FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 10 april 2003 [1]

I — Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande från Bundesvergabeamt i Österrike gäller behandlingen av ett anbud med alternativt utförande i ett upphandlingsförfarande avseende offentliga bygg- och anläggningsarbeten. En anbudsgivare som inte fick tilldelning av ett vägbyggnadskontrakt hade i stället för en vägyta av betong, som hade föreskrivits i anbudsinfordran, erbjudit en mer prisvärd och enligt anbudsgivarens uppfattning likvärdig asfaltkonstruktion. Tolkningsfrågorna handlar för det första om vilka förutsättningarna är för att kunna lämna in anbud med alternativa utföranden och efter vilka kriterier sådana skall bedömas (frågorna 1—3). För det andra är frågan vilka följderna är för ett upphandlingsförfarande om ett anbud med alternativt utförande har behandlats på ett rättsligt felaktigt sätt.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna: Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten* [2] *(nedan kallat direktiv 93/37)*

2. Artikel 19:

"Då anbudsprövningen görs med utgångspunkt i lägsta pris får de upphandlande myndigheterna ta hänsyn till alternativa utföranden från anbudslämnarna, om dessa alternativ uppfyller de av de upphandlande myndigheterna ställda minimikraven.

De upphandlande myndigheterna skall ange i kontraktshandlingarna vilka minimikrav som måste uppfyllas av de alternativa utförandena liksom i förekommande fall ge anvisningar för hur dessa skall presenteras.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — EGT L 199, s. 54.

I meddelandet om upphandling skall anges huruvida alternativa utföranden är tillåtna.

...”

3. Artikel 30:

”(1) De kriterier som de upphandlande myndigheterna skall följa vid prövning av anbud skall vara

a) antingen enbart det lägsta priset, eller

b) då prövning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier hänförliga till kontraktet, t.ex. pris, tid för fullgörande, driftkostnader, lönsamhet, teknisk förtjänst.

(2) I det fall som avses i punkt 1 b skall de upphandlande myndigheterna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla de kriterier som de avser att tillämpa vid prövningen, om möjligt efter angelägenhetsgrad.

...”

B — *Den nationella lagstiftningen: Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträge 1997 (federal lag om upphandling, nedan kallad BVergG)* [3]

4. 42 §:

”(1) Anbudsgivaren skall, om det inte är fråga om ett förhandlat förfarande, vid upprättandet av anbudet iaktta vad som föreskrivs i anbudsinfordran. Den text som föreskrivs i anbudsunderlaget får varken ändras eller kompletteras.

...

3 — BGBl. I, nr 56/1997.

(4) Ett alternativt anbud ['alternativt utförande' enligt terminologin i [direktiv 93/37] är tillåtet endast om anbudet säkerställer att en kvalitativt likvärdig prestation tillhandahålls. [4] Det åligger anbudsgivaren att visa att prestationen är likvärdig. Ett alternativt anbud kan avse hela eller en del av prestationen eller de rättsliga villkoren för att tillhandahålla prestationen. Alternativa anbud skall betecknas som sådana och de skall lämnas in i en särskild utformning."

5. 117 §:

"(1) Bundesvergabeamt skall besluta att ogiltigförklara en upphandlande myndighets beslut i ett upphandlingsförfarande, varvid Bundesvergabeamt skall ta hänsyn till förlikningskommitténs uttalande i saken, om den upphandlande myndighetens beslut

1. strider mot en bestämmelse i denna lag eller i föreskrifter som utfärdats för att tillämpa den och

2. om beslutet har varit avgörande för utgången av upphandlingsförfarandet.

...

(3) Om tilldelning av upphandlingskontraktet har skett skall Bundesvergabeamt med tillämpning av vad som anges i punkt 1 endast fastställa om den påstådda överträdelsen föreligger eller inte."

III — Bakgrund

6. Den 27 november 1997 utlyste regeringen i delstaten Niederösterreich, på uppdrag av Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (nedan kallat ASFINAG) och i dess namn, en öppen anbudsinfordran inom hela gemenskapen av ett bygguppdrag avseende renovering av vägavsnittet "Neumarkt Richtung Fahrbahn Wien, km 100,2—108,6". Kontraktet innefattade väg- och brobyggen.

7. När det gäller konstruktionen av vägens ytskikt i områden utanför motorvägsbroar angavs under rubriken "Amtsentwurf"

4 — Enligt den nationella domstolen är ett "alternativt anbud" enligt 15 §, punkt 14, i BvergG en anbudsgivares anbud med ett alternativt anbudsförslag och därmed ett "alternativt utförande" i den mening som avses i direktiv 93/37.

("myndighetsplan") i anbudsinfordran, utan att det uttryckligen angavs att det utgjorde ett minimikrav, att en tvåskiktig betongyta med kvalitet av överbetong skulle användas. I anbudsinfordran angavs heller inga uttryckliga kriterier för tekniska minimikrav som eventuella alternativa utföranden måste uppfylla. Anbud med alternativa utföranden var enligt anbudsinfordran tillåtna. I sådant fall skulle också inges en fullständig förteckning över prestationer i enlighet med den i anbudsinfordran anvisade lösningen (huvudanbud). Några kriterier för bedömningen av ett anbuds ekonomiska och tekniska kvalitet angavs inte, vare sig för anbud i enlighet med anbudsinfordran eller för anbud med alternativa utföranden. I anbudsinfordran angavs inte heller att en med beskrivningen i myndighetsplanen likvärdig prestation måste säkerställas genom ett anbud med alternativt utförande (det hänvisades inte heller till 42 § BVergG i vilken detta föreskrivs), och det angavs heller inte vad som avsågs med begreppet "likvärdig prestation".

8. Käranden i målet vid den nationella domstolen, Traunfellner GmbH (nedan kallad Traunfellner), lämnade ett anbud i enlighet med anbudsinfordran och ett anbud med alternativt utförande. Traunfellners alternativa anbud var det billigaste av alla anbud, och dess anbud i enlighet med anbudsinfordran var näst billigast av dessa efter det anbud som lämnades av anbudsgemenskapen Ilbau — LSH Fischer — Heilit & Woerner, som sedermera tilldelades kontraktet.

9. Traunfellners alternativa utförande innebar att ett ytskikt av en asfaltkonstruktion framställd av bitumen skulle ersätta betongytan. Som teknisk beskrivning lämnades ett sakkunnigutlåtande enligt vilket asfaltkonstruktionen under gällande byggtekniska förutsättningar skulle ha en tillräcklig hållfasthet i formen under minst 20 år.

10. I en fackteknisk kontrollrapport utarbetad på uppdrag av delstatsregeringen uppgavs att det visserligen hade gjorts en studie rörande användning av asfaltkonstruktioner år 1989. Erfarenheter från tidigare uppdrag hade dock visat att asfaltkonstruktioner trots noggranna avtalsenliga utföranden redan efter kort tid hade uppvisat betydande spårdjup och att kompletterande renoveringsarbeten hade blivit nödvändiga. Vidare uppgavs att det, om Traunfellners alternativa anbud antogs, skulle behövas kompletterande prestationer till en kostnad av omkring 2,5 miljoner ATS för att säkerställa en prestation i enlighet med myndighetsplanen, och prisfördelen med Traunfellners anbud borde därför reduceras till 6,9 miljoner ATS. Dessutom uppgavs att man med en betongkonstruktion utförd med användande av ny teknologi kan utgå från att vägytans fasta form skall hålla i minst 30 år. Därmed skulle en betongkonstruktion enligt myndighetsplanen ha en 50 procent längre livslängd till endast 8,5 procent högre kostnad. Målsättningen att använda befintlig gammal betong vid konstruktionen av ett högkvalitativt tilläggsmaterial för den nya betongytan (återanvändningstanken) hade inte beaktats i det alternativa utförandet då befintliga betongdelar endast delvis skulle användas till accessoriska fördämningar på byggplatsen. Den största

delen av den befintliga betongytan skulle användas utanför byggplatsen på ett sätt som inte närmare beskrivits. Ett genomförande av den allmänna renoveringen av vägen med användande av betong i enlighet med myndighetsplanen skulle därför under alla förhållanden ges förtur med hänsyn till livslängden hos och hållbarheten med detta konstruktionssätt. Detta skulle nämligen innebära lägre och senarelagda kostnader för vägunderhåll, vilket i sin tur skulle innebära mindre trafikstörningar och därmed en minimering av den negativa inverkan på trafikens funktion, säkerhet och rörlighet. Traunfellners alternativa utförande ansågs därför inte vara likvärdigt med kraven i myndighetsplanen och anbudet skulle därför inte prövas i sak. På grundval av denna kontrollrapport beslutade upphandlingskommissionen den 17 mars 1998 att föreslå att kontraktet skulle tilldelas anbudsgemenskapen Ilbau — LSH Fischer — Heillit & Woerner.

11. Traunfellner yrkade att Bundesvergabeamt skulle ogiltigförklara beslutet att utesluta dess anbud med alternativt utförande. I beslut den 21 april 1998 ogillades yrkandet med motiveringen att frågan huruvida Traunfellners alternativa utförande var tekniskt likvärdigt saknade betydelse. Det alternativa anbudet avvek nämligen från kraven enligt anbudsinfordran i så hög grad att det inte längre var fråga om ett tillåtet anbud med alternativt utförande. Även om anbudet hade varit tillåtet så var det alternativa utförandet enligt den nationella domstolen inte tekniskt likvärdigt eftersom den upphandlande myndigheten har rätt att välja mellan olika tekniska system.

12. Till följd av detta beslut tilldelades kontraktet det billigaste av de anbud som överensstämde med anbudsinfordran. Under mellantiden utfördes arbetena.

13. Sedan Traunfellner överklagat upphävde Verfassungsgerichtshof Bundesvergabeamts beslut av den 21 april 1998 på grund av att motiveringsskyldigheten inte hade iakttagits. När Verfassungsgerichtshof har upphävt en förvaltningsakt (i detta fall när den nationella domstolens beslut den 21 april 1998 upphävdes) anses målet enligt österrikisk rätt ha återgått till det skick det befann sig i innan det klandrade beslutet meddelades. Bundesvergabeamt har nu på nytt att pröva Traunfellners den 17 april 1998 framställda yrkande om ogiltigförklaring av beslutet att utesluta Traunfellners anbud med alternativt utförande. Eftersom tilldelningen av upphandlingskontraktet hade skett under mellantiden, har Bundesvergabeamt enligt 117 § tredje stycket BVergG nu emellertid endast att pröva huruvida beslutet var rättsenligt.

IV — Tolkningsfrågorna

14. Bundesvergabeamt har begärt svar på när det föreligger ett ”alternativt utföran-

de" i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37, huruvida kriteriet "likvärdighet", med ledning av vilket det alternativa utförandet skall bedömas, måste anges i anbudsinfordran, samt hur en upphandlande myndighet skall förhålla sig när det i efterhand visar sig att en anbudsinfordran varit felaktig. Bundesvergabeamt har därför ställt följande tolkningsfrågor till domstolen.

"Fråga 1: Utgör ett alternativt anbud från en anbudsgivare med förslag om att ett ytskikt av betong på vägar som föreskrivits i anbudsinfordran skall ersättas med ett ytskikt av asfalt ett 'alternativt utförande' i den mening som avses i artikel 19 första stycket i direktiv 93/37/EEG?

Fråga 2: Kan det kriterium som ställts upp i de nationella bestämmelserna för att det skall vara tillåtet att anta ett 'alternativt utförande' i den mening som avses i artikel 19 första stycket i direktiv 93/37/EEG, enligt vilket kriterium det alternativa utförandet skall säkerställa 'att en kvalitativt likvärdig prestation tillhandahålls', lagligen anses vara ett 'minimikrav' som den upphandlande myndigheten har fastställt och angett i enlighet med artikel 19 första och andra styckena i direktiv 93/37/EEG, när det i anbudsinfordran endast har gjorts en hänvisning till den nationella bestämmelsen och det inte närmare har angetts enligt vilket konkret jämförelsekriterium 'likvärdigheten' skall prövas?

Fråga 3: Är det enligt artikel 30 första och andra styckena i direktiv 93/37/EEG jämförd med insynsprincipen och likabehandlingsprincipen förbjudet för en upphandlande myndighet att, på grund av en bedömning i enlighet med ett i nationell rätt uppställt kriterium enligt vilket det alternativa utförandet skall säkerställa 'att en kvalitativt likvärdig prestation tillhandahålls', anta ett alternativt utförande som skiljer sig från ett anbud i enlighet med anbudsinfordran på så sätt att det avser en annan teknisk kvalitet, när det i underlaget för anbudsinfordran i detta avseende endast har gjorts en hänvisning till den nationella bestämmelsen och det inte närmare har angetts enligt vilket konkret jämförelsekriterium som 'likvärdigheten' skall prövas?

Fråga 4a om fråga 3 besvaras jakande: Får en upphandlande myndighet slutföra ett sådant upphandlingsförfarande som beskrivits under fråga 3 genom tilldelning av upphandlingskontraktet?

Fråga 4b om frågorna 3 och 4a besvaras jakande: Måste en upphandlande myndighet, som handlägger en sådan upphandling som avses i fråga 3, i förekommande fall avvisa en anbudsgivares anbud med alternativt utförande utan att i sak pröva anbudets innehåll när den upphandlande myndigheten inte har fastställt några tilldelningskriterier för bedömning av tekniska avvikelser hos ett alternativt utförande i förhållande till anbudsinfordran?

Fråga 5 om frågorna 3 och 4a besvaras jakande och fråga 4b besvaras nekande: Måste en upphandlande myndighet, som handlägger en sådan upphandling som avses i fråga 3, anta ett förslag till alternativt utförande vars tekniska avvikelser från kraven i anbudsinfordran inte kan bedömas genom tilldelningskriterier på grund av att inga sådana kriterier har angetts i anbudsinfordran, när detta alternativa utförande utgör det billigaste anbudet och några tilldelningskriterier i övrigt inte har fastställts?"

15. I sin motivering har Bundesvergabeamt angett att den har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida anbudet om ett ytskikt av asfalt i stället för det i anbudsinfordran föreskrivna betongytskiktet utgör ett alternativt utförande i den mening som avses i artikel 19 första stycket i direktiv 93/37 och huruvida direktivets bestämmelser om alternativa utföranden därför är tillämpliga på detta anbud.

16. När det gäller den andra frågan har Bundesvergabeamt hänvisat till att frågan huruvida ett anbud med alternativt utförande skall tillåtas enligt 42 § fjärde stycket BVergG är beroende av om det är säkerställt att en kvalitativt likvärdig prestation tillhandahålls. I upphandlingspraxis spelar prövningen av vad som är "likvärdigt" en viktig roll. I förevarande fall har den upphandlande myndigheten också prövat om det alternativa utförandet varit likvärdigt och funnit att så inte är fallet. De jämförelsekriterier som den upphandlande myndigheten därvid har använt hade dock i överensstämmelse med fast praxis hos upphandlande myndigheter i Österrike inte angetts i anbudsunderlaget eller i meddelandet om upphandling.

17. Enligt Bundesvergabeamts uppfattning är en sådan praxis oförenlig med artikel 30 i direktiv 93/37 och även med principerna om insyn och likabehandling. Någon annan slutsats vore möjlig endast om det krav på likvärdig prestation som gäller för ett alternativt utförande skulle anses vara ett "minimikrav" i den mening som avses i artikel 19 andra stycket i direktivet. Då skulle det inte vara nödvändigt att ange konkreta jämförelsekriterier som tilldelningskriterier. En sådan tolkning strider dock enligt Bundesvergabeamts uppfattning mot de principer som ligger till grund för direktivet. Enligt den klara ordalydelsen av artikel 19 andra stycket krävs att de upphandlande myndigheterna anger minimikraven i kontraktshandlingarna. Enbart tillämpningen av en nationell bestämmelse i vilken likvärdighetskriteriet framgår kan inte anses vara ett sådant krav som den upphandlande myndigheten har angett i kontraktshandlingarna.

18. Att endast hänvisa till en inte närmare beskriven likvärdighet uppfyller vidare inte kraven på insyn och är inte förenligt med

betydelsen av begreppet "ange". Med "ange" avses en närmare förklaring och beskrivning. Någon sådan har den upphandlande myndigheten emellertid inte lämnat.

19. Angående fråga 3 har Bundesvergabeamt angett att direktivet endast gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att välja mellan antingen kriteriet avseende det lägsta priset eller kriteriet avseende det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I det förra fallet är som följer av artikel 19 första stycket i direktivet alternativa utföranden inte tillåtna. I det senare fallet skall den upphandlande myndigheten enligt artikel 30.2 i direktivet i meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna ange alla de kriterier som den avser att ta hänsyn till vid tilldelningen.

20. Denna jämförelse visar att alternativa utföranden, när det går att lämna anbud med sådana, skall prövas enligt de tilldelningskriterier som den upphandlande myndigheten har fastställt. Om den upphandlande myndigheten emellertid inte har fastställt några tilldelningskriterier kan enligt Bundesvergabeamts uppfattning alternativa utföranden inte värderas och därför heller inte antas. De österrikiska upphandlande myndigheternas fasta praxis är såtillvida oförenlig med systematiken i direktivet.

21. Dessutom strider förfarandet mot insynsprincipen. När en upphandlande myndighet vid prövningen av ett alternativt utförande använder sig av jämförelsekriteriet "likvärdig prestation", vilket inte konkret angetts i föregående meddelanden, beaktar den kriterier som den inte tidigare har tillkännagett. Detta är oförenligt med domstolens fasta praxis [5] och innebär att anbudsgivarna fråntas möjligheten att med ledning av tillkännagivna kriterier i förväg bilda sig en uppfattning om den planerade upphandlingen och om det kan vara av intresse för dem att upprätta förslag till alternativa utföranden. [6] I praktiken leder en användning av det obestämda begreppet "likvärdighet" när den upphandlande myndigheten konkretiserar det först i efterhand i samband med bedömningen av alternativa utföranden till stor osäkerhet och till omfattande rättstvister. Den upphandlande myndigheten riskerar att dras in i tvister, antingen med de anbudsgivare som lämnat anbud med alternativa utföranden som myndigheten inte anser vara likvärdiga med upphandlingskraven, eller med de anbudsgivare som inte lämnat förslag till alternativa utföranden och som betvivlar att ett alternativt utförande som den upphandlande myndigheten vill anta är att anse som likvärdigt. Då kan anbudsgivarna i förväg bara gissa vad den upphandlande myndigheten kommer att anse som likvär-

5 — Bundesvergabeamt har hänvisat till dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635), punkt 35 och följande punkter, och dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), punkt 57 och följande punkter.

6 — Bundesvergabeamt har hänvisat till domen i målet Beentjes (ovan fotnot 5), punkt 21 och följande punkter, och dom av den 26 september 2000 i mål C-225/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-7445), punkt 34 och följande punkter.

digt. Detta skulle leda till stor osäkerhet hos anbudsgivare som samtidigt förbereder eventuella alternativa utföranden, men även hos anbudsgivare som inte lämnar några alternativa utföranden men som har att räkna med att deras anbud slås ut av ett anbud med alternativt utförande som den upphandlande myndigheten efter att anbudsinfordran inletts bedömer som likvärdigt.

22. Det som beskrivits ovan leder till att det uppstår ett tredje otillåtet "blandsystem" mellan tilldelningskriterierna enbart det lägsta priset och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta är oförenligt med domstolens praxis. [7] Dessutom är en tillämpning av ett kriterium genom endast en hänvisning till en nationell bestämmelse otillåten. [8]

23. Bundesvergabeamt har slutligen ställt frågorna 4 och 5 för att få klarhet i hur den upphandlande myndigheten skall förhålla sig när det under pågående upphandlingsförfarande slås fast att österrikisk upphandlingspraxis är rättsstridig. Å ena sidan finns möjligheten att man avstår från att tilldela upphandlingen och att anbudsinfordran återkallas. För det talar att upphandlingsförfarandet har inletts under förutsättningar som visar sig vara rättsstridiga och att det därför inte bör få fortsätta. Å andra sidan finns möjligheten att förfarandet får fortsätta. Men det skulle innebära att upphandlingsförfarandet slutförs med inskränkningar som anbudsgivarna inte underrättats om från början. Vissa anbudsgivare kan ha lämnat anbud med alternativa utföranden under antagande att detta var tillåtet och att den upphandlande myndigheten skulle pröva anbudet på grundval av det inte närmare preciserade kriteriet "likvärdighet". Om det då är så att den enligt nationell rätt tillåtna tillämpningen av likvärdighetskriteriet inte får ske, så har väsentliga förutsättningar för anbudens lämnande ändrats i efterhand. Ett sådant avsteg från de förutsättningar som legat till grund för upphandlingen kan också anses utgöra ett avsteg från likabehandlingsprincipen. [9]

24. Därför är det möjligen så att det enda förfarande som är rättsenligt är att man avstår från att tilldela upphandlingskontraktet och inleder en ny upphandling. I så fall skulle det beslut som den upphandlande myndigheten i detta fall faktiskt har fattat, nämligen att avvisa anbudsgivarens alternativa utförande på grund av att det inte ansågs likvärdigt och att tilldela en annan anbudsgivare upphandlingen, under alla förhållanden vara rättsstridigt. Å andra sidan kan det tänkas vara en alltför långtgående konsekvens av att enstaka gemenskapsrättsliga bestämmelser har åsidosatts att man tvingas avstå från att tilldela kontraktet med skyldighet att utlysa ny

7 — Bundesvergabeamt har hänvisat till dom av den 28 mars 1985 i mål 274/83, kommissionen mot Italien (REG 1985, s. 1077), punkt 24 och följande punkter, och dom av den 26 april 1994 i mål C-272/91, kommissionen mot Italien (REG 1994, s. I-1409).

8 — Bundesvergabeamt har hänvisat till domen i målet Beentjes (ovan fotnot 5), punkt 35 och följande punkter.

9 — Bundesvergabeamt har hänvisat till dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-229), i tillämpliga delar.

upphandling, i synnerhet som de gemenskapsrättsliga kraven i detta hänseende också kan iakttas genom att man endast underlåter att tillämpa det mot gemenskapsrätten stridande, inte närmare beskrivna kriteriet "likvärdighet".

25. Om upphandlingsförfarandet däremot skulle få slutföras uppkommer frågan enligt vilka kriterier tilldelningen av upphandlingen då skall ske. Enligt den nationella domstolens uppfattning kan därvid endast två möjligheter tänkas. Den upphandlande myndigheten kan avböja förslaget till alternativt utförande och tilldela upphandlingen enligt antingen kriteriet det lägsta priset eller alternativet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, varvid endast de kriterier som den upphandlande myndigheten har fastställt kan tillämpas. Denna möjlighet skulle tillgodose direktivets syften, eftersom de olika kvaliteter som kan erbjudas i anbud enligt artikel 30 i direktivet skall bedömas just enligt tilldelningskriterier. Kvalitetsskillnader som inte kan bedömas enligt dessa kriterier medför att anbudet inte kan jämföras med konkurrenternas anbud. När ett anbud inte kan utgöra föremål för en jämförelse kan det i enlighet med principen om likabehandling inte heller prövas.

26. En annan möjlighet är att den upphandlande myndigheten skall vara förpliktad att anta anbudet med alternativt utförande och därvid bortse från de kvalitativa avvikelserna. Det är ett föga ändamålsenligt alternativ eftersom den upphandlande myndigheten då måste anta ett anbud som inte uppfyller de kvalitativa krav som myndigheten själv har fastställt utan att den har möjlighet att bedöma de kvalitativa avvikelserna enligt några som helst jämförelsekriterier. Detta strider mot syftena med direktivet som domstolen har formulerat dem, eftersom den upphandlande myndigheten i så fall inte har möjlighet att jämföra anbuden med varandra och att på grundval av objektiva kriterier välja det för myndigheten mest fördelaktiga anbudet. [10]

V — Parternas argument och rättslig bedömning

A — *Upptagande till sakprövning*

27. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande gjort gällande att denna begäran om förhandsavgörande skall avvisas. Kommissionen har därvid hänvisat till sin framställning i mål C-314/01, i vilket mål kommissionen bestred att Bundesvergabeamt utgör en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG då dess beslut inte är bindande. Vid den muntliga förhandlingen har kommissionen dock återkallat sin invändning om rättegångshinder med hänsyn till den under mellantiden meddelade

10 — Bundesvergabeamt har hänvisat till dom av den 16 september 1999 i mål C-27/98, Metalmeccanica (REG 1999, s. I-5697), punkt 31.

domen i målet Swoboda.[11] Begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning.

B — *Den första frågan*

1. Parternas argument

28. Traunfellner, ASFINAG, den österrikiska regeringen och den franska regeringen har anfört att anbudet med ett ytskikt av asfalt i förhållande till en betongyta som i anbudsinfordran utgör ett alternativt utförande i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37.

29. Traunfellner har anfört att det är fråga om ett alternativt utförande när förslag lämnas om en ny metod för utförande, en annan konstruktion, annat material eller liknande alternativ varigenom en mer praktisk eller billigare prestation tillhandahålls. Asfalt är ett tekniskt alternativ till betong. Vad som skall prövas är därför huruvida anbudet är tekniskt likvärdigt när det gäller bärkraft, spårdjup och friktion.

30. ASFINAG har framfört allmänna synpunkter samt anfört att det är fråga om ett alternativt utförande när i ett anbud delar av den prestation som avses i anbudsinfordran skall ersättas med andra.

31. Den österrikiska regeringen har hänvisat till bestämmelsens tillkomsthistoria. Kommissionen anförde i sitt förslag till ändring av rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av upphandlingsförfaranden avseende offentliga bygg- och anläggningsarbeten att alternativa förslag skulle få lämnas endast beträffande konstruktionsritningen eller föreskrivet material.[12]

32. Den franska regeringen har anfört att begreppet "alternativt utförande" skall ges en vidsträckt tolkning. I den anbudsinfordran som är aktuell i målet vid den nationella domstolen hade inte slagits fast att betong var en oundgänglig teknisk specifikation. Såtillvida kan förslaget om asfalt anses vara ett alternativt utförande.

33. Kommissionen har anfört att denna tolkningsfråga är en fråga angående sakomständigheter som i princip inte kan tas upp till sakprövning. Frågan kan besvaras endast om den omformuleras. Enligt kommissionens uppfattning måste frågans lydelse ta sikte på under vilka förutsätt-

11 — Dom av den 14 november 2002 i mål C-411/00, Felix Swoboda (REG 2002, s. I-10567), punkt 27 och följande punkter. Se även generaladvokaten Mischos förslag till avgörande föredraget den 25 februari 2003 i mål C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner m.fl. dom av den 19 juni 2003 (REG 2003, s. I-6413, I-6415), punkterna 20—23. Jämför också generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande föredraget den 10 oktober 2002 i mål C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH dom av den 19 juni 2003 (REG. 2002, s, I-6351, I-6354), punkt 22 och följande punkter.

12 — KOM(86) 679 slutlig, av den 23 december 1986.

ningar ett alternativt förslag skall anses utgöra ett alternativt utförande. Den sålunda omformulerade frågan har kommissionen besvarat på det sättet, att det måste vara fråga om ett upphandlingförfarande där kriteriet för tilldelningen av uppdraget är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och där anbud med alternativa utföranden inte är uteslutna, och att ett alternativt utförande måste uppfylla de minimikrav som angetts.

2. Bedömning

34. Bundesvergabeamt har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida anbudet att utföra ett ytskikt av asfalt utgör ett alternativt utförande i förhållande till utförande av ett ytskikt av betong som var föreskrivet i anbudsinfordran.

35. Denna fråga handlar om att hänföra ett konkret sakförhållande till det gemenskapsrättsliga begreppet "alternativt utförande" i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37. Enligt den fördelning av uppgifter som fastställts i artikel 234 EG är det emellertid en fråga för de nationella domstolarna att tillämpa de gemenskapsrättsliga bestämmelserna på konkreta fall. En sådan rättstillämpning är nämligen inte möjlig utan en samlad bedömning av omständigheterna i målet.[13] Följaktligen kan den första frågan i den hänskjutna formuleringen inte tas upp till sakprövning.

36. Domstolen kan dock tillhandahålla den nationella domstolen alla de upplysningar om hur gemenskapsrätten skall tolkas som kan göra det möjligt för den nationella domstolen att avgöra det juridiska problem som har anhängiggjorts vid den.[14] För det fall domstolen beslutar sig för att omformulera den första frågan får jag därför i andra hand anföra följande.

37. Mot bakgrund av att den nationella domstolens första beslut i saken den 21 april 1998 upphävdes av Österrikes Verfassungsgerichtshof, måste den första frågan förstås så att den tar sikte på var gränserna går för möjligheten att anta ett "alternativt utförande" i den mening som avses i artikel 19 i direktivet. När kan man tala om ett "alternativt utförande" och när avviker en föreslagen prestation så mycket från kraven i anbudsinfordran att det alternativa förslaget inte kan tas upp till prövning?

38. Omformulerad på det sättet blir den första frågan en rättsfråga som domstolen i princip kan besvara. Det bör dock observeras att målet hos Bundesvergabeamt gäller det skede i upphandlingen när till-

13 — Dom av den 8 februari 1990 i mål C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe (REG 1990, s. I-285; svensk specialutgåva, volym 10, s. 295), punkt 11, och dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 31.

14 — Dom av den 4 maj 1993 i mål C-17/92, Distribuidores Cinematográficos (REG 1993, s. I-2239; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1), punkt 8, och dom i målet Teckal (ovan fotnot 13), punkt 33.

delningen skedde och inte när det prövades om alternativa utföranden skulle tillåtas. Enligt redogörelsen i beslutet om hänskjutande har den upphandlande myndigheten inte uteslutit det alternativa utförandet därför att det var otillåtet utan därför att det inte ansågs likvärdigt. Strängt taget är det därför inte nödvändigt för tvisten vid den nationella domstolen att den första frågan besvaras, och frågan skulle därmed kunna anses vara en sådan hypotetisk fråga som enligt domstolens fasta praxis [15] inte kan tas upp till sakprövning. Samma är förhållandet när det gäller den andra frågan.

39. De två första frågorna får en mening endast om man ansluter sig till Bundesvergabeamts uppfattning att det inte går att överklaga en upphandlande myndighets beslut när rättstillämpningen i ett upphandlingsförfarande varit felaktig redan i ett tidigare skede (i förevarande fall i fråga om angivandet av minimikrav i samband med anbudsinfordran och bedömningen huruvida alternativa utföranden skulle tillåtas) men felet inte har påtalats rättsligt (i detta fall skedde överklagande först efter tilldelningen av kontraktet). Frågan huruvida denna rättsuppfattning är förenlig med gemenskapsrätten, framför allt med rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, [16] är för närvarande föremål för prövning i mål C-315/01 (GAT, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH). Generaladvokat Geelhoed har i sitt förslag till avgörande i det målet, som föredrogs den 10 oktober 2002, ansett att en sådan praxis är oförenlig med rättsmedelsdirektivet. [17] Dom har ännu inte meddelats. Jag lämnar här frågan utestående eftersom den inte har diskuterats i förevarande mål.

40. I andra hand får jag därför som min uppfattning anföra att alternativa utföranden enligt artikel 19.1 i direktiv 93/37 inte är tillåtna om de inte uppfyller de minimikrav som den upphandlande myndigheten har fastställt. Frågan huruvida ett alternativt utförande är för handen eller inte beror alltså på vilka minimikrav som den upphandlande myndigheten har fastställt i det enskilda fallet och som skall anges i anbudsinfordran.

41. Yttrandena i målet beträffande den första frågan bekräftar slutsatsen att lösningen finns att söka i det enskilda fallet. Kommissionen har framför allt framhållit inslag i förfarandet, såsom att upphandling skett efter kriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud och att det inte fanns något uttryckligt hinder mot alternativa utföranden. I övrigt har dock även kommissionen framhållit att minimikraven skall iakttas. Övriga som har yttrat sig har framhållit

15 — Dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, Preussen-Elektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 39, och dom av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital (REG 2002, s. I-607), punkt 19.

16 — EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48.

17 — Förslag till avgörande i mål C-315/01, GAT (ovan fotnot 11), punkt 45 och följande punkter.

inslag i det enskilda fallet såsom nya byggmetoder eller nytt material.

42. Artikel 19 i direktivet går tillbaka till ett initiativ av kommissionen. I kommissionens förslag till ändring av direktiv 71/305 föreskrevs att alternativa utföranden ("varianter" enligt den ursprungliga terminologin) skulle kunna innehålla en väsentlig förändring av konstruktionsritningen eller det föreskrivna materialet respektive en ändrad arbetsmetod eller arbetsteknik. [18] Det skulle vara möjligt för företagen att föreslå tekniska framsteg i sina förslag. [19] Under lagstiftningsförfarandets gång ändrade kommissionen detta förslag så att en "variant" enbart måste uppfylla de minimikrav som den upphandlande myndigheten fastställt. [20] Detta blev sedan artikel 20a i rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten. [21] Den har samma ordalydelse som artikel 19 i direktiv 93/37. Av denna tillkomsthistoria framgår att alla delar av en anbudsinfordran i princip kan vara föremål för ett alternativt utförande. Bestämmelsen i dess nuvarande lydelse syftar också till att främja tekniskt framåtskridande inom byggväsendet. Den är medvetet öppet utformad och överlåter åt den upphandlande myndigheten att bestämma om den vill tillåta alternativa utföranden eller inte och vilken typ av alternativa utföranden den vill ta hänsyn till. [22] Det enda krav som innefattas i artikel 19 för att ett alternativt anbud skall tillåtas är att prestationen som erbjuds är likvärdig med den prestation som avses i anbudsinfordran. Frågan om likvärdighet skall prövas enligt de minimikrav som den upphandlande myndigheten har att ställa upp.

43. Av det anförda framgår tydligt att bedömningen huruvida det föreligger ett alternativt anbud eller ett otillåtet anbud som inte skall prövas i sak bara kan göras av den upphandlande myndigheten. Den rättsliga prövningen måste begränsas till att kontrollera om förfaranderegleras enligt direktiv 93/37 har iakttagits och om de minimikrav som den upphandlande myndigheten har fastställt är uppfyllda, samt huruvida den upphandlande myndigheten uppenbart har överskridit gränserna för det bedömningsutrymme den har vid prövningen av anbud exempelvis genom att ta ovidkommande hänsyn vid likvärdighetsprövningen. Bedömningen i sak huruvida den i ett anbud erbjudna prestationen motsvarar anbudsinfordrans krav måste göras av den upphandlande myndigheten, som på grund av sin sakkompetens är den enda instans som kan bedöma om den erbjudna prestationen är likvärdig med vad som efterfrågats i anbudsinfordran.

18 — KOM(86) 679 slutlig (ovan fotnot 12), s. 43, den nya artikel 20a andra stycket.

19 — KOM(86) 679 slutlig (ovan fotnot 12), s. 12.

20 — KOM(88) 354 slutlig, av den 21 juni 1988, s. 13 och s. 22 under artikel 20a.

21 — EGT L 210, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3.

22 — Jämför kommissionens handledning till gemenskapsbestämmelserna om upphandling av offentliga bygg- och anläggningsarbeten, s. 53 under punkt 6.4.1, tillgänglig på kommissionens hemsida, generaldirektoratet för inre marknaden, www.europa.eu.int/comm/internal_market.

44. I andra hand föreslår jag därför att den första frågan besvaras så, att ett alternativt utförande i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37 föreligger när det i ett öppet upphandlingsförfarande där kriteriet för tilldelning är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte har uteslutits att alternativa anbud får lämnas in, och om det alternativa utförandet ersätter en del av den prestation som avses i anbudsinfordran och därvid uppfyller de uppställda minimikraven.

C — *Den andra och den tredje frågan*

45. ASFINAG, den österrikiska regeringen och den franska regeringen har behandlat den andra och den tredje frågan gemensamt. Båda frågorna handlar huvudsakligen om skyldigheten att tillkännage de bedömningskriterier som den upphandlande myndigheten skall tillämpa. Jag följer här samma ordning.

1. Parternas argument

46. Enligt Traunfellners uppfattning skall — om inga minimikrav har angetts i anbudsinfordran — de i 42 § fjärde stycket BVergG uppställda villkoren i fråga om likvärdighet anses utgöra minimikrav i den mening som avses i artikel 19 i direktivet. De krav på prestationen som har angetts i anbudsinfordran och som därmed är bekanta för alla anbudsgivare utgör den centrala anknytningspunkten för prövningen angående likvärdigheten.

47. Även om det inte har angetts några kriterier i anbudsinfordran måste ett alternativt utförande värderas. I så fall har den upphandlande myndigheten endast velat ha säkerställt att en kvalitativt likvärdig prestation tillhandahålls.

48. ASFINAG och den österrikiska regeringen har framhållit att det i praktiken är svårt att ställa upp minimikrav. ASFINAG har anfört att framför allt byggentreprenader består av många delar. En upphandlande myndighet kan inte veta i förväg för vilka delar alternativ kommer att erbjudas. Det är dock inte nödvändigt att ange konkreta kriterier för alla delar eftersom det allmänna kriteriet avseende likvärdiga prestationer är tillräckligt. En överträdelse av insynsprincipen föreligger inte så länge det är säkerställt att alla anbud kommer att bedömas enligt samma tilldelningskriterier. Artikel 30 i direktivet innehåller inget förbud mot att göra antagandet av ett alternativt utförande beroende av att det är säkerställt att en kvalitativt likvärdig prestation tillhandahålls.

49. Den österrikiska regeringen har vidare framhållit att den nationella domstolen har blandat ihop de båda begreppen minimikrav i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37 och tilldelningskriterier i den mening som avses i artikel 30 i direktivet. Det förstnämnda kriteriet gäller frågan om alternativa anbud tillåts medan det andra avser bedömningen av tillåtna anbud. Kommissionen har anslutit sig till denna beskrivning.

50. Skyldigheten att fastställa minimikrav gäller oberoende av frågan huruvida alternativa utföranden skall tillåtas. Den upphandlande myndigheten skall ange minimikraven så att det är klart vilka krav som är oeftergivliga och som kommer att användas som måttstock vid prövningen av om ett anbud uppfyller likvärdighetskravet.

51. Den österrikiska regeringen har vidare anfört att om det finns fastställda minimikrav så är det tillåtet med en hänvisning i samband med anbudsinfordran till offentliggjorda allmänt gällande bestämmelser. I 35 § andra stycket BVergG sägs uttryckligen att det i anbudsinfordran skall anges att BVergG är tillämplig på upphandlingen. En anbudsgivare som är intresserad kan skaffa sig kännedom om sådana regler. En hänvisning till tillämpliga bestämmelser minskar det textomfång som skall offentliggöras i ett upphandlingsförfarande. Enligt artikel 23 i direktivet kan anges en myndighet hos vilken man kan inhämta upplysningar om de arbetsrättsliga villkor som skall iakttas. En hänvisning till en offentliggjord allmänt gällande bestämmelse är jämförbar med detta.

52. Den franska regeringen och kommissionen har mot detta anfört att en hänvisning till tillämpliga bestämmelser enligt praxis inte är tillräckligt för att uppfylla kraven på insyn. [23]

53. Enligt den franska regeringens uppfattning har det som förekommit i målet vid den nationella domstolen lett till att anbudsgivare som inte är etablerade i Österrike har diskriminerats. Vidare har anbudsgivare som har velat lämna in förslag till alternativa utföranden missgynnats eftersom de inte har haft kännedom om enligt vilka kriterier deras förslag skulle bedömas.

54. Kommissionen har lagt till att det inte är tillräckligt att endast hänvisa till likvärdiga prestationer eftersom det har varit nödvändigt att använda specifikt material. Tvärtom måste sådana kriterier som exempelvis livslängd eller motståndskraft mot deformering anges.

23 — De har hänvisat till domen i målet Beentjes (ovan fotnot 5) och domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 6).

55. Enligt kommissionens uppfattning får förslag till alternativa utföranden inte antas om inga minimikrav har angetts. Om så inte har skett strider anbudsinfordran mot gemenskapsrätten eftersom det varken har ställts upp förbud mot att lämna in alternativa anbud eller angetts vilka minimikrav som skall uppfyllas. I så fall får upphandlingsförfarandet därför inte slutföras.

2. Bedömning

56. Den andra frågan gäller huruvida en hänvisning i anbudsinfordran till bestämmelsen i 42 § BVergG kan anses utgöra ett fastställt minimikrav i den mening som avses i artikel 19 i direktivet när det inte har angetts enligt vilket jämförelsekriterium frågan om prestationers likvärdighet skall prövas. Frågan innehåller två delaspekter. Det är för det första huruvida en hänvisning till en nationell bestämmelse uppfyller kravet på insyn. För det andra är frågan huruvida bestämmelsen i 42 § fjärde stycket BVergG kan anses utgöra ett minimikrav i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37.

57. Den tredje frågan gäller huruvida artikel 30 i direktivet utgör hinder mot en nationell bestämmelse som gör antagandet av ett förslag till alternativt utförande beroende av att det är en likvärdig prestation som erbjuds, när detta kriterium inte har nämnts i anbudsinfordran utan endast framgår av en bestämmelse som det görs en hänvisning till. Även här uppkommer frågan om ett sådant förfarande är förenligt med kravet på insyn. Såtillvida går den andra och den tredje frågan in i varandra. Närmast skall jag därför behandla vissa aspekter av kravet på insyn.

58. I domarna i målet Beentjes och i målet kommissionen mot Frankrike har domstolen uttalat, att de upphandlande myndigheterna, när de inte som enda upphandlingskriterium använder det lägsta priset utan grundar sin prövning på olika kriterier för att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, måste ange dessa kriterier antingen i meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna. En allmän hänvisning till en bestämmelse i en nationell lagstiftning är följaktligen inte tillräckligt för att uppfylla detta krav på offentlighet.[24]

59. Dessa avgöranden enligt artikel 30 i direktiv 93/37 grundas på principerna om insyn och likabehandling. Dessa båda principer är grundläggande för offentliga upphandlingar, och de ligger också till grund för direktiv 93/37, vilket framgår av direktivets tionde och elfte skäl. Båda principerna skall därför också beaktas inom ramen för tolkningen av artikel 19 i direktivet. En allmän hänvisning till en nationell bestämmelse är följaktligen heller inte tillräckligt för att uppfylla kravet på att minimikraven skall anges.

24 — Jämför dom i målet Beentjes (ovan fotnot 5), punkt 35, och dom i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 6), punkt 73.

60. Jag föreslår därför att den andra och den tredje frågan besvaras på följande sätt: En hänvisning till en nationell bestämmelse är inte tillräcklig för att fastställa vare sig minimikrav i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37 eller tilldelningskriterier i den mening som avses i artikel 30 i samma direktiv.

61. Därmed är det strängt taget inte nödvändigt att besvara den andra delen av den andra frågan, nämligen frågan i vilken mån bestämmelsen i 42 § fjärde stycket BVergG kan anses utgöra ett minimikrav. Den frågan skall jag ta ställning till endast i andra hand för det fall domstolen kommer till en annan slutsats än jag i fråga om kraven på tillkännagivande.

62. Begreppet minimikrav i den mening som avses i artikel 19 definieras inte i direktivet. Som jag redan har anfört i samband med den första frågan har den upphandlande myndigheten när den fastställer minimikrav ett visst bedömningsutrymme. Det gäller egenskaper hos den prestation som skall upphandlas eller det resultat som skall uppnås med den.

63. Som jag redan har berört vid bedömningen av den första frågan står det i princip den upphandlande myndigheten fritt om den vill tillåta anbud med alternativa utföranden eller inte. Om alternativa utföranden inte skall tillåtas skall detta enligt artikel 19 andra stycket andra meningen i direktiv 93/37 uttryckligen anges i meddelandet om upphandling. Om alternativa utföranden skall tillåtas är det överflödigt att detta anges.[25]

64. Som framgår av artikel 19 andra stycket första meningen i direktivet måste den upphandlande myndigheten emellertid, om alternativa utföranden skall tillåtas, i meddelandet om upphandling upplysa om de minimikrav som ett alternativt utförande måste uppfylla.[26] Denna skyldighet framgår av ordalydelsen ("... skall ange... vilka minimikrav..."). Om avsikten hade varit att det i dessa fall skulle stå den upphandlande myndigheten fritt att fastställa minimikrav eller inte så hade det legat nära till hands att formuleringen ("... kan ange... vilka minimikrav...") hade använts.

65. Denna tolkning utifrån ordalydelsen stämmer också med bestämmelsens andemening. När alternativa utföranden är tillåtna måste anbudsgivarna kunna veta efter vilka kriterier deras förslag kommer att bedömas av den upphandlande myndighe-

25 — Jämför uttalandena i handledningen för upphandling av offentliga bygg- och anläggningsarbeten (ovan fotnot 22), s. 53 under punkt 6.4.1.

26 — Jämför uttalandena i handledningen för upphandling av offentliga bygg- och anläggningsarbeten (ovan fotnot 22), s. 53 under punkt 6.4.1.

ten. Bedömningen skall ske i enlighet med de minimikrav som utgör en konkretisering av den upphandlande myndighetens förväntningar på den upphandlade prestationen. Ett alternativt utförande är tillåtet endast om det i enlighet med likabehandlingsprincipen uppfyller de i förväg fastställda och i samband med anbudsinfordran i enlighet med insynsprincipen tillkännagivna kraven.[27] En anbudsinfordran där alternativa utföranden är tillåtna på grund av att de inte uttryckligen uteslutits, men där inga minimikrav har fastställts, uppfyller därför inte kraven i direktiv 93/37.

66. Jag måste därför tillbakavisa den invändning som framförts att det i praktiken är omöjligt att i förväg ange alla kriterier eftersom man inte vet i vilka delar alternativ kommer att erbjudas. En upphandlande myndighet måste kunna formulera sina förväntningar på den prestation som skall upphandlas och vilka krav som måste ställas på olika delar av prestationen, som exempelvis bärkraften hos en bro eller motståndskraften och livslängden hos en vägbeläggning. Särskilt vid upphandling av en byggentreprenad måste en upphandlande myndighet kunna formulera vilket resultat den förväntar sig. Frågan huruvida ett anbud enligt anbudsinfordran eller ett anbud med alternativt utförande säkerställer detta resultat skall utrönas med ledning av objektiva kriterier som anbudsgivarna har fått kännedom om när upphandlingen utlystes. Om dessa skall kallas tillåtlighetskriterier enligt artikel 19 i direktiv 93/37 eller tilldelningskriterier enligt artikel 30 i direktivet saknar betydelse. Principen om likabehandling av anbudsgivare liksom insynsprincipen gäller för båda bestämmelserna.

67. Enligt bestämmelsen i 42 § fjärde stycket BVergG måste den prestation som avses med ett alternativt utförande vara likvärdig med den prestation som avses i anbudsinfordran. Detta kriterium handlar inte om de egenskaper eller det resultat som kännetecknar den prestation som avses i anbudsinfordran. I stället handlar det om en bedömning av den erbjudna prestationen i förhållande till den prestation som avses i anbudsinfordran.

68. Likvärdighetskriteriet uttrycks i slutet av artikel 19 första stycket, där det sägs att hänsyn får tas till alternativa anbud "... om dessa alternativ uppfyller de av de upphandlande myndigheterna ställda minimikraven". I kommissionens förslag från år 1986 uttalades att de alternativa utförandena "måste beaktas om de kvalitetsmässigt minst uppfyller de uppställda kraven".[28] Denna formulering, som redan vid antagandet av direktiv 89/440 ändrades till förmån för den nu gällande lydelsen, motsvarar i stor utsträckning formuleringen i 42 § fjärde stycket BVergG. Där sägs att ett alternativt anbud skall tillåtas endast om det "... säkerställer att en kvalitativt likvärdig prestation tillhandahålls".

27 — Dom i målet kommissionen mot Danmark (ovan fotnot 9), punkterna 37—40, och dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC (REG 2001, s. I-7725), punkt 40 och följande punkter.

28 — KOM(86) 679 slutlig (ovan fotnot 12), s. 43, artikel 20a tredje stycket.

69. Av dessa olika formuleringar framgår att likvärdighetskriteriet inte kan vara något "minimikrav" i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37. Det är snarare det resultat som måste uppnås med ett alternativt utförande. Huruvida detta resultat kan uppnås skall utrönas enligt de minimikrav genom vilka den upphandlande myndigheten har formulerat sina förväntningar på den prestation som skall upphandlas. Likvärdighetskriteriet utgör ingen måttstock i sig utan beskriver bara vilken nivå som ett alternativt utförande måste nå upp till.

70. Jag föreslår därför att denna delaspekt av den andra frågan, om domstolen fortfarande anser det nödvändigt, besvaras på följande sätt. Det likvärdighetskriterium som ställs upp för bedömningen av huruvida ett alternativt utförande skall vara tillåtet utgör inte ett av en upphandlande myndighet fastställt minimikrav i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37.

D — *Den fjärde och den femte frågan*

1. Parternas argument

71. ASFINAG och den österrikiska regeringen har anfört att den fjärde och den femte frågan inte kan tas upp till sakprövning eftersom de är hypotetiska. Det upphandlingsuppdrag som målet vid den nationella domstolen handlar om har tilldelats och arbetena har utförts. Nu återstår för den nationella domstolen endast att avgöra huruvida beslutet att utesluta det alternativa anbudet har varit rättsenligt.

72. I andra hand har dessa angående den fjärde frågan under punkten a anfört att upphandlingsförfarandet får slutföras. ASFINAG har till stöd för detta åberopat artikel 2 i rådets direktiv 89/665/EEG.[29] Den österrikiska regeringen har anfört att det inte finns något upphandlingstvång[30] och utifrån detta *e contrario* dragit slutsatsen att den upphandlande myndigheten kan slutföra förfarandet.

73. Traunfellner och kommissionen har däremot angående den fjärde frågan anfört att den upphandlande myndigheten inte får slutföra förfarandet utan är tvungen att utlysa upphandlingen på nytt när anbudsinfordran inte utformats på ett sätt som överensstämmer med gemenskapsrätten. Förutsättningarna för att tillåta alternativa utföranden är mycket snäva.

29 — Ovan fotnot 16.

30 — Regeringen har hänvisat till domen i målet Metalmeccanica (ovan fotnot 10).

74. Angående den fjärde frågan under punkten b har Traunfellner anfört att när den upphandlande myndigheten har tillåtit alternativa utföranden måste den också göra en likvärdighetsbedömning. Eftersom möjligheten att lämna in anbud med alternativa utföranden är så långtgående skulle det vara orimligt om den upphandlande myndigheten skulle kunna underlåta att pröva ett sådant. Även ASFINAG har i andra hand företrätt denna uppfattning.

75. Angående den fjärde frågan under punkten b och den femte frågan har kommissionen däremot anfört att alternativa utföranden inte skall prövas när det inte har fastställts några tilldelningskriterier för bedömningen av tekniska avvikelser.

76. Traunfellner har beträffande den femte frågan anfört att ett tvång att anta det billigaste anbudet strider mot direktivets andemening. I målet vid den nationella domstolen kunde de tekniska avvikelserna värderas då det erbjudna alternativa utförandet var likvärdigt. Vägbyggnation är för övrigt ett område som är så välkänt att det inte är nödvändigt att ange tilldelningskriterier för att kunna pröva teknisk likvärdighet i fråga om funktionen.

2. Bedömning

77. Enligt fast rättspraxis ankommer det i princip endast på den nationella domstol vid vilken tvisten är anhängig och som är ansvarig för det rättsliga avgörande som skall följa, att med hänsyn till omständigheterna i målet bedöma både behovet av att begära ett förhandsavgörande för att kunna avkunna dom och relevansen av de frågor som den ställer till domstolen. Följaktligen är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av gemenskapsrätten. [31]

78. Domstolen har likväl också ansett att det i undantagsfall ankommer på den att — för att pröva sin egen behörighet — undersöka de omständigheter under vilka den nationella domstolen anhängiggjorde sin begäran om förhandsavgörande. Domstolen har endast möjlighet att vägra att avgöra en tolkningsfråga som en nationell domstol har ställt då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den. [32]

79. Som ASFINAG och den österrikiska regeringen riktigt har framhållit är den

31 — Dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 59, dom i målet Preussen-Elektra (ovan fotnot 15), punkt 38, och dom i målet Canal Satélite Digital (ovan fotnot 15), punkt 18.

32 — Jämför avgörandena (ovan fotnot 15).

fjärde frågan under punkterna a och b och den femte frågan inte längre relevanta i målet vid den nationella domstolen. Enligt den nationella domstolens egen redogörelse har uppdraget avseende bro- och vägbyggnadsarbeten tilldelats och arbetena har utförts. Bundesvergabeamt har därför nu endast att pröva huruvida beslutet att utesluta Traunfellners anbud med alternativt utförande var rättsenligt eller inte. Frågan om och i så fall hur upphandlingsförfarandet skall fortsätta behöver inte längre avgöras i målet vid den nationella domstolen. Den fjärde och den femte frågan har följaktligen uppenbart inget samband med föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen utan är hypotetiska. Enligt fast rättspraxis skall sådana frågor inte besvaras. [33]

80. Skulle domstolen ändå anse att frågorna kan tas upp till sakprövning föreslår jag att de besvaras på följande sätt.

81. Den fjärde frågan under punkten a: Ett upphandlingsförfarande där det i anbudsinfordran inte har närmare angetts enligt vilka konkreta jämförelsekriterier likvärdigheten skall prövas får inte slutföras genom tilldelning av uppdraget. Enligt artikel 30.2 i direktiv 93/37 skall den upphandlande myndigheten i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla de kriterier som den avser att ta hänsyn till vid tilldelningen. Som anförts vid den andra och den tredje frågan ligger principerna om likabehandling och insyn till grund för denna bestämmelse. Att tillämpa tilldelningskriterier som inte har tillkännagivits i samband med anbudsinfordran genom att fortsätta upphandlingsförfarandet strider mot dessa principer. Till denna slutsats har även generaladvokat Mischo kommit i sitt förslag till avgörande i målet EVN AG och Wienstrom GmbH som föredrogs den 27 februari 2003. [34]

82. Den fjärde frågan under punkt b: Denna fråga har ställts bara för det fallet att upphandlingsförfarandet får slutföras. Mot bakgrund av vad jag anfört ovan är det överflödigt att besvara frågan. För fullständighetens skull skall jag bara konstatera att ett alternativt utförande inte kan bedömas om inga kriterier för bedömningen har tillkännagetts i samband med anbudsinfordran. Om en sådan bedömning ändå görs föreligger en överträdelse av principerna om likabehandling och insyn.

83. Den femte frågan: När en upphandlande myndighet har beslutat att tilldela uppdraget till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan den inte under förfarandets gång ändra sig till upphandling efter kriteriet lägsta priset. Ett byte av tilldelningskriterier under ett pågående upphandlingsförfarande strider mot kravet på insyn. [35] Följaktligen får ett alternativt utförande, vars tekniska avvikelser från

33 — Dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243), punkterna 18—21, dom av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13, s. 105), punkt 25, och dom av den 21 januari 2003 i mål C-318/00, Bacardi (REG 2003, s. I-905), punkt 43.

34 — Mål C-448/01 (dom av den 4 december 2003 ännu ej publicerad i rättsfallssamlingen), punkt 122 och följande punkter.

35 — Domen i målet SIAC (ovan fotnot 27), punkt 43, och domen i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 5), punkt 88 och följande punkter.

anbudsinfordran inte kan bedömas genom tilldelningskriterier på grund av att några sådana inte har angivits i anbudsinfordran, inte antas om det är det billigaste anbudet och inga tilldelningskriterier i övrigt har angivits. Om upphandlingen skall ske efter kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet så skall enligt artikel 30.2 i direktiv 93/37 de tilldelningskriterier som förväntas bli tillämpade anges. Ett upphandlingsförfarande som inte uppfyller detta är inte rättsenligt.

VI — Förslag till avgörande

84. På grund av det anförda föreslår jag att domstolen skall

1) avvisa den första, den fjärde och den femte frågan, och

2) besvara den andra och den tredje frågan enligt följande:

En hänvisning till en nationell bestämmelse är inte tillräcklig för att fastställa vare sig minimikrav i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37 eller tilldelningskriterier i den mening som avses i artikel 30 i samma direktiv.

Det likvärdighetskriterium som ställs upp för bedömningen av huruvida ett alternativt utförande skall vara tillåtet utgör inte ett av en upphandlande myndighet fastställt minimikrav i den mening som avses i artikel 19 i direktiv 93/37.