FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

fremsat den 25. marts 1999 *

1. Ved kendelse af 27. januar 1998 har Bundesvergabeamt (Østrig) forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 18 i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [1] (herefter »direktivet«).

2. De forelagte spørgsmål vedrører i det væsentlige spørgsmålet om, hvorvidt den østrigske lovgivning om indgåelse af offentlige kontrakter (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (herefter »BVergG«) er forenelig med direktivets artikel 18 — som indeholder de generelle principper for tildeling af offentlige kontrakter — når henses til BVergG's § 55, stk. 2, hvorefter et udbud kan tilbagekaldes, såfremt der efter forkastelsen af bud, som ikke er i overensstemmelse med loven, kun er ét bud tilbage. Spørgsmålet er altså, om den ordregivende myndighed efter at have vurderet de bydende virksomheders egnethed er forpligtet efter direktivet til at tildele kontrakten, selv om der kun er afgivet ét gyldigt bud.

EF-regler og national ret

3. Direktivet samordner de nationale retsforskrifter om indgåelse af offentlige kontrakter. Det udtales i betragtningerne, at »den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, som i medlemsstaterne indgås for statens, lokale myndigheders og andre offentligretlige organers regning, indebærer sammen med ophævelsen af begrænsningerne en samordning af de nationale fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter« (anden betragtning). I den efterfølgende betragtning udtales det, at »denne samordning skal i videst muligt omfang respektere de fremgangsmåder og den praksis, som er gældende i hver af medlemsstaterne«. I tiende betragtning, første punktum, præciseres, at »udviklingen af en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter nødvendiggør, at de udbudsbekendtgørelser, de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne udarbejder, offentliggøres på fællesskabsplan«.

4. Direktivets afsnit I indeholder de »Almindelige bestemmelser«. For den foreliggende sag er artikel 8, stk. 2, relevant, idet den fastsætter, at »den ordregivende

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 199, s. 54, senest ændret ved Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 (EFT L 328, s. 1).

myndighed meddeler de ansøgere eller bydende, der anmoder derom, begrundelsen for, at den har besluttet ikke at indgå en kontrakt, der har været udbudt, eller har besluttet at gøre udbudsproceduren om. Den underretter også Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer om denne beslutning«.

Direktivets afsnit IV indeholder »Fælles regler for deltagelse«. Artikel 18 bestemmer, at »ordrer tildeles på grundlag af kriterierne i dette afsnits kapitel 3 og under overholdelse af artikel 19, efter at egnetheden hos de entreprenører, som ikke er udelukket i henhold til artikel 24, er efterprøvet af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne for økonomisk, finansiel og teknisk formåen som anført i artikel 26 til 29«.

5. De østrigske lovforskrifter om indgåelse af offentlige kontrakter findes i BVergG, som trådte i kraft den 1. januar 1994 [2]. Denne lov bestemmer, at kontrakter om arbejder og tjenesteydelser, efter gennemførelse af den herfor foreskrevne procedure, skal indgås til rimelige priser og i overensstemmelse med princippet om en fri og loyal konkurrence samt princippet om ligebehandling af alle bydende, således at de tildeles anerkendte, ydedygtige og pålidelige entreprenører (§ 16, stk. 1). Endvidere bestemmer loven, at der kun bør gennemføres udbudsprocedurer, såfremt det faktisk påtænkes at udbyde de pågældende ydelser (§ 16, stk. 5). I overensstemmelse hermed bestemmer BVergG's § 56, stk. 1, at en udbudsprocedure afsluttes med, at der udfærdiges en kontrakt eller med, at udbuddet tilbagekaldes.

Endelig foreskriver den østrigske lovs § 55, stk. 2, hvis forenelighed med direktivet er omtvistet under sagen, at udbuddet kan tilbagekaldes, når der efter forkastelsen af bud i henhold til § 52 kun er ét bud tilbage. For fuldstændighedens skyld skal jeg tilføje, at den ordregivende myndighed ifølge BVergG's § 52, stk. 1, før det bud vælges, hvorpå der gives tilslag, på grundlag af resultaterne af gennemgangen uden ophold skal forkaste de bud, som ikke opfylder visse betingelser. Således skal der f.eks. ses bort fra bud, der er indgivet uden de nødvendige tilladelser, eller for hvilke de bydende ikke har den fornødne finansielle, økonomiske eller tekniske formåen eller pålidelighed (stk. 1), eller bud, for hvilke sammensætningen af den samlede pris ikke forekommer troværdig (stk. 3).

Faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

6. Sagen er udsprunget af en beslutning fra Amt der Salzburger Landesregierung, hvorved der i foråret 1996 blev iværksat et

2 — Denne lov blev efter en kodificering af forskrifterne om indgåelse af offentlige kontrakter, som skete ved lov af 27.5.1997, på ny bekendtgjort i BGBl. nr. 56/1997.

udbud vedrørende nogle bygge- og anlægsarbejder på Westautobahn A1. Efter gennemførelsen af proceduren herfor blev kontrakten tildelt virksomheden ARGE Betondecke-Salzburg West. I november samme år iværksatte den ordregivende myndighed på grundlag af en ny teknisk vurdering af de pågældende arbejder et udbud vedrørende »Overfladebedækning Salzburg-West ... 292,7 til 297,7 km, endelig udbygning; levering og opsætning af et autoværn af stål«. Den endelige procedure om tildeling af den pågældende kontrakt påbegyndtes formelt ved en udbudsbekendtgørelse af 24. april 1997. Efter at der var foretaget en gennemgang af kvalifikationskravene blev der kun én virksomhed tilbage af de fire bydende, nemlig Bietergemeinschaft Metalmeccanica Fracasso SpA — Leitschutz Handels- und Montage GmbH. Den ordregivende myndighed besluttede derfor at udnytte sin beføjelse efter BVergG's § 55, stk. 2, til at tilbagekalde udbuddet. Efter at der var opnået en mindelig ordning under mæglingsproceduren ved Bundesvergabekontrolkommission[3] rejste nævnte Bietergemeinschaft krav om, at der blev foretaget en efterprøvelse i henhold til BVergG's § 113. Bundesvergabeamt, Tredje Afdeling, for hvem sagen blev indbragt, besluttede herefter at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal bestemmelsen i artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37/EØF, hvorefter ordrer tildeles på grundlag af kriterierne i direktivets afsnit IV, kapitel 3, og under overholdelse af artikel 19, efter at egnetheden hos de entreprenører, som ikke er udelukket i henhold til artikel 24, er efterprøvet af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne for økonomisk, finansiel og teknisk formåen som omhandlet i artikel 26 til 29, fortolkes således, at de ordregivende myndigheder er forpligtet til at give tilslag på et bud, selv om dette bud er det eneste, som er tilbage under udbudsproceduren? Er artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37/EØF tilstrækkelig præcis og ubetinget, således at en borger kan påberåbe sig denne forskrift under en procedure i henhold til bestemmelser i national ret, og således at den kan påberåbes som en del af fællesskabsretten over for en bestemmelse i national ret?«

Det første præjudicielle spørgsmål

7. Selv om den nationale ret kun har forelagt Domstolen ét spørgsmål, er der reelt tale om to selvstændige spørgsmål. Med det første spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om direktivets artikel 18 kan have betydning for afgørelsen af tvisten i hovedsagen. Denne tvist drejer sig som nævnt om, hvorvidt det er lovligt, at den ordregivende myndighed beslutter ikke

3 — BVergG's § 109 og 110.

at gennemføre en udbudsprocedure, såfremt der kun er afgivet ét lovligt bud.

8. Det pågældende EF-direktiv indeholder i lighed med alle de øvrige direktiver om indgåelse af offentlige kontrakter — der som bekendt udgør en helhed af ensartede regler for så vidt angår principperne, formålet og bestemmelsernes udformning — ingen udtrykkelige angivelser herom. Dette kan imidlertid ikke overraske, da direktivet alene har til formål at samordne de nationale fremgangsmåder og ikke at fastsætte udtømmende bestemmelser, som helt træder i stedet for de forskellige nationale ordninger om indgåelse af offentlige kontrakter. Det fremgår af selve direktivet, hvori det i tredje betragtning udtales, at samordningen »i videst muligt omfang [skal] respektere de fremgangsmåder og den praksis, som er gældende i hver af medlemsstaterne«.

Under hensyn hertil kan man med rette spørge, om ikke den foreliggende sag falder uden for direktivets anvendelsesområde, således at det tilkommer medlemsstaterne selv at afgøre det i sagen omtvistede spørgsmål under hensyn til den førnævnte betragtning om, at samordningen »i videst mulige omfang« skal respektere de fremgangsmåder og den praksis, som anvendes i hver af medlemsstaterne.

9. Jeg føler mig dog ikke overbevist om denne opfattelse, selv om den kan være fristende: Ganske vist er Kommissionen — og i øvrigt også de regeringer, som er interveneret i sagen — nemlig af den opfattelse, at medlemsstaterne frit kan indrømme en ordregivende myndighed beføjelse til at tilbagekalde et udbud, men de fremhæver de risici, som kan være forbundet med et eventuelt misbrug af en sådan beføjelse.

Efter min opfattelse er det ikke uden betydning for Fællesskabets regler — i det foreliggende tilfælde direktivet om offentlige bygge- og anlægskontrakter — hvilke konkrete forskrifter der gælder i de forskellige nationale retssystemer i en sådan sag. Jeg tror, at det i denne forbindelse er nyttigt kort at gengive de argumenter, som er fremført af de i sagen intervenerende parter.

10. Sagsøgeren i hovedsagen har fremført den opfattelse, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at tildele kontrakten til den eneste bydende, som er tilbage, og har til støtte herfor anført, at det fremgår af en systematisk fortolkning af direktivets bestemmelser, navnlig artikel 7, 8, 18 og 30 — således som disse bestemmelser ifølge sagsøgeren fortolkes af Domstolen [4] — at den ordregivende myndigheds beføjelse til at lade være med at tildele en offentlig kontrakt og at begynde forfra på procedu-

4 — Sagsøgeren i hovedsagen henviser her navnlig til dom af 10.2.1982, sag 76/81, Transporoute, Sml. s. 417, af 9.7.1987, forenede sager 27/86, 28/86 og 29/86, CEI m.fl., Sml. s. 3347, af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, og af 16.10.1997, sag C-304/96, Hera, Sml. I, s. 5685.

ren kun bør kunne anvendes i særlig alvorlige undtagelsestilfælde (såsom dødsfald, konkurs osv.).

Kommissionen har gjort gældende, at bestemmelsen i direktivets artikel 8, stk. 2 — hvorefter »den ordregivende myndighed meddeler de ansøgere eller bydende, der anmoder derom, begrundelsen for, at den har besluttet ikke at indgå en kontrakt, der har været udbudt, eller har besluttet at gøre udbudsproceduren om« — må føre til det modsatte resultat. Efter Kommissionens opfattelse viser denne bestemmelse nemlig klart, at direktivet giver ordregivende myndigheder mulighed for at tilbagekalde en offentlig udbudsprocedure. I øvrigt fremgår det efter Kommissionens opfattelse direkte af direktivets formål, at det er begrundet i det væsentlige hensyn til, at offentlige kontrakter undergives en effektiv (tiende betragtning) eller reel (se artikel 22 hvad angår udbud efter forhandling) konkurrence, og ifølge Kommissionen vil en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at indgå kontrakt, selv om der kun er én bydende, stride mod dette krav.

Også Amt der Salzburger Landesregierung, som er part i hovedsagen, fremhæver, at direktivets hovedformål er at åbne sektoren for offentlige kontrakter for konkurrence, og at alle direktivets bestemmelser, herunder kriterierne for tildeling af kontrakter i direktivets artikel 30, stk. 1, litra a) og b), forudsætter, at det er muligt at sammenligne flere bud.

Den østrigske regering har fremført tilsvarende argumenter og tilføjet, at direktivets artikel 18 alene har karakter af en fælles regel for deltagelse, eftersom den blot angiver den kreds af virksomheder, som kan komme i betragtning ved den ordregivende myndigheds tildeling af kontrakter.

Endelig fremhæver den franske regering, som har deltaget i den mundtlige forhandling, at den ordregivende myndighed også efter fransk ret (navnlig i henhold til artikel 95b i code des marchés publics) af hensyn til varetagelsen af almene interesser kan beslutte at lade være med at føre en udbudsprocedure til ende.

11. Under den mundtlige forhandling har nogle af procesdeltagerne henvist til, at Retten i Første Instans for nylig har truffet afgørelse vedrørende et tilsvarende spørgsmål — som ganske vist vedrørte tjenesteydelsesdirektivet [5] — idet den antog, at den ordregivende myndighed ikke er forpligtet

5 — Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

til at afslutte en udbudsprocedure ved at tildele en kontrakt [6].

12. Efter min opfattelse kan der ikke gives sagsøgeren i hovedsagen medhold i dennes opfattelse. For det første kan man nemlig ikke se bort fra bestemmelsen i direktivets artikel 8, stk. 2, der udtrykkeligt giver mulighed for at tilbagekalde en udbudsprocedure. For det andet er artikel 18 en processuel bestemmelse, som indeholder bindende forskrifter for forvaltningen vedrørende udbudskriterierne (de kriterier, som er indeholdt i samme afsnits kapitel 3), og som samtidig fastlægger en fælles ordning for kvalitativ udvælgelse af de bydende virksomheder, der udgør en slags forudgående betingelse for at deltage i udbudsproceduren. Af artikel 18 kan således kun udledes, at kriterierne for at udvælge byderne og grundene til at udelukke dem fra udbudsproceduren skal være i overensstemmelse med de i denne artikel omhandlede kriterier. Enhver anden fortolkning — og navnlig en fortolkning, hvorefter der af bestemmelsen udledes en kontraheringspligt også i det tilfælde, hvor der kun er afgivet bud af én virksomhed, og denne er fundet kvalificeret — vil udgøre en hårdt trukket fortolkning af direktivet.

13. Efter min opfattelse er det nemlig utvivlsomt anerkendt i medlemsstaternes retsorden, at de ordregivende myndigheder har beføjelse til at tilbagekalde en forvaltningsakt, hvorved de iværksætter en udbudsprocedure, og at de i det store og hele, så længe der ikke er truffet nogen endelig beslutning om tildeling af kontrakten, frit kan beslutte ikke at tildele denne af hensyn til varetagelsen af almene interesser eller efter en fornyet vurdering af vilkårene for de projekterede arbejders gennemførlighed (mangel på adækvate ressoucer, teknikkens udvikling inden for en bestemt sektor osv.) [7].

14. De anførte betragtninger indebærer dog ikke, at en sådan beføjelse for den offentlige forvaltning til at beskytte sine egne interesser er absolut, og at den er unddraget retlig kontrol. I princippet er sammenligningen af forskellige bud ikke noget formål i sig selv, men udgør snarere et udgangspunkt, som reglerne til rationalisering af de offentlige ordregiveres handlemåde er bygget op over. Det kan således ikke udelukkes, at det i visse tilfælde er muligt at opnå endog bedre resultater ved at forhandle med kun én bydende end ved at anvende en udbudsprocedure. Det er ganske vist normalt en forudsætning for

6 — Dom af 17.12.1998, sag T-203/96, Embassy Limousines, Sml. II, s. 4239.

7 — Der kan i den forbindelse, stadig hvad angår tilfældet med kun én byder, nævnes, at det i Italien direkte er foreskrevet i retsforskrifterne om statens regnskaber — som ved retspraksis dog er blevet udvidet til at gælde for alle offentlige virksomheder — at et offentligt udbud *skal* tilbagekaldes, hvis der ikke er mindst to bydende, »medmindre den ordregivende myndighed på forhånd har angivet i udbudsbekendtgørelsen, at udbudsproceduren — som afvikles efter ordningen om afgivelse af hemmelige bud — gennemføres, selv om der kun afgives ét bud« (artikel 69 i kongeligt dekret nr. 827 af 23.5.1924. Vedrørende en nyere anvendelse af bestemmelserne, se afgørelsen fra Italiens Revisionsret af 27.2.1997, præmis 33, i Riv. Corte dei conti, bind 1, s. 36).

alle direktivets bestemmelser, at der foretages en sammenligning af forskellige bud, men det fremgår dog af artikel 18, at de ordregivende myndigheder er forpligtet til at meddele ansøgerne eller de bydende begrundelsen for, at de har besluttet ikke at indgå en kontrakt eller at gøre udbudsproceduren om.

15. Det fremgår med andre ord ikke af direktivet, at den ordregivende myndighed under alle forhold er forpligtet til at tildele kontrakten, selv om der kun foreligger ét bud, På den anden side må det dog antages, at den ordregivende myndighed undertiden kan tildele en kontrakt til den eneste, som har afgivet bud, eller som endnu er med i udbudsproceduren, uden at dette kan anfægtes med støtte i et princip om, at der for enhver pris skal finde en konkurrence sted, forudsat at udbudsproceduren har fundet sted i overensstemmelse med direktivets krav om offentliggørelse og ligebehandling. Det er ud fra disse betragtninger, at direktivets artikel 8, stk. 2, efter min opfattelse skal bedømmes. Nævnte bestemmelse har til formål at forhindre den ordregivende myndighed i at skille sig af med en potentiel kontrahent arbitrært eller i strid med fællesskabsrettens grundlæggende principper.

16. Som tidligere nævnt, er Retten i Første Instans for nylig kommet til det resultat i en sag om en udbudsprocedure, som Europa-Parlamentet havde iværksat vedrørende persontransport i køretøjer med chauffører[8], at direktivet ikke forhindrer den ordregivende myndighed i at tilbagekalde et udbud. I denne sag, hvis faktiske baggrund var forskellig fra den foreliggende — der var afgivet flere bud og ikke blot et enkelt — fastslog Retten, at »den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at fuldføre en kontrakttildelingsprocedure« (dommens præmis 54), idet den bemærkede, at den ordregivende myndighed i så henseende råder over et vidt skøn, som alene kan efterprøves i det omfang, beslutningen har været arbitrær (præmis 60).

Selv om sagen vedrørte tjenesteydelsesdirektivet, kan dette princip efter min opfattelse utvivlsomt også anvendes på bygge- og anlægsdirektivet, da der er tale om et generelt princip, der udspringer af medlemsstaternes retlige traditioner, som direktiverne skal beskytte.

17. Det bør dog tilføjes, at forpligtelsen efter direktivets artikel 8, stk. 2, til at meddele begrundelsen for, at den ordregivende myndighed ønsker ikke at indgå nogen kontrakt eller at omgøre udbudsproceduren, skal vurderes korrekt. Denne procedure gør det nemlig muligt at foretage en legalitetskontrol med den ordregivende myndigheds handlemåde, i hvert fald når tilbagekaldelsen alene udgør et påskud eller er i strid med andre af fællesskabsrettens regler. Det vil f.eks. være tilfældet, hvis den ordregivende myndighed benytter udbuds-

8 — Dommen i Embassy Limousines-sagen.

procedurer udelukkende for at vinde tid og kunstigt fremkalde en situation, hvor der foreligger uopsættelighed, som derpå benyttes som påskud til at tildele kontrakten ved udbud efter forhandling i strid med bestemmelsen om, at uopsætteligheden under ingen omstændigheder må kunne tilskrives de ordregivende myndigheder [jf. direktivets artikel 7, stk. 3, litra c)].

Hvad angår de konkrete omstændigheder i sagen her skal jeg tilføje, at tilbagekaldelsen af udbudsproceduren kunne tænkes at være arbitrær, hvis den ordregivende myndighed foretog den ikke for at finde en billigere teknisk løsning end den, som oprindelig var planlagt — således som det faktisk var tilfældet i den foreliggende sag — men under påskud af, at buddet ikke var passende, hvilket bud i sagen ganske vist først var blevet betegnet som unormalt lavt, men dog opfyldte kriterierne for den kontradiktoriske efterprøvelse i direktivets artikel 30, stk. 4.

18. Sammenfattende finder jeg det således ubestrideligt, at den ordregivende myndighed undertiden af hensyn til varetagelsen af offentlige interesser kan annullere en udbudsprocedure og nægte at tildele kontrakten, når der kun er afgivet ét bud eller kun er ét bud tilbage, forudsat at afgørelsen herom ikke er arbitrær eller udgør et påskud eller er i strid med direktivets bestemmelser eller andre af fællesskabsrettens regler eller principper.

19. Jeg skal følgelig foreslå Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål med, at direktivets artikel 18 ikke er til hinder for en national ordning, hvorefter den ordregivende myndighed kan tilbagekalde en udbudsprocedure, såfremt der kun er én af de bydende virksomheder tilbage efter en lovlig forkastelse af bud, som ikke er blevet gyldigt fremsat.

Det andet præjudicielle spørgsmål

20. Den forelæggende rets andet præjudicielle spørgsmål til Domstolen er, om direktivets artikel 18, stk. 1, kan påberåbes ved de nationale domstole.

21. Herom skal jeg bemærke, at dette spørgsmål — set fra den nationale rets synspunkt — kun har relevans, såfremt artikel 18 fortolkes på den måde, som sagsøgeren i hovedsagen har foreslået. Med den besvarelse, jeg har givet af det

første spørgsmål, er det andet spørgsmål herefter overflødigt.

Når det er sagt, skal jeg dog i ønsket om at besvare spørgsmålet blot bemærke, at det bør besvares bekræftende. De forpligtelser, som artikel 18 pålægger de ordregivende myndigheder, er nemlig ubetingede og tilstrækkeligt præcise til, at borgerne kan påberåbe sig dem for de nationale domstole. Jeg skal tilføje, at Domstolen har antaget denne løsning i tidligere tilfælde, som vedrørte tilsvarende bestemmelser i den foregående affattelse af direktivet [9].

22. Jeg skal følgelig foreslå Domstolen at besvare det andet spørgsmål med, at direktivets artikel 18 er tilstrækkeligt klar og præcis til at kunne påberåbes for en national ret.

9 — Jf. Beentjes-dommen, præmis 44.

Forslag til afgørelse

23. Af de ovenfor nævnte grunde skal jeg foreslå Domstolen at besvare de af Bundesvergabeamt forelagte spørgsmål på følgende måde:

»1) Artikel 18 i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter er ikke til hinder for en national ordning, hvorefter den ordregivende myndighed kan tilbagekalde en udbudsprocedure, såfremt der kun er én af de bydende virksomheder tilbage efter en lovlig forkastelse af bud, som ikke er blevet gyldigt fremsat.

2) Artikel 18 i direktiv 93/37 er tilstrækkeligt klar og præcis til at kunne påberåbes for en national ret.«