

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 16 september 1999 *

I mål C-27/98,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget (numera artikel 234 EG), från Bundesvergabeamt (Österrike), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

**Metalmeccanica Fracasso SpA,
Leitschutz Handels- und Montage GmbH**

och

**Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche
Angelegenheiten,**

angående tolkningen av artikel 18.1 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 328, s. 1),

meddelar

* Rättegångsspråk: tyska.

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P.J.G. Kapteyn (referent) samt domarna J.L. Murray och H. Ragnemalm,

generaladvokat: A. Saggio,

justitiesekreterare: avdelningsdirektören H.A. Rühl,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- Metalmeccanica Fracasso SpA och Leitschutz Handels- und Montage GmbH, genom advokaten Andreas Schmid, Wien,
- Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, genom rådgivaren Kurt Klima, Finanzprokuratur Wien, i egenskap av ombud,
- Österrikes regering, genom Wolf Okressek, sektionschef, regeringskansliet, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom juridiske rådgivaren Hendrik van Lier, i egenskap av ombud, biträdd av advokaten Bertrand Wägenbaur, Bryssel,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 28 januari 1999 av: Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, företrädd av Kurt Klima, Österrikes regering, företrädd av

Michael Fruhmann, regeringskansliet, i egenskap av ombud, Frankrikes regering, företräd av Anne Bréville-Viéville, chargé de mission, utrikesministeriets rättsavdelning, i egenskap av ombud, och kommissionen, företräd av Hendrik van Lier, biträdd av advokaten Bertrand Wägenbaur,

och efter att den 25 mars 1999 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Bundesvergabeamt har genom beslut av den 27 januari 1998 i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget (numera artikel 234 EG) ställt en fråga om tolkningen av artikel 18.1 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 328, s. 1).
- 2 Frågan har uppkommit i en tvist mellan bolagen Metalmeccanica Fracasso SpA och Leitschutz Handels- und Montage GmbH (nedan kallade Fracasso och Leitschutz), å ena sidan, och Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten (nedan kallat Amt), å andra sidan, på grund av att Amt hade återkallat ett meddelande om upphandling för ett kontrakt avseende bygg- och anläggningsarbeten som Fracasso och Leitschutz hade givit ett anbud på.

Tillämpliga bestämmelser

- 3 Genom direktiv 93/37 kodifierades rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5). Artikel 18.1 i direktiv 93/37, i dess lydelse enligt direktiv 97/52 (nedan kallat direktiv 93/37), har följande lydelse:

”Kontrakt skall tilldelas med utgångspunkt i de kriterier som fastställs i kapitel 3 i denna avdelning med hänsyn till artikel 19, efter det att de upphandlande myndigheterna kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte skall uteslutas enligt artikel 24 i enlighet med kriterierna i artiklarna 26—29 för ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk förmåga.”

- 4 Enligt 56 § första stycket i Bundesvergabegesetz (förbundslag om offentlig upphandling, nedan kallad BVerG) avslutas upphandlingsförfarandet genom att ett avtal ingås (tilldelning) eller genom att anbudsinfordran återkallas. I BVerG föreskrivs inte något annat sätt genom vilket upphandlingsförfarandet kan avslutas.

- 5 I 52 § första stycket BVerG föreskrivs följande:

”(1) Innan ett anbud väljs för tilldelning av kontraktet, skall den upphandlande myndigheten på grundval av prövningen välja bort följande anbud:

1. Anbud från anbudsgivare som saknar tillstånd, ekonomisk, finansiell eller teknisk förmåga eller nödvändig trovärdighet.

2. Anbud från anbudsgivare som är uteslutna från anbudsgivningen enligt artikel 16 § tredje stycket eller 16 § fjärde stycket.

3. Anbud vars totala pris inte har satts på ett trovärdigt sätt.

...”

6 I 52 § andra stycket BVerG föreskrivs följande:

”Anbudsinfördran kan återkallas om det efter att anbud valts bort enligt 52 § endast kvarstår ett anbud.”

7 I 16 § femte stycket BVerG klargörs följande:

”Ett anbudsförfarande skall endast genomföras om det verkligen kan förväntas att kontraktet kommer att tilldelas.”

Twisten i målet vid den nationella domstolen

- 8 Under våren 1996 publicerade Amt en anbudsinfordran avseende beläggningsarbeten, däribland installering av ett skyddsräcke i betong på mittremsan längs en del av Westautobahn A1. Kontraktet tilldelades bolaget ARGE Betondecke-Salzburg West.
- 9 I november 1996 beslutade Amt av tekniska skäl att mittremsan på den ovannämnda motorvägssträckan skulle utrustas med ett skyddsräcke av stål och inte av betong, vilket hade angivits i anbudsinfordran. Amt publicerade därvid en ny anbudsinfordran enligt ett öppet förfarande avseende installeringen av ett skyddsräcke av stål för mittremsan. Tilldelningsförfarandet inleddes i april 1997.
- 10 Fyra bolag eller bolagssammanslutningar inkom med anbud, däribland den sammanslutning som utgjordes av Fracasso och Leitschutz.
- 11 Efter att Amt granskat samtliga anbud och valt bort tre andra anbudsgivares anbud enligt 52 § första stycket BVerG kvarstod endast anbudet från Fracasso och Leitschutz.
- 12 Amt beslutade till slut att inte uppföra skyddsräcket på mittremsan i stål utan i betong, och att återkalla den relevanta anbudsinfordran i enlighet med 55 § andra stycket BVerG. Amt informerade Fracasso och Leitschutz om dessa båda beslut genom en skrivelse.
- 13 Fracasso och Leitschutz begärde att Bundes-Vergabekontrollkommission (den federala kommissionen för kontroll av upphandling) enligt 109 § första stycket första punkten BVerG skulle genomföra ett förlikningsförfarande för att klargöra

om Amts beslut att återkalla anbudsinfordran samt dess avsikt att publicera en ny anbudsinfordran avseende skyddsräcket var förenligt med bestämmelserna i BVerG.

- 14 Den 19 augusti 1997 träffade parterna en överenskommelse i godo avseende en ny anbudsinfordran som förlikningsmannen föreslagit, och som avsåg uppförande av ett skyddsräcke av stål längs motorvägens sidor. Detta kontrakt skulle bli föremål för ett selektivt förfarande vilket i princip skulle omfatta samtliga anbudsgivare som hade deltagit i det återkallade anbuds förfarandet.
- 15 Fracasso och Leitschutz begärde då att Bundes-Vergabekontrollkommission skulle komplettera förlikningsförfarandet och gjorde gällande att tvisten avseende lagenligheten av återkallandet av anbudsinfordran av ett skyddsräcke på mittremsan inte hade bilagts.
- 16 Eftersom Bundes-Vergabekontrollkommission förklarade sig obehörig väckte Fracasso och Leitschutz talan vid Bundesvergabeamt om ogiltigförklaring av Amts beslut att återkalla anbudsinfordran.
- 17 Bundesvergabeamt, som var tveksam om huruvida 55 § andra stycket BVerG var förenlig med artikel 18.1 i direktiv 93/37, beslutade att vilandeförklara målet och att ställa domstolen följande tolkningsfråga:

”Skall artikel 18.1 i direktiv 93/37/EEG, enligt vilken kontrakt skall tilldelas med utgångspunkt i de kriterier som fastställs i kapitel 3 i denna avdelning med hänsyn till artikel 19, efter det att de upphandlande myndigheterna kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte skall uteslutas enligt artikel 24 till följd av kriterierna i artiklarna 26—29 för ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk förmåga, tolkas på så sätt att den upphandlande myndigheten är skyldig att godta ett anbud, även om detta är det enda anbud som återstår? Har

artikel 18.1 i direktiv 93/37/EEG en så konkret och precis innebörd att en enskild kvarvarande anbudsgivare i ett upphandlingsförfarande enligt inhemsk rätt kan åberopa nämnda bestämmelse och göra gällande att denna bestämmelse som del av gemenskapsrätten har företräde framför inhemsk rätt?”

Den första delen av frågan

- 18 Den hänskjutande domstolen har ställt den första delen av frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 93/37 skall tolkas så, att den upphandlande myndighet som har inlett ett anbuds-förfarande är skyldig att tilldela kontraktet till den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet.
- 19 Enligt Fracasso och Leitschutz framgår det av artiklarna 7, 8, 18 och 30 i direktiv 93/37, såsom sökandena anser att domstolen har tolkat artiklarna i fråga, att den upphandlande myndighetens befogenhet att avstå från att tilldela ett offentligt upphandlingskontrakt eller att börja om ett förfarande måste inskränkas till undantagsfall och inte kan utövas annat än av allvarliga skäl.
- 20 Amt, den österrikiska och den franska regeringen samt kommissionen har däremot huvudsakligen gjort gällande att direktiv 93/37 inte förbjuder den upphandlande myndigheten att inte fullfölja ett anbuds-förfarande.
- 21 Det är ostridigt att direktiv 93/37 inte innehåller någon bestämmelse som uttryckligen ålägger den upphandlande myndighet som har inlett ett anbuds-förfarande att tilldela det aktuella kontraktet den ende anbudsgivare som har ansetts lämpad att delta i förfarandet.

- 22 Trots att det inte finns någon sådan bestämmelse, är det nödvändigt att kontrollera om den upphandlande myndigheten enligt direktiv 93/37 är skyldig att slutföra ett förfarande avseende offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.
- 23 Vad beträffar de bestämmelser i direktiv 93/37 som Fracasso och Leitschutz har åberopat skall för det första påpekas att det i artikel 8.2 i direktiv 93/37, enligt vilken de upphandlande myndigheterna åläggs att så snart som möjligt underrätta de anbudssökande och anbudsgivarna om skälen till att de har beslutat att avstå från en upphandling för vilken anbud begärts eller att upprepa förfarandet, inte föreskrivs att en sådan återkallelse skall begränsas till undantagsfall eller nödvändigtvis skall grundas på allvarliga skäl.
- 24 Vad beträffar artiklarna 7, 18 och 30 i direktiv 93/37, vilka syftar till att reglera förfarandena för tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt avseende bygg- och anläggningsarbeten samt till att ange tillämpliga kriterier för tilldelningen, är det tillräckligt att konstatera att det av dessa bestämmelser inte följer någon skyldighet att genomföra upphandlingen, om bara ett bolag har den lämplighet som krävs.
- 25 Därav följer att den upphandlande myndighetens befogenhet, att avstå från en upphandling för vilken anbud begärts eller att upprepa förfarandet, vilken implicit medges enligt direktiv 93/37, inte förutsätter att det föreligger allvarliga omständigheter eller undantagsfall.
- 26 För det andra skall erinras om att enligt tionde övervägandet i direktiv 93/37 avser detta att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling (se även, i fråga om direktiv 71/305, dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkt 21).
- 27 Det skall i detta avseende påpekas, som kommissionen med rätta har gjort, att artikel 22.2 i direktiv 93/37 uttryckligen har detta syfte, när det i sagda

bestämmelse föreskrivs att då de upphandlande myndigheterna genomför en upphandling enligt ett selektivt förfarande skall under alla omständigheter antalet kandidater som tillåts lämna ett anbud vara tillräckligt för att garantera en verklig konkurrens.

- 28 Dessutom föreskrivs i artikel 22.3 i direktiv 93/37 att då de upphandlande myndigheterna genomför en upphandling enligt ett förhandlat förfarande i de fall som avses i artikel 7.2 i samma direktiv, får det antal kandidater som tillåts delta i förhandlingen inte understiga tre, i den mån det finns ett tillräckligt antal lämpade kandidater.
- 29 Det skall även påpekas att det i artikel 18.1 i direktiv 93/37 föreskrivs att kontraktet skall tilldelas på grundval av de kriterier som föreskrivs i avdelning IV, kapitel 3, i direktivet.
- 30 Bland bestämmelserna i sagda kapitel 3 finns artikel 30, i vars första punkt föreskrivs vilka kriterier den upphandlande myndigheten skall beakta för att tilldela kontrakten, nämligen antingen enbart det lägsta priset eller, om tilldelningen sker till det ekonomiskt sett förmånligaste anbudet, olika varierande kriterier beroende på marknaden i fråga, exempelvis priset, genomförandetiden, användningskostnaderna, lönsamheten eller det tekniska värdet.
- 31 Därav följer att direktiv 93/37, för att uppfylla syftet att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling, avser att organisera tilldelningen av kontrakt på sådant sätt att den upphandlande myndigheten kan jämföra olika anbud och välja det förmånligaste på grundval av objektiva kriterier såsom de som anges som exempel i artikel 30.1 (se i det avseendet, i fråga om direktiv 71/305, domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 27).

- 32 När det vid utgången av ett av de förfaranden avseende offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten som definieras i direktiv 93/37 endast kvarstår ett anbud, kan den upphandlande myndigheten inte jämföra priser eller andra kännetecken hos olika anbud för att tilldela kontraktet i enlighet med de kriterier som avses i avdelning IV, kapitel 3, i direktiv 93/37.
- 33 Av det ovanstående framgår att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tilldela kontraktet den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet.
- 34 Svaret på den första delen av frågan blir således följande. Artikel 18.1 i direktiv 93/37 skall tolkas så, att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tilldela kontraktet den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet.

Den andra delen av frågan

- 35 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra delen av frågan för att få klarhet i huruvida enskilda kan åberopa artikel 18.1 i direktiv 93/37 vid nationella domstolar.
- 36 Det är i det avseendet tillräckligt att konstatera att eftersom inga särskilda genomförandeåtgärder är nödvändiga för att uppfylla de krav som anges i artikel 18.1 i direktiv 93/37, är de skyldigheter som följer av detta för medlemsstaterna ovillkorliga och tillräckligt precisa (se i det avseendet, i fråga om artikel 20 i direktiv 71/305 som i stort sett motsvarar artikel 18.1 i direktiv 93/37, domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 43).

- 37 Svaret på den andra delen av frågan blir således följande. Enskilda kan åberopa artikel 18.1 i direktiv 93/37 vid nationella domstolar.

Rättegångskostnader

- 38 De kostnader som har förorsakats den österrikiska och den franska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

— angående den fråga som genom beslut av den 27 januari 1998 har ställts av Bundesvergabeamt — följande dom:

- 1) Artikel 18.1 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt 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 skall tolkas så, att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tilldela kontraktet den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet.

- 2) Enskilda kan åberopa artikel 18.1 i direktiv 93/37, i dess lydelse enligt direktiv 97/52, vid nationella domstolar.

Kapteyn

Murray

Ragnemalm

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 16 september 1999.

R. Grass

Justitiesekreterare

P.J.G. Kapteyn

Ordförande på fjärde avdelningen