

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 5 juni 2001¹

I — Inledning

och bestämmelser som kan ha diskriminerande verkan är förbjudna.³

1. Consiglio di Stato i Republiken Italien (fjärde avdelningen) har med utövande av sin prövningsrätt vid överklaganden av två domar från Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio till domstolen ställt fem frågor angående tolkningen av artikel 30.4 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten² (nedan kallat direktivet eller direktiv 93/37/EEG).

3. Målet gäller onormalt låga anbud i förhållande till det upphandlade arbetet, närmare bestämt förfarandet för att utsluta dessa som ett verktyg för att undanröja hindren vid en upphandling genom att anbud som inte är tillräckligt rimliga utsluts. Det är fråga om att tillgodose en annan princip i gemenskapsrätten om offentlig upphandling, nämligen effektivitetsprincipen.⁴

2. De frågor som Consiglio di Stato har ställt till domstolen avser grundläggande och tvingande principer i gemenskapens regelverk om offentlig upphandling i frågan om fastställande av objektiva kriterier för deltagande i upphandling och tilldelning av offentliga kontrakt inom ramen för ett förfarande med insyn, för vilket åtgärder

3 — Det rör sig om principer som förekommer i "klassiska" direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten. Dessa återfinns när det gäller upphandling av varor i rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 (EGT L 13, 1977, s. 1) och i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 24, s. 126) och när det gäller upphandling av tjänster i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139). Slutligen förekommer offentliggörande som verktyg för administrativ insyn samt icke-diskrimineringsprincipen när det gäller upphandling av bygg- och anläggningsarbeten i rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 (EGT L 185, s. 5), som ersatts av direktivet vars artikel 30.4 är föremål för de tolkningsfrågor som jag skall behandla. Europaparlamentets och rådets förslag till direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader (EGT C 29 E, 30.1.2001, s. 11, nedan kallat förslaget till direktiv), vars syfte är att de tre "klassiska" direktiven skall kodifieras och omarbetas till ett enda direktiv, är troget likbehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen (se andra övervägandet).

4 — Effektivitetsprincipen i vid betydelse nämns i nittonde, tjugotredje och tjugofemte övervägandet i det i den föregående fotnoten nämnda förslaget till direktiv. Den förekommer även i vissa artiklar i direktiv 93/37/EEG (se exempelvis artiklarna 4, 7 och 14).

1 — Originalspråk: spanska.

2 — EGT L 199, s. 54.

4. Consiglio di Stato har avseende denna sorts anbud fört fram sina tvivel avseende förenligheten med artikel 30.4 i direktivet vad gäller

II — Tillämpliga bestämmelser

1. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

1) upprättandet av ett automatiskt system för fastställande av det tröskelvärde från vilket ett anbud anses vara onormalt lågt, i vilket system anbudsgivarna inte får ta del av tröskelvärdet innan de lämnar sina anbud,

2) omedelbart uteslutande av anbud i vilka det inte lämnas förklaringar till priset till ett värde som motsvarar åtminstone 75 procent av grundbeloppet för upphandlingen, och den omständighet att endast vissa förklaringar godtas, varvid sådana avseende delar av arbetet vars minimivärden återfinns i officiella förteckningar inte godtas,

3) att det föreskrivs ett förfarande i vilket, efter det att anbuden öppnats men innan beslutet att utesluta ett anbud fattats, företag som har lämnat onormalt låga anbud inte får möjlighet att göra sina ståndpunkter gällande och förklara sin inställning.

5. Det huvudsakliga syftet med direktiv 71/305/EEG, genom vilket samordningen av medlemsstaternas lagstiftning om offentlig upphandling inleddes, var att uppnå såväl etableringsfrihet som frihet att tillhandahålla tjänster i fråga om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.⁵ Redan i detta direktiv beaktades möjligheten av att det lämnas onormalt låga anbud och i artikel 29.5 föreskrevs en möjlighet att utesluta dessa.

6. Direktiv 71/305/EEG ändrades ett flertal gånger⁶ och kodifierades i direktiv 93/37.⁷ I artikel 30.4 återgavs med endast mindre ändringar artikel 29.5 i direktiv 71/305/EEG, i dess lydelse efter en ändring år 1989. I denna artikel 30.4 föreskrivs följande:

”Om anbud för ett visst kontrakt förefaller onormalt lågt i förhållande till arbetet,

5 — Se första övervägandet.

6 — En av dessa ändringar avsåg bland annat artikel 29.5 som fick ny lydelse genom direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 (EGT L 210, s. 1).

7 — Se första övervägandet.

skall de upphandlande myndigheterna innan de förkastar dessa anbud kräva en skriftlig förklaring för de delar av anbudena de anser betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera dessa delar med hänsyn till de förklaringar som inkommer.

nr 109/1994 av den 11 februari 1994, en ramlag om bygg- och anläggningsarbeten,⁸ som infördes i lagens ursprungliga lydelse genom artikel 7 i lag nr 216/1995 av den 2 juni 1995.⁹ Denna bestämmelse har följande lydelse:

De upphandlande myndigheterna får ta hänsyn till förklaringar beträffande ekonomi i byggnadssätt eller i valda tekniska lösningar, speciellt förmånliga omständigheter som gynnar anbudsgivaren vid arbetenas utförande, eller originaliteten i anbudsgivarens förslag till utförande.

”Vid upphandling av bygg- och anläggningsarbeten för minst 5 miljoner ECU där upphandlingsmyndigheten följer det kriterium avseende lägsta pris som avses i första stycket, skall den berörda myndigheten bedöma om ett anbud är orimligt med hänsyn till artikel 30 i rådets direktiv 93/37/EEG⁸ av den 14 juni 1993 när det gäller samtliga anbud med en rabatt som är större än den procentsats som senast den 1 januari varje år fastställs genom dekret av *Ministro dei lavori pubblici*, sedan *Osservatorio* hörts, på grundval av de anbud som godtagits vid upphandlingsförfaranden under det föregående året.

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 förkastats på grund av att de anses för låga.

Myndigheterna får 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. Anbudena måste när de inlämnas

...”

2. Den italienska lagstiftningen

7. Artikel 30.4 i direktivet har införlivats i italiensk rätt genom artikel 21.1 i lag

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

9 — 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).

innehålla förklaringar till de viktigaste priskomponenterna, vilka skall anges i meddelandet om upphandling eller i den skriftliga inbjudan, till ett sammanlagt belopp motsvarande minst 75 procent av grundbeloppet för upphandlingen.

lämpning av artikel 21.1 a i lag nr 109/1994, fastställde *Ministro dei lavori pubblici* den procentsats för 1997 respektive 1998 utifrån vilken upphandlingsmyndigheten är skyldig att kontrollera onormala anbud till ett "... värde som är lika stort som 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 ovan nämnda medelvärde".

..."¹⁰

III — Bakgrund och tvisterna i målen vid den nationella domstolen

8. I dekret av den 28 april¹¹ och av den 18 december 1997¹², som antogs med till-

10 — Denna bestämmelse har ändrats genom artikel 7 i lag nr 415/1998 av den 18 november 1998 (GURI nr 284 av den 4 december 1998, ordinarie tillägg, s. 5.) Efter denna nya ändring, som på grund av sitt tidsmässiga tillämpningsområde inte är tillämplig i detta fall, har artikel 21.1 a i lag nr 109/1994 följande lydelse: "Vid upphandling av bygg- och anläggningsarbeten för minst 5 miljoner ECU där upphandlingsmyndigheten följer det kriterium avseende lägsta pris som avses i första stycket skall den berörda myndigheten bedöma om ett anbud är orimligt med hänsyn till 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 ovan nämnda medelvärde. (Den kursiverade delen markerar ändringar i förhållande till den tidigare lydelsen.) Myndigheterna får, inom 60 dagar från den dag då anbudet lämnas in, endast ta hänsyn till förklaringar beträffande ekonomi i byggnadsätt, 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. Anbudet måste när de inlämnas innehålla förklaringar för de viktigaste priskomponenterna, vilka skall anges i meddelandet om upphandling eller i den skriftliga inbjudan, till ett sammanlagt belopp motsvarande minst 75 procent av grundbeloppet för upphandlingen..."

11 — GURI nr 105 av den 8 maj 1997, s. 28.

12 — GURI nr 1 av den 2 januari 1988, s. 26.

1. Mål C-285/99

9. Ente Nazionale per le Strade (nedan kallad ANAS) meddelade att upphandling genom ett selektivt förfarande skulle ske av bygg- och anläggningsarbeten med beteckningen "RM 87/97 — Motorvägen GRA — del 19, anpassning av tre körfält i vardera riktningen från km 43,280 till km 46,500".

10. Ett företagskonsortium mellan Lombardini S.p.a.—Impresa Generale di Cost-

ruzioni (nedan kallat Lombardini), Colli-
ni—Impresa di Costruzioni S.p.a. och Trevi
S.p.a. inbjöds att delta i upphandlingen
genom skrivelse nummer 1723 av den
15 oktober 1997. Såvitt är av intresse i
detta mål innehöll inbjudan i enlighet med
artikel 21.1 a i lag nr 109/1994 följande:

A. En skyldighet för anbudsgivarna att med
sitt anbud lämna förklaringar till de mest
betydelsefulla delarna av priset motsva-
rande 75 procent av grundbeloppet för
upphandlingen. Förklaringarna skulle
utformas i överensstämmelse med bestäm-
melser som bifogades inbjudan och inges i
ett kuvert med erforderade handlingar.

B. En skyldighet att i ett särskilt kuvert
tillhandahålla nödvändiga handlingar för
kontroll av de uppgifter som lämnats i den
del av anbudet som innehåller förklaringar.
Detta kuvert skulle öppnas och dess inne-
håll undersökas endast om anbudet över-
steg det aritmetiska tröskelvärdet för onor-
malt låga anbud.

C. En upplysning om att underlåtenhet att
uppfylla någon av ovannämnda föreskrifter
skulle innebära att anbudet inte skulle
godtas.

D. Kriterierna för kontrollen av om anbu-
den är onormalt låga.

11. Lombardinis anbud ansågs vara onor-
malt lågt¹³, varför kuverten med hand-
lingar med förklaringar öppnades. Sedan
dessa bedömts förkastades Lombardinis
anbud, och kontraktet tilldelades Società
Italiana per Condotte d'Acqua.

12. Lombardini väckte därefter talan vid
Tribunale Amministrativo Regionale per il
Lazio avseende meddelandet om upphand-
ling, inbjudan att lämna anbud, beslutet att
utesluta bolaget och tilldelningen av kon-
traktet. Den ovannämnda domstolen ogil-
lade dessa yrkanden. Lombardini överkla-
gade och anförde som grund bland annat
”felaktig och olämplig tolkning av arti-
kel 30 i direktiv 93/37”.¹⁴

2. Mål C-286/99

13. I syfte att utföra den andra delen av
byggnadsarbetena på sträckan Bergamo/

13 — Tröskelvärdet för onormalt låga anbud fastställdes till
28,004 procent, medan den rabatt som Lombardini erbjöd
uppgick till 29,88 procent.

14 — Tredje stycket i avsnittet ”faktiska omständigheter” i
beslutet om hänskjutande.

Zanica av landsväg nr 115 offentliggjorde ANAS ett meddelande om upphandling genom selektivt förfarande av dessa arbeten.

14. Som företrädare för ett konsortium med ett annat företag inbjöds Mantovani S.p.a. (nedan kallat Mantovani) genom skrivelse att delta i upphandlingen, i vilken angavs att upphandlingen skulle göras i enlighet med artikel 21.1 a i lag nr 109/1994, i dess lydelse enligt artikel 7 i lag nr 216/1995, och att frågan huruvida ett anbud var normalt lågt skulle bedömas på det sätt som anges i artikel 30.4 i direktivet enligt de kriterier som anges i ministeriedekretet av den 28 april 1997. Inbjudan innehöll samma skyldigheter för anbudsgivarna och samma upplysningar om uteslutande av anbud som dem som jag redogjorde för ovan när jag beskrev bakgrunden till mål C-285/99.

15. Mantovani erbjöd en rabatt som översteg tröskelvärdet för onormalt låga anbud¹⁵, varför anbudet ansågs orimligt. Efter bedömning av anbudet liksom av relevanta förklaringar och uppgifter som lämnats, förklarades anbudet inte vara godtagbart. Kontraktet tilldelades företagsskonsortiet Bregoli/Roda.

15 — Denna tröskel fastställdes till 40,865 procent och Mantovani erbjöd en rabatt om 41,460 procent.

16. Eftersom Mantovani var missnöjt över att dess anbud inte godtogs, väckte bolaget talan avseende meddelandet om upphandling, den skriftliga inbjudan, beslutet att utesluta bolaget från upphandlingen och själva tilldelningen. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio ogillade talan i dom nr 1498 av den 26 juni 1998.

17. Mantovani överklagade domen och hävdade därvid att artikel 30.4 i direktivet överträtts "eftersom systemet för kontroll av anbudens riktighet... innebär att gemenskapsprinciperna om förbud mot automatiskt uteslutande åsidosätts" och eftersom "förfarandet efter konstaterande av att ett anbud är onormalt lågt inte är kontradiktoriskt".¹⁶

IV — Tolkningsfrågorna

18. Consiglio di Stato anser att för provningen av de båda överklagandena måste den exakta räckvidden av artikel 30.4 i direktivet fastställas såvitt avser förfarandet med att kontrollera onormalt låga anbud. Den har därför ställt följande frågor till domstolen:

"1) Strider en föreskrift om klausuler i meddelanden om offentlig upphand-

16 — Avsnitt II i beslutet om hänskjutande.

ling, som innebär att företag som inte har lämnat en förklaring till det angivna priset, motsvarande åtminstone 75 procent av minimivärdet, inte får delta i förfarandet, mot artikel 30.4 i direktiv nr 93/37?

hänsyn till förklaringar beträffande ekonomi i byggnadssätt, valda tekniska lösningar eller särskilt förmånliga omständigheter som gynnar anbudsgivaren vid arbetenas utförande, mot artikel 30.4 i direktiv nr 93/37?

2) Strider en föreskrift om ett system med automatisk beräkning av tröskelvärdet för onormalt låga anbud, i syfte att fastställa de anbud vars rimlighet skall kontrolleras, vilket system grundas på ett kasuistiskt kriterium och ett aritmetiskt medelvärde, där företagen inte i förväg får kännedom om tröskelvärdet, mot artikel 30.4 i direktiv nr 93/37?

5) Strider det mot artikel 30.4 i direktiv nr 93/37 att förklaringar som avser delar av arbetet, vars minimivärden återfinns i officiella förteckningar, inte tillåts?"

V — Förfarandet vid domstolen

3) Strider en föreskrift om ett kontradiktoriskt förfarande i förväg, i vilket företag som påstås ha inkommit med ett onormalt låga anbud inte kan göra sina synpunkter gällande efter det att anbudet öppnats och innan beslutet om att utesluta företaget har fattats, mot artikel 30.4 i direktiv nr 93/37?

19. I beslut av den 14 december 1999 förenade domstolens ordförande de två målen, eftersom de rör samma sak.

4) Strider en föreskrift, om att den upphandlande myndigheten endast får ta

20. Kommissionen, den italienska och den österrikiska regeringen, klagandena i förfarandena vid den nationella domstolen, Lombardini och Mantovani, och Coopsette, som är berörd part i det förfarande

som inlets av det andra av de ovannämnda bolagen, har inkommit med skriftliga yttranden inom den tid som anges i artikel 20 i EG-stadgan för domstolen.

3) Avsaknad av möjlighet för de företag vars anbud är onormalt låga att yttra sig innan anbudens utsluts. Det är fråga om den tredje frågan i begäran om förhandsavgörande.

21. Vid förhandling i målet den 3 maj 2001 var samtliga parter utom den österrikiska regeringen närvarande och redogjorde muntligen för sina argument.

23. Jag kommer i min redogörelse att hålla mig till den tidigare uppdelningen men först kan det för att bättre förstå artikel 30.4 i direktivet vara bra att kasta en blick, även om det blir i fågelperspektiv, på de gemenskapsrättsliga principerna om val av anbudsgivare vid offentlig upphandling.

VI — Behandling av tolkningsfrågorna

22. De fem frågor som Consiglio di Stato har ställt kan delas upp på det sätt som jag har angett i punkt 4 i detta förslag och inordnas i följande grupper:

1. *Principer vid val av entreprenör*

1) Automatiskt fastställande av tröskelvärdet för onormalt låga anbud. Det gäller här den andra frågan.

24. Direktiven om offentlig upphandling, vart och ett inom sitt särskilda område, har till syfte att främja utvecklingen av effektiv konkurrens vid offentlig upphandling¹⁷ genom förverkligande av de tre huvudfri-

2) Förklaringar av priset i anbudet och dess beskaffenhet. Det rör sig om den första, fjärde och femte frågan.

17 — Se dom av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Costanzo (REG 1989, s. 1839; svensk specialutgåva, volym 10, s. 83), punkt 18 *in fine* (nedan kallad domen i målet Fratelli Costanzo).

heterna i den europeiska integrationen (fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster).¹⁸ Direktiven syftar till att fullfölja det uppdrag som gemenskapens upphovsmän fastställde i artiklarna 9, 52 och 59 i EG-fördraget (nu artiklarna 23, 43 och 49 EG, i ändrad lydelse).

26. I kriterierna för deltagande och kvalitativt urval beaktas lämpligheten hos anbudsgivarna samt deras kapacitet och erfarenhet, såväl yrkesmässig som ekonomisk och teknisk. Uteslutandet av all diskriminering uppnås genom att det för varje enskilt fall, inom ramen för bestämmelserna, föreskrivs sådana normer som skall vara vägledande för förfarandet och de kapacitets- och erfarenhetsnivåer som krävs.²²

25. Genomförandet av detta uppdrag och uppfyllandet av detta mål kan förverkligas endast om de som vill delta i offentlig upphandling har möjlighet att göra det på lika villkor, utan tillstymmelse till diskriminering.¹⁹ Ett system som kännetecknas av objektivitet på alla plan, såväl i materiellt som i formellt hänseende, är därför nödvändigt — i fråga om det första hänseendet genom att objektiva kriterier för deltagande i upphandlingarna och för tilldelning av kontrakt fastställs²⁰ och i fråga om det andra genom att förfaranden med insyn där publicering är regeln utformas.²¹

27. När de anbudsgivare som kan bli aktuella för tilldelning av kontrakt har valts ut med tillämpning av bestämmelserna om deltagande, sker tilldelningen enligt objektiva kriterier, antingen det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Om det sistnämnda används skall den upphandlande myndigheten i förväg i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling fastställa urvalskriterierna med angivande av inbördes vikt.²³

18 — För upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, se första övervägandet i direktiv 71/305/EEG och andra övervägandet i direktiv 93/37/EEG. Se även andra övervägandet i förslaget till direktiv.

19 — Detta leder å andra sidan till att nationella marknader för offentlig upphandling öppnas, vilket också är ett krav i EG-fördraget (se artikel 130f.2 — nu artikel 163 EG), i detta fall inom området för forskning och teknisk utveckling.

20 — Distinktionen mellan kriterier avseende deltagande och kriterier avseende tilldelning betonades av generaladvokaten Darmon i dennes förslag till avgörande i mål 31/87, Beentjens (REG 1988, s. 4635), i vilket dom meddelades den 20 september 1988. Med hänvisning till direktiv 71/305/EEG anförde han att "i detta görs klar åtskillnad mellan kriterierna för kontroll av lämpligheten i fråga om anbudsgivarens egenskaper, och kriterierna för tilldelning av kontrakt, som avser egenskaperna på den tjänst som erbjuds, på det bygg- och anläggningsarbete som skall genomföras" (punkt 36). Denna åtskillnad förekommer även i förslaget till direktiv (27:e och 29:e övervägandet).

21 — Se punkt 2 och fotnot 2 ovan. Se även 27:e till 30:e övervägandet i förslaget till direktiv.

28. Som framgår eftersträvas i systemet att inget skall lämnas åt slumpen eller åt godtycket hos den som skall besluta om

22 — Se artikel 18 och följande artiklar i direktivet och artikel 44 och följande artiklar i förslaget till direktiv.

23 — Se artikel 30.1 och 30.2 i direktivet samt artikel 53.1 och 53.2 i förslaget till direktiv. Kriterierna för att avgöra vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste avse föremålet för upphandlingen och kan avse kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, service och teknisk support, leveransdag och leverans- eller genomförandetid (artikel 53.1.b i förslaget till direktiv).

tilldelning av kontraktet. Den likabehandling som skall gälla vid offentlig upphandling kräver att de som önskar tilldelas ett kontrakt av denna sort på förhand skall veta vad de skall göra för att få detta. Den upphandlande myndigheten skall därför, inom det utrymme för skönsässig bedömning som den tekniska bedömningen innebär, tillämpa endast de parametrar som har fastställts i bestämmelserna, antingen de som på ett allmänt sätt reglerar offentlig upphandling eller de som särskilt reglerar en viss upphandling, det vill säga kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling.²⁴

30. Dessa principer skall tillämpas utan att det glöms bort att offentlig upphandling är ett sätt att förvalta offentliga intressen varvid myndigheterna utser enskilda — fysiska eller juridiska personer — att samarbeta för genomförandet av mål som de har anförtrots och som under alla förhållanden skall genomföras på ett effektivt sätt. Denna effektivitet passar ibland inte ihop med den takt som föreskrivs i ett selektivt förfarande i vilket det förekommer många garantier. Detta är skälet till att vissa upphandlingar i direktivet utesluts från dess tillämpningsområde, att vissa fall av vanligt upphandlingsförfarande undantas, och att fristerna ibland förkortas.²⁶

29. För att denna likabehandling skall förverkligas, och för att det inte skall förekomma diskriminering vid offentlig upphandling, är det inte tillräckligt att fastställa objektiva kriterier för deltagande och tilldelning av kontrakt, utan det är också nödvändigt att offentliggöra när dessa kriterier tillämpas, från meddelandet om upphandling, över kontraktshandlingarna och slutligen i själva urvalsförfarandet,²⁵ såväl i öppna som selektiva förfaranden.

2. Artikel 30.4 i direktivet

31. Denna bestämmelse utgör en av reglerna om tilldelning av kontrakt, och med syftet att undanröja hinder ges i denna möjlighet att förkasta anbud som anses onormalt låga i förhållande till arbetet. Förkastandet kan emellertid inte ske automatiskt, eftersom det i gemenskapsbestämmelsen krävs att den upphandlande myndigheten 1) innan den fattar sitt beslut ger anbudsgivaren möjlighet att lämna förklaringar till sitt anbud genom att begära de förklaringar som den anser vara betydelsefulla och 2) därvid beaktar de förklaringar

24 — Detta är skälet till att det i förslaget till direktiv föreskrivs att ingen kan uteslutas från ett upphandlingsförfarande på grundval av andra urvalskriterier eller kvalifikations- och erfarenhetskrav än dem som har redovisats i meddelandet om upphandling (artikel 44.3) eller tvärtom att ingen som inte uppfyller kriterierna skall kunna väljas (artikel 44.5).

25 — Se artikel 11 och motsvarande artiklar i direktivet och artikel 34 och motsvarande artiklar i förslaget till direktiv. I det senare föreskrivs i artikel 41, varigenom artikel 8 utvidgas, att de upphandlande myndigheterna skall informera varje anbudssökande om beslut vid offentlig upphandling, särskilt om beslut där deras ansökan utesluts, med angivande av skälen för detta. De skall även underätta alla som har lämnat godtagbara anbud om utformningen och de relativa fördelarna med det antagna anbudet samt namnet på den anbudsgivare som har tilldelats kontraktet. Likaledes skall skälen för ett beslut att avstå från en tilldelning och börja om förfarandet publiceras.

26 — Se exempelvis artiklarna 4, 7 och 14.

som denne lämnar, särskilt avseende ekonomi i byggnadssätt, valda tekniska lösningar, speciellt förmånliga omständigheter som gynnar anbudsgivaren vid arbetenas utförande och originaliteten i anbudsgivarens förslag.

säga först efter ett kontradiktoriskt kontrollförfarande.²⁸

32. Man kan dra tre slutsatser av det ovannämnda:

1a. Begreppet onormalt lågt anbud är inte ett abstrakt begrepp. Tvärtom definieras det utifrån kontrakt som tilldelningen rör och i förhållande till arbetet.

2a. Den upphandlande myndigheten skall för att kunna förkasta anbud som den anser vara onormalt låga²⁷ kontrollera dessa.

3a. Ett beslut att utesluta ett anbud kan endast fattas sedan anbudsgivaren fått möjlighet att förtydliga sitt anbud, det vill

3. Automatiskt fastställande av tröskelvärde för onormalt låga anbud

33. Såsom har framkommit finns det i den italienska lagstiftningen ett matematiskt och således automatiskt system för fastställande av tröskelvärde för onormalt låga anbud. Detta består i en procentsats som Ministeriet för offentliga bygg- och anläggningsarbeten fastställer den 1 januari varje år. För åren 1997 och 1998 ansåg ministeriet att det var omöjligt att fastställa ett enda tröskelvärde för hela landet och använde sig därför av ett kasuistiskt kriterium, som varierade för varje enskild upphandling, och som bestod i ett "... värde som är lika stort som det aritmetiska medelvärdet av rabatterna, i procent räknade, för samtliga godtagna anbud, ökat med det aritmetiska medelvärdet av avvikelserna för de rabatter, i procent räknade, som överstiger ovannämnda medelvärde". Den upphandlande myndigheten är skyldig²⁹ att kontrollera alla anbud som överstiger detta tröskelvärde.³⁰

27 — I den spanska versionen av direktiv 71/305/EEG, även i dess lydelse från år 1989, omnämns anbud som har en onormalt låg karaktär (den franska versionen löd "... des offres présentement manifestement un caractère anormalement bas..."). I direktiv 97/37/EEG hänvisas däremot till anbud som förefaller onormalt låga. Denna skillnad i ordalydelse kan enligt min mening skingra de tvivel kring tolkningen som fanns avseende lydelsen av år 1975, vilken tvingade domstolen att i domen i målet Fratelli Costanzo ange att den bestämmelse som den tolkade avsåg onormalt låga anbud och inte endast dem som var uppenbart låga.

28 — Detta fastslog domstolen i domen i målet Fratelli Costanzo (punkterna 16, 18 och 19), vars slutsatser därefter upprepades i dom av den 18 juni 1991 i mål C-295/89, Donà Alfonso (REG 1991, s. I-2967). Det fanns redan rättspraxis på området genom dom av den 10 februari 1982 i mål 76/81, Transporoute (REG 1982, s. 417; svensk specialutgåva, volym 6, s. 319, nedan kallad domen i målet Transporoute). I dom av den 16 oktober 1997 i mål C-304/96, Hera (REG 1997, s. I-5685), uttalade domstolen att det kontrollförfarande som avses i artikel 30,4 i direktivet skall tillämpas undantagslöst från den 31 december 1992. Domstolen utvidgade till 1993 års direktiv det som den redan hade fastslagit för 1971 års direktiv, i dess lydelse av år 1989, i dom av de 26 oktober 1995 i mål C-143/94, Furlanis (REG 1995, s. I-3633).

29 — Enligt domen i målet Fratelli Costanzo överensstämmer denna skyldighet med direktivet.

30 — Se punkterna 7 och 8 ovan.

34. Ett system som det beskrivna överensstämmer med kraven i artikel 30.4 i direktivet och med de principer som styr valet av entreprenör.

35. Jag har påpekat att i enlighet med den ovannämnda bestämmelsen är begreppet onormalt lågt anbud mycket exakt och skall fastställas för varje kontrakt på grundval av det särskilda föremål som arbetet utgör. Enligt min mening överensstämmer ett tröskelvärde för onormalt låga anbud, som bygger på ett värde som erhålls från ingivna anbud i en upphandling, med direktivet. Dessa anbud har per definition upprättats med beaktande av föremålet för upphandlingen. Systemet möjliggör, vilket Mantovanis ombud har påpekat vid förhandlingen i målet, att marknaden själv för varje upphandling fastställer den gräns i förhållande till vilken ett anbud skall anses ligga utanför det normala. Mot bakgrund av kriteriets objektivitet behandlas dessutom alla anbudsgivare lika. Ingen åtnjuter en fördel i förhållande till övriga när anbudet upprättas.

36. Medaljens baksida är att insynen drabbas. De som önskar tilldelas kontraktet känner när de upprättar sina förslag inte till det tröskelvärde i förhållande till vilket anbud kan anses onormalt låga. Vidare har inte ens den upphandlande myndigheten själv kännedom om detta tröskelvärde. Denna följd är emellertid det pris som får betalas för att begreppet onormalt låga anbud skall vara ett juridiskt begrepp som fastställs *a priori*, men som är fullt avgräns-

bart för varje enskild upphandling, vilket krävs enligt 30.4 i direktivet.

37. Det är riktigt att vad som påpekats ovan, i kombination med skyldigheten att med anbud lämna förklaringar till priset samt med uteslutande efter kontroll och utan möjlighet till yttrande av de anbud som är onormalt låga, kan strida mot kraven i direktivet. En sådan följd kan emellertid inte tillskrivas systemet för fastställande av tröskelvärdet för onormalt låga anbud i sig, utan föreskriften om denna skyldighet eller genomförandet av detta undantag.

38. Det är också riktigt att i domen i målet Fratelli Costanzo fastslog domstolen att enligt direktivet³¹ är system med automatisk uteslutning förbjudna, men den automatik som domstolen inte godtog var ett uteslutande utan något kontradiktoriskt kontrollförfarande, och inte en beräkning av tröskelvärdet för onormalt låga anbud genom matematiska kriterier.³²

39. Mot bakgrund av övervägandena ovan föreslår jag att domstolen skall besvara den andra frågan från Consiglio di Stato med att ett matematiskt system för att fastställa ett sådant tröskelvärde för onormalt låga anbud som innebär att anbudsgivare inte får kännedom om det innan de lämnar sina anbud inte strider mot artikel 30.4 i direktivet.

31 — Domen avser artikel 29.5 i direktiv 71/305/EEG.

32 — Se punkt 19 i domen.

4. Förklaringen till priset i anbudet

A — De förklaringar som skall lämnas med anbudet

40. De principer som urvalet vid offentlig upphandling måste överensstämja med och som jag, rent deskriptivt, har redogjort för ovan gör det möjligt att fastslå att det inte finns något, i vare sig direktivet rent generellt eller i dess artikel 30.4 i synnerhet, som innebär ett hinder mot att kräva att förklaringar till åtminstone 75 procent av grundpriset för upphandlingen lämnas med anbudet vid äventyr av att anbudet annars utesluts. Det är fråga om ett objektivi- villkor som alla anbudsgivare skall uppfylla.

41. Enligt nämnda gemenskapsbestäm- melse krävs det inte att de som önskar erhålla kontraktet i förväg förklarar sam- mansättningen och innehållet i sitt anbud, men inte heller finns det hinder för det i bestämmelsen. En sådan föreskrift innebär inte att de som konkurrerar om kontraktet inte gör detta på lika villkor. Samtliga måste utan undantag med anbudet lämna förklaringar till de mest väsentliga delarna av priset, motsvarande 75 procent av grundbeloppet för upphandlingen, och i ett särskilt, tillslutet kuvert lämna angivna handlingar för kontroll av de uppgifter som det bygger på.

42. Urvalsprocessen blir därigenom smidi- gare och således mer effektivt, vilket, som

jag redan har påpekat, är ett krav som följer av gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling. När ett anbud anses onormalt lågt, med den tillämpning av det system som redogjorts för ovan, kan den upphandlande myndigheten utan någon fördröjning kontrollera dess innehåll och bedöma de lämnade förklaringarna utan att behöva vänta på att anbudsgivaren ger in dessa. Anbudsgivaren kan lämna ytterligare upplysningar när denne oundgängligen ges tillfälle att yttra sig, vilket måste ske innan hans anbud förkastas.

Det kan nämligen inträffa att den upp- handlande myndigheten, när den tagit del av de handlingar som givits in med anbudet och de upplysningar som lämnats, beslutar att godta anbudet.³³ Upphandlingen kan fortsätta utan den fördröjning som skulle ha uppkommit om, för det fall inte några förklaringar hade inlämnats med ansökan, det hade varit nödvändigt att ge anbudsgi- varen tillfälle att lämna dem då.

43. Jag föreslår därför att domstolen skall besvara den första av frågorna från Con- siglio di Stato med att det inte strider mot artikel 30.4 i direktivet att ett meddelande

33 — Att ett anbud betecknas som onormalt lågt innebär inte att det automatiskt utesluts. När lämnade förklaringar, och de handlingar på vilka dessa stöds, har bedömts kan den upphandlande myndigheten trots denna beteckning besluta att godta den. Artikel 30.4 i direktivet skulle inte ha någon mening om ett onormalt lågt anbud skulle förkastas under alla omständigheter och oberoende av vilka förklaringar som anbudsgivaren lämnar.

om upphandling innehåller en klausul enligt vilken företaget, som inte till sina anbud bifogar förklaringar till det pris som de föreslår till ett värde motsvarande åtminstone 75 procent av grundpriset för upphandlingen, utesluts.³⁴

B — Förklaringarnas karaktär

44. I artikel 30.4 i direktivet föreskrivs i det andra stycket att de upphandlande myndigheterna vid bedömningen av de onormalt låga anbudena får ta hänsyn till förklaringar beträffande ekonomi i byggnadsätt, tekniska lösningar, det förslag till utförande som anges i anbudet, originaliteten i detta förslag och slutligen speciellt förmånliga omständigheter som gynnar anbudsgivaren.

34 — Ett helt annat problem, som inte någon av tolkningsfrågorna avser, är att det i praktiken dessutom krävs (se punkt 10 B i detta förslag till avgörande) att det i ett tillslutet kuvert lämnas handlingar för kontroll av uppgifterna i förklaringarna och att detta kuvert öppnas endast om anbudet ligger ovanför tröskelvärden för onormalt låga anbud och betecknas som onormalt lågt. I princip föreligger här inte någon ooberättigad särbehandling mellan anbud som är onormalt låga och sådana som inte är det. Ingetdera godtas om de inte uppfyller villkoret i fråga. Enbart om anbud av båda sorter lämnats in, kuverten i båda fallen är tomma och inte innehåller angivna handlingar, skulle det vara fråga om ooberättigad diskriminering mot vilken rättsliga åtgärder kan vidtas. Om det finns ett anbud, men det inte lämnas handlingar eller de som lämnas är irrelevanta, skall i enlighet med meddelandet om upphandling (se punkt 19 C) anbudet automatiskt inte godtas. Därvid införs en ooberättigad särbehandling mellan anbud som betecknas som onormalt låga och dem som hamnar under tröskelvärden för onormalt låga anbud, eftersom kuvertet öppnas endast för det förstnämnda. Ett anbud som inte är onormalt lågt kan därför gå vidare i urvalsörfarandet och till och med tilldelas kontraktet, trots att det inte uppfyller ett villkor som i enlighet med bestämmelserna i meddelandet om upphandling är en förutsättning för att anbudet skall kunna godtas.

45. Denna bestämmelse är endast en precisering av bestämmelsen i det första stycket, enligt vilken de upphandlande myndigheterna skall begära sådana förklaringar som de anser betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera delarna av anbudet med hänsyn till de förklaringar som inkommer.

46. En gemensam tolkning av dessa två bestämmelser leder till att en upphandlande myndighet, innan den förkastar ett anbud på grundval av att det är onormalt lågt, skall begära att anbudsgivaren lämnar de förklaringar och förtydliganden som den anser betydelsefulla. Som svar på begäran och för att försvara sitt förslag kan anbudsgivaren lämna in de förklaringar som denne anser lämpliga, utan någon som helst begränsning, bland andra dem som anges i det andra stycket.

Den upphandlande myndigheten skall beakta samtliga förklaringar vid beslutet huruvida den slutligen skall godta eller förkasta anbudet, även de förklaringar som anges i det andra stycket. Denna bestämmelse är inte en standstill-bestämmelse och innehåller inte någon uttömmande förteckning över de förklaringar och förtydliganden som kan lämnas, utan är tvärtom endast en precisering av den allmänna bestämmelsen i det första stycket.

47. En bestämmelse enligt vilken den sorts förklaringar, som en anbudsgivare med ett

onormalt lågt anbud kan lämna, begränsas till dem som anges i artikel 30.4 skulle strida mot direktivets ordalydelse och anda. Detta direktiv syftar till att anbudsgivaren, innan ett anbud förkastas som onormalt lågt, skall kunna förklara sig utan någon som helst begränsning. Denna bestämmelse återfinns i artikel 7 i den italienska lagen nr 216/1995.³⁵

50. Enligt min mening bortses det emellertid vid fallet ovan från två grundläggande punkter: För det första att ett fastställt pris inte är synonymt med ett oföränderligt pris, för det andra att syftet med direktivet är att gynna fri konkurrens mellan företag.

48. Denna bestämmelse handlar om att en anbudsgivare med ett anbud som överstiger tröskelvärdet för onormalt låga anbud skall kunna förklara sig och, för att visa att förslaget är allvarligt menat, lämna samtliga motiveringar som denne anser lämpliga. Företagaren kan emellertid förklara sig endast om han har manöverutrymme för att i fri konkurrens lämna anbud med lägre priser än konkurrenterna och därvid komma fram till ett utförande av arbetet som är så förmånligt som möjligt för de offentliga intressena. Om det inte finns något sådant utrymme är varje förklaring därför överflödig.

51. Det finns inget som hindrar ett företag från att på vissa delar av arbetet lämna anbud med ett annat — lägre — pris än det som angivits som minimipris i officiella förteckningar. En anbudsgivares anbud har ett komplicerat och inte enhetligt innehåll, vilket gör det möjligt att kombinera dess olika delar för att nå fram till pris och villkor för utförandet som gör det så attraktivt som möjligt för allmänintresset. Att beröva den som önskar tilldelas ett kontrakt möjlighet att lämna förklaringar till varför denne föreslår ett lägre pris än det som fastställts i officiella förteckningar, innebär att de goda effekterna av tillåten konkurrens hindras och att deras anbud automatiskt utesluts.

49. I princip skulle en sådan situation uppkomma om priser fastställdes officiellt. När priserna fastställs finns det inget behov av förklaringar eftersom de ges i en bestämmelse. Om anbudsgivaren har lämnat anbud med andra priser skulle anbudet inte vara berättigat på denna punkt. I ett sådant fall skulle ett uteslutande av förtydliganden inte strida mot direktivet.

52. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den fjärde och den femte frågan från Consiglio di Stato med att det inte strider mot artikel 30.4 att en upphandlande myndigheten enligt en bestämmelse i nationell rätt vid kontroll av anbud som är onormalt låga skall beakta endast vissa förklaringar och

35 — Se ovan punkt 7.

utesluta dem som avser delar vars minimivärden kan erhållas från officiella förteckningar.

5. Det kontradiktoriska förfarandet för kontroll av anbud

53. Jag har vid upprepade tillfällen och på olika sätt i detta förslag till avgörande påpekat att enligt artikel 30.4 i direktivet är en automatisk uteslutning av anbud som anses onormalt låga förbjuden. Innan en upphandlande myndighet fattar ett sådant beslut skall den kräva en skriftlig förklaring till de delar av anbudet som den anser betydelsefulla i sammanhanget. Gemenskapslagstiftaren har velat att inget anbud förkastas utan att anbudsgivaren kan lämna förklaringar i önskad omfattning. Det kontradiktoriska kontrollförfarandet är ofrånkomligt. Detta har domstolen uttalat i sina domar i målet *Tfansporoute*, målet *Fratelli Costanzo* och målet *Donà Alfonso*.³⁶

54. Ett kontradiktoriskt förfarande är synonymt med dialog, diskussion och debatt. Det blir endast en monolog när den som kommer att påverkas av beslutet

36 — Förslaget till direktiv går i samma riktning. I det första stycket i artikel 54 kan läsas att "[o]m det vid en viss upphandling finns anbud som förefaller vara onormalt låga i förhållande till insatsen, skall den upphandlande myndigheten, innan dessa förkastas, skriftligt begära sådana förtydliganden om anbudens sammansättning som den anser sig behöva samt granska sammansättningarna i ljuset av de ingivna förklaringarna samt med bibehållen svarsrätt".

inte kan lämna förklaringar. Det är också detta som inträffar i det system som föreskrivs i den italienska lagen, i vilket beslutet att utesluta anbud fattas med beaktande av endast de förklaringar som lämnas med anbudet, utan att den upphandlande myndigheten kan begära förtydliganden och utan att den berörde anbudsgivaren ges möjlighet att komplettera de förklaringar som den lämnade inledningsvis.³⁷

55. När ett anbud anses onormalt lågt skall den upphandlande myndigheten, sedan den öppnat kuvertet med de handlingar med uppgifter som utgör stöd för de förklaringar som lämnades inledningsvis och innan den fattar beslut om anbudet, begära de förklaringar som den anser nödvändiga. Med beaktande av dessa förklaringar, samt av dem som lämnades inledningsvis och de handlingar som givits in till stöd skall den upphandlande myndigheten fatta sitt beslut: Att utesluta eller godta anbudet.

56. Sammanfattningsvis skall det som svar på den tredje tolkningsfrågan fastställas att ett förfarande för uteslutande av onormalt låga anbud, där anbudsgivarna inte har möjlighet att lämna förklaringar sedan anbudet öppnats och innan beslutet att utesluta anbudet fattas, strider mot artikel 30.4 i direktivet.

37 — Jag vill erinra om att det krävs av dem att de med anbudet lämnar förklaringar till de mest betydande delarna av priset till ett belopp som inte är lägre än 75 procent av grundpriset för upphandlingen.

VII — Förslag till avgörande

57. Mot bakgrund av övervägandena ovan föreslår jag att domstolen skall besvara frågorna från Consiglio di Stato i Republiken Italien med att artikel 30.4 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten

- 1) inte utgör hinder för ett matematiskt system för att fastställa ett sådant tröskelvärde för onormalt låga anbud som innebär att anbudsgivare inte får kännedom om det innan de lämnar sina anbud,
- 2) inte utgör hinder för att meddelandet om upphandling innehåller en klausul enligt vilken företag utesluts som inte med sina anbud lämnar förklaringar till det pris som de föreslår till ett värde motsvarande åtminstone 75 procent av grundpriset för upphandlingen,
- 3) utgör hinder för att en upphandlande myndigheten enligt en bestämmelse i nationell rätt vid kontroll av anbud som är onormalt låga skall beakta endast vissa förklaringar och utesluta dem som avser delar vars minimivärden kan erhållas från officiella förteckningar, och
- 4) innebär att ett förfarande för uteslutande av onormalt låga anbud, där anbudsgivarna inte har möjlighet att lämna förklaringar sedan anbuden öppnats och innan beslutet att utesluta anbudet fattas, inte är tillåtet.