



## Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 12 mars 2015\*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiven 89/665/EEG och 2004/18/EG — Principerna om likabehandling och insyn — Anknytning mellan den anbudsgivare som tilldelats kontraktet och experterna hos den upphandlande myndigheten — Skyldighet att beakta denna anknytning — Bevisbörda för att en expert är partisk — Sådan partiskhet har inte påverkat slutresultatet — Tidsfrister för väckande av talan — Bestridande av abstrakta tilldelningskriterier — Klargörande av dessa kriterier sedan uttömmande skäl till kontraktstilldelningen lämnats — Anbudens grad av överensstämmelse med de tekniska specifikationerna som utvärderingskriterium”

I mål C-538/13,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauen) genom beslut av den 9 oktober 2013, som inkom till domstolen den 14 oktober 2013, i målet

**eVigilo Ltd**

mot

**Priešgairinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos,**

med stöd av

**NT Service UAB,**

**HNIT-Baltic UAB,**

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden T. von Danwitz samt domarna C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (referent) och D. Šváby,

generaladvokat: N. Jääskinen,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

\* Rättegångsspråk: litauiska

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- eVigilo Ltd, genom J. Puškorienė, advokatė,
- Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, genom R. Baniulis, i egenskap av ombud,
- NT Service UAB och HNIT-Baltic UAB, genom D. Soloveičikas, advokatas,
- Litauens regering, genom D. Kriaučiūnas, K. Dieninis och V. Kazlauskaitė-Švenčionienė, samtliga i egenskap av ombud,
- Greklands regering, genom K. Paraskevopoulou och V. Stroumpouli, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom A. Steiblytė och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

### Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.1 tredje stycket i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33, svensk specialutgåva, område 6, volym 3 s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/665), samt artiklarna 2, 44.1 och 53.1 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan eVigilo Ltd (nedan kallat eVigilo) och Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos (allmänna avdelningen för brand- och räddningstjänsten under det litauiska inrikesministeriet) (nedan kallad den upphandlande myndigheten). Målet rör utvärdering av anbudsgivarnas anbud i ett offentligt anbudsförfarande.

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionsrätt*

- 3 I artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/18/EG kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2 f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.”

4 Skälen 2 och 46 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”2 Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovannämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.

...

46 Kontraktstilldelningen bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas och att anbudet bedöms i verklig konkurrens med varandra. Därför bör endast två tilldelningskriterier godkännas, nämligen ’lägsta pris’ och ’ekonomiskt mest fördelaktigt anbud’.

För att garantera att principen om likabehandling iakttas vid kontraktstilldelning bör det fastställas en skyldighet – i enlighet med rättspraxis – att garantera nödvändig öppenhet, så att alla anbudsgivare i rimlig mån kan informeras om de kriterier och villkor som kommer att tillämpas för att urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En upphandlande myndighet bör därför ange tilldelningskriterierna samt viktningen av de olika kriterierna inbördes i så god tid att anbudsgivarna har kännedom om dem vid utarbetandet av sina anbud. ...

När de upphandlande myndigheterna väljer att ge kontraktet till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall de utvärdera anbudet för att fastställa vilket som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris. För att göra detta skall de fastställa de ekonomiska och kvalitativa kriterier som i sin helhet måste göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Fastställandet av dessa kriterier beror på föremålet för upphandlingen, eftersom dessa måste göra det möjligt att utvärdera varje anbuds prestanda i förhållande till föremålet för upphandlingen, enligt definitionen i de tekniska specifikationerna, samt att utvärdera förhållandet mellan kvalitet och pris i varje anbud.

...”

5 Artikel 2 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

6 I artikel 44.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Kontrakt skall tilldelas på grundval av kriterierna i artiklarna 53 och 55 och med beaktande av artikel 24, efter det att lämpligheten hos de ekonomiska aktörer som inte har utslutits enligt artiklarna 45 och 46 har kontrollerats av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som avses i artiklarna 47–52 samt, i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i punkt 3.”

7 I artikel 53.1 a i direktivet föreskrivs följande:

”Utan att nationella lagar och andra författningar om ersättning för vissa tjänster påverkas skall den upphandlande myndigheten tillämpa följande kriterier vid tilldelning av offentliga kontrakt:

a) Om tilldelningen sker på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga, olika kriterier som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga, t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet.”

#### *Litauisk rätt*

8 I artikel 2.17 i lag nr VIII-1210 av den 13 augusti 1996 om offentlig upphandling (Žin., 1996, nr 84-2000) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) föreskrivs följande:

”Försäkran om opartiskhet: skriftlig förklaring från en medlem i upphandlingskommittén eller en expert att denne är opartisk i förhållande till anbudsgivarna.”

9 I artikel 16.5 i lagen om offentlig upphandling föreskrivs följande:

”Medlemmarna i upphandlingskommittén och experterna kan endast delta i dess arbete sedan de undertecknat en försäkran om opartiskhet och ett åtagande om konfidentiell behandling”

10 Artikel 3 i lagen om offentlig upphandling har rubriken ”Iakttagande av grundläggande principer för kontraktstilldelning”. I artikel 3.1 föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten ska se till att principen om parternas likställdhet i processen, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen iakttas vid anbudsförfarande och kontraktstilldelning.”

11 I artikel 90 i lagen om offentlig upphandling föreskrivs följande:

”Varor, tjänster och entreprenader ska, på grundval av resultaten från utvärderingen av anbuderna i enlighet med det i artikel 39.7 angivna förfarandet, inköpas från den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det lägsta priset. Vid upphandling av varor, tjänster eller entreprenader kan de anbud som lämnats utvärderas på grundval av kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det lägsta priset. De kan även utvärderas på grundval av kriterier avseende kontraktets föremål som angetts i den upphandlande myndighetens förfrågningsunderlag och som inte innebär en rättsstridig och partisk begränsning av anbudsgivarnas möjlighet att tilldelas kontraktet eller ger vissa anbudsgivare förtur till detta, i strid med artikel 3.1 i denna lag.”

12 I artikel 39.7 i lagen om offentlig upphandling, i dess mellan den 1 september 2009 och den 2 mars 2010 gällande lydelse, föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten ska, för att fatta beslut om ett utvalt anbud:

1) i enlighet med det förfarande och de utvärderingskriterier som fastställts i förfrågningsunderlaget, utan dröjsmål utvärdera anbudsgivarnas anbud och upprätta en preliminär rangordning (såvida inte endast en anbudsgivare har inbjudits att lämna anbud eller om endast en anbudsgivare har lämnat anbud). Anbuderna ska preliminärt rangordnas i fallande ordning enligt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller i stigande ordning enligt pris. Om kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tillämpas och flera anbudsgivare har lämnat lika fördelaktiga anbud,

ska vid den preliminära rangordningen företräde ges till den anbudsgivare vars kuvert med anbud registrerats först eller det anbud som ingetts tidigast genom e-post. Då utvärderingskriteriet utgörs av lägsta pris och det i flera anbud har angetts samma pris ska vid den preliminära rangordningen företräde ges till den anbudsgivare vars kuvert med anbud registrerats först eller det anbud som ingetts tidigast genom e-post,

- 2) utan dröjsmål meddela samtliga anbudsgivare som lämnat anbud den preliminära rangordningen, och alla anbudsgivare som inte tagits upp i denna rangordning, skälen till varför dennes anbud förkastats, inbegripet då anbudet förkastats på grund av att det inte motsvarar eller överensstämmer med funktionskrav eller krav som avser beskrivningen av förväntad prestanda som uppställts av den upphandlande myndigheten i enlighet med artikel 25 i denna lag,
  - 3) fastställa rangordningen av anbuden och fatta beslut om vilket anbud som utvalts först efter att den i enlighet med förfarandet i denna lag prövat ansökningar och klagomål från anbudsgivare som lämnat anbud (om ansökningar eller klagomål har ingetts), men åtminstone 10 dagar efter det att den preliminära rangordningen meddelades anbudsgivarna.”
- 13 I artikel 39.7 i lagen om offentlig upphandling, i dess sedan den 2 mars 2010 gällande lydelse, anges följande:

”Den upphandlande myndigheten ska, för att fatta beslut om kontraktstilldelning, i enlighet med det förfarande och de kriterier som fastställts i förfrågningsunderlaget, utan dröjsmål utvärdera anbudsgivarnas anbud, i det fall som avses i artikel 32.8 i denna lag kontrollera att den anbudsgivare vars anbud kan utväljas på grundval av resultaten av utvärderingen uppfyller minimikvalifikationskraven, rangordna anbuden (såvida inte endast en anbudsgivare har inbjudits att lämna anbud eller om endast en anbudsgivare har lämnat anbud), och utvälja ett anbud. Anbuden ska rangordnas i fallande ordning enligt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller i stigande ordning enligt pris. Om kriteriet om det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet tillämpas och flera anbudsgivare har lämnat lika fördelaktiga anbud, eller om utvärderingskriteriet utgörs av lägsta pris och det i flera anbud har angetts samma pris, ska vid rangordningen företräde ges till den anbudsgivare vars kuvert med anbud registrerats först eller det anbud som ingetts tidigast genom e-post.”

### **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

- 14 Den 22 januari 2010 offentliggjorde den upphandlande myndigheten en öppen anbudsinfordran kallad ”Inköp av ett system för att varna och informera allmänheten med hjälp av infrastrukturen i anbudsgivarnas nätverk för allmän mobiltelefoni”, varvid eVigilo, tillsammans med ERP UAB och Inta UAB, samt ett annat konsortium bestående av NT Service UAB och HNIT-Baltic UAB lämnade anbud.
- 15 Enligt den hänskjutande domstolen uppgick värdet på det aktuella kontraktet till 14 998 972,45 litauiska lita (LTL) (cirka 4 344 002 euro). Den aktuella upphandlingen omfattades således av tillämpningsområdet för direktiven 2004/18 och 89/665.
- 16 Det framgår av handlingarna i målet vid EU-domstolen att i punkt 67 i villkoren för anbudsinfordran anges, som utvärderingskriterier, det totala priset på nämnda varningssystem, antalet operatörer som deltar i projektet tillsammans med anbudsgivaren samt allmänna krav och funktionskrav. De sistnämnda bestod av styrkande av den tekniska och arkitektoniska lösningen samt specifikationerna för de funktionella delarna och deras överensstämmelse med de tekniska specifikationerna samt den upphandlande myndighetens behov, det föreslagna systemets fullständighet och kompatibilitet med den IT-infrastruktur och tekniska struktur som används av den upphandlande myndigheten, utvidgning av systemets funktionella möjligheter och styrkande av dessa, samt strategin för genomförande av projektet, förvaltningsplanens effektivitet, beskrivningen av åtgärder för kvalitetskontroll och beskrivning av projektgruppen.

- 17 Den upphandlande myndighetens utvärderingskommitté bekräftade, efter att ha undersökt den utvärdering av de tekniska anbuden som gjorts av sex experter, det resultat som dessa kommit fram till. Den 4 november 2010 meddelade den upphandlande myndigheten anbudsgivarna resultatet av denna utvärdering.
- 18 Den 2 november 2010 ingav eVigilo för första gången ett överklagande i vilket lagenligheten i förfarandet för kontraktstilldelning ifrågasattes. Härvidlag gjordes bland annat gällande att villkoren i anbudsförfarandet var oklara.
- 19 Detta överklagande preciserades den 20 december 2010 av eVigilo som påstod att den utvärdering som gjorts av experterna var bristfällig och att resultaten av utvärderingen saknade grund.
- 20 Den 31 januari 2011 ingav eVigilo för andra gången ett överklagande varvid företaget bestred lagenligheten av den upphandlande myndighetens åtgärder, och gjorde gällande att det anbud som lämnats av en tredje part borde ha förkastats, eftersom priset översteg nivån på den finansiering som godkänts för det aktuella projektet.
- 21 Den 8 mars 2011 ingick den upphandlande myndigheten kontrakt med NT Services UAB och HNTI-Baltic UAB, trots att tvisterna mellan eVigilo och den upphandlande myndigheten fortfarande pågick.
- 22 Den 19 mars 2012 kompletterade eVigilo sitt första överklagande om lagenligheten av utvärderingen av anbuden, och preciserade sin argumentation om att definitionen av utvärderingskriterierna i anbudsförfrågan var felaktig vad gäller den ekonomiska fördelen.
- 23 Den 10 april 2012 kompletterade eVigilo på nytt sitt första överklagande och åberopade nya omständigheter som hade samband med att de experter som utvärderat anbuden var partiska, för att visa att det fanns yrkesmässiga band mellan dessa experter och de specialister som angavs i det anbud som lämnats av en tredje part.
- 24 Det gjordes gällande av eVigilo att de specialister som angetts i det utvalda anbudet var kolleger vid Kaunas tekniska universitet (Kauno technologijos universitetas) till tre av de sex experter som utarbetat förfrågningsunderlaget och utvärderat anbuden.
- 25 eVigilos överklagande ogillades i såväl första som andra instans.
- 26 Med sitt överklagande vid Lietuvos Aukščiausiasis Teismas gjorde eVigilo gällande att nämnda domstolar gjort en felaktig bedömning av banden mellan de specialister som angetts i det vinnande anbudet och de experter som utsetts av den upphandlande myndigheten. Bolaget hävdade även att dessa domstolar därför inte beaktat att dessa experter var partiska.
- 27 Vidare gjorde eVigilo gällande att den upphandlande myndigheten satt upp utvärderingskriterier gällande det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som är för abstrakta. Detta gäller särskilt kriteriet "överensstämmelse med den upphandlande myndighetens behov" som påverkat anbudsgivarnas anbud, liksom den upphandlande myndighetens utvärdering av anbuden. Bolaget hävdade att det inte kunde förstå tilldelningskriterierna för ekonomiskt mest fördelaktigt anbud förrän den upphandlande myndigheten lämnat en uttömmande motivering till att dess anbud förkastades. Det var således först från denna tidpunkt som talfristen kunde börja löpa.
- 28 Enligt den upphandlande myndigheten och de företag som tilldelats kontraktet gjorde domstolarna i första och andra instans en riktig bedömning när de slog fast att eVigilo var skyldigt inte bara att visa att det fanns ett objektiva samband mellan de experter som utvärderade de anbud som lämnats i upphandlingsförfarandet och specialisterna hos de anbudsgivare som tilldelats kontraktet, utan även

att den upphandlande myndighetens experter som utvärderat anbudet, i subjektivt hänseende, var partiska. De hävdade att eVigilo för sent bestritt lagenligheten hos utvärderingskriterierna för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

29 Den upphandlande myndigheten och de anbudsgivare som tilldelats kontraktet har även bestritt påståendet att dessa tilldelningskriterier fastställts på ett felaktigt sätt, eftersom eVigilo fram till fristen för att lämna anbud inte bestritt dem och inte begärt några förklaringar härvidlag.

30 Mot denna bakgrund beslutade Lietuvos Aukščiausiasis Teismas att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Ska unionsbestämmelserna om offentlig upphandling – det vill säga artikel 1.1 tredje stycket i [direktiv 89/665] i vilken principerna om effektivitet och skyndsamhet med avseende på tillvaratagande av anbudsgivares åsidosatta rättigheter anges, artikel 2 i direktiv 2004/18 i vilken principerna om likabehandling av anbudsgivare och öppenhet anges och artiklarna 44.1 och 53.1 a i direktiv 2004/18 där kriterierna för att tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet anges, i förening eller separat (utan begränsning till de ovannämnda bestämmelserna) – förstås och tolkas så, att

a) i ett sådant fall då en anbudsgivare har upptäckt att en annan anbudsgivare eventuellt har en nära anknytning till experterna hos den upphandlande myndigheten som utvärderade anbudet och (eller) att denna andra anbudsgivare eventuellt har en särskild ställning på grund av att anbudsgivaren tidigare har utfört förberedande arbete i samband med det aktuella anbudsförfarandet, vilket inte föranlett några åtgärder från den upphandlande myndighetens sida, dessa uppgifter i sig utgör tillräcklig grund för ett krav på att prövningsorganet ska slå fast att den upphandlande myndigheten, som inte har garanterat insyn och objektivitet i förfarandet, har handlat på ett rättsstridigt sätt, utan att klaganden måste framlägga konkret bevisning för att experterna varit partiska i sin utvärdering?

b) prövningsorganet, om det finner att det finns grund för att bifalla klagandens krav, inte är skyldigt att – vid bedömningen av vilka konsekvenser [en sådan rättsstridighet] ska ha för resultaten av anbudsförfarandet – beakta att resultaten av utvärderingen av de anbud som anbudsgivarna lämnat i huvudsak skulle ha blivit desamma om det inte hade funnits några partiska deltagare i den expertgrupp som utvärderade anbudet?

c) anbudsgivaren får (definitiv) kännedom om innehållet i kriterierna avseende det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet – vilka formulerats i enlighet med de kvalitativa parametrarna och angetts i abstrakta ordalag i upphandlingsvillkoren (såsom fullständighet och förenlighet med den upphandlande myndighetens behov) och enligt vilka anbudsgivaren i princip har kunnat lämna ett anbud – först när den upphandlande myndigheten [redan] har utvärderat de anbud som lämnats av anbudsgivarna utifrån dessa kriterier och gett berörda parter utförlig information om grunderna för de beslut som fattats, varvid det är först vid denna tidpunkt som den i nationell lagstiftning föreskrivna preskriptionsfristen för prövningsförfarandet kan tillämpas på denna anbudsgivare?

2) Ska artikel 53.1 a i direktiv 2004/18, i förening med de principer som gäller för tilldelning av kontrakt och som framgår av artikel 2 i detta direktiv, förstås och tolkas så, att upphandlande myndigheter inte får fastställa (och tillämpa) ett förfarande för utvärdering av anbudsgivarnas anbud som innebär att resultaten av utvärderingen av anbudet beror på hur fullständigt anbudsgivarna har visat att deras anbud uppfyller kraven i upphandlingsdokumenten, det vill säga att anbudsgivaren tilldelas högre poäng ju fullständigare (utförligare) beskrivningen av anbudets förenlighet med upphandlingsvillkoren är?”

## Prövning av tolkningsfrågorna

*Den första frågan, a) och b)*

- 31 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan a) och b) för att få klarhet i huruvida artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 samt artiklarna 2, 44.1 och 53.1 a i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de utgör hinder för att konstatera att utvärderingen av anbudet varit rättsstridig redan på grund av att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet haft en nära anknytning till de experter hos den upphandlande myndigheten som utvärderade anbudet, utan att andra omständigheter vid förfarandet, däribland att den eventuella partiskheten inte påverkat tilldelningsbeslutet, undersöks och utan att det krävs att den anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet ska visa att dessa experter faktiskt har agerat partiskt.
- 32 I artikel 2 i direktiv 2004/18 med rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, föreskrivs att ”[u]pphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt”.
- 33 Enligt principen om likabehandling mellan anbudsgivare, vars syfte är att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan deltagarna i en offentlig upphandling, krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare (se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 110, och dom Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44).
- 34 Syftet med kravet på öppenhet, som följer härav, är att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida gentemot vissa anbudsgivare eller vissa anbud (se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/CAS Succhi di Frutta, EU:C:2004:236, punkt 111, och dom Cartiera dell’Adda, EU:C:2014:2345, punkt 44).
- 35 En intressekonflikt innebär en risk för att den upphandlande myndigheten låter sig styras av hänsyn som inte är relevanta i förhållande till kontraktet i fråga och ger företräde åt en anbudsgivare enbart av detta skäl. En sådan intressekonflikt kan således utgöra ett åsidosättande av artikel 2 i direktiv 2004/18.
- 36 Den omständigheten att den upphandlande myndigheten har utsett experter för att för dess räkning utvärdera lämnade anbud innebär inte att den undgår sitt ansvar för att iaktta kraven enligt unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 23).
- 37 För att en expert ska kunna anses partisk krävs det bland annat att en bedömning görs av de faktiska omständigheterna och av bevisningen. Det ankommer på de upphandlande myndigheterna och de administrativa prövningsorganen eller domstolarna att göra denna bedömning.
- 38 Varken direktiv 89/665 eller direktiv 2004/18 innehåller några särskilda bestämmelser i detta avseende.
- 39 Enligt fast rättspraxis ankommer det, i avsaknad av unionsbestämmelser på området, på varje medlemsstat att fastställa de regler för det administrativa förfarandet och domstolsförfarandet som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten. Dessa regler får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som syftar till att skydda de rättigheter som följer av den nationella rättsordningen (likvärdighetsprincipen) eller medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen) (se dom Club Hotel Loutraki m.fl., C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247, punkt 74 och där angiven rättspraxis).



- 40 De förfaranderegler som är avsedda att tillvarata rättigheter som följer av unionsrätten och som tillkommer anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter får inte förta den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 (se dom Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, punkt 27 och där angiven rättspraxis).
- 41 Dessa principer utgör som huvudregel inte hinder mot att det i medlemsstaterna kan fastställas att en expert är partisk enbart på objektiva grunder för att förhindra en risk för att den upphandlande myndigheten låter sig styras av hänsyn som inte är relevanta i förhållande till kontraktet i fråga och ger företräde åt en anbudsgivare enbart av detta skäl.
- 42 Vad gäller bevisregler framgår härvidlag av artikel 2 i direktiv 2004/18 att upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt. Härav följer att de ska ha en aktiv roll vid tillämpningen av dessa principer för kontraktstilldelning.
- 43 Denna skyldighet är central i direktiven om förfarandena vid offentlig upphandling (se dom Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 45), och det följer härav att den upphandlande myndigheten under alla omständigheter är skyldig att kontrollera om det finns eventuella intressekonflikter och att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa. Det skulle emellertid vara oförenligt med denna aktiva roll om klaganden i ett förfarande om överklagande hade bevisbördan för att de av den upphandlande myndigheten utsedda experterna faktiskt agerat partiskt. En sådan lösning skulle även vara oförenlig med effektivitetsprincipen och kravet på en effektiv prövning som uppställs i artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665, bland annat eftersom en anbudsgivare som huvudregel inte har tillgång till uppgifter och bevis som gör det möjligt att bevisa att experterna är partiska.
- 44 Om den anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet framlägger objektiva omständigheter som medför att opartiskheten hos en av den upphandlande myndighetens experter kan ifrågasättas, ankommer det således på den upphandlande myndigheten att undersöka samtliga relevanta omständigheter som legat till grund för kontraktstilldelningsbeslutet för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa. Detta innefattar i förekommande fall förelägganden till parterna om att dessa ska inkomma med vissa uppgifter och bevis.
- 45 Sådana omständigheter som de som gjorts gällande i det nationella målet avseende anknytningen mellan de experter som utsetts av den upphandlande myndigheten och specialisterna hos de företag som tilldelats kontraktet – bland annat att de arbetar tillsammans vid samma universitet, att de tillhör samma forskargrupp eller har anställningsförhållanden inom nämnda universitet – utgör, om de styrks, sådana objektiva omständigheter som påkallar att en fördjupad undersökning görs av den upphandlande myndigheten eller, i förekommande fall, av de administrativa prövningsorganen eller domstolarna.
- 46 Begreppet partiskhet och de kriterier som hör till detta begrepp ska – under förutsättning att de unionsrättsliga skyldigheterna iakttas, särskilt de som anges i punkt 43 ovan – definieras i nationell rätt. Detta gäller även för reglerna kring rättsverkningarna av en eventuell partiskhet. Det är således i nationell rätt som det ska fastställas om och i vilken utsträckning de behöriga administrativa prövningsorganen och domstolarna ska beakta den omständigheten att en eventuell partiskhet hos experterna inte påverkat tilldelningsbeslutet.
- 47 Av det anförda följer att den första frågan a) och b) ska besvaras enligt följande: Artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 samt artiklarna 2, 44.1 och 53.1 a i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de i princip inte utgör hinder för att konstatera att utvärderingen av anbudet varit rättsstridig redan på grund av att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet haft en nära anknytning till de experter hos den upphandlande myndigheten som utvärderade anbudet. Den upphandlande myndigheten är under alla omständigheter skyldig att kontrollera om det finns eventuella intressekonflikter och att vidta

lämpliga åtgärder för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa. Vid prövningen av ett överklagande med yrkande om att tilldelningsbeslutet ska upphävas på grund av att experterna varit partiska, kan det inte krävas att den anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet ska visa att dessa experter faktiskt har agerat partiskt. Det är i princip i nationell rätt som det ska fastställas om och i vilken utsträckning de behöriga administrativa prövningsorganen och domstolarna ska beakta den omständigheten att en eventuell partiskhet hos experterna har påverkat eller inte påverkat tilldelningsbeslutet.

*Den första frågan, c)*

- 48 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan c) för att få klarhet i huruvida artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 samt artiklarna 2, 44.1 och 53.1 a i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att det måste finnas en rätt att väcka talan avseende anbudsförfarandets lagenlighet även efter det att talefristen enligt nationell rätt löpt ut för en anbudsgivare som kunnat förstå villkoren för anbudsförfarandet först vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten, efter att ha utvärderat anbuden, lämnat uttömmande information om skälen för sitt beslut.
- 49 Denna fråga avser fristen för att väcka talan avseende anbudsförfarandets lagenlighet enligt nationell rätt. Den utgår från förutsättningen att anbudsgivarna har möjlighet att under anbudsförfarandet bestrida detta förfarandes lagenlighet. Frågan gäller huruvida en anbudsgivare prekluderas från att föra talan avseende anbudsförfarandets lagenlighet som väckts innan denne informerats om tilldelningen av det aktuella kontraktet.
- 50 Domstolen erinrar inledningsvis om att bestämmelserna i direktiv 89/665 ska skydda anbudsgivarna mot den upphandlande myndighetens godtycke, och syftet med dem är att förstärka befintliga åtgärder för att säkerställa en effektiv tillämpning av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt på det stadium där överträdelserna ännu kan rättas till (dom *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 34 och där angiven rättspraxis). I artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 anges att det ska finnas prövningsförfaranden som är ”tillgängliga på villkor som medlemsstaterna själva anger” och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2 f i detta direktiv.
- 51 Enlig domstolens praxis uppfyller fastställande av skäliga talefrister vid äventyr av preskription i princip effektivitetskravet i direktiv 89/665, i den mån som det utgör en tillämpning av den grundläggande rättssäkerhetsprincipen. Ett fullständigt uppnående av målet med direktiv 89/665 skulle äventyras om anbudssökande och anbudsgivare tilläts att åberopa överträdelser av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet, eftersom den upphandlande myndigheten då skulle tvingas att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna (dom *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, punkterna 75 och 76 och där angiven rättspraxis, dom *Lämmerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, punkterna 50 och 51, samt dom *kommissionen/Irland*, C-456/08, EU:C:2010:46, punkterna 51 och 52).
- 52 Enlig domstolens praxis kan syftet med artikel 1.1 i direktiv 89/665 att säkerställa en effektiv överprövning av överträdelser av tillämpliga bestämmelser om offentlig upphandling endast uppnås om talefristerna börjar löpa först den dag då klaganden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om den påstådda överträdelserna av nämnda bestämmelser (se dom *Uniplex (UK)*, EU:C:2010:45, punkt 32, samt dom *Idrodinamica Spurgo Velox m.fl.*, C-161/13, EU:C:2014:307, punkt 37).
- 53 Tilldelningskriterierna ska anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget och om de är obegripliga eller brister i klarhet kan detta innebära ett åsidosättande av direktiv 2004/18.

- 54 I punkt 42 i dom SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553) slog domstolen fast att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.
- 55 Härav framgår att det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida anbudsgivaren faktiskt inte kunde förstå tilldelningskriterierna, eller om denne borde ha förstått dem med utgångspunkt i hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare hade uppfattat situationen.
- 56 Vid denna undersökning ska det beaktas att den aktuella anbudsgivaren och övriga anbudsgivare kunde lämna anbud och att den aktuella anbudsgivaren inte begärt några förtydliganden från den upphandlande myndigheten innan anbudet lämnades.
- 57 Om det av denna undersökning framgår att villkoren för anbudsinfordran faktiskt var obegripliga för anbudsgivaren och att denne varit förhindrad att väcka talan inom den i nationell rätt föreskrivna fristen, får anbudsgivaren väcka talan fram till utgången av fristen avseende kontraktstilldelningsbeslutet.
- 58 Den första frågan c) ska således besvaras enligt följande: artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 samt artiklarna 2, 44.1 och 53.1 a i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att det måste finnas en rätt att väcka talan avseende anbudsförfarandets lagenlighet även efter det att talefristen enligt nationell rätt löpt ut för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare som kunnat förstå villkoren för anbudsförfarandet först vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten, efter att ha utvärderat anbudet, lämnat uttömmande information om skälen för sitt beslut. En sådan talan kan väckas fram till utgången av fristen för att föra talan mot kontraktstilldelningsbeslutet.

#### *Den andra frågan*

- 59 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artiklarna 2 och 53.1 a i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att en upphandlande myndighet, som kriterium för utvärdering av de anbud som lämnats av anbudsgivarna i ett offentligt anbudsförfarande, får ange anbudens grad av överensstämmelse med de krav som anges i upphandlingsdokumenten.
- 60 Enligt artikel 53.1 a i direktiv 2004/18 ska, om tilldelningen sker på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga, olika kriterier beaktas som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga, till exempel kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet.
- 61 Enligt rättspraxis är denna uppräknning, vilket framgår av uttrycket ”till exempel”, icke uttömmande (se dom kommissionen/Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 84).
- 62 Det står således den upphandlande myndigheten fritt att fastställa andra tilldelningskriterier, så länge dessa är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet och de principer som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18 iaktas.
- 63 Den upphandlande myndigheten har i än högre grad en sådan frihet när tilldelningen sker på grundval av det anbud som ”ur den upphandlande myndighetens synvinkel” är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

- 64 Det förefaller i det nationella målet, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera, som om kriteriet avseende anbudets grad av överensstämmelse med de krav som anges i upphandlingsdokumenten är kopplat till föremålet för det offentliga kontraktet, och det finns ingenting som ger vid handen att de principer som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18 inte iakttas genom detta utvärderingskriterium.
- 65 Den andra frågan ska således besvaras enligt följande: artiklarna 2 och 53.1 a i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att en upphandlande myndighet, som kriterium för utvärdering av de anbud som lämnats av anbudsgivarna i ett offentligt anbudsförfarande, i princip får ange anbudens grad av överensstämmelse med de krav som anges i upphandlingsdokumenten.

### **Rättegångskostnader**

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

- 1) **Artikel 1.1 tredje stycket i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 samt artiklarna 2, 44.1 och 53.1 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster ska tolkas så, att de i princip inte utgör hinder för att konstatera att utvärderingen av anbudet varit rättsstridig redan på grund av att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet haft en nära anknytning till de experter hos den upphandlande myndigheten som utvärderade anbudet. Den upphandlande myndigheten är under alla omständigheter skyldig att kontrollera om det finns eventuella intressekonflikter och att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa. Vid prövningen av ett överklagande med yrkande om att tilldelningsbeslutet ska upphävas på grund av att experterna varit partiska, kan det inte krävas att den anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet ska visa att dessa experter faktiskt har agerat partiskt. Det är i princip i nationell rätt som det ska fastställas om och i vilken utsträckning de behöriga administrativa prövningsorganen och domstolarna ska beakta den omständigheten att en eventuell partiskhet hos experterna har påverkat eller inte påverkat tilldelningsbeslutet.**

**Artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, samt artiklarna 2, 44.1 och 53.1 a i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att det måste finnas en rätt att väcka talan avseende anbudsförfarandets lagenlighet även efter det att talfristen enligt nationell rätt löpt ut för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare som kunnat förstå villkoren för anbudsförfarandet först vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten, efter att ha utvärderat anbudet, lämnat uttömmande information om skälen för sitt beslut. En sådan talan kan väckas fram till utgången av fristen för att föra talan mot kontraktstilldelningsbeslutet.**

- 2) **Artiklarna 2 och 53.1 a i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att en upphandlande myndighet, som kriterium för utvärdering av de anbud som lämnats av anbudsgivarna i ett offentligt anbudsförfarande, i princip får ange anbudens grad av överensstämmelse med de krav som anges i upphandlingsdokumenten.**

Underskrifter