



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 26 juni 2018¹

Mål C-546/16

**Montte SL
mot
Musikene**

(begäran om förhandsavgörande från Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (förvaltningsorgan i den autonoma regionen Baskien med behörighet på området för offentlig upphandling, Spanien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Öppet förfarande – Tilldelningskriterier – Utvärdering av anbud i etapper – Lägsta antal poäng”

I. Inledning

1. Förevarande mål avser i synnerhet det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har vid införlivandet av bestämmelser i direktiv 2014/24/EU² med nationell rätt med avseende på förfaranden för kontrakt som tilldelas inom ramen för ett öppet förfarande.

2. Den första frågan avser närmare bestämt om nationella bestämmelser kan ge en upphandlande myndighet behörighet att utvärdera anbud i två etapper i ett öppet förfarande på så sätt att i den andra etappen (den ekonomiska delen) utvärderas enbart de anbud som har fått det antal poäng som krävs i den första etappen (den tekniska delen). Den andra frågan rör om sådana nationella bestämmelser som avser det öppna förfarandet måste ålägga den upphandlande myndigheten att garantera att ett visst antal anbud kommer att utvärderas i slutfasen av förfarandet. Slutligen avser den tredje frågan huruvida lösningen att anbudet i den första etappen (den ekonomiska delen) i ett sådant förfarande måste erhålla ett visst antal poäng för att kunna utvärderas i den andra etappen (den ekonomiska delen) är förenlig med direktiv 2014/24.

¹ Originalspråk: polska.

² Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18 (EUT L 94, 2014, s. 65).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

3. I artikel 26.1 och 26.2 i direktiv 2014/24 föreskrivs följande:

”1. Vid tilldelning av offentliga kontrakt ska en upphandlande myndighet tillämpa nationella förfaranden som anpassats i enlighet med detta direktiv, under förutsättning att, och utan att det påverkar artikel 32, en anbudsinfordran har offentliggjorts i enlighet med detta direktiv.

2. Medlemsstaterna ska föreskriva att de upphandlande myndigheterna får tillämpa öppna eller selektiva förfaranden i enlighet med bestämmelserna i detta direktiv.”

4. I artikel 27 i direktivet med rubriken ”Öppet förfarande” anges de frister inom vilka intresserade ekonomiska aktörer får lämna anbud inom ramen för offentliga upphandlingsförfaranden där den upphandlande myndigheten har tillämpat ett öppet förfarande.

5. I artikel 66 i direktiv 2014/24 föreskrivs följande:

”Om en upphandlande myndighet utnyttjar den möjlighet som anges i artikel 29.6 att begränsa antalet anbud som det ska förhandlas om eller den möjlighet som anges i artikel 30.4 att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras, ska den göra denna begränsning på grundval av de tilldelningskriterier som den har angett i förfrågningsunderlaget. I slutfasen måste antalet vara tillräckligt stort för att garantera verklig konkurrens, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal anbud, lösningar eller lämpliga anbudssökande.”

6. I artikel 67.1, 67.2 och 67.4 i direktiv 2014/24 anges följande:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av nationell lagstiftning och andra författningar avseende priset på vissa varor eller ersättning för vissa tjänster ska de upphandlande myndigheterna basera tilldelningen av offentliga kontrakt på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

2. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ur den upphandlande myndighetens synvinkel ska fastställas på grundval av priset eller kostnaden genom en analys av kostnadseffektivitet, exempelvis en analys av livscykelkostnader i enlighet med artikel 68, och får innefatta det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, vilket ska bedömas på grundval av kriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter och/eller sociala aspekter, som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga. ...

4. Tilldelningskriterierna får inte ha den effekten att de ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet. De ska garantera en effektiv och rättvis konkurrens och kompletteras med specifikationer som gör det möjligt att effektivt kontrollera de uppgifter som lämnas av anbudsgivarna med tanke på en bedömning av hur väl anbuderna uppfyller tilldelningskriterierna. ...”

B. Spansk rätt

7. I artikel 150.4 i Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (den kodifierade spanska lagen om offentlig upphandling, nedan kallad TRLCSP) föreskrivs följande:

”När flera kriterier används ska de olika kriteriernas relativa värde preciseras, vilket kan ske genom angivande av ett lämpligt antal värden. För det fall upphandlingsförfarandet är utformat i flera etapper ska det även anges med avseende på vilka av dessa som de olika kriterierna tillämpas, samt det lägsta antalet nödvändiga poäng som en anbudsgivare ska ha för att fortsätta delta i urvals-förfarandet.”

8. I artikel 22.1 d i Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (kungligt dekret 817/2009, av den 8 maj 2009, som delvis genomför lag 30/2007, av den 30 oktober 2007 om offentlig upphandling), som reglerar upphandlingskommitténs (kollegium som hjälper de upphandlande myndigheterna) uppgifter, föreskrivs följande:

”Oberoende av upphandlingskommitténs övriga uppgifter enligt lagen om offentlig upphandling med tilläggsbestämmelser, ska kommittén fullgöra följande uppgifter i öppna upphandlingsförfaranden:

...

d) När utvärderingsförfarandet sker i flera etapper ska kommittén fastställa vilka anbudsgivare som ska uteslutas med anledning av att de inte erhållit det lägsta antalet nödvändiga poäng för att fortsätta delta i urvalsförfarandet.

...”

III. Bakgrunden till det nationella målet

9. Musikene (nedan kallad den upphandlande myndigheten) är en offentlig stiftelse i den autonoma regionen Baskien, som har anordnat ett öppet förfarande i syfte att tilldela leveranskontrakt som betecknas som ”Leverans av möbler och bildmaterial, särskild musikutrustning, musikinstrument, elektroakustisk utrustning, inspelnings- och audiovisuell utrustning, data- och kopieringsutrustning”. Upphandlingens värde har uppskattats till ett belopp som överskrider den gräns som medför en skyldighet för den upphandlande myndigheten att tillämpa de bestämmelser varigenom direktiv 2014/24 införlivats med spansk rätt.

10. Anbudsinfordran inom ramen för ett öppet förfarande i den mening som avses i artikel 27 i direktiv 2014/24 offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 26 juli 2016.

11. I förfrågningsunderlaget beskrevs förfarandet för denna upphandling, inklusive kriterierna för utvärdering av anbud. Sammanfattningsvis urskildes två olika etapper i detta underlag vilka betecknades som den tekniska etappen och den ekonomiska etappen. Inom ramen för var och en av dessa etapper kunde anbudet få maximalt 50 poäng.

12. Inom ramen för den tekniska etappen tillämpades det viktade kriteriet ”Presentation och beskrivning av projektet”, som fördelas på olika delkriterier för var och en av kontraktets delar. Inom ramen för den ekonomiska etappen bedömdes priskriteriet. Detta bestod i att poäng tilldelades för nedsättning av anbudspriset i förhållande till kontraktets värde.

13. Dessutom fastställdes i förfrågningsunderlaget ett lägsta antal nödvändiga poäng som måste erhållas inom ramen för den tekniska etappen för att kunna delta i den ekonomiska etappen. I denna etapp skulle enbart de anbudsgivare delta som erhållit minst 35 poäng i den tekniska etappen.

14. Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (förvaltningsorgan i den autonoma regionen Baskien med behörighet på området för offentlig upphandling) (nedan kallat OARC) är ett permanent organ med uppgift att pröva överklaganden som lämnats inom ramen för offentlig upphandling.

15. Den 11 augusti 2016 mottog OARC klagomål från företaget Montte, S.L. (nedan kallat klaganden) avseende förfrågningsunderlaget. Klaganden har inom ramen för sitt klagomål ifrågasatt detta underlag vad avser kravet på ett lägsta antal nödvändiga poäng som måste uppnås inom ramen för den tekniska etappen. Klaganden anser att denna typ av krav bör ogiltigförklaras. Införandet av ett sådant krav

innebär nämligen att den metod för viktning av tekniska och ekonomiska kriterier som föreskrivs i underlaget berövas sin relevans. Detta krav leder till en situation där den upphandlande myndigheten hindras från att utvärdera anbud även med avseende på priset i anbudet och från att fastställa vilket anbud som är fördelaktigast.

16. Den upphandlande myndigheten ansåg det vara nödvändigt att fastställa denna typ av krav med avseende på föremålet för upphandlingen. Detta avsåg leverans av utrustning som ska utgöra en del av en byggnad. Av det skälet kunde det aktuella anbudet utvärderas i den ekonomiska etappen om vissa minimikrav var uppfyllda. På så sätt säkerställdes leverans på avtalad tid och teknisk support av god kvalitet.

IV. Tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

17. Under dessa omständigheter beslutade OARC att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

- ”1) Utgör direktiv 2014/24 hinder för en nationell bestämmelse som artikel 150.4 TRLCSP, eller tolknings- och tillämpningspraxis avseende en sådan bestämmelse, som tillåter de upphandlande myndigheterna att i förfrågningsunderlaget i ett öppet upphandlingsförfarande fastställa tilldelningskriterier vilka tillämpas i successiva steg med uteslutande verkan för anbud som inte erhåller ett förutbestämt lägsta antal poäng?
- 2) För det fall den första frågan besvaras nekande: Utgör nämnda direktiv 2014/24 hinder för en nationell bestämmelse, eller tolknings- och tillämpningspraxis avseende denna, som innebär att ovannämnda system med tilldelningskriterier vilka tillämpas i successiva steg med uteslutande verkan används i öppna upphandlingsförfaranden på ett sådant sätt att det i det sista steget inte återstår ett tillräckligt antal anbud för att garantera verklig konkurrens?
- 3) För det fall den andra frågan besvaras jakande: Utgör nämnda direktiv 2014/24 hinder för en bestämmelse som den omtvistade bestämmelsen, enligt vilken priset endast beaktas för anbud som med avseende på de tekniska kriterierna erhållit minst 35 poäng av 50 möjliga, eftersom en sådan bestämmelse inte garanterar verklig konkurrens eller innebär ett avsteg från skyldigheten i direktivet att ge kontraktet till den anbudsgivare som erbjuder bäst kvalitet i relation till priset?”

18. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 28 oktober 2016.

19. Skriftliga yttranden har ingetts av den spanska och den grekiska regeringen samt av Europeiska kommissionen. Dessa regeringar och kommissionen deltog även i förhandlingen, som ägde rum den 16 april 2018.

V. Bedömning

A. Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

20. OARC har i sin begäran om förhandsavgörande inledningsvis övervägt om den kan anses vara en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF. Jag kommer följaktligen att pröva denna fråga först.

21. Av fast rättspraxis följer att EU-domstolen – vid bedömningen av huruvida det berörda nationella organet utgör en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF – beaktar ett antal omständigheter, såsom huruvida organet är upprättat enligt lag, organet är av stadigvarande karaktär, dess jurisdiktion är av tvingande art, förfarandet är kontradiktoriskt, organet tillämpar rättsregler och huruvida det har en oberoende ställning.³ De nationella organen kan dessutom endast begära förhandsavgörande från EU-domstolen under förutsättning att de ska fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett avgörande av rättskipningskaraktär.⁴ Dessa villkor ska tjäna som vägledning vilket innebär att de varken är avgörande eller uttömmande. De utgör en referenspunkt vid EU-domstolens bedömning av karaktären såsom domstol av det organ som framställt begäran om förhandsavgörande.⁵

22. Det bör framhållas att även om organet enligt lagstiftningen i en viss medlemsstat anses utgöra ett förvaltningsorgan, är detta i sig inte avgörande vid bedömningen av om organet är en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF.⁶

23. Av de uppgifter som lämnats i beslutet om hänskjutande framgår att OARC är ett permanent prövningsorgan som har inrättats på grundval av gällande rättsregler. OARC:s behörighet att pröva överklaganden i mål avseende offentlig upphandling förutsätter inte parternas samtycke.⁷ Avgöranden från detta organ är bindande för parterna. OARC ska vidare avgöra de mål som anhängiggjorts vid den på grundval av lagstiftning, efter att ha genomfört ett förfarande av kontradiktorisk karaktär. OARC är slutligen ett oberoende organ som inte tar emot några instruktioner utifrån.

24. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag att OARC uppfyller kriterierna för att anses vara en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF.

B. Den första frågan

25. Den hänskjutande domstolen vill genom den första frågan få klarhet i om direktiv 2014/24 utgör hinder mot att bestämmelser varigenom bestämmelserna i detta direktiv införlivas med nationell rätt ger den upphandlande myndigheten behörighet att föreskriva en utvärdering av anbud i etapper i förfrågningsunderlaget i ett öppet upphandlingsförfarande, varvid i senare etapper enbart de anbud utvärderas som i föregående etapper har fått ett visst antal poäng.

26. Den hänskjutande domstolen har klargjort att det av flera skäl råder tvivel vad gäller möjligheten att genomföra en utvärdering av anbud i flera etapper i ett öppet förfarande.

3 Se dom av den 31 maj 2005, Syfait m.fl. (C-53/03, EU:C:2005:333, punkt 29) och dom av den 31 januari 2013, Below (C-394/11, EU:C:2013:48, punkt 38).

4 Dom av den 31 maj 2005, Syfait m.fl. (C-53/03, EU:C:2005:333, punkt 29) och dom av den 31 januari 2013, Below (C-394/11, EU:C:2013:48, punkterna 39 och 40).

5 Se mitt förslag till avgörande i målet Ascendi (C-377/13, EU:C:2014:246, punkt 33).

6 Se dom av den 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 17).

7 Jag noterar för övrigt att domstolen i dom av den 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664) tolkade bestämmelserna 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, 2004, s. 114) som föregick direktiv 2014/24 i samband med de tolkningsfrågor som det katalanska prövningsorganet ställt. Det stämmer att i detta sammanhang återopades en bestämmelse i spansk rätt i vilken det föreskrevs att den som vill klaga på en upphandling kan välja att ge in en ansökan om särskild överprövning (före överklagandet direkt till förvaltningsdomstol). Det kan inte uteslutas att denna bestämmelse i spansk rätt är tillämplig i det nationella målet som också berör ett hänskjutande organ i en annan autonom region. I domen av den 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punkterna 22–25) slog EU-domstolen dock fast att det katalanska prövningsorganet även uppfyllde kriteriet att organets jurisdiktion ska vara av tvingande art, trots att den som vill klaga på en upphandling kan välja mellan att ge in en ansökan om särskild överprövning till det hänskjutande organet eller att överklaga direkt till förvaltningsdomstol. Avgörande är att organets behörighet inte förutsätter parternas samtycke och dess avgörande är bindande för parterna.

27. För det första har den hänskjutande domstolen påpekat att det i artikel 66 i direktiv 2014/24 föreskrivs en möjlighet att minska antalet anbud och lösningar genom att fastställa etapper i upphandlingsförfarandet med avseende på ett förhandlat förfarande under konkurrens (artikel 29.6 i direktiv 2014/24) och en konkurrenspräglad dialog (artikel 30.4 i det direktivet). Direktiv 2014/24 innehåller emellertid inte någon jämförbar bestämmelse som avser öppna förfaranden som regleras i artikel 27 i detta direktiv.

28. Den hänskjutande domstolen har i detta sammanhang påpekat att möjligheten att fastställa etapper i upphandlingsförfaranden enbart gäller för de förfaranden inom ramen för vilka det finns en möjlighet att förhandla om de anbud som ursprungligen lämnats in. Härav kan enligt den hänskjutande domstolen ståndpunkten intas att den upphandlande myndigheten inte kan fastställa etapper i sådana förfaranden där det inte föreskrivs någon möjlighet att förhandla om anbud. Sådana förfaranden inbegriper det öppna förfarandet.

29. För det andra har den hänskjutande domstolen påpekat att även skälen 90, 92 och 104 i direktiv 2014/24 kan tala mot att införa etapper i öppna förfaranden. Enligt den hänskjutande domstolen avser dessa skäl den funktion som tilldelningskriterierna fyller. Det är tack vara dessa kriterier möjligt att jämföra anbud på så sätt att en objektiv utvärdering kan göras av dessa. Syftet med tilldelningskriterierna är emellertid inte att utesluta anbud. De kriterier utifrån vilka anbudsgivarens förmåga att verkställa kontraktet bedöms eller kriterierna avseende tekniska minimikrav som anges i förfrågningsunderlaget, är nämligen av utslagskaraktär.

30. Den hänskjutande domstolen har slutligen för det tredje påpekat att en utvärdering av anbudet i etapper som sker på motsvarande sätt som i det nationella förfarandet kan leda till en situation där de fördelaktigaste anbudet med avseende på priset inte beaktas av den upphandlande myndigheten. Kontrakt skulle följaktligen inte tilldelas med beaktande av priskriteriet, vilket framför allt skulle kunna strida mot artikel 67.2 i direktiv 2014/24.

1. Parternas yttranden

31. Den spanska regeringen har – med avseende på den hänskjutande domstolens tvivel – för det första anfört att unionslagstiftaren inte har genomfört en fullständig harmonisering av bestämmelserna om öppna förfaranden. En medlemsstat kan dessutom fritt reglera frågor som anknyter till ett öppet förfarande i nationell rätt, såvida inte de bestämmelser som antas undergräver den ändamålsenliga verkan av bestämmelserna i direktiv 2014/24.

32. För det andra instämmer den spanska regeringen inte i den hänskjutande domstolens tolkning. Den hänskjutande domstolen anser nämligen att utvärderingen av anbud i etapper i ett öppet förfarande syftar till att minska antalet anbudssökande eller anbud. Enligt den spanska regeringen var syftet med inrättandet av två etapper för utvärdering av anbud i det nationella förfarandet att enbart de anbud som svarar mot den upphandlande myndighetens behov beaktas.

33. För det tredje är det enligt den spanska regeringen riktigt att den upphandlande myndigheten inte kan fastställa kontraktskriterier för tilldelning på ett sätt som garanterar den upphandlande myndigheten ett obegränsat utrymme för skönsmässig bedömning. Av artikel 67.2 i detta direktiv framgår dock att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan väljas med användning av det kriterium som avser förhållandet mellan pris och kvalitet.

34. Vad gäller den första frågan delar den grekiska regeringen och kommissionen i princip den spanska regeringens uppfattning.

2. Bedömning

35. Jag är övertygad om att det finns tre aspekter som ger anledning till den hänskjutande domstolens tvivel som parterna hänvisat till i sina yttranden. För det första rör det sig om det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna utnyttjar inom ramen för regleringen av det öppna förfarandet i nationell rätt. För det andra avser den hänskjutande domstolens tvivel även frågan om utvärderingen av anbud i två etapper som genomförs på ett sätt som det till vilket det nationella målet hänför sig, inte leder till att kriterierna för utvärdering av anbud har utslagskaraktär, medan de bör fylla en utvärderingsfunktion. För det tredje vill den hänskjutande domstolen få klarhet i om utvärderingen i etapper av anbud inte leder till att priskriteriet inte beaktas vid tilldelning av kontrakt. Jag kommer i det följande i detta förslag till avgörande att pröva var och en av dessa frågor i tur och ordning.

a) Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning vid regleringen av det öppna förfarandet

1) Inledande anmärkningar

36. Enligt artikel 26.1 i direktiv 2014/24 ska en upphandlande myndighet vid tilldelning av offentliga kontrakt tillämpa nationella förfaranden som *anpassats* i enlighet med detta direktiv. Enligt artikel 26.2 i direktiv 2014/24 ska medlemsstaterna vidare föreskriva att de upphandlande myndigheterna får tillämpa öppna förfaranden *i enlighet med bestämmelserna* i detta direktiv.⁸

37. I detta sammanhang bör noteras att direktiv 2014/24 inte uttömmande reglerar hur det öppna förfarandet ska genomföras. Detta har även påpekats av den spanska regeringen och av den grekiska regeringen samt kommissionen. Det är riktigt att det i artikel 27 i direktiv 2014/24 fastställs frister inom vilka anbud ska lämnas i ett öppet förfarande. Direktivet innehåller emellertid inte någon bestämmelse om hur upphandlingsförfarandet ska genomföras med användning av detta förfarande.

38. Eftersom medlemsstaterna, å ena sidan, ska säkerställa att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att tillämpa det öppna förfarandet och det, å andra sidan, här rör sig om ett förfarande som är *anpassat* till kraven i direktivet och som är *förenligt* med dess bestämmelser, ankommer det på den nationella lagstiftaren, eftersom detta förfarande enbart har reglerats i unionslagstiftningen i mycket liten omfattning, att införa ändamålsenliga bestämmelser om sådana förfaranden.

39. Den nationella lagstiftarens utrymme för skönsmässig bedömning är naturligtvis inte obegränsat i detta sammanhang. De nationella bestämmelserna får inte leda till att förfarandena utformas på ett sätt som medför att den upphandlande myndigheten systematiskt åsidosätter de principer för upphandling som fastställs i artikel 18 i direktiv 2014/24 jämte unionsrättens allmänna principer. De nationella bestämmelserna får inte heller leda till att bestämmelserna i detta direktiv förlorar sin ändamålsenliga verkan (*effet utile*).⁹ Enligt min mening är det så man ska förstå kravet på att förfarandena ska *anpassas* till kraven i direktiv 2014/24 och kravet på att de ska vara *förenliga med* bestämmelserna i detta direktiv.

⁸ Min kursivering.

⁹ Se, för ett liknande resonemang, avseende direktiv 2004/18, dom av den 28 februari 2018, MA.T.I. SUD och Duemme SGR (C-523/16 och C-536/16, EU:C:2018:122, punkt 48). Vad gäller nationella förfaranderegler för överklaganden i fråga om offentlig upphandling se dom av den 5 april 2017, Marina del Mediterraneo m.fl. (C-391/15, EU:C:2017:268, punkt 33).

40. Mot bakgrund av vad som anförts ovan ska det utredas om man av det förhållandet att det i direktiv 2014/24 inte anges något om huruvida en utvärdering av anbud i etapper är tillåten i ett öppet förfarande kan dra slutsatsen att det står i strid med bestämmelserna i direktiv 2014/24 att bemyndiga den upphandlande myndigheten att anta en sådan lösning i förfrågningsunderlaget i ett upphandlingsförfarande. I detta sammanhang ska jag, med avseende på de tvivel som den hänskjutande domstolen hyser, göra en systematisk tolkning av direktiv 2014/24 mot bakgrund av artikel 66 däri.

2) Den roll som artikel 66 i direktiv 2014/24 har mot bakgrund av andra direktivbestämmelser

41. Den hänskjutande domstolen har klargjort att de tvivel som den hyser avseende möjligheten att fastställa en utvärdering av anbud i två etapper i förfrågningsunderlaget i ett öppet förfarande följer av införandet i direktiv 2014/24 av en bestämmelse, enligt vilken en utvärdering i etapper av lösningar eller anbud i vissa förfaranden (artikel 66) uttryckligen är tillåten, medan motsvarande bestämmelse saknas i direktivet för öppna förfaranden.

42. Jag delar inte den hänskjutande domstolens tvivel i detta sammanhang.

43. Enligt min mening har den klara bestämmelse enligt vilken det är tillåtet att utvärdera lösningar eller anbud i etapper med användning av tilldelningskriterier i ett förhandlat förfarande under konkurrens eller en konkurrenspräglad dialog införts till följd av att det i dessa förfaranden finns en möjlighet att förhandla om anbud som ursprungligen har lämnats (artikel 29.5 i direktiv 2014/24) och klarlägga, precisera och optimera sådana anbud (artikel 30.6 i direktivet).

44. För det första kan förhandlingar om ett stort antal anbud eller lösningar i vissa fall vara problematiska för upphandlande myndigheter. Kommissionen uppmärksammade det förhållandet i sitt skriftliga yttrande. Till följd av att antalet anbud eller lösningar minskas i successiva etapper av förfarandet kan förhandlingar enbart föras om de anbud som svarar mot den upphandlande myndighetens behov.

45. För det andra kan det till följd av att förfarandet delas upp i successiva etapper för att minska antalet anbud eller nämnda lösningar visa sig att enbart de anbudsgivare vars anbud eller lösningar inte har uteslutits i tidigare skeden av förfarandet faktiskt har möjlighet att förhandla om anbudet och på grundval av detta ingå avtal med den upphandlande myndigheten. Detta skulle kunna ge upphov till tvivel om huruvida de principer för upphandling som fastställs i artikel 18 i direktiv 2014/24 har iakttagits. Det rör sig här framför allt om principen om likabehandling och principen om icke-diskriminering, skyldigheten att lämna insyn och förbudet mot att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen.

46. Unionslagstiftaren har därför uttryckligen föreskrivit att en utvärdering av anbud i etapper är tillåten i sådana förfaranden där det föreskrivs en möjlighet att förhandla om anbud. På så sätt har de tvivel som rådde om huruvida det är tillåtet att införa etapper i denna typ av förfaranden undanröjts.¹⁰

¹⁰ Dessutom kan det förhandlade förfarandet under konkurrens och konkurrenspräglade dialoger, till skillnad från öppna förfaranden, tillämpas förutsatt att vissa villkor är uppfyllda. Vidare har unionslagstiftaren reglerat handläggningen av dessa förfaranden mer restriktivt än öppna förfaranden. I doktrinen har detta förklarats med att risken för att konkurrensen begränsas är betydligt större när denna typ av specifika förfaranden tillämpas, än vad som är fallet när den upphandlande myndigheten tillämpat det öppna förfarandet. Avseende den rättsliga situationen innan direktiv 2014/24 antogs, se C. Bovis, *Public Procurement in the European Union*, New York, Palgrave, 2005, s. 132–133.

47. Det rör sig emellertid inte om denna typ av osäkerhet i det öppna förfarandet för vilket det inte föreskrivs någon möjlighet att förhandla om de anbud som ursprungligen lämnats in.¹¹ Eftersom det saknas bestämmelser motsvarande den i artikel 66 i direktiv 2014/24 som avser det öppna förfarandet, är det inte möjligt att dra slutsatsen att det inom ramen för ett sådant förfarande inte är tillåtet att införa etapper som avser olika tilldelningskriterier.

48. Sammanfattningsvis är det inte möjligt att införandet av en sådan bestämmelse som artikel 66 i direktiv 2014/24 som avser ett förhandlat förfarande under konkurrens och en konkurrenspräglad dialog dra slutsatsen att en utvärdering i etapper av ett anbud inte är tillåten i ett öppet förfarande, förutsatt att den inte kan åsidosätta de principer för upphandling som föreskrivs i artikel 18 i direktivet och allmänna unionsrättsliga principer och inte heller undergräver den ändamålsenliga verkan av bestämmelserna i direktivet.

b) Tilldelningskriteriernas roll och karaktär

49. Den hänskjutande domstolen betvivlar i begäran om förhandsavgörande att fastställandet av ett öppet förfarande i etapper såsom det som anges i det förfrågningsunderlag som ifrågasatts i det nationella målet inte medför att tilldelningskriterierna i praktiken blir kriterier för kontroll av förmågan att verkställa det tilldelade kontraktet, vilka har uteslutningskaraktär.

50. För att kunna bemöta de tvivel som framförts av den hänskjutande domstolen tycks det mig nödvändigt att redogöra för de kriterier som tillämpas inom ramen för tilldelning av kontrakt i förfaranden som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24.

51. Unionslagstiftaren har i artikel 56 i direktiv 2014/24 uttryckligen skiljt mellan två typer av kriterier, nämligen kvalitativa urvalskriterier som i synnerhet omfattar skäl för uteslutning och urvalskriterier utifrån vilka de ekonomiska aktörernas förmåga att verkställa kontraktet ska kontrolleras (se artiklarna 57 och 58 i direktiv 2014/24) och tilldelningskriterierna som hänför sig till anbuden i sig. Till skillnad från kvalitativa urvalskriterier är tilldelningskriterierna av objektiv karaktär i den meningen att det här rör sig om kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet i fråga (artikel 67.2 första meningen i direktiv 2014/24).¹²

52. Prövningen av begäran om förhandsavgörande leder till slutsatsen att de kriterier som tillämpas i de båda etapperna av det öppna förfarandet avsåg anbuden (tilldelningskriterierna) och inte de ekonomiska aktörernas förmåga att verkställa det kontrakt som ska tilldelas (kvalitativa urvalskriterier). Enligt de uppgifter som lämnats av den hänskjutande domstolen tillämpades i den tekniska etappen kriterier som hänför sig till framläggandet och beskrivningen av projektet.

53. Det är riktigt att en tillämpning av tilldelningskriterierna på det sätt som ägde rum i det nationella förfarandet i praktiken leder till att vissa anbud inte beaktas av den upphandlande myndigheten i successiva etapper av förfarandet. Jag anser emellertid att det här inte rör sig om ett första urval av anbudsgivare, utan om en förbättring av viktningen av vart och ett av tilldelningskriterierna.

11 Se J. González García, i R. Caranta, G. Edelstam, M. Trybus (editors), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruxelles, Bruylant, 2013, Chapter 3, point 4. Den upphandlande myndighetens behörighet att förhandla kan leda till att likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen och kravet på skyldigheten att lämna insyn åsidosätts. Se dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 62 och där angiven rättspraxis).

12 Det bör i samband med fastställandet att tilldelningskriterierna är av objektiv karaktär framhållas att dessa kriterier även kan avse den personal som utsetts att verkställa det berörda kontraktet om det finns en koppling mellan kvaliteten på personalen och kontraktets fullgörande. Se artikel 67.2 b i direktiv 2014/24. Se även dom av den 26 mars 2015, Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, punkterna 33 och 34). Det bör påpekas att det även mot bakgrund av artikel 66 i direktiv 2014/24 till vilken det hänvisas flera gånger i begäran om förhandsavgörande sker en minskning av antalet anbud eller lösningar genom en uppdelning av det förhandlade förfarandet under konkurrens eller den konkurrenspräglade dialogen genom tillämpning av tilldelningskriterier och inte av kvalitativa urvalskriterier. Se J. Pawelec (utgivare), *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE*, kommentar, Warszawa C.H. Beck, 2017, s. 315, A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2015, s. 312.

54. Man kan föreställa sig att den upphandlande myndigheten skulle utvärdera de tekniska och ekonomiska kriterierna i det öppna förfarandet inom ramen för vilket inga etapper kan särskiljas. Detta skulle kräva att viktningen av olika kriterier anges i förfrågningsunderlaget på så sätt att det anbud som inte uppfyller de tekniska kraven i praktiken inte kan erhålla det antal poäng som krävs för att kunna väljas av den upphandlande myndigheten.

55. Jag är övertygad om att den lösning som anges i föregående punkt, liksom även den lösning enligt vilken anbud ska utvärderas i två etapper, vilken har ifrågasatts av klaganden i det nationella målet, i sig inte strider mot direktiv 2014/24. När det gäller dessa båda lösningar bör naturligtvis tilldelningskriterierna enligt artikel 67.4 i direktiv 2014/24 anges på så sätt att de garanterar en effektiv konkurrens. Det bör i detta sammanhang framhållas att klaganden i det nationella målet inte tycks ha ifrågasatt proportionaliteten av den upphandlande myndighetens förväntningar, vilka har lett till att en gräns på 35 poäng har fastställts i den tekniska etappen, inom ramen för vilken anbudet utvärderas med avseende på kvalitet.

56. Jag anser således att direktiv 2014/24 inte utgör hinder mot att i förfrågningsunderlaget ange tilldelningskriterier som är förenliga med artikel 67.2 och 67.4 i det direktivet, på så sätt att enbart de anbud som har fått ett visst antal poäng i föregående etapper utvärderas i successiva etapper av det öppna förfarandet.

c) Prisets roll som tilldelningskriterium

57. Den hänskjutande domstolen har även anfört att en utvärdering av anbud i etapper, såsom den som fastställs i de förfrågningsunderlag som har ifrågasatts av klaganden, kan leda till att kontrakt tilldelas utan hänsyn tagen till priselementet. Detta kan enligt den hänskjutande domstolen strida mot direktiv 2014/24.

58. I skäl 90 andra meningen i direktiv 2014/24 anges att en bedömning utifrån det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet alltid bör inbegripa ett pris- eller kostnadselement.

59. Av artikel 67.1 i direktiv 2014/24 framgår emellertid att de upphandlande myndigheterna baserar tilldelningen av offentliga kontrakt på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt artikel 67.2 i detta direktiv rör det sig här om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet *ur den upphandlande myndighetens synvinkel*, varvid det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet *får* innefatta det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.¹³

60. Genom skäl 90 andra stycket i direktiv 2014/24 eftersträvas ökad kvalitet i den offentliga upphandlingen. Av den anledningen bör medlemsstaterna få förbjuda eller *begränsa* användningen av enbart pris eller kostnad för att bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet då de anser att detta är lämpligt. Dessutom bör de upphandlande myndigheterna enligt skäl 92 första stycket fjärde meningen uppmuntras att välja tilldelningskriterier *som ger dem möjlighet att erhålla byggentreprenader, varor och tjänster av hög kvalitet som är optimalt lämpade för deras behov*.

61. Detta innebär inte att de upphandlande myndigheterna har ett obegränsat utrymme att, efter eget skön, utforma tilldelningskriterierna. I detta sammanhang är tidigare anförda artikel 67.4 i direktiv 2014/24 tillämplig. Enligt denna bestämmelse måste en upphandlande myndighet fastställa tilldelningskriterierna så att de garanterar en effektiv konkurrens.

¹³ Min kursivering.

62. Den skyldighet som följer av artikel 67.4 i direktiv 2014/24 måste emellertid iakttas av de upphandlande myndigheterna, oavsett om de fastställer en utvärdering av anbud i etapper i förfrågningsunderlaget. Den gäller även om det i det av klaganden ifrågasatta förfrågningsunderlaget har beslutats att kvalitetskriterier och ekonomiska kriterier ska bedömas utan åtskillnad mellan olika etapper. En utvärdering av anbud i etapper medför inte att den upphandlande myndighetens skyldigheter enligt artikel 67.4 i direktiv 2014/24 blir mer långtgående på så sätt att den måste tillerkänna priskriteriet en särskild ställning.

63. Sammanfattningsvis kan för det första inte av artikel 66 i direktiv 2014/24 slutsatsen dras att man i förfrågningsunderlaget i ett öppet upphandlingsförfarande inte kan fastställa att anbuden ska utvärderas i etapper, under förutsättning att detta inte åsidosätter de principer för upphandling som fastställs i artikel 18 i detta direktiv och allmänna unionsrättsliga principer och inte heller åsidosätter den ändamålsenliga verkan av bestämmelserna i direktivet. För det andra förblir de kriterier som tillämpas inom ramen för denna typ av utvärdering av anbud i etapper tilldelningskriterier, förutsatt att de är förenliga med artikel 67.2 och 67.4 i direktiv 2014/24. För det tredje innebär inte denna typ av utvärdering av anbud i etapper att den upphandlande myndigheten inte tilldelar kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

64. Jag föreslår därför att EU-domstolen besvarar den första tolkningsfrågan på följande sätt: Direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att det inte utgör hinder mot att den upphandlande myndigheten – vid tillämpningen av tilldelningskriterier som är förenliga med artikel 67.2 och 67.4 i detta direktiv – har behörighet att i förfrågningsunderlaget i ett öppet upphandlingsförfarande fastställa att anbuden ska utvärderas i etapper.

C. Den andra frågan

65. Den andra frågan har ställts för det fall att EU-domstolen besvarar den första frågan på så sätt att den nationella lagstiftaren får tillerkänna de upphandlande myndigheterna behörighet att fastställa en utvärdering av anbud i etapper i förfrågningsunderlaget i ett öppet upphandlingsförfarande. Den hänskjutande domstolen vill genom den andra frågan få klarhet i om direktiv 2014/24 utgör hinder mot att den upphandlande myndigheten inte har skyldighet att i slutfasen av förfarandet få in ett antal anbud som är tillräckligt stort för att garantera ”verklig konkurrens” i den mening som avses i artikel 66 i direktiv 2014/24.

66. Den spanska regeringen anser att den andra frågan är hypotetisk. Enligt den regeringen finns det inget som tyder på att en utvärdering av anbud i etapper i det nationella förfarandet kan leda till att kontrakt tilldelas på icke konkurrensutsatta villkor. Den spanska regeringen har dessutom påpekat att det i det nationella målet rör sig om att bedöma det förfrågningsunderlag som har ifrågasatts av klaganden. Den grekiska regeringen och kommissionen anser att kravet på att garantera ”verklig konkurrens” inte är tillämpligt i ett öppet förfarande.

1. Huruvida den andra frågan kan tas upp till prövning

67. Inledningsvis ska jag ta ställning till de tvivel som den spanska regeringen hyser om huruvida den andra tolkningsfrågan kan upptas till sakprövning.

68. I de spanska bestämmelserna om öppet förfarande föreskrivs inget krav på ”verklig konkurrens”. Det finns ingenting som tyder på att ett sådant krav föreskrivs i det förfrågningsunderlag som har ifrågasatts av klaganden.

69. Enligt min mening har den hänskjutande domstolen ifrågasatt om ett krav på ”verklig konkurrens” är nödvändigt inom ramen för en utvärdering av anbud i etapper i ett öppet upphandlingsförfarande, med hänsyn till lydelsen av artikel 66 i direktiv 2014/24 som har angetts vid flera tillfällen i begäran om förhandsavgörande. Om det visar sig att kravet i artikel 66 i direktiv 2014/24 även är tillämpligt, direkt eller analogt, på öppna förfaranden där anbuden utvärderas i etapper, måste den hänskjutande domstolen undersöka om förfrågningsunderlaget möjliggör för den upphandlande myndigheten att garantera ”verklig konkurrens” i slutfasen av förfarandet.

70. Av ovan anförda följer att den andra frågan kan tas upp till sakprövning.

2. Prövning i sak

71. För att besvara denna fråga måste det avgöras om artikel 66 i direktiv 2014/24 är tillämplig, direkt eller analogt, i ett öppet förfarande där inom ramen för vilket anbud utvärderas i etapper.

72. Enligt min mening är artikel 66 i direktiv 2014/24 inte tillämplig på öppna förfaranden.

73. För det första avser artikel 66 i direktiv 2014/24 enbart förhandlade förfaranden under konkurrens eller konkurrenspräglad dialog. Den är emellertid inte tillämplig på öppna förfaranden.¹⁴ Den upphandlande myndigheten får dessutom fullfölja det öppna förfarandet, trots att tilldelningskriterierna leder till att enbart ett fåtal ekonomiska aktörer kan ansöka om att delta i upphandlingen.¹⁵

74. För det andra förskrivs i artikel 66 andra meningen i direktiv 2014/24 att antalet anbud och lösningar måste vara tillräckligt stort i slutfasen för att garantera verklig konkurrens, *under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal anbud, lösningar eller lämpliga anbudssökande*.

75. Av bestämmelsens ordalydelse framgår att kravet på att säkerställa ett visst antal anbud i slutfasen av förfarandet inte är absolut. Det är enbart tillämpligt när det finns en möjlighet att få in ett lämpligt antal anbud, lösningar eller berättigade anbudssökande.¹⁶ Jag anser dessutom att strävan efter att antalet anbud i slutfasen av det förhandlade förfarandet under konkurrens och den öppna dialogen garanterar *verklig konkurrens* syftar till att förhindra en situation där en anbudsgivare eller en anbudssökande inte är intresserad av att förhandla, eftersom den skulle vara den enda ekonomiska aktör som beaktats av den upphandlande myndigheten, trots att andra ekonomiska aktörer kan lämna ett anbud till den upphandlande myndigheten som uppfyller dess förväntningar och motsvarar dess behov.

¹⁴ Se punkt 47 i detta förslag till avgörande.

¹⁵ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 september 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2002:495, punkt 85). Det bör framhållas att domstolen i dom av den 16 september 1999, Fracasso och Leitschutz (C-27/98, EU:C:1999:420, punkterna 32–34), som avsåg rättsläget före ikraftträdandet av direktiv 2014/24, slog fast att om det vid utgången av ett förfarande avseende offentlig upphandling endast kvarstår ett anbud, är den upphandlande myndigheten inte skyldig att ge kontraktet till den enda anbudsgivare som lämnat anbudet. Därav framgår emellertid inte att den upphandlande myndigheten måste ogiltigförklara ett sådant förfarande.

¹⁶ Enligt de förklarande anmärkningar avseende den konkurrenspräglade dialogen som utarbetats av kommissionen (European Commission Directorate General Internal Market And Services Public Procurement Policy Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, ec.europa.eu, sidorna 8–9), kan minskningen av antalet lösningar leda till att enbart en enda lösning väljs ut i slutfasen av förfarandet. Detta utgör emellertid inte hinder mot att den upphandlande myndigheten fullföljer förfarandet. För ett liknande resonemang, se även skäl 41 andra meningen i direktiv 2004/18 där det klargjordes att minskningen av det antal anbud som den upphandlande myndigheten fortsätter att diskutera eller förhandla om vid en konkurrenspräglad dialog och i förhandlade förfaranden med offentliggörande av ett meddelande om upphandling bör garanteras verklig konkurrens, *under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lämpliga lösningar eller anbudssökande* (min kursivering).

76. Jag anser därför att det inte är nödvändigt att tillämpa artikel 66 i direktiv 2014/24 analogt i ett öppet förfarande inom ramen för vilket anbuden utvärderas i etapper. I successiva etapper av ett sådant förfarande uppstår situationer där enbart de anbud som uppfyller den upphandlande myndighetens förväntningar och motsvarar dess behov beaktas. Det finns emellertid ingen möjlighet att förhandla om dem.

77. Mot bakgrund av vad som anförts ovan är kravet på att få in ett visst antal anbud i slutfasen av det öppna förfarandet, så att antalet garanterar ”verklig konkurrens” i den mening som avses i artikel 66 i direktiv 2014/24, inte tillämpligt, vare sig direkt eller analogt, i ett sådant öppet förfarande som det som det förfrågningsunderlag som har ifrågasatts av klaganden hänför sig till.

78. Jag föreslår därför att EU-domstolen besvarar den andra frågan enligt följande: Direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att det inte utgör hinder mot att den upphandlande myndighet som fastställer en utvärdering i etapper av anbud i förfrågningsunderlaget i ett öppet förfarande inte har skyldighet att i slutfasen av detta förfarande få in ett tillräckligt antal anbud för att garantera ”verklig konkurrens” i den mening som avses i artikel 66 i det direktivet.

D. Den tredje frågan

79. Genom den tredje frågan vill den hänskjutande domstolen få klarhet i om ett sådant krav som det som har ifrågasatts av klaganden strider mot direktiv 2014/24 på grund av att det inte är möjligt att garantera verklig konkurrens eller tilldela kontrakt till den ekonomiska aktör som lämnat in ett anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

80. Den tredje frågan har ställts för det fall att den andra frågan besvaras jakande. Ett sådant svar innebär att kravet på att i slutfasen av utvärderingen få in ett antal anbud som garanterar ”verklig konkurrens” i den mening som avses i artikel 66 i direktiv 2014/24 även är tillämpligt i ett öppet förfarande.

81. Mot bakgrund av mitt föreslagna svar på den andra frågan, saknas det anledning att besvara den tredje frågan. För det fall att EU-domstolen inte delar min uppfattning vad gäller svaret på den andra frågan, kommer jag att endast kortfattat även diskutera den tredje frågan.

82. I samband med kravet på att i slutfasen av förfarandet få in ett antal anbud som garanterar verklig konkurrens, ska det erinras om att även om ett sådant krav skulle kunna härledas ur artikel 66 i direktiv 2014/24 som tillämpas direkt eller analogt, så är det inte absolut. Det vore endast tillämpligt om antalet lämpliga anbud skulle tillåta detta.¹⁷ Den slutliga bedömningen i detta sammanhang ankommer i vart fall på den hänskjutande domstolen.

83. När det gäller tilldelning av kontrakt till den ekonomiska aktör som lämnat in det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet har den upphandlande myndigheten enligt direktiv 2014/24 skyldighet att tilldela kontrakt till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta kriterium kan emellertid inte förstås på så sätt att den upphandlande myndigheten har skyldighet att välja det anbud som har det lägsta priset, trots att anbudet inte uppfyller de kvalitetskrav som ställs av den upphandlande myndigheten och som anges i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndighetens utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av tilldelningskriterier begränsas emellertid genom artikel 67.4 i direktiv 2014/24.¹⁸ Det bör överlämnas till den hänskjutande domstolen att bedöma om den upphandlande myndigheten har iakttagit de krav som uppställs i denna bestämmelse.

¹⁷ Se punkt 75 i detta förslag till avgörande.

¹⁸ Se punkterna 61 och 62 i detta förslag till avgörande.

VI. Förslag till avgörande

84. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att EU-domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (förvaltningsorgan i den autonoma regionen Baskien med behörighet på området för offentlig upphandling, Spanien) på följande sätt:

1. Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/UE av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas på så sätt att det inte utgör hinder mot att den upphandlande myndigheten – vid tillämpningen av tilldelningskriterier som är förenliga med artikel 67.2 och 67.4 i detta direktiv – har behörighet att i förfrågningsunderlaget i ett öppet upphandlingsförfarande fastställa att anbuden ska utvärderas i etapper.
2. Direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att det inte utgör hinder mot att den upphandlande myndighet som fastställer en utvärdering i etapper av anbud i förfrågningsunderlaget i ett öppet förfarande inte har skyldighet att i slutfasen av detta förfarande få in ett tillräckligt antal anbud för att garantera ”verklig konkurrens” i den mening som avses i artikel 66 i det direktivet.