

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)
den 18 oktober 2001 *

I mål C-19/00,

angående en begäran enligt artikel 234 EG från Supreme Court (Irland), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

SIAC Construction Ltd

och

County Council of the County of Mayo,

angående tolkningen av artikel 29 i rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5), i dess lydelse enligt rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 (EGT L 210, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3),

* Rättegångsspråk: engelska.

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann (referent) samt domarna A. La Pergola, L. Sevón, M. Wathelet och C. W. A. Timmermans,

generaladvokat: F. G. Jacobs,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören H. A. Rühl,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- SIAC Construction Ltd, genom B. Shipsey, SC, befullmäktigad av McCann Fitzgerald och Philip Lee, solicitors,
- County Council of the County of Mayo, genom M. Finlay, SC, M. Boyce och N. Hyland, BL, befullmäktigade av King & McEllin, solicitors,
- Irlands regering, genom L. A. Farrell, i egenskap av ombud, biträdd av A. O'Brolchain, SC, och A. M. Collins, BL,
- Österrikes regering, genom C. Pesendorfer, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission genom R. B. Wainwright, i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 8 mars 2001 av: SIAC Construction Ltd, företrätt av B. Shipsey, County Council of the County of Mayo, företrätt av M. Finlay och N. Hyland, Irlands regering, företrädd av D. J. O'Hagan, i egenskap av ombud, biträdd av A. O'Brolchain, Frankrikes regering, företrädd av S. Pailler, i egenskap av ombud, och kommissionen, företrädd av R. B. Wainwright,

och efter att den 10 maj 2001 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Supreme Court har, genom beslut av den 30 juli 1999 som inkom till domstolen den 24 januari 2000, i enlighet med artikel 234 EG ställt en fråga om tolkningen av artikel 29 i rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5), i dess lydelse enligt rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 (EGT L 210, s. 1, svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3, nedan kallat direktiv 71/305, i dess ändrade lydelse).
- 2 Denna fråga har uppkommit i en tvist mellan SIAC Construction Ltd (nedan kallat SIAC) och County Council of the County of Mayo (nedan kallat County Council) angående ett förfarande för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

Tillämpliga bestämmelser

- 3 I artikel 29.1 och 29.2 i direktiv 71/305, i dess ändrade lydelse, fastställs följande:

”1. De kriterier som de upphandlande myndigheterna skall följa vid prövning av anbud skall vara

- antingen enbart det lägsta priset,

- eller, då prövning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier hänförliga till kontraktet, till exempel pris, tid för fullgörande, driftkostnader, lönsamhet, teknisk förtjänst.

2. I det senare fallet skall de upphandlande myndigheterna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla de kriterier, som de avser att tillämpa vid prövningen, om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 4 County Council publicerade den 20 februari 1992 ett meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, som avsåg ett offentligt kontrakt som skulle tilldelas genom ett öppet förfarande. Kontraktet avsåg

särskilt installation av avloppssystem, dräneringsrör för att avleda vatten vid häftiga regn, ventilationstrummor, regnvattenstunnor samt stig- och vattenledningsrör.

5 Kontraktet hörde till den kategori av kontrakt som grundas på byggnadskalkyler, i vilka de beräknade kvantiteterna för varje post tas upp i en kvantitativ kostnadsberäkning. För dessa typer av kontrakt fyller anbudsgivaren i kostnadsberäkningen genom att åsätta ett värde för varje post och ett sammanlagt pris för den beräknade kvantiteten. Det pris som skall betalas fastställs genom en mätning av de faktiska kvantiteterna efter det att arbetena har utförts, vilka åsätts de värden som har tagits upp i anbudet.

6 I meddelandet om upphandling angavs, under rubriken "Kriterier för tilldelning (andra än pris)", följande:

"[K]ontraktet skall tilldelas den kompetente entreprenör som har lämnat det anbud som [County Council] anser vara det mest fördelaktiga med hänsyn till kostnad och teknisk förtjänst, med förbehåll för miljöministeriets godkännande."

7 De handlingar som skickades till anbudsgivarna utgjordes av bland annat instruktionerna för anbudsgivarna, den kvantitativa kostnadsberäkningen, listan över grundpriser, kravspecifikationen samt innehållet och villkoren i kontraktet.

8 Anbud lämnades av 24 entreprenörer. De tre lägsta anbuden lämnades av SIAC, Mulcair och Pierce Contracting Ltd. Efter kontrollräkning och rättelser uppgick de sammanlagda anbuden till 5 378 528 IEP för SIAC, 5 508 919 IEP för Mulcair och 5 623 966 IEP för Pierce Contracting Ltd.

- 9 Den rådgivande ingenjören, som County Council hade gett i uppdrag att bedöma anbuden, uppgav i sitt utlåtande bland annat att de tre lägsta anbuden var likvärdiga i fråga om teknisk förtjänst.

- 10 Den rådgivande ingenjören anmärkte att han emellertid hyste allvarliga tvivel i fråga om SIAC:s anbud, och att det av bolaget tillämpade prissystemet ”i betydande utsträckning reducerar den rådgivande ingenjörens frihet att korrekt och fullständigt administrera kontraktet på det sätt som — enligt hans mening — är mest ekonomiskt fördelaktigt för County Council”.

- 11 Den rådgivande ingenjören påpekade dessutom att man, under rubriken ”materiel”, hade förutsett ett preliminärt belopp på 90 000 IEP och att anbudsgivarna hade anmodats att öka detta belopp med en procentuell andel för allmänna utgifter, vinstmarginal, etcetera. SIAC drog tvärtom av 100 procent av detta preliminära belopp, ett avdrag som den rådgivande ingenjören ansåg att SIAC inte fick göra.

- 12 Därefter konstaterades i den rådgivande ingenjörens utlåtande att SIAC:s metod på ett signifikativt sätt minskade kontrollen av de poster i den kvantitativa kostnadsberäkningen som kunde variera åt det ena eller andra hållet efter den slutliga mätningen. Konkret hade SIAC åsatt värdet noll för 27,5 procent av posterna, medan exempelvis Mulcair endast hade åsatt värdet noll för 18 procent av posterna och prissatt alla större arbetsposter.

- 13 Den rådgivande ingenjören drog i utlåtandet slutsatsen att jämfört med SIAC hade Mulcair avgett ett anbud som var ”bättre avvägt”, och det kunde vara mera prisvärt, i förhållande till kvaliteten, och till och med visa sig kosta mindre.

14 I sina rekommendationer ansåg den rådgivande ingenjören att anbudet från Pierce Contracting Ltd borde förkastas redan av det skälet att dess korrigerade pris var 115 047,33 IEP högre än motsvarande pris enligt Mulcairs anbud. Den rådgivande ingenjören rekommenderade att SIAC:s anbud inte skulle antas av bland annat följande skäl:

— SIAC hade inte angett någon ”frist för fullgörande” när anbudet lämnades,

— SIAC hade genom ett avdrag på 100 procent dragit av ett preliminärt belopp på 90 000 IEP, när det endast fick tillföra en procentuell andel för allmänna utgifter, vinstmarginal, etcetera,

— SIAC hade underlåtit att prissätta större arbetsposter, som värderades gemensamt i de olika kvantitativa kostnadsberäkningarna, vilket medförde att dess kvantitativa kostnadsberäkning förvanskades och att administreringen och kontrollen blev orimligt svår eller omöjlig att företa.

15 Den rådgivande ingenjören rekommenderade följaktligen att Mulcairs rättade anbud skulle antas.

16 County Council tilldelade därför Mulcair kontraktet, som också fullgjordes.

17 På begäran av SIAC underrättade County Council bolaget, i skrivelse av den 30 augusti 1993, om varför County Council inte hade antagit dess anbud.

- 18 SIAC väckte därefter talan vid High Court (Irland), där den i två förfaranden klagade på County Councils beslut att tilldela Mulcair kontraktet i fråga.

- 19 High Court ogillade SIAC:s talan i de två fallen genom dom och beslut, vilka avkunnades den 17 juni 1997.

- 20 High Court anförde att County Council, genom att välja de kriterier som förekom i meddelandet om upphandling och utvecklades i andra handlingar, på ett riktigt sätt hade använt sig av sina befogenheter att företa ett skönsmässigt val, som i stor utsträckning grundades på en fackmässig bedömning.

- 21 High Court fann att den endast skulle pröva huruvida County Councils beslut var oskäligt, och fastslog att så inte var fallet.

- 22 SIAC överklagade domen och beslutet från High Court till Supreme Court.

- 23 SIAC hävdade i sitt överklagande att County Council var skyldigt att anta det lägsta anbudet, det vill säga det anbud som SIAC själv hade lämnat. Eftersom alla anbudsgivare uppfyllde kriteriet teknisk förtjänst, kunde det enda relevanta kriteriet vara det som avsåg kostnad, vilket skall anses vara synonymt med anbudspriset. Det kriterium som avser kostnad eller pris kunde inte i något fall innebära den slutgiltiga kostnaden för County Council.

- 24 Genom att beakta den slutgiltiga kostnaden hade County Council avvikit från de angivna tilldelningskriterierna. County Council åsidosatte således principerna om insyn och förutsebarhet i upphandlingsförfarandet samt principen om likabehandling av anbudsgivare.
- 25 County Council hävdade tvärtom att det hade rätt att företa en skönsmässig bedömning och tilldela kontraktet på grundval av en rekommendation av dess rådgivande ingenjör om vilket anbud som ansågs vara det mest fördelaktiga med hänsyn till kostnad och teknisk förtjänst. County Council gjorde dessutom gällande att, när kontraktet grundas på en byggnadskalkyl, det med kostnads-kriteriet skall förstås den kostnad som kontraktet innebär för County Council, det vill säga kontraktspriset.
- 26 Dessutom framgick det av bland annat kravspecifikationen att den rådgivande ingenjören, vid prövningen av de kvantitativa kostnadsförslagen, hade rätt att jämföra de priser som hade uppgetts med sina egna kostnadsbedömningar. SIAC hade för övrigt redan från början förstått att kostnads-kriteriet avsåg den kostnad som kontraktet sannolikt skulle orsaka County Council.
- 27 Det var mot denna bakgrund som Supreme Court beslutade att förklara målet vilande och att ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”När en myndighet tilldelar ett kontrakt i enlighet med artikel 29.1 andra strecksatsen i kapitel 2 i rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971, såsom den har införlivats med en medlemsstats nationella rätt, när myndigheten har angett *’kriterier för tilldelning (andra än pris)’* enligt vilka kontraktet skall tilldelas *’den kompetente entreprenör som har lämnat det anbud som anses vara det mest fördelaktiga för den’* (upphandlande myndigheten) *’med hänsyn till kostnad och teknisk förtjänst’*, när de tre lägsta anbuden är giltiga, av acceptabel teknisk förtjänst och har lämnats av entreprenörer med erkänd kompetens och när anbudspriserna i de tre lägsta anbuden inte skiljer sig från varandra i större

omfattning, är den upphandlande myndigheten då skyldig att tilldela den entreprenör kontraktet vars anbud motsvarar det lägsta priset eller har den rätt att tilldela den entreprenör kontraktet vars anbud motsvarar det näst lägsta priset, på grundval av ett expertutlåtande av dess rådgivande ingenjör enligt vilket den slutgiltiga kostnad som den upphandlande myndigheten orsakas sannolikt blir lägre om kontraktet tilldelas den entreprenör vars anbud motsvarar det näst lägsta priset än om det tilldelas den entreprenör vars anbud motsvarar det lägsta priset?”

Tolkningsfrågan

- 28 Den nationella domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 29.1 och 29.2 i direktiv 71/305, i dess ändrade lydelse, skall tolkas på så sätt att den medger att en upphandlande myndighet, som har valt att tilldela ett kontrakt enligt kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, tilldelar den anbudsgivare kontraktet vars anbud enligt ett expertutlåtande kan medföra lägsta slutgiltiga kostnad.
- 29 Domstolen noterar inledningsvis att parterna i målet vid den nationella domstolen är oense om huruvida uttrycken ”pris” och ”kostnad”, som användes i kontraktshandlingarna, avser anbudets sammanlagda pris eller kontraktets slutgiltiga kostnad. High Court konstaterade härvid endast att uttrycken hade använts omväxlande.
- 30 Domstolen konstaterar emellertid att den, i ett förfarande enligt artikel 234 EG, inte kan avgöra meningsskiljaktigheter som rör tolkningen av i anbudshandlingar använda uttryck, vilken det ankommer på den nationella domstolen att göra.

- 31 Det är däremot ostridigt att kraven i artikel 29.1 och 29.2 i direktiv 71/305, i dess ändrade lydelse, skall undersökas mot bakgrund av att det i målet vid den nationella domstolen aktuella kontraktet tilldelades en anbudsgivare med hänsyn till att dess anbud, enligt en expert, kunde medföra den lägsta slutgiltiga kostnaden.
- 32 Det skall i detta hänseende erinras om att domstolen har fastslagit att samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat (se särskilt dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, REG 2000, s. I-8035, punkt 16).
- 33 I enlighet med detta syfte är skyldigheten att iaktta principen om likabehandling av anbudsgivare central i direktiv 71/305, i dess ändrade lydelse (dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark, REG 1993, s. I-3353, punkt 33; svensk specialutgåva, volym 4, s. 229).
- 34 Konkret skall anbudsgivarna behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien, REG 1996, s. I-2043, punkt 54).
- 35 Vad beträffar de kriterier som kan tillämpas vid tilldelning av ett offentligt kontrakt enligt kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, konstateras att artikel 29.1 andra strecksatsen i direktiv 71/305, i dess ändrade lydelse, inte innehåller en begränsande uppräkningslista av dessa kriterier.

- 36 Även om denna bestämmelse följaktligen låter de upphandlande myndigheterna välja de kriterier som de avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet, kan detta val emellertid endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkt 19).
- 37 Det skulle dessutom vara oförenligt med artikel 29 i direktiv 71/305, i dess ändrade lydelse, om ett tilldelningskriterium hade till verkan att ge den upphandlande myndigheten en absolut valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt (domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 26).
- 38 Att ett tilldelningskriterium avser en uppgift om vilken exakt kännedom erhålls först efter det att kontraktet har tilldelats kan i sig inte anses innebära att den upphandlande myndigheten medges en sådan absolut frihet.
- 39 Domstolen har nämligen tidigare fastslagit att leveranssäkerheten i princip kan ingå bland de kriterier som läggs till grund för bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (dom av den 28 mars 1995 i mål C-324/93, Evans Medical och Macfarlan Smith, REG 1995, s. I-563, punkt 44).
- 40 För att tillämpningen av ett sådant kriterium skall anses vara förenlig med kraven på likabehandling av anbudsgivare förutsätts emellertid för det första, såsom det föreskrivs i artikel 29.2 i direktiv 71/305, i dess ändrade lydelse, att kriteriet anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling.
- 41 Vidare innebär principen om likabehandling en skyldighet att möjliggöra insyn, så att man kan kontrollera att den iakttas (se, analogt, dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3-S, REG 1999, s. I-8291, punkt 31).

- 42 Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna skall vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.
- 43 Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten skall tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkterna 88 och 89).
- 44 Slutligen skall tilldelningskriterierna, vid prövningen av anbuden, tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare. Att den upphandlande myndigheten tar hjälp av ett expertutlåtande vid bedömningen av en uppgift angående vilken exakt kännedom erhålls först i framtiden är i princip ägnat att säkerställa att detta villkor iakttas.
- 45 Mot bakgrund av det ovan anförda skall tolkningsfrågan besvaras så att artikel 29.1 och 29.2 i direktiv 71/305, i dess ändrade lydelse, skall tolkas på så sätt att den medger att en upphandlande myndighet, som har valt att tilldela ett kontrakt enligt kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, tilldelar den anbudsgivare kontraktet vars anbud enligt ett expertutlåtande kan medföra lägsta slutgiltiga kostnad, på villkor att anbudsgivarna har behandlats lika, vilket förutsätter att förfarandet har möjliggjort insyn och varit objektivt, och särskilt
- att tilldelningskriteriet klart har angetts i meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna, och

- att expertutlåtandet i alla viktiga avseenden grundas på objektiva omständigheter som enligt branschens regler anses som relevanta och lämpliga för den bedömning som gjorts.

Rättegångskostnader

- 46 De kostnader som har förorsakats den irländska, den franska och den österrikiska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. 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.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

— angående den fråga som genom beslut av den 30 juli 1999 har ställts av Supreme Court — följande dom:

Artikel 29.1 och 29.2 i rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt rådets direktiv

89/440/EEG av den 18 juli 1989, skall tolkas på så sätt att den medger att en upphandlande myndighet, som har valt att tilldela ett kontrakt enligt kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, tilldelar den anbudsgivare kontraktet vars anbud enligt ett expertutlåtande kan medföra lägsta slutgiltiga kostnad, på villkor att anbudsgivarna har behandlats lika, vilket förutsätter att förfarandet har möjliggjort insyn och varit objektivt, och särskilt

- att tilldelningskriteriet klart har angetts i meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna, och

- att expertutlåtandet i alla viktiga avseenden grundas på objektiva omständigheter som enligt branschens regler anses som relevanta och lämpliga för den bedömning som gjorts.

Jann

La Pergola

Sevón

Wathelet

Timmermans

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 18 oktober 2001.

R. Grass

P. Jann

Justitiesekreterare

Ordförande på femte avdelningen