

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PHILIPPE LÉGER

föredraget den 11 november 2004¹

1. Innebär en persons medverkan vid förberedelserna av en offentlig upphandling att denne, liksom det företag som är anknutet till denne, inte får delta i nämnda upphandling? Står en sådan regel, som avser att förhindra att en person drar fördel av att han eller hon har deltagit i förberedandet av en offentlig upphandling, vilket skulle sätta honom eller henne i en situation som strider mot den fria konkurrensen vid tilldelningen av kontraktet i upphandlingen, i proportion till det avsedda syftet? Detta är i huvudsak de tolkningsfrågor som Conseil d'État (Belgien) har ställt till domstolen i de förevarande målen.

och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten, och 98/4/EG,² om ändring av direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.³

3. I dessa båda direktiv⁴ beaktas de ändringar som blev nödvändiga när Europeiska gemenskapen anslöt sig till fördraget om offentliga upphandlingar inom ramen för Världshandelsorganisationen (nedan kallad WTO).⁵ I artikel VI.4 i fördraget föreskrivs följande:

I — Tillämpliga bestämmelser

A — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

”Upphandlande enheter skall inte, på ett sådant sätt, att det kan komma att utesluta

2. Gällande gemenskapsrätt om förfarandet vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling utgörs av direktiven 97/52/EG, om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 16 februari 1998 (EGT L 101, s. 1).

4 — Nedan kallade direktiven om offentlig upphandling.

5 — Rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar — vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet — av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986–1994) (EGT L 336, s. 1; svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 3).

1 — Originalspråk: franska.

konkurrens, efterfråga eller acceptera råd som kan användas i sammanställning av underlag för en enskild upphandling från ett företag som kan ha kommersiella intressen i upphandlingen.”

4. Dessa direktiv har gjort tilldelningen av kontrakt vid offentliga upphandlingar inom gemenskapen konkurrensutsatt, samtidigt som de har samordnat tilldelningsförfarandena. Direktivens huvudsyften är att både allmänt och inom specifika sektorer säkerställa att tilldelningen av kontrakt vid offentliga upphandlingar sker dels med beaktande av den fria konkurrensen, dels på ett sätt som präglas av öppenhet och insyn.⁶

5. Det är därför som direktiv 89/665/EEG⁷ (nedan kallat rättsmedelsdirektivet) har antagits för offentlig upphandling; det reglerar rättsmedlen på detta område. Syftet är att säkerställa en möjlighet till en lämplig och snabb prövning av beslut som har fattats av upphandlande enheter, vilka har överträtt gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling.

B — Den nationella lagstiftningen

6. Direktiven har införlivats med belgisk rätt genom lagen av den 24 december 1993 om offentlig upphandling och viss upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster.⁸

7. Artikel 78 i den kungliga kungörelsen av den 8 januari 1996 om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster samt koncessionsavtal rörande bygg- och anläggningsarbeten ändrades genom artikel 32 i den kungliga kungörelsen av den 25 mars 1999.⁹ Genom artikel 26 i den kungliga kungörelsen av den 25 mars 1999 ändrades artikel 65 i den kungliga kungörelsen av den 10 januari 1996 om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. I de båda bestämmelserna föreskrivs på identiskt sätt absoluta förbud för personer som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster att avge anbud i en offentlig upphandling. Vidare föreskrivs på ett identiskt sätt ett förbud att avge anbud för alla företag som är anknutna¹⁰ till en person som har ansvarat

6 — Se dom av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Costanzo (REG 1989, s. 1839; svensk specialutgåva, volym 10, s. 83), slutet av punkt 18.

7 — Rådets direktiv 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). Ett motsvarande direktiv har antagits för offentliga upphandlingar inom specifika sektorer, nämligen rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127).

8 — Moniteur belge av den 22 januari 1994.

9 — Moniteur belge av den 9 april 1999, s. 11690.

10 — Enligt artikel 65.2 i den kungliga kungörelsen avses med "anknutet företag" ett företag över vilket en person som avses i artikel 65.1, direkt eller indirekt, kan utöva ett bestämmande inflytande, eller ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande på denna person eller vilket underkastas ett bestämmande inflytande från ett annat företag på grund av ett ägarförhållande, ekonomiskt engagemang eller regler som styr detta. Ett bestämmande inflytande anses föreligga när ett företag, direkt eller indirekt, i förhållande till ett annat företag äger större delen av det bundna företagskapitalet, kontrollerar röstmajoriteten för företagets ägarbevis eller får utse fler än hälften av medlemmarna i företagets administrativa, verkställande eller övervakande organ.

för förberedande arbete inom ramen för den ifrågavarande upphandlingen. Företaget kan dock bryta denna presumtion genom att tillhandahålla information som visar att personens bestämmande inflytande inte har någon betydelse för upphandlingen.

skyddet för äganderätten, vilket följer av artikel 1 i tilläggsprotokollet till konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Den belgiska staten har bestritt dessa påståenden.

II — Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

A — *I mål C-21/03*

8. Société anonyme Fabricom (nedan kallat Fabricom) är ett företag för alla typer av arbeten inom sektorn för transport av energi och vätskor. Företaget avger ofta anbud på offentliga kontrakt, särskilt inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

9. I talan som väcktes den 25 juni 1999 vid Conseil d'État yrkade Fabricom att artikel 26 i den kungliga kungörelsen av den 25 mars 1999 skulle ogiltigförklaras. Företaget har gjort gällande att denna bestämmelse innebär ett åsidosättande av principen om lika-behandling av alla anbudsgivare, av principen om ett effektivt rättsmedel, vilken garanteras genom rättsmedelsdirektivet, av proportionalitetsprincipen, av rätten till fri handel och industriverksamhet samt av

10. Conseil d'État ansåg att det var nödvändigt med en tolkning av vissa bestämmelser i direktiven om offentlig upphandling för att lösa tvisten och beslutade därför, med tillämpning av artikel 234 EG, att vilandeförklara målet och ställa följande tre tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Strider det mot rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna [EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177], i synnerhet artikel 4.2 i detta direktiv, och mot Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 om ändring av ovannämnda direktiv 93/38/EEG jämförda med proportionalitetsprincipen, rätten att bedriva fri handel och industriverksamhet och skyddet för äganderätten vilken bland annat följer av tilläggsprotokollet av den 20 mars 1952 till konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna att en person, som har ansvaret för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, inte är behörig att ansöka

om att få delta i eller avge ett anbud avseende denna upphandling utan att denna person ges möjlighet att i det enskilda fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen?

efter förfrågan av den upphandlande enheten har hävdats att det inte åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrida de normala konkurrensvillkoren?"

B — *I mål C-34/03*

- 2) Skulle svaret på den första frågan bli annorlunda för det fall de ovannämnda direktiven jämförda med ovannämnda princip, frihet och rättighet tolkades så, att de endast avsåg privata företag eller företag som utfört prestationer mot ersättning?

11. I talan som väcktes den 8 juni 1999 vid Conseil d'État yrkade samma företag Fabricom att artikel 32 i den kungliga kungörelsen av den 25 mars 1999 skulle ogiltigförklaras. Fabricoms och den belgiska statens argument är i huvudsak desamma som de som har angetts i mål C-21/03.

12. Conseil d'État beslutade även i detta mål att tillämpa artikel 234 EG och vilandeförklara målet och ställa följande tre tolkningsfrågor till domstolen:

- 3) Skall rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, särskilt artiklarna 1 och 2, tolkas så, att den upphandlande enheten, fram till dess att förfarandet för bedömning av anbuderna avslutats, kan hindra ett företag som är anknutet till en person som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling avseende bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster från att delta i upphandlingsförfarandet eller avge ett anbud trots att detta företag

"1) Strider det mot 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], i synnerhet artikel 3.2 i detta direktiv, 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], i synnerhet artikel 5.7 i detta direktiv, rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten [EGT L 199, s. 54], i

synnerhet artikel 6.6 i detta direktiv, och 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, i synnerhet artiklarna 2.1b) och 3.1b), jämförda med proportionalitetsprincipen, rätten att fritt bedriva handel och industriverksamhet och skyddet för äganderätten vilken bland annat följer av tilläggsprotokollet av den 20 mars 1952 till konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna att en person, som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, inte är behörig att ansöka om att få delta i eller avge ett anbud avseende denna upphandling utan att denna person ges möjlighet att i det enskilda fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen?

3) Skall 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 synnerhet artiklarna 2.1a) och 5, tolkas så, att den upphandlande enheten, fram till dess att förfarandet för bedömning av anbud avslutats, kan hindra ett företag som är anknutet till en person som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling avseende bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster från att delta i upphandlingsförfarandet eller avge ett anbud trots att detta företag efter förfrågan av den upphandlande enheten har hävdats att det inte åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrída de normala konkurrensvillkoren?"

13. Genom beslut av den 4 mars 2003 förenade domstolens ordförande de två målen, eftersom de rör samma sak.

2) Skulle svaret på den första frågan bli annorlunda för det fall de ovannämnda direktiven jämförda med ovannämnda princip, frihet och rättighet tolkades så, att de endast avsåg privata företag eller företag som utfört prestationer mot ersättning?

14. De tre frågorna från Conseil d'État är liknande i de båda mål som anhängiggjorts vid domstolen, och jag föreslår därför att

III — Bedömning

tolkningsfrågorna i mål C-34/03 skall undersökas i tur och ordning. Om det därefter framkommer att svaret borde bli ett annat för de specifika sektorer som mål C-21/03 gäller kommer jag att precisera det.

15. Den första och den andra frågan från den hänskjutande domstolen har ett sådant samband att det är lämpligt att bedöma dem tillsammans. Jag kommer därför först att besvara den första och den andra frågan samtidigt och därefter den tredje frågan.

16. Jag vill först påpeka att domstolen, även om den vid tillämpningen av artikel 234 EG inte är behörig att avgöra om en nationell bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten eller att tolka nationella lagar eller andra författningar, dock är behörig att tillhandahålla alla sådana uppgifter om gemenskapsrättens tolkning som gör det möjligt för den nationella domstolen att pröva en sådan fråga om förenlighet för att döma i det mål som anhängiggjorts vid den.¹¹

A — *Den första och den andra frågan: En person, som har deltagit i utarbetandet av en offentlig upphandling, utesluts från att konkurrera om kontraktet*

17. Conseil d'État vill med sin första fråga veta om det strider mot direktiven om offentlig upphandling att en person, som har deltagit i förberedandet av en offentlig upphandling, inte tillåts avge ett anbud utan att få visa att denna omständighet inte snedvrider konkurrensen mellan anbudsgivarna i den aktuella upphandlingen. Vad gäller den andra frågan har Conseil d'État frågat domstolen om svaret på den första frågan blir ett annat för det fall direktiven endast avser privaträttsliga personer eller personer som utfört prestationer mot ersättning.

1. Parternas argument

18. Klaganden i målet vid den nationella domstolen, Fabricom, har gjort gällande att artiklarna 26 och 32 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 (nedan kallade bestämmelserna i den belgiska lagstiftningen) strider mot gemenskapsrätten,¹² och särskilt mot principen om icke-diskriminering som

11 — Se särskilt dom av den 15 december 1993 i mål C-292/92, Hünermund m.fl. (REG 1993, s. I-6787; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-1677), punkt 48, av den 3 maj 2001 i mål C-28/99, Verdonck m.fl. (REG 2001, s. I-3399), punkt 28, och av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m. fl. (REG 2001, s. I-5409), punkt 48.

12 — Jag vill påpeka att Fabricom har framfört ett klagomål till kommissionen angående nämnda bestämmelser i den belgiska lagstiftningen. Kommissionen har besvarat detta klagomål och meddelat att den inte kan fastställa en överträdelse av gemenskapsrätten.

uttrycks både i direktiven om offentlig upphandling och i rättspraxis i målet *Telaustria och Telefonadress*,¹³ vilken också stöder denna princip. *Fabricom* har nämligen framhållit att principen om icke-diskriminering är tillämplig på alla anbudsgivare, däribland de som har deltagit i den förberedande fasen av upphandlingen. De sistnämnda får uteslutas från att delta i den offentliga upphandlingen endast om det klart och konkret framgår att de, på grund av att de deltagit i förberedelserna, åtnjuter en fördel som kan snedvrída konkurrensen.

19. Enligt *Fabricom* har den obestridliga presumtion som föreskrivs i de omtvistade bestämmelserna en oproportionerlig effekt i förhållande till sitt syfte, vilket är att säkerställa en lojal konkurrens mellan anbudsgivarna. Klaganden i målet vid den nationella domstolen har åberopat domstolens rättspraxis,¹⁴ enligt vilken det strider mot gemenskapsrätten att ett visst anbud rutinmässigt utesluts på grund av ett automatiskt tillämpat kriterium.¹⁵

20. *Fabricom* har stöd av den österrikiska och den finska regeringen, som i sina yttranden har påpekat att uteslutandet av

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

14 — Se särskilt dom av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, *Lombardini och Mantovani* (REG 2001, s. I-9233).

15 — I det förevarande fallet är detta kriterium att en person har deltagit i det förberedande arbetet för anbudsgivaren.

ett företag, i det speciella fall då det har deltagit i det förberedande arbetet, måste föregås av en heltäckande och nyanserad bedömning av typen av förberedande arbete, särskilt tillgången till specifikationen. Företaget skall endast uteslutas om det, på grund av sitt förberedande arbete, har erhållit särskild information angående upphandlingen som har gett företaget en konkurrensfördel.

21. Kommissionen har tvärtom gjort gällande att bestämmelserna i den belgiska lagstiftningen syftar till att undvika en eventuell diskriminering och att den som har deltagit i det förberedande arbetet får en konkurrensfördel vid avgivande av sitt anbud i samma upphandling. Kommissionen har understrukit att det, om den som utför det förberedande arbetet även kunde bli den anbudsgivare som tilldelas kontraktet, skulle finnas en risk för att denne styrde förberedelserna av den offentliga upphandlingen på ett sätt som var förmånligt för honom.

2. Bedömning

22. Domstolen har redan i flera domar fastslagit de principer som i gemenskapsrätten reglerar valet av anbudsgivare vid offentlig upphandling.¹⁶ Som framhållits ovan syftar direktiven om offentlig upphandling, vart och ett inom sitt specifika område,

16 — Se särskilt dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, *Beentjes* (REG 1988, s. 4635), och domen i de ovan nämnda målen *Lombardini och Mantovani*.

till att främja en effektiv konkurrens.¹⁷ Genomförandet och uppfyllandet av detta syfte kan bli effektivt endast om de ekonomiska aktörer som deltar i den offentliga upphandlingen kan göra det på lika villkor, utan tillstymmelse till diskriminering.

23. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer har i de förenade målen Lombardini och Mantovani¹⁸ just klargjort att "[e]tt system som kännetecknas av objektivitet på alla plan, såväl i materiellt som i formellt hänseende, är därför nödvändigt, i fråga om det första hänseendet, genom att objektiva kriterier för deltagande i upphandlingarna och för tilldelning av kontrakt fastställs och, i fråga om det andra, genom att förfaranden med insyn där offentlighet är regeln utformas".

24. Det är ostridigt att direktiven om offentlig upphandling inte innehåller någon uttrycklig bestämmelse som reglerar när någon skall anses vara obehörig att delta i anbuds förfaranden vid offentliga upphandlingar. Direktiven innehåller inte heller någon bestämmelse enligt vilken en person inte får delta i ett anbuds förfarande vid offentlig upphandling, om denne tidigare har deltagit i planeringen av motsvarande upphandling.

25. Det är även ostridigt att vissa allmänna principer, bland andra principen om fri konkurrens, likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering, är tillämpliga vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling. Det är således inte möjligt att diskriminera mellan anbudsgivarna, oavsett vilken fas av förfarandet för tilldelning av kontrakt i en offentlig upphandling det rör sig om.

26. Det måste således prövas huruvida det enligt direktiven om offentlig upphandling och de allmänna gemenskapsrättsliga principerna är tillåtet att utesluta en person som har deltagit i förberedandet av en offentlig upphandling från att avge ett anbud i samma upphandling. I detta syfte kommer jag, i enlighet med domstolens tolkningsmetoder,¹⁹ att undersöka direktivens ordalydelse och systematik samt deras syfte för att kunna ge den hänskjutande domstolen ett svar.

27. I en av de första bestämmelserna i vart och ett av direktiven 92/50,²⁰ 93/36²¹ och 93/37,²² i lydelse enligt direktiv 97/52, samt i direktiv 93/38,²³ i lydelse enligt direktiv 98/4, föreskrivs regeln att de upphandlande

19 — Se särskilt dom av den 23 mars 2000 i mål C-208/98, Berliner Kindl Brauerei (REG 2000, s. I-1741), av den 12 oktober 2000 i mål C-372/98, Cooke (REG 2000, s. I-8683), och av den 29 april 2004 i mål C-341/01, Plato Plastik Robert Frank (REG 2004, s. I-4883).

20 — Se artikel 3.2.

21 — Se artikel 5.7.

22 — Se artikel 6.6.

23 — Se artikel 4.2.

17 — Domen i det ovannämnda målet Fratelli Constanzo.

18 — Se hans förslag till avgörande i det ovannämnda målet, punkt 25.

myndigheterna måste säkerställa att det inte sker någon diskriminering mellan anbudsgivarna.²⁴

28. I tionde skälet i direktiv 97/52 och i trettonde skälet i direktiv 98/4 föreskrivs dessutom en möjlighet för de upphandlande myndigheterna att begära råd vid upprättandet av en offentlig upphandling, under förutsättning att dessa råd inte hindrar konkurrensen.²⁵ Det är intressant att notera att det är fråga om ordalydelsen i fördraget om offentliga upphandlingar inom ramen för WTO.

29. Vad gäller tekniska råd för förberedandet av en offentlig upphandling finns det således, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, ingenting i bestämmelserna i direktiven om offentlig upphandling som hindrar de upphandlande enheterna att begära eller ta emot råd som kan användas för att upprätta specifikationer för ett bestämt upphandlingsförfarande från en person som skulle kunna avge anbud. Ett sådant tillvägagångssätt strider mot gemenskapsrätten endast om det skadar den effektiva konkurrensen.²⁶

24 — De upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika leverantörer, entreprenörer och tjänsteleverantörer.

25 — "Upphandlande myndigheter får begära eller ta emot råd som kan användas för att upprätta specifikationer för ett bestämt upphandlingsförfarande under förutsättning att dessa råd inte hindrar konkurrensen."

26 — Även den österriktiska och den finska regeringen har i sina yttranden intagit denna ståndpunkt.

30. Denna sammanfattning av de bestämmelser i direktivet som gäller principerna som styr förfarandet för tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling leder till följande anmärkningar. Av bokstavstolkningen följer först och främst att de upphandlande myndigheterna genom direktiven tillåts begära olika råd för att förbereda en offentlig upphandling, under förutsättning att de inte skadar konkurrensen. I direktiven föreskrivs dock inte att det skulle vara förbjudet att en person deltar i den förberedande fasen av en offentlig upphandling och att denne sedan avger ett anbud i samma upphandling.

31. Jag skall nu tolka nämnda artiklar i direktiven om offentlig upphandling mot bakgrund av övriga bestämmelser i dessa direktiv, men också mot bakgrund av allmänna gemenskapsrättsliga principer och grundläggande rättigheter. De skall särskilt undersökas mot bakgrund av de bestämmelser i vilka de objektiva kriterierna för deltagande och avgivande av anbud föreskrivs.

32. Även om det i direktiven inte föreskrivs någon möjlighet att, på grund av det berörda förbudet, avvisa en potentiell anbudssökande som har deltagit i förberedelsearbetet, innehåller de däremot den förteckning över kriterier som skall tillämpas vid valet av eventuella kandidater till upphandlingen. Vid införlivandet av direktiven om offentlig upphandling kan medlemsstaterna i förteckningen över kriterier ange andra skäl för att avvisa en kandidatur, under förutsättning att det sker för att uppfylla syftet med direktivet.

33. Hänvisningarna som finns i direktiven om offentlig upphandling, vilka gäller de upphandlande myndigheternas möjlighet att begära eller ta emot råd som kan användas för att upprätta specifikationer för en offentlig upphandling, har inte till syfte att förutbestämma vilka personer som får vara med och konkurrera inom ramen för den offentliga upphandlingen. Jag anser, liksom kommissionen, att syftet med sådana bestämmelser inte är att utvidga möjligheterna att begära eller ta emot råd inom ramen för upprättandet av en offentlig upphandling, utan att undvika att denna åtgärd resulterar i att den lojala konkurrensen skadas. Dessa hänvisningar speglar således en misstro mot den person som både deltar vid upprättandet av en offentlig upphandling och i själva upphandlingen.

34. Vi vet att direktiven gör förfarandena för tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling enhetliga i syfte att säkerställa en effektiv konkurrens på detta område. Som jag har konstaterat vid bokstavstolkningen och den systematiska tolkningen av direktiven täcker dessa inte alla detaljer i förfarandena för tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling, utan ger medlemsstaterna ett visst utrymme vid genomförandet. Domstolen har haft tillfälle att erinra²⁷ om att någon enhetlig och uttömmande gemenskapsrättslig reglering följaktligen inte har erhållits genom direktiven om offentlig upphandling. Domstolen har vidare erinrat om att medlemsstaterna, inom ramen för de gemensamma regler som direktiven innehåller, får behålla eller anta materiella och processuella regler om offentlig upphandling, under

förutsättning att alla relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser respekteras.²⁸

35. I det förevarande fallet begränsas medlemsstaternas frihet således dels av syftena med direktiven om offentlig upphandling, dels av de allmänna gemenskapsrättsliga principerna. Det följer av domstolens rättspraxis att omfattningen av de skyldigheter som åvilar medlemsstaterna i situationer som omfattas av direktivens tillämpningsområde, men där det saknas en särskilt föreskriven skyldighet, kan fastställas av de grundläggande reglerna i EG-fördraget och de allmänna gemenskapsrättsliga principerna. Domstolen har dessutom uttalat att principen om likabehandling, vilken utgör basen för direktiven om tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling, innebär en skyldighet att ge insyn, så att man kan försäkra sig om att principen iakttas.²⁹

36. Vad gäller det berörda förbudet att avge anbud i en offentlig upphandling kan medlemsstaterna eventuellt få föreskriva regler som innebär att de syften som har införts genom direktiven uppnås, eftersom det saknas särskilda bestämmelser i direktiven. Det kan till exempel vara fallet med den omständigheten att det är förbjudet att både delta i förberedelserna av en offentlig upphandling och att avge anbud. Ett sådant

28 — Detta bekräftas av domstolen i domen i det ovannämnda målet *Beentjes*, punkt 20.

29 — Se dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, *Unitron Scandinavia och 3-S* (REG 1999, s. I-8291), punkt 31, domen i det ovannämnda målet *Telaustria och Telefonadress*, punkt 61, och beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, *Vestergaard* (REG 2001, s. I-9505).

27 — Dom av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86–29/86, *CEI m.fl.* (REG 1987, s. 3347), punkt 15.

uteslutande syftar nämligen till att värna om huvudsyftet som är en effektiv konkurrens. Men säkerställs principen om icke-diskriminering, som även den föreskrivs i direktivet, av en sådan regel? Den regel som har införts innebär nämligen att vissa anbudsgivare utesluts.

37. I domen i målet kommissionen mot Danmark³⁰ uttalade domstolen att skyldigheten att respektera principen om likabehandling är central i direktiven om offentlig upphandling. Den likabehandling som skall gälla vid offentlig upphandling innebär därför att de som önskar bli tilldelade ett kontrakt vid en offentlig upphandling på förhand skall veta vad de skall göra, eller tvärtom inte göra. Om deltagande i förberedelsearbetet med en offentlig upphandling just innebär att den som deltar och som också önskar avge anbud i samma upphandling utesluts, måste alla potentiella anbudsgivare ha kännedom om dessa konsekvenser och fritt kunna välja att antingen delta i den förberedande fasen eller att avge anbud i en viss offentlig upphandling.³¹

38. Hänsyn måste således tas både till att en effektiv konkurrens skall säkerställas och att principen om likabehandling av anbudsgi-

varna skall iakttas. Enligt fast rättspraxis får huvudsyftet med gemenskapsrätten inte äventyras. I det förevarande fallet måste det undersökas om direktivens huvudsyfte säkerställs genom en lagstiftning som den ifrågasatta, och om så är fallet, huruvida den strider mot principen om likabehandling som är knuten till direktivens tillämpning. Frågan uppkommer därför om det i den nationella lagstiftningen föreskrivs vad som är nödvändigt för att säkerställa att direktivens syfte genomförs på ett korrekt och proportionellt sätt.

39. Jag anser liksom kommissionen³² att det omtvistade förbudet, med syfte att förhindra intressekonflikter, effektivt bidrar till en lojal konkurrens mellan potentiella anbudsgivare och förhindrar att de upphandlande myndigheterna diskriminerar mellan dessa. En sådan bestämmelse verkar vara ett lämpligt sätt att uppnå det syfte som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling.

40. Det är lämpligt att slutligen undersöka om nämnda förbud är proportionellt i förhållande till syftet med direktiven. Jag anser att så är fallet.

41. Det skall först och främst upprepas att alla fritt kan välja om de vill delta i den

30 — Se dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353; svensk specialutgåva, volym 14, s. 229), punkt 33.

31 — Av principen om insyn, som också finns i direktiven om offentlig upphandling, följer en skyldighet att offentliggöra för de upphandlande myndigheterna gentemot anbudsgivarna, så att dessa har kännedom om de regler som gäller för att delta i den offentliga upphandlingen.

32 — Se yttrandet, punkt 27.

förberedande fasen av en offentlig upphandling eller om de vill avge anbud i den. Beroende på vilka intressen som är i fråga görs ett val att delta i den ena eller den andra fasen av en offentlig upphandling. Jag vill också understryka att det berörda förbudet är begränsat till den ifrågavarande upphandlingen.

42. Syftet med det berörda förbudet är att undvika att det uppstår en situation där konkurrensen snedvrids på grund av att en anbudsgivare har viss information till följd av sitt deltagande i förberedandet av upphandlingen. Det är nämligen praktiskt taget omöjligt att tänka sig ett tillvägagångssätt som gör det möjligt att säkerställa att en person inte drar nytta av den information och den erfarenhet som har förvärvats under den förberedande fasen, för det fall samma person också skulle avge ett anbud. De kunskaper som har förvärvats är till största delen subjektiva och svåra att identifiera, ibland till och med för personen i fråga.³³

43. I rättssäkerhetens intresse, och i synnerhet för att tillgodose kravet på insyn som är grundprincipen i direktiven om offentlig upphandling, skall således varje möjlighet till privilegierad ställning som snedvrider konkurrensen förhindras.

44. I detta avseende är en åtgärd som inför ett sådant förbud, som det i den belgiska lagstiftningen, förenlig med de allmänna gemenskapsrättsliga principerna och motsvarar ett syfte av allmänt intresse.³⁴

45. Genom den andra frågan har den hänskjutande domstolen frågat domstolen om svaret blir annorlunda för det fall direktiven om offentlig upphandling skall tolkas på så sätt att endast privaträttsliga personer, som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling av objektet för en offentlig upphandling, eller personer som utfört dessa prestationer mot ersättning förbjuds att avge anbud i upphandlingen.

46. Liksom alla intervenienter som har uttalat sig i denna fråga vid domstolen anser jag att det inte finns något som motiverar att privata företag eller företag som har utfört prestationer mot ersättning skall behandlas på ett diskriminerande sätt i förhållande till offentliga företag med vilka de konkurrerar i samma offentliga upphandling. I domstolens rättspraxis har tidigare fastställts att gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling skall tillämpas på samma sätt, oavsett om ett kontrakt vid en offentlig upphandling tilldelas en privaträttslig person

33 — Det är nämligen ofta omedvetet som en person drar nytta av den kunskap och den information som förvärvats vid deltagandet i det förberedande arbetet. Huruvida personen är i god eller ond tro kan inte ha någon inverkan på vilken fördel denne får i förhållande till övriga anbudsgivare.

34 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 1994 i mål C-280/93, Tyskland mot rådet (REG 1994, s. I-4973; svensk specialutgåva, volym 16, s. 171).

eller en person genom vilken offentliga myndigheter deltar.³⁵ Jag anser att det samma skall gälla för det berörda förbudet.

47. Innehållet i direktivet om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten, jämfört med proportionalitetsprincipen, rätten att fritt bedriva handel och industriverksamhet och skyddet för äganderätten, utgör inte hinder för en nationell regel enligt vilken en person, som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, systematiskt fräntas möjligheten att ansöka om att få delta i eller avge ett anbud avseende denna upphandling. Det saknar betydelse huruvida det är en privaträttslig eller offentligrättslig person som har deltagit i förberedelsearbetet.

B — Den tredje frågan: tidpunkten för uteslutande av det anbudsgivande företag som är anknutet till den person som har deltagit i förberedelsearbetet

48. Genom sin sista fråga har Conseil d'État frågat domstolen om rättsmedelsdirektivet³⁶ utgör hinder för att den upphandlande

myndigheten eller enheten, fram till dess att förfarandet för bedömning av anbud avslutats, kan hindra ett företag som är anknutet till en person, som har ansvarat för forskning och experiment inom ramen för det förberedande arbetet med en offentlig upphandling, från att delta i upphandlingsförfarandet eller avge ett anbud trots att detta företag efter förfrågan av den upphandlande myndigheten har hävdatt att det inte åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrída de normala konkurrensvillkoren.

49. Parterna är överens om att rättsmedelsdirektivet utgör hinder för att den upphandlande myndigheten, fram till dess att förfarandet för bedömning av anbud avslutats, kan hindra ett företag från att delta i upphandlingsförfarandet trots att detta företag efter förfrågan har hävdatt att det inte åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrída de normala konkurrensvillkoren. Jag delar denna uppfattning.

50. I de aktuella bestämmelserna i den nationella lagstiftningen föreskrivs som redan har nämnts att varje företag, som är anknutet till en person som har ansvarat för förberedande arbete inom ramen för en viss offentlig upphandling, kan bryta presumtionen att det skulle ha en konkurrensfördel genom att tillhandahålla information som visar att det bestämmande inflytandet inte har någon betydelse för upphandlingen. För den upphandlande myndigheten gäller dock ingen tidsfrist och den kan närsomhelst, och således fram till slutet av upphandlingsförfarandet, utesluta ett företag på grund av en

35 — Se särskilt dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121).

36 — Jag erinrar om att det gäller direktiv 89/665 som har nämnts under tillämpliga bestämmelser i detta förslag till avgörande.

oberättigad fördel som det antas åtnjuta, till följd av att utvärderingen av företagets rättfärdigande leder till att den anses som otillräcklig.³⁷

sökanden då endast kan erhålla skadestånd. Bestämmelserna i den belgiska lagstiftningen äventyrar därför rättsmedelsdirektivets ändamålsenliga verkan genom att tillåta detta.

51. Detta gör det omöjligt för det anknutna företaget att vid behov, innan tilldelningen av kontraktet i upphandlingen, få det fastslaget av domstol att en presumtion för uteslutande, som innebär en minskning av konkurrensen, inte kan tillämpas i det aktuella fallet. Det följer emellertid av rättsmedelsdirektivet och domstolens praxis att medlemsstaterna måste säkerställa rättsmedel som gör det möjligt att uppskjuta förfarandet eller den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut.³⁸ Av detta följer att beslutet om uteslutning av det anknutna företaget måste meddelas före beslutet om tilldelning av kontraktet i den offentliga upphandlingen. Tidsrymden mellan besluten måste vara tillräcklig för att ge nämnda företag möjlighet att väcka talan och få beslutet om uteslutning ogiltigförklarat, om företaget anser det lämpligt och förutsättningarna för det är uppfyllda.

53. Av denna anledning anser jag att rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten utgör hinder för en nationell regel som tillåter att den upphandlande enheten, fram till dess att förfarandet för bedömning av anbud avslutats, hindrar ett företag som är anknutet till en person som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling avseende bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster från att delta i upphandlingsförfarandet eller avge ett anbud trots att detta företag har hävdats att det inte åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrída de normala konkurrensvillkoren.

52. Beslutet att utesluta ett anknutet företag som skulle vilja avge anbud kan således fattas fram till dess att förfarandet för bedömning av anbud avslutats. Detta innebär att en talan kan väckas först på ett stadium då överträdelserna inte längre kan rättas till, eftersom kontraktet i den offentliga upphandlingen under tiden har tilldelats och

54. De argument som har utvecklats inom ramen för frågorna i mål C-34/03 kan enligt min mening överföras till de identiska frågorna i mål C-21/03, vilket gäller direktivet om offentlig upphandling inom vissa specifika sektorer som vatten, energi, transporter och telekommunikationer.

37 — I värsta fall kan företaget få reda på att det har uteslutits samtidigt som den, vars anbud har antagits, meddelas om detta.

38 — Se särskilt dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671).

IV — Förslag till avgörande

55. Jag föreslår därför att domstolen skall besvara den första och den andra frågan från den hänskjutande domstolen enligt följande:

- 1) 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, och Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 om ändring av direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, jämförda med proportionalitetsprincipen, rätten att fritt bedriva handel och industriverksamhet och skyddet för äganderätten, utgör inte hinder för en nationell regel enligt vilken en person, som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, systematiskt fräntas möjligheten att ansöka om att få delta i eller avge ett anbud avseende denna upphandling. Det saknar betydelse huruvida det är en privaträttslig eller en offentligrättslig person som har deltagit i förberedelsearbetet.

- 2) 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, och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, utgör hinder för en nationell regel som tillåter att den upphandlande enheten, fram till dess att förfarandet för bedömning av anbuderna avslutats, hindrar ett företag som är anknutet till en person, som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling avseende bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, från att delta i upphandlingsförfarandet eller avge ett anbud trots att detta företag har hävdats att det inte åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrída de normala konkurrensvillkoren.