FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 27. november 2007 [1]

I — Indledning

1. Consiglio di Stato (Italien) har i medfør af artikel 234 EF anmodet Domstolen om at oplyse, om 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] rækker videre end selve direktivet og også finder anvendelse på tildeling af kontrakter, som ikke henhører under dets anvendelsesområde.

2. I dommen af 27. november 2001, Lombardini og Mantovani [3], hvori den nævnte bestemmelse blev fortolket, fastslog Domstolen, at det er »afgørende«, at hver af de bydende, som er under mistanke for at have afgivet et unormalt lavt bud, gør sine synspunkter gældende og fremkommer med de relevante begrundelser (præmis 53).

3. Med forelæggelsen ønskes det oplyst, om denne positive retsregel indeholder en almindeligt fællesskabsgrundsætning, som finder anvendelse på indgåelsen af offentlige kontrakter, uanset om de er omfattet af sektordirektiverne [4].

4. Baggrunden for Consiglio di Statos spørgsmål er en helt særlig, nemlig en national bestemmelse om, at unormalt lave bud automatisk skal udelukkes i forbindelse med udbud vedrørende kontrakter under den tærskelværdi, der er fastsat i direktiverne, i kombination med en praksis, hvor nogle af udbudsdeltagerne i forbindelse med denne type kontrakter påvirker udfaldet af

1 — Originalsprog: spansk.

2 — EFT L 199, s. 54.

3 — Forenede sager C-285/99 og C-286/99, Sml. I, s. 9233.

4 — Der er foruden direktiv 93/37 vedrørende bygge- og anlægskontrakter tale om Rådets direktiv 77/62/EØF af 21.12.1976 (EFT 1977 L 13, s. 1), som senere er ændret ved Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 (EFT L 199, s. 1), vedrørende offentlige indkøbskontrakter. Kontrakter om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler og samordningen af fremgangsmåderne ved indgåelse af disse behandledes i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 (EFT L 209, s. 1). Bestemmelserne heri (som blev ændret ved direktiv 97/52/EF (EFT L 328, s. 1)) er blevet kodificeret og samlet i én enkelt tekst, nemlig Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

udbuddet ved anvendelse af et kneb [5], der går ud på at aftale at afgive lignende bud for at fremprovokere en bestemt tærskelværdi for unormalt lave bud og udelukke andre konkurrenter.

5. Denne præjudicielle sag har derfor stor betydning, fordi den vedrører de almindelige fællesskabsgrundsætninger, samtidig med at det ikke glemmes, at løsningen nødvendigvis må findes inden for Den Europæiske Unions retssystem. Domstolen skal manøvrere inden for begge dimensioner med henblik på at give den italienske ret en relevant besvarelse, på grundlag af hvilken den kan afgøre sagen.

heden og princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser. Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 [6], som indledte den indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om indgåelse af offentlige kontrakter, tog, ifølge første betragtning til direktivet, grundlæggende sigte på en samtidig gennemførelse af disse to friheder. Nævnte direktiv, der kun fandt anvendelse på kontrakter på mindst 1 mio. regningsenheder (ottende betragtning), fastsatte som kriterier for tildeling den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige bud (artikel 29, stk. 1) og tog højde for unormalt lave bud, som ordregiveren ville kunne forkaste efter at have hørt den dristige udbudsdeltager (artikel 29, stk. 5).

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

6. Artikel 43 EF og 49 EF knæsætter henholdsvis princippet om etableringsfri-

7. Ved fortolkningen af sidstnævnte bestemmelse har Domstolen fastslået, at et bud kun kan udelukkes, efter at den bydende har fået lejlighed til at redegøre for buddet, eller med andre ord efter en kontradiktorisk kontrolprocedure, idet automatisk udelukkelse således er forbudt [7].

5 — Den slags list har altid eksisteret. Homer giver således i Odysséen (Homer, *Homers Odyssé*, på dansk ved Otto Steen Due, Gyldendal, 2006) talrige eksempler på Odysseus' legendariske snedighed, f.eks. i Niende Sang, hvor helten, som er taget til fange af Polyfemos, drikker Polyfemos fuld og fortæller ham, at han hedder Ingen. Vinen får Polyfemos til at falde i søvn, og dette udnytter Odysseus til at stikke en gloende olivenstav i hans eneste øje. De andre kykloper hører hans råb om hjælp og spørger ham, hvad der sker, og hvem der vil slå ham ihjel. Hertil svarer Polyfemos, at »Ingen vil slå mig ihjel og Ingen er voldelig mod mig!«, og de kommer ham derfor ikke til hjælp (vers 408, s. 117).

6 — Direktiv om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613).

7 — Dette følger af dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 16, 18 og 19, som forbød bestemmelser, hvorefter visse bud automatisk udelukkes ex officio (punkt 1 i domskonklusionen). Denne retspraksis er efterfølgende blevet gentaget i dom af 18.6.1991, sag C-295/89, Donà Alfonso, Sml. I, s. 2967. Der fandtes allerede en præcedens på dette område i dom af 10.2.1982, sag 76/81, Transporoute, Sml. s. 417, præmis 18.

8. Direktiv 71/305 blev ændret flere gange på forskellige punkter [8], hvilket gjorde en kodificering tilrådelig, og en sådan blev foretaget ved direktiv 93/37, stadig med henblik på at virkeliggøre etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser (anden betragtning). Direktiv 93/37 fandt anvendelse på kontrakter til en værdi af mindst 5 mio. ECU (artikel 6, stk. 1) og fastholdt de tidligere tildelingskriterier (artikel 30, stk. 1). Artikel 30, stk. 4, i direktivet gengav med nogle mindre ændringer ordlyden i den tidligere artikel 29, stk. 5, og lød således:

»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.

[…]«

9. Direktiv 2004/18, som medlemsstaterne skulle gennemføre senest den 31. januar 2006 (artikel 80, stk. 1), har ophævet direktiv 97/37 med virkning fra den 31. marts 2004 (artikel 82 og 83). Ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter til en værdi af mindst 5 278 000 EUR [artikel 7, litra c)] [9] kan den ordregivende myndighed afvise unormalt lave tilbud efter gennemførelse af en kontradiktorisk kontrolprocedure (artikel 55, stk. 1 og 2).

B — *De italienske bestemmelser*

10. Artikel 30, stk. 4, i direktiv 97/37 blev gennemført i italiensk ret ved artikel 21,

8 — En af ændringerne vedrørte artikel 29, stk. 5, som fik en ny affattelse ved direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 (EFT L 210, s. 1).

9 — Som affattet ved Kommissionens forordning (EF) nr. 2083/2005 af 19.12.2005 (EUT L 333, s. 28).

stk. 1a, i lov nr. 109/94 af 11. februar 1994, der er en rammelov om offentlige bygge- og anlægsarbejder [10], som indførtes i lovens oprindelige affattelse ved artikel 7 i lov nr. 216/1995 af 2. juni 1995 [11]. Denne bestemmelse har 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 på mindst det aritmetiske gennemsnit af de procentvise nedslag for samtlige indgivne bud med fradrag af ti procent, afrundet opad, med udgangspunkt i de bud, som giver de største nedslag, og de bud, der giver de mindste nedslag, forhøjet med den gennemsnitlige aritmetiske afvigelse for de procentvise nedslag, der overstiger førstnævnte gennemsnit.

Den ordregivende myndighed undersøger inden for en frist på 60 dage fra indgivelsen af buddene de begrundelser, der vedrører besparelser i forbindelse med byggeprocessen, de anvendte tekniske løsninger eller den bydendes særligt gunstige betingelser for at udføre arbejdet. Begrundelser, der har sammenhæng med forhold, for hvilke en mindsteværdi er fastsat ved lov eller administrativt eller kan fastslås på grundlag af officielle oplysninger, skal under alle omstændigheder udelukkes.

Buddene skal ledsages af begrundelser for de væsentligste priskomponenter, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen eller opfordringsskrivelsen, som tilsammen udgør et beløb på mindst 75% af udbudssummen.

For så vidt angår de offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvor beløbet ligger under Fællesskabets tærskelværdi, udelukker den relevante ordregivende myndighed automatisk de bud, som giver et nedslag på den procentsats, der er lig med eller højere end det, som er fastsat i første afsnit i bestemmelsen, fra at deltage i udbudsproceduren. Fremgangsmåden med automatisk udelukkelse finder ikke anvendelse, hvis der er modtaget under fem gyldige bud« [12].

10 — *Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* (herefter »GURI«) nr. 41 af 19.2.1994, s. 5.

11 — GURI nr. 127 af 2.6.1995, s. 3. Denne bestemmelse er resultatet af omdannelsen til lov, med ændringer, af lovdekret nr. 101/1995 af 3.4.1995 om nødvendige bestemmelser om offentlige bygge- og anlægsarbejder (GURI nr. 78 af 3.4.1995, s. 8).

12 — Som affattet ved artikel 7 i lov nr. 415/1998 af 18.11.1998 (GURI nr. 284 af 4.12.1998, almindeligt tillæg, s. 5).

11. Lovdekret nr. 163 af 12. april 2006 [13] gennemfører direktiv 2004/18 i national ret. I bestemmelserne vedrørende unormalt lave bud (artikel 86-88) er sidste afsnit i artikel 21, stk. 1a, i lov nr. 109/94 ikke længere medtaget.

III — Hovedsagerne

12. Ved afgørelse af 28. januar 2003 traf Comune di Torino (Torinos byråd) beslutning om ikke fremover at anvende artikel 21, stk. 1a, i lov nr. 109/94 for at undgå at skulle udelukke unormalt lave bud, således at der i forbindelse med tildeling af kontrakter vedrørende kommunale bygge- og anlægsarbejder, herunder kontrakter på beløb under Fællesskabets tærskelværdi, ville skulle foretages kontrol af sådanne bud, med adgang for de bydende til at fremsætte bemærkninger, i henhold til proceduren i direktiv 93/37.

13. De italienske selskaber SECAP SpA (sag C-147/06) og Santorso Soc. Coop. arl. (sag C-148/06) deltog i hvert deres offentlige udbud afholdt af Comune di Torino vedrørende udførelse af visse arbejder [14] til beløb under Fællesskabets tærskelværdi. I udbudsbekendtgørelserne blev det anført, at kontrakterne i overensstemmelse med afgørelsen af 28. januar 2003 ville blive tildelt efter kriteriet om det største nedslag, idet der ville blive foretaget kontrol af unormalt lave bud, uden automatisk udelukkelse af sådanne bud. De to selskabers bud kom øverst på listen over de »ikke unormalt lave« bud, men før myndigheden traf beslutning undersøgte den de tilsyneladende unormalt lave bud, konstaterede, at de var seriøse, og tildelte kontrakten til andre udbudsdeltagere.

14. Begge selskaber anlagde sag ved Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, hvorunder de gjorde gældende, at unormalt lave bud i henhold til artikel 21, stk. 1a, i lov nr. 109/94 automatisk skal udelukkes, og at de ordregivende myndigheder ikke har mulighed for at lade de bydende fremsætte deres bemærkninger til sådanne bud og undersøge dem, før de afvises. Retten tiltrådte ikke dette argument og gav ikke sagsøgerne medhold, idet den fandt, at den nævnte bestemmelse tillader automatisk udelukkelse af unormalt lave bud, uden dog at foreskrive dette. Følgelig var der efter rettens opfattelse intet til hinder for, at den ordregivende myndighed lader de bydende fremsætte bemærkninger til deres unormalt lave bud og lader disse indgå i sammenligningen.

15. Consiglio di Stato, hvortil sagsøgerne har anket afgørelserne, er enig i sagsøgernes synspunkt og forkaster underinstansens fortolkning, men er dog ikke upåvirket af de argumenter vedrørende de fællesskabsretlige

13 — GURI nr. 100 af 2.5.2006.

14 — Henholdsvis ombygning af et gammelt slot til ungdomsherberg (4 699 999 EUR) og miljømæssig revitalisering af Corso Francia mellem Piazza Statuto og Piazza Bernini (5 172 579 EUR).

krav, som Comune di Torino har fremsat. Consiglio di Stato har derfor i medfør af artikel 234 EF forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Er der er tale om et grundlæggende fællesskabsretligt princip i den regel, der er fastsat i artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37/EØF, eller i den tilsvarende regel, der er fastsat i artikel 55, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/18/EF (hvis den sidstnævnte anses for at finde anvendelse), hvorefter den ordregivende myndighed ved tilbud, der forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, er forpligtet til skriftligt at anmode om sådanne oplysninger om de pågældende tilbuds sammensætning, som den anser for relevante, og undersøge tilbuddets sammensætning under hensyntagen til de begrundelser, der er givet, inden myndigheden kan afvise sådanne tilbud?

2) Såfremt ovenstående spørgsmål: »Er der tale om et grundlæggende fællesskabsretligt princip i den regel, de er fastsat i artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37/EØF, eller i den tilsvarende regel, der er fastsat i artikel 55, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/18/EF (hvis den sidstnævnte anses for at finde anvendelse), hvorefter den ordregivende myndighed ved tilbud, der forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, er forpligtet til skriftligt at anmode om sådanne oplysninger om de pågældende tilbuds sammensætning, som den anser for relevante, og undersøge tilbuddets sammensætning under hensyntagen til de begrundelser, der er givet, inden myndigheden kan afvise sådanne tilbud«, besvares benægtende som følge af, at ingen af reglerne udviser træk, der kendetegner et grundlæggende fællesskabsretligt princip, ønskes det besvaret, »om den pågældende regel da enten er en indirekte følge eller et »afledt princip« i forhold til konkurrenceprincippet sammenholdt med gennemsigtighedsprincippet og princippet om ikke-forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og om reglen i så fald er umiddelbart bindende og har forrang for eventuelt modstridende nationale bestemmelser, der er vedtaget af medlemsstaterne som led i reguleringen af de offentlige bygge- og anlægskontrakter, der ligger uden for fællesskabsrettens direkte anvendelsesområde.««

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

16. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 10. maj 2006 er de to sager blevet forenet på grund af deres indbyrdes sammenhæng.

17. De sagsøgende selskaber i hovedsagerne, Comune di Torino, den italienske, den tyske, den østrigske, den slovakiske, den franske, den litauiske og den nederlandske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Alle indlæggene går i forskellige

retninger, men kan inddeles i to kategorier, hvor den ene udgøres af de indlæg, der støtter Comune di Torino — som f.eks. den litauiske og den slovakiske regerings indlæg [15] og Kommissionens indlæg — og den anden af de resterende indlæg, ifølge hvilke de præjudicielle spørgsmål skal besvares benægtende. Under retsmødet den 25. oktober 2007 blev der afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for Santorso Soc. coop. arl, Comune di Torino, den italienske, den tyske og litauiske regering samt Kommissionen.

V — Vurdering af de præjudicielle spørgsmål

18. De to spørgsmål fra Consiglio di Stato kan i praksis sammenfattes til det ene, om artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37, hvorefter unormalt lave bud skal drøftes med de bydende, før der træffes beslutning om en eventuel udelukkelse, finder anvendelse på kontrakter, som ikke henhører under direktivets anvendelsesområde. Spørgsmålet er med andre ord, om den nævnte bestemmelse er til hinder for, at medlemsstaterne foreskriver automatisk udelukkelse af unormalt lave bud i forbindelse med sådanne kontrakter.

19. Karakteren af denne bestemmelse skal derfor undersøges med henblik på at afgøre, om den hører til den primære fællesskabsret og dermed rækker ud over anvendelsesområdet for direktiv 93/37.

A — *Udgangspunktet*

20. Undersøgelsen kan foretages på et solidt grundlag af fast retspraksis, som jeg allerede har analyseret [16]. Udbudsprocedurerne for offentlige kontrakter, som af forskellige årsager (kvantitative eller begrebsmæssige) falder uden for anvendelsesområdet for direktiverne på området, er ikke undtaget fra bestemmelserne i Den Europæiske Unions retsorden, og de grundlæggende principper i henhold til denne, herunder især den grundlæggende ret til fri bevægelighed, skal derfor ubetinget respekteres.

21. Denne opfattelse, som kommer til udtryk i anden betragtning til direktiv 2004/18 [17],

15 — Dog, hvad angår den slovakiske regerings indlæg, med visse nuancer i forhold til den litauiske regerings og Comune di Torinos indlæg, idet den slovakiske regering mener, at det første præjudicielle spørgsmål skal besvares benægtende, samtidig med at den er utilbøjelig til at adskille reglen i henhold til artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37 fra traktatens principper. Den slovakiske regering er således enig i Comune di Torinos afgørelse.

16 — Forslag til afgørelse fremsat den 8.11.2006, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, hvori der endnu ikke er afsagt dom (punkt 44-47).

17 — »Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed […]«

går ganske langt tilbage i Domstolens historie [18]. I dommen af 7. december 2000 i sagen Telaustria og Telefonadress [19] fastslog Domstolen, at de ordregivende myndigheder er forpligtet til at overholde traktatens regler ved indgåelse af kontrakter, der er udelukket fra anvendelsesområdet for sektordirektiverne (præmis 60) [20]. Denne retspraksis er bekræftet i dommen af 18. juni 2002 i HI-sagen (præmis 47) [21] og senest med største selvfølgelighed og uden henvisning til tidligere praksis gentaget i dommen af 21. juli 2005 i Coname-sagen [22].

22. I kendelsen af 3. december 2001 i Vestergaard-sagen [23] understregede Domstolen, at den omstændighed, at de særlige og strenge fremgangsmåder, der er fastsat i direktiverne, ikke er egnede, såfremt der er tale om kontrakter af mindre værdi, ikke indebærer, at sådanne kontrakter er udelukket fra fællesskabsrettens anvendelsesområde, idet de også skal overholde traktatens regler (præmis 19-21) [24], hvis de har interesse for erhvervsdrivende i andre medlemsstater [25]. Domstolen fastholdt dette i dommen af 20. oktober 2005 i sagen Kommissionen mod Frankrig [26] (præmis 33).

23. Fastsættelsen af en økonomisk tærskel for anvendelsen af udbudsdirektiverne bygger på den formodning, at kontrakter af ringe værdi ikke tiltrækker erhvervsdrivende, der er etableret i andre medlemsstater. De har således ikke interesse i hele Fællesskabet. Denne iuris tantum-formodning kan imidlertid afkræftes af andre beviser, og som Kommissionen har anført i sit skriftlige indlæg, kan det derfor ikke udelukkes, at en kontrakt af ringe værdi virker tillokkende på udenlandske erhvervsdrivende, f.eks. på grund af stedet for opfyldelsen, der kan være tæt på den pågældende erhvervsdrivendes eget land, eller fordi kontrakten harmonerer med dennes forretningsstrategi.

18 — Og i Kommissionens, hvor den nærmere bestemt er afspejlet i dens »Fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne« (EUT 2006 C 179, s. 2, på s. 5 og 6).

19 — Sag C-324/98, Sml. I, s. 10745.

20 — I den pågældende sag Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84), nu erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 (EUT L 134, s. 1).

21 — Sag C-92/00, Sml. I, s. 5553. Denne sag vedrørte i virkeligheden ikke en kontrakt, der faldt uden for et direktivs anvendelsesområde, men en procedure, som ikke var omhandlet i bestemmelsen: I henhold til traktaten skulle der være mulighed for under en klageprocedure at anfægte en beslutning om tilbagekaldelse af et udbud, som ikke var omhandlet i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50.

22 — Sag C-231/03, Sml. I, s. 7287. Domstolen bemærkede i præmis 16, at tildelingen af den i sagen omhandlede koncessionskontrakt (vedrørende driften af den offentlige gasforsyning direkte til et overvejende offentligt ejet selskab) ikke var omfattet af nogen af de direktiver, som regulerede udbudsområdet. I mangel af en sådan regulering skulle de fællesskabsretlige følger af tildelingen af sådanne koncessionskontrakter fortolkes i lyset af den primære ret og navnlig de grundlæggende friheder, der er nedfældet i traktaten. Domstolen udtalte sig i samme retning i dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 46, og af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 18.

23 — Sag C-59/00, Sml. I, s. 9505.

24 — I denne kendelse fastslog Domstolen, at artikel 28 EF var til hinder for en bestemmelse i udbudsbetingelserne vedrørende en bygge- og anlægskontrakt af mindre værdi, som uden nærmere angivelser krævede anvendelse af produkter af et bestemt mærke.

25 — Ved en modsætningsslutning fra præmis 20 i Coname-dommen.

26 — Sag C-264/03, Sml. I, s. 8831.

24. Det kan således ikke bestrides, at denne kvantitative tærskel er rent formel, og der er derfor intet i vejen for, at en kontrakt af mindre værdi vækker interesse i andre medlemsstater. Hermed foreligger den faktor, som bringer fællesskabsretten og dens formål på bane. Fremgangsmåderne ved tildeling af sådanne kontrakter — som den ringe interesse til trods har betydning på europæisk plan — skal derfor følge traktatens principper, uden at dette i øvrigt er til hinder for, at der gælder strengere bestemmelser om fællesskabssamordning for kontrakter til beløb over tærskelværdierne i direktiverne [27].

25. En af disse bestemmelser — artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37, der tidsmæssigt finder anvendelse på hovedsagerne, og som genfindes i artikel 55, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/18 — forbyder automatisk udelukkelse af unormalt lave bud. Consiglio di Stato ønsker derfor oplyst, om dette forbud afspejler et grundlæggende fællesskabsretligt princip eller en følge af konkurrenceprincippet, sammenholdt med gennemsigtighedsprincippet og princippet om ikke-forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som også skal overholdes ved tildeling af kontrakter, der ikke er omfattet af de nævnte direktiver.

27 — Der kan her henvises til anden del af anden betragtning til direktiv 2004/18.

B — *Ikke helt et grundlæggende princip …*

26. Begreberne »grundlæggende princip« og »grundlæggende bestemmelse«, som er anvendt i den ovenfor nævnte retspraksis, har et meget præcist indhold. De henviser ikke til ethvert aksiologisk element, som måtte ligge latent i traktaten, og heller ikke til en hvilken som helst foranstaltning, som måtte være vedtaget for at opfylde dens formål. De ligger netop imellem disse yderpunkter, i den primære lovgivnings bogstav, dér hvor Fællesskabets »forfatningsgiver« opstillede de mål, som man ønskede at nå ved hjælp af de vigtige midler, der blev fastsat. En hurtig læsning af artikel 2 EF og 3 EF afslører, at disse begreber henviser til den uhindrede bevægelighed for personer, varer, tjenesteydelser og kapital, som gennemføres via de respektive bestemmelser om fri bevægelighed (artikel 23 EF, 43 EF og 49 EF), hvortil kommer bestemmelsen om afskaffelse af al forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (artikel 12 EF) som en tværgående værdi i et integrationsprojekt mellem mange forskellige lande.

27. Denne opfattelse, som ligner den, der kommer til udtryk i anden betragtning til direktiv 2004/18, skinner også igennem i de nævnte afgørelser. I dommen i sagen Telaustria og Telefonadress blev der netop henvist til princippet om ligebehandling af statsborgere fra de forskellige medlemsstater (præmis 60). I HI-dommen blev der desuden henvist til etableringsfriheden og den frie

udveksling af tjenesteydelser (præmis 42 og 47). I kendelsen i Vestergaard-sagen var det retlige grundlag det andet princip om fri bevægelighed, nemlig princippet om frie varebevægelser (præmis 21), og i Conamedommen henviste Domstolen igen til artikel 43 EF og 49 EF i forbindelse med dens undersøgelse af, om der forelå indirekte forskelsbehandling på baggrund af nationalitet.

28. Ved en nærmere betragtning ses det, at de »grundlæggende principper« i traktaten, som kan have betydning for medlemsstaternes ret til at regulere fremgangsmåderne ved tildeling af kontrakter uden for den samordning, der er foretaget gennem sektordirektiverne, er sammenfaldende med de principper, som nævnes i direktivernes præambler, og som Domstolen har fremhævet.

29. Dette bør i øvrigt ikke undre nogen, for som det understreges i anden betragtning til direktiv 2004/18, bygger dets bestemmelser på disse principper, idet de nævnte direktiver forfølger et begrænset umiddelbart formål, nemlig en samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter, for at opnå en effektiv konkurrence på området for offentlige kontrakter [28] med henblik på gennemførelse af de grundlæggende friheder i den europæiske integrationsproces. Formålet er nærmere bestemt at afskaffe hindringerne for fri bevægelighed og beskytte nationale erhvervsdrivendes interesser, når disse ønsker at sælge varer eller tjenesteydelser til ordregivere i andre medlemsstater [29].

30. Den anden side af billedet er, at der forfølges et dobbelt formål, nemlig dels at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling (»buy national«), dels at det udelukkes, at det organ, som er ansvarligt for indgåelsen af kontrakter, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske [30] (derfor er det grundlæggende kriterium for tildeling af en kontrakt altid det laveste bud eller det økonomisk mest fordelagtige).

31. På denne baggrund kan det første præjudicielle spørgsmål kun besvares benægtende, eftersom automatisk udelukkelse af unormalt lave bud i forbindelse med tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt ikke udgør en grundlæggende regel i henhold til traktaten. De nævnte grundlæggende friheder og forbuddet mod forskelsbehandling kræver

28 — Fratelli Costanzo-dommen, præmis 18.

29 — Dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 41, af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16, og af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 41.

30 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 33, BFI Holding-dommen, præmis 42, University of Cambridge-dommen, præmis 17, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 42.

nemlig ikke ubetinget og altid, at en udbudsdeltager, som afgiver et sådant bud, skal have lov til at fremsætte sine bemærkninger, før en afgørelse træffes.

32. Dette skyldes bl.a. hensynet til effektivitetsprincippet, som også gælder i relation til de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter. Når alt kommer til alt, kræver forvaltningen af almene interesser en sådan effektivitet, der undertiden er uforenelig med det tempo, som nødvendiggøres af en selektiv fremgangsmåde, i forbindelse med hvilken der kræves mange garantier [31].

34. Som allerede nævnt fastslog Domstolen i dommen i sagen Lombardini og Mantovani, at drøftelsen mellem den ordregivende myndighed og den bydende er »afgørende« [32]. Der ligger i dette adjektiv en overbevisning om, at den kontradiktoriske kontrolprocedure for unormalt lave bud er absolut nødvendig for at udvikle en reel konkurrence i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter og sikre den frie bevægelighed, men som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i de to sager, forudsætter dette, at de bydende har mulighed for at deltage i udbuddet på lige vilkår, uden nogen form for forskelsbehandling (punkt 24).

C — *...men mere end blot en positiv retsregel*

1. Afledte principper

33. Med artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37 har lovgiver heller ikke fastsat en bestemmelse, som kan anvendes skønsmæssigt eller endda vilkårligt, uden forbindelse til omverdenen, og som man lige så godt kunne have undværet.

35. Forbuddet mod enhver form for forskelsbehandling, især på grundlag af nationalitet, indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, der består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske. Dette blev understreget i dommen af 18. november 1999 i sagen Unitron Scandinavia og 3-S (præmis 61 og 62) [33].

31 — Jf. punkt 30 i mit forslag til afgørelse fremsat den 5.6.2001 i Lombardini og Mantovani-sagen.

32 — Domstolen fremhævede, at det fremgår af den nævnte bestemmelse, at det påhviler den ordregivende myndighed at udpege de bud, der giver anledning til mistanke, at give de berørte virksomheder mulighed for at bevise holdbarheden af deres bud, at vurdere relevansen af de nærmere oplysninger, den modtager fra de pågældende, og at træffe en beslutning om, hvorvidt den vil medtage disse bud eller forkaste dem (præmis 55).

33 — Sag C-275/98, Sml. I, s. 8291. Jf. i samme retning dommen i sagen Telaustria og Telefonadress (præmis 61 og 62) og Parking Brixen-dommen (præmis 49).

36. På denne baggrund kan man med rette rejse spørgsmålet — således om også Consiglio di Stato har gjort det — om artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37, uanset at bestemmelsen ikke er udtryk for et grundlæggende fællesskabsretligt princip, udgør en følge af de grundlæggende principper, som der ikke kan gives afkald på, og som gælder for offentlige kontrakter, der er af interesse i hele Fællesskabet, uanset om de er undergivet direktivernes bestemmelser.

37. Hvis den automatiske udelukkelse af unormalt lave bud strider mod denne følge, er spørgsmålet med andre ord, om bestemmelsen skal anvendes på kontrakter, der ikke falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 93/37.

2. De bydende og begrebet unormalt lavt bud

38. Begrebet unormalt lavt bud har ikke en abstrakt karakter. Det defineres tværtimod i forhold til den kontrakt, som tildelingen vedrører, og i forhold til ydelsen [34]. Det har således karakter af et ubestemt retligt begreb, som ikke er fastlagt a priori, men som kan forudsiges på grundlag af kontraktgenstandens karakteristika.

39. Dette særlige træk er endnu mere udtalt i det italienske system, hvor begrebet præciseres i forhold til kontraktens indhold og prisen for de forskellige forslag ved hjælp af et matematisk kriterium for fastsættelse af tærsklen for unormalt lave bud.

40. Udbudsdeltagere, der takket være offentliggørelsen af udbuddet kender til ydelsen og karakteren af denne, udarbejder deres tilbud og afgiver dem i fortrolighed, således at den enkelte bydende er den eneste, der har kendskab til sit eget tilbud. Da det i henhold til ordningen et det laveste bud eller det økonomisk mest fordelagtige, der vinder, er de fremlagte budgetter som hovedregel meget stramme for at gøre prisen så lav som mulig, også selv om der herved gøres indhug i virksomhedens fortjeneste.

41. Alle de bydende løber således den samme risiko for, at deres bud — når kuverterne er åbnet — vil blive karakteriseret som unormalt lavt.

42. De lige vilkår ophører imidlertid, hvis en eller flere af konkurrenterne har kendskab til de elementer, der har betydning for fastsættelsen af tærsklen for unormalt lave bud. I en sådan situation går den nødvendige upartiskhed tabt.

34 — Punkt 32 i forslaget til afgørelse i sagen Lombardini og Mantovani.

3. Ulovlige aftaler ved afgivelse af bud

43. Consiglio di Stato tegner på grundlag af de af Comune di Torino fremlagte faktiske oplysninger et billede, som Domstolen ikke kan ignorere, hvor den automatiske udelukkelse af unormalt lave bud, som kræves i henhold til sidste afsnit i artikel 21, stk. 1a, i lov nr. 109/94, indebærer, at virksomhederne tilskyndes til at indgå ulovlige aftaler for at påvirke udbuddets udfald.

44. I en sådan situation finder fællesskabsretten anvendelse.

45. Det er åbenbart, at den automatiske udelukkelse af bud, som i henhold til første afsnit i bestemmelsen er unormalt lave, ikke i sig selv er udtryk for forskelsbehandling, fordi der er tale om et objektivt kriterium. Som jeg har forklaret i mit forslag til afgørelse i sagen Lombardini og Mantovani, indeholder den italienske lovgivning en bestemmelse om et aritmetisk og automatisk kriterium for fastsættelse af tærsklen for unormalt lave bud, som er i fuld overensstemmelse med direktiv 93/37, og som muliggør, at markedet for hver udbudsprocedure fastsætter den tærskel, hvorover et bud skal anses for unormalt. Alle ansøgere behandles ens, og ingen nyder ved udarbejdelsen af sit tilbud en fordel frem for de øvrige (punkt 33 og 35). En umiddelbar afvisning af unormalt lave bud uden adgang for de bydende til at fremsætte bemærkninger er derfor ikke diskriminerende for nogen.

46. Det forholder sig imidlertid anderledes, hvis en gruppe erhvervsdrivende — typisk på det geografiske marked, som er genstand for udbuddet — gennem ulovlige aftaler koordinerer deres bud, så de bliver ensartede, med kun minimale forskelle, således at bud afgivet af konkurrenter, der ikke deltager i den ulovlige praksis, bliver karakteriseret som unormalt lave, uden at de får mulighed for at fremlægge oplysninger til støtte for deres bud eller dokumentere, at de er holdbare.

47. Dette skader gennemsigtigheden og den sunde konkurrence mellem virksomhederne, som netop har status af fællesskabsretlige principper på området for offentlige kontrakter, for når de berørte udbudsdeltagere er etableret i andre medlemsstater, skal de have lejlighed til at fremsætte bemærkninger til deres bud, idet der ellers vil foreligge en forskelsbehandling, som er ulovlig i henhold til traktaten. Comune di Torino har under retsmødet i denne præjudicielle sag oplyst, at der efter, at det traf beslutning om ikke at anvende de nationale bestemmelser, er sket et betydeligt fald i antallet af bud, der indgives med henblik på at forvride den frie konkurrence.

48. De nævnte principper kræver kort sagt, at den ordregivende myndighed ved tildeling

af kontrakter af betydning på fællesskabsplan gennemfører en kontradiktorisk procedure, hvorunder erhvervsdrivende, hvis bud er blevet kvalificeret som unormalt lave, får adgang til at fremsætte deres bemærkninger. Disse principper er følgelig til hinder for nationale bestemmelser, som i forbindelse med kontrakter på beløb under den i sektordirektiverne fastsatte tærskelværdi kræver automatisk udelukkelse af unormalt lave bud, uden adgang for de bydende til at fremsætte bemærkninger.

4. Retten til god forvaltning

49. Foruden ovennævnte objektive og abstrakte dimension, hvor andre interesser i forbindelse med en udbudsprocedure end den enkelte erhvervsdrivendes vejer tungest, er der også den subjektive dimension, hvor den erhvervsdrivendes rettigheder, og navnlig forbuddet mod at fratage ham muligheden for at forsvare sine interesser under den administrative procedure, har særlig betydning.

50. Dette forbud er udtrykkeligt anerkendt i alle medlemsstaternes retsordener og indgår i retten til god forvaltning, som er omhandlet i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [35], nærmere bestemt i artikel 41 i kapitel V vedrørende borgerne i Unionens medlemsstater. I stk. 2 i denne bestemmelse anerkendes retten for enhver til at blive hørt, inden der træffes en individuel foranstaltning over for ham eller hende.

51. Domstolen har for nylig anerkendt vigtigheden af chartret, særlig i dommen af 27. juni 2006 i sagen Parlamentet mod Rådet [36] og i dommen af 8. maj 2007 i sagen Advocaten voor de Wereld [37]. Ifølge chartret skal den bydende, før han kan udelukkes, have adgang til at fremsætte sine bemærkninger for at overbevise den ordregivende myndighed om, at hans bud er realistisk.

52. Jeg er enig med Kommissionen i, at denne ret isoleret set ikke indebærer, at en erhvervsdrivende, der har afgivet et dristigt bud, altid skal høres, for i princippet er hans interesser allerede beskyttet gennem den upartiske undersøgelse af buddene på grundlag af forud fastsatte, objektive og ikke diskriminerende kriterier. Imidlertid er en udbudsdeltager, som risikerer at blive forbigået på grund af konkurrenternes aftale, i en ufordelagtig situation, som vil forværres yderligere, hvis han heller ikke får mulighed for at fremsætte bemærkninger.

35 — EFT 2000 C 364, s. 1.

36 — Sag C-540/03, Sml. I, s. 5769.

37 — Sag C-303/05, Sml. I, s. 3633. Jf. hvad angår karakteren af chartret punkt 76-79 i mit forslag til afgørelse i denne sag.

53. Der kan således af retten til at blive hørt af den ordregivende myndighed udledes argumenter imod automatisk udelukkelse af unormalt lave bud, for som allerede nævnt udgør begrebet »unormalt« et ubestemt retligt begreb, som skal fastlægges nærmere i hvert enkelt tilfælde på grundlag af de foreliggende særlige omstændigheder.

54. Retten til god forvaltning taler følgelig imod at undlade den kontradiktoriske kontrolprocedure for bud, inden der træffes afgørelse om deres egnethed. Dette gælder også i forbindelse med kontakter, som falder uden for sektordirektivernes anvendelsesområde, idet der ellers ville blive gjort indgreb i de garantier, der er indført gennem de såkaldte »klagedirektiver« [38].

5. Medlemsstaternes handlefrihed

55. Det følger af det anførte, at fællesskabsretten er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter de ordregivende myndigheder i forbindelse med offentlige kontrakter, som ikke er omfattet af direktiverne om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter, har pligt til at foretage automatisk udelukkelse af unormalt lave bud. Derimod skal de ordregivende myndigheder ifølge fællesskabsretten have lejlighed til at vurdere, om det, henset til omstændighederne i hvert enkelt tilfælde, vil være hensigtsmæssigt at indlede en kontradiktorisk høringsprocedure for at få kendskab til buddenes struktur [39].

56. Imidlertid skal medlemsstaterne som følge af deres autonomi ikke nødvendigvis følge fremgangsmåden i artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37, men kan selv vælge midlerne til beskyttelse af de rettigheder, som fællesskabsretten medfører for borgerne, idet de som den eneste begrænsning blot skal sikre, at principperne om ækvivalens og effektivitet overholdes, hvilket vil sige, at de pågældende regler ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for beskyttelsen af rettigheder i henhold til national ret, og at de ikke i praksis må gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at nå det mål, der forfølges [40].

38 — Direktiv 89/665, nævnt ovenfor, og Rådets direktiv 92/13/EØF af 25.2.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af fællesskabsreglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14).

39 — I dommen af 7.10.2004 i Sintesi-sagen (sag C-247/02, Sml. I, s. 9215) kritiserede Domstolen en national lovgivning, hvorefter de ordregivende myndigheder skulle anvende ét bestemt kriterium for tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvorved de blev frataget muligheden for at tage hensyn til sådanne kontrakters karakter og særpræg og for hver enkelt kontrakt vælge det kriterium, der var bedst egnet til at sikre den frie konkurrence, således at det bedste bud blev valgt (præmis 40).

40 — Ifølge fast retspraksis, som blev indledt med dommen af 16.12.1976 i Rewe-sagen (sag 33/76, Sml. s. 1989).

VI — Forslag til afgørelse

57. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at give følgende besvarelse af de præjudicielle spørgsmål forelagt af Consiglio di Stato:

»Konkurrenceprincippet, gennemsigtighedsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, der ligger til grund for fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, samt retten til god forvaltning, er til hinder for nationale bestemmelser, som i forbindelse med udbud vedrørende offentlige kontrakter, der ikke er omfattet af direktiverne på området, forpligter de ordregivende myndigheder til at foretage automatisk udelukkelse af unormalt lave bud, uden mulighed for at gennemføre en kontradiktorisk kontrolprocedure.«