Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 24 februari 2022 [1]

Mål C-669/20

Veridos GmbH
mot
Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria,
Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

(begäran om förhandsavgörande från Varhoven administrativen sad (Högsta förvaltningsdomstolen, Bulgarien))

”Begäran om förhandsavgörande – Förfaranden vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster – Direktiv 2014/24/EU – Direktiv 2009/81/EG – Fastställande av ett kriterium för bedömning av ett onormalt lågt anbud – Förekomst av minst tre anbud”

1. När tilldelningen av vissa offentliga kontrakt ska ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det lägsta priset, får den upphandlande myndigheten enligt unionsrätten avvisa ”onormalt låga anbud” om de inte kan förklaras på ett tillfredsställande sätt.

2. I förevarande begäran om förhandsavgörande ställs flera frågor rörande ett offentligt kontrakt som avsåg planering, uppbyggnad och förvaltning av ett system för utfärdande av bulgariska identitetshandlingar. Den hänskjutande domstolen önskar i korthet få klarhet i följande:

– På vilka villkor och i vilken omfattning är den upphandlande myndigheten skyldig att kontrollera om det finns onormalt låga anbud, i den mening som avses i direktiv 2009/81/EG [2] och i direktiv 2014/24/EU. [3]

– Vid vilken tidpunkt ska domstolsprövningen göras av den upphandlande myndighetens bedömning att det inte föreligger något onormalt lågt anbud och ska den bedömningen motiveras?

[1] Originalspråk: spanska.

[2] Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (EUT L 216, 2009, s. 76).

[3] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2014/24

3. Skäl 90 har följande lydelse:

”Kontraktstilldelningen bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas, i syfte att säkerställa en objektiv jämförelse av anbudens relativa värden, så att det går att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, i verklig konkurrens ….

För att uppmuntra en större inriktning mot kvalitet i den offentliga upphandlingen bör medlemsstaterna få förbjuda eller begränsa användningen av enbart pris eller enbart kostnad för att bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet då de anser att detta är lämpligt.

För att säkerställa att principen om likabehandling iakttas vid kontraktstilldelning bör de upphandlande myndigheterna ha en skyldighet att skapa nödvändig öppenhet, så att alla anbudsgivare i rimlig mån kan informeras om de kriterier och arrangemang som kommer att tillämpas vid beslut om tilldelning. De upphandlande myndigheterna bör därför ha en skyldighet att ange tilldelningskriterierna samt viktningen av de olika kriterierna inbördes …”

4. I skäl 92 anges följande:

”När de upphandlande myndigheterna bedömer det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet bör de fastställa de ekonomiska kriterier och kvalitetskriterier som är kopplade till kontraktsföremålet och som de kommer att använda för detta ändamål. Dessa kriterier bör således möjliggöra en jämförande utvärdering av varje anbuds prestanda i förhållande till föremålet för upphandlingen, enligt definitionen i de tekniska specifikationerna. Beträffande det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet återfinns en icke uttömmande förteckning över möjliga tilldelningskriterier, inbegripet miljöaspekter och sociala aspekter, i detta direktiv. De upphandlande myndigheterna bör uppmuntras att välja tilldelningskriterier som ger dem möjlighet att erhålla byggentreprenader, varor och tjänster av hög kvalitet som är optimalt lämpade för deras behov.

De tilldelningskriterier som väljs bör inte innebära att den upphandlande myndigheten ges oinskränkt valfrihet, och de bör säkerställa möjligheten till verklig och sund konkurrens och åtföljas av arrangemang som gör det möjligt att effektivt kontrollera de upplysningar som lämnas av anbudsgivarna.

…”

5. I artikel 56 (”Allmänna principer”) föreskrivs följande:

”1. Kontrakt ska tilldelas på grundval av de kriterier som fastställs i enlighet med artiklarna 67–69, under förutsättning att den upphandlande myndigheten i enlighet med artiklarna 59–61 har kontrollerat att samtliga följande villkor är uppfyllda:

…”

6. Artikel 69 (”Onormalt låga anbud”) har följande lydelse:

”1. Den upphandlande myndigheten ska begära att de ekonomiska aktörerna lämnar förklaringar om de priser eller kostnader som föreslås i anbudet, om anbuden förefaller vara onormalt låga i förhållande till byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna.

…

3. Den upphandlande myndigheten ska bedöma de uppgifter som lämnats efter att ha hört anbudsgivaren. Den upphandlande myndigheten får endast avvisa anbudet när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga priser eller kostnader som föreslagits …”

2. Direktiv 2009/81

7. Skäl 15 har följande lydelse:

”Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna av upphandlande enheter som avses i … direktiv 2004/17/EG … och upphandlande myndigheter som avses i … direktiv 2004/18/EG … 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.

…”

8. Skäl 69 har följande lydelse:

”Kontraktstilldelningen bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas och garanterar att anbuden bedöms på ett öppet och objektivt sätt i verklig konkurrens med varandra. Därför bör endast två tilldelningskriterier godkännas, ’lägsta pris’ och ’ekonomiskt mest fördelaktigt anbud’.”

9. I artikel 38 (”Kontroll av anbudssökandes lämplighet och val av deltagare samt tilldelning av kontrakt”) föreskrivs följande:

”1. Kontrakt ska tilldelas på grundval av kriterierna i artiklarna 47 och 49 och med beaktande av artikel 19, efter det att lämpligheten hos de ekonomiska aktörer som inte har uteslutits enligt artiklarna 39 eller 40 har kontrollerats av den upphandlande myndigheten eller enheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som avses i artiklarna 41–46 samt, i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i punkt 3.

…”

10. Artikel 49 (”Onormalt låga anbud”) har följande lydelse:

”1. Om det för ett visst kontrakt finns anbud som förefaller vara onormalt låga i förhållande till varorna, byggentreprenaden eller tjänsterna, ska den upphandlande myndigheten eller enheten,

innan anbuden förkastas, skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudens innehåll som den anser sig behöva.

…

2. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i samråd med anbudsgivaren granska detta innehåll med beaktande av de ingivna förklaringarna.

…”

11. I artikel 55 (”Tillämpningsområde och tillgång till prövningsförfarande”) föreskrivs följande i punkt 2:

”Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets eller enhets beslut kan prövas effektivt, och särskilt så skyndsamt som möjligt, enligt villkoren i artikel 56–62, när det görs gällande att beslutet har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.”

B. Bulgarisk rätt

12. Artikel 72 i Zakon za obshtestvenite porachki (lagen om offentlig upphandling), som har rubriken ”Onormalt förmånliga anbud”, har följande lydelse:

”1. Om det anbud från en anbudsgivare som ska bedömas i fråga om pris eller kostnader är mer än 20 procent lägre än de övriga deltagarnas medelvärde vad gäller samma bedömningsfaktor ska den upphandlande myndigheten kräva att en omfattande skriftlig motivering till hur anbudet har upprättats inges inom fem dagar från det att uppmaningen erhållits.”

II. Faktiska omständigheter, det nationella målet och tolkningsfrågor

13. Republiken Bulgariens inrikesministerium inledde ett upphandlingsförfarande som avsåg ”planering, uppbyggnad och förvaltning av ett system för utfärdande av 2019 års generation av bulgariska identitetshandlingar”. [4]

14. Efter ett första urval inbjöds Veridos GmbH (nedan kallat Veridos) och konsortiet Mühlbauer ID Services GmbH – S&T (nedan kallat Mühlbauer) att lämna anbud.

15. Kontraktet tilldelades slutligen Mühlbauer. [5]

16. Veridos ingav klagomål mot tilldelningsbeslutet till Komisia za zashtita na konkurentsiata (konkurrensmyndigheten, Bulgarien) och gjorde gällande att det vinnande anbudet hade varit onormalt lågt. [6]

4 Meddelandet offentliggjordes genom beslut nr 5785 MPR-58 av den 15 augusti 2018.

5 Beslut nr 5785 MPR-35 av den 29 april 2020.

6 Beslutet att begära förhandsavgörande, punkt 41 *in fine*.

17. Genom beslut av den 25 juni 2020 avslog konkurrensmyndigheten klagomålet från Veridos. Enligt konkurrensmyndigheten var artikel 72 i lagen om offentlig upphanding inte tillämplig, eftersom endast två anbud hade inkommit och att det därför inte var möjligt att beräkna ett sådant medelvärde som föreskrivs där, för att pröva huruvida ett av anbuden var onormalt lågt.

18. Veridos överklagade beslutet av den 25 juni 2020 till Varhoven administrativen sad (Högsta förvaltningsdomstolen, Bulgarien), som har vänt sig till EU-domstolen och hänskjutit följande tolkningsfrågor:

”1) Ska artikel 56 i direktiv 2014/24 jämförd med artikel 69 i samma direktiv, respektive artikel 38 i direktiv 2009/81 jämförd med artikel 49 i samma direktiv tolkas så, att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att pröva huruvida det är frågan om ett onormalt lågt anbud om ett kriterium för bedömningen av ett onormalt lågt anbud som fastställts i nationell rätt inte är objektivt tillämpligt och den upphandlande myndigheten inte har valt och i förväg offentliggjort något annat kriterium?

2) Ska artikel 56 i direktiv [2014/24] jämförd med artikel 69 i samma direktiv, respektive artikel 38 i direktiv [2009/81] jämförd artikel 49 i samma direktiv tolkas så, att den upphandlande myndigheten endast är skyldig att pröva huruvida det föreligger onormalt låga anbud när något anbud föranleder misstanke, eller är den upphandlande myndigheten tvärtom skyldig att alltid förvissa sig om att de anbud som har inkommit är seriösa och ange en motsvarande motivering?

3) Är ett sådant krav tillämpligt på den upphandlande myndigheten om det endast har inkommit två anbud inom ramen för upphandlingsförfarandet?

4) Ska artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [(nedan kallad stadgan)] tolkas så, att den upphandlande myndighetens bedömning att det inte föreligger några misstankar om ett onormalt lågt anbud, respektive dess uppfattning att det anbud som rangordnats på första plats i upphandlingsförfarandet är seriöst, kan bli föremål för en domstolsprövning?

5) Om ovanstående fråga besvaras jakande: Ska artikel 47 i (stadgan) tolkas så, att en upphandlande myndighet som i ett upphandlingsförfarande inte har prövat huruvida det föreligger ett onormalt lågt anbud har en skyldighet att rättfärdiga och motivera skälen till att det inte misstänks föreligga ett onormalt lågt anbud, det vill säga huruvida det anbud som rangordnats på första plats i upphandlingsförfarandet är seriöst?”

III. Förfarandet vid EU-domstolen

19. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 8 december 2020.

20. Den 1 februari 2021 beslutade domstolens ordförande att inte bifalla ansökan om att målet skulle handläggas skyndsamt.

21. Veridos, Mühlbauer, den österrikiska, den bulgariska, den tjeckiska och den franska regeringen samt Europeiska kommissionen har gett in skriftliga yttranden.

22. Det ansågs inte nödvändigt att hålla muntlig förhandling.

IV. Bedömning

A. Inledande överväganden

23. I förevarande mål är direktiv 2009/81 tillämpligt, eftersom det rör sig ett om ett offentligt kontrakt för utfärdande av identitetshandlingar ”på försvars- och säkerhetsområdet”.[7] Av beslutet att begära förhandsavgörande framgår att det just var enligt det direktivet som den upphandlande myndigheten offentliggjorde upphandlingen avseende det enda kontraktet.[8]

24. Den hänskjutande domstolens frågor handlar emellertid om de relevanta artiklarna i direktiv 2009/81 och direktiv 2014/24. Den motiverar sitt tillvägagångssätt med att ”de tillämpliga bestämmelserna är identiska vad gäller innehållet och har en liknande uppgift i båda direktiven”.[9] Det finns inget som hindrar att den gör detta, eftersom de bestämmelser i båda direktiven vars tolkning efterfrågas i allt väsentligt sammanfaller, vilket innebär att domstolens svar är lika användbart avseende alla dessa bestämmelser.[10]

25. På samma sätt kan EU-domstolens praxis rörande detta område tillämpas i förevarande mål, även om den rör motsvarande bestämmelser i andra direktiv om offentlig upphandling än de två ovannämnda, av skäl som jag ska återkomma till.

26. Med hänsyn till deras innehåll kan den hänskjutande domstolens frågor föras samman till två block:

– De tre första frågorna handlar om att få klarlagt huruvida den upphandlande myndigheten är skyldig att kontrollera om det finns onormalt låga anbud och, om så är fallet, på vilka villkor och i vilken omfattning.

– Frågorna 4 och 5 handlar om den upphandlande myndighetens motivering till bedömningen att det inte föreligger något onormalt lågt anbud och domstolsprövningen av denna bedömning.

7 Den bulgariska regeringen har (i punkt 9 i dess skriftliga yttrande) gjort gällande att den teknik och de material som används för identitetshandlingar kräver eller innehåller sekretessbelagd information, vilket innebär att de utgör sådan ”utrustning av känslig karaktär” som avses i artikel 2 b och c i direktiv 2009/81.

8 Enligt beslutet att begära förhandsavgörande (punkt 22) har den upphandlande myndigheten ”fattat beslutet och offentliggjort ett enda kontrakt enligt direktiv 2009/81”, varvid den utgick från skäl 24 i det direktivet, i stället för att använda sig av den möjlighet som ges i skäl 13 i direktiv 2014/24. I artikel 16.2 b i sistnämnda direktiv anges, vad beträffar blandade kontrakt, att ”om en del av ett visst kontrakt omfattas av direktiv 2009/81/EG får kontraktet tilldelas i enlighet med det direktivet, förutsatt att tilldelning av ett enda kontrakt motiveras av objektiva skäl”.

9 Punkt 22 i beslutet att begära förhandsavgörande.

10 Hänvisningarna till onormalt låga anbud har funnits med i, och är fortfarande en av, unionens rättsakter rörande offentlig upphandling alltsedan artikel 29.5 i rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, 1971, s. 1). De fanns med i artikel 25.5 i rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, 1977, s. 1), artikel 37 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), artikel 27 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, 1993, s. 12; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), artikel 30.4 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 m samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, 1993, s. 54), och i artikel 34 i 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, 1993, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177). De formuleringarna har återkommit i de efterföljande generationerna av denna lagstiftning, som artikel 57 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT l 134, 2004, s. 1), artikel 55 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114) och artikel 84 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 2014, s. 243).

B. Skyldighet att kontrollera om det föreligger onormalt låga anbud (frågorna 1, 2 och 3)

27. Den hänskjutande domstolen har formulerat det så att tvisten endast gäller den nationella lagstiftarens befogenhet att reglera bedömningsgrunden för ett onormalt lågt anbud, vilket denne har gjort genom antagandet av artikel 72.1 i lagen om offentlig upphandling. [11]

28. Om jag förstår den hänskjutande domstolens resonemang rätt, tycks man av dess tolkning av den nationella bestämmelsen kunna dra slutsatsen att det *enda* kriteriet för att bedöma om ett anbud är ”onormalt lågt” är att det är mer än 20 procent lägre än medelvärdet av de övriga deltagarnas anbud. Om detta kriterium inte visar sig vara tillämpligt på grund av att det bara har lämnats två anbud, kan den upphandlande myndigheten inte slå fast att ett av dem är onormalt lågt. [12]

29. Innan jag behandlar frågan huruvida den tolkningen av den nationella bestämmelsen [13] är förenlig med direktiven 2009/81 och 2014/24 (i synnerhet med artikel 49 i det förstnämnda och med artikel 69 i det sistnämnda) vill jag erinra om följande:

– Artikel 49 i direktiv 2009/81 ålägger den upphandlande myndigheten en skyldighet att övervaka och kontrollera om anbuden är seriösa. Om den finner att något av dem är onormalt lågt i förhållande till varorna, byggentreprenaden eller tjänsterna, ska den upphandlande myndigheten skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudets innehåll som den anser sig behöva.

– Enligt artikel 69 i direktiv 2014/24 ska de upphandlande myndigheterna ”begära att de ekonomiska aktörerna lämnar förklaringar om de priser eller kostnader som föreslås i anbudet, om anbuden förefaller vara onormalt låga i förhållande till byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna”.

30. Tolkningen av dessa bestämmelser ska som nämnts göras mot bakgrund av EU-domstolens praxis, eftersom unionslagstiftaren inte har definierat vad som utgör ett onormalt lågt anbud och inte heller föreskrivit någon specifik metod för beräkning av en tröskel för vad som ska anses *onormalt*. [14] Det är därför jag vill betona att det är viktigt att se till domstolens praxis, vilken har varit påtagligt konsekvent genom åren inom detta område. [15]

[11] Punkt 23 i beslutet att begära förhandsavgörande. Efter att ha återgett den bestämmelsen har den hänskjutande domstolen gjort gällande att kriteriet för att bedöma ett anbud såsom onormalt [lågt], nämligen kravet att det är mer än 20 procent lägre än de övriga deltagarnas medelvärde, ”kräver … underförstått att det minst inkommer tre anbud, varvid bedömningen av ett anbud ska göras mot bakgrund av medelvärdet från de båda andra anbuden”.

[12] Den bulgariska regeringen är av samma uppfattning (punkt 34 i dess skriftliga yttrande): när det bara finns två anbud saknas den objektiva beräkningsgrunden för att de ska kunna betecknas som onormalt låga, vilket innebär att det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att misstänka att ett av dem är det.

[13] Även om det naturligtvis ankommer på den hänskjutande domstolen att tolka den nationella rätten, kan man fråga sig om den bulgariska lagstiftningen verkligen föreskriver att en jämförelse mellan anbudspriset och medelvärdet av de övriga anbuden enbart utgör ett indicium bland flera möjliga på att anbudet är onormalt lågt. I det perspektivet får den upphandlande myndigheten använda sig av andra alternativa kriterier för att bedöma om ett anbud är onormalt lågt i sig, även om dessa kriterier inte uttryckligen anges i lagstiftningen.

[14] Detta understryker kommissionen i sin *Vägledning om tillträde för anbudsgivare och varor från tredjeländer till EU:s upphandlingsmarknad*, meddelande av den 24 juli 2019, C(2019) 5494 final, punkt 2.1.

[15] Denna konsekventa rättspraxis framgår, bland annat, av dom av den 22 juni 1989, Fratelli Costanzo (103/88, EU:C:1989:256) (nedan kallad domen Fratelli Costanzo), dom av den 27 november 2001, Lombardini och Mantovani (C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640) (nedan kallad domen Lombardini och Matovani), dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191), dom av den 18 december 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), dom av den 19 oktober 2017, Agriconsulting Europe/kommissionen, (C-198/16 P, EU:C:2017:784), och dom av den 10 september 2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685) (nedan kallad domen Tax-Fin-Lex).

31. Domstolen har slagit fast följande:

– Med avseende på direktiv 92/50, att ”det ankommer … på medlemsstaterna och särskilt på de upphandlande myndigheterna att fastställa sättet att beräkna en tröskel för vad som ska anses orimligt och därmed utgöra ett ’orimligt lågt anbud’ …”. [16]

– Med avseende på direktiv 93/37, att den upphandlande myndigheten inte kan undandra sig skyldigheten att ”identifiera misstänkta anbud” och, om sådana finns, använda sig av det korrekta (kontradiktoriska) kontrollförfarandet. [17]

– Med avseende på direktiv 2004/18, [18] att ”… unionslagstiftaren har velat *kräva av den upphandlande myndigheten att den ska undersöka* innehållet i anbud som är onormalt låga genom att för detta ändamål ålägga myndigheten en skyldighet att kräva att anbudssökanden ska lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att dessa anbud är allvarligt menade”. [19]

32. Vad beträffar artikel 69 i direktiv 2014/24 har domstolen bekräftat följande:

– Om anbuden förefaller vara onormalt låga, ska den upphandlande myndigheten *begära* att anbudsgivaren lämnar förklaringar om de priser eller kostnader som föreslås i anbudet, och dessa förklaringar kan särskilt röra de faktorer som avses i punkt 2 i artikel 69. [20]

– Den upphandlande myndigheten ska bedöma de uppgifter som lämnats efter att ha hört anbudsgivaren, och den får endast förkasta anbudet när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga priserna eller kostnaderna. [21]

33. Unionsrätten ålägger, under alla förhållanden, de upphandlande myndigheterna en skyldighet att kontrollera om något av de anbud som lämnats vid första anblicken förefaller onormalt lågt.

34. Det saknar i det här sammanhanget betydelse att det är omöjligt att ”fastställa kriterium för bedömningen av ett onormalt lågt anbud som fastställts i nationell rätt” och att den upphandlande myndigheten inte i förväg känt till något annat kriterium. Den upphandlande myndigheten, jag upprepar det, kan inte underlåta att kontrollera om anbudet (samtliga anbud) misstänks vara onormalt lågt.

35. Det saknar även betydelse om det bara finns två anbudsgivare som har lämnat anbud. Vart och att av dessa två anbud ska granskas av den upphandlande myndigheten, som ska bedöma om de eventuellt är misstänkt låga.

16 Dom av den 18 december 2014, Data Medical Service, (C-568/13, EU:C:2014:2466, punkt 49).

17 Domen Lombardini och Mantovani, punkt 55.

18 I vilket artikel 55.1 motsvarar artikel 49.1 i direktiv 2009/81.

19 Dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 28). Min kursivering.

20 Domen Tax-Fin-Lex, punkt 32.

21 Ibidem, punkt 33.

36. I princip ankommer det, som jag redan nämnt, på medlemsstaterna och på de upphandlande myndigheterna att fastställa sättet att beräkna en tröskel för vad som ska anses orimligt och därmed utgöra ett ”orimligt lågt anbud”. Unionsrätten tillhandahåller under alla förhållanden riktlinjer för vilka förtydliganden som den som lämnat ett misstänkt anbud ska inkomma med. [22]

37. Den bulgariska regeringen har gjort gällande att upptäckten av onormalt låga anbud endast kan baseras på matematiska beräkningar, som dem som föreskrivs i den nationella lagstiftningen. Enligt den bulgariska regeringen säkerställer en sådan lösning en objektivitet som inte kan garanteras, om identifieringen av misstänkta anbud bygger på en subjektiv bedömning av den upphandlande myndigheten. [23]

38. Jag instämmer inte med detta argument. Den upphandlande myndigheten ska identifiera anbud som förefaller misstänkta (och som därför ska bli föremål för ett kontradiktoriskt kontrollförfarande) mot bakgrund av samtliga kännetecken för föremålet för upphandlingen. En jämförelse med de övriga konkurrerande anbuden, hur användbar den än må vara i vissa fall för att upptäcka orimligheter, får inte vara det *enda* kriteriet som den upphandlande myndigheten använder sig av. Genom en granskning av samtliga omständigheter i sig, kan myndigheten klarlägga om det misstänkta anbudet, trots det yttre skenet och dess avvikelse från de övriga anbudsgivarnas anbud, [24] är tillräckligt seriöst.

39. Dessutom har domstolen tidigare slagit fast att om enbart ett matematiskt kriterium används, kan det motverka utvecklandet av en effektiv konkurrens inom området offentlig upphandling. Så var fallet i de mål som avgjordes genom domen Fratelli Costanzo och Lombardini och domen Mantovini:

– I den förstnämnda domen föreskrev den italienska lagstiftningen att ”anbud som innebär en rabatt med en procentsats som överstiger genomsnittet för motsvarande procentsatser hos tillåtna anbud, utökat med en procentsats som skall anges i meddelandet om upphandling”, skulle anses som onormala och uteslutas från förfarandet. Anbud som inte överskred grundbeloppet med minst 9,48 % skulle automatiskt uteslutas från upphandlingsförfarandet. [25]

– I den sistnämnda domen fastställdes den rabattsats som skulle medföra en skyldighet för den upphandlande myndigheten att låta anbud genomgå ett kontrollförfarande till ”ett värde motsvarande det aritmetiska medelvärdet av rabatterna, i procent räknade, i samtliga godtagna anbud, ökat med det aritmetiska medelvärdet av avvikelserna för de rabatter, i procent räknade, som överstiger ovannämnda medelvärde”. [26]

40. Domstolen slog fast att ”ett matematiskt kriterium – enligt vilket anbud, som överskrider det grundbelopp som fastställts som pris för arbetena med en procentsats som i förhållande till detta grundbelopp ligger mer än tio procent under den genomsnittliga procentsats med vilken de tillåtna anbuden överskrider nämnda belopp, skall betraktas som onormala och alltså uteslutas

[22] Enligt artikel 49 i direktiv 2009/81 kan dessa förtydliganden särskilt gälla 1) ekonomiska kalkyler avseende byggmetoderna, sättet att tillverka varorna eller sättet att tillhandahålla tjänster, 2) valda tekniska lösningar och/eller ovanligt gynnsamma förhållanden som anbudsgivaren kan räkna med för att utföra byggentreprenaden, leverera varorna eller tillhandahålla tjänsterna, 3) originaliteten i anbudsgivarens förslag med avseende på byggentreprenader, varor och tjänster, 4) överensstämmelse med de bestämmelser om anställningsskydd och arbetsförhållanden som är i kraft på den ort där tillhandahållandet ska ske, 5) möjligheten för anbudsgivaren att få statligt stöd. De är i allt väsentligt identiska med formuleringarna i artikel 69 i direktiv 2014/24.

[23] Punkt 18 i den bulgariska regeringens skriftliga yttrande.

[24] I domen Tax-Fin-Lex uteslöt domstolen inte att till och med ett anbud med priset noll kan godtas under vissa omständigheter (och därmed inte är onormalt lågt), hur mycket det än skiljer sig från de övriga anbuden.

[25] Domen Fratelli Costanzo, punkterna 6–10.

[26] Domen Lombardini och Mantovani, punkt 8.

från upphandlingsförfarandet – [fråntar] de anbudsgivare som har lämnat in särskilt låga anbud möjligheten att visa att dessa anbud är seriösa, varför tillämpningen av ett sådant kriterium strider mot syftet med direktiv 71/305 att främja utvecklingen av effektiv konkurrens på området för offentlig upphandling”. [27]

41. På grundval av detta kan slutsatsen dras att en nationell bestämmelse, enligt vilken det *enda* kriteriet för att bedöma om ett anbud är onormalt lågt är att det är mer än 20 procent lägre än medelvärdet av de övriga deltagarnas anbud, är oförenlig med unionsrätten.

42. Syftet med skyldigheten att kontrollera att *alla* anbuden är seriösa, är att säkerställa att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas, vilka ska ligga till grund för tilldelningen av de offentliga kontrakten. [28]

43. Detta syfte skulle undergrävas om de nationella bestämmelserna föreskrev att betecknandet av ett anbud som ”onormalt lågt” endast kan bygga på procentuella parametrar (i förhållande till de övriga anbudsgivarna), vilket skulle innebära ett åsidosättande av artikel 49 i direktiv 2009/81 och artikel 69 i direktiv 2014/24.

C. Motivering till och domstolsprövning av den upphandlande myndighetens bedömning rörande förekomst av ett onormalt lågt anbud (frågorna 4 och 5)

44. I artikel 55.2 i direktiv 2009/81 föreskrivs rätten att få en upphandlade myndighets beslut prövade. [29] Denna bestämmelse överensstämmer med systemet i direktiv 89/665/EG [30] och säkerställer iakttagandet av de rättigheter som anges i artikel 47 i stadgan, vilket kommissionen har påpekat. [31]

45. Generellt är medlemsstaterna enligt artikel 55.4 i direktiv 2009/81 skyldiga att ”se till att prövningsförfaranden är tillgängliga, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse”.

46. Vad beträffar onormalt låga anbud, bör det andra blocket av frågor besvaras utifrån ett dubbelt perspektiv.

– För det första beroende på huruvida den upphandlande myndighetens beslut rörande något av anbudens seriösa karaktär är uttryckligt eller underförstått.

[27] Domen Lombardini och Mantovani, punkt 47, med hänvisning till domen Fratelli Costanzo, punkt 18. I den sistnämnda domen slog domstolen fast att unionslagstiftning om offentlig upphandling som den som är aktuell här, har direkt effekt på grund av sitt innehåll och sin ovillkorlighet och exakthet.

[28] Vad beträffar direktiv 2009/81 avspeglas detta i skäl 69.

[29] ”Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets eller enhets beslut kan prövas effektivt, och särskilt så skyndsamt som möjligt …, när det görs gällande att beslutet har inneburit en överträdelse av [unionslagstiftningen] om upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.”

[30] 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, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48). Artikel 55.2 i direktiv 2009/81 återger innehållet i artikel 1.1 fjärde stycket i direktiv 89/665, vilket innebär att domstolens domar rörande det sistnämnda direktivet kan tillämpas analogt.

[31] Kommissionen har hänvisat till skäl 36 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, 2007, s. 31). Enligt det skälet syftar direktivet till att ”fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan”.

– För det andra beroende på domstolsprövningen av den upphandlande myndighetens bedömning.

1. Kännetecken för (och eventuell motivering till) den upphandlande myndighetens beslut

47. I artikel 49 i direktiv 2009/81 behandlas onormalt låga anbud, men den upphandlande myndigheten åläggs där inte någon generell skyldighet att *uttryckligen uttala sig* om denna egenskap hos anbudet i fråga.

48. En sådan skyldighet föreligger däremot om den upphandlande myndigheten ”för ett visst kontrakt” anser att det finns ”anbud” som förefaller vara ”onormalt låga i förhållande till varorna, byggentreprenaden eller tjänsterna”.

49. Som jag tidigare har påpekat ”ankommer [det] på den upphandlande myndigheten att för det första identifiera misstänkta anbud”,[32] mot bakgrund av samtliga kännetecken för upphandlingens föremål och, i förekommande fall, förhållandet mellan vart och ett av dessa kännetecken och de övriga.

50. Om den upphandlande myndigheten inte finner att något av anbuden, värderade på det sättet, är onormalt lågt, är den inte skyldig att uttala sig *ad hoc* rörande detta. Jag instämmer på den här punkten med Mühlbauer och den franska regeringen. Enbart den omständigheten att den upphandlande myndigheten godtar ett anbud, visar underförstått att den är förvissad om att det inte är onormalt lågt.

51. Ett *ad hoc*-uttalande är bara nödvändigt när den upphandlande myndigheten har fått kännedom om att ett anbud är onormalt lågt och (i enlighet med artikel 49.1 i direktiv 2009/81) har gett anbudsgivaren möjlighet att bevisa att anbudet är seriöst och krävt att denne ska göra de klargöranden som myndigheten anser lämpliga.

52. Det följer av domstolens praxis att efter att det kontradiktoriska förfarandet har avslutats, ska den upphandlande myndigheten bedöma ”relevansen av förklaringar som de berörda lämnar”, för att fatta ett ”beslut om att godta eller förkasta [de] anbud” som till en början föreföll misstänkta.[33] Detta beslut ska självfallet vara tillräckligt motiverat.

53. Om den upphandlande myndigheten misstänker att ett anbud är alltför lågt ska den således efter det kontradiktoriska kontrollförfarandet *besluta* om den ska anta eller förkasta anbudet. När den förfar på det sättet, för att iaktta den berörda personens rättigheter, ska det utmynna i ett motiverat beslut.[34]

54. Detta följer av artikel 35 i direktiv 2009/81, där det föreskrivs att en upphandlande myndighet ”snarast [ska] underrätta de anbudssökande och anbudsgivarna om de beslut som fattas om tilldelningen av ett kontrakt”.

[32] Domen Lombardini och Mantovani, punkt 55.

[33] Domen Lombardini och Mantovani, punkt 55.

[34] Såsom domstolen erinrade om i beslut av den 14 februari 2019, Cooperativa Animazione Valdocco (C-54/18, EU:C:2019:118, punkt 33); ”För att det ska vara fråga om ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 i stadgan måste den berörda personen, enligt domstolens fasta praxis, ha möjlighet att få kännedom om de skäl som ligger till grund för det beslut som fattats rörande honom eller henne, antingen genom att läsa själva beslutet eller genom att på begäran underrättas om skälen för beslutet. Detta är nödvändigt för att den berörde ska kunna ta till vara sina rättigheter under bästa möjliga förutsättningar och, med kännedom om samtliga omständigheter, kunna avgöra huruvida det finns anledning att väcka talan vid behörig domstol samt för att behörig domstol fullt ut ska kunna genomföra legalitetskontrollen av det aktuella nationella beslutet.”

55. Om den upphandlande myndigheten däremot, vid första anblicken, inte finner att något av anbuden kan vara onormalt lågt, ska det inte genomföras något kontradiktoriskt kontrollförfarande och inte fattas något uttryckligt beslut rörande detta.

56. I det fallet ska det beslut som upphandlingsförfarandet mynnar ut i underförstått innebära ett beslut att inget av anbuden ska anses vara onormalt lågt. Motiveringen till det sistnämnda beslutet är då att det inte finns några indicier som skulle ha gjort det nödvändigt att göra en konkret kontroll av ett misstänkt anbud.

2. Domstolsprövning av ett beslut om att ett anbud är onormalt lågt

57. För att klarlägga hur den nödvändiga domstolsprövningen av den upphandlande myndighetens beslut ska ske, måste skillnad göras mellan de två ovan beskrivna fallen: antingen har den upphandlande myndigheten uttryckligen uttalat sig om de misstankar som ett visst anbud har väckt eller så har den gjort det underförstått då den fattat ett slutligt beslut i upphandlingsförfarandet utan att uttrycka några tvivel om huruvida det anbudet, eller något annat, är seriöst.

58. Även om direktiv 2009/81 är direkt tillämpligt, ska jag ta upp domstolens praxis rörande direktiv 89/665. [35] Det direktivet innehåller nämligen, som jag tidigare har nämnt, ett system som liknar det förstnämnda direktivets när det gäller prövning av beslut.

59. Den prövning som avses i den allmänna bestämmelsen i artikel 1.1 sista stycket i direktiv 89/665 gäller alla beslut av den upphandlande myndigheten som omfattas av unionsrätten på detta område. [36]

60. Bland dessa beslut av den upphandlande myndigheten som kan medföra prövning finns, logiskt sett, de som avser tilldelning av kontraktet genom val av ett av anbuden, men även andra beslut av annan karaktär som påverkar berörda personers rättsliga situation. [37]

61. Direktiv 89/665 fastställer inte ”formellt … tidpunkten från och med vilken det föreligger en möjlighet att överklaga i enlighet med artikel 1.1 i direktivet”. [38] Vad domstolen slår fast är att det ska garanteras att de upphandlande myndigheternas beslut får överklagas effektivt och, i synnerhet, så skyndsamt som möjligt. [39]

62. Unionslagstiftaren har gett medlemsstaterna befogenhet att ange de ”villkor” på vilka prövningsförfarandena ska vara tillgängliga (artikel 1.3 i direktiv 89/665). [40]

[35] Reflektionerna i de följande punktena (59–64) innefattar reflektionerna i mitt förslag till avgörande i målet Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295).

[36] Dom av den 5 april 2017, Marina del Mediterráneo m.fl. (C-391/15, EU:C:2017:268) (nedan kallad domen Marina del Mediterráneo, punkt 26): ”Enligt ordalydelsen i artikel 1.1 i direktiv 89/665, förutsätts genom formuleringen ’vad beträffar upphandling[sförfaranden]’ att varje beslut som fattas av en upphandlande myndighet som omfattas av de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och som kan innebära ett åsidosättande av dessa, ska kunna bli föremål för rättslig prövning enligt artikel 2.1 a och b i detta direktiv.”

[37] Ibidem, punkt 27. Domstolen har således funnit att en ”[bred] tolkning av begreppet ’beslut’ av en upphandlande myndighet bekräftas av det faktum att det i bestämmelsen i artikel 1.1 i direktiv 89/665 inte finns några begränsningar när det gäller arten av och innehållet i de där angivna besluten”.

[38] Ibidem, punkt 31.

[39] Dom av den 12 december 2002, Universale-Bau m.fl. (C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 74).

[40] Domen Marina del Mediterráneo, punkt 32: ”I avsaknad av unionsbestämmelser i vilka det fastställs från och med vilken tidpunkt det är möjligt att överklaga, följer det av fast rättspraxis att det ankommer på varje medlemsstat att i sin rättsordning fastställa de processuella regler som gäller för talan som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten”, med de begränsningar som effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen innebär.

63. Medlemsstaterna kan således, i princip, reglera överklaganden av den upphandlande myndighetens beslut såväl i koncentrerad form som separat (från överklagandet rörande huvudsaken). Direktiv 89/665 varken föreskriver eller utesluter någon av de båda mekanismerna.

64. Om medlemsstaterna, inom ramen för sin processuella autonomi, väljer ett koncentrerat prövningsförfarande, ska de genomföra detta utan att åsidosätta bestämmelserna i direktiv 89/665 beträffande nödvändig effektivitet och skyndsamhet. De ska vidare beakta följande:

– Det är ”oförenligt med direktivets syfte … att medlemsstaterna kan låta möjligheten att överklaga bero på om förfarandet formellt har nått ett visst stadium”. [41]

– Det förhållandet att en nationell lagstiftning, beroende på dess karaktär ”under alla omständigheter kräver att anbudsgivaren avvaktar beslutet om tilldelning av det relevanta kontraktet innan ett överklagande kan riktas mot beslutet att låta en annan anbudsgivare delta i förfarandet, [innebär] att denna lagstiftning står i strid med bestämmelserna i direktiv 89/665”. [42]

65. Det ska emellertid erinras om att skyddet av rättssäkerhetsprincipen ”skulle äventyras om anbudssökande och anbudsgivare tilläts att åberopa överträdelser av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet, eftersom den upphandlande myndigheten då skulle tvingas att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna”. [43]

66. Rättspraxis i den sistnämnda domen hänger samman med domstolens praxis rörande talan om ogiltigförklaring enligt artikel 263 FEUF.

67. Såsom den franska regeringen har erinrat om, utgör endast sådana åtgärder som har tvingande rättsverkningar, som kan påverka sökandens intressen genom att väsentligen förändra dennes rättsliga ställning rättsakter som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring. [44]

68. När det rör sig om rättsakter eller beslut som utarbetas i olika faser, utgör åtgärder genom vilka det beslutande organets ställningstagande slutgiltigt slås fast ”efter ett administrativt förfarande, och vilka medför bindande rättsverkningar … sådana rättsakter mot vilka talan kan väckas, med undantag av mellankommande åtgärder som syftar till att förbereda det slutliga beslutet …” [45]

69. Domstolen har slagit fast att begreppet en upphandlande myndighets beslut i artikel 1.1 fjärde stycket i direktiv 89/665 ska ges en vid tolkning. Enligt ordalydelsen i den bestämmelsen – genom vilken det ”hänvisas … på ett allmänt sätt till en upphandlande myndighets beslut utan att det görs någon åtskillnad mellan sådana beslut beroende på deras innehåll eller den tidpunkt då de fattades [och utan att det föreskrivs [n]ågra begränsningar när det gäller arten av och innehållet i de

41 Ibidem, punkt 31.

42 Ibidem, punkt 34.

43 Dom av den 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 51) och där angiven rättspraxis. Rättssäkerhetsprincipen kan emellertid inte skiljas från kravet att direktiven om offentlig upphandling ska ha en ändamålsenlig verkan.

44 Se, bland annat, dom av den 26 januari 2010, Internationaler Hilfsfonds/kommissionen (C-362/08 P, EU:C:2010:40, punkt 51).

45 Se, bland annat, dom av den 17 juli 2008, Athinaïki Techniki/kommissionen (C-521/06 P, EU:C:2008:422, punkt 42).

angivna besluten …” – innebär ”att varje beslut av en upphandlande myndighet som omfattas av de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och som kan innebära ett åsidosättande av dessa, ska kunna bli föremål för rättslig prövning vid domstol”. [46]

70. Denna breda tolkning av begreppet ”beslut som kan överklagas” har föranlett domstolen att slå fast att en upphandlande myndighets beslut att tillåta en ekonomisk aktör att delta i ett anbudsförfarande utgör ett sådant beslut. [47]

71. Denna *generösa* [48] tolkning har emellertid under andra förhållanden begränsats till positiva beslut som den upphandlande myndigheten *faktiskt har fattat*. Det rör sig således om sådana beslut som innebär en viljeyttring genom vilken den upphandlande myndigheten intar en ståndpunkt, när den enligt en bestämmelse är skyldig att fatta beslut.

72. Som jag tidigare har påpekat är det nödvändigt att göra skillnad mellan följande typer av beslut:

– Beslut där den upphandlande myndigheten uttalar sig uttryckligen om eventuella misstankar rörande ett visst anbud och som avslutar ett kontradiktoriskt kontrollförfarande för att klarlägga om anbudet är onormalt lågt eller inte. Jag anser att ett sådant beslut, oavsett dess innebörd, påverkar anbudsgivarnas intressen, i synnerhet den vars anbud har uteslutits på grund av att det ansetts vara onormalt lågt. Ändringen av dennes ställning i upphandlingen och den självständiga karaktären av det förfarande i vilket den upphandlande myndigheten har uttalat sig, talar för att detta uttalande ska betecknas som ett slutligt beslut som kan bli föremål för prövning av domstol från och med den tidpunkt då det fattas.

– Underförstådda beslut av den upphandlande myndigheten, som till följd av att det inte råder något tvivel om att anbuden är seriösa utgör en del av beslutet att tilldela kontraktet. Prövning av sådana beslut sker genom att talan väcks mot det slutliga beslutet.

73. Vad beträffar den här aktuella tvisten, framgår det av den information som finns att tillgå att den upphandlande myndigheten inte hade några skäl att misstänka att något av anbuden var onormalt lågt. Den var därför inte skyldig att inleda något kontrollförfarande.

74. När den upphandlande myndigheten handlade på det sättet fattade den inte något *beslut* mot vilket en separat talan när som helst kan väckas enligt direktiv 2009/81. Enligt artikel 49 i det direktivet var den hänskjutande domstolen som nämnts inte skyldig att fatta ett uttryckligt beslut om huruvida något av anbuden var onormalt lågt, utan bara att tillämpa ett visst förfarande innan den avvisade ett anbud som den ”ansåg” var onormalt lågt.

[46] Dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 105).

[47] *Ibidem*, punkt 106, med hänvisning till domen Marina del Mediterráneo, punkt 28. ”En upphandlande myndighets beslut att till en ekonomisk aktör inte lämna ut information som ingetts av en anbudssökande eller anbudsgivare och som anses vara konfidentiell” utgör också ett beslut som kan överklagas.

[48] Även om det vid första anblicken kan tyckas förhålla sig på det motsatta sättet, anser jag inte att en sådan öppen tolkning är oförenlig med den rättspraxis som för att värna om rättssäkerheten utesluter att anbudsgivaren när som helst får åberopa överträdelser av reglerna för offentlig upphandling. Båda dessa områden inom rättspraxis innebär att det ska göras en avvägning mellan rättssäkerheten och domstolarnas laglighetsprövning. Det handlar om att hitta en balans mellan detta och kriteriet om den relativa självständighet som utmärker den upphandlande myndighetens på varandra följande beslut, beträffande deras innehåll. Domstolen har till exempel uteslutit möjligheten till prövning av ”sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling”, i dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 35). Även om alla dessa åtgärder utgör *förberedelser* inför den slutliga tilldelningen har de inte alla samma innehållsmässiga *täthet*. Möjligheten till prövning är förbehållen sådana åtgärder som innebär en beslutsgrad som är tillräcklig för att de ska anses ha en viss självständighet.

75. Den artikeln, och parallellt artikel 69 i direktiv 2014/24, jämförd med artikel 47 i stadgan, innebär bara – som den franska regeringen har gjort gällande – att den anbudsgivare som inte har valts ut, i samband med en talan mot beslutet att tilldela kontraktet får åberopa att det antagna anbudet är onormalt lågt. [49]

V. Förslag till avgörande

76. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen svarar Varhoven administrativen sad (Högsta förvaltningsdomstolen, Bulgarien) på följande sätt:

”1) Artiklarna 38 och 49 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG ska tolkas så, att de upphandlande myndigheterna är skyldiga att kontrollera om det föreligger onormalt låga anbud. Det saknar i detta sammanhang betydelse hur många anbud som har lämnats eller att det inte går att tillämpa de kriterier som föreskrivs i den nationella lagstiftningen på området. I sådant fall ska de upphandlande myndigheterna tillämpa artikel 49 i direktiv 2009/81/EG, eftersom det har direkt effekt.

2) Artikel 55.2 i direktiv 2009/81/EG, jämförd med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, ska tolkas så, att när den upphandlande myndigheten saknar skäl att inleda ett förfarande för att pröva om ett anbud är seriöst, kan dess bedömning bli föremål för prövning av domstol inom ramen för en talan mot det slutliga beslutet att tilldela kontraktet.”

[49] Enligt beslutet att begära förhandsavgörande skedde detta i förevarande mål, eftersom Veridos kunde väcka talan mot tilldelningen av kontraktet och göra gällande att Mühlbauers anbud var onormalt lågt.