DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

27. november 2001 *

I de forenede sager C-285/99 og C-286/99,

angående anmodninger, som Consiglio di Stato (Italien) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i de for nævnte ret verserende sager,

Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni

mod

ANAS — Ente nazionale per le strade,
Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (sag C-285/99),

og

Impresa Ing. Mantovani SpA

mod

ANAS — Ente nazionale per le strade,
Ditta Paolo Bregoli (sag C-286/99),

procesdeltager:

Coopsette Soc. coop. arl (sag C-286/99),

* Processprog: italiensk.

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 30, stk. 4, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af formanden for Anden Afdeling, N. Colneric, som fungerende formand for Sjette Afdeling, og dommerne C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (refererende dommer) og V. Skouris,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: fuldmægtig L. Hewlett,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni ved avvocati A. Cinti, R. Ferola og L. Manzi

— Impresa Ing. Mantovani SpA ved avvocato A. Cancrini

— Coopsette Soc. coop. arl ved avvocato S. Panunzio

— den italienske regering ved U. Leanza, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato P.G. Ferri

— den østrigske regering ved W. Okresek, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin, som befuldmægtiget, bistået af avvocato M. Moretto,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 3. maj 2001 er afgivet mundtlige indlæg af Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni ved R. Ferola, af Impresa Ing. Mantovani SpA ved avvocato C. De Portu, af Coopsette Soc. coop. arl ved S. Panunzio, af den italienske regering ved avvocato dello Stato D. Del Gaizo og af Kommissionen ved M. Nolin, bistået af M. Moretto,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 5. juni 2001,

afsagt følgende

Dom

1 Ved to kendelser af 26. maj 1999, indgået til Domstolens Justitskontor den 30. juli 1999, har Consiglio di Stato i medfør af artikel 234 EF forelagt fem præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 30, stk. 4, i Rådets

direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54, herefter »direktivet«).

2 Spørgsmålene er blevet rejst under to sager anlagt af de italienske selskaber Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni (herefter »Lombardini«) (sag C-285/99) og Impresa Ing. Mantovani SpA (herefter »Mantovani«) (sag C-286/99) mod ANAS — Ente nazionale per le strade (herefter »ANAS«), der er en italiensk offentlig ordregivende myndighed, i anledning af, at de af Lombardini og Mantovani i forbindelse med to begrænsede udbud for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter afgivne bud var blevet forkastet med den begrundelse, at de var unormalt lave.

Retsgrundlaget

Fællesskabsbestemmelserne

3 Direktivet blev vedtaget med hjemmel i EF-traktatens artikel 57, stk. 2 (efter ændring nu artikel 47, stk. 2, EF), EF-traktatens artikel 66 (nu artikel 55 EF) og EF-traktatens artikel 100 A (efter ændring nu artikel 95 EF).

4 Af direktivets anden betragtning fremgår, at »den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, som i medlemsstaterne indgås for statens, lokale myndigheders og andre offentligretlige organers regning indebærer sammen med ophævelsen af begrænsningerne en samordning af de nationale fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter«.

5 Direktivets artikel 30, der findes i kapitel 3 med overskriften »Kriterier for tildeling af kontrakter« i afsnit IV med overskriften »Fælles regler for deltagelse«, bestemmer:

»1. De kriterier, som den ordregivende myndighed skal benytte ved tildeling af kontrakter, er:

a) enten udelukkende den laveste pris

b) eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, som varierer efter den pågældende kontrakt, f.eks. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi.

[...]

4. Hvis bud vedrørende en bestemt kontrakt forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, skal den ordregivende myndighed, inden den kan afvise sådanne bud, skriftligt anmode om sådanne oplysninger om det pågældende buds sammensætning, som den anser for relevante, og kontrollere denne sammensætning under hensyntagen til de modtagne begrundelser.

Den ordregivende myndighed kan tage hensyn til begrundelser vedrørende besparelser i forbindelse med byggeprocessen, vedrørende de anvendte tekniske løsninger, den bydendes usædvanligt gunstige betingelser for at udføre arbejdet eller den bydendes projekts originalitet.

Hvis kontrakten ifølge udbudsbetingelserne tildeles på grundlag af den laveste pris, skal den ordregivende myndighed give Kommissionen meddelelse om afvisning af bud, som den finder for lave.

Indtil udgangen af 1992 kan den ordregivende myndighed dog, når dette er tilladt efter gældende national lovgivning, undtagelsesvis og uden forskelsbehandling begrundet i nationalitet, afvise bud, der er unormalt lave i forhold til ydelsen, uden at følge den fremgangsmåde, der er fastsat i første afsnit, såfremt antallet af disse bud vedrørende en bestemt kontrakt er så stort, at nævnte fremgangsmåde ville medføre en betydelig forsinkelse og være til skade for den offentlige interesse, der knytter sig til arbejdets udførelse [...]«

De nationale bestemmelser

6 Direktivets artikel 30, stk. 4, blev gennemført i italiensk ret ved artikel 21, stk. 1a, i lov nr. 109 af 11. februar 1994 (GURI nr. 41 af 19.2.1994, s. 5), der er en rammelov om offentlige bygge- og anlægsarbejder.

7 I den affattelse, som fremgår af artikel 7 i lovdekret nr. 101 af 3. april 1995 (GURI nr. 78 af 3.4.1995, s. 8), som stadfæstet ved lov nr. 216 af 2. juni 1995 (GURI nr. 127 af 2.6.1995, s. 3), har artikel 21, stk. 1a, følgende ordlyd:

»Den ordregivende myndighed skal ved indgåelse af kontrakt om arbejder til eller over beløb på 5 mio. ECU efter kriteriet om den laveste pris, jf. stk. 1, vurdere,

om der er tale om unormalt lave bud, jf. artikel 30 i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 for samtlige bud, som giver et nedslag, der overstiger den procentsats, der inden den 1. januar hvert år fastsættes ved dekret udstedt af ministeren for offentlige arbejder efter høring af *Osservatorio* (italiensk tilsynsmyndighed for offentlige bygge- og anlægsarbejder) på grundlag af udviklingen i de bud, der er blevet antaget i udbudsprocedurer, der har fundet sted året før.

Myndigheden kan herved kun tage hensyn til begrundelser vedrørende besparelser i forbindelse med byggeprocessen, de anvendte tekniske løsninger, eller den bydendes usædvanligt gunstige betingelser, hvorimod begrundelser, der har sammenhæng med forhold, for hvilke en mindsteværdi er fastlagt ved lov eller administrativt, eller for hvilke en mindsteværdi kan fastslås på grundlag af officielle oplysninger, er udelukket. Buddene skal ved indgivelsen ledsages af begrundelser for de væsentligste priskomponenter, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen eller opfordringsskrivelsen, som tilsammen udgør et beløb på mindst 75% af udbudssummen.«

8 Ved ministerielle dekreter af 28. april 1997 (GURI nr. 105 af 8.5.1997, s. 28) og af 18. december 1997 (GURI nr. 1 af 2.1.1998, s. 26), der begge er udstedt med hjemmel i artikel 21, stk. 1a, første afsnit, i lov nr. 109/94, som ændret — om fastsættelse af den tærskel, der angives i udbudsbekendtgørelsen, for hvilke bud, der vil blive anset for at være unormalt lave — bestemte ministeren for offentlige arbejder, i erkendelse af, at det var umuligt at fastsætte én sådan tærskel for hele det nationale område, og på baggrund af den manglende oprettelse af »*Osservatorio*«, at det procentvise nedslag, der forpligter den ordregivende myndighed til at underkaste buddet en kontrolundersøgelse, for 1997 og 1998 skulle fastsættes »til en andel lig det aritmetiske gennemsnit af det procentvise nedslag for samtlige indgivne bud forhøjet med den gennemsnitlige aritmetiske afvigelse for de procentvise nedslag, der overstiger førstnævnte gennemsnit«.

Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

Sag C-285/99

9 Lombardini deltog i 1997 i en procedure vedrørende et begrænset udbud for tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt, som var iværksat af ANAS med henblik på udførelse af anlægsarbejder vedrørende udvidelse af et motorvejsafsnit til en tresporet vej, med en udbudssum på 122 250 216 000 ITL.

10 Det fremgik af såvel udbudsbekendtgørelsen som opfordringsskrivelsen, at tildelingen af den pågældende kontrakt skulle ske i overensstemmelse med artikel 21 i lov nr. 109/94, som ændret ved lov nr. 216/95, i henhold til kriteriet om et maksimalt nedslag i forhold til prislisten og prisen for det råarbejde, der var blevet anvendt som grundlag for kontrakten, og at den ordregivende myndighed skulle fastlægge, hvilke bud der ville blive anset for at være unormalt lave ved anvendelse af det kriterium, der var fastsat i det ministerielle dekret af 28. april 1997.

11 I overensstemmelse med den nævnte artikel 21, stk. 1a, var det i opfordringsskrivelsen fastsat, at de bydende samtidig med afgivelsen af deres bud skulle angive begrundelser for de væsentligste priskomponenter, svarende til 75% af den i udbudsbekendtgørelsen angivne udbudssum. Buddet og redegørelsen for dets sammensætning skulle være udarbejdet i henhold til de forskrifter, der var vedlagt opfordringen, og skulle indlægges i den kuvert, der indeholder den administrative dokumentation, idet det ellers ville blive udelukket fra proceduren. Det var ligeledes bestemt, at den dokumentation, der var nødvendig ved kontrollen af de tilbudte prisers holdbarhed for de væsentligste priskomponenter, skulle indlægges i særskilte og forseglede kuverter, idet undladelse heraf altid ville medføre udelukkelse af det pågældende bud. Disse kuverter måtte kun blive åbnet, og deres indhold kun blive undersøgt, for så vidt angik bud, der udviste et større nedslag end den aritmetiske tærskel for, hvilke bud der skulle anses for at være unormalt lave. For det tilfælde, at kontrakten skulle tildeles en bydende, hvis bud

udviste et sådant nedslag, var det desuden bestemt, at de prisanalyser og begrundelser, der var blevet fremsat til støtte for buddet, skulle udgøre en integreret del af dette, og at de skulle vedlægges kontrakten og have kontraktstatus.

12 Efter at den kompetente myndighed i overensstemmelse med betingelserne i det ministerielle dekret af 28. april 1997 for den omhandlede kontrakt havde fastsat tærsklen for, hvilke bud der skulle anses for unormalt lave, til 28,004%, foranstaltede den udelukkende åbning af de kuverter, som indeholdt begrundelser vedrørende bud, der havde udvist et større nedslag end denne tærskel, heriblandt buddet fra Lombardini.

13 Efter at have foretaget en gennemgang af den nævnte dokumentation fastslog den kompetente myndighed, at alle bud, som udviste nedslag, der oversteg denne tærskel, skulle afvises, idet den imidlertid ikke, efter at den havde afgjort, at de pågældende virksomheders bud var unormalt lave, og før den endelige tildeling af kontrakten havde fundet sted, gav de pågældende virksomheder mulighed for at fremkomme med yderligere begrundelser.

14 Lombardini's bud, der udviste et nedslag på 29,88%, blev således udelukket fra proceduren, og kontrakten blev tildelt Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA, hvis bud, der udviste et nedslag på 27,70%, var det laveste af de bud, der ikke var blevet anset for at være unormalt lave.

15 Lombardini anlagde herefter sag ved Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Italien), idet selskabet gjorde gældende, at de italienske bestemmelser ikke var i overensstemmelse med direktivets krav, idet det ikke var tilstrækkeligt til at fjerne enhver mistanke om, at der var tale om et unormalt lavt bud, at foretage en bedømmelse af de begrundelser, der var anført ved afgivelsen af buddet, hvilke i øvrigt kun kunne angå 75% af udbudssummen, men at den ordregivende

myndighed i henhold til direktivet uden undtagelse har pligt til at anmode den pågældende virksomhed om uddybende og opklarende oplysninger som led i en drøftelse med reel adgang for de bydende til at fremsætte bemærkninger.

16 Eftersom Tribunale amministrativo ved afgørelse af 1. juli 1998 havde afvist Lombardini's sagsanlæg, appellerede selskabet sagen til Consiglio di Stato.

17 Consiglio di Stato har anført, at de virksomheder, der deltager i et udbud, efter de italienske bestemmelser og den italienske administrative praksis allerede ved afgivelsen af buddet på særlige hertil udformede skemaer skal anføre begrundelser for mindst 75% af udbudssummen, idet buddet ellers udelukkes fra udbuddet, selv om virksomhederne ikke på tidspunktet for afgivelsen af deres bud, før samtlige antagne bud er blevet åbnet, kender størrelsen af det nedslag, den ordregivende myndighed vil anse for at være unormalt. Consiglio di Stato finder, at det for dens afgørelse af hovedsagen er nødvendigt at fastslå, om denne retstilstand er i overensstemmelse med direktivet, eller om det efter direktivet tværtimod påhviler den ordregivende myndighed at gennemføre en kontradiktorisk procedure efter afgivelsen af buddene med en efterprøvelse af hvert enkelt bud, således at dette kan drøftes med den pågældende virksomhed, og uden tidsbegrænsninger for så vidt angår elementer, som virksomheden kan fremkomme med til støtte for buddets troværdighed.

18 Endvidere har Consiglio di Stato gjort sig overvejelser med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt det er i overensstemmelse med fællesskabsretten, at de italienske bestemmelser udelukker enhver begrundelse vedrørende de elementer, hvis mindsteværdi er fastlagt ved lov eller administrativt, eller hvis mindsteværdi kan fastslås på grundlag af officielle oplysninger. Den omhandlede bestemmelse kunne vise sig at være i strid med fællesskabsretten, i det omfang der er risiko for, at den vil tilsidesætte den frie konkurrence og princippet om, at det er afgørende at finde frem til de virksomheder, der har afgivet det bedste bud, hvilket princip skal anses for at være grundlæggende i fællesskabsretten.

19 Idet Consiglio di Stato således var af den opfattelse, at sagen rejser spørgsmål om fortolkningen af fællesskabsretten, har den besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er bestemmelser i en udbudsbekendtgørelse om offentlige kontrakter, hvorefter virksomheder, som ikke i deres bud har givet begrundelser for den angivne pris, der svarer til i alt fald 75% af udbudssummen, er afskåret fra at deltage i proceduren, forenelige med artikel 30, stk. 4, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter?

2) Er en ordning om en automatisk beregning af tærsklen for, hvornår et bud er så unormalt lavt, at dets overensstemmende karakter skal undersøges, som er baseret på et kriterium, der fastlægges for det enkelte tilfælde, og et aritmetisk gennemsnit, der ikke gør det muligt for de erhvervsdrivende på forhånd at kende denne tærskel, uforenelig med artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37?

3) Er en forudgående kontradiktorisk procedure, uden adgang for den virksomhed, som anses for at have givet et unormalt lavt bud, adgang til at fremføre sine grunde, efter åbningen af buddene og før afgørelsen om udelukkelse træffes, uforenelig med artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37?

4) Er en bestemmelse om, at den ordregivende myndighed kun kan tage hensyn til begrundelser, der vedrører besparelser i forbindelse med byggeprocessen, de anvendte tekniske løsninger eller den bydendes usædvanligt gunstige betingelser, uforenelig med artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37?

5) Er det uforeneligt med artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37 at udelukke begrundelser vedrørende forhold, hvis mindsteværdier kan konstateres på grundlag af offentligt tilgængelige fortegnelser?«

Sag C-286/99

20 Mantovani deltog i 1997 i et begrænset udbud, der var iværksat af ANAS med henblik på anlæg af et afsnit af en provinsvej. Det fremgik af udbudsmaterialet, at kontrakten ville blive tildelt den bydende virksomhed, der gav det største nedslag i forhold til udbudssummen på 15 720 000 000 ITL.

21 Eftersom tærsklen for, hvilke bud der skulle anses for at være unormalt lave, var blevet fastsat til 40,865%, blev Mantovani's bud, der udviste et nedslag på 41,460%, hvilket nedslag således oversteg den nævnte tærskel, udelukket fra proceduren med samme begrundelse som den, der i sag C-285/99 førte til udelukkelse af Lombardini's bud.

22 Kontrakten for anlægsarbejderne blev tildelt virksomheden Paolo Bregoli, hvis bud var det laveste blandt de bud, der ikke var blevet anset for at være unormalt lave.

23 Den af Mantovani ved Tribunale amministrativo regionale del Lazio anlagte sag blev afvist ved afgørelse af 26. juni 1998.

24 Mantovani appellerede sagen til Consiglio di Stato, der — ud fra overvejelser svarende til dem, den har gjort sig som led i sag C-285/99 — har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen fem præjudicielle spørgsmål med samme indhold som dem, der er forelagt i sag C-285/99.

25 Coopsette Soc. coop. arl har fået tilladelse til at intervenere i hovedsagen til støtte for Mantovani.

26 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 14. september 1999 er sagerne C-285/99 og C-286/99 blevet forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt domsafsigelsen.

De præjudicielle spørgsmål

27 Det bemærkes indledningsvis, at selv om Domstolen ikke, under en sag i henhold til artikel 234 EF, har kompetence til at afgøre, om nationale retsregler er forenelige med fællesskabsretten, eller til at fortolke nationale ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, er den dog beføjet til at forsyne den forelæggende ret med alle under fællesskabsretten henhørende fortolkningsbidrag, som gør det muligt for denne ret at vurdere de nævnte forskrifters forenelighed med fællesskabsbestemmelserne (jf. bl.a. dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Hünermund m.fl., Sml. I, s. 6787, præmis 8, af 3.5.2001, sag C-28/99, Verdonck m.fl., Sml. I, s. 3399, præmis 28, og af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 48).

28 Under disse omstændigheder skal de præjudicielle spørgsmål, som skal behandles samlet, forstås således, at den forelæggende ret nærmere bestemt ønsker svar på, om direktivets artikel 30, stk. 4, skal fortolkes således, at den er til hinder for bestemmelser og administrativ praksis i en medlemsstat, som

— på den ene side bemyndiger den ordregivende myndighed til at afvise bud som unormalt lave, som udviser et nedslag, der er større end tærsklen for, hvad der må anses for at være normalt — beregnet efter en matematisk formel under hensyntagen til samtlige bud afgivet i forbindelse med det pågældende udbud, således at de bydende ikke kan kende denne tærskel på tidspunktet for afgivelsen af deres bud — når den nævnte myndighed udelukkende træffer sin afgørelse under hensyntagen til de begrundelser for de tilbudte priser, der svarer til i alt fald 75% af den i udbudsbekendtgørelsen angivne udbudssum, hvilke begrundelser de bydende skulle vedlægge deres bud, idet de ellers ville blive udelukket fra at deltage i udbuddet, uden at give de bydende mulighed for efter åbningen af kuverterne at fremkomme med argumenter om de elementer i de tilbudte priser, som har vakt mistanke, og

— på den anden side bestemmer, at den ordregivende myndighed ved kontrollen af de unormalt lave bud kun kan tage de begrundelser, der vedrører besparelser i forbindelse med byggeprocessen, de anvendte tekniske løsninger eller den bydendes særligt gunstige betingelser i betragtning, og at begrundelser, der vedrører elementer, hvis mindsteværdi er fastsat ved lov eller administrativt eller kan fastslås på grundlag af officielle oplysninger, skal udelukkes.

29 Det bemærkes hertil først, at det af forelæggelseskendelserne såvel som af sagsakterne fremgår, at i henhold til de bestemmelser og den administrative praksis, der finder anvendelse i hovedsagerne, skal ethvert bud ved indgivelsen ledsages af begrundelser vedrørende de væsentligste priskomponenter, der skal udgøre et beløb på mindst 75% af den omhandlede udbudssum. Disse

oplysninger skal afgives i særskilte og forseglede kuverter, hvis indhold kun undersøges, hvis den pågældende virksomheds bud udviser et nedslag, der overstiger tærsklen for, hvad der må anses for at være normalt, hvilken tærskel fastlægges for hver enkelt kontrakt under hensyntagen til samtlige bud afgivet af de bydende, hvilket betyder, at de bydende ikke på tidspunktet for afgivelsen af deres bud har kendskab til denne tærskel.

30 Det fremgår, at den ordregivende myndighed faktisk forkaster bud, der udviser et nedslag, der overstiger den således beregnede tærskel, som unormalt lave, og konsekvent tildeler kontrakten til den virksomhed, hvis bud er det laveste blandt de øvrige bud. Udelukkelsen af unormalt lave bud og tildelingen af kontrakten sker udelukkende på grundlag af den kompetente myndigheds vurdering af begrundelser, der afgives samtidig med selve buddet, og som kun vedrører 75% af udbudssummen, uden at myndigheden anmoder de pågældende virksomheder om nærmere oplysninger, og uden at disse får mulighed for at fremlægge andre begrundelser, efter at deres bud er blevet mistænkt for at være unormalt lavt.

31 Det følger i øvrigt af de relevante nationale bestemmelser, på den ene side, at den ordregivende myndighed kun kan tage hensyn til begrundelser vedrørende besparelser i forbindelse med byggeprocessen, de anvendte tekniske løsninger eller den bydendes usædvanligt gunstige betingelser, og på den anden side, at den ordregivende myndighed ikke kan støtte sig på begrundelser vedrørende elementer, hvis mindsteværdi er fastlagt ved lov eller administrativt eller kan fastslås på grundlag af officielle oplysninger.

32 Det er i lyset af disse retlige og faktiske omstændigheder, at de præjudicielle spørgsmål, som omformuleret ovenfor i præmis 28, skal besvares.

Reglerne for fastlæggelse, kontrol og udelukkelse af unormalt lave bud

33 Hvad angår dette første led af de præjudicielle spørgsmål fremgår det af overskriften til direktivet og af dets anden betragtning, at det kun har til formål at samordne de nationale fremgangsmåder med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, og at det således ikke tilsigter at fastsætte en fuldstændig fælleskabsretlig ordning på området.

34 Direktivet har ikke desto mindre, som det fremgår af dets præambel og anden og tiende betragtning, til formål at fjerne begrænsningerne for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter med henblik på at åbne disse kontrakter for en effektiv konkurrence mellem virksomhederne i medlemsstaterne (jf. Ordine degli Architetti-dommen, præmis 52).

35 Direktivets afgørende formål er således at åbne de offentlige bygge- og anlægskontrakter for konkurrence. Det er således åbningen for konkurrencen inden for Fællesskabet ifølge de i direktivet fastsatte procedurer, der garanterer, at der ikke er risiko for, at de offentlige myndigheder udøver favoritisme (jf. Ordine degli Architetti-dommen, præmis 75).

36 Samordningen på fællesskabsniveau af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter har således det væsentlige formål at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde varer eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat og, med dette formål for øje, at fjerne såvel risikoen for, at

der indrømmes indenlandske bydende en fortrinsstilling ved indgåelse af kontrakter, som muligheden for, at en offentlig ordregivende myndighed lader sig lede af andre hensyn end økonomiske (jf. i denne retning dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16 og 17, og af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 41 og 42).

37 Den ordregivende myndighed er altså forpligtet til at overholde princippet om ligebehandling af de bydende, således som det i øvrigt udtrykkeligt fremgår af direktivets artikel 22, stk. 4, artikel 30, stk. 4, fjerde afsnit, og artikel 31, stk. 1.

38 Hertil kommer, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet bl.a. indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan fastslå, at princippet overholdes (jf. analogt vedrørende Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 31).

39 Det er på denne baggrund, at der i direktivet, således som det fremgår af dets tolvte betragtning, er fastsat fælles regler for deltagelse i offentlige bygge- og anlægskontrakter, der omfatter kriterier både for den kvalitative udvælgelse og for tildelingen af kontrakter.

40 Hvad nærmere angår kriterierne for tildelingen af kontrakter er disse navnlig fastlagt i direktivets artikel 30.

41 Som det fremgår af dets første betragtning, er direktivet en kodificering af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), med senere ændringer. Som Domstolen allerede har bemærket det i præmis 13 i dom af 16. oktober 1997, sag C-304/96, Hera (Sml. I, s. 5685, præmis 13), svarer direktivets artikel 30, stk. 4, til artikel 29, stk. 5, i direktiv 71/305, som affattet ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 (EFT L 210, s. 1).

42 Artikel 29, stk. 5, i direktiv 71/305 havde i sin oprindelige affattelse følgende ordlyd:

»Hvis bud i forbindelse med en bestemt kontrakt åbenbart er unormalt lave i forhold til ydelsen, gennemgår de ordregivende myndigheder buddenes sammensætning, før der træffes beslutning om tildeling af kontrakten. De ordregivende myndigheder skal tage hensyn til denne gennemgang.

Med henblik herpå anmoder de den bydende om at fremlægge de fornødne bevisligheder og underretter ham i givet fald om, hvilke beviser der anses for uantagelige.

[...]«

43 Domstolen har tidligere fastslået, at når den ordregivende myndighed anser en bydendes bud for at være åbenbart unormalt lave i forhold til ydelsen, skal den ifølge artikel 29, stk. 5, i direktiv 71/305, før den træffer beslutning om tildeling

af kontrakten, anmode den bydende om at fremlægge dokumentation for priserne eller give den bydende underretning om, hvilke bud der forekommer at være unormalt lave, og give ham rimelig frist til at fremlægge supplerende oplysninger (jf. dom af 10.2.1982, sag 76/81, Transporoute, Sml. s. 417, præmis 18).

44 I denne doms præmis 17 har Domstolen fastslået, at der ikke er tilfælde, hvor den ordregivende myndighed kan forkaste et unormalt lavt bud uden i det mindste at anmode den bydende om at fremkomme med en begrundelse, eftersom formålet med artikel 29, stk. 5, i direktiv 71/305, som er at beskytte den bydende mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, ikke vil kunne opfyldes, såfremt man overlader det til denne at skønne, om det er hensigtsmæssigt at anmode om en begrundelse.

45 Det fremgår ligeledes af Domstolens faste praksis, at artikel 29, stk. 5, i direktiv 71/305 indeholder et forbud mod, at medlemsstaterne indfører bestemmelser, hvorefter visse efter et matematisk kriterium bedømte bud ex officio udelukkes fra at komme i betragtning ved udbudsproceduren, således at den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at følge den i direktivet fastlagte procedure om en gennemgang af buddene med adgang for de bydende til at fremsætte bemærkninger (jf. dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 19 og 21, og af 18.6.1991, sag C-295/89, Donà Alfonso, Sml. I, s. 2967, summarisk offentliggørelse, domskonklusionens punkt 1 og 2).

46 Domstolen har således fastslået, at den ordregivende myndighed i henhold til artikel 29, stk. 5, i direktiv 71/305 skal gennemgå sammensætningen af de bud, der er unormalt lave, og forpligter herved myndigheden til at anmode den bydende om at fremlægge de fornødne bevisligheder (jf. Fratelli Costanzo-dommen, præmis 16).

47 Domstolen har i den forbindelse udtalt, at et matematisk kriterium, hvorefter bud anses for at være unormalt lave og dermed udelukket fra udbudsproceduren, når de er forhøjet med mindre end 10% af den gennemsnitlige forhøjelse af alle de antagne bud set i forhold til det basisbeløb, der er fastsat for arbejdets pris, fratager de bydende, der har afgivet særligt lave bud, muligheden for at bevise, at disse bud er holdbare, hvorfor anvendelsen af et sådant kriterium er i strid med formålet med direktiv 71/305, som er at fremme udviklingen af en effektiv konkurrence på området for offentlige bygge- og anlægskontrakter (jf. Fratelli Costanzo-dommen, præmis 18).

48 Domstolen har ligeledes bemærket, at det er for at give de bydende, der har givet særligt lave tilbud, mulighed for at bevise, at disse tilbud er holdbare og hermed sikre åbne markeder for offentlige bygge- og anlægskontrakter, at Rådet i artikel 29, stk. 5, i direktiv 71/305 har fastlagt en præcis og detaljeret procedure for gennemgangen af tilbud, der tilsyneladende er unormalt lave, og at dette formål kunne forspildes, såfremt medlemsstaterne kunne gennemføre den nævnte bestemmelse i national ret med væsentlige ændringer (jf. Fratelli Costanzo-dommen, præmis 20).

49 Domstolen har endelig tilføjet, at den i artikel 29, stk. 5, i direktiv 71/305 fastsattte kontrolprocedure altid skal anvendes, når den ordregivende myndighed ønsker at udelukke bud, der fremtræder som unormalt lave i forhold til ydelsen, således at de bydende har sikkerhed for ikke at blive holdt ude fra det marked, udbuddet gælder, uden at have haft adgang til at redegøre for deres buds holdbare karakter (jf. Fratelli Costanzo-dommen, præmis 26).

50 Eftersom de krav, der er fastsat i artikel 29, stk. 5, i direktiv 71/305 i bestemmelsens oprindelige affattelse såvel som i den ændrede affattelse, i det væsentlige er identiske med de krav, der er fastsat i direktivets artikel 30, stk. 4, gælder de forudgående betragtninger også for så vidt angår fortolkningen af den sidstnævnte bestemmelse.

51 Derfor forudsætter direktivets artikel 30, stk. 4, nødvendigvis, at der anvendes en procedure for kontrol af bud, der af den ordregivende myndighed er blevet anset for at være unormalt lave, hvor de bydende gives adgang til at fremsætte bemærkninger, idet bestemmelsen forpligter myndigheden til, efter at den har undersøgt samtlige afgivne bud og før den træffer beslutning om tildeling af kontrakten, først skriftligt at anmode den bydende om nærmere oplysninger om de elementer i det bud, der mistænkes for at være unormalt lavt, som konkret har vakt myndighedens tvivl, og herefter at vurdere buddet under hensyntagen til de begrundelser, den har modtaget fra den pågældende bydende som svar på denne anmodning.

52 Bortset fra det forhold, at de bydende virksomheder i henhold til de bestemmelser og den administrative praksis, der finder anvendelse i hovedsagerne, ikke på tidspunktet for afgivelsen af deres bud er forpligtet til at fremkomme med begrundelser for mere end 75% af udbudssummen, selv om det er vigtigt, at de kan fremlægge bevis for holdbarheden af deres bud i relation til samtlige de elementer, som buddene er sammensat af, bemærkes, at et sådant krav om, at begrundelserne skal afgives på forhånd, under alle omstændigheder ikke er i overensstemmelse med ånden bag den kontrolprocedure med adgang for de bydende til at fremsætte bemærkninger, som er indført ved direktivets artikel 30, stk. 4.

53 Det er således afgørende, at hver af de bydende, som er under mistanke for at have afgivet et unormalt lavt bud, har mulighed for på en hensigtsmæssig måde at gøre sine synspunkter i så henseende gældende derved, at han får mulighed for at fremkomme med enhver begrundelse for de forskellige elementer i buddet på et tidspunkt — der nødvendigvis må ligge efter åbningen af samtlige bud — hvor han ikke blot har kendskab til den tærskel for, hvornår et bud anses for at være unormalt lavt, som finder anvendelse på den pågældende kontrakt, samt med det forhold, at hans bud forekommer at være unormalt lavt, men også med de præcise punkter, der gav anledning til den ordregivende myndigheds tvivl.

54 Den ovenfor anførte fortolkning er i øvrigt den eneste, som er i overensstemmelse med direktivets artikel 30, stk. 4, både for så vidt angår bestemmelsens bogstav som dens formål.

55 For det første fremgår det således af selve ordlyden af den nævnte bestemmelse, der er formuleret i kategoriske vendinger, at det påhviler den ordregivende myndighed, for det første, at udpege de bud, der giver anledning til mistanke, for det andet, at give de berørte virksomheder mulighed for at bevise holdbarheden af deres bud ved, at myndigheden anmoder dem om de nærmere oplysninger, den anser for relevante, for det tredje, at vurdere relevansen af de nærmere oplysninger, den modtager fra de pågældende og, for det fjerde, at træffe en beslutning om, hvorvidt den vil medtage disse bud eller forkaste dem. De krav, der er uløseligt forbundet med den kontradiktoriske karakter af kontrolproceduren for unormalt lave bud, som omhandlet i direktivets artikel 30, stk. 4, kan således kun anses for overholdt, såfremt samtlige de ovenfor beskrevne etaper i proceduren er blevet gennemført efter hinanden.

56 I øvrigt er det kun på de i direktivets artikel 30, stk. 4, fjerde afsnit, fastsatte strenge betingelser, at den ordregivende myndighed kan undlade at anvende denne kontrolprocedure for unormalt lave bud, hvor de bydende gives adgang til at fremsætte bemærkninger. Det står imidlertid fast, at denne bestemmelse, ratione temporis, ikke finder anvendelse i hovedsagerne.

57 For det andet er det et grundlæggende krav i henhold til direktivet, at der på et hensigtsmæssigt tidspunkt i proceduren for kontrol af buddene finder en faktisk drøftelse sted mellem den ordregivende myndighed og den bydende med henblik på at undgå vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side og for at sikre en sund konkurrence mellem virksomhederne.

58 På baggrund af det ovenfor anførte må det fastslås, at direktivets artikel 30, stk. 4, er til hinder for bestemmelser og en administrativ praksis som den, der finder anvendelse i hovedsagerne, hvorefter den ordregivende myndighed udelukkende med støtte i begrundelser for de væsentligste priskomponenter, som er fremført samtidig med selve buddet, kan udelukke et bud som værende unormalt lavt, uden at den ordregivende myndighed har foretaget nogen form for undersøgelse af de bud, der mistænkes for at være unormalt lave, hvorunder der gives adgang til at fremsætte bemærkninger og anmodes om opklarende oplysninger på de tvivlsomme punkter, der kom frem under den første gennemgang, og gives de pågældende virksomheder mulighed for at gøre deres argumenter gældende forud for den endelige beslutning.

59 I de i hovedsagen omhandlede udbudsprocedurer har den bydende således ikke på tidspunktet for afgivelse af buddet, som skal være ledsaget af begrundelser vedrørende 75% af den i udbudsbekendtgørelsen angivne udbudssum, kendskab til de præcise punkter i hans bud, der vil blive mistænkt for at være unormalt lave, hvorfor han ikke på dette stadium af proceduren er i stand til at angive brugbare og fuldstændige begrundelser til støtte for de forskellige elementer, som buddet er sammensat af.

60 Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om direktivets artikel 30, stk. 4, også er til hinder for bestemmelser og en administrativ praksis i en medlemsstat som den, der finder anvendelse i hovedsagen, hvorefter de bydende skal lade deres bud ledsage af begrundelser for den tilbudte pris, der vedrører mindst 75% af udbudssummen, på særlige hertil udformede skemaer, idet buddet ellers vil blive udelukket fra proceduren, og hvorefter tærsklen for, hvornår et bud anses for at være unormalt lavt, for hver enkelt kontrakt beregnes efter en matematisk formel, der tager hensyn til samtlige bud, der faktisk er afgivet som led i det pågældende udbud.

61 Hertil bemærkes, at direktivet ikke indeholder specifikke krav i så henseende.

62 Hvad særligt angår den første af de regler, der er beskrevet ovenfor i denne doms præmis 60, fremgår det, at der er tale om et krav, der stilles over for alle bydende uden forskel, og som synes at have til formål at sikre en vis ensartethed i buddenes udformning, hvilket kan lette den ordregivende myndigheds første gennemgang heraf, ligesom det kan give et umiddelbart indtryk af buddets holdbarhed. Det er således muligt, at den ordregivende myndighed allerede på grundlag af disse begrundelser når til den overbevisning, at buddet, selv om det forekommer at være unormalt lavt, er holdbart, og følgelig accepterer det. På denne måde bidrager den nævnte regel til at fremskynde proceduren for kontrol af buddene.

63 Det er, således som Kommissionen med rette har gjort gældende, korrekt, at en national fremgangsmåde for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter ville være i strid med kravene i direktivets artikel 30, stk. 4, hvis den ikke sikrede den gennemgang af unormalt lave bud, hvorunder der er adgang til at fremsætte bemærkninger, der stilles krav om i denne bestemmelse.

64 Dette ville navnlig være tilfældet, således som det allerede er fastslået ovenfor i denne doms præmis 58 og 59, hvis den ordregivende myndighed forkaster et bud som værende unormalt lavt alene med støtte i de begrundelser, der er fremført på tidspunktet for buddets afgivelse, uden at den, efter åbningen af buddene og før den endelige beslutning, gennemfører den kontrolprocedure med adgang til at fremsætte bemærkninger, som er fastsat i direktivet.

65 En sådan retlig mangel udspringer dog ikke af selve forpligtelsen til at fremføre bestemte begrundelser sammen med afgivelsen af buddet, men snarere af tilsidesættelsen af direktivets krav på et senere stadium i proceduren for gennemgang af de unormalt lave bud.

66 Under disse omstændigheder er direktivets artikel 30, stk. 4, ikke i sig selv til hinder for en forudgående begrundelsespligt som den i hovedsagen omhandlede, for så vidt som den ordregivende myndighed i øvrigt overholder alle de krav, der følger af bestemmelsen.

67 For så vidt angår den anden af de regler, der er nævnt i denne doms præmis 60, ligger det fast, at direktivet ikke definerer begrebet unormalt lavt bud og derfor heller ikke fastlægger metoden til beregning af en tærskel for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt. Denne opgave tilkommer således de enkelte medlemsstater.

68 For så vidt angår den i hovedsagerne anvendte tærskel for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, følger denne af en for hver enkelt udbudsbekendtgørelse foretagen beregning, og den er i det væsentlige baseret på gennemsnittet af de som led i det pågældende udbud afgivne bud.

69 Det bemærkes, at en sådan beregningsmetode umiddelbart forekommer at være objektiv og ikke-diskriminerende.

70 Under alle omstændigheder kan den blotte omstændighed, som visse af de bydende i hovedsagerne har påberåbt sig, at tærsklen for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, ikke er virksomhederne bekendt på det tidspunkt, hvor de afgiver deres bud — eftersom den først fastsættes, når alle bud er afgivet — ikke indvirke på dens forenelighed med direktivet. På dette stadium af proceduren har hverken de bydende eller den ordregivende myndighed selv kendskab til, hvilken tærskel der vil blive anvendt.

71 Visse af de bydende i hovedsagerne har imidlertid gjort gældende, at en ordning for beregning af tærsklen for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, som er baseret på gennemsnittet af de bud, der er afgivet vedrørende en bestemt

kontrakt, er i fare for at blive forvansket af de bud, som ikke er udtryk for en reel vilje til at kontrahere, men som alene har til formål at påvirke resultatet af beregningen. Konkurrencen kan også blive fordrejet, da det kan forekomme, at de bydende ikke vil søge at afgive det bedst mulige bud, men derimod det bud, der, navnlig ud fra statistiske kriterier, efter al sandsynlighed har de største chancer for at være det bedste blandt de bud, der ikke er blevet anset for at være unormalt lave, hvilket bud derfor automatisk vil blive antaget.

72 Det er rigtigt, at det resultat, der opnås ved anvendelse af en ordning for beregning af tærsklen for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, som er baseret på gennemsnittet af de afgivne bud, kan påvirkes mærkbart af adfærd som den, der er beskrevet i den foregående præmis, hvilket vil være i strid med de mål, der forfølges med direktivet, således som disse er beskrevet ovenfor i præmis 34, 35 og 36. Derfor må dette resultat, for fuldt ud at sikre direktivets effektive virkning, ikke være ufravigeligt, og den ordregivende myndighed skal kunne foretage en fornyet vurdering heraf, såfremt det viser sig nødvendigt, navnlig under hensyntagen til de tærskler for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, der anvendes i sammenlignelige kontrakter, og under hensyntagen til den almindelige erfaring, der kan udledes heraf.

73 Det følger heraf, at selv om det, som bemærket ovenfor i præmis 45 og 47, er fast retspraksis, at fællesskabsretten er til hinder for, at visse efter et matematisk kriterium bedømte bud ex officio udelukkes fra at komme i betragtning ved udbudsproceduren, er fællesskabsretten derimod i princippet ikke til hinder for anvendelsen af et matematisk kriterium som den tærskel for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, der i hovedsagerne har fundet anvendelse, med henblik på at fastlægge, hvilke bud der forekommer at være unormalt lave, forudsat imidlertid at det resultat, som anvendelsen af dette kriterium fører til, ikke er ufravigeligt, samt at der sker overholdelse af kravet om, at der i overensstemmelse med direktivets artikel 30, stk. 4, skal foretages en kontrol af disse bud med adgang til at fremsætte bemærkninger.

74 Visse af de bydende i hovedsagerne har endvidere gjort gældende, uden at deres anbringender på overbevisende måde er blevet imødegået af den italienske

regering, at de to regler, der gælder for italienske udbudsprocedurer, og som der er henvist til ovenfor i præmis 60, ikke kan betragtes særskilt, idet de forskellige dele af denne procedure er uløseligt forbundne.

75 De har særligt gjort gældende, at betingelsen om, at der skal fremlægges begrundelser samtidig med afgivelsen af bud, kun er begrundet i det forhold, at den ordregivende myndighed udelukkende træffer sin beslutning om at acceptere eller forkaste buddet på grundlag af disse begrundelser, uden at give virksomhederne mulighed for efterfølgende at fremkomme med en nærmere redegørelse. Hertil kommer, at denne betingelse ikke finder anvendelse på samme måde for alle bydende, idet det kun er kuverterne fra de virksomheder, hvis bud forekommer at være unormalt lave, der bliver åbnet, hvorfor en virksomhed, der ikke er under mistanke for at have afgivet et unormalt lavt bud, har mulighed for at få tildelt kontrakten, selv om den måtte have afleveret en kuvert, der skulle have indeholdt de nærmere begrundelser, uden noget indhold. Endelig kan der heraf følge en fordrejning af konkurrencen mellem virksomhederne, eftersom pligten til at lade buddet ledsage af et omfattende begrundelsesmateriale ikke blot medfører en tungere administrativ byrde for de bydende, der har afgivet et særligt fordelagtigt pristilbud, men også sætter dem i den ubehagelige situation på forhånd at skulle angive oplysninger, der eventuelt er fortrolige, og den stiller under alle omstændigheder virksomheder, der har hjemsted i andre medlemsstater, ringere.

76 I den henseende er det tilstrækkeligt at fastslå, at selv om det er ubestrideligt, at alle fællesskabsretlige krav skal overholdes under de forskellige led i de nationale fremgangsmåder for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som i øvrigt skal gennemføres på en måde, der sikrer overholdelse af principperne om den frie konkurrence og om ligebehandling af bydende samt af gennemsigtighedsforpligtelsen, kan Domstolen ikke tage stilling til disse anbringender.

77 Efterprøvelsen af, om disse anbringender er begrundede, forudsætter nemlig en fastlæggelse og vurdering af faktiske forhold såvel som en fortolkning af national ret, hvilket henhører under den forelæggende rets enekompetence. De fortolk-

ningselementer, der angår rækkevidden af direktivets artikel 30, stk. 4, såvel som dettes ånd og formål, som der er redegjort for ovenfor i denne doms præmis 34-40, giver den forelæggende ret samtlige de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan vurdere de pågældende nationale bestemmelsers forenelighed med fællesskabsretten med henblik på afgørelsen af de for denne anlagte sager.

Hensyntagen til begrundelser for unormalt lave bud

78 Hvad angår det andet led af de præjudicielle spørgsmål, som omformuleret ovenfor i denne doms præmis 28, skal det fremhæves, at den ordregivende myndighed, med de ord, der er anvendt i direktivets artikel 30, stk. 4, andet afsnit, i forbindelse med vurderingen af et unormalt lavt bud »kan« tage hensyn til »begrundelser« vedrørende besparelser i forbindelse med byggeprocessen, vedrørende de anvendte tekniske løsninger, den bydendes usædvanligt gunstige betingelser for at udføre arbejdet eller den bydendes projekts originalitet.

79 Som det altså allerede fremgår af bestemmelsens ordlyd, giver denne bestemmelse blot den ordregivende myndighed mulighed for, men ikke pligt til, at støtte sig på bestemte typer af objektive begrundelser for den pris, som en given bydende har tilbudt.

80 Når man herefter ser bestemmelsen i dens sammenhæng bemærkes, at den alene har til formål at præcisere den i direktivets artikel 30, stk. 4, første afsnit, nævnte regel, hvorefter den ordregivende myndighed anmoder den berørte bydende om sådanne oplysninger om det pågældende buds sammensætning, som den anser for relevante, og kontrollerer denne sammensætning under hensyntagen til de modtagne begrundelser.

81 Domstolen har ovenfor i præmis 51 til 59 allerede fremhævet vigtigheden af det princip, hvorefter den bydende, før den ordregivende myndighed kan afvise et tilbud som unormalt lavt, skal have haft lejlighed til på hensigtsmæssig og kontradiktorisk vis at gøre sine synspunkter gældende med hensyn til hvert af de forskellige elementer i den tilbudte pris.

82 Eftersom det af hensyn til at fremme udviklingen af en effektiv konkurrence på området for offentlige kontrakter er afgørende, at denne mulighed for at fremsætte synspunkter er så bred og fuldstændig som muligt, skal den bydende, uden nogen form for begrænsninger, til støtte for sit bud kunne fremlægge alle de begrundelser, og navnlig de begrundelser, der nævnes i direktivets artikel 30, stk. 4, andet afsnit, som han anser for relevante under hensyn til den pågældende kontrakts beskaffenhed og særkender. Den ordregivende myndighed har på sin side pligt til at overveje de fremsatte begrundelser som helhed, før den træffer beslutning om at modtage eller forkaste det pågældende bud.

83 Det følger heraf, at direktivets artikel 30, stk. 4, andet afsnit, hverken ud fra ordlyden eller formålet kan fortolkes således, at den opstiller en udtømmende liste over begrundelser, der kan fremsættes, men derimod alene angiver eksempler på begrundelser, som den bydende kan fremsætte med det formål at godtgøre holdbarheden af de forskellige elementer i den tilbudte pris. Derfor gælder det så meget desto mere, at den pågældende bestemmelse ikke indebærer en bemyndigelse for den ordregivende myndighed til at udelukke bestemte former for begrundelser.

84 Som den østrigske regering og Kommissionen har gjort det gældende i deres skriftlige indlæg, og som generaladvokaten har fremhævet i punkt 50 og 51 i sit forslag til afgørelse, ville enhver begrænsning i så henseende være i åbenbar modstrid med direktivets formål, der består i at fremme den frie konkurrence mellem alle dem, der har afgivet bud, idet en sådan begrænsning medfører, at bud, der er begrundet i andre betragtninger end dem, der er omfattet af de nationale bestemmelser, der finder anvendelse, uden videre udelukkes, uden hensyntagen til, om prisen eventuelt er den mest fordelagtige.

85 Det følger heraf, at direktivets artikel 30, stk. 4, er til hinder for nationale bestemmelser som dem, der finder anvendelse i hovedsagen, der på den ene side fastsætter, at den ordregivende myndighed ved kontrollen af unormalt lave bud kun må tage hensyn til visse begrundelser, der er udtømmende opregnet i bestemmelsen, hvilken opregning ikke omfatter begrundelser vedrørende originaliteten af den bydendes projekt, selv om denne begrundelse er udtrykkeligt nævnt i artikel 30, stk. 4, andet afsnit, og på den anden side udtrykkeligt udelukker bestemte former for begrundelser, som f.eks. begrundelser vedrørende de elementer, hvis mindsteværdi er fastlagt ved lov eller administrativt, eller hvis mindsteværdi kan fastslås på grundlag af officielle oplysninger.

86 På baggrund af det ovenfor anførte skal de præjudicielle spørgsmål besvares med, at direktivets artikel 30, stk. 4, skal fortolkes således:

— Den er til hinder for bestemmelser og administrativ praksis i en medlemsstat, der bemyndiger den ordregivende myndighed til at afvise bud som unormalt lave, som udviser et nedslag, der overstiger tærsklen for, hvad der må anses for at være normalt, udelukkende under hensyntagen til de begrundelser for de tilbudte priser, der svarer til i alt fald 75% af den i udbudsbekendtgørelsen angivne udbudssum, hvilke begrundelser de bydende skulle vedlægge deres bud, idet de ellers ville blive udelukket fra at deltage i udbuddet, uden at give de bydende mulighed for efter åbningen af kuverterne at fremkomme med argumenter om de elementer i de tilbudte priser, som har vakt mistanke.

— Den er ligeledes til hinder for bestemmelser og administrativ praksis i en medlemsstat, der bestemmer, at den ordregivende myndighed ved kontrollen af de unormalt lave bud kun kan tage de begrundelser, der vedrører besparelser i forbindelse med byggeprocessen, de anvendte tekniske løsninger

eller den bydendes særligt gunstige betingelser i betragtning, og at begrundelser, der vedrører de elementer, hvis mindsteværdi er fastsat ved lov eller administrativt eller kan fastslås på grundlag af officielle oplysninger, skal udelukkes.

— Derimod er den i princippet ikke, for så vidt som samtlige de krav, den fastsætter, i øvrigt er overholdt, og direktivets formål ikke berøres, til hinder for bestemmelser og administrativ praksis i en medlemsstat, der på området for fastlæggelse af unormalt lave bud og kontrol af disse bud dels forpligter alle bydende til at vedlægge deres bud begrundelser for de tilbudte priser, der svarer til i alt fald 75% af den i udbudsbekendtgørelsen angivne udbudssum, idet de ellers udelukkes fra at deltage i udbudsproceduren, dels anvender en metode for beregning af tærsklen for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, som er baseret på gennemsnittet af de bud, der er modtaget under det pågældende udbud, således at de bydende ikke kan have kendskab til denne tærskel på tidspunktet for afgivelsen af deres bud. Den ordregivende myndighed skal imidlertid kunne foretage en fornyet vurdering af det resultat, der opnås ved anvendelsen af denne beregningsmetode.

Sagens omkostninger

87 De udgifter, der er afholdt af den italienske og den østrigske regering samt af Kommissionen, der har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Consiglio di Stato ved kendelse af 26. maj 1999, for ret:

Artikel 30, stk. 4, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, skal fortolkes således:

— **Den er til hinder for bestemmelser og administrativ praksis i en medlemsstat, der bemyndiger den ordregivende myndighed til at afvise bud som unormalt lave, som udviser et nedslag, der overstiger tærsklen for, hvad der må anses for at være normalt, udelukkende under hensyntagen til de begrundelser for de tilbudte priser, der svarer til i alt fald 75% af den i udbudsbekendtgørelsen angivne udbudssum, hvilke begrundelser de bydende skulle vedlægge deres bud, idet de ellers ville blive udelukket fra at deltage i udbuddet, uden at give de bydende mulighed for efter åbningen af kuverterne at fremkomme med argumenter om de elementer i de tilbudte priser, som har vakt mistanke.**

— **Den er ligeledes til hinder for bestemmelser og administrativ praksis i en medlemsstat, der bestemmer, at den ordregivende myndighed ved kontrollen af de unormalt lave bud kun kan tage de begrundelser, der vedrører**

besparelser i forbindelse med byggeprocessen, de anvendte tekniske løsninger eller den bydendes særligt gunstige betingelser i betragtning, og at begrundelser, der vedrører de elementer, hvis mindsteværdi er fastsat ved lov eller administrativt eller kan fastslås på grundlag af officielle oplysninger, skal udelukkes.

— Derimod er den i princippet ikke, for så vidt som samtlige de krav, den fastsætter, i øvrigt er overholdt, og direktivets formål ikke berøres, til hinder for bestemmelser og administrativ praksis i en medlemsstat, der på området for fastlæggelse af unormalt lave bud og kontrol af disse bud dels forpligter alle bydende til at vedlægge deres bud begrundelser for de tilbudte priser, der svarer til i alt fald 75% af den i udbudsbekendtgørelsen angivne udbudssum, idet de ellers udelukkes fra at deltage i udbudsproceduren, dels anvender en metode for beregning af tærsklen for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, som er baseret på gennemsnittet af de bud, der er modtaget under det pågældende udbud, således at de bydende ikke kan have kendskab til denne tærskel på tidspunktet for afgivelsen af deres bud. Den ordregivende myndighed skal imidlertid kunne foretage en fornyet vurdering af det resultat, der opnås ved anvendelsen af denne beregningsmetode.

Colneric Gulmann Puissochet

Schintgen Skouris

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 27. november 2001.

R. Grass

Justitssekretær

F. Macken

Formand for Sjette Afdeling