

VIKTIGT RÄTTSLIGT MEDDELANDE: Informationen på denna webbplats omfattas av en ansvarsfriskrivning och ett meddelande om upphovsrätt.

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 15 maj 2008 (*)

”Offentlig upphandling av byggentreprenader – Tilldelning av kontrakt – Onormalt låga anbud – Regler för uteslutande av anbud – Byggentreprenader som inte når upp till de tröskelvärden som föreskrivs i direktiven 93/37/EEG och 2004/18/EG – Den upphandlande myndighetens skyldigheter som följer av grundläggande gemenskapsrättsliga principer”

I de förenade målen C-147/06 och C-148/06,

angående två beslut att begära förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, från Consiglio di Stato (Italien), av den 25 oktober 2005, som inkom till domstolen den 20 mars 2006, i målen

SECAP SpA (C-147/06),

mot

Comune di Torino,

ytterligare deltagare i rättegången:

Tecnoimprese Srl,

Gambarana Impianti Snc,

ICA Srl,

Cosmat Srl,

Consorzio Ravennate,

ARCAS SpA,

Regione Piemonte,

och

Santorso Soc. coop. arl (C-148/06)

mot

Comune di Torino,

ytterligare deltagare i rättegången:

Bresciani Bruno Srl,

Azienda Agricola Tekno Green Srl,

Borio Giacomo Srl,

Costrade Srl,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden på åttonde avdelningen G. Arestis, tillförordnad ordförande på fjärde avdelningen, samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent), J. Malenovský och T. von Danwitz,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 25 oktober 2007,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- SECAP SpA, genom F. Videtta, avvocato,
- Santorso Soc. coop. arl, genom B. Amadio, L. Fumarola och S. Bonatti, avvocati,
- Comune di Torino, genom M. Caldo, A. Arnone och M. Colarizi, avvocati,
- Italiens regering, genom I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av D. Del Gaizo och F. Arena, avvocati dello Stato,
- Tysklands regering, genom M. Lumma, i egenskap av ombud,
- Frankrikes regering, genom G. de Bergues och J.-C. Gracia, båda i egenskap av ombud,
- Litauens regering, genom D. Kriaučiūnas, i egenskap av ombud,
- Nederländernas regering, genom H.G. Sevenster och P. van Ginneken, båda i egenskap av ombud,
- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
- Slovakien regering, genom R. Procházka, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom X. Lewis och D. Recchia, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 27 november 2007 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Respektive begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 30.4 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader (EGT L 199, s. 54), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1) (nedan kallat direktiv 93/37) och av grundläggande gemenskapsrättsliga principer i fråga om tilldelning av offentlig kontrakt.
- 2 Respektive begäran har framställts i mål mellan å ena sidan SECAP SpA (nedan kallat SECAP) och Santorso Soc. coop. arl (nedan kallat Santorso) och å andra sidan Comune di Torino. Målen rör huruvida en bestämmelse i den italienska lagstiftningen, där det i fråga om offentlig upphandling av byggtreprenader som understiger det tröskelvärde som föreskrivs i direktiv 93/37 anges att anbud som anses vara onormalt låga automatiskt ska uteslutas, är förenlig med gemenskapsrätten.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 I artikel 6.1 a i direktiv 93/37 anges att direktivet gäller för "offentliga bygg- och anläggningskontrakt med ett uppskattat värde, exklusive mervärdesskatt, som uppgår till minst 5 000 000 särskilda dragningsrätter (SDR) i [euro]".

4 Avdelning IV i direktiv 93/37 har rubriken "Gemensamma regler för deltagande", och i dess kapitel 3 som rör kriterier för tilldelning av kontrakt återfinns artikel 30, som lyder som följer:

"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.

...

4. Om anbud för ett visst kontrakt förefaller onormalt lågt i förhållande till arbetet, skall de upphandlande myndigheterna innan de förkastar dessa anbud kräva en skriftlig förklaring för de delar av anbuden de anser betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera dessa delar med hänsyn till de förklaringar som inkommer.

De upphandlande myndigheterna får ta hänsyn till förklaringar som motiveras på objektiva grunder, inklusive ekonomi i byggnadssätt eller i valda tekniska lösningar, speciellt förmånliga omständigheter som gynnar anbudsgivaren vid arbetenas utförande, eller originaliteten i anbudsgivarens förslag till utförande.

Om de handlingar som hänför sig till kontraktet anger att tilldelning kommer att ske efter lägsta anbud, måste de upphandlande myndigheterna informera kommissionen om de anbud som förkastats på grund av att de anses för låga.

..."

5 Innehållet i artikel 30.4 i direktiv 93/37 har överförts till och utvecklats närmare i artikel 55, med rubriken "Onormalt låga anbud", 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). Enligt skäl 1 i direktiv 2004/18 innebär detsamma att de olika direktiven med olika tillämpningsområden avseende offentlig upphandling på de tre områden som anges ovan omarbetas till en enda text. Enligt artikel 80.1 i direktivet ska det införlivas med nationell rätt i medlemsstaterna senast den 31 januari 2006.

6 Tanken bakom bestämmelsen om att anbud som förefaller vara onormalt låga i förhållande till det arbete som ska utföras inte får förkastas automatiskt framgår av första stycket i skäl 46 i direktiv 2004/18, där följande anges: "Kontraktstilldelningen bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att ... anbuden bedöms i verklig konkurrens med varandra. Därför bör endast två tilldelningskriterier godkännas, nämligen 'lägsta pris' och 'ekonomiskt mest fördelaktigt anbud'". Dessa två kriterier nämns i artikel 30.1 a och b i direktiv 93/37 och i artikel 53.1 a och b i direktiv 2004/18.

De nationella bestämmelserna

7 Direktiv 93/37 har införlivats med italiensk rätt genom lag nr 109, som är en ramlag avseende offentliga byggentreprenader (Legge quadro in materia di lavori pubblici), av den 11 februari 1994 (ordinarie tillägg till GURI nr 41 av den 19 februari 1994).

8 I artikel 21.1a i nämnda lag, i den lydelse som är tillämplig i målen vid den nationella domstolen (nedan kallad lag nr 109/94), anges följande:

"Vid upphandling av byggentreprenader till ett värde av minst 5 miljoner SDR med tillämpning av det kriterium avseende lägsta pris som avses i första stycket, ska den berörda myndigheten bedöma om ett anbud är onormalt lågt i den mening som avses i artikel 30 i ... direktiv 93/37..., när det gäller samtliga anbud med en rabatt som är lika stor som eller större än det aritmetiska

medelvärde av rabatterna, i procent räknade, i samtliga antagna anbud, med avdrag för tio procent, avrundat till närmast högre heltal, av de anbud som innehåller den högsta respektive den lägsta rabatten, ökat med det aritmetiska medelvärdet av avvikelserna för de rabatter, i procent räknade, som överstiger ovannämnda medelvärde.

Anbudet måste när de inlämnas innehålla förklaringar avseende de viktigaste priskomponenterna, vilka ska anges i meddelandet om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud, till ett sammanlagt belopp motsvarande minst 75 procent av grundbeloppet för upphandlingen. I meddelandet om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ska anges hur förklaringar ska lämnas, men även vilka förklaringar som eventuellt är nödvändiga för att ett anbud ska kunna antas. Förklaringar behöver inte lämnas för delar vars minimivärde kan fastställas på grundval av officiella uppgifter. Om prövningen av de förklaringar som begärts och lämnats inte är tillräcklig för att fastslå att anbudet inte är motsägelsefullt, ska anbudsgivaren ges möjlighet att komplettera underlaget, och beslut om att förkasta anbudet får fattas först efter den sista kontrollen, som ska vara underkastad ett kontradiktoriskt förfarande.

Endast vad beträffar offentliga byggtreprenadkontrakt vars värde understiger gemenskapströskelvärdet, ska de berörda myndigheterna från upphandlingsförfarandet automatiskt utesluta de anbud med en rabatt som, i procent räknat, är lika stor eller större än den som avses i första stycket i denna punkt. Förfarandet för automatiskt uteslutande av anbud är inte tillämpligt när antalet giltiga anbud är lägre än fem."

Twisterna vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 9 SECAP deltog i ett öppet anbuds-förfarande som inleddes av Comune di Torino i december 2002 och som avsåg ett offentligt byggtreprenadkontrakt till ett uppskattat värde av 4 699 999 euro. Vid tidpunkten för detta anbuds-förfarande låg tröskelvärdet för tillämpning av direktiv 93/37 på 6 242 028 euro, i enlighet med artikel 6.1 a i direktivet. Santorso deltog i ett liknande anbuds-förfarande som inleddes i september 2004, där det uppskattade värdet av kontraktet uppgick till 5 172 579 euro. Vid den sistnämnda tidpunkten låg tröskelvärdet för tillämpning av direktiv 93/37 på 5 923 624 euro. I båda fallen var således det uppskattade värdet av de aktuella kontrakten lägre än tröskelvärdet för tillämpning av direktiv 93/37.
- 10 I Comune di Torinos meddelanden om anbudsinfördran angavs att upphandlingen skulle ske på grundval av kriteriet avseende den högsta rabatten, varvid onormalt låga anbud skulle kontrolleras, men inte uteslutas automatiskt. Meddelandena var grundade på ett beslut från Giunta comunale (Comune di Torinos verkställande organ). I beslutet angavs att tillämpningen av kriteriet avseende den högsta rabatten medförde att en kontroll av "orimliga" anbud skulle ske enligt direktiv 93/37, även i fråga om kontrakt till ett värde som understeg gemenskapströskelvärdet. Detta innebar att artikel 21.1a i lag nr 109/94 inte skulle tillämpas, till den del det däri föreskrevs att onormalt låga anbud automatiskt skulle uteslutas.
- 11 När anbuderna hade utvärderats kunde SECAP:s och Santorsos anbud rankas högst bland de anbud som ansetts vara "icke orimliga". Comune di Torino kontrollerade därefter de onormalt låga anbuderna och beslutade slutligen att förkasta SECAP:s och Santorsos anbud till förmån för anbud från andra bolag.
- 12 SECAP och Santorso överklagade detta beslut till Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, och gjorde gällande att den upphandlande myndigheten enligt lag nr 109/94 har en skyldighet att utesluta onormalt låga anbud och att myndigheten inte har något handlingsutrymme för att tillämpa ett kontradiktoriskt kontrollförfarande.
- 13 Genom domar av den 11 oktober 2004 och den 30 april 2005 lämnade nämnda domstol SECAP:s och Santorsos överklaganden utan bifall och anförde i domskälen bland annat följande. Förfarandet för automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud utgör inte en skyldighet för de upphandlande myndigheterna, utan innebär att dessa myndigheter kan välja att besluta om en kontroll av huruvida dessa anbud eventuellt är orimliga till följd av att de är låga. Denna möjlighet gäller även när det är fråga om kontrakt vars värde understiger gemenskapströskelvärdet.
- 14 SECAP och Santorso överklagade dessa domar till Consiglio di Stato. Denna domstol delar dessa bolags uppfattning att regeln om att onormalt låga anbud automatiskt ska uteslutas är av tvingande karaktär, men anser även att det finns visst fog för de argument som framförts av Comune di Torino, som med stöd av statistikuppgifter har anfört att denna strikta regel främjar hemlig

samverkan mellan näringsidkare, vilka kommer överens om priset i syfte att påverka utgången av anbudsförfarandet. Detta skadar både den upphandlande myndigheten och de andra anbudsgivarna, vilka till övervägande del är företag som är etablerade i en annan medlemsstat.

- 15 Consiglio di Stato har hänvisat till EG-domstolens rättspraxis av vilken följer att, när det är fråga om avtal vars föremål faller utanför tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, de upphandlande myndigheterna likväl är skyldiga att följa EG-fördragets grundläggande regler och i synnerhet principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet (se, bland annat, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 60). Den har även hänvisat till att EG-domstolen har slagit fast att medlemsstaterna inte får införa bestämmelser i vilka det i fråga om offentliga byggtreprenadkontrakt vars värde överstiger gemenskapströskelvärdet föreskrivs att vissa, enligt ett matematiskt kriterium bestämda, anbud ska uteslutas ex officio, i stället för att ålägga den upphandlande myndigheten att tillämpa det kontradiktoriska kontrollförfarandet som föreskrivs i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna (se, bland annat, dom av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Costanzo, REG 1989, s. 1839, punkt 19; svensk specialutgåva, volym 10, s. 83).
- 16 Consiglio di Stato är även osäker på huruvida regeln om att onormalt låga anbud ska underkastas ett kontradiktoriskt kontrollförfarande kan anses utgöra en grundläggande gemenskapsrättslig princip, vilket skulle kunna medföra att man ska underlåta att tillämpa eventuella nationella bestämmelser som strider mot denna princip. Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato att vilandeförklara målen och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen, vilka är identiska för de båda målen C-147/06 och C-148/06:
- "1) Utgör bestämmelsen i artikel 30.4 i direktiv 93/37 ... eller den analoga bestämmelsen i artikel 55.1 och 55.2 i direktiv 2004/18 ... (för det fall att sistnämnda bestämmelse anses vara den bestämmelse som skall tillämpas) – enligt vilken, om anbud för ett visst kontrakt förefaller onormalt låga i förhållande till det arbete som ska utföras, de upphandlande myndigheterna innan de förkastar dessa anbud skall kräva en skriftlig förklaring för de delar av anbuderna de anser betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera dessa delar med hänsyn till de förklaringar som inkommer – en grundläggande gemenskapsrättslig princip?"
- 2) För det fall att den första frågan skall besvaras nekande, utgör bestämmelsen i artikel 30.4 i direktiv 93/37 ... eller den analoga bestämmelsen i artikel 55.1 och 55.2 i direktiv 2004/18 ... (för det fall att sistnämnda bestämmelse anses vara den bestämmelse som skall tillämpas) – enligt vilken, om anbud för ett visst kontrakt förefaller onormalt låga i förhållande till det arbete som ska utföras, de upphandlande myndigheterna innan de förkastar dessa anbud skall kräva en skriftlig förklaring för de delar av anbuderna de anser betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera dessa delar med hänsyn till de förklaringar som inkommer – även om den inte uppvisar de särdrag som är kännetecknande för en grundläggande gemenskapsrättslig princip, underförstått en följd av ovannämnda principer, eller en princip som har sin grund i principen om konkurrens, jämförd med principerna om insyn i förvaltningen och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, och är bestämmelsen följaktligen direkt tillämplig och har den företräde framför därmed eventuellt oförenliga nationella bestämmelser som antagits av medlemsstaterna för att reglera offentlig upphandling som inte omfattas av området för gemenskapsrättens direkta tillämpning?"
- 17 Genom beslut av domstolens ordförande av den 10 maj 2006 förenades mål C-147/06 och mål C-148/06 vad gäller det skriftliga och det muntliga förfarandet samt med avseende på domen.

Prövning av tolkningsfrågorna

- 18 Domstolen anser att tolkningsfrågorna bör prövas tillsammans. Frågorna har ställts för att få klarhet i huruvida de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, som gäller även för offentlig upphandling och som kan sägas komma till särskilt uttryck i artikel 30.4 i direktiv 93/37, utgör hinder för nationella bestämmelser där det i fråga om kontrakt vars värde understiger tröskelvärdet i artikel 6.1 a i nämnda direktiv anges att de upphandlande myndigheterna är skyldiga, när antalet giltiga anbud är högre än fem, att automatiskt utesluta anbud som enligt ett matematiskt kriterium som anges i nämnda bestämmelser anses vara onormalt låga i förhållande till det arbete som ska utföras, varvid de upphandlande myndigheterna inte ges någon möjlighet att kontrollera sammansättningen av dessa anbud genom att begära in närmare upplysningar om dem från berörda anbudsgivare.

- 19 Domstolen påpekar att de särskilda och noggrant reglerade förfaranden som föreskrivs i gemenskapsdirektiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling endast är tillämpliga på kontrakt vars värde överstiger det tröskelvärde som uttryckligen föreskrivs i vart och ett av dessa direktiv (beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, Vestergaard, REG 2001, s. I-9505, punkt 19). Bestämmelserna i dessa direktiv är således inte tillämpliga på kontrakt vars värde understiger det tröskelvärde som föreskrivs i dem (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-0000, punkt 65).
- 20 Detta innebär emellertid inte att sistnämnda kontrakt faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde (beslutet i det ovannämnda målet Vestergaard, punkt 19). Det framgår nämligen av domstolens fasta rättspraxis att, när det är fråga om tilldelning av offentliga kontrakt vars värde inte omfattas av de förfaranden som föreskrivs i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, de upphandlande myndigheterna likväl är skyldiga att följa fördragets grundläggande regler och i synnerhet principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet (domen i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, punkt 60, och beslutet i det ovannämnda målet Vestergaard, punkterna 20 och 21, samt dom av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike, REG 2005, s. I-8831, punkt 32, och av den 14 juni 2007 i mål C-6/05, Medipac-Kazantzidis, REG 2007, s. I-4557, punkt 33).
- 21 Tillämpningen av fördragets grundläggande regler och allmänna principer på tilldelning av offentliga kontrakt vars värde understiger tröskelvärdet för tillämpning av gemenskapsdirektiven förutsätter emellertid, enligt domstolens rättspraxis, att de berörda kontrakten är av ett bestämt gränsöverskridande intresse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland, REG 2007, s. I-0000, punkt 29, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkterna 66 och 67).
- 22 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som domstolen kommer att pröva sådana nationella bestämmelser som dem som är aktuella i målen vid den nationella domstolen.
- 23 Det framgår av de handlingar som ingetts till domstolen att enligt dessa bestämmelser har den berörda upphandlande myndigheten, när det gäller kontrakt vars värde understiger tröskelvärdet i artikel 6.1 a i direktiv 93/37, en skyldighet att automatiskt utesluta anbud som enligt ett matematiskt kriterium som anges i nämnda bestämmelser anses vara onormalt låga i förhållande till det arbete som ska utföras, med det enda undantaget att denna regel om automatiskt uteslutande inte ska tillämpas när antalet giltiga anbud är lägre än fem.
- 24 Härav följer att denna regel, som är formulerad i klara, tvingande och absoluta ordalag, innebär att anbudsgivare som har lämnat onormalt låga anbud fräntas möjligheten att bevisa att dessa anbud är trovärdiga och seriösa. Denna aspekt av de nu aktuella nationella bestämmelserna skulle kunna leda till resultat som är oförenliga med gemenskapsrätten, om ett visst kontrakt på grund av dess särdrag kan vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse och således locka till sig näringsidkare från andra medlemsstater. Ett byggtreprenadkontrakt skulle till exempel kunna vara av ett sådant gränsöverskridande intresse på grund av dess uppskattade värde, i kombination med dess tekniska beskaffenhet eller det förhållandet att entreprenaden ska utföras på en plats som är lämplig för att locka till sig utländska näringsidkare.
- 25 Som generaladvokaten har påpekat i punkterna 45 och 46 i sitt förslag till avgörande skulle sådana bestämmelser, trots att de är objektiva och inte i sig diskriminerande, kunna inverka menligt på den allmänna icke-diskrimineringsprincipen vid förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt som är av gränsöverskridande intresse.
- 26 En tillämpning av regeln om automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud på kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse kan nämligen leda till indirekt diskriminering, genom att näringsidkare från andra medlemsstater missgynnas i praktiken. Dessa näringsidkare, som har andra kostnadsstrukturer och som kan dra nytta av betydande skalfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på den aktuella marknaden på ett effektivare sätt, skulle kunna lämna ett konkurrenskraftigt, och samtidigt trovärdigt och seriöst, anbud som den upphandlande myndigheten emellertid inte skulle kunna beakta på grund av de nämnda bestämmelserna.
- 27 Som Comune di Torino och generaladvokaten (punkterna 43, 46 och 47 i förslaget till avgörande) har påpekat, kan dessutom sådana bestämmelser ge upphov till konkurrensbegränsande beteenden och överenskommelser, eller rentav hemlig samverkan, mellan nationella eller lokala företag med

syftet att offentliga byggentreprenadkontrakt endast ska tilldelas dessa företag.

- 28 Härav följer att en tillämpning av regeln om automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud på kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse skulle kunna medföra att näringsidkare från andra medlemsstater inte ges möjlighet att konkurrera mer effektivt med näringsidkare som är etablerade i den aktuella medlemsstaten, och på det sättet påverkas deras tillträde till marknaden i den staten. Därmed blir det svårare att utöva etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, vilket utgör en restriktion av dessa friheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 oktober 2002 i mål C-79/01, Payroll m.fl., REG 2002, s. I-8923, punkt 26, av den 5 oktober 2004 i mål C-442/02, CaixaBank France, REG 2004, s. I-8961, punkterna 12 och 13, och av den 3 oktober 2006 i mål C-452/04, Fidium Finanz, REG 2006, s. I-9521, punkt 46).
- 29 En tillämpning av sådana bestämmelser på kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse medför att de upphandlande myndigheterna inte har någon möjlighet att bedöma hur hållbara och trovärdiga onormalt låga anbud är. Därmed kan de inte uppfylla sin skyldighet att följa fördragets grundläggande regler om fri rörlighet och den allmänna icke-diskrimineringsprincipen, såsom krävs enligt den rättspraxis från domstolen som anges i punkt 20 i denna dom. Det strider även mot de upphandlande myndigheternas eget intresse att de fräntas en sådan möjlighet, av det skälet att de inte kan bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra och att de inte heller kan tilldela kontraktet enligt kriterierna – vilka fastställts även i allmänhetens intresse – ”lägsta pris” eller ”ekonomiskt mest fördelaktigt anbud”.
- 30 Bedömningen av huruvida ett kontrakt vars värde understiger det tröskelvärde som föreskrivs i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna eventuellt är av gränsöverskridande intresse ska göras innan begreppen i meddelandet om upphandling definieras, och det ankommer i princip på den berörda upphandlande myndigheten att göra denna bedömning, varvid det ska beaktas att den kan komma att prövas i domstol.
- 31 Det är emellertid tillåtet att det i nationella eller lokala bestämmelser fastställs objektiva kriterier för att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse. Sådana kriterier skulle bland annat kunna vara att det aktuella kontraktet uppgår till ett belopp av en bestämd storlek, i kombination med platsen där byggentreprenaden ska utföras. Det skulle även vara möjligt att fastslå att ett sådant intresse inte föreligger, till exempel om det aktuella kontraktet är av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkt 20). Det är emellertid nödvändigt att ta hänsyn till att gränser i vissa fall går genom tätbebyggda områden som ligger i olika medlemsstater och att även kontrakt av ringa värde kan vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse under sådana omständigheter.
- 32 Även om det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse, skulle det kunna godtas att vissa anbud utesluts automatiskt på grund av att de anses vara onormalt låga, när det är befogat att tillämpa denna regel på grund av att antalet anbud är alltför högt, vilket är en omständighet som kan medföra att den upphandlande myndigheten måste genomföra ett kontradiktoriskt förfarande för att kontrollera ett så stort antal anbud att detta övergår den upphandlande myndighetens administrativa kapacitet eller som kan komma att äventyra genomförandet av projektet på grund av den försening som eventuellt kan uppstå till följd av denna kontroll.
- 33 Under sådana förhållanden får det i nationella eller lokala bestämmelser, eller av den upphandlande myndigheten själv, fastställas en rimlig gräns för tillämpning av automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud. Den gräns på fem giltiga anbud som fastställs i artikel 21.1a tredje stycket i lag nr 109/94 kan emellertid inte anses vara rimlig.
- 34 När det gäller målen vid den nationella domstolen, ankommer det på den domstolen att göra en utförlig bedömning av samtliga relevanta omständigheter rörande de två aktuella kontrakten för att kontrollera huruvida det i dessa fall föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse.
- 35 Tolkningsfrågorna ska således besvaras enligt följande. Fördragets grundläggande regler om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt den allmänna icke-diskrimineringsprincipen utgör hinder för nationella bestämmelser där det i fråga om kontrakt, vars värde understiger tröskelvärdet i artikel 6.1 a i direktiv 93/37 och som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, anges att de upphandlande myndigheterna är skyldiga, när antalet giltiga anbud är högre än fem, att automatiskt utesluta anbud som enligt ett matematiskt kriterium som anges i nämnda bestämmelser anses vara onormalt låga i förhållande till det arbete som ska utföras, varvid de upphandlande myndigheterna inte ges någon möjlighet att kontrollera

sammansättningen av dessa anbud genom att begära in närmare upplysningar om dem från berörda anbudsgivare. Detta gäller inte om det – till följd av att antalet anbud är alltför högt, vilket är en omständighet som kan medföra att den upphandlande myndigheten måste genomföra ett kontradiktoriskt förfarande för att kontrollera ett så stort antal anbud att detta övergår den upphandlande myndighetens administrativa kapacitet eller kan komma att äventyra genomförandet av projektet på grund av den försening som eventuellt kan uppstå till följd av denna kontroll – i nationella eller lokala bestämmelser, eller av den upphandlande myndigheten själv, har fastställts en rimlig undre gräns för tillämpning av automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud.

Rättegångskostnader

- 36 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målen 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 (fjärde avdelningen) följande:

EG-fördragets grundläggande regler om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt den allmänna icke-diskrimineringsprincipen utgör hinder för nationella bestämmelser där det i fråga om kontrakt, vars värde understiger tröskelvärdet i artikel 6.1 a i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, och som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, anges att de upphandlande myndigheterna är skyldiga, när antalet giltiga anbud är högre än fem, att automatiskt utesluta anbud som enligt ett matematiskt kriterium som anges i nämnda bestämmelser anses vara onormalt låga i förhållande till det arbete som ska utföras, varvid de upphandlande myndigheterna inte ges någon möjlighet att kontrollera sammansättningen av dessa anbud genom att begära in närmare upplysningar om dem från berörda anbudsgivare. Detta gäller inte om det – till följd av att antalet anbud är alltför högt, vilket är en omständighet som kan medföra att den upphandlande myndigheten måste genomföra ett kontradiktoriskt förfarande för att kontrollera ett så stort antal anbud att detta övergår den upphandlande myndighetens administrativa kapacitet eller kan komma att äventyra genomförandet av projektet på grund av den försening som eventuellt kan uppstå till följd av denna kontroll – i nationella eller lokala bestämmelser, eller av den upphandlande myndigheten själv, har fastställts en rimlig undre gräns för tillämpning av automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud.

Underskrifter

* Rättegångsspråk: italienska.