

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

15. maj 2008*

I de forenede sager C-147/06 og C-148/06,

angående to anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Consiglio di Stato (Italien) ved afgørelser af 25. oktober 2005, indgået til Domstolen den 20. marts 2006 i sagerne

SECAP SpA (sag C-147/06)

mod

Comune di Torino,

procesdeltagere:

Tecnoimprese Srl

Gambarana Impianti Snc

ICA Srl

Cosmat Srl

Consorzio Ravennate

* Processprog: italiensk.

ARCAS SpA

Regione Piemonte

og

Santorso Soc. coop. arl (sag C-148/06)

mod

Comune di Torino,

procesdeltagere:

Bresciani Bruno Srl

Azienda Agricola Tekno Green Srl

Borio Giacomo Srl

Costrade Srl

har

I - 3584

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af formanden for Ottende Afdeling, G. Arestis, som fungerende formand for Fjerde Afdeling, og dommerne R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (refererende dommer), J. Malenovský og T. von Danwitz,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 25. oktober 2007,

efter at der er afgivet indlæg af:

— SECAP SpA ved advokat F. Videtta

— Santorso Soc. coop. arl ved advokaterne B. Amadio, L. Fumarola og S. Bonatti

— Comune di Torino (Torino Kommune) ved advokaterne M. Caldo, A. Arnone og M. Colarizi

— den italienske regering ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello Stato D. Del Gaizo og F. Arena

- den tyske regering ved M. Lumma, som befuldmægtiget

- den franske regering ved G. de Bergues og J.-C. Gracia, som befuldmægtigede

- den litauiske regering ved D. Kriauciūnas, som befuldmægtiget

- den nederlandske regering ved H.G. Sevenster og P. van Ginneken, som befuldmægtigede

- den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

- den slovakiske regering ved R. Procházka, som befuldmægtiget

- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved X. Lewis og D. Recchia, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 27. november 2007,

afsagt følgende

Dom

¹ Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 30, stk. 4, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne

med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 (EFT L 328, s. 1, herefter »direktiv 93/37«), og de grundlæggende principper i fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

- 2 Anmodningerne er fremsat i to sager mellem SECAP SpA (herefter »SECAP«) og Santorso Soc. coop. arl (herefter »Santorso«), på den ene side, og Torino Kommune, på den anden side, og vedrører spørgsmålet, om en retsforord i den italienske lovgivning, hvorefter bud i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ligger under den beløbsgrænse, der er fastsat i direktiv 93/37, automatisk udelukkes, når de anses for unormalt lave, er forenelig med fællesskabsretten.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

- 3 Ifølge artikel 6, stk. 1, litra a), i direktiv 93/37 finder direktivet anvendelse på »[...] offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis anslåede værdi uden moms andrager 5 000 000 [EUR] eller derover«.
- 4 Artikel 30 i direktiv 93/37, som er indeholdt i direktivets afsnit IV om »fælles regler for deltagelse«, hvis kapitel 3 vedrører »kriterier for tildeling af kontrakter«, indeholder følgende bestemmelser:

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

- a) enten udelukkende den laveste pris

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

[...]

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

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

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

[...]«

- 5 Indholdet af artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37 er gentaget, men mere udførligt, i artikel 55 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114). Overskriften til den sidstnævnte bestemmelse lyder: »Unormalt lave tilbud«. Ifølge første betragtning udgør direktiv 2004/18 en omarbejdning til én samlet tekst af direktiverne om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter og skulle ifølge artikel 80, stk. 1, være gennemført i medlemsstaternes lovgivning senest den 31. januar 2006.
- 6 Begrundelsen for en automatisk udelukkelse af bud, der forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, fremgår af betragtning 46, første afsnit, til direktiv 2004/18, hvorefter »tildelingen af kontrakter skal foretages på grundlag af objektive kriterier, der sikrer, at [...] tilbuddene vurderes på reelle konkurrencevilkår. Derfor bør der kun tillades anvendelse af to tildelingskriterier, nemlig »den laveste pris« og »det økonomisk mest fordelagtige tilbud««. Disse to kriterier for tildelingen af kontrakter er nævnt i artikel 30, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 93/37 og i artikel 53, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2004/18.

Nationale retsforskrifter

- 7 Direktiv 93/37 er gennemført i italiensk ret ved lov nr. 109 af 11. februar 1994, som er rammeloven om offentlige bygge- og anlægsarbejder (Legge quadro in materia di lavori pubblici) af 11. februar 1994 (almindelig supplement til GURI nr. 41 af 19.2.1994).

8 Lovens artikel 21, stk. 1a, i den affattelse, som gjaldt for tvisterne i hovedsagen (herefter »lov nr. 109/94«), har følgende ordlyd:

»Den ordregivende myndighed skal ved indgåelse af kontrakt om arbejder til eller over beløb på 5 mio. særlige trækingsrettigheder efter kriteriet om den laveste pris, jf. stk. 1, vurdere, om der foreligger unormalt lave bud i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 30 i direktiv 93/37 [...] EØF, for så vidt angår samtlige de bud, der udviser et prisnedslag, som svarer til eller overstiger det aritmetiske gennemsnit i procent af prisnedslagene for alle antagne bud, med fradrag af 10%, afrundet opad til nærmeste hele tal, af de bud, som indeholder det højeste, henholdsvis det mindste prisnedslag, forhøjet med det aritmetiske gennemsnit af afvigelserne for de nedslag, regnet i procent, der overstiger dette gennemsnit.

Buddene skal ved fremsættelsen være ledsaget af begrundelser for de væsentligste af de priskomponenter, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen eller opfordringskrivelsen, og som i alt skal udgøre et beløb på mindst 75% af udbudssummen. De nærmere bestemmelser for fremlæggelse af dokumentation skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller opfordringskrivelsen, ligesom det skal angives, hvilken dokumentation der i givet fald kræves for at antage buddene. Der kræves ingen dokumentation for elementer, hvis minimumsværdi kan fastslås på grundlag af officielle data. Hvis undersøgelsen af den krævede dokumentation ikke er tilstrækkelig til at udelukke uoverensstemmelser i buddet, skal den bydende opfordres til at supplere dokumentationen, og der kan ikke træffes afgørelse om udelukkelse, før der er foretaget en yderligere gennemgang, hvor den bydende skal have mulighed for at fremsætte bemærkninger.

For så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter med en lavere værdi end Fællesskabets beløbsgrænse skal den pågældende ordregivende myndighed automatisk udelukke de bud, som udviser et procentvis prisnedslag, der er lig med eller højere end det, som er fastsat i bestemmelsens første afsnit. Fremgangsmåden med automatisk udelukkelse finder ikke anvendelse, hvis der er modtaget færre end fem gyldige bud.«

Tvisterne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 9 SECAP deltog i et offentligt udbud, som blev bekendtgjort af Torino kommune i december 2002, vedrørende en offentlig bygge- og anlægskontrakt, som var anslået til en værdi på 4 699 999 EUR. På datoen for bekendtgørelsen af dette udbud var beløbsgrænsen for anvendelsen af direktiv 93/37 i henhold til direktivets artikel 6, stk. 1, litra a), fastsat til 6 242 028 EUR. Santorso deltog i et tilsvarende udbud, som blev bekendtgjort i september 2004, og som vedrørte arbejder af en anslået værdi på 5 172 579 EUR. På datoen for bekendtgørelsen af det sidstnævnte udbud var beløbsgrænsen for anvendelsen af direktiv 93/37 5 923 624 EUR. I begge tilfælde var den anslåede værdi af de pågældende kontrakter således mindre end beløbsgrænserne for anvendelsen af direktiv 93/37.
- 10 Det var angivet i de bekendtgørelser, hvorved Torino Kommune gav meddelelse om afholdelse af de pågældende udbudsprocedurer, at kontrakten ville blive tildelt på grundlag af kriteriet om det største nedslag, idet unormalt lave bud ikke automatisk ville blive udelukket, men efterprøvet. Udbudsbekendtgørelserne var baseret på en afgørelse fra Giunta comunale (byrådet), hvorefter anvendelsen af kriteriet om det størst mulige nedslag i prisen indebar, at »unormalt lave« bud skulle efterprøves i overensstemmelse med direktiv 93/37, også for kontrakter med en lavere værdi end Fællesskabets beløbsgrænse, således at artikel 21, stk. 1a, i lov nr. 109/94 ikke skulle anvendes, i det omfang den bestemmer, at unormalt lave bud automatisk skal udelukkes.
- 11 Efter en gennemgang af buddene blev SECAP's og Santorsos bud placeret øverst på listen over de »ikke unormalt lave« bud. Efter at have efterprøvet de unormalt lave bud afslog Torino kommune imidlertid slutteligt SECAP's og Santorsos bud og tildelte andre selskaber kontrakterne.

- 12 SECAP og Santorso anfægtede denne afgørelse ved Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, hvorunder de gjorde gældende, at den ordregivende myndighed ifølge lov nr. 109/94 er forpligtet til at udelukke unormalt lave bud og således ikke har nogen mulighed for at anvende en kontradiktorisk procedure vedrørende disse bud.
- 13 Ved afgørelser af 11. oktober 2004 og 30. april 2005 frifandt nævnte ret imidlertid kommunen for SECAP's og Santorsos påstande med den begrundelse, at den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at anvende proceduren med automatisk udelukkelse af unormalt lave bud, men har mulighed for at lade foretage en efterprøvelse af, om de priser, der er indeholdt i disse bud, er unormalt lave, også for så vidt angår de kontrakter, hvis værdi er lavere end fællesskabsrettens beløbsgrænse.
- 14 SECAP og Santorso har anket de frifindende afgørelser til Consiglio di Stato. Denne ret er enig i selskabernes opfattelse om, at reglen angående automatisk udelukkelse af unormalt lave bud er præceptiv, men er dog ikke upåvirket af de argumenter, som Torino kommune har fremført, støttet af statistiske oplysninger, hvorefter denne regel på grund af sin manglende fleksibilitet tilskynder virksomhederne til at indgå hemmelige prisaftaler med det formål at påvirke udfaldet af udbudsprocedurerne såvel til skade for den administrationsgren, som er ordregivende myndighed, som de øvrige bydende, der for en stor dels vedkommende er virksomheder etableret på en anden medlemsstats område.
- 15 Den forelæggende ret har henvist til Domstolens praksis, hvorefter de ordregivende myndigheder hvad angår kontrakter, som ifølge deres indhold ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiverne om offentlige bygge- og anlægskontrakter, er forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler, navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (jf. bl.a. dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60), og hvorefter medlemsstaterne ikke må indføre bestemmelser vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvorved visse bud, der bedømmes efter et matematisk kriterium, ex officio udelukkes fra at komme i betragtning, således at den ordregivende myndighed

ikke er forpligtet til at anvende den kontradiktoriske procedure for gennemgangen af buddene, som er fastsat i Fællesskabets bestemmelser, og som indebærer en adgang for bydende til at fremsætte bemærkninger (jf. bl.a. dom af 22.6.1989, sag C-103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 19).

16 Af disse grunde har Consiglio di Stato, da den er i tvivl om, hvorvidt reglen om en kontradiktorisk efterprøvelse af unormalt lave bud kan betegnes som et grundlæggende princip i fællesskabsretten, som indebærer, at bestemmelser, som er i modstrid hermed, skal tilsidesættes, besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen nedenstående præjudicielle spørgsmål, som har samme ordlyd i de to sager C-147/06 og C-148/06:

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

2) Såfremt der gives en benægtende besvarelse af det førnævnte spørgsmål om, hvorvidt »[det er] et grundlæggende fællesskabsretligt princip, som er indeholdt i den regel, der er fastsat i artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37 [...], eller i den tilsvarende regel, der er fastsat i artikel 55, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/18 [...] (såfremt den sidstnævnte regel antages at finde anvendelse), og hvorefter den ordregivende myndighed ved bud, der forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, er forpligtet til skriftligt at anmode om sådanne oplysninger om de pågældende buds sammensætning, som den anser for relevante, og undersøge buddets sammensætning under hensyntagen til de begrundelser, der er givet, inden myndigheden kan afvise sådanne bud«, under hensyn til, at ingen af reglerne udviser træk, der kendetegner et grundlæggende fællesskabsretligt princip, ønskes det oplyst, »om den pågældende regel da enten er en indirekte

følge af konkurrenceprincippet eller et heraf »afledt princip«, når dette sammenholdes med gennemsigtighedsprincippet og princippet om forbuddet mod 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?»«

- 17 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 10. maj 2006 er sagerne C-147/06 og C-148/06 blevet forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt dommen.

De præjudicielle spørgsmål

- 18 Med disse spørgsmål, som skal behandles under ét, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om de grundlæggende principper i fællesskabsretten, som også gælder for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, og som artikel 30, stk. 3, i direktiv 93/37 er et konkret udtryk for, er til hinder for en national ordning, hvorefter den ordregivende myndighed for kontrakter af en lavere værdi end den beløbsgrænse, som er fastsat i direktivets artikel 6, stk. 1, litra a), er forpligtet til, såfremt der afgives mere end fem gyldige bud, automatisk at udelukke de bud, der anses for unormalt lave i forhold til den ydelse, der skal præsteres, og ved udelukkelsen heraf anvende et matematisk kriterium, som er fastsat i ordningen, uden at den ordregivende myndighed har nogen mulighed for at efterprøve buddenes sammensætning og anmode de bydende om at afgive nærmere oplysninger herom.
- 19 Herom skal bemærkes, at de særlige og strenge procedurer, der er fastsat i fællesskabsdirektiverne om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse

af offentlige bygge- og anlægskontrakter, kun finder anvendelse på kontrakter, hvis værdi overskrider en bestemt tærskel, der udtrykkeligt er fastsat i hvert enkelt af de pågældende direktiver (kendelse af 3.12.2001, sag C-59/00, Vestergaard, Sml. I, s.9505, præmis 19). Bestemmelserne i disse direktiver gælder således ikke for kontrakter med en lavere værdi end den i direktiverne fastsatte beløbsgrænse (jf. i denne retning dom af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 65).

- 20 Dette indebærer dog ikke, at disse kontrakter er udelukket fra fællesskabsrettens anvendelsesområde (Vestergaard-kendelsen, præmis 19). Ifølge Domstolens faste praksis vedrørende indgåelse af aftaler, som på grund af deres værdi ikke er omfattet af de procedurer, som er fastsat i fællesskabsreglerne, er de ordregivende myndigheder desuagtet forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler og i særdeleshed forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (dommen i sagen Teleaustria og Telefonadress, præmis 60, og Vestergaard-kendelsen, præmis 20 og 21, samt dom af 20.10.2005, sag C-264/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8831, præmis 32, og af 14.6.2007, sag C-6/05, Medipac-Kazantzidis, Sml. I, s. 4557, præmis 33).
- 21 Det fremgår dog af Domstolens praksis, at anvendelsen af traktatens grundlæggende regler og generelle principper på procedurerne for indgåelse af kontrakter med en lavere værdi end beløbsgrænsen for anvendelse af fællesskabsdirektiverne forudsætter, at de pågældende kontrakter har en klar grænseoverskridende interesse (jf. i denne retning dom af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 29, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 66 og 67).
- 22 Det er på baggrund af disse betragtninger, at en national ordning som den i hovedsagen omhandlede skal undersøges.

- 23 Det fremgår af de sagsakter, som er fremsendt til Domstolen, at den pågældende ordregivende myndighed ifølge den nationale ordning er forpligtet til ved indgåelse af kontrakter med en lavere værdi end beløbsgrænsen i artikel 6, stk. 1, litra a), i direktiv 93/37 automatisk at udelukke bud, når de ifølge et matematisk kriterium, der er fastsat i denne ordning, anses for unormalt lave i forhold til den ydelse, der skal præsteres, men at reglen om automatisk udelukkelse ikke gælder, når der er afgivet mindre end fem gyldige bud.
- 24 Ifølge denne regel, som er affattet i klare, præceptive og ubetingede vendinger, har bydende, som har afgivet unormalt lave bud, ingen mulighed for at godtgøre, at buddene er pålidelige og seriøse. En sådan bestemmelse i den pågældende ordning i hovedsagen vil kunne medføre resultater, som er uforenelige med fællesskabsretten i tilfælde, hvor en bestemt kontrakt på grund af sit særlige indhold har en klar grænseoverskridende interesse og således kan have interesse for erhvervsdrivende i andre medlemsstater. En kontrakt om udførelse af arbejder vil eksempelvis kunne have en sådan grænseoverskridende interesse på grund af sin anslåede værdi i kombination med sin tekniske karakter eller som følge af, at arbejderne skal udføres på et sted, som kan have interesse for udenlandske erhvervsdrivende.
- 25 Som generaladvokaten har fremhævet i punkt 45 og 46 i forslaget til afgørelse, vil en sådan ordning, selv om den er objektiv og ikke i sig selv diskriminerende, kunne være i strid med det generelle forbud mod forskelsbehandling, når den anvendes under procedurer om indgåelse af kontrakter, som har en grænseoverskridende interesse.
- 26 En anvendelse af reglen om automatisk udelukkelse af bud, der anses for unormalt lave, på kontrakter, som har en klar grænseoverskridende interesse, vil således kunne udgøre en indirekte forskelsbehandling ved i praksis at stille erhvervsdrivende fra andre medlemsstater ringere, som ellers kunne afgive et såvel konkurrencedygtigt som seriøst og pålideligt bud, fordi de har en anden omkostningsstruktur og dermed kan udnytte vigtige stordriftsfordele, eller som ønsker at begrænse deres avancer for

at kunne trænge mere effektivt ind på det pågældende marked, men hvis bud den ordregivende myndighed ikke har mulighed for at tage hensyn til på grund af denne ordning.

- 27 Endvidere kan en sådan ordning, som det er anført af Torino kommune og generaladvokaten i punkt 43, 46 og 47 i forslaget til afgørelse, tilskynde til konkurrencebegrænsende adfærd og aftaler og endog til hemmelige, ulovlige samordninger mellem nationale eller lokale virksomheder, som tilsigter at sikre disse tildelingen af de offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- 28 En anvendelse af reglen om automatisk udelukkelse af unormalt lave bud på kontrakter med en klar grænseoverskridende interesse vil således kunne fratage erhvervsdrivende fra andre medlemsstater muligheden for at konkurrere mere effektivt med erhvervsdrivende, som er etableret i den pågældende medlemsstat, og derved begrænse deres adgang til markedet i denne stat og hæmme udøvelsen af den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser, hvilket udgør en restriktion for disse friheder (jf. i denne retning dom af 17.10.2002, sag C-79/01, Payroll m.fl., Sml. I, s. 8923, præmis 26, af 5.10.2004, sag C-442/02, CaixaBank France, Sml. I, s. 8961, præmis 12 og 13, og af 3.10.2006, sag C-452/04, Fidium Finanz, Sml. I, s. 9521, præmis 46).
- 29 Såfremt de ordregivende myndigheder anvender en sådan ordning på kontrakter med en klar grænseoverskridende interesse, afskæres de fra at kunne vurdere soliditeten og pålideligheden af bud, som er unormalt lave. De er dermed ikke i stand til at opfylde den forpligtelse til at overholde traktatens grundlæggende regler om fri bevægelighed og det generelle forbud mod forskelsbehandling, som påhviler dem ifølge Domstolens praksis, og som er nævnt ovenfor i præmis 20. Det er tillige i strid med de ordregivende myndigheders egen interesse, at de fratages muligheden herfor, da de i så fald ikke er i stand til at vurdere de fremsatte bud på grundlag af de vilkår, der gælder under en effektiv konkurrence, og dermed ikke i stand til at tildele kontrakten på grundlag af kriterierne om den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige bud, som også er fastsat i den offentlige interesse.

- 30 Det tilkommer i princippet den pågældende ordregivende myndighed, før den fastsætter betingelserne i udbudsbekendtgørelsen, at vurdere, om en kontrakt, hvis værdi er lavere end den beløbsgrænse, som er fastsat i fællesskabsreglerne, har en grænseoverskridende interesse, hvilken vurdering dog kan gøres til genstand for en domstolsprøvelse.
- 31 Det er dog også tænkeligt, at der fastsættes objektive kriterier i en national eller lokal ordning for, hvornår der foreligger en klar grænseoverskridende interesse. Sådanne kriterier vil bl.a. kunne bestå i størrelsen af det beløb, som kræves for den pågældende kontrakt, i kombination med stedet for arbejdernes udførelse. Det vil også være muligt under visse omstændigheder at udelukke, at der foreligger en sådan interesse, f.eks. når den pågældende kontrakt har en meget begrænset økonomisk betydning (jf. i denne retning dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 20). Det er dog nødvendigt at tage hensyn til, at landegrænserne undertiden løber gennem bebyggelser i forskellige medlemsstater, hvorfor selv kontrakter af ringe økonomisk betydning under sådanne forhold kan have en klar grænseoverskridende interesse.
- 32 Selv om der imidlertid foreligger en klar grænseoverskridende interesse, vil en automatisk udelukkelse af visse bud, fordi disse er unormalt lave, kunne være acceptabel, når anvendelsen af denne regel er begrundet i et usædvanligt stort antal bud, som det ville overstige den ordregivende myndigheds administrative kapacitet at skulle foretage en kontradiktorisk efterprøvelse af, eller som kunne bringe projektets gennemførelse i fare på grund af den forsinkelse, som en sådan efterprøvelse ville medføre.
- 33 Under sådanne omstændigheder er det berettiget, at den nationale eller lokale ordning eller endog den ordregivende myndighed selv fastsætter en rimelig grænse for anvendelsen af reglen om automatisk udelukkelse af unormalt lave bud. Den grænse på fem gyldige bud, som er fastsat i artikel 21, stk. 1a, tredje afsnit, i lov nr. 109/94, kan dog ikke anses for rimelig.

- 34 Hvad angår hovedsagerne tilkommer det den forelæggende ret at foretage en indgående vurdering af alle de relevante omstændigheder i forbindelse med de to i sagen omhandlede kontrakter for at efterprøve, om der i disse tilfælde foreligger en klar grænseoverskridende interesse.
- 35 De forelagte spørgsmål må herefter besvares med, at traktatens grundlæggende regler om den frie etableringsret, den frie udveksling af tjenesteydelser og det generelle forbud mod forskelsbehandling er til hinder for en national ordning, som for kontrakter af en lavere værdi end beløbsgrænsen i artikel 6, stk. 1, litra a), i direktiv 93/37, der har en klar grænseoverskridende interesse, indeholder en præceptiv forpligtelse for de ordregivende myndigheder, såfremt der er afgivet mere end fem gyldige bud, til automatisk at udelukke de bud, der anses for unormalt lave i forhold til den ydelse, der skal præsteres, under anvendelse af et matematisk kriterium, som er fastsat i ordningen, uden at give de ordregivende myndigheder nogen mulighed for at efterprøve buddenes sammensætning ved at anmode de bydende om at afgive nærmere oplysninger herom. Det anførte gælder dog ikke, såfremt der i en national eller lokal ordning eller af den ordregivende myndighed selv fastsættes en rimelig grænse, hvorover unormalt lave bud automatisk udelukkes i tilfælde, hvor der er afgivet et usædvanligt stort antal bud, som det ville overstige den ordregivende myndigheds administrative kapacitet at skulle foretage en kontradiktorisk efterprøvelse af, eller som kunne bringe projektets gennemførelse i fare på grund af den forsinkelse, som en sådan efterprøvelse ville medføre.

Sags omkostningerne

- 36 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

EF-traktatens grundlæggende regler om den frie etableringsret, den fri udveksling af tjenesteydelser og det grundlæggende forbud mod forskelsbehandling er til hinder for en national ordning, som for kontrakter af en lavere værdi end beløbsgrænsen i artikel 6, stk. 1, litra a), i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997, der har en klar grænseoverskridende interesse, indeholder en præceptiv forpligtelse for de ordregivende myndigheder, såfremt der er afgivet mere end fem gyldige bud, til automatisk at udelukke de bud, der anses for unormalt lave i forhold til den ydelse, der skal præsteres, under anvendelse af et matematisk kriterium, som er fastsat i ordningen, uden at give de ordregivende myndigheder nogen mulighed for at efterprøve buddenes sammensætning ved at anmode de bydende om at afgive nærmere oplysninger herom. Det anførte gælder dog ikke, såfremt der i en national eller lokal ordning eller af den ordregivende myndighed selv fastsættes en rimelig grænse, hvorover unormalt lave bud automatisk udelukkes i tilfælde, hvor der er afgivet et usædvanligt stort antal bud, som det ville overstige den ordregivende myndigheds administrative kapacitet at skulle foretage en kontraktisk efterprøvelse af, eller som kunne bringe projektets gennemførelse i fare på grund af den forsinkelse, som en sådan efterprøvelse ville medføre.

Underskrifter