DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

18. oktober 2001 *

I sag C-19/00,

angående en anmodning, som Supreme Court (Irland) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

SIAC Construction Ltd

mod

County Civil of the County of Mayo,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 29 i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), som ændret ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 (EFT L 210, s. 1),

* Processprog: engelsk.

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann (refererende dommer), og dommerne A. La Pergola, L. Sevón, M. Wathelet og C.W.A.Timmermans,

generaladvokat: F.G. Jacobs
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— SIAC Construction Ltd ved B. Shipsey, SC, for solicitors McCann Fitzgerald og Philip Lee

— County Council of the County of Mayo ved M. Finlay, SC, M. Boyce og N. Hyland, BL, for solicitors King & McEllin

— den irske regering ved L.A. Farrell, som befuldmægtiget, bistået af A. O'Brolchain, SC, og A.M. Collins, BL

— den østrigske regering ved C. Pesendorfer som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved R.B. Wainwright som befuldmægtiget,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 8. marts 2001 er afgivet mundtlige indlæg af SIAC Construction Ltd ved B. Shipsey, af County Council of the County of Mayo ved M. Finlay og N. Hyland, af den irske regering ved D.J. O'Hagan, som befuldmægtiget, bistået af A. O'Brolchain, af den franske regering ved S. Pailler, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved R.B. Wainwright,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 10. maj 2001,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 30. juli 1999, indgået til Domstolen den 24. januar 2000, har Supreme Court i medfør af artikel 234 EF forelagt et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af artikel 29 i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), som ændret ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 (EFT L 210, s. 1, herefter »direktivet«).

2 Dette spørgsmål er blevet rejst under en sag anlagt af SIAC Construction Ltd (herefter »SIAC«) mod County Council of the County of Mayo (herefter »County Council«) vedrørende en procedure for tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

De relevante retsregler

3 Direktivets artikel 29, stk. 1 og 2, bestemmer:

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

— enten udelukkende den laveste pris

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

2. I sidstnævnte tilfælde skal de ordregivende myndigheder enten i licitationsbestemmelserne eller i bekendtgørelsen om licitationen anføre samtlige de kriterier, som de påtænker at benytte, og så vidt muligt skal de anføres ordnet efter den vigtighed, de tillægges, med de vigtigste først.«

Hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

4 Den 20. februar 1992 offentliggjorde County Council en bekendtgørelse om licitation (herefter »udbudsbekendtgørelse«) i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* vedrørende en offentlig kontrakt, der skulle tildeles ved et offentligt

udbud, og som bl.a. omfattede nedlæggelse af kloakker, stormafløb, ventilationsskakter, regnvandskloakker, stigrør og vandledninger.

5 Denne kontrakt var af typen »measure-and-value«, hvor den anslåede mængde for hvert enkelt punkt i arbejdet er angivet i en mængdefortegnelse. For denne type kontrakter udfylder den bydende mængdefortegnelsen med angivelse af en enhedspris for hvert enkelt punkt og en samlet pris for den anslåede mængde. Den pris, der skal betales, bestemmes ved at opmåle den faktiske mængde efter arbejdernes udførelse og ved at prisansætte dem i forhold til den i buddet angivne enhedspris.

6 Det var i udbudsbekendtgørelsen under overskriften »Kriterier for tildeling (ud over prisen)« angivet:

»[K]ontrakten vil blive tildelt den velkvalificerede entreprenør, som afgiver det bud, som med hensyn til omkostninger og teknisk værdi anses for at være det mest fordelagtige for County Council, dog med forbehold af miljøministerens godkendelse.«

7 Det udbudsmateriale, der blev sendt til de bydende, omfattede bl.a. en vejledning til de bydende, en mængdefortegnelse og en tabel over basispriser, licitationsbestemmelserne (herefter »udbudsbetingelser«) samt kontraktvilkårene.

8 Fireogtyve entreprenører afgav bud. De tre lavestbydende var SIAC, Mulcair og Pierce Contracting Ltd. Efter gennemregning og korrigering var buddenes samlede pris 5 378 528 IEP for SIAC, 5 508 919 IEP for Mulcair og 5 623 966 IEP for Pierce Contracting Ltd.

9 Den rådgivende ingeniør, County Council havde antaget til at vurdere buddene, angav i sin rapport bl.a., at de tre lavestbydendes bud var af tilsvarende teknisk værdi.

10 Derimod angav ingeniøren, at han havde meget væsentlige betænkeligheder med hensyn til det af SIAC afgivne bud, og at der ved den af selskabet anvendte fremgangsmåde ved prisansættelsen »afgjort skete en betydelig begrænsning af den rådgivende ingeniørs frihed til at administrere kontrakten rigtigt og til fulde på den måde, som efter hans opfattelse er den økonomisk mest fordelagtige for County Council«.

11 Endvidere anførte ingeniøren, at der under overskriften »Materialer« var fastsat en foreløbig sum på 90 000 IEP, og at de bydende var blevet anmodet om at forhøje denne sum med en procentsats til faste omkostninger, fortjenstmargen etc. I modstrid med dette havde SIAC fratrukket denne foreløbige sum med 100%. Den rådgivende ingeniør vurderede, at SIAC ikke var berettiget til at foretage dette fradrag.

12 Det fastsloges derefter i den rådgivende ingeniørs rapport, at den af SIAC fulgte fremgangsmåde indebar en væsentlig begrænsning i styringen af alle posterne i mængdefortegnelsen, som ville variere både i den ene og den anden retning i den endelige opgørelse. SIAC havde nærmere bestemt nulansat 27,5% af posterne, mens eksempelvis Mulcair kun havde nulansat 18% af posterne og havde ansat en pris for alle de vigtigste poster i arbejdet.

13 Den rådgivende ingeniørs rapport konkluderede på dette grundlag, at Mulcair i forhold til SIAC havde indgivet et »mere velafbalanceret« bud, som kunne give en bedre ydelse for pengene og endda vise sig at være mindre bekostelig.

14 Den rådgivende ingeniør fandt i sine anbefalinger, at Pierce Contracting Ltd's bud måtte forkastes allerede på grund af, at dets korrigerede pris oversteg den korrigerede pris i Mulcair's bud med 115 047,33 IEP. Han anbefalede, at SIAC's bud ikke blev antaget bl.a. af følgende grunde:

— SIAC havde undladt at anføre et »færdiggørelsestidspunkt« ved afgivelse af buddet.

— SIAC havde ved hjælp af en 100% nedsættelse unddraget et foreløbigt beløb på 90 000 IEP, som det kun havde lov til at forhøje med en procentsats til faste omkostninger, fortjenstmargen etc.

— SIAC havde undladt at prisansætte væsentlige poster vedrørende kvantificeret arbejde i alle de forskellige mængdefortegnelser, hvilket fordrejede dets mængdefortegnelse og gjorde hensigtsmæssig administration og styring yderst vanskelig eller ligefrem umulig.

15 Derfor anbefalede den rådgivende ingeniør at antage Mulcair's korrigerede bud.

16 Herefter indgik County Council kontrakt med Mulcair, og denne kontrakt blev opfyldt.

17 Efter anmodning fra SIAC meddelte County Council ved skrivelse af 30. august 1993 SIAC sin begrundelse for, at det ikke havde antaget selskabets bud.

18 Efterfølgende anlagde SIAC to sager ved High Court (Irland) til prøvelse af County Council's beslutning om at tildele den omhandlede kontrakt til Mulcair.

19 Ved dom og kendelse afsagt af High Court den 17. juni 1997 blev County Council frifundet i begge sager.

20 High Court anførte, at County Council ved valget af de kriterier, der var angivet i udbudsbekendtgørelsen og nærmere beskrevet i det øvrige udbudsmateriale, med rette havde udøvet et skøn ved udvælgelsen, der i det væsentlige var baseret på anlæggelse af en sagkyndig vurdering.

21 High Court fandt, at den kun kunne undersøge, om County Council's beslutning var urimelig. Den fastslog, at dette ikke var tilfældet.

22 SIAC appellerede High Court's dom og kendelse til Supreme Court.

23 Under appelsagen har SIAC gjort gældende, at County Council var forpligtet til at antage buddet fra den lavestbydende, dvs. det bud, selskabet selv havde afgivet. Når det var blevet anerkendt, at alle de bydende havde den fornødne tekniske værdi, var det eneste relevante kriterium omkostninger, der skulle forstås som synonym med budpris. Kriteriet omkostninger eller pris kunne under ingen omstændigheder betyde de endelige omkostninger for County Council.

24 Under foregivende af at tage hensyn til de endelige omkostninger afveg County Council fra de kriterier, der var blevet angivet som kriterier for tildeling. Det tilsidesatte således princippet om gennemsigtighed og princippet om forudsigelighed i udbudsproceduren samt princippet om ligebehandling af de bydende.

25 Heroverfor har County Council gjort gældende, at det var berettiget til at udøve et skøn og tildele kontrakten på grundlag af en anbefaling fra dets rådgivende ingeniør af, hvilket bud han anså for det mest fordelagtige med hensyn til omkostninger og teknisk værdi. Endvidere har County Council gjort gældende, at når der er tale om en »measure-and-value«-kontrakt, skal kriteriet omkostninger forstås som værende lig med de udgifter County Council har til kontrakten, dvs. kontraktens pris.

26 I øvrigt følger det bl.a. af udbudsbetingelserne, at den rådgivende ingeniør ved undersøgelsen af mængdefortegnelserne kunne foretage sammenligninger mellem de tilbudte priser og sine egne prisoverslag. Endvidere havde SIAC fra starten forstået, at kriteriet omkostninger henviste til de sandsynlige omkostninger for County Council ved kontrakten.

27 Under disse omstændigheder har Supreme Court besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Når en ordregivende myndighed tildeler en kontrakt i henhold til bestemmelserne i artikel 29, stk. 1, andet led, i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971, som gennemført i en medlemsstats nationale lovgivning, og i den forbindelse har fastsat '*kriterier for tildeling (ud over pris)*' således, at kontrakten skal tildeles '*den velkvalificerede entreprenør, som indgiver det bud, som med hensyn til omkostninger og teknisk værdi anses for at være det mest fordelagtige*' for den ordregivende myndighed, og de tre lavestbydende er entreprenører, hvis kvalifikationer er anerkendt, og de har indgivet gyldige bud af anerkendt teknisk værdi, og budpriserne fra de tre lavestbydende ikke afviger væsentligt fra

hinanden, er den ordregivende myndighed da forpligtet til at indgå kontrakten med den entreprenør, som har budt den laveste pris, eller kan den ordregivende myndighed indgå kontrakten med entreprenøren med den næstlaveste pris på grundlag af en sagkyndig rapport fra myndighedens rådgivende ingeniør om, at de endelige omkostninger i forbindelse med kontrakten sandsynligvis vil blive lavere for den ordregivende myndighed, hvis der indgås kontrakt med den entreprenør, som har indgivet buddet med den næstlaveste pris, end hvis der indgås kontrakt med den entreprenør, som har indgivet buddet med den laveste pris?«

Det præjudicielle spørgsmål

28 Den forelæggende ret ønsker med sit spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om direktivets artikel 29, stk. 1 og 2, skal fortolkes således, at de tillader, at en ordregivende myndighed, der har valgt at tildele en kontrakt på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, tildeler kontrakten til den bydende, der har afgivet det bud, hvor de endelige omkostninger ifølge en sagkyndig rapport udarbejdet af en ekspert sandsynligvis vil blive de laveste.

29 Det bemærkes indledningsvis, at parterne i hovedsagen er uenige om, hvorvidt udtrykkene »pris« og »omkostninger«, der blev brugt i udbudsmaterialet, henviser til den samlede budpris eller til de endelige omkostninger i forbindelse med kontrakten. Med hensyn hertil begrænsede High Court sig til at fastslå, at udtrykkene »pris« og »omkostninger« var blevet anvendt i samme betydning.

30 Det skal fastslås, at Domstolen ikke under en sag i henhold til artikel 234 EF kan afgøre en tvist vedrørende fortolkningen af udtryk, der er anvendt i udbudsmaterialet, idet denne fortolkning henhører under den nationale ret.

31 Det er derimod ubestridt, at kravene i direktivets artikel 29, stk. 1 og 2, skal undersøges i lyset af, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt er blevet tildelt en bydende under hensyntagen til, at hans bud ifølge en ekspertudtalelse sandsynligvis indebar de laveste endelige omkostninger.

32 Det bemærkes i den forbindelse, at Domstolen har fastslået, at samordningen på fællesskabsniveau af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter har til formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat (jf. bl.a. dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16).

33 I overensstemmelse med dette formål følger forpligtelsen til at overholde princippet om ligebehandling af tilbudsgivere af hovedformålet med direktivet (jf. dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353, præmis 33).

34 De bydende skal nærmere bestemt behandles lige både, når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene (jf. i denne retning dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 54).

35 For så vidt angår de kriterier, som kan benyttes ved tildeling af en offentlig kontrakt på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, skal det fastslås, at artikel 29, stk. 1, andet led, ikke foretager en udtømmende opregning heraf.

36 Selv om denne bestemmelse derved overlader det til de ordregivende myndigheder at vælge, hvilke kriterier for tildeling af kontrakten de vil anvende, kan de dog kun vælge kriterier, som har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (jf. dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 19).

37 Hertil kommer, at et kriterium for tildeling, der bevirker, at den ordregivende myndighed får et ubetinget frit valg ved tildelingen af det pågældende arbejde til en bydende, vil være uforeneligt med direktivets artikel 29 (Beentjes-dommen, præmis 26).

38 Alene den omstændighed, at et kriterium for tildeling hviler på en oplysning, der først bliver kendt med sikkerhed efter kontrakttildelingen, kan ikke antages at give den ordregivende myndighed et sådant ubetinget frit valg.

39 Domstolen har således allerede fastslået, at forsyningssikkerheden i princippet kan indgå i de kriterier for tildeling, der tjener til at afgøre, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige bud (dom af 28.3.1995, sag C-324/93, Evans Medical og Macfarlan Smith, Sml. I, s. 563, præmis 44).

40 For at anvendelsen af et sådant kriterium er foreneligt med kravene om ligebehandling af de bydende, er det dog for det første nødvendigt, som det i øvrigt er fastsat i direktivets artikel 29, stk. 2, at kriteriet er nævnt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen.

41 Dernæst indebærer princippet om ligebehandling en forpligtelse til gennemsigtighed, så det kan kontrolleres, at det overholdes (jf. analogt dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 31).

42 Dette betyder nærmere bestemt, at kriterierne for tildeling skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende, at fortolke dem på samme måde.

43 Denne gennemsigtighedsforpligtelse indebærer også, at den ordregivende myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 88 og 89).

44 Endelig skal kriterierne for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene anvendes på en objektiv og ensartet måde over for alle bydende. Det forhold, at en ordregivende myndighed anvender en ekspertudtalelse til at vurdere en oplysning, der først bliver kendt med sikkerhed i fremtiden, er som udgangspunkt egnet til at sikre overholdelsen af denne betingelse.

45 Det præjudicielle spørgsmål må i lyset af samtlige de betragtninger, der er nævnt ovenfor, besvares med, at direktivets artikel 29, stk. 1 og 2, skal fortolkes således, at de tillader, at en ordregivende myndighed, der har valgt at tildele en kontrakt på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, tildeler kontrakten til den bydende, der har afgivet det bud, hvor de endelige omkostninger ifølge en sagkyndig rapport udarbejdet af en ekspert sandsynligvis vil blive de laveste, på betingelse af, at de bydende er blevet behandlet lige, hvilket forudsætter, at der er blevet sikret gennemsigtighed og objektivitet under udbuddet, og navnlig:

— at kriteriet for tildeling er blevet nævnt klart i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, og

— at den sagkyndige rapport på alle væsentlige punkter bygger på objektive faktorer, der i overensstemmelse med sagkyndige regler betragtes som relevante og hensigtsmæssige for den foretagne vurdering.

Sagens omkostninger

46 De udgifter, der er afholdt af den irske, franske og østrigske regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Supreme Court ved kendelse af 30. juli 1999, for ret:

Artikel 29, stk. 1 og 2, i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli

1989, skal fortolkes således, at de tillader, at en ordregivende myndighed, der har valgt at tildele en kontrakt på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, tildeler kontrakten til den bydende, der har afgivet det bud, hvor de endelige omkostninger ifølge en sagkyndig rapport udarbejdet af en ekspert sandsynligvis vil blive de laveste, på betingelse af, at de bydende er blevet behandlet lige, hvilket forudsætter, at der er blevet sikret gennemsigtighed og objektivitet under udbuddet, og navnlig:

— at kriteriet for tildeling er blevet nævnt klart i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, og

— at den sagkyndige rapport på alle væsentlige punkter bygger på objektive faktorer, der i overensstemmelse med sagkyndige regler betragtes som relevante og hensigtsmæssige for den foretagne vurdering.

Jann La Pergola Sevón

Wathelet Timmermans

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. oktober 2001.

R. Grass P. Jann

Justitssekretær Formand for Femte Afdeling