FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 27 november 2007 [1]

I — Inledning

1. Consiglio di Stato (Republiken Italien) har i enlighet med artikel 234 EG ställt två tolkningsfrågor till domstolen för att få klarhet i huruvida artikel 30.4 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader [2] har tillämplighet utanför själva direktivet och även reglerar upphandlingar som inte omfattas av dess tillämpningsområde.

2. I sin dom av den 27 november 2001 i de förenade målen Lombardini och Mantovani, [3] tolkade domstolen denna bestämmelse och fastslog att det är ”viktigt” att varje anbudsgivare som misstänks för att ha lämnat ett onormalt lågt anbud har möjlighet att göra sin ståndpunkt gällande och lämna relevanta förklaringar (punkt 53).

3. Den nu aktuella begäran om förhandsavgörande syftar till att klarlägga om denna positiva rättsregel innehåller en allmän gemenskapsrättslig princip som även skall tillämpas vid offentlig upphandling som inte omfattas av sektorsdirektiven. [4]

4. Bakgrunden till den italienska domstolens frågor är mycket speciell. Enligt den nationella lagstiftningen skall onormalt låga anbud automatiskt uteslutas vid upphandlingar där värdet understiger tröskelvärdet i direktiven. Samtidigt påverkar vid sådana upphandlingar vissa anbudsgivare resultatet av upphandlingen genom att använda sig av

1 — Originalspråk: spanska.

2 — EGT L 199, s. 54, svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48.

3 — Dom av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99 (REG 2001, s. I-9233).

4 — Utöver direktiv 93/37 om upphandling av byggentreprenader finns rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 (EGT L 13, 1977, s. 1), senare ändrat genom rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 (EGT L 199, s. 1), för upphandling av varor. Upphandling av tjänster och samordning av upphandlingsförfarandena behandlades i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 (EGT L 209, s. 1). Dessa bestämmelser [som har ändrats genom direktiv 97/52/EG (EGT L 328, s. 1)] har kodifierats och slagits samman till en enda text: Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

ett knep [5] som går ut på att gå samman och lämna likartade anbud i syfte att skapa en viss tröskel för vad som skall anses onormalt lågt och därmed utesluta andra anbudsgivare.

5. Denna begäran om förhandsavgörande har sålunda stor betydelse, eftersom den rör gemenskapsrättens allmänna principer, samtidigt som det måste beaktas att lösningen bara kan basera sig på Europeiska unionens rättssystem. EG-domstolen bör sålunda röra sig i båda dessa dimensioner och ge den italienska domstolen ett svar som kan användas för att lösa tvisten.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

6. I artiklarna 43 EG och 49 EG regleras etableringsfriheten respektive friheten att tillhandahålla tjänster. Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 [6], som utgjorde startpunkten för harmoniseringen av medlemsstaternas lagstiftning inom området offentlig upphandling, utgick från att dessa två friheter skulle uppnås samtidigt, vilket framhölls i skäl 1 i direktivet. I detta direktiv, som bara omfattade kontrakt till ett värde av minst en miljon beräkningsenheter (skäl 8), angavs det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kriterier för tilldelning av kontrakt (artikel 29.1). Vidare förutsågs att det skulle kunna förekomma onormalt låga anbud, vilka enligt direktivet kunde uteslutas efter det att de berörda anbudsgivarna fått möjlighet att yttra sig (artikel 29.5).

7. Domstolen fastslog då den tolkade den sistnämnda bestämmelsen att anbud inte får förkastas förrän den berörda anbudsgivaren fått möjlighet att förklara sitt anbud, det vill säga efter det att ett kontradiktoriskt kontrollförfarande tillämpats. Domstolen godtog sålunda inte ett automatiskt uteslutande. [7]

5 — Sådana här knep har alltid funnits och Homeros ger i *Odysséen* flera exempel på Odysseus ryktbara slughet, som i äventyret i nionde sången där hjälten har tagits till fånga av Polyfemos och lurar denne att berusa sig och därefter talar om för honom att han heter Ingen. När Polyfemos sedan slumrat till av vinet passar Odysseus på att driva in en glödande påle av olivträ i cyklopens enda öga. Polyfemos ropar på hjälp och när de andra cykloperna frågar honom vad det är med honom, vem som har angripit honom, så svarar han: ”Ingen vill mörda mig med list” [fri översättning, övers.anm.]. Därmed struntar de andra i att komma till hans hjälp.

6 — Direktiv om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5).

7 — Detta fastslogs i domen av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Costanzo (REG 1989, s. 1839), punkterna 16, 18 och 19, där automatiskt uteslutande på grundval av mekaniska kriterier förbjöds (punkt 1 i domslutet). Denna praxis har även fastlagts i domen av den 18 juni 1991 i mål C-295/89, Donà Alfonso (REG 1991, s. I-2967). Sedan tidigare fanns också domen av den 10 februari 1982 i mål 76/81, Transporoute (REG 1982, s. 417; svensk specialutgåva, volym 6, s. 319), punkt 18.

8. Olika delar av direktiv 71/305 kom successivt att ändras, [8] vilket föranledde en kodifiering i direktiv 93/37 som även syftade till att värna om etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster (skäl 2). Detta direktiv avsåg kontrakt till ett värde av minst 5 miljoner ecu (artikel 6.1) och innehöll samma kriterier för tilldelning som gällde sedan tidigare (artikel 30.1). I artikel 30.4 i direktiv 93/37 återgavs med smärre ändringar innehållet i den gamla artikel 29.5 enligt följande:

”Om det för ett visst kontrakt finns anbud som förefaller vara onormalt låga i förhållande till varorna, byggentreprenaden eller tjänsterna, skall den upphandlande myndigheten, innan anbuden förkastas, skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudens innehåll som den anser sig behöva och kontrollera innehållet med beaktande av de förklaringar som lämnas.

De upphandlande myndigheterna får ta hänsyn till förklaringar beträffande ekonomi i byggnadsprocessen eller i valda tekniska lösningar, eller förmånliga omständigheter som gynnar anbudsgivaren vid utförandet av arbetena, eller originaliteten i anbudsgivarens förslag.

Om de handlingar som hänför sig till kontraktet anger att tilldelning kommer att ske efter lägsta anbud, måste de upphandlande myndigheterna informera kommissionen om de anbud som förkastas på grund av att de anses för låga.

… ”

9. Genom direktiv 2004/18, som medlemsstaterna måste införliva senast den 31 januari 2006 (artikel 80.1), upphävdes direktiv 93/37 från och med den 31 mars 2004 (artiklarna 82 och 83). Vid tilldelning av offentliga byggentreprenadkontrakt vars värde uppgår till minst 5 278 000 EUR (artikel 7 c) [9] får den upphandlande myndigheten utesluta anbud som är onormalt låga, med tillämpning av ett kontradiktoriskt kontrollförfarande (artikel 55.1 och 55.2).

B — *Tillämpliga italienska bestämmelser*

10. Artikel 30.4 i direktivet har införlivats i italiensk rätt genom artikel 21.1a i

8 — En ändring gällde artikel 29.5, som fick en ny lydelse genom direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 (EGT L 210, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3).

9 — Enligt lydelsen i kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 av den 19 december 2005 (EUT L 133, s. 28).

lag nr 109/1994 av den 11 februari 1994, en ramlag om bygg- och anläggningsarbeten [10] som infördes i lagens ursprungliga lydelse genom artikel 7 i lag nr 216/1995 av den 2 juni 1995. [11] Denna bestämmelse har följande lydelse:

”Vid upphandling av bygg- och anläggningsarbeten till ett värde av minst 5 miljoner ecu med tillämpning av det kriterium avseende lägsta pris som avses i första stycket, skall den berörda myndigheten bedöma om ett anbud är onormalt lågt i den mening som avses i artikel 30 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 när det gäller samtliga anbud med en rabatt som är lika stor som eller större än det aritmetiska medelvärdet av rabatterna, i procent räknade, i samtliga antagna anbud, med avdrag för tio procent, avrundat till närmast högre heltal, av de anbud som innehåller den högsta respektive den lägsta rabatten, ökat med det aritmetiska medelvärdet av avvikelserna för de rabatter, i procent räknade, som överstiger ovannämnda medelvärde.

Myndigheterna får, inom 60 dagar från den dag då anbuden lämnas in, endast ta hänsyn till förklaringar beträffande ekonomi i byggnadssätt, valda tekniska lösningar, speciellt förmånliga villkor som gynnar anbudsgivaren, men inte förklaringar som avser de delar av arbetet vars minimivärden fastställs i lag eller annan författning eller vars minimivärden återfinns i officiella förteckningar.

Anbuden måste när de inlämnas innehålla förklaringar för de viktigaste priskomponenterna, vilka skall anges i meddelandet om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud, till ett sammanlagt belopp motsvarande minst 75 procent av grundbeloppet för upphandlingen.

Endast vad beträffar kontrakt avseende offentliga bygg- och anläggningsarbeten vars värde understiger gemenskapströskelvärdet, skall de berörda myndigheterna från upphandlingsförfarandet automatiskt utesluta de anbud med en rabatt som, i procent räknat, är lika stor eller större än den som avses i första stycket i förevarande punkt. Förfarandet för automatiskt uteslutande av anbud är inte tillämpligt när antalet giltiga anbud är färre än fem.” [12]

10 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (nedan kallad GURI) nr 41 av den 19 februari 1994, s. 5.

11 — GURI nr 127 av den 2 juni 1995, s. 3. Denna bestämmelse är resultatet av omvandlingen till lag av lagdekret nr 101/1995 av den 3 april 1995 om nödvändiga bestämmelser om offentliga bygg- och anläggningsarbeten (GURI nr 78 av den 3 april 1995, s. 8).

12 — Denna lydelse har införts genom artikel 7 i lag nr 415/1998 av den 18 november 1998 (GURI nr 284 av den 4 december 1998, ordinarie tillägget, s. 5).

11. Genom lagdekret nr 163 av den 12 april 2006 [13] införlivas direktiv 2004/18 i den nationella lagstiftningen. I bestämmelserna om onormalt låga anbud (artiklarna 86–88) har det sista stycket i artikel 21.1a i lag nr 109/94 försvunnit.

III — Målen vid den nationella domstolen

12. Den 28 januari 2003 beslutade Comune di Torino att i framtiden inte tillämpa artikel 21.1a i lag nr 109/94, för att undvika att onormalt låga anbud automatiskt utesluts. Det innebär att sådana anbud skall granskas enligt det kontradiktoriska förfarande som införts genom direktiv 93/37 vid kommunal upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

13. De italienska företagen SECAP SpA (nedan kallat SECAP) (mål C-147/06) och Santorso Soc. Coop. Arl. (nedan kallat Santorso) (mål C-148/06) deltog i var sin offentlig upphandling som anordnades av ovannämnda kommun avseende utförande av vissa arbeten. [14] Värdet av dessa kontrakt översteg inte det tidigare nämnda tröskelvärdet. I meddelandena om upphandling angavs att tilldelning skulle ske på grundval av kriteriet avseende den högsta rabatten, efter kontroll av orimliga anbud. Enligt beslutet av den 28 januari 2003 skulle onormalt låga anbud inte automatiskt uteslutas. Företagens respektive anbud ansågs vara bäst bland dem som klassats som ”rimliga”, men innan kommunen fattade beslut kom den fram till att de anbud som först hade förefallit onormalt låga var seriösa och beslutade att tilldela andra anbudsgivare kontrakten.

14. Båda företagen överklagade besluten till Tribunale amministrativo regionale del Piemonte och gjorde gällande att artikel 21.1a föreskriver att alltför låga anbud automatiskt skall uteslutas och att den upphandlande myndigheten inte får höra de berörda anbudsgivarna eller undersöka anbuden innan de förkastas. Domstolen delade inte denna uppfattning och ogillade överklagandena. Domstolen fann att bestämmelsen tillåter att onormalt låga anbud automatiskt utesluts, men inte att myndigheterna är skyldiga att göra det och att det sålunda inte finns något hinder för den upphandlade myndigheten att låta de berörda anbudsgivarna yttra sig eller att granska anbuden.

15. Consiglio di Stato, som har att pröva SECAP:s och Santorsos överklaganden, stödjer deras uppfattning och anser inte att den regionala domstolen har gjort en riktig tolkning. Samtidigt finner Consiglio di Stato

13 — GURI nr 100 av den 2 maj 2006.

14 — Ombyggnad av ett gammalt palats till vandrarhem (4 699 999 euro) respektive omklassificering i miljöhänseende av corso Francia, mellan piazza Statuto och piazza Bernini (5 172 579 euro).

att den inte kan bortse från gemenskapsrättens krav, vilka åberopats av Comune di Torino, och har därför i enlighet med artikel 234 EG ställt följande frågor till domstolen:

”1) Utgör bestämmelsen i artikel 30.4 i direktiv 93/37/EEG eller den analoga bestämmelsen i artikel 55.1 och 55.2 i direktiv 2004/18/EG (för det fall att sistnämnda bestämmelse anses vara den bestämmelse som skall tillämpas) – enligt vilken, om anbud för ett visst kontrakt förefaller onormalt låga i förhållande till arbetet, de upphandlande myndigheterna innan de förkastar dessa anbud skall kräva en skriftlig förklaring för de delar av anbuden de anser betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera dessa delar med hänsyn till de förklaringar som inkommer – en grundläggande gemenskapsrättslig princip?

2) För det fall att den första frågan skall besvaras nekande, utgör bestämmelsen i artikel 30.4 i direktiv 93/37/EEG eller den analoga bestämmelsen i artikel 55.1 och 55.2 i direktiv 2004/18/EG (för det fall att sistnämnda bestämmelse anses vara den bestämmelse som skall tillämpas) – enligt vilken, om anbud för ett visst kontrakt förefaller onormalt låga i förhållande till arbetet, de upphandlande myndigheterna innan de förkastar dessa anbud skall kräva en skriftlig förklaring för de delar av anbuden de anser betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera dessa delar med hänsyn till de förklaringar som inkommer – även om den inte uppvisar de särdrag som är kännetecknande för en grundläggande gemenskapsrättslig princip, underförstått en följd av ovannämnda principer, eller en princip som har sin grund i principen om konkurrens, jämförd med principerna om insyn i förvaltningen och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, och är bestämmelsen följaktligen tvingande och har företräde framför därmed eventuellt oförenliga nationella bestämmelser som antagits av medlemsstaterna för att reglera offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten som inte omfattas av området för gemenskapsrättens direkta tillämpning?”

IV — Förfarandet vid EG-domstolen

16. Domstolens ordförande beslutade den 10 maj 2006 att förena de två målen med hänsyn till att de rör samma sak.

17. SECAP och Santorso, Comune di Torino, den italienska, den tyska, den österrikiska, den slovakiska, den franska, den litauiska och den nederländska regeringen, samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden med olika inriktningar. Dessa kan dock indelas i två kategorier: de som ansluter

sig till Comune di Torino, och här ingår den litauiska och den slovakiska regeringen [15] och kommissionen, samt de övriga som yttrat sig angående denna begäran om förhandsavgörande och som förespråkar att tolkningsfrågorna besvaras nekande. Vid förhandlingen i målet den 25 oktober 2007 infann sig ombuden för Santorso, Comune di Torino, den italienska, den tyska och litauiska regeringen samt kommissionen, för att framföra muntliga yttranden.

V — Bedömning av tolkningsfrågorna

18. De två frågorna från Consiglio di Stato kan i praktiken reduceras till en enda och den syftar till att få klarhet i om artikel 30.4 i direktiv 93/37 – som föreskriver att onormalt låga anbud skall underkastas ett kontradiktoriskt förfarande innan det avgörs om de skall uteslutas – även är tillämplig på upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde, det vill säga om bestämmelsen hindrar medlemsstaterna från att besluta om automatiskt uteslutande av sådana anbud när det gäller sådana upphandlingar.

19. Således bör bestämmelsens karaktär klarläggas för att kunna avgöra om den ingår i gemenskapens primärrätt och därmed har tillämplighet utanför direktiv 93/37.

A — *Utgångspunkten*

20. Utredningen vilar på en stabil grund som är fast förankrad i rättspraxis och som jag har granskat tidigare. [16] De offentliga upphandlingsförfaranden som av olika skäl (kvantitativa eller begreppsmässiga) inte omfattas av upphandlingsdirektiven faller inte utanför Europeiska unionens rättsordning. Tvärtom reser dess grundläggande principer, särskilt de grundläggande fria rörligheterna, oöverstigliga hinder.

21. Denna tanke, som kommer till uttryck i skäl 2 i direktiv 2004/18, [17] går relativt långt

15 — Den slovakiska regeringens ståndpunkt skiljer sig dock i viss mån från den litauiska regeringens och Comune di Torinos ståndpunkter. Samtidigt som den föreslår att den första tolkningsfrågan skall besvaras nekande, drar sig den slovakiska regeringen för att skilja bestämmelsen i artikel 30.4 i direktiv 93/37 från de principer som införts genom fördraget och därmed ansluter den sig till det kommunala beslutet.

16 — Förslag till avgörande av den 8 november 2006 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien, i vilket dom ännu ej meddelats (punkterna 44–47).

17 — ”Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovannämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.”

tillbaka i domstolens rättspraxis. [18] I domen av den 7 december 2000 i målet Telaustria och Telefonadress [19] fastslog domstolen att de upphandlande myndigheterna är skyldiga att beakta fördragets regler vid tilldelning av kontrakt som inte omfattas av sektorsdirektiven (punkt 60). [20] Denna praxis har även befästs i domen av den 18 juni 2002 i målet HI (punkt 47) [21] samt därefter, på ett självklart vis och utan hänvisningar till tidigare rättspraxis, i domen av den 21 juli 2005 i målet Coname. [22]

22. Vidare underströk domstolen i sitt beslut av den 3 december 2001 i målet Vestergaard, [23] att enbart den omständigheten att de speciella och noggrant reglerade förfarandena som föreskrivs i direktiven inte är lämpade för upphandlingar av lägre värde inte innebär att dessa upphandlingar faller utanför gemenskapsrätten, eftersom även fördraget måste beaktas (punkterna 19–21) [24] om de är av intresse för företag som är etablerade i andra medlemsstater. [25] Domen av den 20 oktober 2005 i målet kommissionen mot Frankrike, [26] följde också denna linje (punkt 33).

23. Fastställandet av ett ekonomiskt gränsvärde för att direktiven om upphandling skall tillämpas bygger på presumtionen att upphandlingar av lägre värde inte lockar till sig företag etablerade i andra länder och att de således saknar en gemenskapsdimension. Denna motbevisbara presumtion kan emellertid ifrågasättas, och kommissionen anger också i sitt skriftliga yttrande att man inte kan utesluta att en upphandling av lägre värde kan locka till sig utländska företag, exempelvis om platsen för utförandet ligger nära företagets hemland eller om kontraktet gynnar dess affärsstrategi.

18 — Den förekommer även i kommissionens dokument, närmare bestämt i kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (EUT 2006, C 179, s. 2 och särskilt sidorna 5 och 6).

19 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745).

20 — I det aktuella målet var det fråga om rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84), vilket har ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 (EUT L 134, s. 1).

21 — Dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI (REG 2002, s. I-5553). Denna dom handlade i själva verket inte om en upphandling som inte omfattades av något direktiv, utan om ett förfarande som inte regleras i bestämmelsen. Enligt domstolen innebär fördraget att ett beslut att återkalla en anbudsinfordran skall kunna vara föremål för ett prövningsförfarande, vilket inte regleras i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i den version som ändrats genom direktiv 92/50.

22 — Dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287). I punkt 16 i domen erinrade domstolen om att tilldelning av en sådan koncession som var aktuell i målet (avseende administration av den offentliga tjänsten att distribuera gas av ett företag som huvudsakligen är offentligägt) inte omfattas av tillämpningsområdet för något av de direktiv genom vilka gemenskapslagstiftaren har reglerat området för offentlig upphandling. Eftersom ett sådant regelverk saknas skall gemenskapsrättens betydelse avseende tilldelning av sådana koncessioner prövas mot bakgrund av primärrätten och närmare bestämt mot bakgrund av de grundläggande friheter som föreskrivs i fördraget. Detta har även fastställts i dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 46, och av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 18.

23 — Dom av den 3 december 2001 i mål C-59/00, Vestergaard (REG 2001, s. I-9505).

24 — I beslutet fastslog domstolen att en klausul i kontraktshandlingarna till ett offentligt bygg- och anläggningskontrakt av lägre värde som utan närmare förklaring krävde att produkter av ett visst märke skulle användas, stred mot artikel 28 EG.

25 — Se motsatsvis punkt 20 i domen i målet Coname.

26 — Dom av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike (REG 2005, s. I-8831).

24. Man kan inte bortse från att denna kvantitativa gräns är rent formell, och det finns således inget som hindrar att en upphandling av lägre värde uppmärksammas i andra medlemsstater, vilket ger upphov till en koppling till gemenskapsrätten och dess syften. Följaktligen måste förfarandena som tillämpas vid sådana upphandlingar, vilka även om de väcker ringa intresse har en europeisk dimension, vara förenliga med principerna i fördraget, samtidigt som de upphandlingar vars värde överstiger gränsvärdena i direktiven måste följa de strängare samordningsbestämmelserna. [27]

25. En av dessa bestämmelser, den som återfinns i artikel 30.4 i direktiv 93/37 och som av tidsmässiga skäl är tillämplig i målen i den nationella domstolen, och som även återfinns i artikel 55.1 och 55.2 i direktiv 2004/18, innehåller ett förbud mot att onormalt låga anbud utesluts automatiskt. Vad Consiglio di Stato vill veta är om detta förbud är en grundläggande gemenskapsrättslig regel eller åtminstone en följd av principen om konkurrens, jämförd med principerna om insyn i förvaltningen och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, och därför även skall tillämpas på upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektiven.

27 — Här finns anledning att påminna om den andra delen av skäl 2 i direktiv 2004/18.

B — *Mindre än en grundläggande princip...*

26. Begreppen grundläggande princip och grundläggande regel, som används i den rättspraxis som jag har angivit, har ett mycket specifikt innehåll. De syftar inte på alla axiologiska element som finns latenta i fördraget och inte heller på alla åtgärder som vidtas för att uppnå dess syften. De befinner sig mitt emellan dessa båda ytterligheter, i primärrättens ordalydelse, där gemenskapens ”författningsgivare” har placerat de uppställda målsättningarna och de viktigaste medlen för att uppnå dem. En summarisk granskning av artiklarna 2 EG och 3 EG visar att de är avsedda att undanröja hindren för att personer, varor, tjänster och kapital skall kunna röra sig fritt, genom att införa motsvarande fria rörligheter (artiklarna 23 EG, 43 EG och 49 EG). Därtill kommer avskaffandet av all diskriminering på grund av nationalitet (artikel 12 EG), som ett genomgående värde för att skapa ett integrationsprojekt som omfattar flera länder.

27. Detta synsätt, som liknar det som kommer till uttryck i skäl 2 i direktiv 2004/18, kan även skönjas i de tidigare nämnda avgörandena. I domen i målet Telaustria och Telefonadress hänvisade domstolen till denna princip om likabehandling av medborgare från olika medlemsstater (punkt 60). Vidare togs etableringsfriheten och friheten

att tillhandahålla tjänster upp i domen i målet HI (punkterna 42 och 47). I målet Vestergaard angavs som skäl för beslutet (*ratio decidendi)* den andra fria rörligheten, den rörande varor (punkt 21), och i domen i målet Coname hänvisade domstolen åter till artiklarna 43 EG och 49 EG, då den vände sig mot en indirekt diskriminering på grund av nationalitet.

28. Studerar man det hela närmare finner man att de ”grundläggande principerna” i fördraget, vilka kan påverka medlemsstaternas handlingsutrymme vid upphandlingsförfaranden som inte omfattas av samordningsreglerna i sektorsdirektiven, är identiska med dem som anges i direktivens ingresser och som har framhållits av domstolen.

29. Detta förhållande torde för övrigt inte förvåna någon, eftersom bestämmelserna i direktivet bygger på dessa principer, såsom betonas i skäl 2 i direktiv 2004/18. Upphandlingsdirektiven har ju ett direkt avgränsat syfte, nämligen att samordna förfarandena för att åstadkomma en effektiv konkurrens vid offentlig upphandling [28] och förverkliga den europeiska integrationens grundläggande friheter. Närmare bestämt syftar de till att undanröja hindren för den fria rörligheten och skydda intressena hos näringsidkare i en medlemsstat som vill sälja varor eller tjänster till upphandlande myndigheter i andra medlemsstater. [29]

30. Vänder man på detta finner man att syftet är dubbelt, nämligen dels att undanröja risken för att nationella anbudsgivare ges företräde *(buy national)*, dels att den upphandlande myndigheten inte låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska [30] (det grundläggande kriteriet vid tilldelning av kontrakt skall alltid vara det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet).

31. I ljuset av detta kan den första tolkningsfrågan inte besvaras annat än nekande, eftersom ett automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten inte är en central princip i fördraget. De tidigare nämnda grundläggande friheterna eller förbudet mot diskriminering medför inte

28 — Domen i målet Fratelli Costanzo, punkt 18.

29 — Dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821), punkt 41, av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge (REG 2000, s. I-8035), punkt 16, och av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-939), punkt 41.

30 — Dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), punkt 33, och domarna i de ovannämnda målen BFI Holding, punkt 42, University of Cambridge, punkt 17, och kommissionen mot Frankrike (mål C-237/99), punkt 42.

något absolut krav på att en anbudsgivare som lämnar ett anbud av detta slag under alla omständigheter måste få yttra sig innan beslut fattas.

32. Detta är bland annat en följd av effektivitetsprincipen, som även gäller inom gemenskapsrätten om offentlig upphandling. När allt kommer omkring kräver förvaltningen av allmänna intressen en sådan effektivitet och den passar ibland inte ihop med takten i ett selektivt förfarande i vilket det förekommer många garantier. [31]

34. Jag har tidigare nämnt att domstolen i sin dom i de förenade målen Lombardini och Mantovani fann att den möjlighet som direktivet ger anbudsgivarna att göra sin ståndpunkt gällande är ”viktig”. [32] Bakom detta adjektiv döljer sig en övertygelse om att det är nödvändigt med ett kontradiktoriskt kontrollförfarande när det gäller onormalt låga anbud för att åstadkomma en faktisk konkurrens vid offentlig upphandling och säkerställa de fria rörligheterna, vilket, såsom jag anförde i mitt förslag till avgörande i de målen, innebär att anbudsgivarna får möjlighet att delta på lika villkor, utan någon form av diskriminering (punkt 24).

C — *... men mer än bara en positiv rättsregel*

1. Underförstådda principer

33. Artikel 30.4 i direktiv 93/37 innehåller heller inte någon diskretionär eller godtycklig försiktighetsåtgärd från lagstiftarens sida, utan någon yttre anknytning och som lika gärna hade kunnat undvaras.

35. Förbudet mot all slags diskriminering, särskilt om den grundar sig på nationalitet, medför en skyldighet att lämna insyn och garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska, vilket framgår av domen av den 18 november 1999 i målet Unitron Scandinavia och 3-S (punkt 31). [33]

31 — Punkt 30 i mitt förslag till avgörande den 5 juni 2001 i de förenade målen Lombardini och Mantovani.

32 — I själva domen betonade domstolen att det framgår av bestämmelsen i fråga att det ankommer på den upphandlande myndigheten att identifiera misstänkta anbud, ge de berörda företagen tillfälle att visa att deras anbud är seriösa, bedöma relevansen av de förklaringar som lämnas samt fatta ett beslut om att godta eller förkasta dessa anbud (punkt 55).

33 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3-S (REG 1999, s. I-8291). Domarna i målen Telaustria och Telefonadress (punkterna 61 och 62) och Parking Brixen (punkt 49) ligger i linje med denna dom.

36. I det här sammanhanget förefaller det finnas grund för att ställa sig frågan, vilket Consiglio di Stato gör, om artikel 30.4 i direktiv 93/37, även om den inte ger uttryck för en grundläggande princip i gemenskapsrätten, ändå utgör en av dess nödvändiga följder, som måste gälla för offentliga upphandlingar, oavsett om de omfattas av upphandlingsdirektiven, förutsatt att de är av gemenskapsrättsligt intresse.

37. Frågan är alltså om nämnda artikel 30.4 skall tillämpas på upphandlingar som inte omfattas av direktiv 93/37, om ett automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud strider mot dessa följder.

2. Anbudsgivarna och begreppet onormalt lågt anbud

38. Begreppet onormalt lågt anbud är inte ett abstrakt begrepp. Tvärtom definieras det utifrån det kontrakt som skall tilldelas och i förhållande till arbetet som skall utföras. [34] Det är således att betrakta som ett obestämt juridiskt begrepp. Det är vagt *a priori*, men förutsägbart utifrån kontraktsföremålets karaktär.

34 — Punkt 32 i förslaget till avgörande i de förenade målen Lombardini och Mantovani.

39. Detta särdrag framhävs i det italienska systemet, där begreppet fördjupas och hänsyn tas till upphandlingens innehåll och de olika anbudens sammansättning, med hjälp av en matematisk metod för att fastställa tröskelvärdet för onormalt låga anbud.

40. Anbudsgivarna har tack vare annonseringen kännedom om arbetet och dess karaktär, och de utformar sina anbud under sekretess, så att varje anbudsgivare bara känner till sitt eget anbud. Med tanke på att systemet gynnar det lägsta eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har de anbud som inkommer i allmänhet mycket snäva marginaler för att kunna erbjuda det lägsta priset, även om detta minskar företagens vinster.

41. Alla löper således lika stor risk att deras anbud betraktas som onormalt låga när kuverten har öppnats.

42. Denna jämvikt upphävs emellertid om en eller flera anbudsgivare får tillgång till ett bedömningsunderlag som är relevant för att påverka fastställandet av tröskelvärdet för onormalt låga anbud. Detta medför nämligen att den nödvändiga opartiskheten upphävs.

3. Otillbörlig samverkan vid inlämning av anbud

43. Consiglio di Stato har beaktat de omständigheter som åberopats av Comune di Torino och beskrivit ett scenario, som EG-domstolen inte kan bortse från, där ett automatiskt uteslutande av orimligt låga anbud, vilket krävs enligt det sista stycket i artikel 21.1a i lag nr 109/1994, främjar otillbörlig samverkan mellan näringsidkare i syfte att på förhand påverka resultatet av urvalsprocessen.

44. Detta innebär att gemenskapsrätten berörs.

45. Det förefaller uppenbart att den mekanism för uteslutande av anbud som i enlighet med första stycket i artikel 21.1a i lag nr 109/1994 visar sig vara onormalt låga inte i sig är diskriminerande, med tanke på dess objektiva karaktär. I mitt förslag till avgörande i de förenade målen Lombardini och Mantovani redogjorde jag för hur den italienska lagstiftningen innehåller en aritmetisk och automatisk metod för att fastställa tröskelvärdet för onormalt låga anbud. Denna metod överensstämmer med direktiv 93/37 och den gör det möjligt för marknaden själv att för varje upphandling fastställa den gräns i förhållande till vilken ett anbud skall anses ligga utanför det normala. Alla anbudsgivare behandlas lika och ingen åtnjuter någon fördel i förhållande till övriga när anbuden upprättas (punkterna 33 och 35). Det är således inte diskriminerande för någon att omedelbart utesluta anbudsgivare som lämnar onormalt låga anbud utan att de dessa anbudsgivare ges möjlighet att lämna sina synpunkter.

46. Bedömningen blir dock en annan om en grupp näringsidkare – normalt de som är verksamma på marknaden i det land där upphandlingen äger rum – på ett otillbörligt sätt går samman för att upprätta homogena anbud som skiljer sig minimalt från varandra, vilket medför att övriga anbudsgivares anbud betraktas som onormalt låga, utan att dessa får möjlighet att försvara sig eller visa att deras anbud är seriösa.

47. Detta utgör ett hot mot insyn och sund konkurrens, som utgör principer i gemenskapsrätten om offentlig upphandling. När de drabbade anbudsgivarna är etablerade i andra medlemsstater måste de nämligen ges möjlighet att förklara sin inställning, i det att det annars föreligger en diskriminering enligt fördraget. Comune di Torino har vid förhandlingen i detta mål om förhandsavgörande förklarat att det skett en avsevärd minskning av antalet anbud som syftar till att påverka den fria konkurrensen efter beslutet att inte tillämpa den nationella lagstiftningen.

48. Sammanfattningsvis kräver de nämnda principerna att den upphandlande

myndigheten vid upphandlingar av gemenskapsintresse genomför ett kontradiktoriskt förfarande där den tar hänsyn till synpunkterna från de näringsidkare vars anbud har betecknats som onormalt låga. Dessa principer utgör således hinder för nationella bestämmelser som föreskriver ett automatiskt uteslutande av anbud vid upphandlingar vars värde understiger sektorsdirektivens tröskelvärden, utan möjlighet för de berörda anbudsgivarna att lämna synpunkter.

4. Rätten till god förvaltning

49. Utöver denna objektiva och abstrakta dimension som sträcker sig längre än de enskilda intressena hos näringsidkare som deltar i en urvalsprocess, finns en subjektiv dimension, där näringsidkarnas rättigheter är av stor betydelse, i synnerhet i form av förbudet mot att frånta enskilda deras rätt att försvara sig i förvaltningsförfaranden.

50. Förbudet mot att frånta enskilda deras rätt att försvara sig erkänns uttryckligen i alla medlemsstaters rättsordningar och utgör en del av rätten till god förvaltning som regleras i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, [35] närmare bestämt i artikel 41 i kapitel V om medborgarnas rättigheter. I artikel 41.2 i stadgan föreskrivs att var och en har rätt att bli hörd innan en enskild åtgärd vidtas mot honom eller henne.

51. Stadgans betydelse har nyligen framhållits av domstolen, särskilt i domen av den 27 juni 2006 i målet parlamentet mot rådet [36] och i domen av den 8 maj 2007 i målet Advocaten voor de Wereld. [37] Den innebär att en anbudsgivare, innan denne utesluts, skall ges möjlighet att yttra sig för att övertyga den upphandlande myndigheten om att anbudet är korrekt.

52. Jag håller med kommissionen om att denna rätt, om den betraktas isolerat, inte innebär att en anbudsgivare som misstänks ha lämnat ett anbud mot bättre vetande alltid behöver höras, eftersom denne i princip redan är skyddad genom den opartiska granskningen av anbuden på grundval av på förhand bestämda objektiva och icke-diskriminerande kriterier. En anbudsgivare som riskerar att förbigås på grund av andra anbudsgivares otillbörliga samverkan hamnar emellertid i underläge, särskilt om han inte får möjlighet att lämna synpunkter.

35 — EGT C 364, 2000, s. 1.

36 — Dom av den 27 juni 2006 i mål C-540/03, parlamentet mot rådet (REG 2006, s. I-5769).

37 — Dom av den 8 maj 2007 i mål C-303/05, Advocaten voor de Wereld (REG 2007, s. I-3633). När det gäller stadgans karaktär, se punkterna 76–79 i mitt förslag till avgörande i det målet.

53. Rätten att bli hörd av myndigheterna ger således argument för att inte godta ett automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud, eftersom begreppet onormal är ett obestämt juridiskt begrepp som definieras i varje enskilt fall utifrån de omständigheter som föreligger.

54. Det strider således mot rätten till god förvaltning att den upphandlande myndigheten underlåter att underkasta anbuden ett kontradiktoriskt kontrollförfarande innan den avgör om de är relevanta. Detta gäller även för upphandlingar som inte omfattas av sektorsdirektiven, eftersom de garantier som fastställs i de så kallade rättsmedelsdirektiven annars skulle inskränkas. [38]

5. Medlemsstaternas handlingsutrymme

55. Av det ovan anförda följer att gemenskapsrätten utgör hinder för en nationell lagstiftning som kräver att de upphandlande myndigheterna automatiskt utesluter onormalt låga anbud vid offentlig upphandling som inte omfattas av direktiven om samordning av upphandlingsförfaranden. Enligt gemenskapsrätten måste dessa myndigheter nämligen ha möjlighet att utifrån omständigheterna i varje enskilt fall bedöma om det är lämpligt att inleda ett kontradiktoriskt kontrollförfarande för att höra berörda anbudsgivare och granska anbudens uppbyggnad. [39]

56. Principen om medlemsstaternas processuella autonomi innebär emellertid att medlemsstaterna inte är skyldiga att följa artikel 30.4 i direktiv 93/37, utan att medlemsstaterna själva får bestämma hur medborgarnas rättigheter enligt gemenskapens rättsordning skall skyddas, under förutsättning att de inte går utöver de begränsningar som följer av principerna om likvärdighet och effektivitet. Dessa principer innebär att förfarandena inte får vara mindre gynnsamma än de som föreskrivs för att skydda de rättigheter som grundar sig på den inhemska rättsordningen och att de måste vara uppbyggda på ett sådant sätt att det inte blir orimligt svårt eller i praktiken omöjligt att utöva rättigheter som följer av gemenskapsrätten. [40]

38 — Det tidigare nämnda direktiv 89/665 och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, s. 14).

39 — I domen av den 7 oktober 2004 i mål C-247/02, Sintesi (REG 2004, s. I-9215), vände sig domstolen mot en nationell lagstiftning som fastställer ett enda kriterium för tilldelning av kontrakt avseende offentliga bygg- eller anläggningsarbeten och som därmed fråntar de upphandlande myndigheterna möjligheten att beakta sådana arbetens art och särskilda beskaffenhet, tagna för sig, genom att för var och en av dem välja det kriterium som är bäst ägnat att säkerställa den fria konkurrensen och således garantera att det bästa anbudet väljs (punkt 40).

40 — Enligt fast rättspraxis, som inleddes med domen av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261).

VI — Förslag till avgörande

57. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara de tolkningsfrågor som har ställts av Consiglio di Stato (Republiken Italien) på följande sätt:

Principerna om fri konkurrens, insyn i förvaltningen och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, vilka ligger till grund för gemenskapsrätten om offentlig upphandling, samt rätten till god förvaltning, utgör hinder för en nationell lagstiftning som, när det gäller förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt som inte omfattas av upphandlingsdirektiven, innebär att den upphandlande myndigheten är skyldig att automatiskt utesluta onormalt låga anbud utan någon möjlighet till kontradiktorisk kontroll.