT L 134, s. 114) och artikel 10 i det nya försörjningsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, EUT L 134, s. 1) föreskrivs att de ska ”förfara på ett öppet sätt”.

6 — Se bland annat dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia (REG 1999, s. I-8291), punkt 31, av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC (REG 2001, s. I-7725), punkt 41, och av den 19 juni 2008 i mål C-454/06, pressetext (REG 2008, s. I-4401), punkt 32.

7 — Dom av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien (REG 2008, s. I-619), punkt 2.

8 — Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54).

9 — Dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti (REG 2001, s. I-5409), punkt 75. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Impresa Lombardini (REG 2001, s. I-9233), punkt 35, och av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle (REG 2005, s. I-1), punkt 44.

bestämmelse. Den inleds med konstaterandet att en upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående uppmaning till anbudsgivning, och sedan förtecknas uttömmande i vilka fall detta är tillåtet. Domstolen har redan uttalat sig om den korrekta tolkningen av denna bestämmelse i domen i målet kommissionen mot Grekland, som avsåg artikel 20.2 c och d, om kontrakt som av tekniska eller konstnärliga skäl endast kan fullföljas av en viss leverantör respektive om synnerligen brådskande fall: ”[d]et skall … inledningsvis erinras om att bestämmelserna i artikel 20.2 c och d i direktiv 93/38, som utgör undantag till bestämmelserna om förfarandena för offentlig upphandling, skall tolkas strikt”. [10] Förevarande mål ska avgöras inom ramen för artikel 20.2 a (om avsaknad av anbud och ”ej godtagbara” anbud), som bör tolkas lika strikt som artikel 20.2 c och d med hänsyn till att det inte finns något i andan eller ordalydelsen i artikel 20.2 eller i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland som motiverar ett annat tolkningssätt.

13. Mot bakgrund av ovanstående analys kan den vida tolkning av begreppet ”ej godtagbar” som förespråkats av den grekiska regeringen inte godtas. Att ge upphandlande enheter möjlighet att förkasta inkomna anbud som ”ej godtagbara” till och med på grundval av små skillnader skulle i praktiken innebära att de ges ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att avgöra huruvida en inbjudan till anbudsgivning ska offentliggöras eller inte. En upphandlande enhet som avser att ägna sig åt ”favorisering”, för att använda samma ord som i domen i det ovannämnda målet Ordine degli Architetti, kan enkelt hitta någon punkt på vilken ett inkommet anbud inte fullständigt uppfyller kontraktsspecifikationerna, förkasta det som ”ej godtagbart” och därefter tilldela kontraktet utan föregående infordran av nya anbud. Detta gäller särskilt vid stora projekt som kräver avancerad teknisk sakkunskap och där kontraktsspecifikationerna naturligtvis är väldigt komplexa. Men det är just mot denna fara som gemenskapens upphandlingsregler är avsedda att skydda, oavsett om de föreskrivs i fördraget eller i sekundärrätten. Den tolkning som kommissionen föreslagit, det vill säga att ett anbud kan förkastas som ”ej godtagbart” och att den upphandlande enheten således får gå vidare utan inbjudan till anbudsgivning endast om anbudet inte kan uppfylla enhetens behov, ger däremot den upphandlande myndigheten ett tillräckligt utrymme att skönsmässigt bedöma de inkomna anbuden utan att gemenskapsreglerna om offentlig upphandling åsidosätts.

14. Till stöd för en vid tolkning av artikel 20.2 c i direktiv 93/38 har den grekiska regeringen i huvudsak hänvisat till skäl 45 i direktivet, där det anges att det är nödvändigt att reglerna för upphandling av försörjningstjänster är ”så smidiga som möjligt”. Den grekiska regeringen har på denna grundval dragit slutsatsen att upphandlande myndigheter i denna sektor har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid tillämpningen av direktivets bestämmelser, inbegripet bestämmelsen om ”ej godtagbara” anbud och tilldelning av kontrakt utan föregående inbjudan till anbudsgivning. Det finns två invändningar mot detta argument.

10 — Dom av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland (REG 2005, s. I-4713), punkt 33.

15. För det första är skäl 45 inte en fristående lagbestämmelse genom vilken rättigheter kan tilldelas eller skyldigheter åläggas. Detta skäl har i stället, liksom alltid när det gäller ingresser, en förklarande funktion, det vill säga det finns där för att hjälpa dem som tolkar direktivet att förstå dess syften och den anda i vilken det antogs. I förevarande fall förklaras i skäl 45 varför gemenskapslagstiftaren antog en rad upphandlingsregler för försörjningssektorn som är mindre stränga än de som antagits för andra sektorer såsom tjänster och varor. Ännu mer betydelsefullt är att artikel 20.2 i sig är ett uttryck för det mer flexibla tillvägagångssätt som tillämpas i försörjningssektorn, eftersom den ger upphandlande myndigheter möjlighet att gå vidare utan inbjudan till anbudsgivning i fler fall än vad som gäller enligt de direktiv som reglerar andra sektorer. [11] Det var med andra ord gemenskapslagstiftaren själv som beslutade på vilket sätt reglerna om försörjningstjänster skulle vara mer flexibla, genom att sätta i kraft de särskilda bestämmelserna i direktiv 93/38, och det vore fel att anta att skäl 45 ger upphandlande myndigheter ytterligare flexibilitet utöver vad som medges genom de redan flexibla bestämmelserna i direktivet.

16. För det andra har domstolen, såsom jag redan har påpekat, slagit fast att offentlighet är en positiv skyldighet som upphandlande enheter åläggs genom fördraget. Avvikelser från denna skyldighet måste uttryckligen föreskrivas i lag och ska tolkas strikt. Även om det fanns en allmän princip som medgav en flexibel tolkning av direktiv 93/38 skulle den sakna betydelse med hänsyn till de skyldigheter som följer av gemenskapens primärrätt.

17. Avslutningsvis bör något sägas om förhållandet mellan de olika upphandlingsdirektiven. Den grekiska regeringen har kraftfullt argumenterat mot kommissionens förslag att en parallell tolkning av de klassiska direktiven skulle kunna bidra till tolkningen av direktiv 93/38. Den grekiska regeringen har hävdat att det genom det sistnämnda direktivet infördes ett system med specifika regler för försörjningssektorn och att det vore fel att jämföra dem med regler som avser kontrakt om byggentreprenader eller varor. Jag instämmer inte i detta påstående. Det förekommer väldigt sällan att lagbestämmelser står isolerade. Regler behöver sättas i ett sammanhang. De får en mening när de läses i det bredare rättsliga sammanhang som de ingår i. Inom området offentlig upphandling har domstolen ofta hänvisat till upphandlingsdirektiven som en samling regler som har gemensamma syften och vilar på gemensamma principer. Jag nämnde ovan domen i målet kommissionen mot Italien, där domstolen konstaterade att direktiven 92/50, [12] 93/36, [13] 93/37 och 93/38 har som gemensamt

11 — Denna syn på ”flexibilitet” som en förklaring av karaktären hos upphandlingsreglerna i direktiv 93/38 stöds analogt, såsom kommissionen har påpekat, av skäl 28 i det nya försörjningsdirektivet, som har ersatt direktiv 93/38. Där anges avseende posttjänster att det bör föreskrivas att ”kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter som tillhandahåller posttjänster bör omfattas av de bestämmelser i detta direktiv, inklusive bestämmelserna i artikel 30, som, utöver att garantera att principerna i skäl 9 tillämpas, skapar en ram för god affärssed och erbjuder större flexibilitet än bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG …”. Här jämförs det nya försörjningsdirektivet med det nya klassiska direktivet i syfte att förklara i vilken mening bestämmelserna i det förstnämnda direktivet är flexiblare än bestämmelserna i det sistnämnda.

12 — Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

13 — Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126).

mål att undanröja konkurrensbegränsande praxis vid offentlig upphandling, [14] och det finns andra nyare exempel där domstolen har använt formuleringar som anger att upphandlingsdirektiven ska ges en systematisk och enhetlig tolkning. [15] Var domstolen då inte medveten om att varje direktiv reglerar ett skilt område av offentlig upphandling och att det finns skillnader mellan de regler som fastställs i dem? Uppenbarligen var den inte det. Vad domstolen menade var att direktiven, oavsett olikheterna mellan dem, utgör ett nätverk av regler med det gemensamma syftet att säkerställa att de offentliga upphandlingsförfarandena är rättvisa och effektiva samt medger insyn.

18. Sammanfattningsvis anser jag att DEI har åsidosatt artikel 20.2 i direktiv 93/38 genom att beteckna det förkastade anbudet som ”ej godtagbart” och genom att inte offentliggöra en inbjudan till anbudsgivning.

14 — Domen i det ovannämnda målet C-412/04, kommissionen mot Italien, punkt 2.

15 — Se bland annat dom av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Truley (REG 2003, s. I-1931), punkt 42 (”Vidare framgår det av fast rättspraxis att syftet med gemenskapsdirektiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska …”), och domen i det ovannämnda målet pressetext, punkt 31 (”Det framgår av rättspraxis att huvudsyftet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling är att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att det öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.”). Likaså i domen av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland (REG 2002, s. I-7213), punkt 91, ansåg domstolen att ”[d]et saknas … anledning att ge olika tolkning åt bestämmelser som hör till samma gemenskapsrättsliga område och som har en i huvudsak identisk lydelse”. Kriteriet är således, enligt domstolen, sakinnehållet i de bestämmelser som ska tolkas. Om sakinnehållet är lika, bör även tolkningen vara lika.

Kontraktsvillkoren

19. Eftersom det andra av de tre kraven i artikel 20.2 a inte är uppfyllt, kunde DEI inte stödja sig på denna bestämmelse, oavsett om de ursprungliga kontraktsvillkoren var oförändrade. För fullständighetens skull ska jag emellertid kortfattat förklara varför jag anser att kommissionen har rätt när den hävdar att de ursprungliga villkoren har ändrats väsentligt.

20. I den andra inbjudan till anbudsgivning angavs att skillnader mellan de tekniska specifikationer som krävdes av den upphandlande myndigheten och de som erbjöds av anbudsgivarna inte var tillåtna. Anbud som inte fullständigt uppfyllde specifikationerna kunde emellertid godtas, förutsatt att eventuella skillnader avsåg de tekniska egenskaperna hos den utrustning anbudsgivaren avsåg att använda, förtecknades separat i anbudshandlingarna och inte påverkade kraftverkets övergripande prestanda. I ett sådant fall var anbudsgivaren inte skyldig att korrigera skillnaderna och bära de ytterligare kostnaderna. I den tredje omgången av förfarandet anmodades emellertid anbudsgivarna att korrigera eventuella skillnader i de tidigare anbuden och att själva bära kostnaderna samt att lämna in en bindande förklaring om detta.

21. Den grekiska regeringen har gjort gällande att artikel 20.2 inte innebär ett förbud mot varje ändring av de ursprungliga kontraktsvillkoren, utan endast sådana som är ”väsentliga”. När referenten vid förhandlingen frågade hur den grekiska regeringens påståenden att inget av de fem anbud som hade inkommit i den andra omgången var godtagbart och att inga väsentliga ändringar tilläts i den tredje omgången är förenliga med den omständigheten att kontraktet slutligen tilldelades en av de fem anbudsgivare vars anbud ursprungligen hade förkastats, svarade regeringens ombud att de enda ändringar som DEI begärde i den tredje omgången avsåg de skillnader i de tekniska specifikationerna som hade identifierats i den andra omgången och som hade resulterat i att anbudet förkastades, medan övriga kontraktsvillkor var oförändrade.

22. Jag instämmer med den grekiska regeringen i att det relevanta kriteriet är huruvida en ändring i kontraktsvillkoren är *väsentlig*, men jag är inte övertygad om att ändringen i fråga var oväsentlig eller inte tillräckligt väsentlig i den mening som avses i artikel 20.2 a. Ett viktigt nytt villkor infördes i den tredje omgången: anbudsgivarna måste korrigera alla skillnader och själva täcka kostnaderna, trots att sådana skillnader kunde godtas enligt meddelandet om upphandling i den andra omgången. Det är uppenbart att den upphandlande myndigheten själv ansåg att denna nya skyldighet var betydelsefull, annars hade den inte begärt att de deltagande anbudsgivarna skulle inkomma med bindande förklaringar. Även ur anbudsgivarnas synvinkel är en sådan ändring av kontraktsvillkoren verkligt väsentlig, eftersom den innebär att de som inte kan eller vill korrigera skillnaderna i det ursprungliga anbudet och bära tillhörande kostnader utesluts redan från början. Sådana ändringar av de ursprungliga kontraktsvillkoren bör alltid betraktas som ”väsentliga”. Som jag redan har påpekat måste emellertid en bestämmelse som artikel 20.2 a, som ger en upphandlande enhet möjlighet att tilldela ett kontrakt utan inbjudan till anbudsgivning, tolkas strikt, eftersom den utgör ett undantag från principen om insyn som härrör ur fördraget. Upphandlande enheter kan därför avstå från en inbjudan till anbudsgivning endast om det är uppenbart att ändringarna i fråga inte kan ha en faktisk eller potentiell effekt på upphandlingsprocessen. I förevarande fall kan ändringen av kontraktsvillkoren inte anses vara oväsentlig eller inte tillräckligt väsentlig i den mening som avses i artikel 20.2 a.

23. Mot bakgrund av att DEI hade förkastat de fem anbud som inkom under den första omgången, eftersom de inte fullständigt uppfyllde kraven avseende de tekniska specifikationerna, var det i praktiken omöjligt att i den tredje omgången tilldela kontraktet till en av dessa fem anbudsgivare utan att dennes anbud först hade ändrats. DEI ändrade således kontraktsvillkoren i den tredje omgången för att säkerställa att anbudsgivarna skulle förbinda sig att korrigera eventuella skillnader och anmodade dem att utarbeta ett nytt prisanbud som inkluderade relevanta kost-

nader. Det här hade varit ett fullkomligt lämpligt förfarandesätt, om DEI hade offentliggjort en ny inbjudan till anbudsgivning. I stället inbjöd DEI endast specifika anbudsgivare att lämna anbud, trots den omständigheten att de ursprungliga kontraktsvillkoren hade ändrats väsentligt. Genom att göra detta gjorde sig DEI skyldig till en överträdelse av artikel 20.2 a i direktiv 93/38.

Brådskande karaktär

24. Enligt artikel 20.2 d i direktiv 93/38 får ett förfarande utan föregående inbjudan till anbudsgivning användas ”[i] nödvändig mån i sådana fall, då synnerlig brådska orsakad av omständigheter, som inte kunnat förutses av de upphandlande enheterna, gör det omöjligt att iaktta de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden”. Kommissionen har gjort gällande att det sätt på vilket DEI i sin skrivelse till de fem anbudsgivarna i den andra omgången motiverade sitt beslut att gå vidare utan föregående inbjudan till anbudsgivning (till exempel hänvisningen till det ”brådskande behovet” av el på Kreta, ”den tid som behövs för att installera de två nya enheterna”, ”den oförutsedda förseningen”) visar att DEI stödde sig inte endast på artikel 20.2 a utan också på artikel 20.2 d. Den grekiska regeringen instämmer inte i detta. Den har hävdat att DEI från början stödde sig endast på artikel 20.2 a och gjorde klart att skälet till att man tillämpade ett förfarande utan inbjudan till anbudsgivning var att de två föregående omgångarna inte hade gett ett tillfredsställande resultat. Detta är vad som avsågs med formuleringen ”ärendets tidigare förlopp”. Hänvisningen till den brådskande situationen var av underordnad betydelse och visade endast att en av de omständigheter DEI måste beakta var att det var nödvändigt att agera snabbt.

25. Det är riktigt att det sätt på vilket skrivelsen av den 14 december 2004 var formulerad ger intrycket att DEI hänvisar till ärendets brådskande karaktär som ett av skälen till att använda ett förfarande utan föregående inbjudan till anbudsgivning. Det är emellertid inte klarlagt huruvida detta är en fristående motivering grundad på artikel 20.2 d. Eftersom den grekiska regeringen emellertid inte har hänvisat till denna punkt, behöver domstolen inte pröva denna fråga vidare.

II — Dröjsmål med att ange skälen

26. Artikel 41.4 i direktiv 93/38 har följande lydelse: ”[d]e upphandlande enheter som utövar någon av de verksamheter som nämns i bilagorna I, II, VII, VIII och IX skall snarast möjligt efter det att en skriftlig begäran inkommit till varje anbudssökande eller anbudsgivare som har fått avslag meddela anledningen till att hans ansökan eller anbud förkastats och till varje anbudsgivare som har avgivit ett giltigt anbud meddela upplysningar om och fördelarna med det anbud som antagits samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet”. Kommissionen har gjort gällande att eftersom det dröjde två månader innan den anbudsgivare som hade fått avslag fick information om skälen, kan detta inte anses ha skett ”snarast möjligt” i den mening som avses i bestämmelsen. Den grekiska regeringen har medgett

att det förekom ett visst dröjsmål, men har gjort gällande att kriteriet för att bedöma huruvida detta utgör en överträdelse av artikel 41.4 är huruvida anbudsgivarens gemenskapsrättsliga rättigheter har åsidosatts. Den grekiska regeringens ombud hävdade vidare vid förhandlingen att det av förarbetena till artikel 41.4 – kommissionen hade ursprungligen föreslagit en frist på 15 dagar för meddelande av skälen, som i de klassiska direktiven, men när detta förslag inte godtogs av Europaparlamentet antogs begreppet ”snarast möjligt” – framgår att upphandlande myndigheter bör beviljas en viss frihet i hanteringen av begäran om att få kännedom om skälen till att ett anbud har förkastats. Enligt den grekiska regeringen kan det i förevarande fall inte anses att DEI har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt direktivet genom att ta två månader på sig att besvara begäran från den anbudsgivare som hade fått avslag, eftersom denne hade möjlighet att låta pröva huruvida den upphandlande enhetens beslut var lagenligt.

27. Jag instämmer med den grekiska regeringen i att användningen av begreppet ”snarast möjligt” utan hänvisning till en specifik tidsgräns innebär att praxis vad gäller artikel 41.4 inte bör vara alltför strikt. Den omständigheten att en frist på 15 dagar uttryckligen föreskrivs i de klassiska direktiven, [16] men inte i direktiv 93/38, tyder på att det var gemenskapslagstiftarens avsikt att frågan om hur snabbt en upphandlande enhet bör lämna svar ska avgöras från fall till fall.

28. En av de faktorer som ska beaktas vid bedömningen av vad som menas med att svara ”snarast möjligt” i ett visst fall, är huruvida anbudsgivaren har kunnat utnyttja sina möjligheter enligt gemenskapsrätten och nationell rätt att få beslutets lagenlighet prövad av domstol. Såvida den upphandlande enheten inte har förklarat varför ett visst anbud har förkastats, kan den anbudsgivare som har fått avslag inte veta huruvida det är någon mening med att väcka talan mot beslutet och på vilka grunder detta kan göras.

29. Att skydda intressena för anbudsgivare som deltar i en offentlig upphandling är emellertid endast ett av syftena med artikel 41.4. Denna bestämmelse är även avsedd att säkerställa integritet och effektivitet i upphandlingsprocessen som sådan. Här är det de upphandlande enheternas och i sista hand den skattebetalande allmänhetens intressen som skyddas. Vid tolkningen av begreppet ”snarast möjligt” bör man därför komma ihåg att upphandlande enheters skyldighet att ange skälen inom rimlig tid motverkar favorisering och främjar överensstämmelse med kraven i gemenskapsrätten.

16 — Artikel 8.1 i direktiv 93/37, artikel 7.1 i direktiv 93/36 och artikel 12.1 i direktiv 92/50.

Artikel 41.4 är en processrättslig skyddsregel som bidrar till att säkerställa att de skäl som anges för avslag av ett anbud inte används som förevändning för ett godtyckligt beviljande av kontrakt. Denna bestämmelse har med andra ord en avskräckande effekt: en upphandlande myndighet som vet att den omedelbart efter att ha valt ut ett anbud kommer att anmodas att motivera sitt val och förklara varför övriga anbud har förkastats är mindre benägen att avvika från gemenskapens upphandlingsregler.

30. Alltför långa dröjsmål med att svara på en begäran om information om skälen kan dessutom inverka avsevärt på effektiviteten. I förevarande fall betonade DEI till exempel självt att det fanns ett *brådskande* behov av ökad elförsörjning på Kreta. DEI försenade emellertid projektet med två månader genom att inte förklara varför man hade valt ett visst anbud och förkastat de övriga. Den grekiska regeringen har inte angett några skäl till DEI:s långsamhet, som knappast är förenlig med kontraktets brådskande karaktär. Mot bakgrund av att många stora projekt i olika medlemsstater i viss utsträckning finansieras genom gemenskapens budget, är det rimligt att förvänta sig att upphandlande myndigheter vid tillämpningen av gemenskapens upphandlingsregler tar hänsyn till behovet av effektivitet.

31. Det bör även påpekas att det i artikel 49.2 i det nya försörjningsdirektivet, som har ersatt direktiv 93/38, föreskrivs att upphandlande enheter ”snarast möjligt” ska underrätta anbudsgivare vars anbud förkastats om skälen till att anbudet inte har godtagits och att ”[d]en tid detta tar i anspråk får under inga omständigheter överstiga 15 dagar från det att en skriftlig begäran har mottagits”. De som utarbetade direktivet gjorde en bedömning av vad som är en godtagbar frist för att ange skälen och fråntog således upphandlande myndigheter allt utrymme för skönsmässig bedömning. Det är riktigt att av tidsmässiga skäl (*rationae temporis*) ska avgörandet av förevarande mål grundas på direktiv 93/38 och inte på direktiv 2004/17. Vi kan emellertid inte ignorera den omständigheten att gemenskapslagstiftaren har beslutat att oavsett de hänsyn som tidigare motiverade ett mer flexibelt tillvägagångssätt i denna fråga, föreligger dessa inte längre. Försörjningstjänster omfattas följaktligen numera av samma striktare regel som den som är tillämplig på kontrakt om byggentreprenader, varor och tjänster och enligt vilken fristen på 15 dagar under inga omständigheter får överskridas. Även om denna bestämmelse inte är tillämplig i förevarande mål, vore det uppenbart orimligt att föreslå att domstolen ska ignorera den. Vad som utgör en rimlig frist inom ramen för direktiv 93/38 måste avgöras från fall till fall, samtidigt som hänsyn tas till det allmänna behovet av att offentlig upphandling genomförs på ett lämpligt sätt, inte endast i syfte att skydda anbudsgivarnas rättigheter. Jag anser därför att begreppet ”snarast möjligt” bör ges en strikt tolkning och att de normala fristerna inom andra områden av offentlig upphandling bör beaktas. Jag anser att den omständigheten att DEI under två månader underlät att informera den anbudsgivare som hade fått avslag om skälen till att anbudet hade förkastats utgör en överträdelse av artikel 41.4 i direktiv 93/38, eftersom dröjsmålet inte har motiverats särskilt och uppenbart överstiger den normala frist som är tillämplig vid offentlig upphandling.

III — Förslag till avgörande

32. Jag anser att domstolen ska förklara att Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 20.2 och 41.4 i direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna genom att, via DEI, underlåta att offentliggöra en inbjudan till anbudsgivning och genom att inte snarast möjligt underrätta den anbudsgivare som hade fått avslag om skälen till att anbudet hade förkastats.