FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 10. oktober 2002 [1]

I — Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse fra det østrigske Bundesvergabeamt vedrører fortolkningen af visse bestemmelser i direktiv 89/665/EØF [2] og direktiv 93/36/EØF [3]. Nærmere bestemt vedrører sagen spørgsmålet, om de ansvarlige klageinstanser i sager om udbud af offentlige kontrakter af egen drift og uafhængigt af parternes påstande kan tage alle de faktiske omstændigheder, som de finder relevante for bedømmelsen af udbudsprocedurens lovlighed, i betragtning. Endvidere ønsker den forelæggende ret oplyst, om en sådan beslutning, der er truffet af egen drift, kan få konsekvenser for klagers mulighed for at kræve erstatning som følge af uregelmæssigheder i forbindelse med udbuddet. Endelig er der rejst spørgsmål om lovligheden af bestemte kriterier, som er anvendt i den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure.

1 — Originalsprog: nederlandsk.

2 — Rådets direktiv af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33).

3 — Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).

II — Relevante retsregler

A — *Fællesskabsbestemmelserne*

2. Det bestemmes i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, som ændret ved artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1):

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 7, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret.«

3. Artikel 2, stk. 1, 6 og 8, i direktiv 89/665 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

[...]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

[...]

6. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser på den kontrakt, som er indgået efter tildeling af en kontrakt, fastlægges efter national ret.

Endvidere kan en medlemsstat, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, bestemme, at den ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, er begrænset til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.

[...]

8. Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af den kompetente myndighed i første instans, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til traktatens artikel 177 [nu artikel 234 EF], og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og til myndigheden i første instans.

Udnævnelsen af medlemmerne af denne uafhængige instans og udløbet af deres embedsperiode er undergivet de samme betingelser, som gælder for dommere, for så vidt angår den myndighed, der er ansvarlig for deres udnævnelse, varigheden af deres embedsperiode og muligheden for deres afsættelse. Formanden for denne uafhængige instans skal mindst have samme juridiske og faglige kvalifikationer som en dommer. Den uafhængige instans træffer sine afgørelser efter en kontradiktorisk procedure, og disse afgørelser har på grundlag af bestemmelser, som fastsættes af hver medlemsstat, retsvirkninger med bindende kraft.«

4. Artikel 15 i direktiv 93/36, hvilken bestemmelse findes i direktivets afsnit IV, kapitel 1 (»Fælles regler for deltagelse«), bestemmer i stk. 1:

»Tildeling af ordren sker på grundlag af kriterierne i kapitel 3 i dette afsnit og under overholdelse af artikel 16, efter at kvalifikationerne hos de leverandører, som ikke er udelukket i henhold til artikel 20, er efterprøvet af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne for økonomisk, finansiel og teknisk formåen som anført i artikel 22, 23 og 24.«

5. Artikel 23 i direktiv 93/36, hvilken bestemmelse er indeholdt i direktivets afsnit IV, kapitel 2 (»Kriterier for kvalitativ udvælgelse«), bestemmer i stk. 1:

»Bevis for leverandørens tekniske formåen kan tilvejebringes på en eller flere af følgende måder, afhængig af arten, mængden og anvendelsen af de varer, der skal leveres:

a) fremlæggelse af en liste over de væsentligste leveringer, der er gennemført i løbet af de sidste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager:

— når det drejer sig om leveringer til offentlige myndigheder, skal leveringerne godtgøres ved attester, der er udstedt eller påtegnet af den kompetente myndighed

— når det drejer sig om leveringer til private købere, skal leveringerne attesteres; er dette ikke muligt, skal leverandøren blot erklære, at leveringerne har fundet sted

[...]

d) prøver, beskrivelser og/eller fotografier af de varer, der skal leveres; deres ægthed skal kunne attesteres på den ordregivende myndigheds anmodning

[...]«

6. Artikel 26 i direktiv 93/36, hvilken bestemmelse findes i direktivets afsnit IV, kapitel 3 (»Kriterier for tildeling af ordrer«), bestemmer i stk. 1:

»De kriterier, som den ordregivende myndighed skal lægge til grund ved tildeling af ordrer, er:

a) enten udelukkende den laveste pris

b) eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, som varierer alt efter det pågældende indkøb; f.eks. pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetisk og funktionsmæssig karakter, teknisk værdi, kundeservice og teknisk bistand.«

B — *Nationale bestemmelser*

7. Såvel direktiv 93/36 som direktiv 89/665 er blevet gennemført i østrigsk ret ved Bundesvergabegesetz[4] (forbundslov om indgåelse af offentlige kontrakter, herefter »BvergG«).

8. BvergG's § 113 bestemmer:

»1. Bundesvergabeamt har kompetence til på begæring at gennemføre klageprocedurer i henhold til nedenstående bestemmelser.

2. Indtil tildelingen af kontrakten har Bundesvergabeamt kompetence til, med henblik på at bringe overtrædelser af nærværende forbundslov og de i henhold hertil udstedte bestemmelser til ophør,

a) at fastsætte foreløbige forholdsregler, samt

b) at annullere ulovlige beslutninger, truffet af den ordregivende myndighed.

4 — Bundesvergabegesetz 1997, BGBl. I, 1997/56.

3. Efter tildelingen af kontrakten, eller efter udbudsprocedurens afslutning, har Bundesvergabeamt kompetence til at fastslå, at kontrakten som følge af en overtrædelse af nærværende forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser ikke er blevet tildelt den bydende, der afgav det bedste bud.

[...]«

9. § 115, stk. 1 og 5, lyder som følger:

»1. En erhvervsdrivende, som gør gældende, at han har interesse i indgåelsen af en kontrakt, der er omfattet af denne forbundslov, kan indgive klage over en beslutning, truffet af den ordregivende myndighed under en udbudsprocedure, med påstand om, at beslutningen er ulovlig, når han som følge af den påståede ulovlighed har lidt eller vil kunne lide skade.

[...]

5. Klagen skal indeholde:

1) en nøjagtig angivelse af den pågældende udbudsprocedure samt af den anfægtede beslutning

[...]«

10. I henhold til § II, stk. 2, litra c), nr. 40a, i Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (østrigsk lov af 1991 om forvaltningslovenes ikrafttræden) finder Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (østrigsk almindelig forvaltningslov af 1991) anvendelse på Bundesvergabeamts sagsbehandling.

11. § 39, stk. 1 og 2, i Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 bestemmer:

»1. Undersøgelsesproceduren gennemføres i henhold til de almindelige sagsbehandlingsregler.

2. Såfremt de almindelige sagsbehandlingsregler ikke indeholder bestemmelse herom,

skal myndigheden af egen drift træffe bestemmelse om undersøgelsesprocedurens forløb under iagttagelse af de i dette afsnit indeholdte forskrifter.

[...]«

III — Tvisten i hovedsagen og den administrative procedure

12. Den 2. marts 2000 udskrev Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Aktiengesellschaft, som ordregivende myndighed, repræsenteret ved Autobahnmeisterei St. Michael/Lungau, et offentligt udbud på europæisk plan vedrørende levering af et »specialkøretøj: ny gadefejemaskine, driftsklar og forsynet med de fornødne myndighedsgodkendelser, til Autobahnmeisterei Kalwang, motorvej A9 (Phyrn-Autobahn)«.

13. Buddene blev åbnet den 25. april 2000. Ud over fire andre bydende indgav sagsøgeren i hovedsagen, GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (herefter »GAT«), som østrigsk generalrepræsentant for den tyske fabrikant Bucher-Schörling et bud på 3 547 020 ATS ekskl. moms. Firmaet ÖAF & Steyrs bud lød på 4 174 290 ATS netto, og en anden bydendes bud lød på 4 168 690 ATS ekskl. moms.

14. I udbudsbetingelserne bestemmes under punkt B.1.13 »Vurdering af buddene« følgende:

»B.1.13. Vurdering af buddene

Udvælgelsen af det teknisk og økonomisk mest fordelagtige bud sker efter princippet om den laveste pris. Det er en grundlæggende betingelse, at de tilbudte køretøjer opfylder de i udbudsbetingelserne angivne specifikationer.

Vurderingen foretages således:

Ved vurderingen af tilbuddene gås der i hvert enkelt tilfælde ud fra det laveste bud, og pointtallet beregnes i forhold til dette bud.

[...]

2) Øvrige kriterier:

For øvrige kriterier gives maksimalt 100 point, som indgår i den samlede vurdering med 20%.

2.1. Referenceliste for kunder til fejemaskiner i de alpine områder i Den Europæiske Union (referencer affattet på tysk): vægtning 20 point

Vurderingsformel:

Højeste antal kunder, divideret med det næsthøjeste antal, gange 20 point.«

15. Den 16. maj 2000 forkastede den ordregivende myndighed GAT's bud med den begrundelse, at det ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, fordi det tilbudte udstyr til fortovsrensning kun kunne anvendes ved temperaturer ned til 0 °C, mens der i udbudsbetingelserne var stillet krav om en funktionstemperatur på mindst -5 °C. Desuden havde GAT, selv om den ordregivende myndighed havde opfordret hertil, ikke opfyldt betingelsen om, at der skulle være mulighed for en besigtigelse af udstyret inden for en radius af 300 km fra den ordregivende myndigheds hjemsted. Den ordregivende myndighed satte endvidere spørgsmålstegn ved den af GAT tilbudte pris. Endelig havde GAT på trods af den ordregivende myndigheds opfordring hertil ikke tilstrækkeligt redegjort for det tekniske system for rengøring af reflektorerne på den tilbudte maskine.

16. I overensstemmelse med tildelingsforslaget af 31. juli 2000 blev virksomheden ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG tildelt kontrakten ved skrivelse af 23. august 2000. De øvrige bydende var ved skrivelse af 12. juli 2000 blevet underrettet om, at kontrakten var blevet tildelt en anden bydende. GAT var ved skrivelse af 17. juli 2000 blevet underrettet om, at selskabets bud var blevet forkastet, og blev ved skrivelse af 5. oktober 2000 gjort bekendt med, hvem der var kontraktmodtager, samt med kontraktsummen.

17. Den 17. november 2000 indgav GAT en klage til Bundesvergabeamt med begæring om, at det blev fastslået, at kontrakten ikke var blevet tildelt den bydende, som havde afgivet det bedste bud, hvorved GAT gjorde gældende, at selskabets bud ulovligt var blevet forkastet. Den tekniske beskrivelse af reflektorrengøringen, som havde været vedlagt GAT's bud, var ifølge GAT tilstrækkelig klar for en fagmand. GAT havde desuden indbudt den ordregivende myndighed til at besigtige sin leverandørs fabrik. GAT understregede endvidere, at det tildelingskriterium, hvorefter der skulle

være »mulighed for besigtigelse af kontraktgenstanden inden for en radius af 300 km fra den ordregivende myndigheds hjemsted«, var i strid med fællesskabsretten, fordi det udgjorde en indirekte forskelsbehandling. Den ordregivende myndighed skulle have anerkendt alle referencegenstande i Europa. Desuden kunne dette kriterium kun anvendes som tildelingskriterium og ikke, som den ordregivende myndighed efterfølgende med urette har gjort, som egnethedskriterium. Det var ifølge GAT ganske vist rigtigt, at den af firmaet tilbudte grundversion af gadefejemaskinen ikke kan anvendes ved temperaturer under 0° C, men den ordregivende myndighed havde forbeholdt sig muligheden for at erhverve en option. Med optionen kan maskinen som forlangt i udbudsbetingelserne anvendes ved temperaturer ned til -5° C. Endelig var den pris, GAT tilbød, på ingen måde unormalt lav. GAT havde tværtimod været i stand til at forklare sin gunstige pris tilstrækkeligt over for ÖSAG.

IV — De præjudicielle spørgsmål

18. Da Bundesvergabeamt fandt det fornødent at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse, har den ved kendelse af 11. juli 2001 forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Følger det af artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665/EØF, af en anden bestemmelse i dette direktiv eller af en anden fællesskabsretlig bestemmelse, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 1, herunder den, som er tillagt de i direktivets artikel 2, stk. 1, litra c), omhandlede beføjelser, ikke af egen drift og uafhængigt af parternes påstande kan tage de udbudsretligt relevante omstændigheder, som efter den ansvarlige instans' opfattelse er af betydning for afgørelsen i klageproceduren, i betragtning?

b) Er artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665/EØF, eventuelt sammenholdt med andre fællesskabsretlige principper, til hinder for, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 1, herunder den, som er tillagt de i direktivets artikel 2, stk. 1, litra c), omhandlede beføjelser, afviser et krav fra en bydende, der indirekte har til formål at opnå erstatning, i et tilfælde, hvor udbudsproceduren allerede på grund af en anden beslutning fra den ordregivende myndighed end den, som denne bydende anfægter, er retsstridig med den begrundelse, at den skade, som den bydende eventuelt har lidt, også ville være indtrådt af andre grunde, uafhængigt af den anfægtede afgørelse?

2) Såfremt spørgsmål 1) a) besvares benægtende, spørges: Forbyder bestemmelserne i direktiv 93/36/EØF, navnlig

bestemmelserne i dette direktivs artikel 15-26, at den ordregivende myndighed ved gennemførelsen af udbudsproceduren ikke tager referencer vedrørende de varer, som de bydende har tilbudt, i betragtning under efterprøvningen af de bydendes egnethed, men betragter dem som et tildelingskriterium, således at en negativ vurdering af referencerne ikke vil medføre, at den bydende udelukkes fra udbudsproceduren, men kun fører til, at hans bud vurderes mindre gunstigt, f.eks. som led i et pointsystem, hvor en ugunstig vurdering af referencerne f.eks. kan kompenseres ved en lavere pris?

3) Såfremt spørgsmål 1) a) og 2) besvares benægtende, spørges: Er et tildelingskriterium, hvorefter varereferencer bliver vurderet således, at kun antallet af referencer tages i betragtning, og det ikke materielt efterprøves, om erhververnes erfaringer med varen var gode eller dårlige, og der desuden kun tages hensyn til referencer fra de alpine regioner i Den Europæiske Union, foreneligt med de relevante fællesskabsretlige bestemmelser, herunder artikel 26 i direktiv 93/36, ligebehandlingsprincippet samt Fællesskabernes folkeretlige forpligtelser?

4) Er et tildelingskriterium, hvorefter kun en mulighed for at besigtige den udbudte genstand, der er beliggende inden for en radius af 300 km fra den ordregivende myndigheds etableringssted, kan vurderes positivt, foreneligt med de fællesskabsretlige bestemmelser, navnlig med ligebehandlingsprincippet?

5) Såfremt spørgsmål 2) besvares bekræftende eller spørgsmål 3) eller 4) besvares benægtende, spørges: Skal artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665/EØF, eventuelt sammenholdt med andre fællesskabsretlige principper, fortolkes således, at såfremt den ordregivende myndigheds retsstridige adfærd består i at opstille et retsstridigt tildelingskriterium, har den bydende kun krav på erstatning, såfremt det konkret kan godtgøres, at den bydende uden det retsstridige tildelingskriterium ville have afgivet det bedste bud?«

V — Vurdering

19. Under denne sag er der indgivet skriftlige indlæg af GAT, den østrigske regering og Kommissionen. Såvel Kommissionen som den østrigske regering har rejst tvivl om, hvorvidt de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Dette spørgsmål skal derfor behandles først.

A — *Bundesvergabeamts kompetence til at forelægge præjudicielle spørgsmål*

20. Kommissionen har rejst det spørgsmål, om den præjudicielle forelæggelse skal afvises med den begrundelse, at Bundesvergabeamts afgørelser ikke har karakter af retsafgørelser. Kommissionen har herved henvist til de bemærkninger, den har fremsat i sag C-314/01, Siemens og ARGE Telekom & Partner, der verserer for Domstolen. I denne sag har Kommissionen anført, at Bundesvergabeamt opfylder kriterierne for at være en ret i artikel 234 EF's forstand, men at dens afgørelser ikke har karakter af retsafgørelser. I denne forbindelse har Kommissionen henvist til Domstolens praksis, hvorefter de nationale retter kun kan forelægge spørgsmål for Domstolen, hvis der verserer en tvist for dem, og hvis forelæggelsen sker med henblik på afgørelse af en retssag. Kommissionen har særligt henvist til sag C-134/97, Victoria Film [5], og sag C-178/99, Salzmann [6]. Kommissionen har rejst tvivl om, hvorvidt Bundesvergabeamts afgørelser har karakter af retsafgørelser, idet den forelæggende ret i sag C-314/01 har anført, at Bundesvergabeamts afgørelser i henhold til BVergG's § 113, stk. 2, andet punktum, ikke indeholder påbud, der kan tvangsfuldbyrdes over for den ordregivende myndighed. Under disse omstændigheder vil Kommissionen ikke udelukke, at Bundesvergabeamts afgørelser ikke har karakter af retsafgørelser.

5 — Dom af 12.11.1998, Sml. I, s. 7023, præmis 14.

6 — Dom af 14.6.2001, Sml. I, s. 4421, præmis 14.

B — *Formaliteten vedrørende de præjudicielle spørgsmål*

21. Efter den østrigske regerings opfattelse kan spørgsmål 1) a) og spørgsmål 5) ikke antages til realitetsbehandling. Disse spørgsmål er nemlig ifølge forelæggelseskendelsen blevet rejst i forbindelse med en procedure efter BVergG's § 113, stk. 3. En sådan procedure er ikke en klageprocedure i direktiv 89/665's forstand, men er blot en anerkendelsesprocedure. I denne forbindelse har den østrigske regering anført, at lovgiver har gjort brug af den i artikel 2, stk. 6, andet punktum, i direktiv 89/665 fastsatte mulighed for at bestemme, at der efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, kun kan kræves skadeserstatning. Bundesvergabeamt er den instans, som i direktivets forstand har ansvaret for klageproceduren. Bundesvergabeamt er imidlertid ikke tillagt de beføjelser, som er omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665. I anerkendelsesprocedurer i henhold til § 113, stk. 3, kan Bundesvergabeamt blot fastslå, om der er sket tilsidesættelse af udbudsreglerne eller ej (jf. den tilsvarende bestemmelse i BVergG's § 117, stk. 3). Årsagen til, at denne opgave er blevet overdraget Bundesvergabeamt, er ifølge den østrigske regering af procesøkonomisk karakter. For det første er Bundesvergabeamt som følge af sin sagkundskab på udbudsområdet bedst egnet til at løfte denne opgave. For det andet undgår man herved en divergerende afgørelsespraksis, høje procesomkostninger og en lang sagsbehandlingstid. Kompetencen til at tilkende erstatning er derimod tillagt de civile domstole. Anerkendelsesproceduren ved Bundesvergabeamt skal gå forud for en erstatningssag ved de civile domstole, idet en

sådan erstatningssag ellers vil skulle afvises i henhold til BVergG's § 125, stk. 2. I henhold til denne bestemmelse er Bundesvergabeamts afgørelser bindende for de civile domstole og for parterne i sagen for Bundesvergabeamt. Det følger efter den østrigske regerings opfattelse heraf, at anerkendelsesproceduren ikke er en klageprocedure i direktiv 89/665's forstand, og at en besvarelse af spørgsmål 1) a) og spørgsmål 5) derfor ikke er nødvendig for afgørelsen af hovedsagen.

C — *Vurdering*

22. Kommissionen bestrider ikke, at Bundesvergabeamt opfylder de i Domstolens tidligere praksis opstillede betingelser for, at et organ har karakter af en ret. Kommissionen har imidlertid rejst det spørgsmål, om Bundesvergabeamts afgørelser er truffet inden for rammerne af en procedure, som afsluttes med en afgørelse, der har karakter af en retsafgørelse. Den østrigske regering har derimod fremsat indsigelse imod, at spørgsmål 1) a) og spørgsmål 5) antages til realitetsbehandling. Efter denne regerings opfattelse er en besvarelse af disse spørgsmål ikke nødvendig for Bundesvergabeamts afgørelse af sagen. De forelagte spørgsmål vedrører nemlig aspekter af sagen, som Bundesvergabeamt ikke har kompetence til at udtale sig om.

23. I det følgende vil jeg nu behandle den formalitetsindsigelse, som er fremsat af Kommissionen. Dette kan gøres i korthed. Det kan ikke bestrides, at der er tale om en ret i artikel 234 EF's forstand. Domstolen har allerede flere gange (stiltiende) anerkendt dette[7]. Spørgsmålet om, hvorvidt Bundesvergabeamts afgørelser udviser flere af de kendetegn, som en retsafgørelse har, er for nylig blevet behandlet i generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i sag C-411/00, Felix Swoboda[8]. Generaladvokat Mischo har med føje anført, at en instans meget vel kan træffe afgørelser, der har karakter af retsafgørelser, selv om den ikke har kompetence til at udstede påbud. Til støtte herfor har generaladvokaten henvist til, at Domstolen — bortset fra i sager om fastsættelse af foreløbige forholdsregler — heller ikke selv har en sådan kompetence. Jeg kan tilslutte mig dette synspunkt. Som anført i det nævnte forslag til afgørelse har Bundesvergabeamt ganske vist ikke kompetence til at meddele de ordregivende myndigheder påbud, men har dog kompetence til at annullere disses beslutninger, og instansens afgørelser er bindende. Den sag, hvori generaladvokat Mischo fremsatte forslag til afgørelse, vedrørte et tilfælde, hvor Bundesvergabeamt ikke længere kunne annullere den ordregivende myndigheds beslutning, idet kontrakten allerede var blevet tildelt, hvorfor der efter østrigsk ret kun kunne tildeles erstatning. I et sådant tilfælde har Bundesvergabeamt i henhold til BVergG's § 113, stk. 3, fortsat kompetence til at fastslå, om kontrakten er blevet tildelt den bydende, som afgav det bedste bud. En sådan

7 — Jf. f.eks. dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, af 24.9.1998, sag C-111/97, EvoBus Austria, Sml. I, s. 5411, af 16.9.1999, sag C-27/98, Fracasso og Leitschutz, Sml. I, s. 5697, af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, af 7.12.2000, sag C-324/98, Teleaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, og af 7.12.2000, sag C-94/99, ARGE, Sml. I, s. 11037.

8 — Forslag til afgørelse fremsat den 18.4.2002, dom af 14.11.2002, Sml. I, s. 10567, på s. 10570.

afgørelse er ikke uden betydning. For det første fremgår det af BVergG's § 125, stk. 2, at en sådan procedure ved Bundesvergabeamt er en nødvendig forudsætning for, at en efterfølgende erstatningssag ved de civile domstole kan antages til realitetsbehandling. For det andet er parterne og de civile domstole bundet af Bundesvergabeamts afgørelse. Jeg kan derfor tilslutte mig generaladvokat Mischos konklusion, hvorefter Bundesvergabeamt som retsinstans har kompetence til at foretage præjudicielle forelæggelser.

24. Det skal herefter undersøges, om alle forelagte spørgsmål skal realitetsbehandles, hvilket den østrigske regering bestrider. Republikken Østrig har gjort gældende, at anerkendelsesproceduren ikke er en klageprocedure i direktiv 89/665's forstand. Jeg deler ikke denne opfattelse.

25. Det fremgår af opbygningen af de østrigske bestemmelser, at beføjelserne i henhold til direktivets artikel 2, stk. 1, litra a) og b), er tillagt Bundesvergabeamt, og at beføjelserne i henhold til direktivets artikel 2, stk. 1, litra c), er tillagt de civile domstole. Den østrigske lovgiver har ved denne opgavefordeling gjort brug af bestemmelsen i direktivets artikel 2, stk. 2. Endvidere har Republikken Østrig gjort brug af adgangen i henhold til direktivets artikel 2, stk. 6, til at bestemme, at den ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, er begrænset til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.

26. Direktivet forpligter medlemsstaterne til at fastsætte beføjelser i forbindelse med begæringer om foreløbige forholdsregler, annullation af beslutninger og tilkendelse af erstatning. Den omstændighed, at den østrigske lovgiver i østrigsk ret har fastlagt en todelt procedure for behandlingen af erstatningskrav (den procedure ved Bundesvergabeamt, som den østrigske regering kalder en anerkendelsesprocedure, og den egentlige erstatningssag ved de civile domstole), ændrer ikke på, at Bundesvergabeamt har kompetence til at foretage præjudicielle forelæggelser. Dette gælder så meget desto mere, fordi den civile domstol er bundet af Bundesvergabeamts afgørelse. Procedurerne er derfor snævert forbundne. Det ville være til skade for direktivets effektive virkning, hvis Bundesvergabeamt ikke kunne forelægge spørgsmål til præjudiciel afgørelse i forbindelse med den såkaldte anerkendelsesprocedure.

27. Det fremgår nemlig af det østrigske regelsæt, at Bundesvergabeamt fastslår, om de krav, som kan udledes af udbudsdirektiverne, er opfyldt. Denne konstatering får som ovenfor anført retlige følger, idet der på grundlag heraf kan anlægges et erstatningssøgsmål ved de civile domstole. Eftersom Bundesvergabeamts afgørelser har retlige følger, kan der forelægges spørgsmål til præjudiciel afgørelse inden for rammerne af en anerkendelsesprocedure, hvorunder det særligt skal efterprøves, om fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter

eller de nationale bestemmelser, som gennemfører fællesskabsbestemmelserne, er blevet tilsidesat.

28. Jeg deler ikke den østrigske regerings standpunkt, hvorefter det første præjudicielle er irrelevant. Det er netop den nævnte instans, der skal afgøre, om der foreligger en tilsidesættelse af gældende ret. Dette er relevant i relation til spørgsmålet om, hvorvidt klageinstansen også af egen drift kan tage aspekter af sagen, som ikke er blevet fremført af parterne, i betragtning. Det forholder sig anderledes for så vidt angår det femte spørgsmål. Dette vedrører spørgsmålet om, hvornår den bydende har krav på erstatning, hvilket efter østrigsk ret er et spørgsmål, som skal afgøres ved de civile domstole. Om der i det konkrete tilfælde består et erstatningskrav, skal således afgøres af den civile domstol på grundlag af de nationale bestemmelser.

29. Jeg når herefter til den slutning, at det østrigske Bundesvergabeamt har kompetence til at forelægge spørgsmål til præjudiciel afgørelse, og at samtlige spørgsmål, som er forelagt af denne ret, skal realitetsbehandles, med undtagelse af den femte spørgsmål.

VI — Realiteten

A — *Spørgsmål 1) a)*

30. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det er i strid med direktivets artikel 2, stk. 8, eller en anden fællesskabsretlig bestemmelse at tage udbudsretligt relevante omstændigheder i betragtning af egen drift.

31. I forelæggelseskendelsen har Bundesvergabeamt anført, at Bundesvergabeamt ifølge § 39, stk. 2, i Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 af egen drift skal træffe bestemmelse om og efterprøve, om også andre tildelingskriterier end det af klageren anfægtede er lovlige. Såfremt det viser sig, at også andre kriterier er ulovlige, kan dette føre til, at klagen afvises. Bundesvergabeamt finder, at denne følge af formuleringen af BvergG's § 113, stk. 3, sammenholdt med officialmaksimen i forvaltningssager, principielt er forenelig med fællesskabsretten. Når der henses til ånden bag BvergG's § 113, stk. 3, kan det dog synes tvivlsomt, om denne følge er i overensstemmelse med princippet om en effektiv retsbeskyttelse.

32. Den forelæggende ret har endvidere anført, at den principielt ikke mener, at der er fællesskabsretlige bestemmelser, som er til hinder for, at den ansvarlige instans handler af egen drift, om end det må indrømmes, at der er et vist modsætningsforhold mellem inddragelsen af spørgsmål af egen drift i forvaltningssager og en kontradiktorisk sagsbehandling.

33. Bundesvergabeamt finder det derfor nødvendigt at foretage en præjudiciel fore-

læggelse i henhold til artikel 234, stk. 3, EF. Den umiddelbare anledning hertil er den østrigske Verfassungsgerichtshofs dom af 8. marts 2001. I denne dom var der rejst spørgsmål om, hvorvidt en inddragelse ex officio er forenelig med princippet i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665 om en kontradiktorisk klageprocedure. Den østrigske Verfassungsgerichtshof erklærede en række af Bundesvergabeamts afgørelser for ugyldige med den begrundelse, at Bundesvergabeamt af egen drift havde inddraget spørgsmål om ulovlige forhold i forbindelse med udbudsproceduren.

34. Kommissionen har gjort gældende, at det ikke er et krav efter direktiv 89/665, at klageprocedurens forløb for den uafhængige instans, som er omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 8, udelukkende bestemmes af parternes påstande, og at det derfor ikke er udelukket, at den uafhængige instans også selv kan inddrage forhold, som har relevans for sagen, såfremt parterne får adgang til at udtale sig. Også den østrigske regering, som herved har henvist til sine bemærkninger i Primetzhofer-sagen [9], har anført, at en inddragelse ex officio ikke er i strid med direktivets artikel 2, stk. 8, første del af sidste punktum.

35. GAT har i det væsentlige vedrørende følgerne af en inddragelse ex officio anført, at det er i strid med direktivet af egen drift at inddrage omstændigheder, som ikke er fremført af parterne, i forbindelse med vurderingen.

36. Jeg skal hertil først bemærke, at Bundesvergabeamt er en ret i artikel 234 EF's forstand. Domstolen har allerede udtalt, at medlemsstaterne i henhold til artikel 2, stk. 8, første afsnit, i direktiv 89/665 ved oprettelsen af en ordning for kontrol med indgåelsen af offentlige kontrakter har et valg mellem to muligheder. Enten er den instans, som udpeges som ansvarlig for klageprocedurerne, en retsinstans, eller også er den ikke en retsinstans. I det sidstnævnte tilfælde skal den udpegede instans' afgørelser kunne appelleres eller indbringes for en retsinstans eller en anden instans, som for at sikre en hensigtsmæssig prøvelse skal opfylde de særlige betingelser, som er opstillet i artikel 2, stk. 8, andet afsnit, i direktiv 89/665 [10]. Da Bundesvergabeamt skal anses for at være en retsinstans (»første mulighed«), finder denne garantiforanstaltning ikke anvendelse. Det af den østrigske regering og Kommissionen anførte om, at en inddragelse ex officio ikke er i strid med artikel 2, stk. 8, første del af sidste punktum, er derfor irrelevant i den foreliggende sag. Det er dog fortsat et relevant spørgsmål, om den forelæggende ret har rejst spørgsmålet i sin egenskab af en »ret«. Endvidere er den omstændighed,

9 — Denne retssag er i mellemtiden afsluttet, jf. kendelse af 11.7.2002, sag C-464/00 (ikke trykt i Samling af Afgørelser).

10 — Dom af 4.2.1999, sag C-103/97, Köllensperger og Atzwanger, Sml. I, s. 551, præmis 27-30. Jf. også dom af 4.3.1999, sag C-258/97, HI, Sml. I, s. 1405, præmis 14-19.

at afgørelsen skal træffes inden for rammerne af en kontradiktorisk procedure, en af de faktorer, som Domstolen tager hensyn til ved vurderingen af, om der er tale om en ret i artikel 234 EF's forstand.

37. Jeg er af den opfattelse, at en kontradiktorisk procedure ikke udelukker, at den ansvarlige instans af egen drift kan inddrage forhold i en forvaltningssag. En kontradiktorisk procedure indebærer i faktisk henseende, at begge parter har gensidig adgang til at imødegå hinandens synspunkter, før den ansvarlige instans træffer en afgørelse, og at de, når denne instans af egen drift inddrager forhold under prøvelsen, også får adgang til at fremkomme med bemærkninger hertil. Endvidere skal medlemsstaterne ifølge direktivet sikre tilstrækkelige, effektive og formålstjenlige klageprocedurer. De er imidlertid frit stillet med hensyn til udformningen heraf. De kan således bestemme, at en ret af egen drift kan inddrage omstændigheder, som er relevante for bedømmelsen. Hvorvidt Bundesvergabeamt er forpligtet til at tage alle relevante omstændigheder i betragtning ved sin bedømmelse, uafhængigt af parternes påstande, er et spørgsmål, som vil blive behandlet i forbindelse med det efterfølgende præjudicielle spørgsmål. Jeg er således af den opfattelse, at det ikke er i strid med direktivet, at forhold, som er relevante for udbudsproceduren, tages i betragtning ex officio og uafhængigt af parternes påstande, såfremt det formål, som forfølges med direktivet, nemlig en effektiv retsbeskyttelse, sikres.

B — *Spørgsmål 1) b)*

38. Bundesvergabeamt ønsker med spørgsmål 1) b) oplyst, om artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, eventuelt sammenholdt med andre fællesskabsretlige principper, er til hinder for, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, afviser et krav fra en bydende, der indirekte har til formål at opnå erstatning, i et tilfælde, hvor udbudsproceduren allerede af andre — ikke nærmere anførte — grunde er retsstridig.

39. I forelæggelseskendelsen har Bundesvergabeamt til spørgsmål 1) a) og 1) b) anført, at det fremgår af BvergG's § 113, stk. 3, og § 115, stk. 1, at Bundesvergabeamt under en klageprocedure, når kontrakten er tildelt, skal efterprøve, om den af klageren anfægtede beslutning er lovlig, men at der i et sådant tilfælde kun kan gives klageren medhold, hvis netop den anfægtede retsstridige beslutning har ført til, at kontrakten ikke er tildelt den bydende, som i lovens forstand afgav det bedste bud. Såfremt udbudsproceduren derfor allerede er grundlæggende retsstridig på grund af en anden (muligvis tidligere) beslutning truffet af den ordregivende myndighed, og såfremt denne anden beslutning fra den ordregivende myndighed netop ikke blev anfægtet af klageren under klageproceduren, kan der således ikke gives klageren medhold. Dette fører til, at en bydende, som anfægter en bevisligt retsstridig beslutning fra den ordregivende myndighed, alligevel ikke opnår erstatning, fordi en anden, ikke anfægtet beslutning fra den ordregivende myndighed allerede har ført til, at udbudsproceduren er retsstridig. I et sådant til-

fælde er klageren netop ikke »skadelidt« som følge af det påklagede retsstridige forhold, som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, fordi skaden, eventuelt i form af forgæves omkostninger ved udarbejdelse af et tilbud, allerede var forårsaget af et andet (tidligere) retsstridigt forhold fra den ordregivende myndigheds side.

40. Efter GAT's opfattelse er Bundesvergabeamts afgørelsespraksis i strid med det krav om en effektiv retsbeskyttelse, som kan udledes af Fællesskabets udbudsregler. GAT har herved henvist til Verfassungsgerichtshofs dom, hvori denne ret på grundlag af sin praksis nåede til den konklusion, at adgangen til at indgive klage på grundlag af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 skal fortolkes udvidende, og at den står åben for enhver, der ved at afgive et bud har tilkendegivet en interesse i udbuddet. I denne dom nåede Verfassungsgerichtshof til det resultat, at det under hensyn til den vide retsbeskyttelse af ansøgere og bydende synes at være tvivlsomt, om Bundesvergabeamts opfattelse, hvorefter en bydendes anmodning om iværksættelse af en klageprocedure ikke kan efterkommes, når den pågældende udbudsprocedure allerede er mangelfuld af andre grunde, er forenelig med fællesskabsretten.

41. Som eksempel har GAT henvist til, at Bundesvergabeamt i hovedsagen har givet udtryk for, at udbuddet skulle have været annulleret, såfremt proceduren var forløbet forskriftsmæssigt, fordi tildelingskriteriet vedrørende en referenceliste hverken var lovligt i henhold til fællesskabsretten eller i henhold til de østrigske udbudsregler. Dette kriterium er ikke omfattet af den af GAT indgivne klage. Efter Bundesvergabeamts opfattelse medfører dette imidlertid, at selskabets krav på erstatning bortfalder. En sådan retspraksis, hvor Bundesvergabeamt af egen drift fastslår, at proceduren er ulovlig, kan være retmæssig, hvis dette finder sted inden tildelingen af kontrakten. I så fald kan der udskrives et nyt udbud, hvor de ulovlige kriterier ikke finder anvendelse. Den bydende har således ikke lidt skade, idet han vil kunne afgive et nyt bud. Imidlertid er der efter tildelingen af kontrakten ikke mulighed for afhjælpning. De bydende har desuden bedømt deres retsstilling alene på grundlag af det, der konkret har fundet sted. Det er derfor ifølge GAT også dette hændelsesforløb, som klageproceduren skal baseres på.

42. GAT har anført, at Bundesvergabeamts retspraksis overvælter ansvaret for en forskriftsmæssig gennemførelse af udbudsproceduren på den bydende, mens den ordregivende myndighed klarer frisag i relation til procedurer, som ikke forløber forskriftsmæssigt. Det påhviler ikke den bydende at bringe alle overtrædelser i forbindelse med en udbudsprocedure, herunder også kun potentielle overtrædelser, frem i lyset. Adgangen til få behandlet sin klage knytter sig nemlig til den bydendes subjektive rettigheder, dvs. når han har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en overtrædelse.

43. Såvel Kommissionen som den østrigske regering har foreslået, at spørgsmålet besvares bekræftende. Kommissionen har anført, at der i henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 skal være adgang til klageprocedurerne for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. Hvad angår omfanget af efterprøvelsen af beslutninger truffet af ordregivende myndigheder har Kommissionen henvist til forslag til afgørelse fra generaladvokat Tizzano i sag C-92/00 [11]. De dér anførte betragtninger gælder efter Kommissionens opfattelse ikke kun for klager over de ordregivende myndigheders beslutninger, men også for erstatningskrav fremsat i henhold til artikel 2, stk. 1, litra c), især da direktivet ikke begrænser adgangen til at fremsætte erstatningskrav.

44. Den østrigske regering har gjort gældende, at et benægtende svar på spørgsmålet ville føre til, at en klage må afvises, selv om den er begrundet, fordi den skade, klageren har lidt, er opstået på grund af andre uregelmæssigheder ved udbuddet end dem, han har gjort gældende. En klager ville derfor være tvunget til systematisk at gøre alle uregelmæssigheder ved proceduren gældende for at kunne få medhold. Denne opfattelse kan være i strid med direktiv 89/665, som stiller krav om, at der hurtigt og effektivt træffes en afgørelse vedrørende ethvert retsstridigt forhold, som er gjort gældende af klageren. På den anden side er der også noget, der taler for, at spørgsmålet udelukkende skal afgøres efter national ret, idet direktivet ikke indeholder udtrykkelige bestemmelser herom.

45. Domstolen har flere gange udtalt, at direktiv 89/665 tager sigte på, såvel på nationalt plan som på fællesskabsplan, at styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af Fællesskabets direktiver vedrørende offentlige kontrakter. Direktivets artikel 1, stk. 1, pålægger derfor medlemsstaterne at indføre effektive og hurtige klageprocedurer. Der skal være mulighed for at indgive klage over de ordregivende myndigheders beslutninger uden begrænsning med hensyn til disse beslutningers art og indhold [12]. Dette formål er til hinder for en fortolkning og anvendelse af direktivet, som medfører, at de bydendes klagemuligheder indskrænkes direkte eller indirekte. Dette gælder efter min opfattelse også for sager om tilkendelse af erstatning. Ifølge direktivets artikel 1, stk. 3, skal der være adgang til klageprocedurerne (herunder procedurer, hvori der er fremsat krav om erstatning) for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. Der er ikke noget sted

11 — Jf. punkt 23 og 24 i forslag til afgørelse (dom af 18.6.2002, HI, Sml. I, s. 3553).

12 — Alcatel Austria m.fl.-dommen, nævnt i fodnote 7. Se også dom af 18.6.2002, HI, nævnt i fodnote 11.

i direktivet givet mulighed for at indskrænke denne adgang. Tværtimod har medlemsstaterne efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, kun mulighed for at begrænse adgangen til en procedure til en adgang til at fremsætte et erstatningskrav, som dog står åben for »personer, som har lidt skade på grund af en overtrædelse«. Det fremgår hverken af ordlyden af artikel 1, stk. 3, eller af ordlyden af artikel 2, stk. 6, at den berørte bydendes mulighed herfor kan indskrænkes.

46. Den praksis, som den forelæggende ret har beskrevet, medfører, at en bydende, som lider skade på grund af en overtrædelse fra den ordregivende myndigheds side, på trods heraf ikke kan rejse krav om erstatning. En bydende, som er af den opfattelse, at han med urette ikke er blevet tildelt en kontrakt, har nemlig ikke nødvendigvis kendskab til, at der allerede i forbindelse med udvælgelsen af de bydende er anvendt et ulovligt kriterium, når han selv opfylder dette ulovlige kriterium og det derfor ikke har været til skade for ham. Hvis han allerede i udvælgelsesfasen var blevet udelukket på grundlag af et ulovligt kriterium, kunne han have handlet på dette stadium af proceduren.

47. Det ville i det foreliggende tilfælde være uforeneligt med den fællesskabsretlige målsætning, såfremt en prøvelse foretaget af Bundesvergabeamt af egen drift måtte føre til, at en ulovlig handling foretaget i forhold til en bydende ikke længere kunne udgøre grundlag for fremsættelse af et erstatningskrav. Dette gælder så meget desto mere, når den kontrakt, som indgås efter tildelingen, ikke længere kan anfægtes.

C — *Spørgsmål 2)*

48. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktiv 93/36 er til hinder for, at en referenceliste vedrørende de varer, som de bydende har tilbudt, tages i betragtning som et tildelingskriterium.

49. Ifølge forelæggelseskendelsen tildeler den ordregivende myndighed points for denne liste, uden at der tages hensyn til de pågældende kunders erfaringer med varen. Desuden skal listen vedrøre kunder i de alpine områder i EU, hvilket til dels behandles i de følgende spørgsmål. Det foreliggende spørgsmål går ud på, om en sådan liste kan spille en rolle ved vurderingen af buddene i stedet for som et kvalitativt udvælgelseskriterium.

50. I det væsentlige har såvel Kommissionen som den østrigske regering anført, at der her snarere er tale om et egnethedskriterium end om et tildelingskriterium, og at der er i strid med systematikken i direktiv 93/36 at tage en referenceliste

vedrørende de varer, som de bydende har tilbudt, i betragtning som et tildelingskriterium og ikke som et kriterium for de bydendes egnethed.

51. Domstolen har hidtil anlagt en streng sondring mellem egnethedskriterier (»Udvælgelse af de bydende«) på den ene side og tildelingskriterier (»Udvælgelse af buddene«) på den anden side [13]. Der er tale om to adskilte skridt inden for rammerne af udbudsproceduren, og de er undergivet forskellige regler. Udvælgelsen af den bydende sker i henhold til den pågældendes økonomiske, finansielle og tekniske formåen. Det er i artikel 22, 23 og 24 i direktiv 93/36 — ikke-udtømmende — reguleret, ved hvilke referencer eller bevismidler beviset for den bydendes formåen kan føres. Med hensyn til den tekniske formåen følger det af direktivets artikel 23, at beviset herfor kan tilvejebringes ved fremlæggelse af en liste over de væsentligste leveringer. Før tildelingen af kontrakten kan der ske udvælgelse på grundlag af den laveste pris eller på grundlag af kriterier til fastslåelse af det økonomisk mest fordelagtige bud. Artikel 26, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36 opregner en række eksempler på sådanne kriterier. Selv om denne opregning ikke er udtømmende og det står den ordregivende myndighed frit for at vælge andre kriterier, kan dette valg kun omfatte kriterier, som er egnede til fastslåelse af det økonomisk mest fordelagtige bud [14]. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at referencelisten i den foreliggende sag gælder som et tildelingskriterium. Som anført af Kommissionen og den østrigske regering egner en referenceliste, for hvilken der tildeles bestemte points uden hensyntagen til de erfaringer, som de på listen opførte tidligere ordregivere måtte have, sig fuldt ud som et kvalitativt udvælgelseskriterium, men ikke som et tildelingskriterium. Jeg deler denne opfattelse. Den foreliggende referenceliste siger muligvis noget om den bydendes erfaring og fagkundskab, men en sådan liste egner sig ikke til fastslåelse af det økonomisk mest fordelagtige bud. En sådan referenceliste giver nemlig ingen oplysninger om de leverede ydelser, kundeservice, driftsomkostninger eller andre kriterier, som egner sig til fastslåelse af, hvilket tilbud som i sidste ende vil være det økonomisk mest fordelagtige for ordregiver.

52. Det ovenstående fører til den konklusion, at det er uforeneligt med artikel 26 i direktiv 93/36 at anvende en liste som den i den foreliggende sag omhandlede som et tildelingskriterium. Som et yderligere argument skal jeg bemærke, at det ikke fremgår af forelæggelseskendelsen, hvilke referencer de pågældende bydende har skullet fremlægge som bevis for deres tekniske formåen. Den omstændighed, at dette krav

13 — Dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635. Denne dom vedrørte Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), hvis systematik svarer til systematikken i direktiv 93/36.

14 — Jf. f.eks. dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, og Beentjes-dommen, nævnt i fodnote 13.

ikke kan udgøre et tildelingskriterium, betyder ikke, at det er egnet som et kriterium for de bydendes egnethed.

D — *Spørgsmål 3)*

53. Dette spørgsmål hænger sammen med det forudgående. Strengt taget er det ikke fornødent at besvare dette spørgsmål, idet det kun er stillet for det tilfælde, at spørgsmål 1) a) og spørgsmål 2) besvares benægtende. Det fremgår af vurderingen af det forudgående spørgsmål, at benyttelsen af en liste, der ikke indeholder nogen oplysninger, som er relevante for bedømmelsen af, om buddet er det økonomisk mest fordelagtige, ikke kan udgøre et tildelingskriterium. Jeg vil i det følgende særligt gå ind på spørgsmålet om, hvorvidt det er foreneligt med fællesskabsretten alene at tage hensyn til referencer for de alpine områder i EU.

54. Ifølge Kommissionen kan den omstændighed, at der udelukkende er taget hensyn til referencer fra de alpine områder i EU, være diskriminerende. Også den østrigske regering hælder til dette synspunkt.

55. Jeg deler denne opfattelse. Det fremgår af vurderingen af det forudgående spørgsmål, at den ordregivende myndighed udelukkende kan benytte sig af tildelingskriterier, som er egnede til fastslåelse af det økonomisk mest fordelagtige bud, og at anvendelsen af en referenceliste ikke er egnet hertil. Dette gælder utvivlsomt også, når disse kundereferencer er begrænset til referencer fra de alpine områder i EU. Uanset om listen betegnes som et tildelingskriterium eller som et kvalitativt udvælgelseskriterium, er den i alle tilfælde diskriminerende. Som anført af den østrigske regering er det i lige så høj grad muligt at foretage en sammenligning med erfaringerne i andre bjergområder, som udviser sammenlignelige klimatologiske og topologiske karakteristika. En bydende vil måske ikke kunne opnå det krævede pointtal, fordi en stor del af hans kundekreds er etableret i alpine områder i Schweiz eller f.eks. i Pyrenæerne. Det kan heroverfor anføres, at dette gælder, uanset om den bydende har sit nationale tilhørsforhold i Østrig, i en anden EU- eller EØS-medlemsstat eller i en stat, hvormed der er indgået en international aftale. I praksis vil kravet om, at kundelisten kun kan vedrøre de alpine områder i EU, dvs. de østrigske alper og den forholdsvis lille del af Alperne, som ligger i Italien og Frankrig, imidlertid føre til, at de virksomheder, som faktisk er etableret i Østrig, får en fortrinsstilling på grund af deres placering.

56. Jeg når herefter til den konklusion, at anvendelsen af geografisk begrænsede kriterier umiddelbart fører til, at kredsen af

bydende indskrænkes efter en geografisk målestok, og at et sådant kriterium i sagens natur diskriminerer potentielle bydende, som ikke opfylder det geografiske kriterium.

E — *Spørgsmål 4)*

57. Dette spørgsmål vedrører tildelingskriteriet, hvorefter kun en mulighed for at besigtige den udbudte genstand, der er beliggende inden for en radius af 300 km fra den ordregivende myndigheds etableringssted, kan vurderes positivt. Kommissionen har hertil anført, at det følger af artikel 23, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36, at den ordregivende myndighed kan forlange prøver, beskrivelser og/eller fotografier af de varer, der skal leveres, som bevis for leverandørens formåen. Kravet om en mulighed for at besigtige den udbudte genstand inden for en radius af 300 km er derfor et egnethedskriterium. Også Republikken Østrig har anført, at der er tale om et egnethedskriterium og ikke om et tildelingskriterium. Desuden er et sådant kriterium ifølge den østrigske regering diskriminerende, fordi bydende i den ordregivende myndigheds nærhed, dvs. oftest virksomheder, som er etableret i samme medlemsstat eller tæt ved grænsen, bliver foretrukket.

58. GAT har i denne forbindelse anført, at BVergG's § 60 bestemmer, hvordan beviset for den tekniske formåen kan tilvejebringes. Som regel sker dette ved attester, fotografier og prøver. BVergG tillader kun i undtagelsestilfælde en direkte kontrol, nemlig når de varer, der skal leveres, er komplekse (BVergG's § 60, stk. 2). Det følger ligeledes af denne bestemmelse, at kravet om mulighed for besigtigelse ikke må udformes således, at referencegenstanden skal befinde sig i den ordregivende myndigheds nærhed. Et sådant kriterium er i strid med målsætningerne for Fællesskabets udbudsregler, da det indskrænker mulighederne for at deltage i udbuddet for producenter og leverandører fra andre medlemsstater. Derfor bestemmer BVergG's § 60, stk. 2, at en besigtigelse på stedet kan gennemføres enten af den ordregivende myndighed eller på dennes vegne af en kompetent myndighed i den medlemsstat, hvor den bydende er etableret. Ifølge BVergG skal en ordregivende myndighed, såfremt den tekniske kompleksitet af varer, der skal leveres, kræver en nærmere undersøgelse, anerkende alle varer, som befinder sig i Europa, ved bedømmelsen af den tekniske formåen. GAT har anført, at der ikke findes nogen tilsvarende bestemmelse for så vidt angår undersøgelsen af, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige. Alligevel antages det i Østrig overvejende, at der i et udbud med henblik på bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud kan fastsættes bestemmelse om en besigtigelsesadgang eller et tilsvarende bevis, såfremt særegenheder ved den udbudte genstand gør dette nødvendigt. Der er ingen grund til at sondre imellem, om besigtigelsesadgangen er fastsat som et egnethedskriterium eller som et tildelingskriterium. En adgang for den ordregivende myndighed til forlange en besigtigelse i nærheden af myndighedens hjemsted nærmer sig en skjult forskelsbehandling, fordi det oftest kun vil være østrigske virksomheder, som kan opfylde dette krav. Noget andet vil kun være tilfældet, hvis der er tale om serievarer eller mindre varer, hvor fremsendelse af en

prøve normalt er tilstrækkelig. I det foreliggende tilfælde skal hensynet til producenterne veje tungest, således at den ordregivende myndighed ikke må forlange, at besigtigelsen udelukkende kan finde sted i nærheden af dens hjemsted.

59. Som ved besvarelsen af de forudgående spørgsmål gælder det, at der i forbindelse med tildelingskriteriet »økonomisk mest fordelagtige bud« kun må anvendes kriterier, der er egnede til fastslåelse heraf. Jeg kan ikke se, hvorledes kriteriet »mulighed for besigtigelse inden for en radius af 300 km« kan bidrage hertil. Der er således snarere tale om et egnethedskriterium end om et tildelingskriterium. Kriteriet er også ulovligt, fordi en radius på 300 km udgør en egentlig begrænsning. Det virker nemlig til fordel for bydende, hvis kundekreds og/eller forretningssted befinder sig i den ordregivende myndigheds nærhed, og som derfor oftest har samme nationale tilhørsforhold som den ordregivende myndighed. Der er herved tale om en forskelsbehandling på grundlag af oprindelseslandet for de pågældende varer og/eller tjenesteydelser og på grundlag af leverandørernes nationale tilhørsforhold. Bortset herfra kan jeg heller ikke se, at det skulle være nødvendigt at begrænse muligheden for at besigtige genstandene på stedet til en radius på 300 km fra den ordregivende myndigheds hjemsted. Som anført af GAT kan der gøres brug af andre muligheder, såfremt en besigtigelse af genstanden på stedet ønskes.

F — *Spørgsmål 5)*

60. I punkt 29 kom jeg til den konklusion, at dette spørgsmål må afvises, eftersom Bundesvergabeamt efter tildeling og indgåelse af kontrakten kun har beføjelse til at fastslå, om det offentlige udbud er forløbet forskriftsmæssigt, og om kontrakten er tildelt den bydende, som afgav det bedste bud, men ikke til at tilkende erstatning. For det tilfælde, at Domstolen ikke måtte dele min opfattelse på dette punkt, vil jeg alligevel behandle dette spørgsmål.

61. Jeg lægger til grund, at der foreligger en overtrædelse, og at denne overtrædelse består i, at der er anvendt et ulovligt tildelingskriterium. Herefter opstår spørgsmålet, om den bydende kun har krav på erstatning, når det konkret kan godtgøres, at hans bud ville have været det bedste bud, såfremt det ulovlige tildelingskriterium ikke var blevet anvendt.

62. Til dette spørgsmål har den forelæggende ret anført, at fællesskabsretten ikke udtrykkeligt bestemmer, under hvilke omstændigheder det kan lægges til grund, at en bydende må anses for faktisk at have lidt skade som følge af en overtrædelse. Det er i praksis svært at bevise, hvordan denne bydendes bud ville have været udformet, såfremt det ulovlige kriterium ikke var blevet anvendt. På den anden side er undersøgelsen af overtrædelser i forbindelse med udbudsprocedurer i praksis lettere at gennemføre, såfremt det lægges til grund, at den bydende har lidt skade som

følge af ethvert ulovligt tildelingskriterium, der kan have været bestemmende for indholdet af hans bud.

63. Artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 bestemmer, at enhver, som har lidt skade som følge af en overtrædelse, skal tilkendes erstatning. En tilsvarende bestemmelse findes i artikel 2, stk. 1, litra d), i direktiv 92/13/EØF [15]. Kommissionen har med rette anført, at i modsætning til det sidstnævnte direktiv, hvorefter en person, der fremsætter et krav om skadeserstatning for så vidt angår omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller med deltagelse i en udbudsprocedure, alene skal bevise, at der er sket overtrædelse af udbudsreglerne, samt at han ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren [16], indeholder direktiv 89/665 ingen lignende bestemmelse. Som en sidebemærkning skal jeg tilføje, at heller ikke dette direktiv indeholder bestemmelser for tilfælde, hvor andre udgifter kræves erstattet.

64. Da der ikke er nogen tilsvarende bestemmelse i direktivet, skal dette spørgsmål ifølge Domstolens faste praksis [17] afgøres efter national ret under hensyntagen til de almindelige fællesskabsretlige principper, herunder ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. Det følger heraf, at erstatningskravet er underlagt de materielle og formelle forudsætninger, som er opstillet herfor i østrigsk ret. Disse regler må dog i henhold til fast retspraksis ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende nationale krav (hvilket er et princip, som også kan udledes af selve direktivet), og de må ikke være af en sådan karakter, at det i praksis bliver umuligt at udøve de rettigheder, som fællesskabsretsordenen giver.

65. Jeg skal hertil bemærke, at den omstændighed, at tilkendelse af erstatning til en bydende betinges af, at denne kan bevise, at han ville have fået tildelt kontrakten, såfremt det ulovlige tildelingskriterium ikke var blevet anvendt, kan føre til, at det i praksis bliver umuligt eller væsentligt mere besværligt at udøve disse rettigheder.

66. Såfremt de omkostninger, som en bydende forgæves har afholdt i forbindelse med sin deltagelse i en udbudsprocedure, der ikke er forløbet forskriftsmæssigt, ikke erstattes, kan potentielle bydende blive afholdt fra at deltage i en udbudsprocedure. Dette er efter min opfattelse i modstrid med udbudsdirektivernes målsætning og formålet med direktiv 89/665, som netop er at styrke klagemulighederne i tilfælde af overtrædelser af disse direktiver. Jeg slutter heraf, at direktivets artikel 2, stk. 1, litra c), ikke skal fortolkes så restriktivt, at en

15 — Rådets direktiv af 25.2.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14).

16 — Se artikel 2, stk. 7, i direktiv 92/13.

17 — Jf. den nyligt afsagte dom af 11.7.2002, sag C-62/00, Marks & Spencer, Sml. I, s. 6325, og den dér nævnte retspraksis.

bydende kun har krav på erstatning, hvis han kan bevise, at han ville have fået tildelt kontrakten, såfremt det ulovlige tildelingskriterium ikke var blevet anvendt. Omfanget af retten til erstatning skal dog principielt fastsættes i henhold til national ret, men de nationale regler må ikke føre til, at det i praksis bliver umuligt eller væsentligt mere besværligt at udøve de rettigheder, som fællesskabsretsordenen giver.

VII — Forslag til afgørelse

67. På baggrund af det ovenstående skal jeg foreslå Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt, som følger:

»1) a) Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter er ikke til hinder for, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 1, herunder den, som er tillagt de i direktivets artikel 2, stk. 1, litra c), omhandlede beføjelser, af egen drift og uafhængigt af det af parterne i klageproceduren fremførte kan tage relevante omstændigheder i betragtning.

b) Artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 er til hinder for, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 1, herunder den, som er tillagt de i direktivets artikel 2, stk. 1, litra c), omhandlede beføjelser, afviser et krav fra en bydende, der indirekte har til formål at opnå erstatning, med den begrundelse, at udbudsproceduren allerede af andre grunde end de af den bydende anførte er retsstridig.

2) Bestemmelserne i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb er til hinder for, at den ordregivende myndighed i en udbudsprocedure tager referencer vedrørende de varer, som de bydende har tilbudt, i betragtning som et tildelingskriterium.

3) Et kriterium, hvorefter varereferencer bliver vurderet således, at kun antallet af referencer tages i betragtning, og det ikke materielt efterprøves, om erhververnes erfaringer med varen var gode eller dårlige, er ikke noget tildelingskriterium i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 26 i direktiv 93/36. Den omstændighed, at der udelukkende tages hensyn til referencer fra de alpine regioner i Den Europæiske Union, udgør en traktatstridig forskelsbehandling på grund af de pågældende varers og tjenesteydelsers oprindelsesland.

4) Et kriterium, hvorefter et bud kun kan komme i betragtning, hvis der er mulighed for at besigtige den tilbudte genstand inden for en radius af 300 km fra den ordregivende myndigheds etableringssted, er ikke et tildelingskriterium. Et sådant kriterium er desuden ulovligt, idet det er diskriminerende.

5) Det følger ikke af artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, at der alene består et krav på erstatning, såfremt den bydende kan bevise, at han uden det retsstridige tildelingskriterium ville have afgivet det bedste bud.«