

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

föredraget den 25 mars 1999 *

1. Österrikiska Bundesvergabeamt har genom beslut av den 27 januari 1998 ställt domstolen en fråga om tolkningen av artikel 18 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (nedan kallat direktivet).¹

2. Bundesvergabeamt har huvudsakligen ställt frågan för att utröna huruvida den federala österrikiska regleringen om upphandlingsförfaranden (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen, nedan kallad BVergG) är förenlig med artikel 18 i direktivet, vilken innehåller de allmänna principerna för formerna för att tilldela kontrakt, med hänsyn till att det i 55 § andra stycket i den österrikiska lagen föreskrivs att den upphandlande myndigheten kan återkalla en anbudsinfordran om det endast kvarstår en anbudsgivare efter att de anbud utslutits som inte inlämnats i enlighet med lagen. Det rör sig således om att bedöma om direktivet ålägger den upphandlande myndigheten att, efter att ha bedömt anbudsgivarnas lämplighet, ge kontraktet till den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet.

Tillämpliga gemenskapsrättsliga och nationella bestämmelser

3. Genom direktivet samordnas nationell lagstiftning i fråga om tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. I ingressen anges att "[f]ör att etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster skall kunna genomföras i fråga om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten som görs för statens, territoriella offentliga organs och andra offentlighetsrättsliga organs räkning är det nödvändigt att samtidigt undanröja restriktioner och samordna de nationella förfarandena för tilldelning av sådana kontrakt" (andra övervägandet). I påföljande övervägande tilläggs att "[s]amordningen måste i så stor utsträckning som möjligt iaktta de förfaranden och den praxis som gäller i var och en av medlemsstaterna". I första meningen i tionde övervägandet preciseras att "utvecklingen av en faktisk konkurrens inom sektorn för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten kräver att meddelanden om upphandling som genomförs av de upphandlande myndigheterna i medlemsstaterna kungörs på gemenskapsnivå".

4. Del I i direktivet har rubriken "Allmänna bestämmelser". För förevarande mål är artikel 8.2 relevant, i vilken föreskrivs att "[d]e upphandlande myndighe-

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT L 199, s. 54, vilket nyligen ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1).

terna skall så snart som möjligt underrätta de anbudssökande och anbudsgivarna som begär det om skälen till att de har beslutat att avstå från en upphandling för vilken anbud begärts eller att upprepa förfarandet. Myndigheterna skall även underrätta Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om dessa beslut”.

I avdelning IV finns ”Allmänna regler för deltagande”. Enligt artikel 18 skall ”[k]ontrakt... tilldelas med utgångspunkt i de kriterier som fastställs i kapitel 3 i denna avdelning med hänsyn till artikel 19, efter det att de upphandlande myndigheterna kontrollerat att de leverantörer som inte skall uteslutas enligt artikel 24 är lämpliga i enlighet med kriterierna i artiklarna 26—29 för ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk förmåga”.

5. Den österrikiska regleringen av offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten finns i BVergG, vilken varit i kraft sedan den 1 januari 1994.² I den lagen föreskrivs att upphandling av bygg- och anläggningsarbeten samt tjänster, efter att det föreskrivna förfarandet genomförts, skall tilldelas auktoriserade företag som är effektiva och pålitliga, till lämpliga priser och i enlighet med principerna om fri och lojal konkurrens och likabehandling av samtliga konkurrenter och anbudsgivare (16 § första stycket). I samma lag fastslås även att upphandlingsförfarandena under alla omständigheter skall genomföras endast om det verkligen kan förväntas att kontraktet kommer att tilldelas (16 § femte

stycket). Följaktligen föreskrivs i 56 § första stycket BVergG att förfaranden avseende offentlig upphandling avslutas genom att ett avtal ingås eller genom att anbudsinfordran återkallas.

Slutligen skall 55 § andra stycket i den österrikiska lagen beaktas, vilken är den bestämmelse vars förenlighet med direktivet har ifrågasatts vid den hänskjutande domstolen och enligt vilken anbudsinfordran kan återkallas om det, efter att anbud valts bort enligt 52 §, endast kvarstår ett anbud. Jag vill för fullständighetens skull precisera att det i 52 § första stycket föreskrivs att innan en anbudsgivare väljs för tilldelning av kontraktet, skall den upphandlande myndigheten på grundval av prövningen omedelbart välja bort anbud från anbudsgivande bolag som inte uppfyller vissa kriterier. Således skall sådana anbud uteslutas som har ingivits från anbudsgivare som saknar tillstånd, ekonomisk, finansiell eller teknisk förmåga eller nödvändig trovärdighet (första stycket) och likaså anbud vars totala pris inte har satts på ett trovärdigt sätt (tredje stycket).

Bakgrund och tolkningsfrågor

6. Målet vid den nationella domstolen har sitt ursprung i att Amt der Salzburger Landesregierung i april 1996 beslutade att

² — Lagen har offentliggjorts på nytt till följd av att bestämmelserna om offentliga bygg- och anläggningsarbeten har kodifierats genom lag av den 27 maj 1997, BGBl nr 56/1997.

inhämta anbud för byggnadsarbeten på Westautobahn A1. Efter att de föreskrivna förfarandena slutförts tilldelades kontraktet bolaget ARGE Betondecke-Salzburg West. På grundval av en ny teknisk bedömning av de berörda arbetena inledde samma upphandlande myndighet i november 1996 ett upphandlingsförfarande avseende ”beläggningsarbeten avseende Salzburg West A1 Westautobahn från km 292,7 till km 297,7, slutlig breddning, leverans och montering av ett skyddsräcke av stål för mittremsan”. Genom meddelandet om upphandling av den 24 april 1997 inleddes formellt det slutgiltiga förfarandet för tilldelning av kontraktet för arbetena i fråga. Till följd av en kontroll av de fyra anbudsgivande bolagens kvalifikationer kvarstod bara ett, nämligen bolagssammanslutningen Bietergemeinschaft Metalmeccanica Fracasso SpA—Leitschutz Handels- und Montage GmbH. Den upphandlande myndigheten beslutade därefter att utöva sin befogenhet att återkalla anbudsfordran i enlighet med 55 § andra stycket BVergG. Efter att parterna träffat en överenskommelse i godo inom ramen för ett förlikningsförfarande inför en särskild federal kontrollkommission (Bundes-Vergabekontrollkommission)³ ingav bolagssammanslutningen en begäran om omprövningsförfarande enligt 113 § BVergG. Bundesvergabeamt, tredje avdelningen, vid vilken målet anhängiggjordes, beslutade att ställa domstolen följande tolkningsfråga:

”Skall artikel 18.1 i direktiv 93/37/EEG, enligt vilken kontrakt skall tilldelas med

utgångspunkt i de kriterier som fastställs i kapitel 3 i denna avdelning med hänsyn till artikel 19, efter det att de upphandlande myndigheterna kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte skall uteslutas enligt artikel 24 till följd av kriterierna i artiklarna 26—29 för ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk förmåga, tolkas på så sätt att den upphandlande myndigheten är skyldig att godta ett anbud, även om detta är det enda anbud som återstår? Har artikel 18.1 i direktiv 93/37/EEG en så konkret och precis innebörd att en enskild kvarvarande anbudsgivare i ett upphandlingsförfarande enligt inhemsk rätt kan åberopa nämnda bestämmelse och göra gällande att denna bestämmelse som del av gemenskapsrätten har företräde framför inhemsk rätt?”

Den första delen av tolkningsfrågan

7. Om än i en och samma fråga, har den nationella domstolen i själva verket ställt EG-domstolen två olika frågor. Genom den första vill den österrikiska domstolen få klarhet i huruvida artikel 18 i direktivet kan få någon betydelse för avgörandet i målet vid den nationella domstolen. Jag vill erinra om att detta gäller frågan huruvida den upphandlande myndigheten rättsenligt

3 — Enligt 109 § och 110 § BVergG.

kan fatta beslut om att inte genomföra ett anbudsfordrande om det bara finns ett enda giltigt anbud kvar.

8. I likhet med alla andra direktiv om offentlig upphandling, vilka som bekant utgör en samling bestämmelser som är enhetliga i fråga om principer, syften och avfattning, ger det aktuella gemenskapsdirektivet inte någon uttrycklig anvisning i detta avseende. Denna omständighet är heller inte ägnad att förvåna, eftersom direktivet endast samordnar de nationella förfarandena och alls inte syftar till att ge en uttömmande reglering som skulle vara ägnad att helt och hållet ersätta de olika nationella rättsliga systemen i fråga om tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling. Denna slutsats framgår av själva direktivet, vilket i tredje övervägandet föreskriver att samordningen skall ”i så stor utsträckning som möjligt iaktta de förfaranden och den praxis som gäller i var och en av medlemsstaterna”.

Mot bakgrund av denna omständighet skulle man med fog kunna fråga sig om inte förevarande mål faller utanför direktivets tillämpningsområde, vilket skulle leda till att frågan skall avgöras av medlemsstaten, i överensstämmelse med den nyssnämnda princip enligt vilken nationell praxis och nationella förfaranden skall iakttagas ”i så stor utsträckning som möjligt”.

9. Även om nyssnämnda hypotes kan förefalla tilltalande, är den inte övertygande.

Kommissionen, liksom de regeringar som har inkommit med yttranden under förhandlet, anser visserligen att medlemsstaterna är fria att tillerkänna en upphandlande myndighet befogenheten att återkalla en anbudsfordran, men påpekar med emfas de risker som kan följa av att denna befogenhet missbrukas.

Jag anser det nämligen vara rimligt att gemenskapsregleringen, i synnerhet det i förevarande mål aktuella direktivet om upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, inte lämnar åt sidan de konkreta förfaranden som styr ämnet i fråga i de olika nationella rättsordningarna. Det är i det avseendet lämpligt att i korthet erinra om de argument som har framförts av dem som inkommit med yttranden.

10. Sökanden i målet vid den nationella domstolen hävdar, då den utvecklar sin tes för att kontraktet nödvändigtvis skall tilldelas den ende anbudsgivare som kvarstår i förhandlet, att det av en systematisk tolkning av direktivets bestämmelser, närmare bestämt av artiklarna 7, 8, 18 och 30 — såsom dessa enligt sökanden har tolkats av domstolen⁴ — framgår att den upphandlande myndighetens befogenhet att avstå från att tilldela ett offentligt upphandlingskontrakt eller att börja om ett förfarande

4 — Sökanden i målet vid den nationella domstolen erinrar närmare bestämt om dom av den 10 februari 1982 i mål 76/81, *Transporoute* (REG 1982, s. 417; svensk specialutgåva, volym 6, s. 319), av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86, 28/86 och 29/86, *CEI* (REG 1987, s. 3347), av den 20 september 1988 i mål 31/87, *Beentjes* (REG 1988, s. 4635), samt av den 16 oktober 1997 i mål C-304/96, *Hera* (REG 1997, s. I-5685).

måste inskränkas till undantagsfall och inte kan utövas annat än av allvarliga skäl (dödsfall, konkurs etc.).

Kommissionen har däremot påpekat att det är just med stöd av artikel 8.2 i direktivet om bygg- och anläggningsarbeten, enligt vilken ”de upphandlande myndigheterna skall så snart som möjligt underrätta de anbudssökande och anbudsgivare som begär det om skälen till att de har beslutat att avstå från en upphandling för vilken anbud begärts eller att upprepa förfarandet”, som motsatt slutsats skall dras. Kommissionen anser att det av bestämmelsen entydigt framgår att direktivet tillerkänner de upphandlande myndigheterna befogenheten att avsluta ett anbuds förfarande avseende offentlig upphandling genom att återkalla det. Dessutom, hävdar kommissionen vidare, går det lätt att av direktivets syfte dra slutsatsen att det bygger på det grundläggande kravet att kontrakt avseende offentlig upphandling skall utsättas för effektiv (se tionde övervägandet) eller verklig (se artikel 22 i fallet med ett förhandlat förfarande) konkurrens. Uppfyllandet av detta krav skulle motverkas om de upphandlande myndigheterna skulle åläggas den påstådda skyldigheten att sluta avtal även om det endast finns ett anbudsgivande företag.

Amt der Salzburger Landesregierung, svarande i målet vid den nationella domstolen, lägger likaså tonvikten vid att gemenskapsdirektivets grundläggande syfte är att öppna området för offentlig upphandling för konkurrens och vid att samtliga bestäm-

melser i direktivet, med början i kriterierna för tilldelning i artiklarna 30.1 a och 30.1 b, förutsätter att det finns en möjlighet att jämföra flera anbud.

Den österrikiska regeringen har dessutom med liknande argument preciserat att det genom artikel 18 helt enkelt fastslås en allmän regel för deltagande, eftersom den endast anger vilka typer av företag som den upphandlande myndigheten kan beakta för att tilldela kontrakt.

Den franska regeringen, som uttalat sig under sammanträdet, har slutligen understrukit att även i fransk rätt (närmare bestämt i kraft av artikel 95 ter i lagen om offentlig upphandling) kan den som ansvarar för upphandlingen välja att inte fullfölja en anbudsinfordran av skäl som hänför sig till allmänintresset.

11. Under sammanträdet har vissa av parterna erinrat om att förstainstansrätten nyligen har haft att avgöra en liknande fråga, om än avseende ”tjänstedirektivet”,⁵ och fastslagit att de upphandlande myndigheterna inte är skyldiga att slutföra upp-

5 — Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

handlingsförfarandet genom ett beslut om tilldelning.⁶

12. Jag anser att den tes som käranden i målet vid den nationella domstolen förespråkar inte kan vinna bifall. För det första måste man beakta att det finns en föreskrift liknande den som anges i artikel 8.2, i vilken det uttryckligen föreskrivs att det går att besluta om att återkalla anbudsinfordran. För det andra anser jag att den bestämmelse som avses i artikel 18 är en processrättslig regel som är bindande för myndigheten i fråga om kriterierna för tilldelning (det vill säga de som anges i kapitel 3 i samma avdelning), samtidigt som det fastslås ett gemensamt system för att kvalificera anbudsgivande företag som utgör ett slags förutsättning för att få delta i anbuds-förfarandet. Det går således inte att härleda någonting annat av artikel 18 än att kriterierna för att välja kandidaterna och skälen för att utesluta dem från anbuds-förfarandet måste vara just de som det hänvisas till i nyssnämnda bestämmelse. Varje annan tolkning — i synnerhet en tolkning som syftar till att ur regeln härleda en skyldighet att ingå avtal även om det bara är ett enda bolag som anmält sig och som kvalificerat sig — skulle enbart utgöra en krystad och omotiverad tolkning av gemensapsrätten.

13. Jag anser att det nämligen inte går att tvivla på att befogenheten att återkalla myndighetens beslut att inleda en anbuds-

infordran utgör ett uttryck för en befogenhet som de upphandlande myndigheterna tillerkänns i medlemsstaternas rättsordningar och att myndigheten, så länge som det inte fattats ett slutgiltigt beslut om tilldelning, i allt väsentligt är fri att inte tilldela ett kontrakt på grund av ett skäl framkommit som är av allmänt intresse eller på grund av en förnyad bedömning av villkoren för att genomföra det planerade projektet (frånvaro av lämpliga resurser, förändring av den aktuella tekniska nivån inom någon viss sektor etc.).⁷

14. Vad som ovan påpekats medför inte att en sådan befogenhet att skydda de egna intressena skulle vara absolut och inte kunna bli föremål för domstolsprövning. I princip är det inte en målsättning i sig att olika anbud skall jämföras, utan snarare den grundläggande idén, runt vilken rationaliseringen av myndigheternas verksamhet organiseras. Följaktligen går det inte att utesluta att det i vissa fall förhåller sig så, att förhandlingar med en enda kandidat för tilldelning av ett kontrakt gör det möjligt att uppnå resultat som rentav är bättre än de som hade kunnat uppnås genom en anbudsinfordran. Även om det är riktigt att

6 — Dom av den 17 december 1998 i mål T-203/96, Embassy Limousines (REG 1998, s. II-4239).

7 — Med hänvisning till det fall då det endast finns en anbudsgivare, kan med avseende på Italien påpekas att det i förordningen om statens räkenskaper — vars tillämpning har utsträckt genom rättspraxis till att omfatta samtliga offentliga organ — fastslås att offentlig upphandling *måste* upphävas om det inte finns åtminstone två anbudsgivare, "om inte den upphandlande myndigheten har fastslagit, med angivande därav i meddelandet om upphandling, att då upphandlingen sker med hemliga anbud skall kontraktet tilldelas även om det endast inkommer ett anbud" (artikel 69 i kungligt dekret nr 827 av den 23 maj 1924). För en i tiden näraliggande tillämpning av regeln, se beslut nr 33 av Corte dei conti av den 27 februari 1997, i *Riv. Corte dei conti*, häfte 1, s. 36.

direktivet normalt sett i samtliga sina bestämmelser förutsätter att olika anbud skall jämföras, är det nämligen likaså riktigt att myndigheten med hänsyn till artikel 18 är skyldig att meddela kandidater och anbudsgivare de skäl som har föranlett den att avstå från en upphandling eller att upprepa förfarandet.

15. Med andra ord: Även om det inte går att ur direktivet härleda att myndigheten i samtliga fall måste tilldela kontraktet även om det endast förekommer ett anbud, måste det å andra sidan medges att myndigheten ibland även kan tilldela det, efter att ha följt reglerna om offentlighet och lika-behandling i direktivet, den ende konkurrent som infunnit sig eller kvarstått i förfarandet, varvid det inte går att åberopa en princip om konkurrens till varje pris, då någon sådan inte finns. Det är i detta perspektiv som jag anser att bedömningen måste göras av bestämmelsen i artikel 8.2 i direktivet. Denna bestämmelse avser säkerligen att förhindra att den upphandlande myndigheten gör sig kvitt en potentiell kontrahent på ett fullständigt godtyckligt sätt eller i strid med gemenskapsrättens grundläggande principer.

16. Som ovan antytts har även förstainstansrätten nyligen intagit ståndpunkten att direktivet inte utesluter att myndigheten har befogenhet att återkalla meddelandet om upphandling, då i fråga om Europaparlamentets upphandling av transport-

tjänster medelst bil med chaufför.⁸ I en annan kontext än den nu aktuella (det fanns nämligen flera anbud och inte bara ett) fastslog förstainstansrätten att "de upphandlande myndigheterna inte är skyldiga att slutföra upphandlingsförfarandet" (punkt 54 i domen) och påpekade att en upphandlande myndighet i detta avseende har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning vilken kan prövas just med avseende på om beslutet är av godtycklig art (punkt 60).

Nåväl, jag anser att även om det i det fallet rörde sig om tjänstedirektivet, kan principen säkerligen anses gälla och utsträckas till direktivet om bygg- och anläggningsarbeten, och för övrigt till alla övriga direktiv i fråga om upphandling, eftersom det rör sig om en allmän princip som kan härledas ur medlemsstaternas rättsliga traditioner, vilka direktiven avser att respektera.

17. Det skall emellertid tilläggas att skyldigheten att meddela de skäl som ligger till grund för myndighetens beslut att avstå från en upphandling eller att upprepa förfarandet, på sådant sätt som avses i artikel 8.2 i direktivet, måste bedömas på rätt sätt. Den gör det nämligen möjligt att genomföra en prövning av det administrativa beslutets lagenlighet, åtminstone i det fall beslutet om återkallande förefaller utgöra ett svepskäl eller strida mot andra gemenskapsrättsliga regler. Detta skulle exempelvis kunna vara fallet om den upphandlande myndigheten inhämtar anbud

8 — Dom av den 17 december 1998 i det ovannämnda målet T-203/96, Embassy Limousines.

endast för att förlora tid och således falskeligen ge upphov till en situation i vilken kravet på skyndsamhet åberopas som förevändning för att tilldela kontraktet i ett förhandlat förfarande, det vill säga i strid med gemenskapsregeln om att kravet på skyndsamhet inte får tillskrivas den upphandlande myndigheten själv (se artikel 7.3 c i direktivet).

Vad förevarande mål beträffar skulle återkallandet av anbudsinfordran tänkas framstå som godtyckligt om myndigheten inte ogiltigförklarar anbudsförfarandet med en teknisk lösning i åtanke som är mindre betungande än den ursprungligen aktuella, vilket faktiskt skedde i detta fall, utan på grundval av att anbudet påstås vara olämpligt, trots att detta tidigare rentav hade bedömts vara onormalt lågt och hade klarat den kontroll i kontradiktoriskt förfarande som avses i artikel 30.4 i direktivet.

18. Avslutningsvis anser jag således att det inte går att ifrågasätta att den upphandlande myndigheten av sakliga skäl av allmänintresse ibland kan ogiltigförklara anbudsinfordran och vägra att tilldela kontraktet om endast ett anbud har ingivits eller kvarstått i anbudsförfarandet, under förutsättning att detta inte sker godtyckligt eller som ett svepskäl och att det inte medför att regler i direktivet eller andra

gemenskapsrättsliga regler eller principer åsidosätts.

19. Jag föreslår därför att domstolen ger följande svar på den första delen av frågan. Artikel 18 i direktiv 93/37/EEG utgör inte hinder för nationell lagstiftning som tillåter den upphandlande myndigheten att återkalla anbudsförfarandet om det endast kvarstår ett enda deltagande bolag till följd av att anbud som inte ingivits på giltigt sätt lagenligen har uteslutits.

Den andra delen av tolkningsfrågan

20. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra delen av frågan för att få klarhet i huruvida enskilda kan åberopa den ovan nämnda bestämmelsen i artikel 18.1 i direktivet vid nationella domstolar.

21. Det skall i det avseendet påpekas att denna delfråga endast är relevant — för den nationella domstolen — i den mån som artikel 18 tolkas på det sätt som käranden i målet vid den nationella domstolen har föreslagit. Med hänsyn till det svar jag

föreslagit på den första delfrågan kommer den att förlora sitt syfte.

anföra att domstolen redan tidigare har fastslagit att så är fallet vid andra tillfällen, om än i fråga om den motsvarande bestämmelsen i direktivets tidigare version.⁹

Då detta har konstaterats, och då jag ändå önskar besvara frågan, nöjer jag mig med att påpeka att den måste besvaras jakande. Genom artikel 18 åläggs nämligen de upphandlande myndigheterna skyldigheter som är ovillkorliga och tillräckligt precisa, varför sagda artikel kan åberopas av enskilda vid nationella domstolar. Jag vill därtill

22. Jag föreslår därför att domstolen ger följande svar på den andra delfrågan. Artikel 18 i direktiv 93/37/EEG är tillräckligt klar och precis för att kunna göras gällande vid nationella domstolar.

⁹ — Se domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 44.

Förslag till avgörande

23. Med hänsyn till ovanstående argument föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som Bundesvergabebamt har ställt på följande sätt:

- 1) Artikel 18 i direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten utgör inte hinder för nationell lagstiftning som tillåter den upphandlande myndigheten att återkalla anbudsförfarandet om det endast kvarstår ett enda deltagande bolag till följd av att anbud som inte ingivits på giltigt sätt lagenligen har uteslutits.
- 2) Artikel 18 i direktiv 93/37/EEG är tillräckligt klar och precis för att kunna göras gällande vid nationella domstolar.