

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
CHRISTINE STIX-HACKL  
föredraget den 1 juli 2004<sup>1</sup>

**I — Inledning**

1. Detta mål rör frågan huruvida medlemsstaterna får föreskriva att endast urvalskriteriet det lägsta priset får användas i offentliga upphandlingsförfaranden.

**II — Tillämpliga bestämmelser**

**A — Gemenskapsrätten**

2. De relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelserna återfinns i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (nedan kallat direktiv 93/37).<sup>2</sup>

3. Direktiv 93/37 gäller visserligen i princip vid tilldelning av offentliga bygg- och anläggningsarbeten. I artikel 3 finns emellertid även bestämmelser om koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten. Vidare innehåller artikel 3 bestämmelser om tilldelning av sådana uppdrag genom koncessionshavaren.

4. I artikel 3.3 finns bestämmelser för det fall att koncessionshavaren själv är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b. I dessa fall "måste han följa bestämmelserna i detta direktiv såvitt gäller arbeten som skall utföras av underentreprenörer".

5. Artikel 3.4 gäller när koncessionshavaren inte själv är en upphandlande myndighet. Därvid föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall se till att koncessionshavare som inte är en upphandlande myndighet tillämpar bestämmelserna om publicering i artikel 11.4, 11.6, 11.7, 11.9–

<sup>1</sup> — Originalspråk: tyska.

<sup>2</sup> — EGT L 199, s. 54, ändrat vid flera tillfällen.

13 och i artikel 16, då det gäller upphandlingar med underentreprenörer med ett värde av mins. 5 000 000 euro ...”

6. De grundläggande bestämmelserna om prövning av anbud återfinns i artikel 30 i direktiv 93/37. Artikel 30.1 har följande lydelse:

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

- a) antingen enbart det lägsta priset,
- b) eller, då prövning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier hänförliga till kontraktet t.ex. pris, tid för fullgörande, driftkostnader, lönsamhet, teknisk förtjänst.”

#### B — *De nationella bestämmelserna*

7. I artikel 21 i ramlag nr 109 av den 11 februari 1994 om offentliga bygg- och

anläggningsarbeten (nedan kallad ramlagen) regleras bland annat kriterier för prövning av anbud. I den lydelse av artikel 21.1 som är tillämplig i målet vid den nationella domstolen föreskrevs att tilldelning av kontrakt genom öppet eller selektivt förfarande (eller genom förhandlat förfarande) skall ske på grundval av det anbud som har det lägsta priset.

#### III — Omständigheter, förfarande och tolkningsfrågor

8. Comune di Brescia (Brescia kommun) godkände genom beslut i december 1989 respektive januari 1990 ett projekt avseende uppförande av ett underjordiskt parkeringshus i Fossa Bagni. Genom beslutet godkändes även meddelandet om att byggnadsarbetet och förvaltningen av parkeringshuset skulle läggas ut på entreprenad och utkastet till entreprenadavtalet. Comune di Brescia tilldelade därefter, i februari 1991, företaget Sintesi SpA (nedan kallat Sintesi) uppdraget att bygga och förvalta det nämnda parkeringshuset.

9. I det slutliga avtalet mellan Comune di Brescia och Sintesi angavs att Sintesi i egenskap av koncessionshavare åtog sig att utse den som skulle utföra bygg- och anläggningsarbetet efter selektiv anbudsfordran, varefter en upphandling på europeisk nivå skulle ske, i enlighet med bestämmelserna om bygg- och anläggningsarbeten.

10. Sintesi inledde genom ett meddelande om upphandling som publicerades den 22 april 1999 ett upphandlingsförfarande, där kontraktet skulle tilldelas med tillämpning av kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket skulle bedömas utifrån priset, det tekniska värdet och den tid som skulle krävas för att utföra arbetet.

11. Efter den inledande urvalsfasen tillställde Sintesi vissa utvalda företag anbudsinfördran jämte kontraktshandlingar. Ingg. Provera e Carrassi SpA (nedan kallat Provera) var ett av dessa företag. Det begärde och medgavs förlängning av fristen för att inkomma med anbud. Provera meddelade senare Sintesi att upphandlingen var rättsstridig, och att det inte avsåg delta i denna. Provera väckte emellertid inte någon talan mot senare vidtagna åtgärder i upphandlingen.

12. I maj 2000 antogs det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici beslutade i december 2000 att underkänna denna upphandling, med motiveringen att det vid prövningen av anbudena enligt ramlagen endast var det lägsta priset som fick användas som urvalskriterium, och att det ekonomiskt mest fördelaktiga priset endast fick användas som kriterium när tilldelning av bygg- och anläggningskoncession sker efter ett öppet upphandlingsförfarande.

13. Sintesi väckte talan mot detta beslut vid Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, och anförde bland annat att det strider mot såväl artikel 3 samt artikel 7 och följande artiklar i lag nr 241 av den 7 augusti 1990, som mot artikel 30.1 i direktiv 93/37.

14. Enligt den nationella domstolens uppfattning har endast grunden beträffande artikel 30 i direktiv 93/37 avgörande betydelse, varvid den upphandlande myndighetens handlingsutrymme enligt den bestämmelsen skall prövas. Det är endast på grundval av artikel 81 EG som det är motiverat att underlåta att tillämpa nationell rätt. Det står den upphandlande myndigheten fritt att välja det ena eller det andra kriteriet för prövning av anbud. Konkurrensrättsliga principer har betydelse vid val av upphandlingsförfarande, men däremot inte vid val av urvalskriterium.

15. Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia har vilandeförklarat målet och ställt följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Utgör artikel 30.1 i direktiv 93/37 av den 14 juni 1993, i den mån det i detta direktiv stadgas att de enskilda upphandlande myndigheterna kan välja vilket urvalskriterium de vill tillämpa, varvid alternativen är det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga

anbudet, en följdriktig tillämpning av den princip om fri konkurrens som föreskrivs i artikel 85 i EG-fördraget (nu artikel 81 EG), enligt vilken alla anbud i offentliga upphandlingar på den inre marknaden skall bedömas på ett sådant sätt att en jämförelse mellan anbuden inte hindras, begränsas eller snedvrids?

- 2) Utgör artikel 30.1 i direktiv 93/37 av den 14 juni 1993 hinder för att i artikel 21 i lag nr 109 av den 11 februari 1994 föreskriva att upphandlande myndigheter vid öppen och selektiv upphandling av bygg- och anläggningsarbeten inte kan välja att tillämpa kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och generellt föreskriva att endast kriteriet om lägsta pris skall tillämpas?"

#### IV — Tolkningsfrågornas upptagande till sakprövning

16. Först skall prövas huruvida tolkningsfrågorna skall anses vara hypotetiska och huruvida bestämmelser eller sakförhållanden återgetts på ett korrekt sätt. Detta aktualise-

rar av domstolen fastlagda principer för tolkningsfrågors upptagande till sakprövning.

17. Enligt domstolens rättspraxis krävs, för att tolkningsfrågor skall upptas till sakprövning, att den nationella domstolen klargör de faktiska och rättsliga ramar som ligger till grund för dess frågor, eller att den i vart fall klargör omständigheterna i målet.<sup>3</sup>

18. Även om beslutet om förhandsavgörande inte innehåller någon uttömmande beskrivning av bakgrund och tillämpliga bestämmelser, är den nationella domstolens uppgifter tillräckliga för att ge domstolen möjlighet att på vissa särskilda punkter ge ett användbart svar på frågorna, med beaktande av att dessa utgör precisa sakfrågor. Detta är enligt domstolens rättspraxis tillräckligt.<sup>4</sup>

19. Ett ytterligare villkor för tolkningsfrågors upptagande till sakprövning är att uppgif-

3 — Dom av den 26 januari 1993 i de förenade målen C-320/90, C-321/90 och C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl. (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1), punkt 6, samt beslut av den 19 mars 1993 i mål C-157/92, Banchemo (REG 1993, s. I-1085), punkt 4, av den 9 augusti 1994 i mål C-378/93, La Pyramide (REG 1994, s. I-3999), punkt 14, av den 23 mars 1995 i mål C-458/93, Saddik (REG 1995, s. I-511), punkt 12, av den 28 juni 2000 i mål C-116/00, Laguillaumie (REG 2000, s. I-4979), punkt 15.

4 — Dom av den 3 mars 1994 i mål C-316/93, Vaneetveld (REG 1994, s. I-763), punkt 13, samt beslut av den 13 mars 1996 i mål C-326/95, Banco de Fomento e Exterior SA (REG 1996, s. I-1385), punkt 8, och av den 30 juni 1997 i mål C-66/97, Banco de Fomento e Exterior SA (REG 1997, s. I-3757), punkt 9.

terna i beslutet om förhandsavgörande inte bara skall göra det möjligt för domstolen att besvara frågorna, utan också göra det möjligt för medlemsstaternas regeringar och andra berättigade att inkomma med synpunkter i enlighet med artikel 20 i EG-stadgan för domstolen. Det åligger nämligen domstolen att säkerställa att denna rätt kan utövas, med beaktande av att dessa enligt denna bestämmelse endast har tillgång till beslutet om förhandsavgörande.<sup>5</sup>

20. Mängden av och innehållet i de till domstolen inkomna skriftliga synpunkterna tyder på att dessa villkor är uppfyllda i förevarande mål.

21. Beslutet om förhandsavgörande uppfyller slutligen även villkoret att den nationella domstolen skall ange de närmare skäl till varför den anser att det är nödvändigt att tolka gemenskapsrätten, och därmed nödvändigt att underställa domstolen tolkningsfrågor.<sup>6</sup>

5 — Dom av den 1 april 1982 i de förenade målen 141/81, 142/81 och 143/81, Holdijk m.fl. (REG 1982, s. 1299), punkt 6, samt beslut i mål C-458/93 (ovan fotnot 3), punkt 13, och i mål C-116/00 (ovan fotnot 3), punkt 24.

6 — Beslut av den 25 juni 1996 i mål C-101/96, Italia Testa (REG 1996, s. I-3081), punkt 6, av den 8 juli 1998 i mål C-9/98, Agostini (REG 1998, s. I-4261), punkt 6, och i mål C-116/00 (ovan fotnot 3), punkt 16.

22. Därefter skall det i flera yttranden framförda argumentet att den andra tolkningsfrågan rör tolkningen av nationella bestämmelser och deras förenlighet med artikel 30 i direktiv 93/37 prövas.

23. Därvid skall framhållas att i skälen till beslutet om förhandsavgörande har ifrågasatts "huruvida artikel 21.1 i lag nr 109 av den 11 februari 1994 är förenlig med artikel 81 EG och följande artiklar", medan det i den andra tolkningsfrågan diskuteras huruvida de nationella bestämmelserna är förenliga med artikel 30 i direktivet.

24. Den andra tolkningsfrågan skall således, utifrån principen att det i ett mål om förhandsavgörande inte är domstolens uppgift att pröva huruvida nationella bestämmelser är förenliga med gemenskapsrätten, inte upptas till sakprövning i den mån som den rör nationella bestämmelsers förenlighet med gemenskapsrätten. Den skall emellertid upptas till prövning i den mån den rör tolkningen av gemenskapsrättsliga bestämmelser, närmare bestämt artikel 30.1 i direktiv 93/37. Den andra tolkningsfrågan skall således prövas i detta avseende, varvid en uttrycklig omformulering är nödvändig.

## V — Tolkningsfrågorna

fördragsenlig tolkning av artikel 30 i direktivet, det vill säga en tolkning utifrån konkurrensrättsliga principer.

25. För att ge den nationella domstolen ett användbart svar skall de båda frågorna prövas i ett sammanhang.

### A — *Direktiv om offentlig upphandling och konkurrensrättsliga principer i allmänhet*

26. Det är inte nödvändigt att särskilt pröva den första frågan utifrån artikel 81 EG, eftersom det i förevarande fall är artikel 30 i direktiv 93/37 som skall tillämpas, och inte artikel 81 EG. Visserligen kan det finnas tillfällen när konkurrensrättsliga bestämmelser skall tillämpas vid upphandling. Det framgår emellertid varken av tolkningsfrågan i sig eller av andra upplysningar från den nationella domstolen att förfarandet där rör en självständig tillämpning av artikel 81 EG. Frånsett dessa processrättsliga skäl, är det av materällrättsliga skäl uteslutet att bedöma medlemsstaternas lagstiftningsåtgärders förenlighet med artikel 81 EG, eftersom den bestämmelsen riktar sig till företag.

28. I flera yttranden till domstolen har på olika sätt hänvisningar skett till den konkurrensrättsliga betydelsen av direktiven om offentlig upphandling. Det finns därför anledning att i likhet med kommissionen erinra om att direktiv 93/37 inte syftar till att genomföra artikel 81 EG.

27. Förevarande mål rör heller inte giltigheten av artikel 30 i direktiv 93/37 och dess förenlighet med artikel 81 EG. Den bestämmelsen utgör på sin höjd en måttstock vid en

29. Vad gäller betydelsen av principerna om en fri konkurrens för direktiven om offentlig upphandling, är de senares rättsliga grund av betydelse. De tre klassiska direktiven om tjänster, varor och bygg- och anläggningskontrakt har antagits med stöd av artiklarna 57.2 och 66 i EG-fördraget (nu artiklarna 47.2 EG och 55 EG), av artikel 100a i EG-fördraget (nu artikel 95 EG i ändrad lydelse), eller med stöd av samtliga dessa bestämmelser i förening.

30. Även om dessa bestämmelser rör de grundläggande friheterna enligt fördraget respektive den gemensamma marknaden, rör de emellertid inte uttryckligen konkurrensen mellan företag.

31. De tre klassiska direktiven om offentlig upphandling — och inte bara dessa — har emellertid ett annat samband med konkurrensbestämmelserna. I respektive ingress i deras nuvarande lydelse<sup>7</sup> anges uttryckligen att utvecklandet av en effektiv konkurrens inom det offentliga upphandlingsområdet som ett syfte för direktiven. Domstolen har i ett stort antal avgöranden bekräftat att en effektiv konkurrens är ett av direktivens syften.<sup>8</sup>

32. Enligt fast rättspraxis<sup>9</sup> skall direktiv, liksom gemenskapsrätten i allmänhet,<sup>10</sup> för det första förhindra sådana handlingsmöns-

ter som är allmänt konkurrensbegränsande, och för det andra att öppna upphandlingsmarknaden för konkurrens, det vill säga göra det möjligt för företag i andra medlemsstater att delta i upphandlingar.

33. Konkurrensrättsliga principer utgör således en av de grundläggande utgångspunkterna för de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling.

34. Dessa principer har flera skyddsändamål. För det första skall konkurrensrättsliga principer skydda företagen, det vill säga intressenter eller anbudsgivare, sinsemellan. Mellan dessa anbudsgivare skall det råda en ömsesidig konkurrens om att tilldelas offentliga upphandlingar.

35. För det andra rör de konkurrensrättsliga principerna förhållandet mellan de upphandlande enheter som är att anse som företag och företagen, varvid förhållandet mellan en dominerande upphandlande myndighet och ett företag, eller ett dominerande företag och en upphandlande myndighet skall bedömas mot bakgrund av artikel 82 EG.<sup>11</sup>

7 — Skäl 20 i ingressen i 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), skäl 14 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), samt skäl 10 i direktiv 93/37.

8 — Se även dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635), punkt 21, av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353), punkt 33, av den 16 september 1999 i mål C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA och Leitschutz Handels- och Montage GmbH* (REG 1999, s. I-5697), punkt 26, av den 17 september 2002 i mål C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy* (REG 2002, s. I-7213), punkt 81, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale-Bau AG* (REG 2002, s. I-11617), punkt 89.

9 — Se även dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi* (REG 2001, s. I-5409), punkt 75, av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, *Impresa Lombardini SpA m.fl.* (REG 2001, s. I-9233), punkt 35, av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH* (REG 2002, s. I-5553), punkt 44, av den 14 november 2002 i mål C-411/00 (*Felix Swoboda GmbH*) (REG 2002, s. I-10567), punkt 33, i mål C-470/99 (ovan fotnot 8), punkt 89, och av den 15 maj 2003 i mål C-214/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-4667), punkt 53.

10 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH* (REG 2000, s. I-10745), punkt 62.

11 — När den upphandlande myndigheten inte skall anses vara ett företag i den mening som avses i konkurrensrätten, skall de konkurrensrättsliga bestämmelserna tillämpas tillsammans med artikel 10 EG.

36. För det tredje skall de konkurrensrättsliga principerna skydda konkurrensen som sådan.

offentlig upphandling en rad skyldigheter till offentliggörande. Skyldigheten för uppdragsgivare att i förväg fastställa villkor och att tillämpa villkor av visst innehåll syftar till att skydda konkurrensen. I vissa särskilda fall kan det, för att säkerställa konkurrensen, däremot krävas att viss information från ett företag hålls hemlig för andra företag.<sup>13</sup>

37. De konkurrensrättsliga principerna har kommit till uttryck i konkreta bestämmelser i direktiven om offentlig upphandling. Till dessa hör för det första bestämmelser angående tillåtna former av upphandlingsförfaranden och deras förlopp, i synnerhet bestämmelserna om de frister som skall iaktas i olika skeden av förfarandet och förbudet mot förhandlingar efter det att fristen löpt ut.<sup>12</sup>

40. Slutligen kan de i ett upphandlingsförfarande deltagande företagens möjlighet att delta i upprättandet av förfarandet påverka konkurrensen.<sup>14</sup>

38. Till de konkreta uttrycken för konkurrensrättsliga principer hör vidare bestämmelserna om kontraktshandlingar, i vilka tekniska specifikationer, bestämmelser om företagens lämplighet och bestämmelser om urvalskriterier skall anges. De sistnämnda är aktuella i förevarande mål.

## B — *Prövning av anbud och konkurrens*

39. För att säkerställa konkurrensen krävs det i vart fall ett minimum av transparens. Av detta skäl föreskrivs det i direktiven om

41. När det gäller verkningarna på konkurrensen av de båda urvalskriterier som anges i artikel 30.1 i direktiv 93/37 är utgångspunkten att de båda urvalskriterier som anges i

12 — Se dom i mål C-399/98 (ovan fotnot 9), punkt 75, och i de förenade målen C-285/99 och C-286/99 (ovan fotnot 9), punkt 35.

13 — Artikel 16.5 i direktiv 92/50, artikel 9.3 i direktiv 93/36 och artikel 11.5 i direktiv 93/37.

14 — Skäl 10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 328, s. 1).



såväl artikel 30.1 i direktiv 93/37 som i motsvarande bestämmelser i andra direktiv om offentlig upphandling syftar till att säkerställa en effektiv konkurrens.<sup>15</sup>

42. En bedömning av de båda urvalskriteriernas verkningar på konkurrensen med tillämpning av gemenskapsrättsliga bestämmelser i ett konkret fall låter sig inte göras inom ramen för ett förhandsavgörande.

43. Det kan inte inom ramen för ett mål om förhandsavgörande prövas huruvida kriteriet det lägsta priset generellt är bättre för konkurrensen än kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet medger inte endast priskonkurrens, utan även konkurrens avseende andra faktorer, det vill säga villkorskonkurrens. En bedömning av de verkningar som ett visst kriterium har på konkurrensen skall göras utifrån konkreta omständigheter avseende särskilt den relevanta marknaden. Den bedömningen ankommer på den nationella domstolen.

44. Den nationella domstolen skall därvid beakta följande. Att alla företag har samma objektiva villkor är av avgörande betydelse för verkningarna på konkurrensen.<sup>16</sup> När det gäller urvalskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ankommer det huvudsakligen på den närmare utformningen av det konkreta upphandlingsförfarandet, det vill säga de enskilda värderingsfaktorerna vid bedömningen av vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Dessa faktorer skall, liksom kriterier avseende anbudsgivares lämplighet, alltid prövas mot primär-rättsliga bestämmelser. Till dessa hör självklart de konkurrensrättsliga bestämmelserna.

45. Även domstolens tolkning av gemenskapsrättsliga konkurrensbestämmelser förutsätter att vissa förutsättningar är uppfyllda. Enligt fast rättspraxis krävs att den nationella domstolen redovisar de omständigheter och rättsliga överväganden som ligger bakom de frågor som ställs, eller att den åtminstone förklarar de faktiska omständigheter som ligger till grund för dessa frågor, eftersom det är nödvändigt att komma fram till en tolkning av gemenskapsrätten som är användbar för den nationella domstolen. Detta krav är av särskild betydelse på vissa områden, exempelvis konkurrensområdet,

15 — Dom i mål C-243/89 (ovan fotnot 8), punkt 33, och i mål C-513/99 (ovan fotnot 8), punkt 81.

16 — Se även dom av den 20 september 1988 i mål 31/87 (ovan fotnot 8), punkt 27, och i mål C-27/98 (ovan fotnot 8), punkt 31.

som kännetecknas av komplicerade faktiska och rättsliga förhållanden”.<sup>17</sup>

offentlig upphandling och stävande av missbruk.

*C — Medlemsstaternas behörighet att föreskriva vissa urvalskriterier*

46. Det centrala i förevarande mål är frågan huruvida medlemsstaterna är behöriga att för vissa typer av upphandlingsförfaranden generellt föreskriva att det lägsta priset skall användas vid prövningen av anbud. En sådan behörighet för medlemsstaterna skulle på samma gång inskränka valfriheten för den upphandlande myndighet som omfattas av en sådan bestämmelse.

47. Det skall därvid erinras om att medlemsstaterna vid genomförande av direktiv visserligen har ett visst handlingsutrymme, men att de inte får gå utanför de gränser som följer av gemenskapsrätten. Medlemsstaterna skall därvid beakta att de åtgärder som vidtas tjänar till att uppfylla gemenskapens mål, såsom en högre grad av transparens inom

48. Det har i ett flertal inlagor till domstolen framförts att den i förevarande mål ifrågavarande rättsakten är ett direktiv. Det följer emellertid inte av den omständigheten att direktiven om offentlig upphandling, liksom andra direktiv, riktar sig till medlemsstaterna att dessa är behöriga att föreskriva ett visst urvalskriterium.

49. Vidare har det anförts att direktiv 93/37 inte utgör någon fullständig harmonisering av offentlig upphandling. Härav skulle det följa att medlemsstaterna är behöriga att generellt fastställa vissa urvalskriterier, eftersom direktiv 93/37 liksom övriga direktiv om offentlig upphandling inte avser att upprätta ett fullständigt system av bestämmelser för offentlig upphandling, utan endast att koordinera vissa delar av förfarandet.<sup>18</sup> Visserligen är denna utgångspunkt korrekt, men det innebär inte att direktiv 93/37 inte slutligt reglerar vissa aspekter eller områden av

17 — Dom i de förenade målen C-320/90–C-322/90 (ovan fotnot 3), punkterna 6 och 7, av den 14 juli 1998 i mål C-284/95, Safety Hi-Tech (REG 1998, s. I-4301), punkterna 69 och 70, och C-341/95, Bettati (REG 1998, s. I-4355), punkterna 67 och 68, av den 21 september 1999 i mål C-67/96, Albany (REG 1999, s. I-5751), punkt 39, i de förenade målen C-115/97–C-117/97, Brentjens’ (REG 1999, s. I-6025), punkt 38, och av den 12 september 2000 i de förenade målen C-180/98–C-184/98, Pavel Pavlov m.fl. (REG 2000, s. I-6451), punkt 51.

18 — Dom i de förenade målen C-285/99 och C-286/99 (ovan fotnot 9), punkt 33.

offentlig upphandling. Det är snarare så att direktiven om offentlig upphandling medför en fullständig harmonisering av vissa aspekter av offentliga upphandlingsförfaranden.

50. Vad som däremot talar för en behörighet för medlemsstaterna att generellt fastställa urvalskriterier är däremot den omständigheten att de berörda i allmänhet — bortsett från vissa privata företag som omfattas genom direktiv för vissa sektorer — är offentliga uppdragsgivare, och därmed skall tillskrivas den aktuella medlemsstaten. Dessa omfattas således av begreppet upphandlande myndigheter, och deras eventuella överträdelser kan enligt rättspraxis<sup>19</sup> således bli föremål för prövning genom en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG.

51. I strikt mening är, med detta synsätt, även den upphandlande myndighetens fastställande av urvalskriterier att anse som att medlemsstaten fastställer urvalskriterier. Skillnaden är emellertid att när urvalskriterier fastställs genom en ramlag sker detta på ett abstrakt sätt, på en annan nivå och genom lagstiftaren i stället för genom den upphandlande myndigheten själv.

19 — Dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-3609), angående en kommun, av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-939), angående sociala bostadsändamål, liksom av den 28 oktober 1999 i mål C-328/96, kommissionen mot Österrike (REG 1999, s. I-7479), och av den 17 december 1998 i mål C-353/96, kommissionen mot Irland (REG 1998, s. I-8565), angående privaträttsliga företag.

52. För att besvara den centrala frågan huruvida medlemsstaterna är behöriga att fastställa endast ett generellt urvalskriterium skall slutligen följande överväganden beaktas.

53. I direktiven om offentlig upphandling förutses uttryckligen två slags behörighet: Medlemsstaternas behörighet, såsom att överlåta visst slag av behörighet,<sup>20</sup> och behörighet för den upphandlande myndigheten, såsom möjligheten att i vissa bestämda fall genomföra en selektiv upphandling, tillåta ändringsförslag eller fastställa en vinstmarginal.

54. I vissa bestämmelser finns däremot uttryckliga förpliktelser, såväl för medlemsstaterna som för de upphandlande myndigheterna. Artikel 30.1 i direktiv 93/37 hör till den senare typen av bestämmelser ("... kriterier som de upphandlande myndigheterna skall följa vid prövning av anbud skall vara a) antingen ... b) eller"), liksom motsvarande bestämmelser i de övriga direktiven om offentlig upphandling. Någon uttrycklig behörighet för den upphandlande myndig-

20 — Artikel 23.2 i direktiv 92/50 eller artikel 18.2 i direktiv 93/37, båda i den lydelse de har enligt direktiv 97/52/EG (ovan fotnot 14).

heten föreskrivs således inte i denna bestämmelse, men skyldigheten att använda sig av ett av dessa angivna urvalskriterier innefattar även en behörighet för den upphandlande myndigheten att välja vilket urvalskriterium som skall användas.

lande myndigheternas rätt att föreskriva vissa villkor. I artikel 23.1 andra stycket i direktiv 93/37 och i artikel 28.1 i direktiv 92/50 ges sålunda medlemsstaterna behörighet att förplikta de upphandlande myndigheterna att ange vissa uppgifter i kontraktshandlingarna.

55. Denna behörighet för den upphandlande myndigheten förloras när "dess" medlemsstat inskränker denna valmöjlighet genom att förplikta den upphandlande myndigheten att endast använda kriteriet det lägsta priset.

58. När det gäller urvalskriterier finns det emellertid inga liknande bestämmelser.

56. Även om den upphandlande myndigheten inte har någon självständig rätt till denna valmöjlighet, inställer sig frågan huruvida medlemsstaterna har rätt att förplikta den att endast använda ett visst urvalskriterium.

59. Mot medlemsstaternas behörighet att föreskriva att den upphandlande myndigheten skall använda ett visst urvalskriterium talar vidare att den likvärdighet mellan de båda urvalskriterierna som följer av samtliga direktiv om offentlig upphandling därigenom skulle omintetgöras.

57. Varken artikel 30.1 i direktiv 93/37 eller motsvarande bestämmelser i övriga direktiv om offentlig upphandling ger medlemsstaterna någon behörighet, vilket talar för att så inte är fallet. Att en sådan behörighetsbestämmelse krävs framgår av att det generellt i direktiven om offentlig upphandling är vanligt med bestämmelser om behörighet för medlemsstaterna att inskränka de upphand-

60. Slutligen har det i domstolens rättspraxis<sup>21</sup> uttryckligen fastslagits att de här ifrågavarande bestämmelserna överlämnar till den upphandlande myndigheten att välja urvalskriterium.

21 — Se dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction (REG 2001, s. I-7725), punkt 36, och av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) (REG 2003, s. I-6351), punkt 64.

61. Denna rättspraxis rör visserligen fastställande av kriterier för att bestämma vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Domstolens slutsats kan emellertid även överföras på valet av urvalskriterium.

62. Även konkurrensrättsliga synpunkter talar emot en behörighet för medlemsstaterna att fastställa urvalskriterier. Ett sådant fastställande inskränker nämligen den upphandlande myndighetens möjlighet att välja sådana urvalskriterier som i den konkreta upphandlingen bäst främjar en fri konkurrens. Denna möjlighet saknas när lagstiftaren utfärdat generella bestämmelser om urvalskriterier. Såsom även den italienska regeringen anfört föreskrivs i artikel 30 i direktiv 93/37 inte några särskilda villkor för valet av ett av de båda urvalskriterierna.

63. Enligt domstolens rättspraxis<sup>22</sup> skall slutligen syftet med upphandlingsdirektiven, nämligen att främja konkurrensen mellan samtliga anbudsgivare, beaktas. En tolkning av en bestämmelse i direktivet mot bakgrund av dess syfte talar således emot att medlemsstaterna är behöriga att fastställa att de upphandlande myndigheterna skall använda sig av vissa urvalskriterier.

64. Det i förevarande mål relevanta avgörandet är domen i de förenade målen Impresa Lombardini m.fl., där domstolen fastslog följande:

”... artikel 30.4 i direktivet utgör hinder för nationella bestämmelser, såsom dem som är tillämpliga i målen vid den nationella domstolen, enligt vilka dels den upphandlande myndigheten vid kontrollen av onormalt låga anbud endast får ta hänsyn till vissa, på ett uttömmande sätt uppräknade, förklaringar, i vilken uppräkning ... vissa sorters förklaringar ... uttryckligen är uteslutna.”<sup>23</sup>

65. Av denna dom framgår det att den nationella lagstiftaren inte får inskränka de upphandlande myndigheternas handlingsutrymme på ett sätt som inte uttryckligen är föreskrivet i direktivet.

66. Vid en avvägning mellan de här närmare preciserade skälen för och emot en sådan behörighet för medlemsstaterna talar således de starkaste skälen emot denna behörighet för medlemsstaterna.

22 — Dom i de förenade målen C-285/99 och C-286/99 (ovan fotnot 9), punkt 84 och följande punkt.

23 — Dom i de förenade målen C-285/99 och C-286/99 (ovan fotnot 9), punkt 85.

## VI — Förslag till avgörande

67. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen skall besvara tolkningsfrågorna enligt följande:

- ”1) Artikel 30.1 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten skall tolkas så, att det ankommer på den upphandlande myndigheten att avgöra huruvida det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall användas vid prövningen av anbud. Den nationella domstolen skall pröva denna bestämmelse mot bakgrund av principen om fri konkurrens i den mening som avses i artikel 81 EG.
  
- 2) Artikel 30.1 i direktiv 93/37 skall tolkas så, att den utgör hinder mot en bestämmelse i den nationella lagstiftningen enligt vilken den upphandlande myndigheten i öppna och selektiva upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten förbjuds att använda det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som urvalskriterium, och som generellt föreskriver att det lägsta priset skall användas som urvalskriterium.”