Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
RIMVYDAS NORKUS
föredraget den 10 juli 2025 [1]

Mål C-769/23

Mara soc. coop. arl
mot
Ministero della Difesa,
Gruppo Samir Global Service Srl

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Upphandlande myndighet – Italienska försvarsministeriet – Tjänstekontrakt – Transport av utrustning, inbegripet bland annat militär utrustning – Direktiv 2009/81/EG – Artikel 3 – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 16 – Blandade kontrakt som avser försvars- och säkerhetsaspekter – Fastställande av tillämpligt direktiv – Standardiserade tjänster – Arbetsintensiva tjänster – Kriterier för tilldelning av kontakt – Förbud enligt nationell rätt mot att tillämpa kriteriet lägsta pris”

I. Inledning

1. Förevarande mål rör en öppen anbudsinfordran inledd av Ministero della Difesa (Försvarsministeriet, Italien) (nedan kallat ministeriet) för tilldelning av ett kontrakt för tillhandahållande av arbetskraftstjänster avseende bland annat lastning, lossning och transport av materiel. [2] Det verkar som att ammunition och sprängämnen ingick i denna materiel. [3] De

[1] Originalspråk: engelska.

[2] I artikel 17, s. 33, i kravspecifikationerna hänvisas till ”tillfälliga arbetskraftstjänster” som består i ”att lasta och lossa, packa och packa upp paket, stapla och plocka inkommande och utgående materiel, flytta materiel och allt annat som definieras som normalt arbete för att tillgodose behoven på/i lager, fabriker, verk, marinfartyg och/eller militära flygplatser och militära enheter”. Se punkt 8 i begäran om förhandsavgörande.

[3] I sitt svar på EU-domstolens skriftliga frågor (se punkt 22 i förevarande förslag till avgörande) angav den italienska regeringen att de ifrågavarande tjänsterna avsåg transport av olika typer av varor och att det därför krävdes en enda ekonomisk aktör för varje del. Nämnda regering bekräftade även att en del (dock inte huvuddelen) av de ifrågavarande varorna utgjorde ”militär utrustning” i den mening som avses i artikel 1.6 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter eller enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (EUT L 216, 2009, s. 76). Se även Decreto di aggiudicazione prot. N. 0021670 (beslut om tilldelning, prot. nr 0021670) av den 16 november 2022, genom vilket Mara tilldelades del nr 6 och i vilket det bland annat hänvisas till ammunition och sprängämnen. I sitt svar på EU-domstolens skriftliga frågor bestred Mara att det ifrågavarande avtalet avsåg militär utrustning. Detta är en sakfråga som det i slutändan ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

ifrågavarande tjänsterna var både arbetsintensiva[4] och hade ”standardiserade egenskaper”.[5] Kontraktet i fråga tilldelades på grundval av kriteriet lägsta pris. I italiensk rätt föreskrivs emellertid att arbetsintensiva tjänstekontrakt ska tilldelas på grundval av kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket ska fastställas på grundval av det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.[6] Tjänstekontrakt med ”standardiserade egenskaper”[7] får däremot tilldelas på grundval av kriteriet lägsta pris, utom när det är fråga om arbetsintensiva tjänster.[8]

2. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) vill bland annat få klarhet i huruvida proportionalitetsprincipen och artikel 67.2 i direktiv 2014/24/EU[9] utgör hinder för förbudet i nationell rätt mot att tillämpa tilldelningskriteriet lägsta pris när de ifrågavarande tjänsterna är både arbetsintensiva och standardiserade. I andra hand vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida den upphandlande myndigheten har något utrymme för skönsmässig bedömning vid valet av tilldelningskriterium, bland annat med hänsyn till att det i kravspecifikationerna anges att de personer som anställs inom ramen för upphandlingen ska avlönas i enlighet med tillämpligt nationellt kollektivavtal för sektorn och att eventuellt erbjuden rabatt på priset enbart får baseras på anbudsgivarens potentiella vinst, vilken fastställdes till fem procent av det kontraktsvärde som angavs i meddelandet om upphandling.[10]

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2009/81

3. Artikel 1 i direktiv 2009/81, som har rubriken ”Definitioner”, har följande lydelse:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

…

6. *militär utrustning*: utrustning som är särskilt utformad eller anpassad för militära syften och som är avsedd att användas som vapen, ammunition eller krigsmateriel.

…”

[4] I enlighet med artikel 50.1 i decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016 (lagen om offentlig upphandling)) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) innebär detta att arbetskraftskostnaderna uppgår till minst hälften av det totala kontraktsbeloppet. Se punkt 13 i förevarande förslag till avgörande.

[5] Den hänskjutande domstolen har uppgett att nämnda lag inte innehåller någon definition av uttrycket ”tjänster … med ’standardiserade egenskaper’, men att det kan antas att den … avser prestationer som kännetecknas av en hög grad av upprepning och som saknar kundanpassade inslag (till exempel av teknisk eller innovativ karaktär), med avseende på vilka det är svårt att föreställa sig att en konkurrent skulle kunna tillföra något som påverkar förväntningarna på en enhetlig prestation. Av skäl som rör förfarandets kostnadseffektivitet och skyndsamhet är det således tillåtet att använda kriteriet lägsta pris, eftersom det inte finns något särskilt behov av att använda kriteriet bästa tekniska kvalitet vid jämförelsen i konkurrenshänseende”.

[6] Detta tilldelningskriterium förkortas på engelska ibland till ”MEAT”. I enlighet med tillämplig italiensk rätt ska vid tillämpning av detta tilldelningskriterium hänsyn bland annat tas till kvalitetsaspekter, miljöaspekter och sociala aspekter. Se artikel 95.6 i lagen om offentlig upphandling.

[7] I förevarande förslag till avgörande kommer jag även att hänvisa till dessa tjänster som ”standardiserade tjänster”.

[8] Se artikel 95.4 b i lagen om offentlig upphandling och punkt 15 i förevarande förslag till avgörande.

[9] Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

[10] Se, särskilt, punkterna 6, 9 och 10 i begäran om förhandsavgörande.

4. I artikel 2 i nämnda direktiv, med rubriken ”Tillämpningsområde”, anges följande:

”Med förbehåll för artiklarna 30, 45, 46, 55 och 296 i fördraget ska detta direktiv tillämpas på kontrakt som tilldelas på försvars- och säkerhetsområdet för

a) tillhandahållande av militär utrustning, inbegripet alla tillhörande delar, komponenter och/eller underenheter,

b) tillhandahållande av utrustning av känslig karaktär, inbegripet alla tillhörande delar, komponenter och/eller underenheter,

c) byggentreprenader, varor och tjänster, som direkt hänför sig till den utrustning som avses i led a och b under hela dess livslängd,

d) byggentreprenader och tjänster specifikt för militärändamål, eller byggentreprenader och tjänster av känslig karaktär.”

5. Artikel 3 i direktiv 2009/81, som har rubriken ”Blandade kontrakt”, har följande lydelse:

”1. Ett kontrakt som avser byggentreprenad, varor eller tjänster som omfattas av detta direktiv och som även omfattas av direktiv [2004/17] eller direktiv [2004/18] ska tilldelas i enlighet med detta direktiv under förutsättning att tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.

…”

6. I artikel 47 i direktiv 2009/81, som har rubriken ”Tilldelningsgrunder”, föreskrivs följande:

”1. Utan att nationella lagar och andra författningar om ersättning för vissa tjänster påverkas ska den upphandlande myndigheten eller enheten basera tilldelningen av kontrakt på endera av följande kriterier:

a) Om tilldelningen sker på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens eller enhetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga, olika kriterier som är kopplade till föremålet för det kontraktet i fråga: t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar, funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, ekonomisk livslängd, lönsamhet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga och operativa egenskaper.

b) Enbart det lägsta priset.

…”

2. Direktiv 2014/24

7. I artikel 2.1.9 i direktiv 2014/24 definieras *offentligt tjänstekontrakt* som ett offentligt kontrakt som avser tillhandahållandet av andra tjänster än de som avses i artikel 2.1.6 däri.

8. I artikel 15 i nämnda direktiv, med rubriken ”Försvar och säkerhet” anges följande:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på tilldelning av offentliga kontrakt och anordnande av projekttävlingar på försvars- och säkerhetsområdet, med undantag för följande kontrakt:

a) Kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv [2009/81].

…”

9. Artikel 16 i direktiv 2014/24, som har rubriken ”Blandad upphandling som avser försvars- eller säkerhetsaspekter”, har följande lydelse:

”1. Denna artikel ska tillämpas på blandade kontrakt som avser både upphandling som omfattas av detta direktiv och upphandling som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller direktiv [2009/81].

2. Om de olika delarna av ett visst offentligt kontrakt objektivt sett kan särskiljas får de upphandlande myndigheterna välja att tilldela separata kontrakt för de olika delarna eller att tilldela ett enda kontrakt.

…

Om de upphandlande myndigheterna väljer att tilldela ett enda kontrakt ska följande kriterier tillämpas för att fastställa de tillämpliga rättsreglerna:

…

b) Om en del av ett visst kontrakt omfattas av direktiv [2009/81] får kontraktet tilldelas i enlighet med det direktivet, förutsatt att tilldelning av ett enda kontrakt motiveras av objektiva skäl. Detta led påverkar inte de tröskelvärden och undantag som föreskrivs i det direktivet.

Beslutet att tilldela ett enda kontrakt får emellertid inte fattas i syfte att förhindra att kontraktet omfattas av antingen detta direktiv eller direktiv 2009/81/EG.

…

4. Om de olika delarna av ett visst kontrakt objektivt sett inte kan särskiljas får kontraktet tilldelas utan tillämpning av detta direktiv när det inbegriper delar på vilka artikel 346 i EUF-fördraget är tillämplig; annars får det tilldelas i enlighet med direktiv [2009/81].”

10. Artikel 18 i direktiv 2014/24, som har rubriken ”Principer för upphandling”, har följande lydelse:

”1. De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

…

2. Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga

skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.”

11. I artikel 67 i nämnda direktiv, som har rubriken ”Tilldelningskriterier”, anges följande:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av nationell lagstiftning och andra författningar avseende priset på vissa varor eller ersättning för vissa tjänster ska de upphandlande myndigheterna basera tilldelningen av offentliga kontrakt på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

2. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ur den upphandlande myndighetens synvinkel ska fastställas på grundval av priset eller kostnaden genom en analys av kostnadseffektivitet, exempelvis en analys av livscykelkostnader i enlighet med artikel 68, och får innefatta det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, vilket ska bedömas på grundval av kriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter och/eller sociala aspekter, som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga. Sådana kriterier kan omfatta t.ex.

a) kvalitet, inbegripet tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, utformning med tanke på samtliga användares behov, sociala, miljömässiga och innovativa egenskaper och handel och villkoren för handel,

b) organisation av samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet, om kvaliteten på den personal som utsetts på ett betydande sätt kan påverka nivån på kontraktets fullgörande, eller

c) eftermarknadsservice och tekniskt stöd samt leveransvillkor, såsom leveransdag, leveransprocess och leveranstid eller tid för fullgörandet.

Kostnadselementet kan också ha formen av ett fast pris eller en fast kostnad där de ekonomiska aktörerna enbart konkurrerar i fråga om kvalitetskriterier.

Medlemsstaterna får föreskriva att de upphandlande myndigheterna inte får använda enbart priset eller kostnaden som det enda tilldelningskriteriet eller begränsa användningen till vissa kategorier av upphandlande myndigheter eller vissa typer av kontrakt.

…

4. Tilldelningskriterierna får inte ha den effekten att de ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet. De ska garantera en effektiv och rättvis konkurrens och kompletteras med specifikationer som gör det möjligt att effektivt kontrollera de uppgifter som lämnas av anbudsgivarna med tanke på en bedömning av hur väl anbuden uppfyller tilldelningskriterierna. …”

12. Artikel 70 i direktiv 2014/24, med rubriken ”Villkor för fullgörande av kontrakt”, har följande lydelse:

”En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras, under förutsättning att de är kopplade till kontraktsföremålet i den mening som avses i artikel 67.3 och anges i anbudsinfordran eller upphandlingsdokumenten. Dessa krav får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, miljörelaterade, sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn.”

B. Italiensk rätt

13. I artikel 50.1 i lagen om offentlig upphandling [11] föreskrivs följande:

”Vid tilldelning av koncessionskontrakt och andra kontrakt avseende byggentreprenader och tjänster än sådana som är av intellektuell karaktär, särskilt sådana kontrakt som avser arbetsintensiva tjänster, ska meddelanden om upphandling, meddelanden och inbjudningar, i enlighet med Europeiska unionens principer, innehålla särskilda klausuler av social karaktär som syftar till att främja anställningsstabiliteteten för den anställda personalen och som föreskriver att den utvalda anbudsgivaren ska tillämpa de kollektivavtal för sektorn som avses i artikel 51 i decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 (lagstiftningsdekret nr 81 av den 15 juni 2015). Arbetsintensiva tjänster är sådana där arbetskraftskostnaden uppgår till minst 50 procent av det totala kontraktsbeloppet.”

14. Artikel 95.3 i lagen om offentlig upphandling har följande lydelse:

”Tilldelningen av följande kontrakt ska baseras uteslutande på kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket ska fastställas på grundval av bästa förhållande mellan pris och kvalitet:

a) kontrakt avseende sociala tjänster och restaurang- och måltidstjänster för vård, skola och omsorg samt arbetsintensiva tjänster, enligt definitionen i artikel 50.1 …,

…”

15. I artikel 95.4 b i lagen om offentlig upphandling anges följande:

”Kriteriet lägsta pris får användas:

…

b) för tjänster och varor med standardiserade egenskaper eller vars villkor definieras av marknaden, med undantag för sådana arbetsintensiva tjänster som avses i punkt 3 a.”

III. Det nationella målet och tolkningsfrågan

16. Den 14 juli 2022 inledde ministeriet ett öppet förfarande inom Europeiska unionen [12] för upphandling av arbetskraftstjänster avseende bland annat transport av varor under år 2023. [13] Kontraktet kunde förlängas med tre år och bestod av nio delar. Förfarandet vid den hänskjutande domstolen avser del nr 6. [14] Eftersom denna del avsåg standardiserade tjänster, användes lägsta pris som tilldelningskriterium i enlighet med artikel 95.4 b i lagen om offentlig upphandling. Mara

[11] I den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i målet.

[12] På grundval av artikel 60 i lagen om offentlig upphandling i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i målet.

[13] Meddelande om upphandling 3144713.

[14] CIG 9351659124 – NUTS-kod ITH41, avseende *’Aeronautica Militare area nord’* (*Flygvapnet, norra området*), till ett belopp av 532 786,89 euro (i anbudsinfordran uppskattat totalt belopp: 5 200 565,31 euro exklusive mervärdesskatt och/eller andra lagstadgade skatter och avgifter). Enligt den hänskjutande domstolen angavs, ”med tillämpning av [unionens] tröskelvärde och således i enlighet med artikel 35 i [lagen om offentlig upphandling,] … delens värde – inbegripet värdet av eventuella förlängningar – i kravspecifikationerna vara totalt 3 463 114,72 euro, exklusive mervärdesskatt (och kontraktets totala värde, återigen med tillämpning av det [unionsrättsliga] tröskelvärdet, angavs vara 33 803 674,52 euro, exklusive mervärdesskatt).”

s.c.r.l (nedan kallat Mara), Gruppo SAMIR Global Service s.r.l (nedan kallat Samir) och ytterligare en anbudsgivare erbjöd en rabatt på 100 procent såvitt avsåg kontraktet för del nr 6.[15] Mara tilldelades kontraktet genom lottdragning.

17. Samir överklagade detta tilldelningsbeslut till Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien).[16] Den 11 april 2023[17] biföll nämnda domstol Samirs talan och ogiltigförklarade meddelandet om upphandling såvitt avsåg den ifrågavarande delen. Denna domstol ansåg att kontraktet, i enlighet med artikel 95.3 a i lagen om offentlig upphandling, borde ha tilldelats på grundval av det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Med hänsyn till att tjänsterna i fråga var arbetsintensiva var artikel 95.4 b i lagen om offentlig upphandling, enligt vilken kriteriet lägsta pris får användas för standardiserade tjänster, inte tillämplig.

18. Mara överklagade denna dom till den hänskjutande domstolen och Samir ingav ett anslutningsöverklagande. I målet vid den hänskjutande domstolen har Mara bland annat gjort gällande att artikel 95.3 a i lagen om offentlig upphandling strider mot proportionalitetsprincipen, eftersom den går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen med direktiv 2014/24. Kriteriet lägsta pris kan godtas när det gäller i hög grad standardiserade varor eller tjänster, såsom de som är i fråga i förevarande mål, eftersom det då inte finns något verkligt behov av att inhämta differentierade tekniska anbud, vilket ”skulle förlänga anbudsförfarandet i onödan och strida mot den konstitutionella principen om god förvaltningssed”. I artikel 17 i kravspecifikationerna angavs att de anställda skulle avlönas i enlighet med det nationella kollektivavtalet för sektorn. En eventuell rabatt på priset kunde således enbart baseras på den provision som lagts på det kontraktsvärde som angavs i meddelandet om upphandling. ”Följaktligen påverkas inte målen med artikel 50 i [lagen om offentlig upphandling], som i huvudsak är att säkra sysselsättningsnivåerna och att skydda arbetstagarna genom [nationella kollektivavtal].”[18]

19. Den hänskjutande domstolen har påpekat att kriteriet lägsta pris, i enlighet med artikel 95.4 b i lagen om offentlig upphandling *får* användas för standardiserade tjänster. Enligt artikel 95.3 a i ovannämnda lag ska emellertid tilldelningen av kontrakt avseende arbetsintensiva tjänster uteslutande baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.[19] Det följer av fast nationell rättspraxis att kontrakt avseende arbetsintensiva tjänster i den mening som avses i artiklarna 50.1 och 95.3 a i lagen om offentlig upphandling under alla omständigheter ska tilldelas på grundval av kriteriet bästa förhållande mellan pris och kvalitet, även om det rör sig om standardiserade tjänster i den mening som avses i artikel 95.4 b i samma lag. Detta är i överensstämmelse med det övergripande målet i italiensk konstitutionell rätt och i unionsrätten att skydda arbetstagare.[20]

[15] Den hänskjutande domstolen har indikerat att ”i detta avseende angavs följande i artikel 17 andra stycket i kravspecifikationerna: ’med tanke på att den erfordrade rabattsatsen enbart ska tillämpas på provisionen, kommer arbetskraftskostnaderna att förbli oförändrade eftersom de anställda ska avlönas på grundval av kollektivavtalet för sektorn. Följaktligen påverkas inte målen med artikel 50 i [lagen om offentlig upphandling], som i huvudsak är att säkra sysselsättningsnivåerna och att skydda arbetstagarna genom [(nationella kollektivavtal)].’”

[16] Mara intervenerade i detta förfarande.

[17] Dom nr 6259.

[18] Se, särskilt punkt 1 i begäran om förhandsavgörande.

[19] Med förbehåll för Consiglio di Statos (Högsta förvaltningsdomstolen) kontroll, förefaller det som om nämnda domstol i det nationella målet använder begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” så, att det avser ”det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” i den mening som avses i artikel 95.3 i lagen om offentlig upphandling, snarare än i den vidare innebörd som begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” ges i artikel 67 i direktiv 2014/24. Se punkterna 44 och 45 i förevarande förslag till avgörande.

[20] Se, särskilt, dom nr 8 av den 21 maj 2019 från Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen i plenum). Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio) har därefter följt detta prejudikat i sin praxis.

20. Den hänskjutande domstolen anser att en tillämpning av den nationella lagstiftningen skulle leda till att anbudsinfordran ogiltigförklarades, eftersom ”kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” inte användes. Med hänsyn till att skyddet för arbetstagarna, som normalt säkerställs genom tillämpning av detta kriterium, uppnåddes i samma utsträckning med hjälp av ett annat kriterium i bestämmelserna för anbudsförfarandet, framstår emellertid skyldigheten att använda tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som uppenbart överdriven, oproportionerlig och omotiverad. [21]

21. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har därför beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

”Utgör principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster, enligt artiklarna 49 och 56 [FEUF], [den unionsrättsliga] proportionalitetsprincipen och artikel 67.2 i direktiv 2014/24 hinder mot tillämpningen av nationell lagstiftning om offentlig upphandling, såsom de italienska bestämmelser som återfinns i artiklarna 95.3 a, 95.4 b och 50.1 i [lagen om offentlig upphandling] och som dessutom följer av den rättsprincip som [Consiglio di Statos (Högsta förvaltningsdomstolen)] i plenum slog fast i sin dom nr 8 av den 21 maj 2019, enligt vilken upphandlande myndigheter, vid upphandling av tjänster som är av standardiserad karaktär och som samtidigt är arbetsintensiva, inte får ange lägsta pris som tilldelningskriterium, även om det i reglerna för anbudsförfarandet anges att en nedsättning av priset enbart får tillämpas på företagets provision eller potentiella vinst och utan att det påverkar arbetskraftskostnaderna?”

IV. Förfarandet vid EU-domstolen

22. Mara, Samir, den franska och den italienska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. EU-domstolen har ställt skriftliga frågor [22] till parterna och berörda parter rörande bland annat tillämpningsområdet för direktiv 2009/81 och direktiv 2014/24. EU-domstolen har även bett dem ange vilket direktiv som ska anses vara tillämpligt på det ifrågavarande kontraktet och huruvida tilldelningskriteriet för detta kontrakt skulle skilja sig beroende på vilket direktiv som är tillämpligt. Mara, den italienska regeringen och kommissionen har besvarat dessa skriftliga frågor. Parterna yttrade sig även muntligen och besvarade EU-domstolens frågor vid förhandlingen den 30 april 2025.

[21] Den hänskjutande domstolen anser att Samirs anslutningsöverklagande saknar grund och att det är nödvändigt att hänskjuta en fråga till EU-domstolen för att den ska kunna avgöra Maras överklagande.

[22] Med stöd av artikel 62.1 i domstolens rättegångsregler.

V. Bedömning

Inledande anmärkningar – De rättsregler som är tillämpliga på det i det nationella målet omtvistade kontraktet

23. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har i sin begäran om förhandsavgörande hänvisat till artiklarna 49 och 56 FEUF samt till direktiv 2014/24. Vidare inleddes anbudsinfordran av ministeriet och förefaller omfatta tjänster avseende ammunition och sprängämnen.[23] Det är således nödvändigt att undersöka om direktiv 2009/81[24] är tillämpligt på upphandlingen för att fastställa kriterierna för tilldelning av kontraktet.[25]

24. Vad gäller tillämpningen av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF ska varje nationell bestämmelse inom ett område som blivit föremål för en fullständig harmonisering på unionsnivå enligt fast rättspraxis bedömas mot bakgrund av den berörda harmoniseringsåtgärdens bestämmelser och inte mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna.[26] Såväl direktiv 2009/81 som direktiv 2014/24 föreskriver en fullständig harmonisering vad gäller de varor och tjänster som faller inom deras respektive tillämpningsområde. Av detta följer att om något av dessa direktiv är tillämpligt på anbudsinfordran avseende del nr 6, så är artiklarna 49 och 56 FEUF inte av relevans i samband med förevarande mål.

25. I sitt svar på EU-domstolens skriftliga frågor beträffande möjligheten att direktiv 2009/81 är tillämpligt angav Mara att det ifrågavarande kontraktet huvudsakligen avser lastning och lossning. Eftersom kontraktet inte avser militär utrustning, såsom ammunition och sprängämnen, omfattas det inte av tillämpningsområdet för direktiv 2009/81, såsom detta avgränsas i artikel 2 i nämnda direktiv. Den italienska regeringen har påpekat att det inte är nödvändigt att fastställa vilket direktiv som är tillämpligt. Oavsett om det är artikel 47 i direktiv 2009/81 eller artikel 67 i direktiv 2014/24 som är tillämplig på det ifrågavarande kontraktet, är det enligt båda direktiven tillåtet att använda såväl kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kriteriet lägsta pris. Kommissionen anser att beskrivningen av de tjänster som ska tillhandahållas inom ramen för del nr 6 visar, att de kan vara tjänster som ”direkt hänför sig” till ”militär utrustning” i den mening som avses i artiklarna 1.6 och 2 c i direktiv 2009/81 och att det ifrågavarande kontraktet kan falla inom tillämpningsområdet för detta direktiv. När det gäller blandade kontrakt som avser försvarsaspekter, vilka regleras av artikel 3 i direktiv 2009/81 och artikel 16 i direktiv 2014/24, framgår det tydligt av skäl 13 i sistnämnda direktiv att unionslagstiftaren har velat ge den upphandlande myndigheten ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vid valet av vilket direktiv som ska vara tillämpligt.

[23] Såsom angetts ovan bekräftade den italienska regeringen i sitt svar på de skriftliga frågorna att de ifrågavarande tjänsterna hade samband med ammunition och sprängämnen samt icke-militär utrustning.

[24] Enligt Leskovec och Škof fastställs i direktiv 2009/81 ”särskilda regler för offentlig upphandling inom försvars- och säkerhetssektorn i syfte att göra försvarsmarknaden i unionen mer öppen och konkurrenskraftig, samtidigt som enskilda medlemsstaters legitima säkerhetsintressen skyddas. Genom särskilda regler för offentlig upphandling gör [direktiv 2009/81] det möjligt att skydda konfidentiell information och förhindra att medlemsstaternas väsentliga säkerhetsintressen äventyras.” Leskovec, B, och Škof, R, ”Use of security exemption as a way to procure crucial infrastructure projects”, *Rechtspraxis der Industrie- und Infrastrukturprojekte*, vol. 1, Beck-Online, 2025, s. 59, tillgänglig på adress https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-RINPRAX-B-2025-S-59-N-1

[25] Det finns ingenting i handlingarna i målet som tyder på att artikel 346 FEUF, som rör medlemsstaternas väsentliga säkerhetsintressen, skulle ha någon bäring på det mål som är anhängigt vid den hänskjutande domstolen. Vid förhandlingen enades parterna dessutom om att denna bestämmelse inte var av relevans i samband med förevarande mål. Jag kommer därför inte att gå närmare in på denna bestämmelse i förevarande förslag till avgörande.

[26] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 september 2021, Sisal m.fl. (C-721/19 och C-722/19, EU:C:2021:672, punkt 32).

26. Det ska inledningsvis framhållas att värdet av del nr 6 överstiger de tröskelvärden som anges i både artikel 8 a i direktiv 2009/81 [27] och artikel 4 b i direktiv 2014/24. [28]

27. Vad gäller tillämpligheten av direktiv 2009/81 är den omständigheten att anbudsinfordran avseende del nr 6 utlystes av ministeriet inte i sig tillräcklig för att den ska omfattas av detta direktivs tillämpningsområde. Med hänsyn emellertid till att ammunition och sprängämnen, [29] och därmed militär utrustning i den mening som avses i artikel 1.6 i direktiv 2009/81, uppenbarligen ingår i den materiel som är föremål för tjänstekontraktet avseende del nr 6, så måste artikel 2 i nämnda direktiv, där direktivets tillämpningsområde fastställs, undersökas.

28. Det ifrågavarande kontraktet avser tillhandahållande av tjänster och inte varor eller utrustning. Artikel 2 a i direktiv 2009/81 om tillhandahållande av militär utrustning och artikel 2 b i samma direktiv om tillhandahållande av utrustning av känslig karaktär [30] är således inte tillämpliga. Artikel 2 c i direktiv 2009/81 avser tillhandahållande av tjänster som ”direkt hänför sig” till militär utrustning, medan artikel 2 d i nämnda direktiv avser tjänster ”*specifikt* för militärändamål”. [31] Med hänsyn till att ammunition och sprängämnen inbegripits i den materiel som är föremål för anbudsinfordran för tjänster avseende del nr 6 på ett något marginellt eller underordnat sätt, anser jag att artikel 2 d i direktiv 2009/81 inte är tillämplig på del nr 6. [32] Artikel 2 c i direktiv 2009/81 kan emellertid vara tillämplig, eftersom fullgörandet av kontraktet bland annat innebär transport av militär utrustning. [33] Dessutom kan tillhandahållandet av sådana tjänster tänkas möjliggöra både fysisk tillgång till militär utrustning och tillgång till känslig information [34] om denna. [35]

29. Vad gäller tillämpligheten av direktiv 2014/24 anser jag att det följer av artikel 1.1 i detta direktiv och av definitionen av *offentligt tjänstekontrakt* i artikel 2.1.9 däri att tilldelningen av kontraktet avseende del nr 6 i princip ska ske i enlighet med bestämmelserna i nämnda direktiv. De enda tillåtna undantagen från tillämpningen av direktiv 2014/24 är de undantag som uttömmande och uttryckligen anges i direktivet. [36]

[27] I dess ändrade lydelse.

[28] I dess ändrade lydelse.

[29] Det bör betonas att sprängämnen kan användas för både militära och civila ändamål. I skäl 10 i direktiv 2009/81 anges emellertid att ”[i] detta direktiv bör begreppet *militär utrustning* också omfatta produkter som, även om de ursprungligen utformades för civilt bruk, senare har anpassats efter militära syften för att användas som vapen, ammunition eller krigsmateriel”.

[30] I artikel 1.7 i direktiv 2009/81 definieras *utrustning, byggentreprenad och tjänster av känslig karaktär* som ”utrustning, byggentreprenad och tjänster som har ett säkerhetssyfte och som inbegriper, kräver och/eller innehåller sekretessbelagd information”.

[31] Min kursivering.

[32] Detta är en faktisk omständighet som det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera. I samband med förevarande förslag till avgörande räcker det att konstatera att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) i sin begäran om förhandsavgörande inte vid något tillfälle hänvisade till direktiv 2009/81 och inte heller till förekomsten av ammunition eller sprängämnen bland relevant materiel.

[33] I skäl 6 i direktiv 2009/81 hänvisas till ”kontrakt rörande logistiktjänster, transport och magasinering”. Se även bilaga I till detta direktiv, kategori nr 10, som avser ”[h]jälptjänster och tjänster i anslutning till transporter”.

[34] Se skäl 8 i direktiv 2009/81, som har följande lydelse: ”Försvars- och säkerhetsutrustning är av avgörande betydelse såväl för medlemsstaternas säkerhet och suveränitet som för unionens självständighet. Inköpen av varor, tjänster och entreprenader inom försvars- och säkerhetssektorerna är följaktligen ofta av känslig karaktär.” Enligt skäl 9 i direktiv 2009/81 ger detta dessutom ”upphov till särskilda krav, särskilt på områdena för försörjningstrygghet och informationssäkerhet. Dessa krav gäller särskilt för inköp av vapen, ammunition och krigsmateriel, samt tjänster och entreprenader som har direkt samband med dessa, avsedda för de väpnade styrkorna, men även vissa särskilt känsliga inköp på det icke-militära säkerhetsområdet. …”

[35] Såsom utrustningens art, kvantitet och placering. Detta är en faktisk omständighet som det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

[36] Se artikel 1.1 i direktiv 2014/24 och dom av den 7 september 2023, kommissionen/Polen (C-601/21, EU:C:2023:629, punkterna 69 och 70). I artikel 15.1 a i direktiv 2014/24 föreskrivs dessutom att detta direktiv ska tillämpas på tilldelning av offentliga kontrakt, med undantag för kontrakt som (i sin helhet) omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2009/81. Om, såsom kommissionen angav i sitt svar på EU-domstolens skriftliga frågor, ”det ifrågavarande kontraktet enbart rörde militär utrustning, så skulle hela kontraktet omfattas av direktiv 2009/81 och den upphandlande myndigheten skulle inte kunna tilldela det i enlighet med bestämmelserna i direktiv 2014/24”.

30. Det framgår att kontraktet avseende del nr 6 avser tjänster som delvis omfattas av direktiv 2009/81 och delvis av direktiv 2014/24. Såväl direktiv 2009/81 som direktiv 2014/24 innehåller ”lagvalsregler” för att fastställa vilka rättsregler som ska tillämpas på blandade kontrakt. Blandade kontrakt som avser tjänster som delvis omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2009/81 och delvis av tillämpningsområdet för, bland annat, direktiv 2014/24[37] regleras således av artikel 3.1 i direktiv 2009/81 och artikel 16 i direktiv 2014/24.[38]

31. I artikel 3.1 i direktiv 2009/81 anges att sådana blandade kontrakt *ska* tilldelas i enlighet med detta direktiv under förutsättning att tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.[39]

32. Lagvalsreglerna i artikel 16 i direktiv 2014/24 är mer komplexa och behandlar ett antal olika situationer.

33. Om de olika delarna av ett kontrakt *objektivt sett kan särskiljas får* de upphandlande myndigheterna välja att tilldela separata kontrakt för de olika delarna eller att tilldela ett enda kontrakt.[40] I artikel 16.2 fjärde stycket i direktiv 2014/24 klargörs att beslutet att tilldela ett enda kontrakt inte får fattas i syfte att förhindra att kontraktet omfattas av antingen direktiv 2014/24 eller direktiv 2009/81. Om de upphandlande myndigheterna väljer att tilldela ett enda kontrakt *får* kontraktet tilldelas i enlighet med direktiv 2009/81, förutsatt att tilldelning av ett enda kontrakt *motiveras av objektiva skäl*.[41] Det innebär också att de upphandlande myndigheterna *kan* välja att tilldela kontraktet i enlighet med direktiv 2014/24 om tilldelning av ett enda kontrakt motiveras av objektiva skäl.[42] Det innebär också att kontraktet *måste* tilldelas i enlighet med direktiv 2014/24 om tilldelning av ett enda kontrakt inte motiveras av objektiva skäl.[43]

[37] Artikel 3.1 i direktiv 2009/81 hänvisar faktiskt till 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, 2004, s. 114). I enlighet med artikel 91 i direktiv 2014/24 upphörde direktiv 2004/18 att gälla från och med den 18 april 2016. Hänvisningar till direktiv 2004/18 ska anses som hänvisningar till direktiv 2014/24.

[38] I enlighet med artikel 3.3 andra stycket i direktiv 2014/24 ska artikel 16 i detta direktiv tillämpas om en del av ett visst kontrakt omfattas av direktiv 2009/81.

[39] I artikel 3.3 i direktiv 2009/81 anges att ”[b]eslutet att tilldela ett enda kontrakt … emellertid inte [får] fattas i syfte att undvika att kontraktet omfattas av detta direktiv … eller direktiv [2014/24]”. Enligt skäl 24 i direktiv 2009/81 kan ”[d]en upphandlande myndigheten eller enheten … bli tvungen att tilldela ett enda kontrakt för inköp som delvis omfattas av detta direktiv och där den återstående delen omfattas av … direktiv [2014/24]. Detta gäller när den aktuella upphandlingen av objektiva skäl inte kan delas upp och tilldelas genom olika kontrakt. I dessa fall bör den upphandlande myndigheten eller enheten ha möjlighet att tilldela ett enda kontrakt under förutsättning att beslutet inte fattas i syfte att undvika att kontraktet omfattas av detta direktiv … eller direktiv [2014/24].”

[40] Se artikel 16.2 i direktiv 2014/24. Det bör betonas att direktiv 2014/24 inte innehåller några tvingande bestämmelser om hur man avgör om de olika delarna av ett kontrakt kan särskiljas eller inte. Se, analogt, artikel 3.3 i direktiv 2014/24. Enligt skäl 11 andra stycket i nämnda direktiv bör det emellertid ”avgöras från fall till fall [om de olika delarna kan särskiljas eller inte], och den upphandlande myndighetens uttryckliga eller presumerade avsikt att betrakta de olika delarna av ett blandat kontrakt som oskiljaktiga bör inte utgöra en tillräcklig omständighet, utan en sådan bedömning bör grunda sig på sakliga bevis som kan slå fast att det var motiverat och nödvändigt att ingå ett enda kontrakt. … Det bör klargöras att behovet av att ingå ett enda kontrakt kan uppstå såväl av tekniska som ekonomiska skäl.” Se, analogt, dom av den 1 augusti 2022, Roma Multiservizi och Rekeep (C-332/20, EU:C:2022:610, punkt 54).

[41] Se artikel 16.2 tredje stycket led b i direktiv 2014/24. Se även skäl 13 i direktiv 2014/24, där det anges att det bör vara möjligt att inte tillämpa direktivet under förutsättning att tilldelning av ett enda kontrakt motiveras av objektiva skäl.

[42] Se, däremot, artikel 3.4 andra stycket i direktiv 2014/24, där det bland annat föreskrivs, att om de upphandlande myndigheterna väljer att tilldela ett enda kontrakt när det gäller blandade kontrakt som avser både upphandling som omfattas av detta direktiv och upphandling som inte omfattas av detta direktiv, så *ska* direktiv 2014/24 tillämpas på kontraktet (om inte annat följer av artikel 16 i direktivet).

[43] Av detta följer enligt min mening att direktiv 2014/24 har företräde framför direktiv 2009/81 när tilldelning av ett enda kontrakt inte motiveras av objektiva skäl. Arrowsmith anser att ”[direktiv 2014/24] inte förefaller utgöra något hinder för tilldelning av ett enda kontrakt när detta inte motiveras av objektiva skäl. Förmodligen ska [direktiv 2014/24] tillämpas, eftersom [direktiv 2009/81 har företräde] endast när tilldelning av ett enda kontrakt motiveras av objektiva skäl.” Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, vol. 2, Sweet & Maxwell, 2018, s. 220.

34. I artikel 16.4 i direktiv 2014/24 föreskrivs bland annat att om de olika delarna av ett visst kontrakt *objektivt sett inte kan särskiljas får* kontraktet tilldelas i enlighet med direktiv 2009/81. Detta innebär att de upphandlande myndigheterna kan välja att tilldela kontraktet i enlighet med direktiv 2014/24. Detta val är inte heller underkastat några villkor. [44]

35. Den italienska regeringen angav i sitt svar på de skriftliga frågorna att även om delarna av kontraktet avseende del nr 6 *objektivt sett kunde särskiljas*, så tilldelades ett enda kontrakt. Med hänsyn till de olika typer av materiel som måste hanteras samtidigt, var det enligt denna regering *nödvändigt* att del nr 6 tilldelades en enda anbudsgivare. Mara och kommissionen uppgav emellertid vid förhandlingen att de olika delarna av det ifrågavarande avtalet *objektivt sett inte kunde särskiljas*. Detta är i slutändan en sakfråga som omfattas av den hänskjutande domstolens behörighet.

36. Ett enda anbudsförfarande inleddes avseende del nr 6.

37. För det fall att den hänskjutande domstolen skulle finna att de olika delarna av kontraktet avseende del 6 *objektivt sett kan särskiljas*, ska det framhållas att det inte finns något i handlingarna i målet vid EU-domstolen som tyder på att tilldelningen av ett enda kontrakt för denna del inte motiverades av objektiva skäl [45] eller att beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattades i syfte att förhindra att denna del omfattades av antingen direktiv 2009/81 eller direktiv 2014/24. [46] Av detta följer att ministeriet, i enlighet med artikel 16 i direktiv 2014/24, kunde välja att tilldela kontraktet avseende del 6 i enlighet med direktiv 2014/24 eller direktiv 2009/81. [47] För det fall att den hänskjutande domstolen skulle finna att de olika delarna av kontraktet avseende del nr 6 *objektivt sett inte kan särskiljas*, *får* kontraktet tilldelas i enlighet med direktiv 2014/24 eller direktiv 2009/81. [48]

38. Härav följer att det ifrågavarande kontraktet i princip *får* tilldelas i enlighet med detta direktiv enligt såväl artikel 16.2 som artikel 16.4 i direktiv 2014/24.

39. Det föreligger således en uppenbar motsägelse mellan å ena sidan ordalydelsen i artikel 3.1 i direktiv 2009/81, i vilken ordet ”ska” används, och å andra sidan ordalydelsen i artikel 16.2 och 16.4 i direktiv 2014/24, där ordet ”får” används. Denna inkonsekvens är särskilt ”beklaglig” eftersom direktiv 2014/24 specifikt beaktar dess samspel med det tidigare direktivet 2009/81. Artikel 3.1 i direktiv 2009/81 har emellertid inte ändrats eller upphävts genom vare sig direktiv 2014/24 eller någon annan unionslagstiftning. En bokstavstolkning av de ifrågavarande bestämmelserna [49] räcker således inte för att avgöra vilket direktiv som är tillämpligt. Detta är desto mer olyckligt eftersom såväl artikel 3.1 i direktiv 2009/81 som artikel 16 i direktiv 2014/24 har utformats just för att fylla denna funktion.

[44] Se, däremot, artikel 3.6 i direktiv 2014/24 där det föreskrivs att ”[o]m de olika delarna av ett visst kontrakt objektivt sett inte kan särskiljas ska de tillämpliga rättsreglerna fastställas på grundval av *huvudföremålet* för kontraktet”. Min kursivering. Enligt min mening är en analys av huvudföremålet för ett kontrakt inte relevant i samband med tillämpningen av artikel 16 i direktiv 2014/24, eller av artikel 3 i direktiv 2009/81 för den delen.

[45] Se artikel 16.2 tredje stycket led b i direktiv 2014/24.

[46] Se artikel 16.2 fjärde stycket i direktiv 2014/24.

[47] Det ska erinras om att den upphandlande myndighetens möjlighet att välja vilket direktiv som ska tillämpas förutsätter att tilldelningen av ett enda kontrakt avseende del nr 6 motiverades av objektiva skäl och att beslutet att tilldela ett enda kontrakt inte fattades i syfte att förhindra att denna del omfattades av antingen direktiv 2009/81 eller direktiv 2014/24.

[48] Såsom nämnts ovan är den upphandlande myndighetens val inte underkastat några ytterligare villkor.

[49] EU-domstolen har angett att inte bara bestämmelsens lydelse, utan också det sammanhang i vilket den förekommer och systematiken med de föreskrifter i vilka bestämmelsen ingår och de mål som eftersträvas, ska beaktas vid tolkningen av en unionsbestämmelse. Dom av den 30 januari 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

40. Trots denna uppenbara motsägelse anser jag att de ifrågavarande bestämmelserna kan förenas mot bakgrund av skäl 13 i direktiv 2014/24, där det anges att ”[d]et bör klargöras att upphandlande myndigheter inte bör hindras från att välja att tillämpa [direktiv 2014/24] på vissa blandade kontrakt i stället för att tillämpa direktiv [2009/81]”. Unionslagstiftarens avsikt med att anta lagvalsreglerna i artikel 16 i direktiv 2014/24 var att komplettera och mildra de mer strikta lagvalsreglerna i bland annat artikel 3.1 i direktiv 2009/81 och att ge de upphandlande myndigheterna möjlighet att välja [50] tillämpligt direktiv. [51]

41. Det ska vidare påpekas att detta synsätt ligger helt i linje med det huvudsakliga syftet med direktiv 2009/81, vilket är att upprätta en europeisk marknad för försvarsmateriel [52] och att garantera att upphandlingar inom försvarssektorn öppnas för konkurrens, [53] samtidigt som medlemsstaternas krav på säkerhet uppfylls om så erfordras, [54] mot bakgrund av att inköpen av bland annat tjänster inom denna sektor ofta är av känslig karaktär. [55] De upphandlande myndigheterna är bättre lämpade att från fall till fall avgöra huruvida ett specifikt kontrakt faktiskt motiverar tillämpning av *sui generis*-bestämmelserna i direktiv 2009/81, eller de mer allmänna, flexibla och konkurrensbefrämjande bestämmelserna i direktiv 2014/24. I vissa fall, när försvarsinslagen i ett kontrakt är marginella eller obetydliga, såsom förefaller vara fallet här, [56] kan det ligga i den upphandlande myndighetens intresse att välja att tillämpa bestämmelserna i direktiv 2014/24.

42. Jag anser därför att det i princip stod ministeriet fritt att välja [57] vilka bestämmelser det ville tillämpa och att det faktiskt tycks [58] ha tillämpat bestämmelserna i direktiv 2014/24. Detta framgår tydligt av användningen av det öppna förfarande som föreskrivs i artikel 27 i direktiv 2014/24, [59] eftersom direktiv 2009/81 inte innehåller något sådant förfarande eller något förfarande som är likvärdigt med detta. [60]

[50] Med förbehåll, i förekommande fall, för de villkor som fastställs i artikel 16.2 tredje stycket led b och fjärde stycket i direktiv 2014/24.

[51] Se, analogt, dom av den 15 september 2022, Veridos (C-669/20, EU:C:2022:684, punkt 31).

[52] Se skäl 2 i direktiv 2009/81. De rättsliga grunderna för direktiv 2009/81 är artikel 47.2 FEG (etableringsrätten), artikel 55 FEG (friheten att tillhandahålla tjänster) och artikel 95 FEG (den inre marknaden).

[53] Se skäl 15 i direktiv 2009/81. Innan direktiv 2009/81 antogs föll kontrakt på försvarsområdet i princip inom tillämpningsområdet för direktiv 2004/18. I artikel 10 i direktiv 2004/18 föreskrevs således att direktivet skulle tillämpas på offentliga kontrakt som tilldelades av upphandlande myndigheter på försvarsområdet, med förbehåll för artikel 296 FEG (numera artikel 346 FEUF). Kommissionen indikerade dock i sin Grönbok – Försvarsupphandling, KOM(2004) 608 slutlig, att undantaget i artikel 296 FEG (numera artikel 346 FEUF) i praktiken nästan alltid tillämpades vid offentliga upphandlingar inom försvarssektorn och att vissa medlemsstater ansåg att de kunde tillämpa undantaget i den bestämmelsen automatiskt. Kommissionen lade därför fram följande förslag: ”[Unionens] rättsliga ram kan kompletteras med ett nytt lagstiftningsinstrument som gäller försvarsupphandlingar … Genom direktivet kan en specifik ram inrättas med bestämmelser som tillämpas på avtal som faller inom sakområdet för artikel 296 EU-fördraget, men för vilka undantag inte är motiverat …” Se s. 9. Enligt Arrowsmith har ”detta missbruk av undantag … alltid utgjort en stor utmaning när det gällt att fullborda den öppna och integrerade försvarsmarknad som EU har försökt uppnå och var en av de främsta orsakerna till att ett separat direktiv om försvars- och säkerhetsupphandling antogs”. Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, vol. 2, Sweet & Maxwell, 2018, s. 152.

[54] Se skäl 4 i direktiv 2009/81.

[55] Se skäl 8 i direktiv 2009/81.

[56] Detta framgår i viss mån av den hänskjutande domstolens frågor, som inte avser direktiv 2009/81. Begäran om förhandsavgörande i sig innehåller inte heller någon hänvisning till eller hänsyftning på militär utrustning såsom ammunition eller sprängämnen. Mara uppgav också vid förhandlingen att företaget för närvarande interimistiskt utför transporttjänster åt ministeriet och att militär utrustning faktiskt inte ingår bland de varor som transporteras.

[57] Se, bland annat, Heuninckx, B., ”Mixed procurement involving defence or security”, i Caranta, R. och Sanchez-Graells, A (red), *European Public Procurement*, Edward Elgar, 2021, s. 174–175.

[58] Med förbehåll för den hänskjutande domstolens kontroll.

[59] Se punkt 16 i förevarande förslag till avgörande.

[60] Se även punkt 3 i den italienska regeringens svar på de skriftliga frågorna.

Tilldelningskriterium för det ifrågavarande kontraktet – artikel 67.2 tredje stycket i direktiv 2014/24

43. Kriterierna för tilldelning av det ifrågavarande kontraktet ska bedömas i enlighet med bland annat artikel 47 i direktiv 2009/81 eller artikel 67 i direktiv 2014/24, beroende på vilket direktiv som är tillämpligt.[61] Med hänsyn till mina inledande anmärkningar beträffande tillämpliga unionsbestämmelser kommer jag att pröva den hänskjutande domstolens fråga mot bakgrund av direktiv 2014/24,[62] särskilt artikel 67.2 tredje stycket och proportionalitetsprincipen.

44. Av artikel 67.1 i direktiv 2014/24 framgår att de upphandlande myndigheterna ska basera tilldelningen av offentliga kontrakt på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I artikel 67.2 första stycket i det direktivet definieras detta begrepp i ytterst vida termer. Där anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ur den upphandlande myndighetens synvinkel ska fastställas på grundval av priset eller kostnaden och *får* innefatta det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska bedömas på grundval av kriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter[63] och/eller sociala aspekter[64] som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga.[65] Förteckningen över kriterier i artikel 67.2 första stycket i direktiv 2014/24 avseende det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet är inte uttömmande.[66] I domen i målet Concordia Bus Finland[67] bekräftade EU-domstolen att de tilldelningskriterier som den upphandlande myndigheten tillämpar för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet[68] inte nödvändigtvis är av rent ekonomisk art, eftersom andra faktorer kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.

45. Enligt artikel 67.2 första stycket i direktiv 2014/24 är det frivilligt för de upphandlande myndigheterna att inbegripa andra kriterier än pris eller kostnad.[69] Om de upphandlande myndigheterna väljer att tillämpa ytterligare kriterier vid tilldelningen av ett kontrakt, ska de valda kriterierna iaktta principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling i syfte

61 I skäl 89 i direktiv 2014/24 anges att ”[b]egreppet tilldelningskriterier är centralt för detta direktiv”.

62 Om en upphandlande myndighet, med stöd av artikel 16.2 eller artikel 16.4 i direktiv 2014/24, väljer att tilldela ett kontrakt i enlighet med detta direktiv, ska den fullt ut iaktta de tillämpliga bestämmelserna däri. Såsom kommissionen påpekade vid förhandlingen kan den upphandlande myndigheten inte ”plocka russinen ur kakan” genom att välja att tillämpa vissa bestämmelser i ett annat direktiv, såsom direktiv 2009/81, även om denna myndighet hade kunnat välja att tilldela kontraktet i enlighet med det direktivet från början.

63 Då den upphandlande myndigheten beslutar att tilldela den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ett kontrakt, kan den i princip beakta miljöskyddskriterier. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 september 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2002:495, punkt 64) (nedan kallad domen i målet Concordia Bus Finland). Det målet rörde tolkningen av 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, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139). I artikel 36.1 i det direktivet gjordes åtskillnad mellan två tilldelningskriterier, nämligen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet – vilket innefattade kvalitet och teknisk förtjänst – och uteslutande lägsta pris. Hänvisningen i det målet till kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet motsvarar en hänvisning till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet i den mening som avses i artikel 67 i direktiv 2014/24. Se, analogt, skäl 89 i direktiv 2014/24.

64 Se, analogt, dom av den 20 september 1988, Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, punkterna 28–37), i vilken EU-domstolen slog fast att de upphandlande myndigheterna i princip kunde uppställa ett villkor av social karaktär rörande anställning av långtidsarbetslösa. Se även dom av den 26 september 2000, kommissionen/Frankrike (C-225/98, EU:C:2000:494, punkt 50), dom av den 15 juli 2010, kommissionen/Tyskland (C-271/08, EU:C:2010:426, punkterna 55 och 56), och dom av den 10 maj 2012, kommissionen/Nederländerna (C-368/10, EU:C:2012:284, punkterna 84–88).

65 Se även, analogt, artikel 70 i direktiv 2014/24 om villkor för fullgörande av kontrakt.

66 Se skäl 92 i direktiv 2014/24.

67 Se punkt 55.

68 Såsom tidigare angetts motsvarar detta det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet i den mening som avses i artikel 67 i direktiv 2014/24.

69 I skäl 90 första stycket i direktiv 2014/24 klargörs att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ”alltid bör inbegripa ett pris- eller kostnadselement”.

att säkerställa en objektiv jämförelse mellan det relativa värdet av anbuden och således en effektiv konkurrens. Härav följer att de upphandlande myndigheterna inte har obegränsad frihet vid valet av ytterligare kriterier. [70]

46. I artikel 67.2 tredje stycket i direktiv 2014/24 föreskrivs däremot i otvetydiga och ovillkorliga ordalag att medlemsstaterna *får* förbjuda sina upphandlande myndigheter att använda ”enbart priset eller kostnaden som det enda tilldelningskriteriet”. [71] Möjligheten att anta ett sådant förbud gäller oberoende av det ifrågavarande kontraktets särdrag eller föremål. I detta hänseende är artikel 67.2 tredje stycket i direktiv 2014/24 inte föremål för några undantag eller avvikelser och ger således medlemsstaterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid utövandet av den möjlighet som föreskrivs där. Det framgår vidare tydligt av ordalydelsen i denna bestämmelse att medlemsstaterna kan utnyttja sin valfrihet genom att begränsa användningen av enbart priset eller kostnaden till vissa kategorier av upphandlande myndigheter eller vissa typer av kontrakt. [72] Detta innebär att medlemsstaterna får förbjuda att enbart priset eller kostnaden används som enda tilldelningskriterium av vissa upphandlande myndigheter eller för vissa typer av kontrakt.

47. Trots det stora utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har enligt artikel 67.2 tredje stycket i direktiv 2014/24 måste de, när de utnyttjar den möjlighet som ges i denna bestämmelse, likväl iaktta de grundläggande bestämmelserna i EUF-fördraget, bland annat den fria rörligheten för varor, etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, såsom principerna om likabehandling och proportionalitet, vilka för övrigt återspeglas av artikel 18 i direktiv 2014/24. [73]

48. Den italienska lagstiftaren begagnade sig av det snävare alternativet i artikel 67.2 tredje stycket i direktiv 2014/24 genom att anta artikel 95.3 a och artikel 95.4 b i lagen om offentlig upphandling, i vilka det i huvudsak föreskrivs att arbetsintensiva kontrakt – där arbetskraftskostnaden uppgår till minst 50 procent av det totala kontraktsbeloppet – ska tilldelas på grundval av det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Detta krav gäller även när tjänsterna är standardiserade. Det är således i sådana fall förbjudet att använda kriteriet lägsta pris. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att syftet med artikel 95.3 a och artikel 95.4 b i lagen om offentlig upphandling är att skydda arbetstagarna. [74]

49. Kontraktet avseende del nr 6 omfattas av bestämmelserna i artikel 95.3 a och artikel 95.4 b i lagen om offentlig upphandling. Del nr 6 tilldelades emellertid, i strid med dessa bestämmelser, på grundval av det lägsta priset i stället för det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. [75]

[70] Se dom av den 20 september 2018, Montte (C-546/16, EU:C:2018:752, punkt 31 och där angiven rättspraxis), och dom av den 17 november 2022, Antea Polska m.fl. (C-54/21, EU:C:2022:888, punkterna 88–91). Se även artiklarna 18.1 och 67.4 i direktiv 2014/24 samt skäl 90 första stycket i samma direktiv.

[71] I skäl 90 andra stycket i direktiv 2014/24 anges följande: ”För att uppmuntra en större inriktning mot kvalitet i den offentliga upphandlingen bör medlemsstaterna få förbjuda eller begränsa användningen av enbart pris eller enbart kostnad för att bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet då de anser att detta är lämpligt.”

[72] Detta återspeglar den latinska maximen eller ordspråket ”*qui potest plus, potest minus*” eller ”*qui potest majus potest et minus*” (”den som kan mer, kan också mindre”).

[73] Se, analogt, dom av den 6 oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, punkt 33 och där angiven rättspraxis), som avsåg rätten att reservera kontrakt enligt artikel 20.1 i direktiv 2014/24 för vissa kategorier av anbudsgivare. Se även, analogt, dom av den 30 januari 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 45), som rörde ”skäl för uteslutning” i enlighet med artikel 57 i direktiv 2014/24. Se skäl 1 i direktiv 2014/24.

[74] Se punkt 7 i begäran om förhandsavgörande, i vilken den hänskjutande domstolen angav att Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen i plenum) ”framhöll att grunden för att kräva tillämpning av kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid tilldelning av arbetsintensiva tjänster var att uppnå målen … om skydd för arbetstagarna”. Det ankommer i slutändan på den hänskjutande domstolen att avgöra denna fråga, som rör den nationella lagstiftningen och dess syften.

[75] Detta ledde till att Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio) den 11 april 2023 ogiltigförklarade meddelandet om upphandling såvitt avsåg del nr 6. Se punkt 17 i förevarande förslag till avgörande.

50. Mara anser att det allmänna och abstrakta förbudet i italiensk rätt mot att använda kriteriet lägsta pris när det gäller arbetsintensiva standardiserade tjänster utgör en uppenbart överdriven, oproportionerlig och omotiverad åtgärd, eftersom de kvalitativa aspekterna av sådana tjänster saknar betydelse. Denna slutsats kan inte heller ifrågasättas med hänvisning till skyddet för arbetstagarnas löner eller säkerhet. I förevarande fall baserades eventuellt beviljad rabatt enbart på anbudsgivarens potentiella vinst (fastställd till 5 procent av delens värde), vilket uteslöt möjligheten till urholkning av arbetskraftskostnaderna och/eller alltför stora rabatter till förfång för arbetstagarna. Reglerna för upphandlingen var således helt förenliga med bestämmelserna i artikel 18.2 i direktiv 2014/24 och med det mål att skydda personalen som anges i skäl 98 i detta direktiv. Det är även uppenbart att proportionalitetsprincipen har åsidosatts i förevarande fall, eftersom de relevanta nationella myndigheterna och den nationella domstolen har bekräftat att Mara uppfyllde löne- och säkerhetskraven.

51. Samir,[76] den franska[77] och den italienska[78] regeringen samt kommissionen[79] anser att förbudet i artiklarna 95.3 a och 95.4 b i lagen om offentlig upphandling mot att använda lägsta pris är proportionerligt, eftersom det skyddar arbetstagarnas rättigheter och säkerställer kvaliteten på de tjänster som tillhandahålls.

52. I enlighet med proportionalitetsprincipen,[80] som utgör en allmän unionsrättslig princip, får de regler som medlemsstaterna fastställer vid genomförandet av bestämmelserna i direktiv 2014/24, såsom de regler som är avsedda att fastställa villkoren för tillämpning av artikel 67.2 tredje stycket i direktivet, inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen med detta direktiv.[81]

53. Det ska inledningsvis betonas att artikel 67.2 tredje stycket i direktiv 2014/24 inte tillåter att priset eller kostnaden utesluts helt från kriterierna för tilldelning av ett kontrakt.[82] Denna bestämmelse ger endast medlemsstaterna möjlighet att förbjuda att de används som *enda* tilldelningskriterium. De upphandlande myndigheterna är således fria att välja bland ett icke uttömmande urval av relevanta kriterier, som måste inbegripa pris och kostnad, för tilldelning av ett kontrakt. Förbudet i artikel 95.3 a och artikel 95.4 b i lagen om offentlig upphandling har i detta hänseende en begränsad räckvidd och är enligt den hänskjutande domstolen utformat för att skydda arbetstagarna.[83] Den omständigheten att den italienska lagstiftaren på ett abstrakt och

[76] Samir har gjort gällande att den utvalda anbudsgivaren endast mottog ett belopp som motsvarade arbetskraftskostnaderna. Detta ledde till att kontraktet tilldelades genom lottdragning i stället för på grundval av andra kriterier, såsom tjänsternas kvalitet. Samir anser att kriteriet lägsta pris har en negativ inverkan på såväl tjänsternas kvalitet som arbetstagarnas rättigheter. Enligt Samir erhöll arbetstagarna i förevarande fall minimilönen i stället för den högre lön som föreskrevs i det nationella kollektivavtalet för sektorn.

[77] Den franska regeringen anser att priset eller kostnaden i huvudsak utgör minimikriterier som i förekommande fall bör kompletteras med andra kriterier. Nämnda regering har även påpekat att priset eller kostnaden inte nödvändigtvis är de viktigaste kriterierna. Enligt den franska regeringen framgår det av skälen 2, 37, 41, 89–94 och 98 i direktiv 2014/24 att syftet med detta direktiv är dels att säkerställa att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt i samband med upphandlingsförfaranden, dels att se till att upphandlande myndigheter kan utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt för att främja gemensamma samhällsmål, såsom miljöskydd, sysselsättning och social integration och att säkerställa bästa möjliga förutsättningar för att sociala tjänster av hög kvalitet ska kunna erhållas.

[78] Enligt den italienska regeringen kan begränsningen av rabatter i artikel 17 andra stycket i kravspecifikationerna uppmuntra till kringgående av bestämmelser om arbetarskydd, snedvrida konkurrensen till nackdel för mindre företag och uppmuntra till ingivande av identiska anbud, vilket målet vid den hänskjutande domstolen ger belägg för och vilket ledde till att Mara tilldelades kontraktet genom lottdragning. Denna regering har också påpekat att företag över tid i smyg kan försöka kompensera sig för sina mycket låga eller obefintliga vinstmarginaler ur arbetstagarnas löner. När det gäller arbetsintensiva tjänster kan arbetskraften skyddas på ett mer effektivt och öppet sätt genom att betydelsen av priset begränsas och kombineras med en bedömning av kvalitativa aspekter av anbudet.

[79] Enligt kommissionen är skyddet för arbetstagarnas löner endast ett av de skäl som motiverar att kriteriet bästa förhållande mellan pris och kvalitet tillämpas. Dessutom kan det inte uteslutas att användningen av kriteriet lägsta pris kan leda till en försämring av säkerhetsförhållandena på arbetsplatsen eller av tjänsternas kvalitet.

[80] Någon annan fråga, såsom principen om icke-diskriminering i artikel 18.1 i direktiv 2014/24, har inte tagits upp.

[81] Dom av den 6 oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, punkt 42).

[82] Se skäl 90 första stycket i direktiv 2014/24.

[83] Vilket är ett legitimt mål som specifikt erkänns i artikel 67.2 i direktiv 2014/24.

allmänt sätt har uteslutit att det lägsta priset används som enda kriterium för tilldelning av kontrakt avseende arbetsintensiva tjänster fråntar inte de upphandlande myndigheterna möjligheten att beakta priset eller kostnaden för sådana kontrakt, utan endast att de dessutom är skyldiga att beakta sådana kontrakts art och särskilda beskaffenhet och därigenom garantera att det bästa anbudet väljs. [84]

54. När det gäller arbetsintensiva tjänster, inbegripet standardiserade tjänster, är det inte uppenbart [85] att alla andra kriterier än pris eller kostnad är helt överflödiga eller irrelevanta vid tilldelningen av kontrakt avseende sådana tjänster. En sådan slutsats baseras på antagandet att kvaliteten på sådana tjänster inte kan differentieras på något som helst sätt och att arbetstagarnas rättigheter och deras hälsa och säkerhet alltid kan säkerställas fullt ut genom nationell rätt och/eller artikel 17 i kravspecifikationerna.

55. Det är uppenbart att andra kriterier än pris eller kostnad är av relevans för att – på ett konkret sätt i samband med en specifik anbudsinfordran och på ett abstrakt sätt när det gäller offentlig upphandling i allmänhet – säkerställa inte bara arbetstagarnas lönenivåer [86] utan även deras hälsa [87] och säkerhet såvitt avser alla arbetsintensiva tjänster, inbegripet standardiserade tjänster, trots att de är av repetitiv karaktär. [88] Exempelvis är vikten av andra tilldelningskriterier än det lägsta priset för att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet särskilt stor när det gäller del nr 6, som bland annat kräver hantering av ammunition och sprängämnen. Dessutom kan, såsom Samir har påpekat, användningen av kriteriet lägsta pris i stället för bästa förhållande mellan pris och kvalitet uppmuntra till användning av okvalificerad arbetskraft, till förfång inte bara för kvaliteten på tillhandahållna tjänster utan även för säkerheten. Det kan också avskräcka från investeringar i personalutbildning. [89]

56. Även om de ifrågavarande bestämmelserna i nationell rätt inte förefaller ha utformats särskilt för att säkerställa kvaliteten på de tjänster som tillhandahålls, [90] kan det inte uteslutas att arbetsorganisationen samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utsetts att fullgöra sådana standardiserade tjänster kan påverka nivån på kontraktets fullgörande och därmed anbudets ekonomiska värde. [91] I detta hänseende anges det i skäl 93 i direktiv 2014/24 att ”[o]m det föreligger nationella bestämmelser om fastställande av ersättning för vissa tjänster eller

[84] Se, *e contrario*, dom av den 7 oktober 2004, Sintesi (C-247/02, EU:C:2004:593, punkterna 38–42).

[85] Med förbehåll för den hänskjutande domstolens kontroll.

[86] Se, analogt, dom av den 17 november 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, punkterna 77 och 79).

[87] Se skäl 99 i direktiv 2014/24, som avser kriterier som syftar till hälsoskydd för personalen.

[88] Enligt Caranta leder ”kriterier som lägger alltför stor vikt vid priset … naturligt till att arbetstagarnas villkor försämras, särskilt när det gäller kontrakt där personalen är den mest betydelsefulla kostnaden. Genom [artikel] 95.3 i den italienska lagen om offentlig upphandling genomförs [artikel] 67.2 sista meningen [i direktiv 2014/24] i syfte att bekämpa social dumpning genom att föreskriva att det inte är tillåtet att hänvisa enbart till priset eller kostnaden vid tilldelning av … kontrakt där personalkostnaderna uppgår till minst 50 procent av den totala budgeten för kontraktet.” Caranta, R., ”Towards socially responsible public procurement”, *ERA Forum*, vol. 23, 2022, s. 158, tillgänglig på adress: https://doi.org/10.1007/s12027-022-00718-5

[89] Se skäl 99 i direktiv 2014/24, där det hänvisas till ”utbildning i de färdigheter som behövs”.

[90] Såsom angetts ovan ankommer det på den hänskjutande domstolen att avgöra vilka mål som eftersträvades av den italienska lagstiftaren.

[91] Se artikel 67.2 b och skäl 94 i direktiv 2014/24. Även om detta skäl avser intellektuella tjänster, såsom till exempel konsulttjänster eller arkitekttjänster, anser jag att det inte kan tolkas så, att det undantar standardiserade tjänster från tillämpningsområdet för artikel 67.2 b i direktiv 2014/24.

av fasta priser på vissa varor bör det klargöras att det fortfarande är möjligt att bedöma förhållandet mellan kvalitet och pris på grundval av andra faktorer än enbart pris eller ersättning”. [92]

57. I sitt yttrande hänvisade Mara [93] även till domen i målet Tedeschi och Consorzio Stabile Istant Service, [94] vilken avsåg en nationell lagstiftning som begränsade möjligheten att sänka de priser som gällde för byggentreprenader, varor eller tjänster som lagts ut på entreprenad till som mest 20 procent i förhållande till de priser som angavs i beslutet om tilldelning av kontraktet. [95] EU-domstolen fann att en sådan begränsning kunde göra möjligheten att anlita underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt mindre lockande, eftersom den begränsade den eventuella konkurrensfördel i kostnadshänseende det innebar för de företag som önskade använda sig av denna möjlighet att anlita arbetstagare som var anställda av underleverantörer. En sådan avskräckande verkan stod emellertid i strid med målsättningen att öppna upp offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt och i synnerhet med målsättningen att underlätta små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling, vilken eftersträvas med direktiven på området. Dessutom gick begränsningen till 20 procent bland annat utöver vad som var nödvändigt för att säkerställa ett skydd i fråga om lön för arbetstagare som anlitades av underleverantörer, eftersom den var tillämplig utan att det togs hänsyn till det sociala skydd som de berörda arbetstagarna garanterades enligt de lagar, förordningar och kollektivavtal som var tillämpliga på dem och eftersom nämnda begränsning därför inte lämnade något utrymme för den upphandlande myndigheten att göra en bedömning från fall till fall.

58. Resonemanget i det målet kan inte överföras till förevarande mål. Kravet i artikel 95.3 a och artikel 95.4 b i lagen om offentlig upphandling att det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska tillämpas i fråga om arbetsintensiva standardiserade tjänster utesluter inte automatiskt någon anbudsgivare, utan kräver i själva verket en individuell analys av de anbud som lämnats in på grundval av kriterier som inbegriper, men inte är begränsade till, pris eller kostnad.

59. Det förefaller således, med förbehåll för den hänskjutande domstolens kontroll, som om den ifrågavarande nationella lagstiftning som genomför artikel 67.2 tredje stycket i direktiv 2014/24 är ägnad att säkerställa sitt huvudsakliga syfte att skydda arbetstagare, inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål och således är förenlig med proportionalitetsprincipen.

[92] I detta skäl anges också att man ”[m]ed tanke på de många möjligheter som finns att bedöma förhållandet mellan kvalitet och pris på grundval av materiella kriterier bör … undvika att tillgripa lottdragning som den enda metoden för tilldelning av kontrakt”. Det förefaller som om anledningen till att det var nödvändigt att dra lott var att lägsta pris användes som enda tilldelningskriterium i kombination med att eventuellt erbjuden rabatt på priset enligt kravet i artikel 17 i kravspecifikationerna enbart skulle baseras på anbudsgivarens potentiella vinst, vilken var fastställd till fem procent av det kontraktsvärde som angavs i meddelandet om upphandling. Med hänsyn till att dessa strikta krav infördes av ministeriet självt, förefaller det osannolikt att anbudsgivarna skulle vara skyldiga att, i enlighet med artikel 69 i direktiv 2014/24, till den upphandlande myndigheten lämna förklaringar om anbud som förefaller vara onormalt låga och deras förenlighet med social- och arbetsrättsliga bestämmelser i enlighet med artikel 18.2 i detta direktiv. Såsom den franska regeringen har påpekat inleds inte förfarandet enligt artikel 69 i direktivet per automatik. För det första förutsätter det att en ekonomisk aktör lämnar ett anbud till ett pris som är uppenbart undervärderat och kan äventyra ett korrekt fullgörande av kontraktet. För det andra förutsätter det att den upphandlande myndigheten hyser misstankar. Slutligen ankommer det på den upphandlande myndigheten att inom ramen för sina befogenheter utföra nödvändiga kontroller.

[93] Mara anser att den italienska lagstiftarens förbud mot att tillämpa kriteriet lägsta pris inte lämnar något utrymme för den upphandlande myndigheten att göra en bedömning från fall till fall och att detta kriterium är tillämpligt utan att det tas hänsyn till det sociala skydd som de berörda arbetstagarna garanteras enligt de lagar, förordningar och kollektivavtal som är tillämpliga på dem.

[94] Dom av den 27 november 2019 (C-402/18, EU:C:2019:1023, punkterna 59 och 65).

[95] Begränsningen till högst 20 procent var tvingande.

VI. Förslag till avgörande

60. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att EU-domstolen ska besvara den fråga som ställts av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) på följande sätt:

Artikel 67.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning, såsom den som är omtvistad i det nationella målet, enligt vilken de upphandlande myndigheterna inte får tillämpa lägsta pris som enda tilldelningskriterium för ett offentligt kontrakt avseende tjänster som är både arbetsintensiva och standardiserade, även om det i kravspecifikationerna anges att de personer som anställs inom ramen för kontraktet ska avlönas i enlighet med tillämpligt nationellt kollektivavtal för sektorn och att eventuellt erbjuden rabatt på priset enbart får baseras på anbudsgivarens potentiella vinst.