



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 5 december 2013*

”Offentlig upphandling — Förhandlat förfarande med offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling — Möjlighet för den upphandlande myndigheten att förhandla om anbud som inte uppfyller de bindande kraven i de tekniska specifikationer som anges i förfrågningsunderlaget för upphandlingen”

I mål C-561/12,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Riigikohus (Estland) genom beslut av den 23 november 2012, som inkom till domstolen den 5 december 2012, i målet

Nordecon AS,

Ramboll Eesti AS

mot

Rahandusministeerium,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden L. Bay Larsen (referent) samt domarna M. Safjan, J. Malenovský, A. Prechal och S. Rodin,

generaladvokat: N. Wahl,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Nordecon AS, genom A. Ots,
- Estlands regering, genom M. Linntam och N. Grünberg, båda i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek och T. Müller, båda i egenskap av ombud,
- Spaniens regering, genom A. Rubio González, i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: estniska

— Europeiska kommissionen, genom A. Tokár och L. Naaber-Kivisoo, båda i egenskap av ombud, med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 30.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Nordecon AS, som inträtt i Nordecon Infra AS' (nedan kallat Nordecon) och Ramboll Eesti AS' (nedan kallat Ramboll Eesti) rättigheter, å ena sidan, och Rahandusministeerium (finansministeriet), å andra sidan, rörande ogiltigförklaring av ett förhandlat förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt med offentliggörande av meddelande om upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 I artikel 1.11 d i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:
"förhandlat förfarande: förfarande där en upphandlande myndighet vänder sig till utvalda ekonomiska aktörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem."
- 4 I artikel 2 i direktiv 2004/18, som har rubriken "Principer för tilldelning av kontrakt", stadgas följande:
"Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt."
- 5 I punkterna 1 och 2 i artikel 23 i direktivet, vilken har rubriken "Tekniska specifikationer" föreskrivs följande:
"1. Tekniska specifikationer enligt definitionen i punkt 1 i bilaga VI skall ingå i kontraktshandlingarna såsom meddelanden om upphandling, förfrågningsunderlag och kompletterande handlingar ...
2. De tekniska specifikationerna skall tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade hinder mot att upphandling öppnas för konkurrens."
- 6 I punkterna 1–4 i artikel 24 i samma direktiv, vilken har rubriken "Alternativa anbud", föreskrivs följande:
"1. Om kriteriet för kontraktstilldelning är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den upphandlande myndigheten tillåta anbudsgivare att lägga fram alternativa anbud.
2. En upphandlande myndighet skall i meddelandet om upphandling ange huruvida den godkänner alternativa anbud eller inte. Om detta inte anges är alternativa anbud inte tillåtna."

3. En upphandlande myndighet som tillåter alternativa anbud skall i förfrågningsunderlaget ange vilka minimikrav som gäller för alternativa anbud och eventuella särskilda villkor som gäller för redovisningen av anbudet.

4. En upphandlande myndighet skall endast beakta de alternativa anbud som uppfyller de ställda minimikraven ...”

7 I punkterna 1–3 i artikel 30 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Fall som motiverar det förhandlade förfarandet med offentliggörande av meddelande om upphandling” föreskrivs följande:

”1. En upphandlande myndighet får vid offentlig upphandling tillämpa förhandlat förfarande efter att ha offentliggjort ett meddelande om upphandling i följande fall:

a) Om ett anbud är ogiltigt eller om ett anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog inte kan godtas med hänsyn till nationella bestämmelser som överensstämmer med vad som föreskrivs i artiklarna 4, 24, 25 och 27 samt i kapitel VII, i den mån som de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

...

b) I undantagsfall om byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är av sådant slag eller är förenade med sådana risker att det inte går att ange något totalpris i förväg.

c) För tjänster, bland annat inom kategori 6 i bilaga II A och intellektuella tjänster, t.ex. projektering av anläggningar, om arten av de tjänster som skall tillhandahållas är sådan att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden.

...

2. I de fall som avses i punkt 1 skall den upphandlande myndigheten förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbudet till de krav som den upphandlande myndigheten har angivit i meddelandet om upphandling, förfrågningsunderlaget och de eventuella kompletterande handlingarna och för att få fram det bästa anbudet i enlighet med artikel 53.1.

3. Den upphandlande myndigheten skall under förhandlingen garantera lika behandling av samtliga anbudsgivare. Den skall i synnerhet inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra.”

Estnisk rätt

8 I 27 § punkt 1 i lag om offentlig upphandling (riigihangete seadus, nedan kallad RHS) föreskrivs följande:

”Med ett förhandlat förfarande med offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling avses ett förfarande för kontraktstilldelning där intresserade parter kan ansöka om att delta i ett förfarande för kontraktstilldelning. Den upphandlande myndigheten ska erbjuda minst tre sökande, som den har valt ut på grundval av objektiva och icke-diskriminerande kriterier, att inkomma med anbud och ska föra förhandlingar med dessa sökande om de anbud som de har lämnat in för att anpassa anbudet till kraven i förfrågningsunderlaget och för att välja ut det anbud som ska antas.”

9 I 31 § punkt 5 RHS föreskrivs följande:

”Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett offentligt kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och det i meddelandet om offentlig upphandling anges att också alternativa lösningar kan lämnas in, förutom lösningar som uppfyller alla krav i meddelandet om upphandling och i förfrågningsunderlaget, ska den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget ange villkoren för alternativa lösningar och vilka krav som ställs på inlämnande av sådana.”

10 I 52 § punkt 1 RHS föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten ska bedöma alternativa lösningar när den tilldelar kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat in det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, när det är tillåtet att lämna in alternativa lösningar enligt meddelandet om upphandling.”

11 I 67 § punkt 1 RHS föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten ska öppna alla anbud, utom i de fall som anges i 65 § punkt 4 i denna lag, och föra förhandlingar med anbudsgivarna om de inlämnade anbuden för att om det behövs anpassa dem till de krav som anges i meddelandet om upphandling och i förfrågningsunderlaget och välja ut det anbud som ska antas.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12 Den 25 september 2008 inledde Maanteeamet (det estniska vägverket) ett förhandlat förfarande med offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling med titeln ”Planläggning och anläggande av vägsträckningen Aruvalla-Kose på E263”.

13 Det angavs i punkterna 4.3.1 och 4.7.1 i bilaga III till förfrågningsunderlaget rörande det kontrakt som avses i det nationella målet att mittremsan på denna vägsträckning skulle vara 13,5 meter bred i intervallet 26,6 till 32 kilometer och 6 meter bred i intervallet 32 till 40 kilometer.

14 Den 20 januari 2010 meddelade Maanteeamet att de fyra anbud som lämnats in, det vill säga anbuderna från koncernerna Lemminkäinen och Merko, det gemensamma anbud som lämnats av Ehitusfirma Rand ja Tuulberg AS, Binders SIA och Inseneribuve SIA samt det anbud som lämnats av Nordeconkoncernen, som bestod av Nordecon Infra AS och Ramboll Eesti, kunde prövas, trots att det i sistnämnda koncerns anbud angavs att mittremsan skulle vara 6 meter bred på hela den berörda vägsträckningen.

15 Vid de förhandlingar som följde efter att anbuderna lämnats in föreslog Maanteeamet i skrivelse av den 26 april 2010 anbudsgivarna, förutom Nordeconkoncernen, att ändra den bredd på mittremsan som angavs i det ursprungliga anbudet och att fastställa bredden till 6 meter för hela den berörda vägsträckningen, såsom Nordeconkoncernen hade föreslagit. Efter förhandling med samtliga anbudsgivare lämnade dessa inom fristen, som den upphandlande myndigheten hade fastställt till den 27 maj 2010, in sina anbud efter att ha korrigerat priserna till följd av den önskade ändringen.

16 Genom två beslut av den 10 juni 2010 meddelade Maanteeamet att samtliga anbud kunde prövas och att myndigheten antog budet från Lemminkäinenkoncernen, vilken hade lämnat lägst pris.

17 Den 21 juli 2010 ogiltigförklarades dessa två beslut av överklagandenämnden vid Rahandusministeerium efter ett klagomål av Nordecon Infra AS. Överklagandenämnden fann att den förhandling som den upphandlande myndigheten genomför i ett förhandlat förfarande med offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling inte kunde avse omständigheter som klart och tydligt framgår av grunddokumenten för upphandlingen, såsom de krav som avsåg mittremsans

bredd. Den 27 september 2010 avtog generaldirektören för Maanteeamet det gemensamma anbudet från Lemminkäinenkoncernen och antog Nordeconkoncernens anbud, eftersom detta anbud hade lägst pris efter Lemminkäinenkoncernens anbud.

- 18 Efter att Merkokoncernen begärt att detta beslut skulle ogiltigförklaras ogiltigförklarade Rahandusministeerium i beslut av den 26 oktober 2010 det förfarande för tilldelning av kontrakt som är aktuellt i det nationella målet med bland annat motiveringen att den upphandlande myndigheten rättsstridigt hade prövat Nordeconkoncernens anbud och antagit det, trots att detta anbud innehöll en alternativ lösning som inte var tillåten i meddelandet om offentlig upphandling och att den förhandling som genomförts av den upphandlande myndigheten inte kunde avse omständigheter som motsvarades av krav som klart och tydligt angavs i grunddokumenten, såsom kraven på mittremsans bredd på den berörda vägsträckningen.
- 19 Nordecon, som under mellantiden inträtt i Nordecon Infra AS' och Ramboll Eestis rättigheter överklagade detta beslut vid Tallinna halduskohus (förvaltningsdomstolen i Tallinn), som i dom av den 2 mars 2011 ogillade överklagandet. Enligt denna domstol borde de anbud som lämnats in av sökandena i det nationella målet ha avslagits, eftersom det berörda meddelandet om offentlig upphandling – i strid med 31 § punkt 5 och 52 § RHS – inte medgav en möjlighet att lämna alternativa lösningar och att tilldela kontraktet till den anbudsgivare som ingav det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan den som lämnat det lägsta priset. För övrigt kunde förhandlingarna i ett förhandlat förfarande med offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling endast avse aspekter som inte hade definierats när anbudet lämnades in och som inte angavs i upphandlingsdokumenten.
- 20 De två bolagen överklagade förstainstansens dom i Tallinna Ringkonnakohus (överrätten i Tallinn). I dom av den 21 december 2011 fastställde Tallinna Ringkonnakohus den överklagade domen.
- 21 Vad beträffar punkt 8.1 i förfrågningsunderlaget i det nationella målet, i vilken Maanteeamet hade tillåtit alternativa lösningar, med undantag av anläggandet av körbanan på en huvudväg (bland annat av- och påfarter), fann Tallinna Ringkonnakohus att meddelandet om offentlig upphandling varken lämnade möjlighet för att lämna in alternativa lösningar eller att tilldela kontraktet till den anbudsgivare som lagt fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Maanteeamets beslut att tillåta alternativa lösningar stred därför mot 31 § punkt 5 och 52 § punkt 1 RHS. Dessutom borde det ursprungliga anbud som lämnats av sökandena i det nationella målet ha avslagits.
- 22 Nordecon och Ramboll Eesti överklagade hos Riigikohus (Högsta domstolen), och yrkade att den dom som meddelats av Tallinna Ringkonnakohus skulle upphävas, att en ny dom skulle meddelas och att det skulle fastställas att det beslut som fattats av Rahandusministeerium den 26 oktober 2010 var rättsstridigt.
- 23 Enligt Riigikohus är det ostridigt att meddelandet om offentlig upphandling inte tillät alternativa lösningar och att anbudet inte hade bedömts enligt kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.
- 24 Även om Riigikohus medger att det i ett förhandlat förfarande med offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling är möjligt att förhandla om frågor om villkoren för kontraktstilldelning utan att det är fråga om att lägga fram alternativa lösningar, hyser Riigikohus tvivel huruvida den upphandlande myndigheten även kan förhandla om anbud som är oförenliga med de bindande kraven i förfrågningsunderlaget och huruvida dessa förhandlingar åtminstone ska leda fram till att det anbud som antas är förenligt med dessa bindande krav.
- 25 Riigikohus erinrade härvidlag om att det lämnas öppet i artikel 30.2 i direktiv 2004/18 huruvida anbudet vid sådana förhandlingar även kan anpassas till bindande krav i de tekniska specifikationerna. Om en sådan anpassning är möjlig hyser Riigikohus tvivel om huruvida det även är möjligt att inleda

en förhandling om anbud som inte från början helt och hållet uppfyller dessa bindande krav. Enligt Riigikohus lämnar direktivet inte heller något klart svar på frågan om huruvida den anpassning som sker efter en förhandling ska leda till att anbuden helt överensstämmer med de tekniska specifikationerna och huruvida den upphandlande myndigheten, för att nå denna överensstämmelse, även kan ändra de tekniska specifikationerna.

26 Mot denna bakgrund beslutade Riigikohus att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

- ”1) Ska artikel 30.2 i direktiv [2004/18] tolkas så, att det är tillåtet för en upphandlande myndighet att förhandla med anbudsgivarna om sådana anbud som inte uppfyller de bindande kraven i de tekniska specifikationerna för upphandlingen?
- 2) Om fråga [1] besvaras jakande: Ska artikel 30.2 i direktiv 2004/18 tolkas så, att en upphandlande myndighet under förhandlingarna efter det att anbuden har öppnats får ändra de bindande kraven i de tekniska specifikationerna under förutsättning att föremålet för upphandlingen inte ändras och likabehandling av alla anbudsgivare garanteras?
- 3) Om fråga [2] besvaras jakande: Ska artikel 30.2 i direktiv 2004/18 tolkas så, att en bestämmelse strider mot denna artikel om den innebär att det är förbjudet att ändra de bindande kraven i de tekniska specifikationerna under förhandlingarna efter det att anbuden har öppnats?
- 4) Om fråga [1] besvaras jakande: Ska artikel 30.2 i direktiv 2004/18 tolkas så, att en upphandlande myndighet inte får klassificera ett anbud som efter avslutade förhandlingar inte uppfyller de bindande kraven i de tekniska specifikationerna som det bästa anbudet?”

Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning

27 Nordecon har, utan att formellt åberopa en invändning om rättegångshinder, bestritt relevansen av tolkningsfrågorna genom att bolaget har gjort gällande att avgörandet i det nationella målet inte är avhängigt av de eventuella svaren på dessa frågor. Nordecon har särskilt påpekat att den viktigaste frågan som Riigikohus har ställt, nämligen den första, som övriga frågor hänvisar till, inte är relevant, eftersom förhandlingar inte inleddes med anbudsgivare som lämnat anbud som inte uppfyllde de bindande kraven. Frågorna vilar således på felaktiga antaganden

28 Det utgör fast rättspraxis att domstolen i ett förfarande enligt artikel 267 FEUF endast är behörig att tolka eller pröva giltigheten av en unionsrättsakt på grundval av de uppgifter om de faktiska omständigheterna som har lämnats av den nationella domstolen (se dom av den 16 mars 1978 i mål 104/77, Oehlschläger, REG 1977, s. 791, punkt 4, av den 11 september 2008 i mål C-11/07, Eckelkamp m.fl. REG 2008, s. I-6845, punkt 52, samt beslut av den 8 november 2012 i mål C-433/11, SKP, punkt 24).

29 I detta förfarande, som grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och domstolen, är det emellertid endast den nationella domstolen som är behörig att bedöma de faktiska omständigheterna i målet. Det ankommer också uteslutande på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställts till domstolen. Domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Eckelkamp m.fl., punkt 27).

- 30 Domstolen har endast möjlighet att underlåta att besvara en tolkningsfråga som en nationell domstol har ställt då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i målet vid den nationella domstolen eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (domen i det ovannämnda målet *Eckelkamp m.fl.*, punkt 28).
- 31 Riigikohus har i detta mål utgått från att den upphandlande myndigheten har förhandlat om ett anbud som inte uppfyllde de bindande kraven i förfrågningsunderlaget, vilket det inte ankommer på domstolen att ifrågasätta. För övrigt har det inte visats att det föreligger någon av de situationer som anges i punkt 30 i denna dom, i vilka domstolen har möjlighet att underlåta att besvara en tolkningsfråga.
- 32 Begäran om förhandsavgörande ska därför prövas i sak.

Prövning av tolkningsfrågorna

- 33 Riigikohus har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 30.2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att det är tillåtet för en upphandlande myndighet att förhandla med anbudsgivarna om anbud som inte uppfyller de bindande kraven i de tekniska specifikationerna för upphandlingen.
- 34 Domstolen erinrar härvidlag om att artikel 30.2 i direktiv 2004/18 i vissa situationer tillåter ett förhandlat förfarande för att anpassa de anbud som lämnats av anbudsgivarna till de krav som ställs i meddelandet om offentlig upphandling, upphandlingsunderlaget och de eventuella kompletterande handlingarna och för att få fram det bästa anbudet.
- 35 I artikel 2 i direktivet föreskrivs att upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.
- 36 Domstolen har preciserat att kravet på öppenhet huvudsakligen syftar till att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida (dom av den 29 mars 2012 i mål C-599/10, *SAG ELV Slovensko m.fl.*, punkt 25).
- 37 Även om den upphandlande myndigheten har ett utrymme för skönsmässig bedömning i en offentlig upphandling med ett förhandlat förfarande ska den ändå säkerställa iakttagandet av de krav i upphandlingen som den har bestämt ska vara bindande. Om så inte var fallet skulle principen om att upphandlande myndigheter agerar på ett öppet sätt åsidosättas och det syfte som angavs i punkt 36 ovan, skulle inte uppnås.
- 38 Om det godtogs att förhandlingar kunde föras om ett anbud som inte uppfyllde de bindande villkoren skulle för övrigt fastställandet av bindande villkor i meddelandet om upphandling inte fylla någon som helst funktion och det skulle inte vara möjligt för den upphandlande myndigheten att förhandla med anbudsgivarna på en gemensam grund, bestående i dessa villkor, och därmed inte heller att behandla dem lika.
- 39 Mot bakgrund av vad som anförts ovan ska den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 30.2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att det inte är tillåtet för den upphandlande myndigheten att förhandla med anbudsgivarna om anbud som inte uppfyller de bindande kraven i de tekniska specifikationerna för upphandlingen.
- 40 Med hänsyn till svaret på den första frågan saknas skäl att besvara frågorna 2 och 4.

Rättegångskostnader

- 41 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

Artikel 30.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ska tolkas så, att det inte är tillåtet för den upphandlande myndigheten att förhandla med anbudsgivarna om anbud som inte uppfyller de bindande kraven i de tekniska specifikationerna för upphandlingen.

Underskrifter