4. I alle de tilfælde, hvor bestemmelserne i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkelige præcise, kan private påberåbe sig dem over for staten, enten når denne ikke rettidigt har gennemført direktivet i national ret, eller når den ikke har gennemført det korrekt.

RETSMØDERAPPORT
i sag 31/87 *

I — De relevante retsregler

1. *Fællesskabsretten*

Direktiv 71/305 af 26. juli 1971 har til formål at sikre etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, som i medlemsstaterne indgås for statens, lokale organers og andre offentligretlige juridiske personers regning, ved en samordning af de nationale fremgangsmåder ved indgåelse af disse kontrakter samtidig med ophævelsen af begrænsninger.

De spørgsmål, der er rejst i denne sag, vedrører dels fortolkningen af en række bestemmelser i direktivet om fastsættelsen af det personelle anvendelsesområde, dels bestemmelser vedrørende kriterierne for den kvalitative udvælgelse af entreprenører samt kriterier for tildeling af kontrakten i afsnit IV, som indeholder de fælles regler for deltagelse.

Hvad angår direktivets anvendelsesområde, bestemmer artikel 1, at der ved ordregivende myndigheder i direktivet forstås staten, de lokale organer og de i bilag I anførte offentligretlige juridiske personer.

Med hensyn til betingelserne for entreprenørernes adgang til kontrakten og betingelserne for tildeling af disse kontrakter er de bestemmelser i direktivet, som er relevante i denne sag, følgende:

— artikel 26, som bestemmer, at godtgørelse for entreprenørens tekniske kapacitet kan afgives:

»b) i form af en liste over de arbejder, der er udført i løbet af de sidste fem år; en sådan liste skal ledsages af bevis for god udførelse af de vigtigste arbejder...«

* Processprog: Nederlandsk.

— artikel 29, som bestemmer følgende:

»1. De kriterier, som de ordregivende myndigheder skal benytte ved tildeling af kontrakterne, er

— enten udelukkende den laveste pris;

— eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, diverse kriterier, som varierer alt efter kontrakten, f. eks. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi.

2. I sidstnævnte tilfælde skal de ordregivende myndigheder enten i udbudsgrundlaget eller i udbudsbekendtgørelsen anføre samtlige de kriterier, som de påtænkter at benytte, og så vidt muligt skal de anføres ordnet efter den vigtighed, de tillægges med de vigtigste først...

3. ...

4. Bestemmelserne i stykke 1 finder ikke anvendelse, når en medlemsstat lægger andre kriterier til grund ved tildeling af kontrakter inden for rammerne af bestemmmelser, hvis formål er at lade visse bydende få en fortrinsstilling i form af støtte, dog på betingelse af, at den bestemmelse, der gøres gældende, er forenelig med Traktaten, særlig artikel 92 og følgende.«

2. *National ret*

De relevante nationale bestemmelser er i det væsentlige følgende:

— artikel 51 i Ruilverkavelingswet 1954 (den nederlandske lov om udskiftning), som indeholder bestemmelser om de lokale udskiftningskommissioners art og funktioner;

— bekendtgørelsen af 6. april 1973, som er udstedt til gennemførelse af direktiv 71/305, og hvis artikel 6 henviser til det almindelige reglement for offentlige udbud;

— artikel 21 i det almindelige udbudsreglement, som vedrørende valget af entreprenør bestemmer følgende:

»1. Den ordregivende myndighed er ikke forpligtet til at give tilslag.

2. I forbindelse med udbudet kan kun de bydende komme i betragtning, om hvis egnethed til at udføre arbejdet der efter den ordregivende myndigheds opfattelse ikke kan være tvivl, såvel på det tekniske plan som på det økonomiske og finansielle eller organisatoriske plan.

3. Med forbehold af bestemmelserne i stk. 2 gives der den bydende tilslag, hvis bud forekommer den ordregivende myndighed mest acceptabelt.

4. ...«

II — Tvisten i hovedsagen

Den 21. juni 1984 foranstaltede den lokale kommission for udskiftning for Waterland

et udbud som led i en udskiftning. I udbudsgrundlaget var det nævnt, at fremgangsmåden for udbudet skulle være i overensstemmelse med det almindelige udbudsreglement (Uniform Aanbestedingsreglement, herefter benævnt »UAR«). I udbudsgrundlaget blev der ikke nævnt særlige kvalitative kriterier.

Det var ikke den virksomhed, der havde afgivet det laveste bud, nemlig Beentjes, der fik tilslag, men den virksomhed, der havde afgivet det næstlaveste bud. Den lokale kommission begrundede sit valg med, at Beentjes ikke havde særlig erfaring i det pågældende arbejde, at Beentjes' bud forekom den mindre acceptabelt, og at Beentjes ikke var i stand til at beskæftige langtidsledige, skønt dette punkt indgik i udbudsgrundlagets særlige bestemmelser.

Beentjes anlagde derefter sag mod den nederlandske stat og gjorde bl. a. gældende, at den lokale kommission ikke havde overholdt bestemmelserne i Rådets direktiv 71/305 af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Virksomheden gjorde gældende, at den lokale kommission retligt kunne sammenlignes med en statslig myndighed, og at staten under alle omstændigheder var ansvarlig for en sådan kommissions handlinger. Denne skulle altså have anvendt bestemmelserne i direktiv 71/305, som finder anvendelse på det pågældende udbud i henhold til bekendtgørelsen af 6. april 1973 om bestemmelserne for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Imidlertid var ifølge sagsøgeren ingen af de begrundelser, som den lokale kommission anførte for ikke at give Beentjes tilslag, i overensstemmelse med reglerne om kriterierne for tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter i direktivet, som virksomheden anså sig for berettiget til at påberåbe sig for den nationale domstol.

Den nederlandske stat fremsatte indsigelser mod Beentjes' påstand og gjorde gældende, at den lokale kommission ikke kan anses for at være en del af staten, og at et udbud, som foranstaltes efter den i det almindelige udbudsreglement fastsatte fremgangsmåde, under alle omstændigheder opfylder betingelserne i direktiv 71/305. Navnlig er artikel 21, stk. 2, i UAR, som bestemmer, at kun »de bydende [kan komme i betragtning], om hvis egnethed til at udføre arbejdet der efter den ordregivende myndigheds opfattelse ikke kan være tvivl, såvel på det tekniske plan som på det økonomiske og finansielle eller organisatoriske plan«, altid blevet anset for forenelig med direktivet.

III — Præjudicielle spørgsmål

Arrondissementsrechtbank Haag fandt, at afgørelsen af tvisten er afhængig af fortolkningen af direktiv 71/305, og udsatte derfor sagen og stillede i henhold til EØF-Traktatens artikel 177 Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal et organ med en lokal kommissions karakteristika som omhandlet i Ruilverkavelingswet 1954, (den nederlandske lov af 1954 om udskiftning) som nævnt i denne doms præmis 5.3 med henblik på anvendelsen af Rådets direktiv af 26. juli 1971 (EFT 1971 II, s. 613) anses for 'staten' eller en af dennes 'lokale organer'?

2) Kan en bydende i henhold til direktivet udelukkes på grund af betragtninger vedrørende kvalitative udvælgelseskriterier, hvis der i udbudsbekendtgørelsen ikke er fastsat kvalitative kriterier herom (men man har begrænset sig til en henvisning til almindelige betingelser, der indeholder et generelt forbehold som det, staten har påberåbt sig i denne sag)?

3) Kan private, herunder Beentjes, i en civilretlig sag som denne påberåbe sig bestemmelser i det nævnte direktiv, som angiver, i hvilke tilfælde og under hvilke betingelser en bydende kan udelukkes fra udbudet af kvalitative grunde, også hvis der ved gennemførelsen af direktivets bestemmelser i den nationale lovgivning er givet ordregiveren videre beføjelser til at nægte at tildele kontrakten end i henhold til direktivet?«

Til oplysning for Domstolen har den forelæggende ret bemærket, at iværksættelsen af udskiftningen er overdraget til en lokal kommission, som nedsættes af deputeretkamrene i den pågældende provins, at en lokal kommission i princippet består af højst fem medlemmer, at staten garanterer opfyldelsen af de af den lokale kommissions retsakters flydende forpligtelser, at der for den sidstnævnte gælder en instruks, som er fastsat af en ved kongelig anordning oprettet central kommission, hvis medlemmer udnævnes af regeringen, og at den lokale kommission ikke er en selvstændig juridisk person.

IV — Retsforhandlingerne for Domstolen

Forelæggelsesdommen er registreret på Domstolens Justitskontor den 3. februar 1987.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Richard Wainwright og René Barents, Kommissionens Juridiske Tjeneste, og af den italienske regering ved avvocato dello Stato Pier Giorgio Ferri.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at henvise sagen til Fjerde Afdeling og at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

V — Sammenfatning af de skriftlige indlæg, der er indgivet til Domstolen

1. *Det første spørgsmål*

Den italienske regering har afstået fra at tage stilling til det første spørgsmål, da den mener, at der er tale om et fortolkningsproblem, der er strengt begrænset til direktivets anvendelse i den nederlandske retsorden.

Kommissionen mener, i modsætning til, hvad den nederlandske stat har hævdet under hovedsagen under henvisning til en dom afsagt i 1984 af Hoge Raad, at det første spørgsmål bør besvares bekræftende.

Kommissionen er for det første kommet til dette resultat på grundlag af Traktatens bestemmelser om etableringsretten og den frie

udveksling af tjenesteydelser, hvis formål kræver, at begrebet stat også omfatter de organer, som, skønt de ikke tilhører administrationen, med hensyn til deres sammensætning og funktion er helt afhængige af staten såvel organisatorisk som finansielt.

For det andet har Kommissionen henvist til Domstolens dom af 24. november 1982 (Kommissionen mod Irland, 249/81, Sml. s. 4005), hvori Domstolen antog, at Irland var ansvarlig for foranstaltninger, der var i strid med Traktatens artikel 30, og som var truffet af et privatretligt organ, der for størstedelen var kontrolleret af staten; dette ræsonnement bør også gælde for dispositioner vedrørende etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser.

Kommissionen har endelig opregnet en række karakteristika ved den lokale kommission, som viser, at dens forbindelse med staten er langt snævrere end det var tilfældet i den ovennævnte dom, nemlig den lokale kommissions retlige status, som adskiller den fra en privatretlig organisation, den omstændighed, at dens medlemmer udnævnes af deputeretkamrene i den pågældende provins, dens fuldstændige afhængighed med hensyn til dens funktion af den centrale kommission, som udnævnes af regeringen, samt den omstændighed, at de kontrakter, som tildeles af den lokale kommission, finansieres af myndighederne, og at opfyldelsen af dens forpligtelser garanteres af staten.

Kommissionen mener derfor, at et organ, som har den lokale udskiftningskommissions karakteristika, er omfattet af begrebet stat i direktivets artikel 1, litra b).

2. *Det andet spørgsmål*

Kommissionen og den italienske regering har anført, at den forelæggende rets andet spørgsmål bør besvares benægtende.

Den italienske regering har fremhævet, at efterprøvningen af entreprenørens egnethed og vurderingen af budet er to forskellige, selvstændige og successive operationer. Dette fremgår efter dens opfattelse af direktivets artikel 20, som bestemmer, at tildelingen af kontrakten sker »*efter* at kvalifikationerne hos de entreprenører... er blevet efterprøvet«. Konkurrentens egnethed skal altså vurderes ved en afgørelse, der er tidligere end og går forud for afgørelsen om tildeling af kontrakten ifølge de kriterier, der er tilladt i henhold til direktivets artikel 29.

En udbudsprocedure som den foreliggende, hvor den ugunstige bedømmelse af den konkurrerende entreprenør er kommet til udtryk, efter at hans bud var blevet antaget som det bedste, er ikke i overensstemmelse med direktivets artikel 20, fordi egnetheden ikke er blevet efterprøvet forud for vurderingen af budet. Den er også uforenelig med direktivets artikel 29, i det omfang tildelingen af kontrakten er sket på grundlag af kriterier af subjektiv karakter og ikke objektive kriterier, som er de eneste tilladte i henhold til denne artikel i direktivet.

Kommissionen har med hensyn til de kvalitative udvælgelseskriterier gjort gældende, at når ingen af de i direktivets artikler 25 og 26 nævnte bevismidler kræves i udbudsbekendtgørelsen, kan en entreprenør ikke udelukkes på grundlag af betragtninger, som vedrører hans finansielle, økonomiske eller tekniske kapacitet. Med hensyn til kri-

terierne for tildeling af kontrakter i henhold til direktivets artikel 29 skal kontrakten tildeles den bydende, som har afgivet det laveste bud, medmindre det udtrykkeligt er anført i udbudsbekendtgørelsen, at kontrakten vil blive tildelt den bydende, der afgiver det økonomisk fordelagtigste bud, og der i denne bekendtgørelse er fastsat kriterier for, hvilket bud der anses for det gunstigste.

Heraf følger, at såfremt udbudsbekendtgørelsen ved fastsættelsen af kvalitative udvælgelseskriterier eller kriterier for tildeling af kontrakten blot henviser til en generel bestemmelse i et udbudsreglement, skal kontrakten tildeles den bydende, som har afgivet det laveste bud, hvis hverken udbudsbekendtgørelsen eller de dokumenter, som bekendtgørelsen henviser til, indeholder nærmere oplysninger om de bevismidler, der kræves med henblik på den kvalitative udvælgelse, eller om kriterierne for tildeling af kontrakten.

3. *Det tredje spørgsmål*

Kommissionen og den italienske regering har samstemmende anført, at det tredje spørgsmål bør besvares bekræftende.

Den italienske regering har anført, at ved afgørelsen af, om bestemmelserne i et direktiv har retsvirkninger, som en privat umiddelbart kan påberåbe sig, skal det ifølge Domstolens faste praksis undersøges, om disse bestemmelser indholdsmæssigt fremstår som præcise og ubetingede. Efter den italienske regerings opfattelse har bestemmelserne i direktiv 71/305 en betydning, som går ud over en simpel harmonisering af lovgivninger. Ved at bestemme, at beslutningerne om deltagelse i et udbud kun i begrænset omfang har skønsmæssig karakter, og ved at sikre beslutningernes gennemskuelighed skal disse bestemmelser sikre de erhvervsdrivende i Fællesskabet adgang til arbejder på lige betingelser, som udelukker åbenbar eller skjult forskelsbehandling.

Den italienske regering har derfor konkluderet, at det tredje spørgsmål bør besvares bekræftende, i det omfang en privat påberåber sig de nævnte bestemmelser i direktiv 71/305 for at beskytte sin ret til deltagelse i udbudet, som er blevet nægtet i henhold til nationale regler, der ikke er i overensstemmelse med direktivets bestemmmelser.

Kommissionen har anført, at det fremgår af dommen af 10. februar 1982 (Transporoute, 76/81, Sml. s. 417), at private for en national ret kan påberåbe sig direktivets bestemmelser om den kvalitative udvælgelse af bydende og om tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

G. C. Rodríguez Iglesias
Refererende dommer