

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΤΡΟΠΟΛΟΓΙΑ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SODNÝ DVOR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESKABERS DOMSTOLEN
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CŪRĪTĪBĪRĪTĪBŪNAS NĀGOMĪPHĪOBĀLĪFORPACĪ
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EUROPAESKI GEMEINSKAPERNAS DOMSTOLEN



LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-GUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEI
HOFF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SŮDNY DVOR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTIISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMEINSKAPERNAS DOMSTOLEN

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 15 oktober 2009 *

”Förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader – Upphandling som inlets efter det att direktiv 2004/18/EG trätt i kraft och innan fristen för att införliva detsamma gått ut – Förhandlade förfaranden med publicering av meddelande om upphandling – Skyldighet att bjuda in ett minsta antal lämpliga anbudssökande – Skyldighet att garantera verklig konkurrens”

I mål C-138/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Fővárosi Ítéltábla (Ungern) genom beslut av den 13 februari 2008, som inkom till domstolen den 7 april 2008, i målet

Hochtief AG,

Linde-Kca-Dresden GmbH

mot

Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság,

ytterligare deltagare i rättegången:

Budapest Főváros Önkormányzata,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av K. Lenaerts, ordförande på tredje avdelningen, tillika tillförordnad ordförande på fjärde avdelningen, samt domarna R. Silva de Lapuerta (referent), E. Juhász, G. Arestis och T. von Danwitz,

generaladvokat: P. Mengozzi,

* Rättegångsspråk: ungerska.



justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 12 mars 2009,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH, genom A. László och E. Kiss, ügyvédek,
- Budapest Főváros Önkormányzata, genom J. Molnár och G. Birkás, ügyvédek,
- Ungerns regering, genom J. Fazekas, R. Somssich, K. Borvölgyi och K. Mocsári-Gál, samtliga i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek, i egenskap av ombud,
- Italiens regering, genom I. Bruni, i egenskap av ombud, biträdd av S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom D. Kukovec, A. Sipos, B. Simon och M. Konstantinidis, samtliga 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 22 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). Begäran om förhandsavgörande avser även de övergångsvisa rättsförhållanden som föreligger mellan nämnda direktiv och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH och å andra sidan Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság (överprövningsnämnd vid rådet för offentlig upphandling, nedan kallad KTKD). Målet rör ett förhandlat förfarande inom ramen för en offentlig upphandling där ett meddelande om upphandling publicerats.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

3 Artikel 1 i direktiv 93/37 har följande lydelse:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

- g) *förhandlat förfarande*: inhemskt förfarande, varvid de upphandlande myndigheterna tillfrågar vissa utvalda entreprenörer och förhandlar kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.
- h) *anbudsgivare*: entreprenör som lämnar anbud; *anbudssökande*: entreprenör som ansöker om att få lämna anbud vid selektivt och förhandlat förfarande.”

4 Artikel 7.2 i direktiv 93/37 har följande lydelse:

”De upphandlande myndigheterna får upphandla offentliga bygg- och anläggningsarbeten i förhandlat förfarande efter publicering av meddelande om upphandling och efter urval av anbudssökande i enlighet med offentliggjorda kvalitativa kriterier i följande fall:

- a) Då lämnade anbud i öppet eller selektivt förfarande ej är godtagbara, eller om anbuden är oacceptabla med hänsyn till nationella bestämmelser motsvarande dem i avdelning IV, under förutsättning att de ursprungliga kontraktsvillkoren inte väsentligt ändras. I dessa fall skall de upphandlande myndigheterna inte publicera ett meddelande om upphandling, som i det förhandlade förfarandet omfattar alla företag som uppfyller kraven i artiklarna 24–29 och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande har lämnat in anbud som motsvarar de formella kraven i anbudsförfarandet.
- b) Då de ifrågavarande arbetena enbart utförs för att tjäna forskning, experiment eller utveckling och inte för att uppnå kommersiell lönsamhet eller täcka forsknings- och utvecklingskostnader.
- c) I undantagsfall då arbetenas art eller därmed förknippade risker inte tillåter en uppskattning av totalvärdet i förväg.”

5 Artikel 18.1 i direktiv 93/37 har följande lydelse:

”Anbud skall prövas med utgångspunkt i de kriterier som fastställs i kapitel 3 av denna avdelning med hänsyn till artikel 19, efter det att de tilldelande myndigheterna kontrollerat lämpligheten hos de anbudsgivare, som inte skall uteslutas enligt artikel 24 till följd av kriterierna i artiklarna 26–29 för ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk kunskap eller förmåga.”

6 I artikel 22 i direktivet föreskrivs följande:

”1. Vid selektivt och förhandlat förfarande skall de upphandlande myndigheterna på grundval av de uppgifter som lämnats beträffande entreprenörens personliga ställning och av information som krävs för bedömningen huruvida anbudssökande uppfyller de ekonomiska och tekniska minimikraven välja ut dem, som de önskar uppmana till anbudslämnande eller till förhandlingar, förutsatt att de fyller kraven i artiklarna 24–29.

2. Då de upphandlande myndigheterna upphandlar genom selektivt förfarande, får de ange hur många som ungefärligen kommer att uppmanas till anbudslämnande. I så fall skall uppgiften finnas i meddelandet om upphandling. Antalet skall bestämmas mot bakgrund av entreprenadarbetets art. Antalet måste vara minst 5 och får uppgå till 20.

I alla händelser måste antalet uppmanade sökande vara tillräckligt stort för att garantera verklig konkurrens.

3. Då de upphandlande myndigheterna upphandlar genom förhandlat förfarande enligt artikel 7.2, får antalet entreprenörer som inbjuds till förhandling inte vara mindre än tre, förutsatt att tillräckligt många lämpliga sökande finns att tillgå.

4. Varje medlemsstat skall se till att de upphandlande myndigheterna ger uppmaningar att lämna anbud utan diskriminering till kvalificerade entreprenörer i andra medlemsstater som uppfyller de nödvändiga kraven på samma villkor som till inhemska entreprenörer.”

7 Artikel 80.1 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Medlemsstaterna skall sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 31 januari 2006. De skall genast underrätta kommissionen om detta.

...”

8 Artikel 82 i direktivet, med rubriken ”[u]pphävande”, har följande lydelse:

”Direktiv 92/50/EEG, med undantag av artikel 41, samt direktiven 93/36/EEG och 93/37/EEG skall upphöra att gälla med verkan från och med den dag som anges i artikel 80 utan att detta påverkar medlemsstaternas skyldigheter när det gäller fristerna för överföring och tillämpning enligt bilaga XI.

Hänvisningar till de upphävda direktiven skall anses som hänvisningar till detta direktiv och skall läsas enligt jämförelsetabellen i bilaga XII.”

9 Direktiv 2004/18 trädde i kraft den 30 april 2004.

Den nationella rätten

- 10 Direktiv 93/37 införlivades med ungersk rätt genom 2003 års lag CXXIX om offentlig upphandling (a közbeszerzésekről szóló 2003 évi CXXIX. törvény, *Magyar Közlöny* 2003/157) (nedan kallad Kbt).
- 11 Artikel 130.1, 130.2 och 130.7 Kbt, som är tillämplig på förhandlade förfaranden där meddelande om upphandling publiceras, har följande lydelse:
- ”1) Den upphandlande myndigheten fastställer i detta förfarande antalet anbudsgivare, eller ett lägsta och ett högsta antal, och utfärdar en anbudsinfordran till ett antal anbudssökande som är lämpliga och som inkommer med giltig ansökan. Antalet sökanden kan uppgå till den övre gränsen, eller ska i vart fall uppgå till ett tillräckligt antal.
- 2) Nämnda minsta antal deltagare eller nämnda lägre gräns får inte vara lägre än tre. Nämnda antal eller lägre gränser måste överensstämma med avtalets karaktär och måste under alla förhållanden garantera en verklig konkurrens.
- ...
- 7) Den upphandlande myndigheten ska personligen, direkt och skriftligen bjuda in samtliga utvalda anbudssökande som ryms inom fastställt antal eller övre respektive nedre gränser – på grundval av den finansiella och ekonomiska förmågan, samt uppfyllandet av de tekniska och yrkesmässiga kraven – så att de kan lämna sina anbud förutsatt att det finns ett tillräckligt antal lämpliga sökande. Om den upphandlande myndigheten inte specificerat nämnda antal eller nämnda övre eller nedre gränser ska den bjuda in samtliga lämpliga anbudssökande att lämna anbud. De som bjuds in att lämna anbud får inte ge in ett gemensamt anbud.”
- 12 Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, hade direktiv 2004/18 ännu inte införlivats med ungersk rätt.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 13 Tvisten vid den nationella domstolen rör ett förhandlat förfarande inom ramen för en offentlig upphandling av byggentreprenader. Det upphandlade beloppet överstiger gemenskapströskelvärdet. Parter i målet är å ena sidan två bolag som är etablerade i Tyskland, nämligen Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH, och å andra sidan KTKD. Budapest Főváros Önkormányzata (kommunstyrelsen i Budapest), som var den upphandlande myndigheten, har intervenerat i målet till stöd för KTKD.
- 14 Budapest Főváros Önkormányzata lät den 5 februari 2005 i *Europeiska unionens officiella tidning* publicera ett meddelande där entreprenörer ombads att inkomma

med intresseanmälningar rörande den offentliga upphandling som är föremål för tvist vid den nationella domstolen. Mellan tre och fem anbudssökande skulle kunna komma att uppmanas till anbudslämnande.

- 15 När anmälningstiden gick ut hade fem anbudssökanden anmält sig. En av dessa var det konsortium som bildats av Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH. Med beaktande av inkomna ansökningar beslutade Budapest Főváros Önkormányzata att inte pröva den ansökan som getts in av nämnda konsortium på grund av ”oförenlighet”. Budapest Főváros Önkormányzata beslutade vidare att fortsätta handläggningen av förfarandet med de två anbudssökande som bedömts vara ”lämpliga”, och skickade ut en anbudsinfordran till dessa.
- 16 Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH överklagade det beslut som meddelats av Budapest Főváros Önkormányzata till KTKD. De gjorde därvid bland annat gällande att enligt artikel 130 Kbt var det inte möjligt att fortsätta handläggningen i och med att antalet lämpliga anbudssökande inte hade uppnått det föreskrivna minimiantalet. KTKD avslog överklagandet.
- 17 Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH överklagade därefter KTKD:s beslut till domstol. De återopade därvid bland annat artikel 22.2 och 22.3 i direktiv 93/37. Domstolen i första instans avslog överklagandet. Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH överklagade därför till Fővárosi Ítéltábla.
- 18 Mot denna bakgrund beslutade Fővárosi Ítéltábla att vilandeförklara målet och hänskjuta följande tolkningsfrågor till EG-domstolen:
 - ”1) Är artikel 44.3 i direktiv 2004/18..., vilken ersatte artikel 22 i direktiv 93/37..., tillämplig om ett förfarande för offentlig upphandling inletts vid en tidpunkt då, trots att direktiv 2004/18... redan hade trätt i kraft, den frist som beviljats medlemsstaterna för att införliva direktivet ännu inte hade löpt ut, varför direktivet ännu inte hade integrerats med den nationella rättsordningen?
 - 2) Om den första frågan besvaras jakande ställs följande fråga: Ska begränsningen av antalet lämpliga anbudssökande i samband med förhandlade förfaranden med offentliggörande av ett meddelande om upphandling – med hänsyn till att det i artikel 44.3 i direktiv 2004/18... stadgas att '[u]nder alla omständigheter skall antalet anbudssökande vara tillräckligt stort för att verklig konkurrens skall kunna garanteras' – tolkas så, att det – i fråga om förhandlat förfarande med offentliggörande av ett meddelande om upphandling – i det andra steget, som avser kontraktstildelning, alltid måste finnas ett lägsta antal anbudssökande (tre)?
 - 3) Om den första frågan besvaras nekande ställs följande fråga: Ska rekvisitet 'tillräckligt många lämpliga anbudssökande finns att tillgå' enligt artikel 22.3 i direktiv 93/37 ... tolkas så, att om det lägsta antalet lämpliga

anbudssökande (tre) inte uppnås så får förfarandet inte fortsätta till en anbudsinfordran?

- 4) För det fall domstolen besvarar den tredje frågan nekande ställs följande fråga: Är artikel 22.2 andra stycket i direktiv 93/37 ..., vilket återfinns bland bestämmelserna om selektiva förfaranden, där det föreskrivs att '[i] alla händelser måste antalet uppmanade sökande vara tillräckligt stort för att garantera verklig konkurrens', tillämpligt på förhandlade förfaranden i två steg vilka regleras i punkt 3?"

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

- 19 Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH menar att den nationella domstolen borde ha ställt ytterligare en fråga, nämligen huruvida den ungerska lagstiftningen innebär att likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen åsidosätts. Den ungerska lagstiftningen innebär nämligen att de personer eller företag som deltagit i förarbetena beträffande en upphandling automatiskt utesluts från upphandlingsförfarandet, utan att de ges någon möjlighet att visa att det inte föreligger någon menlig inverkan på konkurrensen. De menar att liknande bestämmelser i andra medlemsstaters lagstiftning ansetts vara oförenliga med gemenskapsrätten, såsom i dom av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom (REG 2005, s. I-1559), och dom av den 16 december 2008 i mål C-213/07, Michaniki (REG 2008, s. I-0000).
- 20 Domstolen erinrar i detta hänseende om att det – inom ramen för det samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna som har inrättats genom artikel 234 EG – uteslutande ankommer på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet som är anhängigt vid den domstolen bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen (se, bland annat, dom av den 7 januari 2003 i mål C-306/99, BIAO, REG 2003, s. I-1, punkt 88, av den 14 december 2006 i mål C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, REG 2006, s. I-11987, punkt 16, och av den 2 april 2009 i mål C-260/07, Pedro IV Servicios, REG 2009, s. I-0000, punkt 28).
- 21 Det är den nationella domstolen som ensam bestämmer vilka frågor som ska hänskjutas till domstolen, och parterna har inte möjlighet att göra ändringar i dessa (se, bland annat, dom av den 9 december 1965 i mål 44/65, Singer, REG 1965, s. 1191, s. 1198, av den 17 september 1998 i mål C-412/96, Kainuun Liikenne och Pohjolan Liikenne, REG 1998, s. I-5141, punkt 23, och av den 6 juli 2000 i mål C-402/98, ATB m.fl., REG 2000, s. I-5501, punkt 29).

- 22 Att ändra innehållet i tolkningsfrågorna eller besvara de kompletterande frågor som Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH nämnt i sina yttranden skulle vidare vara oförenligt med den roll som domstolen har getts genom artikel 234 EG, samt med domstolens skyldighet att säkerställa att medlemsstaternas regeringar och berörda parter ges möjlighet att avge yttranden i enlighet med artikel 23 i domstolens stadga, med beaktande av att berörda parter enligt denna bestämmelse endast underrättas om begäran om förhandsavgörande (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 1 april 1982 i de förenade målen 141/81–143/81, Holdijk m.fl., REG 1982, s. 1299, punkt 6, svensk specialutgåva, volym 6, s. 359, av den 30 januari 1997 i mål C-178/95, Wiljo, REG 1997, s. I-585, punkt 30, av den 20 mars 1997 i mål C-352/95, Phytheron International, REG 1997, s. I-1729, punkt 14, och domen i det ovannämnda målet Kainuun Liikenne och Pohjolan Liikenne, punkt 24).
- 23 Den nationella domstolen har i detta mål varken ansett det vara nödvändigt eller relevant att ställa någon fråga angående skälen till att Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH uteslöts från den aktuella offentliga upphandlingen, ej heller angående omständigheterna därvid. Domstolen kan därför inte göra någon prövning i detta avseende.

Den första frågan

- 24 Den nationella domstolen har ställt sin första fråga för att få klarhet i huruvida direktiv 2004/18 är tillämpligt på en offentlig upphandling som inletts efter det att direktivet trätt i kraft, men innan fristen för att införliva detsamma gick ut, vilket innebär att direktivet ännu inte integrerats i den nationella rättsordningen.
- 25 Medlemsstaterna kan inte klandras för att inte ha vidtagit åtgärder för att genomföra ett direktiv i sin rättsordning innan fristen för införlivande av direktivet har löpt ut (se dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, REG 1997, s. I-7411, punkt 43, och av den 4 juli 2006 i mål C-212/04, Adeneler m.fl., REG 2006, s. I-6057, punkt 114).
- 26 Vad beträffar målet vid den nationella domstolen hade direktiv 2004/18 således inte införlivats med den ungerska rättsordningen när den aktuella offentliga upphandlingen inleddes. Fristen för att införliva direktivet hade ännu inte löpt ut, varför direktiv 93/37 fortsatte att vara tillämpligt i detta skede av upphandlingen.
- 27 I den mån upphandlingen fortfarande pågick då fristen för att införliva direktiv 2004/18 gick ut, uppkommer även frågan om det direktivet eventuellt är tillämpligt i det nationella målet.
- 28 Av de upplysningar som lämnats av den ungerska regeringen vid förhandlingen framgår följande. Beslutet att inte godta det förslag som lämnats av det konsortium som består av Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH och att fortsätta upphandlingen med de två anbudssökande som bedömts vara lämpliga

fattades av den upphandlande myndigheten innan fristen för att införliva direktiv 2004/18 hade gått ut.

- 29 Domstolen konstaterar mot denna bakgrund att det skulle strida mot rättssäkerhetsprincipen om de regler som ska tillämpas bestämdes med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet, då det beslut som påstås strida mot gemenskapsrätten fattades före det datum som anges i punkten ovan i denna dom (se analogt dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike, REG 2000, s. I-8377, punkt 40).
- 30 Den första frågan ska därför besvaras på följande sätt. Direktiv 2004/18 är inte tillämpligt på ett beslut som fattats av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av byggtreprenader innan fristen för att införliva direktivet har löpt ut.

Den andra frågan

- 31 Med hänsyn till svaret på den första tolkningsfrågan finns det inte anledning att besvara den andra frågan.

Den tredje frågan

- 32 Den nationella domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida artikel 22.3 i direktiv 93/37 ska tolkas så att ett förhandlat förfarande inom ramen för en offentlig upphandling inte får fortsätta om antalet anbudssökande inte är tillräckligt stort för att nå upp till den minimigräns om tre sökande som föreskrivs i bestämmelsen.
- 33 Domstolen erinrar härvid om att direktiv 93/37 bland annat innehåller handläggningsregler.
- 34 Vad beträffar handläggningen av en offentlig upphandling av byggtreprenader anges åtminstone två olika faser i artikel 18 i direktiv 93/37. Först anges en fas där anbudsgivare eller anbudssökande eventuellt utesluts enligt artikel 24 i direktivet, samt där det görs en kontroll – enligt kriterierna i artiklarna 26–29 för ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk kunskap eller förmåga som fastställts för det aktuella förfarandet – av lämpligheten hos de anbudsgivare eller anbudssökande som inte uteslutits. Vidare finns en fas där kontrakt tilldelas på grundval av de kriterier som fastställts för det aktuella förfarandet bland dem som föreskrivs i avdelning IV kapitel 3 i direktivet, med beaktande av bestämmelserna i artikel 19 däri.
- 35 När det gäller det förhandlade förfarandet finns det en fas där den upphandlande myndigheten och de anbudssökande som inbjudits till förhandling förhandlar med varandra, och detta äger rum mellan den första fas som nämnts ovan och den fas där kontrakt tilldelas.

- 36 I artikel 22.3 i direktiv 93/37 föreskrivs att då de upphandlande myndigheterna upphandlar genom förhandlat förfarande, får antalet entreprenörer som inbjuds till förhandling inte vara mindre än tre, förutsatt att tillräckligt många lämpliga sökande finns att tillgå.
- 37 Den bestämmelsen ger således vid handen att den upphandlande myndigheten i vart fall måste iaktta den där föreskrivna minimigränsen såvitt avser antalet entreprenörer som inbjuds till förhandling, såvitt detta är möjligt med tanke på antalet lämpliga anbudssökande.
- 38 Varje entreprenör som ansökt om att få lämna anbud i det aktuella förfarandet, och som – bland dem som har de kvalifikationer som krävs enligt artiklarna 24–29 i direktivet – uppfyller de föreskrivna ekonomiska och tekniska kraven, ska i detta avseende anses vara en ”lämplig sökande” i den mening som avses i artikel 22.3 i direktiv 93/37.
- 39 I artikel 1 h i direktiv 93/37 definieras nämligen ”anbudssökande” som en entreprenör som ansöker om att få lämna anbud vid selektivt och förhandlat förfarande.
- 40 Vidare föreskrivs i artikel 22.1 i direktiv 93/37 att vid förhandlade förfaranden ska de upphandlande myndigheterna, på grundval av de uppgifter som lämnats beträffande entreprenörens personliga ställning och av information som krävs för bedömningen av huruvida anbudssökande uppfyller de ekonomiska och tekniska minimikraven, välja ut dem som de önskar uppmana till förhandlingar, förutsatt att de uppfyller kraven i artiklarna 24–29.
- 41 Artikel 22.3 i direktiv 93/37 ska således tolkas så, att då den upphandlande myndigheten upphandlar genom förhandlat förfarande, får antalet entreprenörer som inbjuds till förhandling inte vara mindre än tre, förutsatt att det finns tillräckligt många entreprenörer som ansökt om att få lämna anbud i det aktuella förfarandet och som – bland dem som har de kvalifikationer som krävs enligt artiklarna 24–29 i direktivet – uppfyller de föreskrivna ekonomiska och tekniska kraven i detta avseende.
- 42 Då den upphandlande myndigheten upphandlar genom förhandlat förfarande och då antalet lämpliga anbudssökande inte når upp till den minimigräns som föreskrivs för det aktuella förfarandet (det vill säga minst tre), får den upphandlande myndigheten dock fortsätta upphandlingen genom att bjuda in den eller de anbudssökande som bedömts vara lämpliga till att förhandla fram kontraktsvillkoren.
- 43 I likhet med vad kommissionen har anfört anser domstolen att det i annat fall inte skulle vara möjligt att tillgodose det sociala behov som konstaterats och definierats av den upphandlande myndigheten – vilket den upphandlande myndigheten tänkte tillgodose genom att tilldela det tilltänkta kontraktet. Detta sociala behov skulle därvid inte kunna tillgodoses, inte på grund av att det inte

finns några lämpliga anbudssökande utan på grund av att antalet lämpliga anbudssökande inte nådde upp till nämnda minimigräns.

- 44 Mot denna bakgrund ska den tredje frågan besvaras på följande sätt. Artikel 22.3 i direktiv 93/37 ska tolkas så, att då den upphandlande myndigheten upphandlar genom förhandlat förfarande och då antalet lämpliga anbudssökande inte når upp till den minimigräns som föreskrivs för det aktuella förfarandet, får den upphandlande myndigheten dock fortsätta upphandlingen genom att bjuda in den eller de anbudssökande som bedömts vara lämpliga till att förhandla fram kontraktsvillkoren.

Den fjärde frågan

- 45 Den nationella domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida artikel 22.2 andra stycket i direktiv 93/37 är tillämpligt när den upphandlande myndigheten upphandlar byggentreprenader genom förhandlat förfarande.
- 46 Det framgår av systematiken bakom artikel 22 i direktiv 93/37 att punkt 2 andra stycket i den bestämmelsen endast avser den situationen då den upphandlande myndigheten upphandlar genom selektivt förfarande.
- 47 Enligt tionde skälet i direktiv 93/37 syftar direktivet till att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling (se dom av den 16 september 1999 i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz, REG 1999, s. I-5697, punkt 26, av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, REG 2001, s. I-9233, punkt 34, av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617, punkt 89, och av den 7 oktober 2004 i mål C-247/02, Sintesi, REG 2004, s. I-9215, punkt 35).
- 48 För att uppfylla målsättningen att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling, syftar direktiv 93/37 till 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 (se dom i de ovannämnda målen Fracasso och Leitschutz, punkt 31, och Sintesi, punkt 37).
- 49 Följaktligen föreskrivs visserligen i artikel 22.2 andra stycket i direktiv 93/37 att när den upphandlande myndigheten ingår avtal genom ett selektivt förfarande, måste antalet sökande som uppmanas till anbudslämnande i alla händelser vara tillräckligt stort för att garantera verklig konkurrens, men denna bestämmelse anger endast uttryckligen en av de allmänna målsättningarna med direktivet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Sintesi, punkt 36).
- 50 Även om direktiv 93/37 inte innehåller någon bestämmelse som liknar artikel 22.2 andra stycket beträffande förhandlade förfaranden, så är den upphandlande myndighet som upphandlar genom sådana förfaranden i de fall som avses i artikel 7.2 i direktivet likväl förpliktad att garantera verklig konkurrens.

- 51 En upphandlande myndighet får i dessa fall tillämpa det förhandlade förfarandet endast om den dessförinnan publicerat ett meddelande om upphandling för att på så sätt förmå företag att inkomma med ansökningar. Såsom angetts i punkt 14 ovan har så skett i detta fall.
- 52 Vad därefter gäller förhandlingsfasen i upphandlingen, innebär artikel 22.3 i direktiv 93/37 att den upphandlande myndigheten måste bjuda in ett tillräckligt antal anbudssökande. Frågan huruvida ett tillräckligt antal anbudssökande har bjudits in för att garantera verklig konkurrens ska avgöras utifrån vad som kännetecknar upphandlingen och vad det är som upphandlas.
- 53 Om antalet lämpliga anbudssökande i ett sådant förfarande inte når upp till den minimigräns som föreskrivs för det aktuella förfarandet (minst tre enligt direktiv 93/37), finner domstolen att den upphandlande myndigheten likväl har garanterat verklig konkurrens försåvitt de ekonomiska och tekniska villkoren beträffande förfarandet har fastställts och tillämpats på ett korrekt sätt.
- 54 Mot denna bakgrund ska den fjärde frågan besvaras på följande sätt. Direktiv 93/37 ska tolkas så, att skyldigheten att garantera verklig konkurrens har uppfyllts då den upphandlande myndigheten upphandlar genom ett förhandlat förfarande enligt de villkor som avses i artikel 7.2 i direktivet.

Rättegångskostnader

- 55 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 (fjärde avdelningen) följande:

- 1) **Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster är inte tillämpligt på ett beslut som fattats av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av byggtreprenader innan fristen för att införliva direktivet har löpt ut.**
- 2) **Artikel 22.3 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, ska tolkas så, att då den upphandlande myndigheten upphandlar genom förhandlat förfarande och då antalet lämpliga anbudssökande inte når upp till den**

minimigräns som föreskrivs för det aktuella förfarandet, får den upphandlande myndigheten dock fortsätta upphandlingen genom att bjuda in den eller de anbudssökande som bedömts vara lämpliga till att förhandla fram kontraktsvillkoren.

- 3) Direktiv 93/37, i dess lydelse enligt direktiv 97/52, ska tolkas så, att skyldigheten att garantera verklig konkurrens har uppfyllts då den upphandlande myndigheten upphandlar genom ett förhandlat förfarande enligt de villkor som avses i artikel 7.2 i direktivet.**

Underskrifter

