FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 13. december 2001 [1]

1. Korkein hallinto-oikeus (Finland) (herefter »den forelæggende ret«) har forelagt tre spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 2, stk. 1, 2 og 4, samt artikel 34, stk. 1, i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [2] og artikel 36, stk. 1, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [3].

I — De relevante retsregler

Fællesskabsbestemmelserne

Direktiv 92/50

2. Artikel 1 i direktiv 92/50 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

a) *offentlige tjenesteydelsesaftaler* gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed med undtagelse af

[...]

ii) aftaler, der indgås inden for de områder, der omtales i artikel 2, 7, 8 og 9 i direktiv 90/531/EØF, og aftaler, der opfylder betingelserne i artikel 6, stk. 2, i samme direktiv

[...]«

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT L 199, s. 84.
3 — EFT L 209, s. 1.

3. Artikel 36 i direktiv 92/50, der har overskriften »Kriterier for tildeling af ordren«, er formuleret som følger:

»1. Med forbehold af de nationale love eller administrative bestemmelser om vederlag for visse tjenesteydelser, kan de ordregivende myndigheder lægge følgende kriterier til grund ved tildelingen af ordrer:

a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris

b) eller udelukkende den laveste pris.

2. Når ordren skal tildeles det økonomisk mest fordelagtige bud, anfører de ordregivende myndigheder i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen, hvilke kriterier de påtænker at benytte, så vidt muligt ordnet efter den betydning de tillægges, med de vigtigste først.«

Direktiv 93/38

4. Artikel 2 i direktiv 93/38 bestemmer:

»1. Dette direktiv gælder for ordregivere:

a) der er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2

b) der ikke er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2, og som driver virksomhed på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder, der er indrømmet af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

2. Dette direktiv gælder for følgende former for virksomhed:

[...]

c) drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.

For transportydelser anses et net for at bestå, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

[...]

4. Betjening af offentligheden med bustransport betragtes ikke som en form for virksomhed som omhandlet i stk. 2, litra c), når andre foretagender frit kan udføre samme tjeneste, enten generelt eller i et bestemt geografisk område, på samme vilkår som ordregiveren.

[...]«

5. Artikel 34 i direktiv 93/38 bestemmer:

»1. Med forbehold af nationale love eller administrative bestemmelser om vederlag for visse tjenesteydelser lægger ordregiverne følgende kriterier til grund for tildelingen af kontrakter:

a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud: forskellige kriterier, der varierer efter kontrakten, f.eks. leverings- eller udførelsesfrist, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetisk og funktionsmæssig værdi, teknisk værdi, kundeservice og teknisk bistand, forpligtelser med hensyn til reservedele, leveringsgaranti og pris

b) eller udelukkende den laveste pris.

2. I det i stk. 1, litra a), nævnte tilfælde skal ordregiverne i udbudsmaterialet eller i udbudsbekendtgørelsen anføre alle de kri-

terier, som de har til hensigt at lægge til grund ved tildelingen, så vidt muligt i prioriteret rækkefølge.

[...]«

6. Artikel 45, stk. 3 og 4, i direktiv 93/38 bestemmer:

»3. Direktiv 90/531/EØF ophører med at have virkning fra det tidspunkt, hvor medlemsstaterne gennemfører nærværende direktiv, uden at medlemsstaternes forpligtelser for så vidt angår de tidsfrister, som er anført i artikel 37 i nævnte direktiv, derved foregribes.

4. Henvisningerne til direktiv 90/531/EØF skal forstås som henvisninger til nærværende direktiv.«

Nationale bestemmelser

7. Direktiv 92/50 og 93/38 blev gennemført i Finland dels ved julkisista hankinnoista annettu laki 1505/1992 (lov om offentlige kontrakter), som ændret ved lov 1523/1994 og 725/1995 (herefter »lov 1505/1992«), dels ved bekendtgørelse 243/1995 om indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejde, som overstiger en vis tærskelværdi, og som foretages af enheder, der driver virksomhed inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som ændret ved bekendtgørelse 244/1995 (herefter »bekendtgørelse 567/1994«).

8. Bekendtgørelse 243/1995 gælder ifølge sin § 4, stk. 1, ikke for indkøb, som bekendtgørelse 567/1994 finder anvendelse på. Sidstnævnte bekendtgørelse gælder ifølge sin § 1, stk. 10, ikke for indkøb, som bekendtgørelse 243/1995 finder anvendelse på.

9. § 43 i bekendtgørelse 243/95 bestemmer:

»1. Den ordregivende myndighed skal enten antage det bud, som samlet set er det økonomisk mest fordelagtige i henhold til vurderingsgrundlaget for udbuddet, eller det bud, som har den laveste pris. Grundlaget for en samlet økonomisk vurdering kan for eksempel være pris, leverings- eller produktionstid, driftsomkostninger, kvali-

tet, levetidsomkostninger, æstetiske og funktionelle egenskaber, tekniske fordele, vedligeholdelsesservice, forsyningssikkerhed, teknisk støtte og miljøhensyn.

[...]«

10. Tilsvarende bestemmer § 21, stk. 1, i bekendtgørelse 567/1994, at den ordregivende myndighed enten skal antage det bud, som samlet set er det økonomisk mest fordelagtige i henhold til vurderingsgrundlaget for den tilbudte vare, tjenesteydelse eller bygge- og anlægsarbejde, eller det bud, som har den laveste pris. Grundlaget for en samlet økonomisk vurdering kan for eksempel være pris, leveringstid, driftsomkostninger, levetidsomkostninger, kvalitet, miljømæssige konsekvenser, æstetiske og funktionelle egenskaber, tekniske fordele, vedligeholdelsesservice og teknisk støtte.

II — Tvisten i hovedsagen

Tilrettelæggelsen af bustransport i Helsinki by

11. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Helsinkis kommunalbestyrelse den 27. august 1997 besluttede, at hele byens bybusnet gradvis skulle udbydes, således at den først tildelte buslinje skulle betjenes fra begyndelsen af efterårskøreplanen for 1998.

12. I henhold til reglementet om kollektiv trafik for Helsinki by er joukkoliikennelautakunta (udvalg for kollektiv trafik) og Helsingin kaupungin liikennelaitos (Helsinki Trafikvæsen, herefter »Trafikvæsenet«), der henhører under det nævnte udvalg, ansvarlig for planlægning, udvikling, tilvejebringelse samt andre former for organisering og overvågning af denne kollektive trafik, medmindre andet er bestemt.

13. Ifølge det reglement, der finder anvendelse, er det udvalget for erhvervstjenester, der er ansvarlig for at træffe afgørelser om tildelingen af kollektive bytrafikydelser i overensstemmelse med de mål, der er godkendt af Helsinkis kommunalbestyrelse og udvalget for kollektiv trafik. Endvidere varetages udførelsen af opgaver i forbindelse med kontrakter om kollektive bytrafikydelser af Helsinki bys indkøbscentral.

14. For så vidt angår Trafikvæsenet er der tale om en kommunal forretningsvirksom-

hed, der under en funktionel og økonomisk synsvinkel er opdelt i fire produktionsenheder (bus, sporvogn, metro samt veje og bygninger). Produktionsenheden for busser er HKL-Bussiliikenne (herefter »HKL«). Trafikvæsenet omfatter også en moderenhed, som består af en planlægningsenhed og en forvaltnings- og økonomienhed. Planlægningsenheden fungerer som en ordregiver, der udarbejder de forslag, der skal forelægges for udvalget for kollektiv trafik, og som vedrører de ruter, der skal udbydes, og niveauet for de ønskede tjenesteydelser. Produktionsenhederne er i økonomisk henseende adskilt fra det øvrige trafikvæsen, og de har egen bogføring og regnskabsafslutning.

Udbudsproceduren, der er omtvistet i hovedsagen

15. Helsinki bys indkøbscentral anmodede ved skrivelse af 1. september 1997 og ved offentliggørelse af en bekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 4. september 1997 om, at der måtte blive indgivet bud på driften af bybusnettet i Helsinki i henhold til de ruter og tider, der var præciseret i et dokument, der omfattede syv dele. Tvisten i hovedsagen vedrører udbudsbekendtgørelsens del nr. 6, som omhandler linje 62.

16. Det fremgår af sagen, at kontrakten ifølge den nævnte udbudsbekendtgørelse ville blive tildelt den virksomhed, der afgav det økonomisk mest fordelagtige bud for kommunen. Denne udvælgelse skulle tage hensyn til tre kriterier, nemlig den samlede tilbudte pris for varetagelsen af transporten, materiellets kvalitet (busserne) og tjenesteyderens drift inden for området for kvalitet og miljø.

17. Hvad for det første angår den samlede tilbudte pris skulle det mest fordelagtige bud gives 86 points, og pointtallet for de andre bud blev beregnet på grundlag af følgende formel: Antal point = prisen på den årlige godtgørelse for driften, der betales for det mest interessante bud, divideret med godtgørelsen, som vedkommende bydende foreslår, multipliceret med 86.

18. Hvad dernæst angår kvaliteten af busmateriellet ville der blive tildelt point for anvendelse af busser, der havde dels nitrogenoxidemissioner under 4g/kWh (+2,5 point/bus) eller nitrogenoxidemissioner under 2g/kWh (+3,5 point/bus), dels et støjniveau på under 77 dB (+1 point/bus).

19. Hvad endelig angår udøverens tilrettelæggelse på området for kvalitet og miljø skulle der tildeles tillægspoint for en helhed af kvalitative kriterier samt for et program for bevarelse af miljøet, der ligeledes skulle være attesteret ved certifikation.

20. Helsinki bys indkøbscentral modtog otte bud på del nr. 6, herunder buddene fra HKL og Swebus Finland Oy Ab, senere Stagecoach Finland Oy Ab og derefter Concordia Bus Finland Oy Ab (herefter »Concordia«). Sidstnævntes bud bestod af to forslag, der var betegnet A og B.

Sagsforløbet ved de nationale retter

22. Concordia (dengang Swebus) indbragte afgørelsen fra udvalget for erhvervstjenester til Kilpailuneuvosto (Konkurrenceådet) (Finland) med påstand om annullation. Selskabet gjorde navnlig gældende, at tildelingen af tillægspoint for materiel, hvis nitrogenoxidemissioner og støjniveau ligger under visse grænser, er udtryk for ulighed og forskelsbehandling. Ifølge selskabet blev tillægspointene tildelt for anvendelse af en bustype, som kun én bydende, nemlig HKL, reelt havde mulighed for at tilbyde.

21. Udvalget for erhvervstjenester besluttede den 12. februar 1998 at tildele HKL kontrakten for den linje, der udgjorde del nr. 6, idet dets bud samlet set fandtes at være det økonomisk mest fordelagtige. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Concordia havde indgivet det laveste bud, og opnåede 81,44 points for forslag A og 86 points for forslag B. HKL havde opnået 85,75 points. For materiellet opnåede HKL det højeste antal point, nemlig 2,94 points. Concordia opnåede 0,77 point for forslag A og 1,44 point for forslag B. I det pointtal på 2,94, som HKL tildeltes for materiellet, var indeholdt en maksimal forhøjelse som følge af nitrogenoxidemissioner under 2 g/kWh samt for et støjniveau på under 77 dB. Concordia opnåede ikke tillægspoint på grundlag af kriterierne vedrørende bussernes nitrogenoxidemissioner og støjniveau. HKL og Concordia opnåede maksimumspoint for deres kvalitets- og miljøcertificering. Under disse omstændigheder var det HKL, der opnåede det højeste samlede pointtal, nemlig 92,69. Concordia, der havde opnået 86,21 points for forslag A og 88,56 points for forslag B, blev nummer to.

23. Konkurrenceådet afviste sagen. Rådet fandt, at ordregiveren har ret til at definere den type materiel, den ønsker anvendt. Fastsættelsen af udvælgelseskriterier og bestemmelsen af deres vægtning skal imidlertid ske objektivt under hensyn til ordregiverens behov og tjenesteydelsens kvalitet. Ordregiveren skal om fornødent være i stand til at godtgøre, at valget og anvendelsen af disse vurderingskriterier er sagligt.

24. Det nævnte råd fremhævede, at Helsinki bys afgørelse om at foretrække lavemissionsbusser var en miljøpolitisk afgørelse, hvormed det tilstræbtes at formindske de skader, som bustransport forvolder på miljøet. Der var ikke tale om en procedu-

refejl. Såfremt dette kriterium blev anvendt på en ulige måde over for en bydende, ville det være muligt at gribe ind i sagen. Konkurrencerådet har imidlertid fastslået, at alle bydende havde mulighed for at anskaffe naturgasdrevne busser, såfremt de måtte ønske det. Konkurrencerådet fastslog derfor, at det ikke var blevet godtgjort, at det pågældende kriterium havde været diskriminerende i forhold til sagsøger.

25. Concordia (dengang Stagecoach) indbragte Konkurrencerådets afgørelse for den forelæggende ret (Korkein hallinto-oikeus) med påstand om annullation. Ifølge selskabet favoriserede tildelingen af tillægspoint til de mindst forurenende og mindst støjende busser HKL, som var den eneste bydende, der i praksis havde mulighed for at anvende materiel, der kunne opnå sådanne tillægspoint. Endvidere gjorde selskabet gældende, at der i forbindelse med den samlede vurdering af buddene ikke kan være tale om at tage hensyn til disse miljøfaktorer, som ikke har nogen direkte forbindelse til udbuddets genstand.

26. Den forelæggende ret har først i sin forelæggelseskendelse fremhævet, at det for at afgøre, om det er bestemmelserne i bekendtgørelse 243/1995 eller i bekendtgørelse 567/1994, der finder anvendelse i sagen, desuden er nødvendigt at undersøge, om den i hovedsagen omhandlede kontrakt er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 92/50 eller 93/38. Retten konstaterer i denne forbindelse, at der i bilag VII til direktiv 93/38 for Republikken Finlands vedkommende er nævnt offentlige eller private enheder, der udfører buskørsel i henhold til laki luvunvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä (lov om personbefordring ad landevej i henhold til tilladelse), samt Helsinkis Trafikvæsen, som udfører offentlig transport med metro og sporvogn.

27. Herefter fremhæver den forelæggende ret, at behandlingen af sagen også kræver en fortolkning af fællesskabsbestemmelserne med henblik på at få oplyst, om en ordregivende by, når den tildeler en kontrakt som den i hovedsagen omhandlede, kan tage hensyn til miljøspørgsmål i forbindelse med det foreslåede materiel. Såfremt Concordias argumenter, for så vidt angår de point, der tildeltes i henhold til miljøkriterier samt i henhold til andre kriterier, blev taget til følge, ville dette være ensbetydende med, at pointtallet for Concordias forslag B ville overstige det pointtal, som HKL opnåede.

28. Den forelæggende ret fastslår i den forbindelse, at der i opregningen i artikel 36, stk. 1, litra a), i direktiv 92/50 og artikel 34, stk. 1, litra a), i direktiv 93/38 af de kriterier, der skal lægges til grund ved aftaler på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, ikke er nævnt miljømæssige spørgsmål. Domstolen fastslog imidlertid i sine domme i Beentjessagen og i Evans Medical og Macfarlan Smith-sagen [4], at den ordregivende myndighed ved tildeling af kontrakt på grund-

4 — Dom af 20.9.1988, sag 31/87, Sml. s. 4635, og af 28.3.1995, sag C-324/93, Sml. I, s. 563.

lag af det økonomisk mest fordelagtige bud kan vælge, hvilke kriterier for tildeling af ordren den ønsker at lægge til grund, når blot den vælger kriterier, der har til formål at fastslå det økonomisk mest fordelagtige bud.

29. Endelig har den forelæggende ret henvist til Kommissionens meddelelse af 11. marts 1998 med titlen »Offentlige indkøb i Den Europæiske Union« (KOM(1998) 143 endelig udg.), hvori Kommissionen finder, at for så vidt angår tildelingen af kontrakter kan miljømæssige forhold tjene til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud i tilfælde, hvor disse elementer for indkøberen selv indebærer en direkte økonomisk fordel, der kan tilskrives den anskaffede ydelse som sådan.

III — De præjudicielle spørgsmål

30. Det er under hensyntagen til disse omstændigheder, at den forelæggende ret har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal bestemmelserne om anvendelsesområdet for Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199 af 9.8.1993, s. 84) og navnlig artikel 2, stk. 1, litra a), og artikel 2, stk. 4, fortolkes således, at direktivet finder anvendelse på den procedure, som følges af en ordregivende by i forbindelse med udbud vedrørende driften af byens bybustransport, når

— byen er ansvarlig for planlægning, udvikling, tilvejebringelse samt andre former for organisering og overvågning af kollektiv trafik inden for sit område

— byen med henblik på de ovennævnte opgaver har et udvalg for kollektiv trafik og et Trafikvæsen, der er underlagt dette udvalg

— byens Trafikvæsen har en planlægningsenhed, der fungerer som ordregiver, der forbereder forslag til udvalget for kollektiv trafik om, hvilke ruter der skal udbydes, og hvilket kvalitetsniveau der kræves med hensyn til tjenesteydelserne, og

— byens Trafikvæsen har produktionsenheder, der i økonomisk henseende er adskilt fra det øvrige trafikvæsen, herunder en enhed, som tilvejebringer tjenesteydelser med hensyn til busser og deltager i udbud herom?

3) Hvis det foregående spørgsmål skal besvares bekræftende skal Det Europæiske Fællesskabs bestemmelser om offentlige kontrakter da fortolkes således, at det alligevel ikke er tilladt at give tillægspoint for ovennævnte egenskaber vedrørende materiellets nitrogenoxidemissioner og støjniveau, såfremt det på forhånd er klart, at den ordregivende bys eget trafikvæsen, der driver et busnet, har mulighed for at tilbyde materiel, som har de nævnte egenskaber, der på grund af omstændighederne kun kan tilbydes af et fåtal af virksomheder inden for branchen?«

2) Skal artikel 36, stk. 1, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209 af 24.7.1992, s. 1) eller den tilsvarende bestemmelse (artikel 34, stk. 1) i direktiv 93/38/EØF, fortolkes således, at en ordregivende by ved udbud af driften af byens bybustransport i grundlaget for den kontrakt, som skal tildeles på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, foruden den tilbudte pris, udøveren af transportvirksomhedens kvalitets- og miljøsystem og flere andre egenskaber ved busmateriellet, kan tage hensyn til de lave nitrogenoxidemissioner og det lave støjniveau ved det af den bydende tilbudte busmateriel, således — som det på forhånd er blevet meddelt i udbuddet — at hvis bussernes nitrogenoxidemissioner eller støjniveau underskrider et bestemt niveau, giver materiellet ret til tillægspoint, som der skal tages hensyn til ved sammenligningen af buddene?

IV — Analyse

Det første præjudicielle spørgsmål

31. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 93/38 skal fortolkes således, at det finder anvendelse i en konkret sammenhæng som den, der er beskrevet i forelæggelseskendelsen. Domstolens svar på dette spørgsmål skulle gøre det muligt for den forelæggende ret at afgøre, hvilket af de to direktiver 93/38 eller 92/50 der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen.

Indledende bemærkning

32. Uden at gøre et formalitetsanbringende gældende i egentlig forstand mener nogle af parterne, herunder Concordia og den nederlandske regering, at besvarelsen af det første spørgsmål er uden relevans for svaret på andet og tredje spørgsmål. De fremfører, at de bestemmelser, som den forelæggende ret stiller spørgsmål om i sit andet og tredje spørgsmål, i det væsentlige er formuleret enslydende i de to direktiver. Det er derfor ikke nødvendigt først at fastslå, hvilket af de to direktiver der finder anvendelse.

33. Jeg minder om, at det i princippet udelukkende er den nationale retsinstans, der kan vurdere, både om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, og om de spørgsmål, den forelægger Domstolen, er relevante. Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national retsinstans, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [5].

5 — Dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 38 og 39.

34. Sådanne usædvanlige omstændigheder gør sig ikke gældende i denne sag. Tværtimod har den forelæggende ret klart godtgjort, at der findes en forbindelse mellem dens første spørgsmål og tvisten i hovedsagen, idet den fremfører, at »for at afgøre, om det er bestemmelserne i bekendtgørelse 243/1995 eller i bekendtgørelse 567/1994, der finder anvendelse i sagen, er det [...] nødvendigt at anmode om en præjudiciel afgørelse af, om indkøb af den omhandlede beskaffenhed er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 92/50 eller 93/38 [...]«. Jeg mener altså, at Domstolen bør besvare det første spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet.

Parternes stilling

35. *Helsinki by* og den *finske*, den *græske* og den *østrigske regering* mener, at direktiv 93/38 finder anvendelse. Deres argumenter går nærmere bestemt ud på, at transportvirksomheden udgør en del af ordningen i Helsinki by. Da Helsinki by, herunder dens transportvirksomhed, er den »offentlige myndighed«, der er omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 93/38, som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2, litra c), i samme artikel, finder det pågældende direktiv anvendelse.

36. De tilføjer, at artikel 2, stk. 4, i direktiv 93/38 ikke er i modstrid med denne konklusion. Efter deres mening finder denne bestemmelse ikke anvendelse, fordi det ikke

fremgår af forelæggelseskendelsen, at andre foretagender frit kan udføre bustransporttjenesten på samme vilkår som ordregiveren.

37. *Concordia* og *Kommissionen* mener derimod, at direktiv 92/50 finder anvendelse. Kommissionen fremfører, at det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Helsinki by, dens udvalg eller dens indkøbscentral ikke varetager driften af net til betjening af offentligheden inden for transport, men at det er transportvirksomhedens produktionsenheder, som varetager driften af net til betjening af offentligheden inden for transport. Men disse enheder, der er adskilt fra resten af transportvirksomheden, er ikke ordregivere i forbindelse med udbuddet i hovedsagen.

38. Den *nederlandske* og den *svenske regering* har ikke taget stilling til det første spørgsmål.

39. *Det Forenede Kongeriges regering* mener, at det er op til den forelæggende ret at vurdere, hvilket af de to direktiver der finder anvendelse under hensyntagen til artikel 2 i direktiv 93/38.

Vurdering

40. Det første spørgsmål foranlediger mig til at undersøge anvendelsesområdet for direktiv 93/38.

41. Artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 93/38 bestemmer, at direktivet finder anvendelse på ordregivere, »der er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2«.

42. I den foreliggende sag fremgår det af forelæggelseskendelsen, at det er udvalget for erhvervstjenester i Helsinki by, der er ansvarlig for at træffe afgørelser om tildelingen af kollektive bytrafikydelser. Derfor er det uomtvisteligt, at ordregiveren i hovedsagen er en »offentlig myndighed« i henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 93/38.

43. For at direktiv 93/38 finder anvendelse er det endvidere nødvendigt, at denne offentlige myndighed udøver »en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2«. Den form for virksomhed, der har interesse i denne sag, er defineret i artikel 2, stk. 2, litra c), nemlig »drift af net til

betjening af offentligheden inden for transport med [...] bus [...]«. Bestemmelsens andet afsnit definerer begrebet net således: »For transportydelser anses et net for at bestå, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat«.

44. Heraf følger efter min mening, at den offentlige myndighed, der varetager driften af et net, og som i denne forbindelse påtænker at indgå en kontrakt, omfattes af direktiv 93/38. Derimod mener jeg ikke, at direktiv 93/38 finder anvendelse, hvis en ordregiver tilrettelægger et udbud, der har til formål at betro andre selve driften af dette net.

45. Den østrigske regering, der mener, at direktiv 93/38 finder anvendelse, fordi »[d]riften af et offentligt busnet uden tvivl udgør levering af en tjenesteydelse på transportområdet i henhold til artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv [93/38]«, og som konstaterer, at »[i] henhold til forelæggelseskendelsen [...] er det driften af et sådant net, der er genstanden for udbudsproceduren«, støtter efter min mening den antagelse, at direktiv 93/38 finder anvendelse, fordi driften af nettet var genstand for det omtvistede udbud.

46. Jeg mener imidlertid ikke, at en sådan fortolkning af anvendelsesområdet for direktiv 93/38 har noget holdepunkt i direktivets tekst.

47. Det fremgår netop af artikel 2, stk. 1, at direktiv 93/38 kun finder anvendelse, hvis ordregiveren *udøver en virksomhed*, i dette tilfælde »drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med [...] bus [...]«. Det følger således af artikel 2, stk. 4, at denne virksomhed i dette tilfælde svarer til »[b]etjening af offentligheden med bustransport«.

48. Men begreberne »drift« og »betjening« indikerer, at ordregiveren selv skal tilbyde busdrift. At ordregiveren f.eks. fastlægger ruten eller betjeningshyppigheden er altså ikke nok til, at denne kan anses for at varetage driften af et net. Det fremgår netop af artikel 2, stk. 2, litra c), andet afsnit, at betingelser, f.eks. vedrørende ruter ikke svarer til drift af et net, men kun til at fastlægge eller definere et net. Med andre ord betyder *drift* af et net, at den pågældende virksomhed selv får nettet til at fungere, hvilket i princippet skal ske ved hjælp af eget personale og egne busser.

49. Det følger altså heraf, at direktivet finder anvendelse, hvis ordregiveren selv

varetager driften af et busnet og i forbindelse med varetagelsen af denne virksomhed iværksætter et udbud f.eks. om køb af busser [6]. Hvis en ordregiver derimod iværksætter et udbud med henblik på at *overdrage driften af et net til en tredjepart*, handler denne ikke inden for rammerne af udøvelse af en virksomhed, der består i at varetage driften af et net.

50. Denne fortolkning bekræftes ikke blot af artikel 2 i direktiv 93/38, men også af listen over tjenesteydelser, der kan danne grundlag for et udbud, der er omfattet af samme direktiv. I denne forbindelse henviser direktivets artikel 15 og 16 til bilag XVI A og XVI B. De tjenesteydelser, der er opregnet på detaljeret vis i bilagene, omfatter tjenesteydelser, der helt klart har til formål at støtte ordregiverens virksomhed, som denne er defineret i direktivets artikel 2, stk. 2. Til gengæld leder man forgæves efter en tjenesteydelse, der ligner den, som er genstand for det omtvistede udbud, nemlig drift af et busnet.

51. Endvidere mener jeg ikke, at det er tilladt at fortolke direktiv 93/38 udvidende for i dets anvendelsesområde at medtage et udbud, hvis genstand er den virksomhed, der er beskrevet i direktivets artikel 2, stk. 2, litra c).

52. Direktiv 93/38 udgør således en undtagelse til de almindelige regler for tjenesteydelsesaftaler, der er fastsat i direktiv 92/50. Dette bekræftes af dommen i sagen Teleaustria og Telefonadress [7], hvori Domstolen i præmis 33 fastslog, at »når en aftale er omfattet af direktiv 93/38, der regulerer en særlig tjenesteydelsessektor, er bestemmelserne i direktiv 92/50, der finder anvendelse på tjenesteydelser i almindelighed, ikke anvendelige«.

53. Men det fremgår af Domstolens faste praksis, at en undtagelse kræver en snæver fortolkning [8], hvilket i dette tilfælde betyder, at anvendelsesområdet for direktiv 93/38 ikke kan fortolkes udvidende.

54. Et udbud, der har til formål at overdrage driften af et busnet til en tredjepart, er altså ikke omfattet af direktiv 93/38. Udbuddet er til gengæld omfattet af direktiv 92/50, hvis alle betingelserne i dette er opfyldt.

6 — Se i denne forbindelse dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043. I denne sag havde det regionale, vallonske transportselskab i sin egenskab af offentlig virksomhed, der varetog driften af et net til betjening af offentligheden inden for bustransport, på grundlag af direktiv 90/531, der senere er blevet erstattet af direktiv 93/38, lanceret et udbud om indgåelse af en kontrakt om levering af 307 standardkøretøjer.

7 — Dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Sml. I, s. 10745.

8 — Evans Medical og Macfarlan Smith-dommen, præmis 48.

55. Denne præcisering besvarer dog ikke det første spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt. Som nævnt ovenfor henviser flere af parterne i sagen ikke til udbuddets genstand, men til det faktum, at transportvirksomheden (som HKL er en del af) udgør en del af »ordningen« i Helsinki by. De udleder heraf, at for så vidt en linje tildeles HKL, vil Helsinki by udøve en virksomhed, der består i driften af et busnet i henhold til artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38, og at dette direktiv derfor finder anvendelse.

56. Men dette argument kan heller ikke tages til følge.

57. Det må først fastslås, at den forelæggende ret spørger om, hvilket direktiv der finder anvendelse på en given offentlig tjenesteydelsesaftale. Den går altså klart ud fra den forudsætning, at der her er tale om en offentlig kontrakt, og det er ikke min opgave at stille spørgsmålstegn ved denne vurdering.

58. Men selve essensen i en offentlig tjenesteydelsesaftale, uanset om der er tale om en kontrakt, der er omfattet af direktiv 92/50 eller af direktiv 93/38, er, at der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed [9].

59. Da der ellers er risiko for, at dette vigtige karakteristika ved en offentlig kontrakt overses, bør HKL altså betragtes som en enhed adskilt fra Helsinki by. Det ville netop være en benægtelse af en offentlig kontrakt at anse Helsinki by for at være ordregiver og tjenesteyder på samme tid.

60. Hvis Helsinki by således via sit udvalg for erhvervstjenester er ordregiver, kan HKL pr. definition ikke være det. Hvis HKL er den tjenesteyder, der varetager driften af busnettet, kan Helsinki by pr. definition ikke gøre det selv. Da Helsinki by altså ikke udøver virksomhed i form af drift af et busnet, som krævet i artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38, må det konkluderes, at dette direktiv ikke finder anvendelse.

61. Jeg foreslår, at det første spørgsmål besvares således, at bestemmelserne om anvendelsesområdet i direktiv 93/38, navnlig direktivets artikel 2, stk. 1, litra a),

9 — Se artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 og artikel 1, stk. 4, i direktiv 93/38.

artikel 2, stk. 2, litra c), og artikel 2, stk. 4, ikke skal fortolkes således, at dette direktiv finder anvendelse på den procedure, som følges af en ordregivende by i forbindelse med udbud om drift af en bybustjeneste, når:

— byen er ansvarlig for planlægning, udvikling, tilvejebringelse samt andre former for organisering og overvågning af kollektiv trafik inden for sit område

— byen med henblik på de ovennævnte opgaver har et udvalg for kollektiv trafik og et Trafikvæsen, der er underlagt dette udvalg

— byens Trafikvæsen har en planlægningsenhed, der fungerer som ordregiver, der forbereder forslag til udvalget for kollektiv trafik om, hvilke ruter der skal udbydes, og hvilket kvalitetsniveau der kræves med hensyn til tjenesteydelserne, og

— byens Trafikvæsen har produktionsenheder, der i økonomisk henseende er adskilt fra det øvrige trafikvæsen, herunder en enhed, som tilvejebringer tjenesteydelser med hensyn til busser og deltager i udbud herom.

Det andet præjudicielle spørgsmål

62. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50 eller artikel 34, stk. 1, i direktiv 93/38 gør det muligt i kriterierne for den kontrakt, der skal indgås på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, at medtage en nedsættelse i køretøjernes nitrogenoxidemissioner eller støjniveau, således at hvis bussernes nitrogenoxidemissioner eller støjniveau underskrider et bestemt niveau, giver materiellet ret til tillægspoint, som der skal tages hensyn til ved sammenligningen af buddene.

Parternes stilling

63. *Concordia* har gjort gældende, at de kriterier, der i en offentlig udbudsprocedure ligger til grund for afgørelsen, ifølge ordlyden af direktiv 92/50 altid skal være af økonomisk karakter. Såfremt den ordre-

givende myndighed havde til hensigt at tilgodese miljøhensyn eller andre betragtninger, skulle den have benyttet sig af en anden fremgangsmåde end et offentligt udbud.

64. Derimod har *alle de øvrige parter* gjort gældende, at det er tilladt at medtage miljøkriterier i de kriterier, der er afgørende for tildelingen af en offentlig kontrakt. De har først henvist til artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50 og artikel 34, stk. 1, litra a), i direktiv 93/38, der opregner eksempler på de forhold, som en ordregivende myndighed kan tage hensyn til, når den tildeler en kontrakt; herefter har de henvist til artikel 6 EF, der kræver, at der tages hensyn til beskyttelsen af miljøet i de andre fællesskabspolitikker; endelig har de henvist til ovennævnte domme i Beentjes-sagen og i Evans Medical og Macfarlan Smith-sagen, der accepterede, at den ordregivende myndighed vælger de kriterier, den finder relevante, når den vurderer de afgivne bud.

65. Der lægges imidlertid ikke vægt på de samme betragtninger i de forskellige indlæg.

66. *Helsinki by*, støttet af den *finske regering*, har anført, at det er i regeringens og landets indbyggeres interesse, at de giftige udledninger begrænses mest muligt. For selve Helsinki by, der er ansvarlig for beskyttelsen af miljøet på dens område, følger der således direkte besparelser herved, navnlig inden for det socialmedicinske område, der udgør ca. 50% af dens samlede budget. De forhold, der selv i et begrænset omfang bidrager til at forbedre befolkningens almindelige helbredstilstand, gør det muligt for byen at reducere disse omkostninger hurtigt og i betydeligt omfang.

67. Den *græske regering* har tilføjet, at det skøn, der er tillagt de nationale myndigheder med hensyn til valg af kriterier for tildeling af offentlige kontrakter, forudsætter, at dette valg ikke er vilkårligt, og at de kriterier, der tages hensyn til, ikke tilsidesætter bestemmelserne i EF-traktaten og navnlig de heri fastsatte grundlæggende principper, såsom etableringsretten, den frie udveksling af tjenesteydelser og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

68. Den *nederlandske regering* har præciseret, at de kriterier for tildeling af offentlige kontrakter, der anvendes af den ordregivende myndighed, altid skal have en økonomisk betydning. Regeringen har imidlertid vurderet, at denne betingelse er opfyldt i hovedsagen, idet Helsinki by både var ordregivende myndighed og økonomisk ansvarlig for miljøpolitikken.

69. Den *østrigske regering* har gjort gældende, at direktiverne om indgåelse af

offentlige kontrakter har indført to væsentlige begrænsninger i valget af kriterier for tildeling af offentlige kontrakter. For det første skal de kriterier, der vælges af den ordregivende myndighed, have forbindelse til den kontrakt, der skal tildeles, og gøre det muligt at afgøre, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige for ordregiveren. For det andet skal de nævnte kriterier være egnede til at styre det skøn, der er indrømmet den ordregivende myndighed, på et objektivt grundlag, og de må ikke føre til et vilkårligt valg.

70. Endvidere skal kriterierne for tildeling ifølge den østrigske regering være direkte forbundet med kontraktens genstand, have virkninger, der kan måles objektivt, og kunne ansættes økonomisk.

71. Den *svenske regering* har i samme retning gjort gældende, at den ordregivende myndigheds skøn er begrænset, for så vidt som kriterierne for tildeling skal have forbindelse til den kontrakt, der skal tildeles, og være egnede til at udvælge det bud, der er det økonomisk mest fordelagtige. Regeringen har tilføjet, at disse kriterier også skal være forenelige med traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser.

72. Ifølge *Det Forenede Kongeriges regering* skal bestemmelserne i artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50 og artikel 34, stk. 1, i direktiv 93/38 fortolkes således, at en myndighed eller en ordregivende myndighed ved tilrettelæggelsen af et udbud for tildeling af driften af transporttjenesteydelser med bus som et blandt flere kriterier for tildeling af kontrakten kan tage hensyn til miljøkriterier for at vurdere, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige, for så vidt som disse kriterier gør det muligt at sammenligne samtlige bud, er forbundet med de tjenesteydelser, der skal præsteres, og er blevet offentliggjort på forhånd.

73. Endelig er *Kommissionen* af den opfattelse, at de kriterier for tildeling af offentlige kontrakter, der kan tages hensyn til i forbindelse med vurderingen af, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige, skal opfylde fire betingelser. Disse kriterier skal være:

— objektive

— anvendelige på alle bud

— snævert forbundet med kontrakternes genstand

— indebære en økonomisk fordel, der direkte kommer den ordregivende myndighed til gode.

Vurdering

74. For at kunne besvare det andet spørgsmål vil det i første omgang være hensigtsmæssigt at undersøge ordlyden af direktiv 92/50, som jeg mener finder anvendelse i hovedsagen.

75. Artikel 36, stk. 1, litra a), i direktiv 92/50 bestemmer, at »[...] de ordregivende myndigheder [kan] lægge følgende kriterier til grund ved tildelingen af ordrer: når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, *f.eks.* [10] kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris«.

76. Helsinki by har gjort gældende, at kriterierne vedrørende nitrogendioxidemissioner og støjniveau indgår i kategorierne »kvalitet« og »teknisk værdi«, der udtrykkeligt er nævnt i ovennævnte bestemmelser. Kommissionen henviser i dens forslag til en besvarelse af det andet spørgsmål til »visse egenskaber ved busmateriellet«.

10 — Her fremhævet.

77. Jeg mener, at det er helt korrekt at betragte problemet ud fra denne synsvinkel. Emissionskriterierne er uløseligt forbundet med udformningen af det materiel, som Helsinki by ønsker benyttet ved udførelsen af bustjenesteydelserne. Det kan ikke forbydes en ordregivende myndighed at foreskrive anvendelse af det i teknisk henseende bedste materiel, der er tilgængeligt (»state of the art«), selv om den navnlig lægger vægt på en af dette materiels egenskaber, nemlig udstødningsgasser og motorernes støjniveau.

78. Mere generelt kan det bemærkes, at såfremt Helsinki by i sit udbud direkte havde præciseret, at driften af nettet udelukkende skulle varetages ved hjælp af gasdrevne busser, ville der have været tale om en »teknisk forskrift« vedrørende »egenskaber ved de tjenesteydelser, der er genstand for kontrakten« i henhold til Kommissionens grønbog fra 1996, som denne har citeret [11].

79. Kommissionen citerer ligeledes sin meddelelse om »Offentlige indkøb i Den Europæiske Union« [12], hvori den præciserede, at:

»Generelt kan enhver forvaltning, der ønsker det, ved definitionen af de varer

11 — Offentlige indkøb i Den Europæiske Union — overvejelser for fremtiden (KOM(96) 583 endelig udg.) af 27.11.1996, punkt 5.49.

12 — (KOM(98) 143 endelig udg.) af 11.3.1998.

eller tjenesteydelser, den ønsker at anskaffe, vælge de produkter og tjenesteydelser, der svarer til dens holdning til miljøbeskyttelse. De trufne foranstaltninger skal naturligvis være i overensstemmelse med traktatens regler og principper, især princippet om ikke-diskriminering.«

80. Det må gælde, at hvis den ordregivende myndighed på forhånd kan bestemme, at busserne skal være gasdrevne, kan den også i forbindelse med tildelingskriterierne give et antal point til de virksomheder, der kan varetage driften ved hjælp af busser, der opfylder særligt strenge miljøstandarder, og som kun busser af denne art kan opfylde.

81. Jeg mener altså, at spørgsmålet allerede kan afgøres udelukkende på grundlag af ovenstående betragtninger.

82. Hvis Domstolen imidlertid mener, at de omtvistede kriterier skal undersøges på en abstrakt måde, dvs. uafhængigt af deres tekniske grundlag, kan det efter min mening udledes af artikel 36, stk. 1, litra a), i direktiv 92/50 og navnlig af den ikke-udtømmende liste over kriterier, at direktiverne ikke på forhånd udelukker enhver mulighed for at anvende et miljømæssigt kriterium som i hovedsagen ved tildelingen af en offentlig kontrakt. Med henblik på at vurdere, i hvilken udstrækning det vil være tilladt at tage hensyn til et sådant kriterium, vil det imidlertid være hensigtsmæssigt sekundært at undersøge Domstolens retspraksis vedrørende disse eller tilsvarende bestemmelser.

83. De to domme, som parterne oftest har henvist til, er Beentjes- og Evans Medical og Macfarlan Smith-dommene.

84. I Beentjes-dommen blev Domstolen anmodet om på grundlag af en analyse af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [13] at udtale sig om udelukkelse af en bydende, fordi denne ikke var i stand til at beskæftige langtidsledige. I denne forbindelse bemærkede den indledningsvis, »at en sådan betingelse hverken vedrører undersøgelsen af entreprenørernes egnethed på grundlag af deres økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet eller kriterierne for tildeling af den pågældende kontrakt i direktivets artikel 29« [14].

85. Domstolen anså imidlertid ikke denne betingelse for at være uforenelig med

13 — EFT 1971 II, s. 613.

14 — Beentjes-dommen, præmis 28.

direktiv 71/305. Den fastslog faktisk senere, at »[d]et fremgår af den nævnte dom af 9. juli 1987 [CEI og Bellini] [15], at en sådan betingelse for at være forenelig med direktivet skal være i overensstemmelse med alle fællesskabsrettens relevante bestemmelser, navnlig de forbud, der følger af de i traktaten fastslåede principper om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser« [16].

86. Endvidere fastslog Domstolen, at »[s]elv om de kriterier, som er omtalt ovenfor, ikke i sig selv er uforenelige med direktivet, skal de anvendes under overholdelse af alle direktivets procedureregler, bl.a. de regler om offentliggørelse, som det indeholder« [17].

87. Dernæst fastslog Domstolen i Evans Medical og Macfarlan Smith-dommen med henvisning til Beentjes-dommen, at »ved valget af det økonomisk mest fordelagtige bud [kan de ordregivende myndigheder] vælge, hvilke kriterier for tildeling af ordren de ønsker at lægge til grund, når blot de vælger kriterier, der har til formål at fastslå det økonomisk mest fordelagtige bud« [18]. Den udledte heraf, at »forsyningssikkerheden [kan] indgå i de kriterier, der i henhold til direktivets artikel 25 (Rådets direktiv 77/62/EØF af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [19], som ændret ved Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 [20], skal lægges til grund ved afgørelsen af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige bud« [21].

88. Ud over disse to domme skal der i forbindelse med analysen tages hensyn til den nyere dom af 26. september 2000, Kommissionen mod Frankrig [22]. I denne dom fastslog Domstolen følgende:

»Det må understreges, at de kriterier, som de ordregivende myndigheder kan benytte ved tildelingen af kontrakter i overensstemmelse med artikel 30, stk. 1, i direktiv 93/37, kun er enten udelukkende den laveste pris eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, som varierer efter den pågældende kontrakt, f.eks. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi.

Denne bestemmelse udelukker imidlertid ikke enhver mulighed for, at de ordregivende myndigheder kan benytte en betingelse om bekæmpelse af arbejdsløshed, som

15 — Forenede sager 27/86-29/86, Sml. s. 3347.
16 — Beentjes-dommen, præmis 29.
17 — Beentjes-dommen, præmis 31.
18 — Evans Medical og Macfarlan Smith-dommen, præmis 42.
19 — EFT 1977 L 13, s. 1.
20 — EFT L 127, s. 1.
21 — Evans Medical og Macfarlan Smith-dommen, præmis 44.
22 — Sag C-225/98, Sml. I, s. 7445.

et kriterium, under forudsætning af at denne betingelse er i overensstemmelse med alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling, som det følger af traktatens bestemmelser om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser (se i denne retning Beentjes-dommen, præmis 29).

Hertil kommer, at selv om et sådant kriterium ikke i sig selv er uforeneligt med direktiv 93/37, skal det anvendes under overholdelse af alle direktivets procedureregler, bl.a. de regler om offentliggørelse, som det indeholder (se i denne retning om direktiv 71/305 i Beentjes-dommen, præmis 31). Det følger heraf, at et tildelingskriterium om bekæmpelse af arbejdsløshed skal være udtrykkeligt nævnt i udbudsbekendtgørelsen, for at entreprenørerne skal kunne skaffe sig kendskab til, at der stilles en sådan betingelse (se i denne retning Beentjes-dommen, præmis 36)« [23].

89. Selv om disse domme vedrører direktiverne om offentlige bygge- og anlægskontrakter (Beentjes-dommen og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig) og om indkøb (Evans Medical og Macfarlan Smith-dommen) finder Domstolens ræsonnement utvivlsomt anvendelse på direktiverne om offentlige tjenesteydelsesaftaler.

90. Som Domstolen allerede havde fastslået i Evans Medical og Macfarlan Smith-dommen finder »[Beentjes-dommen], der vedrører offentlige bygge- og anlægskontrakter [...] endvidere anvendelse på offentlige indkøbskontrakter, for så vidt der ikke på dette punkt findes forskelle mellem disse to typer [af] kontrakter« [24]. Det kan blot konstateres, at manglende forskelle også gør sig gældende i forhold til offentlige tjenesteydelsesaftaler.

91. Hvad angår anvendelse af denne retspraksis på problemet i hovedsagen forekommer det mig, at det uden tvivl kan udledes af de ovennævnte domme, at et miljømæssigt kriterium kan optræde blandt kriterierne for tildeling af tjenesteydelsesaftaler. Fællesnævneren for ovennævnte domme i Beentjes-sagen og i sagen Kommissionen mod Frankrig er netop efter min mening, at Domstolen heri har fastslået, at det er lovligt at medtage et kriterium, der tjener den almene interesse, blandt kriterierne for tildeling af en offentlig kontrakt. I Beentjes-dommen drejede det sig om en forpligtelse for den bydende til at beskæftige langtidsledige, mens det i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig drejede sig om en betingelse i tilknytning til en lokal indsats til bekæmpelse af arbejdsløshed.

92. Men det er uomtvisteligt, at miljøbeskyttelse ligeledes er et kriterium, der tjener den almene interesse. Der kan i denne henseende blot henvises til artikel 6 EF,

23 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 49-51.

24 — Evans Medical og Macfarlan Smith-dommen, præmis 43.

der bestemmer følgende »[m]iljøbeskyttelseskrav skal integreres i udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets politikker og aktioner som nævnt i artikel 3, især med henblik på at fremme en bæredygtig udvikling«.

93. Den tanke, at kriterier, der tjener den almene interesse, kan optræde blandt kriterierne for tildeling af en offentlig kontrakt, forekommer mig endvidere at følge en vis logik, eller endog en konkret logik. Da de offentlige myndigheder netop i alt væsentligt har til opgave at tjene den almene interesse, må denne også kunne udgøre en faktor, når de indgår en offentlig kontrakt.

94. Når dette er sagt, findes der naturligvis begrænsninger i mulighederne for at medtage et kriterium af almen interesse, såsom et miljømæssigt kriterium, blandt kriterierne for tildeling af en kontrakt.

95. Jeg kan udlede to begrænsninger af ovennævnte domme i Beentjes-sagen og i sagen Kommissionen mod Frankrig.

96. For det første skal kriteriet overholde de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling, der følger af de i traktaten fastslåede principper om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser [25].

97. For det andet skal kriterierne anvendes under overholdelse af alle direktivets procedureregler, bl.a. de regler om offentliggørelse, som det indeholder [26]. Det fremgår heraf, som Domstolen fastslog i Beentjes-dommen [27] og i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig [28], at tildelingskriteriet skal være nævnt i udbudsbekendtgørelsen, for at entreprenørerne skal kunne skaffe sig kendskab til, at der stilles en sådan betingelse.

98. Det forekommer mig, at disse to begrænsninger også gælder ved medtagelse af et miljømæssigt kriterium blandt kriterierne for tildeling af en kontrakt. Behovet for sådanne begrænsninger er uomtvisteligt, idet den første forhindrer, at de grundlæggende principper i fællesskabsretten ikke længere overholdes med begrundelse i den almene interesse, mens den anden sikrer en ligebehandling af de bydende, der er selve hovedformålet med lovgivningen om offentlige kontrakter [29]. Når der er

25 — Beentjes-dommen, præmis 29, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 50.

26 — Beentjes-dommen, præmis 31, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 51.

27 — Præmis 36.

28 — Præmis 51.

29 — Dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, kaldet »Storebælt«, Sml. I, s. 3353, præmis 33, og dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 51.

taget hensyn til disse to forbehold er der efter min mening intet til hinder for, at der tages hensyn til et kriterium, der imidlertid tjener den almene interesse, såsom et miljømæssigt kriterium.

99. Flere parter har imidlertid gjort rede for andre betingelser, der efter deres mening skal være opfyldt for, at et miljømæssigt kriterium kan medtages blandt kriterierne for tildeling af en offentlig kontrakt.

100. Nogle parter har fremhævet, at det miljømæssige kriterium skal have en økonomisk betydning. Den nederlandske regering har således gjort gældende, at kriteriet for at være gyldigt skal have en økonomisk dimension. Den østrigske regering mener, at kriteriet skal frembyde økonomiske fordele, der kan måles objektivt. Kommissionen har gjort gældende, at kriteriet skal indebære en økonomisk fordel, der direkte kommer den ordregivende myndighed til gode.

101. Selv om jeg kan tilslutte mig den teori, som adskillige parter har forsvaret, hvorefter det miljømæssige kriterium i sagen indebærer en økonomisk fordel for Helsinki by, mener jeg, at et miljømæssigt kriterium kan medtages blandt tildelingskriterierne uden, at det nødvendigvis er fastslået, at det har en økonomisk dimension eller, at det indebærer en direkte eller indirekte fordel for den ordregivende myndighed.

102. Det må ganske vist indrømmes, at Domstolen i Evans Medical og Macfarlan Smith-dommen fastslog, at »de ordregivende myndigheder ved valget af det økonomisk mest fordelagtige bud [kan] vælge, hvilke kriterier for tildeling af ordren de ønsker at lægge til grund, når blot de vælger kriterier, der har til formål at fastslå det *økonomisk* [30] mest fordelagtige bud« [31].

103. Efter min mening kan det imidlertid ikke udledes af det faktum, at det er op til den ordregivende myndighed at vælge det *økonomisk* mest fordelagtige bud, at hvert enkelt kriterium skal have økonomisk betydning eller skal frembyde en sådan dimension.

104. Det fremgår således af artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50, at ordregiveren eksempelvis kan medtage kriterier vedrørende en vares »æstetiske værdi«. Medmindre begrebet »økonomisk« fortolkes meget vidt, mener jeg, at det vil være vanskeligt at tillægge et æstetisk kriterium økonomisk betydning. Derfor kan jeg heller ikke se, hvordan det skulle kunne medføre en direkte økonomisk fordel for den ordregivende myndighed.

105. Endvidere er vi alle i det mindste siden drøftelserne om Kyoto-protokollen klar

30 — Her fremhævet.

31 — Præmis 42.

over, at miljøbeskyttelse er en betydelig udfordring, der berører hele verden. Det forekommer mig derfor ikke berettiget kun at acceptere et miljømæssigt kriterium, hvis det indebærer en økonomisk fordel for ordregiveren. Et sådant kriterium er ligeledes berettiget, hvis det frembyder en fordel for andre end ordregiveren eller for miljøet i almindelighed.

106. Endelig bekræftes det uhensigtsmæssige i en sådan betingelse i den form, som især Kommissionen kræver, efter min mening ligeledes af et svar, som Kommissionen gav på et spørgsmål, som blev fremsat under retsmødet. På spørgsmålet om, hvordan tildelingen af tillægspoint til bydende, som kan tilbyde drift med forsænkede busser, som det har været tilfældet, kan give Helsinki by en direkte økonomisk fordel, svarede Kommissionen, at dette ville øge ordregiverens indtægter, fordi handicappede og ældre så lettere ville kunne benytte busserne.

107. Men bortset fra, at en sådan fordel allerhøjest ville være indirekte, forekommer det mig mere hensigtsmæssigt at betragte tilskyndelsen til at anvende forsænkede busser som en tjeneste, der ydes visse befolkningsgrupper, og ikke som et middel til at øge ordregiverens indtægter.

108. Den østrigske og den svenske regering har ligeledes gjort gældende, at kriteriet skal være forbundet med kontraktens genstand. For den østrigske regering betyder dette, at kriteriet skal vedrøre den ydelse, der skal leveres eller retningslinjerne for udførelsen heraf. Kommissionen mener tilmed, at kriteriet skal være snævert forbundet med kontraktens genstand.

109. I denne sag er dette kriterium tydeligvis opfyldt.

110. Man kan imidlertid spørge sig selv, om det er berettiget at stille et sådant krav. I dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig fastslog Domstolen, at et tildelingskriterium vedrørende beskæftigelse, der hængte sammen med en lokal indsats til bekæmpelse af arbejdsløshed, var et lovligt kriterium med forbehold af de to begrænsninger, som jeg har nævnt ovenfor. Det samme gjorde sig gældende i Beentjes-dommen, hvori Domstolen accepterede en betingelse om beskæftigelse af langtidsledige.

111. Der var i begge tilfælde tale om en kontrakt om bygge- og anlægsarbejder. Dette arbejde kunne lige så godt have været udført af ikke-arbejdsløse. Den stillede betingelse var således ikke forbundet med kontraktens genstand, dvs. med det arbejde, der skulle udføres.

112. Jeg udleder heraf, at det ikke kan kræves, at et miljømæssigt kriterium i modsætning til et beskæftigelseskriterium skal være forbundet eller endog snævert forbundet med kontraktens genstand.

113. Endelig har Kommissionen understreget, at kriteriet skal være objektivt og gælde for alle bud.

114. Skønt man kan spørge sig selv, hvordan et kriterium som et buds æstetiske værdi, der tillades i artikel 36 i direktiv 92/50, kan defineres objektivt, er det tilstrækkeligt at fastslå, at i den foreliggende sag opfylder kriterierne om nitrogenoxidemissioner og støjniveau uden problemer denne betingelse.

115. De kan mængdebestemmes eller måles og overlader ikke den ordregivende myndighed noget skøn.

116. Betingelsen om, at kriteriet skal finde anvendelse på alle bud, er sammenfaldende med Domstolens første begrænsning, i henhold til hvilken tildelingskriteriet skal være i overensstemmelse med alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig *princippet om forbud mod forskelsbehandling*, som det følger af traktatens bestemmelser om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser [32].

117. Det fremgår af det anførte, at et kriterium om miljøbeskyttelse kan optræde blandt kriterierne for tildeling af en kontrakt, forudsat at dette kriterium er i overensstemmelse med alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling og de fire friheder, og at det anvendes under overholdelse af alle direktivets procedureregler, navnlig de regler om offentliggørelse, som det indeholder.

118. Inden jeg fremkommer med min konklusion på dette spørgsmål skal jeg kort opholde mig ved en analyse, som var fælles for den nederlandske og den østrigske regering samt Kommissionen, og som vedrører spørgsmålet om, hvorvidt kriterier vedrørende tjenesteydernes »kvalitets- og miljøprogrammer« kan tages i betragtning i forbindelse med vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige bud.

119. Jeg mener, at dette spørgsmål ligger uden for rammerne af denne præjudicielle forelæggelse.

32 — Beentjes-dommen, præmis 29, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 50.

120. I denne forbindelse henvises til spørgsmålet, som det blev forelagt af den forelæggende ret. Denne spørger, hvorvidt Helsinki by »i grundlaget for den kontrakt, som skal tildeles på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, *foruden*[33] den tilbudte pris, udøveren af transportvirksomheds kvalitets- og miljøsystem og flere andre egenskaber ved busmateriellet, *kan tage hensyn til*[34] de lave nitrogenoxidemissioner og det lave støjniveau [...]«.

121. Det er altså tydeligt, at den forelæggende ret ikke spørger Domstolen om, hvorvidt tildelingskriterier såsom »den tilbudte pris, udøveren af transportvirksomheds kvalitets- og miljøsystem og flere andre egenskaber« er antagelige, men kun om, hvorvidt kriteriet om »de lave nitrogenoxidemissioner og det lave støjniveau« er antageligt.

122. Endvidere oplyser den forelæggende ret, at HKL og Concordia modtog det samme antal point for kriteriet »udøveren af transportvirksomheds kvalitets- og miljøsystem«. Spørgsmålet om, hvorvidt dette kriterium er antageligt, er altså ikke relevant for en løsning af tvisten i hovedsagen, og jeg foreslår derfor, at det ikke behandles.

33 — Her fremhævet.
34 — Her fremhævet.

123. Henset til samtlige de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg, at den forelæggende ret gives det svar, at fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter, navnlig artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50, skal fortolkes således, at en ordregivende by, når den tilrettelægger et udbud om udførelse af bybustransportydelser beslutter at tildele en kontrakt til den bydende, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, kan tage hensyn til et kriterium vedrørende bussernes nitrogenoxidemissioner eller støjniveau, som det er sket i denne sag. Et sådant kriterium skal være i overensstemmelse med alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling og de fire friheder, og det skal anvendes under overholdelse af alle procedureregler i det direktiv, der finder anvendelse, navnlig de regler om offentliggørelse, som det indeholder.

Det tredje præjudicielle spørgsmål

124. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det alligevel er forbudt at tage hensyn til kriterier, der er forbundet med miljøbeskyttelse, såfremt det på forhånd er klart, at den ordregivende bys egen transportvirksomhed er en af de få virksomheder, der på grund af omstændighederne har mulighed for at tilbyde materiel, som opfylder de fastsatte betingelser.

Parternes stilling

125. *Concordia* har gjort gældende, at muligheden for at benytte busser, der kører på naturgas, som i praksis var de eneste, der opfyldte det supplerede kriterium om nedsættelse af nitrogenoxidemissioner og støjniveau, var meget begrænset. På udbudstidspunktet fandtes der således kun en eneste tankstation på hele det finske område, der solgte naturgas. Denne stations kapacitet ville have gjort det muligt at forsyne ca. 15 gasdrevne busser, og stationen var kun midlertidig. Umiddelbart inden det omtvistede udbud havde HKL imidlertid bestilt 11 nye gasdrevne busser, hvilket betød, at stationens kapacitet var fuldstændig udtømt, og at det ikke var muligt at forsyne andre køretøjer. Hertil kommer, at den eneste tankstation, der fandtes, var en midlertidig station. Concordia har fremført, at det ville have været absurd at antage, at de erhvervsdrivende skulle investere millioner i nye køretøjer, som det ville være umuligt at anvende, eller hvis anvendelse i det mindste ville være meget usikker.

126. Concordia har på grundlag heraf konkluderet, at HKL var den eneste bydende, der reelt havde mulighed for at tilbyde gasdrevne busser. Det følger heraf, at det omtvistede udbud med fastsættelsen af strengere krav end Euro 2-standarden kun havde til formål at favorisere ordregiverens produktionsenhed. Concordia har derfor foreslået, at det tredje spørgsmål besvares med, at tildeling af tillægspoint under hensyntagen til bussernes nitrogenoxidemissioner og nedsatte støjniveau ikke kan tillades, i det mindste ikke i det tilfælde, hvor samtlige erhvervsdrivende inden for den omhandlede sektor ikke har mulighed for, selv ikke teoretisk, at tilbyde tjenesteydelser, der giver ret til denne tildeling.

127. *Helsinki by* har først gjort gældende, at den ikke var forpligtet til at udbyde sin egen bustransport, uanset om dette bedømmes i henhold til fællesskabslovgivningen eller finsk lov. Da et udbud altid medfører arbejde og yderligere omkostninger, ville byen ikke have haft nogen rimelig grund til at tilrettelægge dette udbud, hvis den havde vidst, at kun den virksomhed, som den selv ejer, havde mulighed for at tilbyde køretøjer, der opfylder de i udbudsbekendtgørelsen fastsatte betingelser, eller hvis byen virkelig havde villet forbeholde sig selv udførelsen af denne transport.

128. *Helsinki by* har dernæst understreget, at det til dato er HKL, der forholdsmæssigt set er den store taber i forbindelse med udbuddene, og at det er Concordia, som har øget sin markedsandel i Helsinki mest. Helsinki by har ligeledes gjort gældende, at

Concordia i foråret 1999 vandt et udbud vedrørende linje 15 i bybusnettet, uanset at dette udbud krævede anvendelse af gasdrevne busser. Dette blev bekræftet af Concordia under retsmødet. Selskabet beviste således selv, at alle deltagerne på et hvilket som helst tidspunkt havde mulighed for at anskaffe naturgasdrevne busser, hvis de måtte ønske det.

129. Den *finske regering* er af den opfattelse, at det i sidste ende tilkommer den nationale ret at bedømme objektiviteten af de kriterier, der er fastsat i det i hovedsagen omtvistede udbud.

130. Den *græske regering* mener, at det tredje spørgsmål bør besvares bekræftende.

131. Den *nederlandske regering* har gjort gældende, at det følger af Domstolens praksis [35], at kriterier for tildeling altid skal være objektive, og at der ikke kan udøves nogen forskelsbehandling af de bydende.

132. Imidlertid har Domstolen i præmis 32 og 33 i Fracasso og Leitschutz-dommen faktisk fastslået, at når der kun er ét bud tilbage ved afslutningen af en procedure for indgåelse af offentlige kontrakter, er den ordregivende myndighed ikke forpligtet til at tildele ordren til den eneste bydende, der er blevet anset for egnet til at deltage i proceduren. Men det følger ikke heraf, at der, hvis der, som følge af de anvendte kriterier, kun er én bydende tilbage, er tale om ulovlige kriterier for tildeling.

133. Ifølge den nederlandske regering tilkommer det under alle omstændigheder den forelæggende ret at afgøre, om konkurrencen i hovedsagen faktisk er blevet fordrejet.

134. Ifølge *den østrigske regering* indebærer anvendelsen af de i hovedsagen omhandlede kriterier i princippet ingen problemer, selv i det tilfælde, hvor det som i den sag, der er anlagt ved den forelæggende ret, kun er et relativt begrænset antal af bydende, der er i stand til at opfylde kriterierne.

135. Den østrigske regering henleder imidlertid opmærksomheden på tiende betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EØF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb

35 — Dom af 16.9.1999, sag C-27/98, Fracasso og Leitschutz, Sml. I, s. 5697, præmis 30 og 31, og dommen i sagen Kommissionen mod Danmark.

og offentlige bygge- og anlægskontrakter [36], i henhold til hvilken ordregivende myndigheder kan søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde specifikationer til en bestemt udbudsforretning, forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrencen udelukkes.

136. Ifølge den østrigske regering kan det udledes af denne betragtning og af de principper, der ligger til grund for direktiverne om offentlige aftaler, at virksomheder, der direkte eller indirekte deltager i udarbejdelsen af et udbud, og hertil knyttede virksomheder, når der mellem disse findes et afhængighedsforhold, skal udelukkes fra at deltage i udbuddet, såfremt deres deltagelse har til følge, at konkurrence udelukkes.

137. Der er således fare for, at princippet om fri og loyal konkurrence og ligebehandling af alle ansøgere og bydende i henhold til direktiverne om offentlige kontrakter ikke vil blive overholdt, hvis en af deltagerne i udbuddet enten direkte eller indirekte har deltaget i udarbejdelsen af dette.

138. Den østrigske regering udleder heraf, at hvis de organisatoriske forbindelser, der i hovedsagen består mellem Helsinki by og HKL, har til følge, at sidstnævnte har kunnet få en eller anden form for indflydelse på udformningen af det projekt, der ligger til grund for udbuddet, og for så vidt HKL's deltagelse i udarbejdelsen af udbuddet udelukker konkurrence, bør HKL udelukkes fra at deltage.

139. Den *svenske regering* har gjort gældende, at det forhold, at der på en relevant måde tages hensyn til kriteriet vedrørende nitrogenemissioner, således som det er sket i hovedsagen, har medført, at den bydende, som kunne tilbyde gas- eller alkoholdrevne busser, blev tilgodeset. Men ifølge den svenske regering var der ikke noget, der forhindrede de øvrige bydende i at anskaffe sådanne busser. Sådanne køretøjer har været på markedet i mange år.

140. Den svenske regering har gjort gældende, at det forhold, at der gives tillægspoint på grund af lave nitrogenoxidemissioner og et begrænset støjniveau for de busser, som den bydende tilbyder at sætte i drift, ikke udgør en direkte forskelsbehandling, men anvendes uden forskel. Endvidere ser det ikke ud til, at denne godskrivning udgør en indirekte forskelsbehandling i den forstand, at den nødvendigvis har haft til formål at favorisere HKL. Følgelig har den svenske regering konstateret, at denne godskrivning heller ikke var til hinder for varernes og tjenesteydelsernes frie bevægelighed eller for den frie etableringsret.

36 — EFT L 328, s. 1.

141. Ifølge *Det Forenede Kongeriges regering* forbyder direktivet ikke tildeling af tillægspoint ved vurderingen af buddene, når det på forhånd er klart, at kun få virksomheder har mulighed for at opnå disse tillægspoint, for så vidt som den ordregivende myndighed på tidspunktet for udbudsbekendtgørelsen har oplyst om muligheden for at opnå sådanne tillægspoint.

142. *Kommissionen* minder om, at i henhold til Domstolens retspraksis[37] er overholdelsen af princippet om ligebehandling selve hovedformålet med direktiverne om offentlige kontrakter, hvilket er ensbetydende med, at konkurrencevilkårene mellem de bydende ikke må fordrejes.

143. Kommissionen er af den opfattelse, at den under hensyn til de forskellige opfattelser, som parterne i hovedsagen har givet udtryk for, ikke er i stand til at afgøre, om de i hovedsagen valgte kriterier tilsidesætter princippet om ligebehandling af de bydende. Det tilkommer derfor den nationale ret at udtale sig om dette spørgsmål og — på grundlag af objektive, relevante og samstemmende indicier — afgøre, om de nævnte kriterier udelukkende er blevet formuleret med det formål at vælge den virksomhed, der blev udvalgt til sidst, eller om de er blevet fastlagt med denne hensigt.

Vurdering

144. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om »det alligevel ikke er tilladt at give tillægspoint for ovennævnte egenskaber vedrørende materiellets nitrogenoxidemissioner og støjniveau, såfremt det på forhånd er klart, at den ordregivende bys egen myndighed [...] har mulighed for at tilbyde materiel, som har de nævnte egenskaber, der på grund af omstændighederne kun kan tilbydes af et fåtal af virksomheder inden for branchen«.

145. Der spørges i realiteten om, hvorvidt princippet om ligebehandling under samme omstændigheder er tilsidesat. Jeg vil nedenfor undersøge, om princippet er tilsidesat:

— når kun en enkelt virksomhed[38] er i stand til at opfylde det omtvistede tildelingskriterium

— når der endvidere er tale om en virksomhed, der tilhører ordregiveren.

37 — Se dommene i sagen Kommissionen mod Belgien og i sagen Kommissionen mod Danmark.

38 — Det, der gælder for en enkelt virksomhed, gælder ligeledes i de tilfælde, hvor kun »få virksomheder« er i stand til at opfylde kriteriet.

146. Med hensyn til det første punkt mener jeg ligesom den svenske regering, at der under de omstændigheder, der gør sig gældende i tvisten i hovedsagen, ikke er tale om hverken direkte eller indirekte forskelsbehandling af de forskellige potentielle bydende.

147. Det omtvistede kriterium blev anvendt uden forskel på alle bud, og det var tilsyneladende blevet offentliggjort i henhold til direktivets krav.

148. For at afgøre, om det pågældende kriterium har resulteret i en indirekte forskelsbehandling af Concordia, er det således ikke nok at konstatere, at selskabet er blevet behandlet anderledes end HKL i den forstand, at HKL har fået point, som Concordia ikke har fået.

149. Det fremgår således af Domstolens faste praksis, at princippet om ligebehandling kræver, at sammenlignelige situationer ikke behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre en sådan forskelsbehandling er objektivt begrundet [39].

150. Med forbehold af den vurdering, som den forelæggende ret skal foretage, forekommer det mig, at de to virksomheder i hovedsagen kun blev behandlet forskelligt, fordi de befandt sig i forskellige situationer, idet den ene var i stand til at tilbyde det krævede materiel og den anden ikke.

151. Endelig kan valget af et kriterium, som har givet anledning til forskellig tildeling af point, kun anses for at være et udtryk for forskelsbehandling, hvis det viser sig, at dette kriterium ikke var objektivt begrundet under hensyntagen til kontraktens art og den ordregivende myndigheds behov.

152. Men som anført ovenfor kan en ordregivende myndighed ikke nægtes retten til at kræve, at den pågældende tjenesteydelse varetages ved hjælp af det materiel, der opfylder højeste tekniske krav, der er til rådighed på markedet.

153. Hvis det modsatte var tilfældet, ville det svare til at tvinge den ordregivende myndighed til at fastsætte kriterierne afhængig af de potentielle bydende. Men da alle udbud indebærer en række kriterier [40], måtte den ordregivende myndighed så

39 — Se eksempelvis dom af 17.7.1963, sag 13/63, Italien mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 433, org.ref.: Rec. s. 335, af 13.12.1984, sag 106/83, Sermide, Sml. s. 4209, præmis 28, af 20.9.1988, sag 203/86, Spanien mod Rådet, Sml. s. 4563, præmis 25, og af 13.12.1994, sag C-306/93, SMW Winzersekt, Sml. I, s. 5555, præmis 30.

40 — I dette tilfælde blev der ligeledes givet tillægspoint til bydende, der f.eks. tilbød busser, der var forsænket fortil eller fuldstændig forsænket.

afgøre, hvilke der kun kunne opfyldes af en enkelt og derefter fjerne dem fra udbuddet. Det er muligt, at en bydende ikke er i stand til at opfylde et kriterium, mens en anden bydende ikke er i stand til at opfylde et andet kriterium.

154. Men en sådan fremgangsmåde ville ikke alene resultere i en form for »anvendelse af laveste fællesnævner« på tildelingskriterierne ved at udelukke alle egentligt selektive kriterier. Den ville også fjerne ethvert indhold fra den ret, som Domstolen har indrømmet den ordregivende myndighed til selv at vælge de kriterier for tildeling af ordren, de ønsker [41]. Når man tænker nærmere over det, ville en fastsættelse af kriterier, der afhænger af de bydende, efter min mening være i modstrid med princippet om ligebehandling. Hvis en ordregivende myndighed således fjernede et eller flere kriterier fra et udbud med den begrundelse, at en eller flere bydende ikke ville være i stand til at opfylde det, ville den dermed stille den bydende, som ville være i stand til at opfylde kriteriet, dårligere ved at fjerne den fordel, som denne ville kunne have påberåbt sig.

155. Med hensyn til det første punkt kan jeg altså fastslå, at det faktum, at der i et udbud tages hensyn til et kriterium, som kun en enkelt bydende er i stand til at opfylde, ikke udgør en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling.

41 — Evans Medical og Macfarlan Smith-dommen, præmis 42.

156. Er situationen en anden, når denne bydende, som HKL, er en virksomhed, der tilhører den ordregivende myndighed?

157. I dette tilfælde gør et af følgende to forhold sig gældende:

— enten har HKL ikke beslutningsbeføjelser og beføjelser til selvstændigt at varetage den økonomiske og finansielle forvaltning i forhold til den ordregivende myndighed; i dette tilfælde er der tale om en situation, som ikke er omfattet af direktivet, idet HKL så ikke er en tredjepart, som Helsinki by har indgået kontrakt med

— eller også er HKL reelt uafhængig af Helsinki by, hvilket jeg forudsætter i besvarelsen af det første spørgsmål; i dette tilfælde vil det faktum, at HKL er »den ordregivende bys egen virksomhed, der driver bustransport«, ikke som sådan give anledning til problemer i forhold til princippet om ligebehandling, medmindre det kan godtgøres, at medtagelsen af det omtvistede kriterium i udbuddet ikke havde andet formål end at favorisere HKL [42].

42 — Jeg går naturligvis ud fra, at den ordregivende myndighed har tildelt pointene på en objektiv og neutral måde.

158. Der er her tale om et rent faktuelt spørgsmål, som skal afgøres af den forelæggende ret.

159. I denne forbindelse vil jeg opholde mig lidt ved den østrigske regerings overvejelser vedrørende en bydendes deltagelse i udarbejdelsen af et udbud.

160. Jeg kan fuldstændigt tilslutte mig den østrigske regerings holdning om, hvorefter en sådan deltagelse vil være ulovlig, idet den vil være en tilsidesættelse af selve princippet om ligebehandling af alle bydende. I denne forbindelse henvises til dommen i sagen Ismeri Europa mod Revisionsretten [43], i hvilken Domstolen kvalificerede »den omstændighed, at en person, som deltager i bedømmelsen og udvælgelsen af bud på en offentlig kontrakt, selv får tildelt en sådan kontrakt« som en »sammenblanding af interesser«, idet det blev tilføjet, at en sådan omstændighed er »en karakteristik af den alvorlige mangel, som den pågældende institution eller det pågældende organ er behæftet med« (præmis 47).

161. Med hensyn til ligebehandling af alle de bydende forekommer det mig imidlertid at være næsten lige så alvorligt, at den bydende, der får tildelt kontrakten, reelt har deltaget i udarbejdelsen af udbuddet, som den bydendes deltagelse i bedømmelsen og udvælgelsen af buddene.

162. Men der er ikke noget i forelæggelseskendelsen, der indikerer, at HKL rent faktisk skulle have deltaget i udformningen af det omtvistede udbud. Helsinki by understregede endog under retsmødet, at en sådan deltagelse ikke har fundet sted. Den forelæggende ret har heller ikke forelagt Domstolen spørgsmål i denne henseende. Jeg mener ikke, at det vil være hensigtsmæssigt at besvare dette punkt.

163. Under disse omstændigheder foreslår jeg, at det tredje spørgsmål besvares således, at en ordregivers ret til i et udbud at lade et af tildelingskriterierne for en kontrakt, der vedrører drift af en bybustjeneste, være det anvendte materiels nitrogenoxidemissioner og støjniveau, som det var tilfældet i tvisten i hovedsagen, ikke bortfalder, fordi det konstateres, at den ordregivende myndigheds egen transportvirksomhed er en af de få virksomheder, der har mulighed for at tilbyde materiel, der opfylder de nævnte kriterier, medmindre det kan godtgøres, at dette kriterium kun blev medtaget med henblik på at favorisere den pågældende virksomhed.

43 — Dom af 10.7.2001, sag C-315/99 P, Sml. I, s. 5281.

V — Forslag til afgørelse

164. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, besvares således:

»1) Bestemmelserne om anvendelsesområdet for Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation og navnlig dets artikel 2, stk. 1, litra a), stk. 2, litra c), og stk. 4, skal fortolkes således, at nævnte direktiv ikke finder anvendelse på en procedure som den, der er genstand for tvisten i hovedsagen.

2) Fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter, navnlig artikel 36, stk. 1, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne for indgåelse af tjenesteydelsesaftaler, skal fortolkes således, at en by, når den som ordregivende myndighed i forbindelse med en offentlig kontrakt vedrørende udførelse af bybustransportydelser beslutter at tildele en kontrakt til den bydende, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, kan tage hensyn til et kriterium som det, der i den foreliggende sag vedrører bussernes nitrogenoxidemissioner eller støjniveau. Dette kriterium skal anvendes i overensstemmelse med de grundlæggende principper i fællesskabsretten, navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling og de fire friheder, samt under overholdelse af alle procedureregler i det direktiv, der finder anvendelse, navnlig de regler om offentliggørelse, som det indeholder.

3) En ordregivers ret til i et udbud at lade et af tildelingskriterierne for en kontrakt, der vedrører drift af en bybustjeneste, være det anvendte materiels nitrogenoxidemissioner og støjniveau, som det var tilfældet i tvisten i hovedsagen, bortfalder ikke, fordi det konstateres, at den ordregivende myndigheds egen transportvirksomhed er en af de få virksomheder, der har mulighed for at tilbyde materiel, der opfylder de nævnte kriterier, medmindre det kan godtgøres, at dette kriterium kun blev medtaget med henblik på at favorisere den pågældende virksomhed.«