FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 8. november 2001 [1]

I — Indledning

1. Vergabekontrollsenat Wien (Østrig) har som led i prøvelsen af et begrænset udbud med henblik på indgåelse af en bygge- og anlægskontrakt stillet fire spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter »direktiv 93/37«) [2]. Sagen vedrører begrebet ordregivende myndighed, navnlig med hensyn til en senere udvidelse af det pågældende organs virksomhedsområde, begrebet offentlig bygge- og anlægskontrakt, bestemmelserne om præklusionsfrister for indgivelse af klage samt spørgsmålet, om der i udbuddet også skal være anført vurderingskriterier.

1 — Originalsprog: tysk.
2 — EFT L 199, s. 54.

II — De relevante retsregler

1. *Direktiv 93/37*

2. I artikel 1 i direktiv 93/37 defineres begreberne offentlig bygge- og anlægskontrakt og ordregivende myndighed på følgende måde:

»*Artikel 1*

I dette direktiv forstås ved:

a) »offentlige bygge- og anlægskontrakter«, gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægs-

arbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov

b) »ordregivende myndigheder«, staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

— der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter,

og

— som er en juridisk person,

og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmer i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

[...]«

2. *Direktiv 89/665/EØF*

3. 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 (herefter »direktiv 89/665«)[3] foreskriver følgende:

Artikel 1, stk. 1:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige

3 — EFT L 395, s. 33.

kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som 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.«

Artikel 2, stk. 7 og 8:

»7. Medlemsstaterne påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt.

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, 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.«

3. *Wiener Landesvergabegesetz*

4. Wiener Landesvergabegesetz (lov udstedt af Land Wien om indgåelse af offentlige kontrakter, herefter »WLVergG«)[4] indeholder i den for nærværende sag relevante affattelse følgende bestemmelser, som navnlig også er af betydning for vurderingen af, om anmodningen om en præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, på baggrund af spørgsmålet om, hvorvidt Vergabekontrollsenat kan betragtes som en ret i artikel 234 EF's forstand.

4 — LGBl. nr. 36/1995 som ændret, jf. LGBl. nr. 30/1999.

5. I henhold til § 94, stk. 2, er Vergabekontrollsenat kompetent til at træffe afgørelse i klagesager i første og sidste instans. Dens afgørelser kan ikke ændres eller ophæves af administrative myndigheder. Ifølge samme bestemmelses stk. 3 er klageproceduren undergivet bestemmelserne i Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (forvaltningsloven) og i Verwaltungsvollstreckungsgesetz (lov om fuldbyrdelse af administrative afgørelser), medmindre der findes særregler herom i WLVergG.

6. WLVergG's § 95 bestemmer:

»§ 95. 1. Vergabekontrollsenat består af syv medlemmer. De udnævnes af delstatens regering for en embedsperiode på seks år. De kan genudnævnes. Tre medlemmer, som også kan være sagkyndige offentligt ansatte ved Wien kommunes magistrat, udnævnes efter høring af kommunalbestyrelsen, et medlem efter høring af Wirtschaftskammer Wien, et medlem efter høring af Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien samt et medlem efter høring af Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland. Formanden skal tilhøre dommerstanden og udnævnes efter høring af præsidenten for Oberlandesgericht Wien. For hvert medlem udnævnes på samme måde en første, en anden og en tredje suppleant. Suppleanterne indtræder i rækkefølge efter deres udnævnelse ved et medlems midlertidige forfald eller efter dettes udtræden indtil udnævnelse af et nyt medlem. Udtræder et medlem eller en suppleant, foretages der straks en ny udnævnelse.

2. Medlemmerne og suppleanterne skal have særligt kendskab til udbud, og de medlemmer og suppleanter, der udnævnes efter høring af kommunalbestyrelsen, særligt kendskab til økonomiske eller tekniske forhold.

3. Et medlem af Vergabekontrollsenat ophører med sine funktioner af en af følgende grunde:

1) ved dødsfald

2) ved fratræden

3) ved fortabelse af valgbarhed til Nationalrat (§ 41 i Nationalrats-Wahlord-

nung 1992, BGBl. nr. 471, som affattet ved forbundslov offentliggjort i BGBl. nr. 117/1996)

4) ved embedsperiodens udløb

5) med hensyn til formanden og dennes suppleanter ved udtræden af dommerstanden

6) ved afskedigelse foretaget af Vergabekontrollsenat.

3a. Et medlem skal afskediges fra sit embede ved en af Vergabekontrollsenat truffet afgørelse, såfremt vedkommende på grund af en fysisk eller psykisk mangel er varigt ude af stand til at udøve sit hverv normalt eller groft har tilsidesat sine forpligtelser. Afgørelsen træffes efter høring af det pågældende medlem. Denne kan ikke deltage i afstemningen.

4. Medlemmerne af Vergabekontrollsenat er uafhængige ved udøvelse af deres hverv og ikke bundet af nogen anvisninger.

5. Medlemmerne af Vergabekontrollsenat har tavshedspligt i henhold til artikel 20, stk. 3, i Bundesverfassungsgesetz.

6. Vergabekontrollsenat afholder møde efter indkaldelse fra formanden. Såfremt et medlem er inhabilt eller midlertidigt er forhindret i at give møde, skal suppleanten indkaldes. Medlemmerne af Vergabekontrollsenat kan ikke træffe afgørelse vedrørende en udbudsprocedure, såfremt tildelingen af kontrakten henhører under kompetenceområdet for den institution (for så vidt angår ansatte ved Wien kommunes magistrat, den pågældende tjenestegren, enhed eller bedrift), som de tilhører. Såfremt der er alvorlig tvivl om et medlems upartiskhed, skal han vige sit sæde og anmode om at blive erstattet. Parter kan afvise medlemmer af Vergabekontrollsenat under henvisning til inhabilitet. Vergabekontrollsenat træffer afgørelse om et medlems eventuelle inhabilitet og om indsigelser desangående, uden at det pågældende medlem kan deltage i afstemningen. Navnene på medlemmerne af Vergabekontrollsenat og den institution (for så vidt angår ansatte ved Wien kommune, den pågældende tjenestegren, enhed eller bedrift), som de tilhører, skal på formandens foranledning offentliggøres i Amtsblatt der Stadt Wien i begyndelsen af hvert kalenderår.

7. Afstemningen i klagesager foretages i den af formanden fastlagte rækkefølge. Afgørelsen træffes med simpelt flertal af mindst fem medlemmer. Et medlem kan ikke afholde sig fra at afgive stemme. Møderne er lukkede. Der skal optages beslutningsreferat vedrørende mødets for-

løb. Afgørelserne skal udfærdiges skriftligt med angivelse af navnene på de medlemmer af Vergabekontrollsenat, som har deltaget i afstemningen. Afgørelsen skal underskrives af formanden. Et medlem kan i henhold til forretningsordenen også træffe bestemmelser inden for rammerne af gennemførelsen af proceduren.

8. Medlemskab af Vergabekontrollsenat er et offentligt tillidshverv. Medlemmerne aflægger ed over for Landeshauptmann.

9. Medlemmerne af Vergabekontrollsenat modtager en godtgørelse for nødvendige transportudgifter og en finansiel kompensation for den tid, der medgår til aktiviteten. Beløbets størrelse fastsættes af delstatsregeringen i henhold til en tarif.

10. Vergabekontrollsenat vedtager en forretningsorden.

11. Wiener Landesregierung stiller det nødvendige personale til forretningsførelsen til rådighed for Vergabekontrollsenat på dettes forslag og stiller efter høring af Vergabekontrollsenats formand de nødvendige lokaler til rådighed. Offentligt ansatte, som udøver funktioner i forbindelse med forretningsførelsen, er inden for rammerne af deres virksomhed for Vergabekontrollsenat kun bundet af formandens og den pågældende referents anvisninger. De kan kun fritages for disse funktioner efter høring af formanden.«

Indledende undersøgelser

»§ 96. 1. Hvis en erhvervsdrivende finder en afgørelse fra ordregiveren om tildeling af kontrakten stridende mod denne lov, og der derfor er opstået eller truer med at opstå et tab for ham, skal han skriftligt og påviseligt meddele ordregiveren dette under angivelse af grundene og under angivelse af, at han agter at indgive klage.

2. Ordregiveren skal efter modtagelse af meddelelsen efter stk. 1 enten ufortøvet ophæve den angivelige retsstridighed og underrette de erhvervsdrivende derom eller skriftligt meddele den klagende erhvervsdrivende, hvorfor den angivelige retsstridighed ikke foreligger.«

Indgivelse af klage

»§ 97. 1. Klager over en afgørelse om tildeling af en kontrakt kan kun realitetsbehandles, når den erhvervsdrivende bevisligt har underrettet ordregiveren om den angivelige retsstridighed (§ 96, stk. 1), og når ordregiveren ikke inden for to uger har givet ham meddelelse om, at retsstridigheden er afhjulpet.

2. Klage kan indgives

1) af en erhvervsdrivende, som hævder at have en forretningsmæssig interesse i indgåelse af en offentlig indkøbsaftale, bygge- og anlægskontrakt, byggekoncession eller tjenesteydelsesaftale eller en kontrakt inden for vand- og energiforsyningssektoren samt inden for transport- og telekommunikationssektoren, med hensyn til en ugyldighedsgrund i henhold til § 101

2) af en bydende, som hævder, at han i strid med § 48, stk. 2, ikke har fået tildelt en kontrakt, selv om udelukkelsesgrundene efter § 47 ikke foreligger.

3. En klage i henhold til stk. 2 skal indeholde

1) en nøjagtig betegnelse af den pågældende udbudsprocedure samt af den anfægtede afgørelse

2) en nøjagtig betegnelse af ordregiveren

3) en nøjagtig fremstilling af de relevante faktiske omstændigheder

4) oplysninger om de hævdede, truende eller allerede indtrådte tab for ansøgeren

5) de grunde, som den angivelige retsstridighed støttes på

6) en præcis påstand om ophævelse eller ændring

7) i de i stk. 1 nævnte tilfælde bevis for, at ordregiveren under en indledende undersøgelse efter § 96 blev underrettet

om den hævdede retsstridighed og om, at der ville blive indgivet klage, samt henvisning til, at ordregiveren ikke har afhjulpet retsstridigheden inden for den gældende frist.

4. Indgivelse af en klage har ikke opsættende virkning for den pågældende udbudsprocedure.

5. Under klageproceduren er den maksimale grænse for bøder for unødig trætte (§ 35 AVG) 1% af kontraktens anslåede værdi, dog højst 800 000 ATS.«

Frister

»§ 98. En klage, der støttes på følgende retsstridige forhold, skal indbringes for Vergabekontrollsenat inden for de nedennævnte frister:

1) med hensyn til afslåede ansøgninger senest to uger, og idet i § 52 nævnte tilfælde senest tre dage efter afslagets forkyndelse [5]

2) med hensyn til bestemmelser i den offentlige bekendtgørelse, hvori erhvervsdrivende opfordres til at deltage i et begrænset udbud eller et udbud efter forhandling, eller med hensyn til udbudsbetingelserne, senest to uger, i det i § 52 nævnte tilfælde senest 1 uge før ansøgnings- henholdsvis tilbudsfristens udløb

3) med hensyn til den faktiske tildeling af kontrakten senest to uger efter den offentlige bekendtgørelse af tildelingen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, henholdsvis, hvis der ikke er sket offentliggørelse, senest seks måneder efter den faktiske tildeling.«

III — De faktiske omstændigheder

1. *Hovedsagen*

7. Renovationsvirksomheden Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH (herefter

5 — WLVergG's § 52 vedrører tilfælde, hvor visse frister nedsættes, hvis sagen haster. Et sådant tilfælde foreligger ikke i denne sag.

»EBS«) bekendtgjorde i *Amtsblatt der Stadt Wien*, at selskabet agtede at indgå en bygge- og anlægskontrakt ved begrænset udbud [6] med henblik på udvidelse af Wiens hovedrensningsanlæg. De fem bedst placerede ansøgere skulle opfordres til at afgive bud, og kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelagtige bud efter de i udbuddet fastlagte kriterier. I de forklarende noter vedrørende anmodningerne om deltagelse [7] var der anført følgende under overskriften »Kriterier for rækkefølgen af anmodningerne om deltagelse«:

»Med hensyn til rækkefølgen af anmodningerne om deltagelse vil der blive lagt vægt på den tekniske ydeevne hos ansøgeren, hvert medlem af konsortiet og de angivne underleverandører i de seneste fem år.

De fem bedst placerede ansøgere vil blive opfordret til at afgive bud.

Evalueringen af det fremsendte materiale vil ske i henhold til et pointsystem [8].

De nedennævnte udførelser vil blive evalueret i den anførte rækkefølge:

— rensningsanlæg

— byggeelementer af forspændt beton

— fundering af store overflader ved bærende søjler af grus

— kompression ved vibration

— højtryksstøbning af gulv.

Ansøgeren skal med hensyn til opgaverne angive sammenlignelige referenceprojekter, som er blevet færdiggjort inden for de seneste fem år.

I vurderingen indgår kun de referenceprojekter, som en ansøger eller en underleverandør har udført selv, som leder af et konsortium eller inden for rammerne af et

6 — Ved begrænset udbud forstås i henhold til artikel 1, litra f), i direktiv 93/37 fremgangsmåder, »hvorved kun de entreprenører, der af de ordregivende myndigheder modtager opfordring dertil, kan afgive bud«.

7 — Bilag 3 til forelæggelseskendelsen, s. 7.

8 — Pointsystemet er som hovedregel baseret på det opnåede antal point.

konsortium som teknisk ansvarlig eller med ansvar for gennemførelsen (formularer er vedlagt anmodningen om deltagelse, punkt 3).«

8. EBS deponerede enkelthederne i forbindelse med proceduren vedrørende pointsystemet hos en notar den 9. april 1999 og dermed inden afgivelsen af det første bud. Sagsøgerne i hovedsagen, Universale Bau GmbH (herefter »Universale«) og konsortiet Hinteregger og Östu-Stettin (herefter »konsortiet«), blev i de forklarende noter vedrørende anmodningen om deltagelse oplyst om, at de nævnte enkeltheder var blevet deponeret hos en notar. Hverken nævnte procedures forløb eller vurderingskriterierne blev imidlertid meddelt dem inden ansøgningsfristens udløb.

9. Sagsøgerne i hovedsagen havde tilkendegivet deres interesse i at deltage i det begrænsede udbud. Efter at EBS havde meddelt dem, at de ikke var blandt de fem bedst placerede erhvervsdrivende og dermed ikke ville blive opfordret til at afgive bud, anfægtede de udbudsproceduren ved Vergabekontrollsenat.

2. *EBS' retlige karakter og opgaver*

10. EBS blev oprettet i 1976 af Wiener Allgemeine Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH og BIA Betriebsgesellschaft für Industrieabfall- und Altölbeseitigung GmbH. De to selskaber tegnede sig hver især for halvdelen af selskabskapitalen. Ifølge Vergabekontrollsenat måtte Allgemeine Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH »henregnes til« Wien kommune. På tidspunktet for udbuddet var ejerforholdene i forbindelse med EBS således:

Wiener Holding AG	11 075 000 ATS
Wien kommune	160 425 000 ATS
Wiener Stadtwerke	178 500 000 ATS

11. Ifølge Vergabekontrollsenat var hovedformålet med EBS' virksomhed at planlægge, opføre og drive et anlæg til bortskaffelse af særligt affald og slamforbrænding. Alle opgaver blev udført i kommercielt øjemed og i konkurrence med andre virksomheder, som håndterer affald, f.eks. private operatører af affaldsdepoter. EBS bar alene den kommercielle risiko. Selskabsvedtægterne

indeholder ingen oplysninger om, at EBS skulle udføre opgaver af almen interesse, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter.

12. Ifølge § 10, stk. 2, i EBS' vedtægter i den nuværende affattelse af 12. september 1996 er Wien kommunes kontrolorgan berettiget til at kontrollere såvel den løbende forretningsførelse efter dens talmæssige korrekthed, forskriftsmæssighed, sparsommelighed, økonomi og formålstjenlighed som årsregnskabet og situationsrapporten, herunder gennemførelsen deraf, bilagene og øvrig dokumentation, at besigtige driftslokalerne og -anlæggene, ligesom kontrolorganet kan aflægge beretning om resultatet af denne kontrol til selskabets kompetente organer samt anpartshavere og Wien kommune.

3. *Aftaler med Wien kommune*

13. I 1985 indgik EBS en forpagtningsaftale med Wien kommune, ifølge hvilken EBS overtog driften af Wien kommunes hovedrensningsanlæg. Ifølge denne aftale skulle Wien kommune erlægge et »passende og samlet vederlag, som skal sikre en omkostningsdækkende drift af hovedrensningsanlægget og de eksisterende affaldsbortskaffelsesanlæg samt en passende forrentning af kapitalen«. Ifølge Vergabekontrollsenats oplysninger, som er blevet bekræftet af parterne i hovedsagen, arbejder EBS ikke med fortjeneste for øje med hensyn til spildevandsrensningen. Der er derimod tale om en forsyningspligtydelse, som er blevet uddelegeret til EBS, og som udføres efter omkostningsdækningsprincippet. Dette virksomhedsområde drives derfor ikke i kommercielt øjemed. Vedtægterne blev ikke ændret i forbindelse med overdragelsen af denne opgave.

14. Med forpagtningsaftalen af 8. juli 1996, som trådte i stedet for aftalen fra 1985, forblev driften af Wien kommunes hovedrensningsanlæg hos EBS. Derudover forpligtede EBS sig til i eget navn og for egen regning at foretage udvidelsen af de projektrelaterede kanalanlæg og øvrige udvidelser af Wien kommunes hovedrensningsanlæg og EBS' egne anlæg (aftalens punkt I.2). Det personale, der var nødvendigt til driften af hovedrensningsanlægget, skulle fortsat stilles til rådighed af Wien kommune (punkt I.3). Wien kommune forpligtede sig til at erlægge et »passende og samlet vederlag, som skal sikre en omkostningsdækkende drift. Alle udgifter i forbindelse med udvidelsen og driften af anlæggene, herunder de projektrelaterede kanalanlæg, med fradrag af de indtægter, som EBS modtager, skal [...] godtgøres [...]« (punkt IV.1).

15. Der stilles ingen særlige krav til anlæggets udformning. Ifølge aftalens punkt II og III er EBS dog forpligtet til at sikre en bestemt funktionsmåde for hovedrens-

ningsanlægget, uden at Wien kommune øver indflydelse på bygge- og anlægsarbejdets konkrete udformning.

16. Det fremgår af byggemyndighedens afgørelse, at EBS har ansøgt om byggetilladelsen. Wien kommune er ejer af den pågældende grund. EBS anførte følgende i skrivelse af 8. september 1999, der var vedlagt som bilag 8 til forelæggelseskendelsen: »Den [...] udvidelse af rensningsanlægget bliver vores ejendom. Der skal ske en overdragelse af det [...] rensningsanlæg for det tilfælde, at de forpagtnings- og driftsaftaler, der er indgået på ubestemt tid mellem Wien kommune og os, opsiges. I så fald skal Wien kommune bl.a. overtage vores rensningsanlæg mod vederlag. Den skal erstatte os rensningsanlæggets brugsværdi.« Ifølge Vergabekontrollsenat er sådanne bestemmelser forenelige med østrigsk ret.

17. Vergabekontrollsenat har udelukket, at Wien kommune har haft til hensigt at omgå anvendelsen af bestemmelserne på området for indgåelse af offentlige kontrakter ved at oprette EBS og overdrage driften og udvidelsen af rensningsanlægget til EBS. EBS var allerede blevet oprettet i 1976, mens driften af hovedrensningsanlægget først blev overdraget fra 1986.

IV — Præjudicielle spørgsmål

18. Vergabekontrollsenat har forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal en juridisk person, som ikke er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, men som nu imødekommer sådanne behov, anses for en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37/EØF?

2) Såfremt Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH ikke er en ordregivende myndighed, spørges: Er den pågældende opførelse af det andet trin af det biologiske rensningsanlæg under Wiens hovedrensningsanlæg da udførelse af et bygge- og anlægsarbejde ved en tredjemand ved et hvilket som helst middel, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov, altså en offentlig bygge- og anlægskontrakt som omhandlet i artikel 1, litra a), sammenholdt med litra c), i direktiv 93/37?

3) Såfremt spørgsmål 1 eller 2 besvares bekræftende, spørges: Er direktiv 89/665/EØF til hinder for nationale bestemmelser, som fastsætter en frist

for prøvelsen af den ordregivende myndigheds konkrete afgørelse, således at afgørelsen, såfremt denne frist overskrides, ikke længere kan anfægtes under den videre udbudsprocedure? Skal enhver mangel gøres gældende af de berørte, hvis disse vil undgå at lide tab?

4) Såfremt spørgsmål 1 eller 2 besvares bekræftende, spørges: Er den ordregivende myndigheds afgørelse om at foretage vurderingen af buddene efter vurderingskriterier, der er deponeret hos en notar, tilstrækkelig, eller skal vurderingskriterierne allerede meddeles i bekendtgørelsen [9] henholdsvis udbudsmaterialet?«

V — Parternes argumenter og vurdering

1. *Formaliteten med hensyn til anmodningen om præjudiciel afgørelse*

19. Ingen af parterne i sagen har ganske vist betvivlet, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling. Vergabekontrollsenat har imidlertid udførligt begrundet, hvorfor den har ret til at forelægge spørgsmål for Domstolen, og den østrigske regering har taget stilling hertil. Under henvisning til en dom afsagt af Domstolen vedrørende Tiroler Vergabesenat mener begge, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling. I nævnte sag var generaladvokaten af den opfattelse, at de forelagte spørgsmål skulle afvises [10], mens Domstolen mente, at de kunne antages til realitetsbehandling [11]. Med hensyn til Vergabekontrollsenat Wien har Domstolen endnu ikke taget stilling til, om den har ret til at forelægge spørgsmål til præjudiciel afgørelse. Dette spørgsmål rejser sig også i sag C-92/00. Generaladvokat Tizzano lagde i sit forslag til afgørelse af 28. juni 2001 i denne sag implicit til grund, at Vergabekontrollsenat Wien har ret til at forelægge spørgsmål for Domstolen. Han tog imidlertid ikke udtrykkeligt stilling til spørgsmålet. Der er endnu ikke afsagt dom i denne sag. Der bør derfor tages stilling til dette spørgsmål i den foreliggende sag.

20. For at bedømme, om det organ, der forelægger en sag, er en ret i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF), tager Domstolen i sin faste praksis i betragtning, om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk rets-

9 — Efter terminologien i direktiv 93/37 drejer det sig om udbudsbekendtgørelsen.

10 — Forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Saggio den 24.9.1998 i sagen Köllensperger og Atzwanger (dom af 4.2.1999, sag C-103/97, Sml. I, s. 551, på s. 553, punkt 25-30).

11 — Köllensperger og Atzwanger-dommen, præmis 22-25.

instans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og om det er uafhængigt [12].

21. Vergabekontrollsenat er i henhold til WLVergG's § 94, stk. 2, i første og sidste instans kompetent til at efterprøve en ordregivende myndigheds afgørelser i en udbudsprocedure. Organets virksomhed er således oprettet ved lov, og det virker som obligatorisk retsinstans. Det har også permanent karakter. Efterprøvelsen af de ordregivende myndigheders afgørelser sker efter bestemmelserne i WLVergG og, medmindre der findes særregler herom i WLVergG, i henhold til § 94, stk. 3, på grundlag af Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz og Verwaltungsvollstreckungsgesetz. Vergabekontrollsenats uafhængighed af forvaltningen sikres på grundlag af WLVergG's § 94, stk. 2, som bestemmer, at dens afgørelser ikke kan ændres eller ophæves af administrative myndigheder. I øvrigt garanter WLVergG's § 95, stk. 4, at medlemmerne er uafhængige ved udøvelse af deres hverv og ikke bundet af nogen anvisninger. Stk. 6 fastsætter bestemmelser vedrørende inhabilitet, et kriterium, som Domstolen særlig fremhævede i Köllensperger og Atzwanger-dommen [13]. I henhold til § 95, stk. 7, skal Vergabekontrollsenats afgørelser udfærdiges skriftligt. På baggrund af ovenstående kan det lægges til grund, at Vergabekontrollsenat opfylder de krav, der fremgår af retspraksis, for at kunne betragtes som en ret i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF). Anmodningen om præjudiciel afgørelse kan derfor antages til realitetsbehandling.

12 — Jf. Köllensperger og Atzwanger-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 17 med yderligere henvisninger; dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 23.

13 — Nævnt i fodnote 10, præmis 22.

2. *Det første spørgsmål*

22. Med det første spørgsmål ønsker Vergabekontrollsenat oplyst, om et organ, som ganske vist ikke er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, men som senere har overtaget og nu faktisk imødekommer sådanne behov, kan anses for et offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37.

a) Parternes argumenter

23. Universale, konsortiet og den østrigske regering er af den opfattelse, at EBS er en ordregivende myndighed i direktivets forstand. Det afgørende er, hvilke behov organet faktisk imødekom på tidspunktet for udbuddet og tildelingen af kontrakten, og ikke dets stiftelsesdokument. Konsortiet har til støtte for sin opfattelse påberåbt sig den hidtidige retspraksis, hvoraf det fremgår, at dette begreb skal fortolkes funk-

tionsbestemt. Konsortiet og den østrigske regering har ikke relateret kriteriet »oprettet specielt med henblik på« til stiftelsestidspunktet, men er af den opfattelse, at der bør tages hensyn til de faktiske ændringer, der er sket senere. Dette kriterium kan også opfyldes ved ændring af organets hidtidige formål eller ved fastlæggelse af et yderligere formål. I modsat fald kan direktiv 93/37 let omgås, ved at opgaven med at imødekomme almenhedens behov ikke tildeles et nyt organ, som er en juridisk person og oprettet specielt med henblik herpå, men et allerede eksisterende organ, som tidligere har imødekommet andre behov. Konsortiet har foreslået, at kriteriet forstås som »af ejerne bestemt til at opfylde det specielle formål«.

24. EBS og Kommissionen er derimod af den opfattelse, at EBS ikke er en ordregivende myndighed i direktivets forstand. EBS har indledningsvis peget på, at selskabet blev oprettet i 1976 for i kommercielt øjemed at varetage forbrændingen af særligt affald. EBS skulle bære den økonomiske risiko ved sin virksomhed. Først 10 år efter sin oprettelse overtog EBS spildevandsrensningen med henblik på at imødekomme almenhedens behov, hvilket skete efter omkostningsdækningsprincippet. EBS blev imidlertid ikke oprettet med henblik på at imødekomme dette behov. For vurderingen af spørgsmålet, om EBS er et offentligretligt organ som omhandlet i direktiv 93/37, er tidspunktet for organets oprettelse af afgørende betydning i henhold til ordlyden af direktivets artikel 1 og ifølge den hidtidige retspraksis. Det forhold, at ESB senere har fået overdraget opgaver med henblik på at imødekomme almenhedens behov, ændrer intet ved selskabets status, da det fortsat også imødekommer behov af industriel eller kommerciel karakter. Den fortolkning af begrebet ordregivende myndighed, som sagsøgerne i hovedsagen har foreslået, er i strid med direktivets ordlyd. Forenelig hermed er højst en fortolkning, som kun anser organet for en ordregivende myndighed med hensyn til opgaver med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter. EBS har i denne henseende foreslået, at der sondres mellem de forskellige behov, som organet imødekommer. Kommissionen har desuden henvist til, at ændringen af selskabets formål hverken er blevet fastlagt gennem en ændring af dets formål i vedtægterne eller gennem en lovbestemmelse.

25. Den nederlandske regering har ligesom konsortiet henvist til, at begrebet ordregivende myndighed efter dens opfattelse er blevet fortolket funktionsbestemt i retspraksis. På grundlag heraf er den nået til det resultat, at et privatretligt organ, som ganske vist ikke er blevet oprettet specielt med henblik herpå, men som imødekommer almenhedens behov, skal betragtes som en ordregivende myndighed som omhandlet i direktiv 93/37. Ligesom Kommissionen har den imidlertid krævet, at denne omstændighed skal kunne fastslås på et objektivt grundlag. Den har henvist til, at ordlyden af artikel 1, litra b), andet afsnit, i

direktiv 93/37 ikke vedrører retsgrundlaget for det pågældende organs opgaver. I den foreliggende sag kan det ikke konstateres på et objektivt grundlag, at EBS har udført en opgave, som imødekommer almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter. Der foreligger derimod en aftale med Wien kommune (ordregivende myndighed) om at gennemføre en offentlig kontrakt eller meddele koncession. På grundlag af denne analyse skal det under alle omstændigheder undersøges, om udbudsproceduren var en egnet procedure.

b) Vurdering

26. Det første spørgsmål vedrører definitionen af begrebet offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37. Alle parter i sagen er enige i, at EBS som GmbH er en juridisk person og for hovedpartens vedkommende kontrolleres af Wien kommune, dvs. en lokal myndighed.

27. Det er kun omtvistet, om EBS også opfylder det tredje kriterium i den retlige definition, dvs. om EBS er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter. Parterne i sagen har samstemmende lagt til grund, at EBS faktisk imødekommer almenhedens behov gennem driften af hovedrensningsanlægget. Under henvisning til BFI Holding-dommen, hvori fjernelse og behandling af husholdningsaffald blev anset for at høre til almenhedens behov [14], må denne opfattelse støttes. Da Wien kommune godtgør EBS de omkostninger, der opstår på dette område, og EBS ikke bærer nogen omkostningsrisiko i den henseende, er der også tale om imødekommelse af behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter [15], hvilket Vergabekontrollsenat også har lagt til grund.

28. Det er imidlertid omtvistet, om EBS kan betragtes som oprettet »specielt med henblik på« at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter. Ifølge Vergabekontrollsenat blev EBS oprettet i 1976 med henblik på at håndtere særligt affald på et kommercielt grundlag. I vedtægternes oprindelige affattelse er der intet, der tyder på, at EBS skulle være oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter. Støtter man sig derfor alene på vedtægterne i den affattelse, de havde på tidspunktet for EBS' oprettelse, opfylder EBS ikke de betingelser, der er fastsat i direktiv 93/73 for at kunne betragtes som et offentligretligt organ.

14 — Dom af 10.11.1998, sag C-360/96, Sml. I, s. 6821.

15 — Jf. i forbindelse med dette kriterium mine bemærkninger i forslaget til afgørelse af 30.1.2001 i Agorà- og Excelsior-sagen (dom af 10.5.2001, forenede sager C-223/99 og C-260/99, Sml. I, s. 3605, på s. 3607), punkt 57 ff.

29. EBS overtog først driften af rensningsanlægget i 1986. Denne udvidelse af aktiviteterne medførte imidlertid ikke en ændring af oplysningerne om selskabets formål i EBS' vedtægter. Heller ikke senere, navnlig i 1996, hvor EBS indgik en aftale med Wien kommune om at udvide rensningsanlægget, hvilket har givet anledning til hovedsagen, blev oplysningerne om selskabets formål ændret i vedtægterne. Hvis man derfor kun vurderer det stillede spørgsmål på grundlag af vedtægterne, kan EBS således ikke anses for en ordregivende myndighed som omhandlet i direktiv 93/37.

30. I betragtning af, at EBS siden 1986 faktisk har imødekommet almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, synes det resultat, der fremkommer på grundlag af analysen af vedtægterne, imidlertid tvivlsomt. Sagsøgerne i hovedsagen og den østrigske regering har derfor gjort gældende, at begrebet offentligretligt organ skal betragtes funktionsbestemt, og foreslået, at der tages hensyn til denne senere faktiske ændring af EBS' virksomhedsområde, og at EBS uanset bestemmelserne i vedtægterne betragtes som et offentligretligt organ.

31. Kriteriet om oprettelse specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov er hidtil navnlig blevet undersøgt i to sager ved Domstolen, nemlig i Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-sagen (dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Sml. I, s. 73), som vedrørte det østrigske statstrykkeri, og i BFI Holding -sagen. I Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-dommen undersøgte Domstolen statstrykkeriets stiftelsesdokument, Bundesgesetz über die Österreichische Staatsdruckerei. Foruden denne analyse af det retlige grundlag for statstrykkeriet tog Domstolen imidlertid også hensyn til de faktiske omstændigheder, nemlig at statstrykkeriet senere også har imødekommet andre behov af industriel eller kommerciel karakter. Domstolen fastslog i denne henseende, at når et organ fortsat påtager sig at opfylde de behov, det specielt er forpligtet til at imødekomme, mister det ikke sin karakter af offentligretligt organ, når det også udfører andre former for virksomhed [16]. I forlængelse af denne retspraksis fastslog Domstolen i BFI Holding-dommen, at det er uden relevans, at imødekommelse af almenhedens behov kun udgør en relativt ubetydelig andel af den virksomhed, et sådant organ udøver, når det fortsat påtager sig at opfylde almenhedens behov [17].

32. På grundlag af denne retspraksis kan der hovedsagelig udledes to konstateringer. Ifølge denne retspraksis er det for det første ikke kun tidspunktet for organets oprettelse, der er afgørende, idet der også skal tages hensyn til organets senere udvikling. For det andet skal der ikke kun tages hensyn til retlige, men også faktiske ændringer af de behov, som imødekommes. Det er derfor

16 — Præmis 25 og 26.
17 — Nævnt i fodnote 14, præmis 55.

uden betydning, at de oprindelige vedtægter fra 1976 ikke angiver, at EBS er blevet oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov. Afgørende er ikke kun oprettelsestidspunktet, da der også skal tages hensyn til den senere udvikling. Det forhold, at EBS' vedtægter ikke blev tilpasset senere, udelukker heller ikke, at selskabet alligevel kan betragtes som et offentligretligt organ. Ved kvalificeringen af EBS skal der tages hensyn til den senere faktiske drift af og udvidelsen af rensningsanlægget.

33. Ifølge de anførte domme udelukker den omstændighed, at EBS foruden driften af rensningsanlægget også fortsat bortskaffer særligt affald, heller ikke, at selskabet kan kvalificeres som offentligretligt organ som omhandlet i direktiv 93/37. EBS kan samtidig imødekomme såvel behov af industriel eller kommerciel karakter som almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter. Det er ikke engang nødvendigt, at EBS i overvejende grad imødekommer almenhedens behov. Forholdet mellem virksomhed, som imødekommer behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, og virksomhed, som imødekommer behov af industriel eller kommerciel karakter, er uden indflydelse på organets kvalificering [18].

34. Domstolen har desuden fastslået, at kvalificeringen som offentligretligt organ omfatter alle former for virksomhed, som udøves af et organ [19]. Denne retspraksis kan tiltrædes. Der skal herske retssikkerhed med hensyn til kvalificeringen af det pågældende organ. En kvalificering på grundlag af det behov, der imødekommes, er derfor ikke forenelig med dette princip. Det forslag, som EBS subsidiært har fremført, at EBS kun skal betragtes som en ordregivende myndighed med hensyn til driften af rensningsanlægget, må derfor afvises som uforenelig med retspraksis.

35. Det bemærkes imidlertid, at der i Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-sagen — i modsætning til den foreliggende sag — var tale om en virksomhed, som hovedsagelig var blevet oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter. Den industrielle eller kommercielle virksomhed blev først udøvet senere. Med hensyn til EBS forholdt det sig nøjagtigt modsat. EBS blev oprettet med henblik på at imødekomme behov af industriel eller kommerciel karakter og overtog først senere opgaver med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter. Det skal derfor undersøges, om en virksomhed også senere kan erhverve status som ordregivende myndighed.

36. Ordlyden af artikel 1, litra b), i direktiv 93/37 synes at tale imod en sådan mulighed. Det kræves udtrykkeligt, at det pågældende organ skal være oprettet specielt med

18 — BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 56.

19 — Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-dommen, nævnt i punkt 31, præmis 32.

henblik på at imødekomme almenhedens behov. Dermed må stiftelsestidspunktet være af afgørende betydning eller i det mindste stiftelsesdokumentet. Det er imidlertid ubestridt, at EBS hverken er oprettet specielt med henblik på at drive det kommunale rensningsanlæg, eller at dette formål senere på en eller anden måde er blevet optaget i selskabets vedtægter, da EBS faktisk overtog denne opgave.

37. I denne henseende er jeg enig med den nederlandske regering i, at ordlyden af artikel 1, litra b), i direktiv 93/37 ikke begrænser den retlige analyse til organets stiftelsesdokument. Med hvilket formål et organ er blevet oprettet, kan også fremgå af andre kilder [20].

38. Det bør blot kræves, som den nederlandske regering og Kommissionen har gjort, at det kan konstateres på et objektivt grundlag, at organet eksisterer specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter — og ikke kun er oprettet med henblik herpå, da der også skal tages hensyn til den senere udvikling.

39. EBS har gennem indgåelse af en aftale med Wien kommune fået overdraget opgaven at imødekomme almenhedens behov. En aftale er en objektiv omstændighed, som for en udenforstående er lige så let at se som vedtægter eller en lov. Der er derfor ingen grund til, at denne aftale, eller rettere sagt de to aftaler, som blev indgået mellem EBS og Wien kommune i 1986 og 1996, ikke skulle kunne anvendes til at fastsætte EBS' formål. Ordlyden af artikel 1, litra b), i direktiv 93/37 begrænser som sagt ikke analysen til organets stiftelsesdokument. Denne fortolkning af ordlyden af artikel 1, litra b), i direktiv 93/37 indebærer, at EBS skal betragtes som et offentligretligt organ som omhandlet i denne bestemmelse.

40. Følgende betragtning taler ligeledes for, at der ikke kun skal tages hensyn til stiftelsesdokumentet. Anvendelsen af bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter kan ikke være afhængig af selskabsretlige dokumenter som f.eks. vedtægter. Det er et rent selskabsretligt problem, om disse selskabsretligt korrekt afspejler selskabets formål på oprettelsestidspunktet, eller om de i givet fald på passende vis er blevet tilpasset de faktisk ændrede omstændigheder. Dette må ikke være afgørende ved fortolkningen af bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter. I modsat fald overlades anvendelsen af disse bestemmelser til selskabet. Med hensyn til kvalificeringen af organet er det derfor ikke kun stiftelsesdokumentet eller vedtægterne på oprettelsestidspunktet, der skal tages i betragtning, men alle objektivt identificerbare omstændigheder, som også kan omfatte en aftale som den, der er indgået mellem EBS og Wien kommune.

20 — BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 62.

41. Som foreløbig konklusion kan det konstateres, at analysen af ordlyden af artikel 1, litra b), i direktiv 93/37 ikke entydigt besvarer det spørgsmål, der er stillet.

42. Heller ikke systematikken i artikel 1 i direktiv 93/37 og i direktivet som helhed er nogen hjælp med hensyn til at besvare det stillede spørgsmål.

43. Bestemmelsens tilblivelseshistorie taler for, at EBS skal betragtes som et offentligretligt organ. Den retlige definition i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37 blev indsat på Europa-Parlamentets foranledning. Kommissionen havde i sit forslag kun talt om »juridiske personer« og ikke om offentligretlige organer[21]. For at sikre en så omfattende anvendelse som muligt af direktivet om bygge- og anlægskontrakter indføjede Parlamentet begrebet »offentligretlig sammenslutning« (på tysk: »Organ des öffentlichen Rechts«), som senere blev ændret til »offentligretligt organ« (»Einrichtung des öffentlichen Rechts«)[22]. Vedtagelsen af den retlige definition skulle træde i stedet for de lister, der skulle udarbejdes i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 71/305/EØF, og som fastlagde kredsen af ordregivende myndigheder. Denne definition skulle sikre en vidtrækkende anvendelse af direktivet[23]. Det var hensigten at udvide direktivets anvendelsesområde til også at omfatte bygge- og anlægsarbejder, der udføres af tredjemand, og som helt eller delvis, direkte eller indirekte finansieres med offentlige midler[24].

44. EBS' omkostninger i forbindelse med udvidelsen af rensningsanlægget godtgøres indirekte af Wien kommune i henhold til punkt IV.2 i aftalen af 8. juli 1996, hvilket EBS selv har medgivet. Under hensyntagen til det mål, som lovgiver har forfulgt med formuleringen af den retlige definition, nemlig at alle arbejder, som finansieres ved hjælp af offentlige midler, skal omfattes af bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter, bør EBS derfor betragtes som et offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1 i direktiv 93/37.

45. Dette resultat er også i overensstemmelse med formålet med direktiv 93/37. I henhold til anden betragtning er formålet med direktiv 93/37 den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter. Direktivet skal modvirke risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved indgåelsen af kontrakter, og således bidrage til at skabe et indre marked for bygge- og anlægsarbejder. Ved vurderingen af betin-

21 — Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, KOM(86) 679 endelig udg. af 23.12.1986, s. 6 og s. 22.

22 — Ændringsforslag nr. 4, betænkning fra Udvalget om Økonomi, Valutaspørgsmål og Industripolitik, Europa-Parlamentets mødedokumenter, 1988-1989, dokument A2-37/88, s. 6, samt begrundelsen, s. 31.

23 — Jf. fornævnte betænkning, begrundelse, s. 31.

24 — Jf. indlægget fra udvalgets ordfører, Beumer, under forhandlingerne i Europa-Parlamentet den 17.5.1988, Europa-Parlamentets forhandlinger, 17.5.1988, nr. 2-365, s. 83.

gelserne for, om der er tale om et offentligretligt organ, er det afgørende, om der er risiko for, at organet lader sig lede af andre hensyn end økonomiske ved indgåelsen af kontrakter[25]. Er dette tilfældet, er der fare for gennemførelsen af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, hvilket begrunder anvendelsen af direktiverne om offentlige kontrakter[26]. Dette rejser i sidste instans det spørgsmål, om organet bærer den økonomiske risiko ved sin virksomhed[27]. I bekræftede fald er der ingen fare for gennemførelsen af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser; i benægtende fald er der anledning til at anvende direktiverne om offentlige kontrakter og således beskytte de grundlæggende friheder.

46. Ifølge aftalen fra 1996 med Wien kommune bærer EBS hverken den økonomiske risiko ved driften af rensningsanlægget eller ved den aftalte udvidelse. Sidstnævnte skal ganske vist finde sted i eget navn og for egen regning (jf. punkt I.2 i aftalen af 8. juli 1996). Ifølge aftalens punkt IV.1 skal »[...] [a]lle udgifter i forbindelse med udvidelsen og driften af anlæggene, herunder de projektrelaterede kanalanlæg, med fradrag af de indtægter, som EBS modtager, [...] godtgøres [...]« af Wien kommune. På grund af, at Wien kommune skal finansiere udvidelsen, er der risiko for, at EBS lader sig lede af andre hensyn end økonomiske ved kontrakttildelingen. I den henseende er der behov for, at etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser beskyttes ved at anvende direktiv 93/37.

47. På grundlag af det nævnte formål med direktivet kan det tilfælde, hvor et organ er oprettet med henblik på at imødekomme behov af industriel eller kommerciel karakter og senere overtager opgaver med henblik på at imødekomme behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, ikke behandles anderledes end Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-sagen og BFI Holding-sagen, som Domstolen allerede har taget stilling til, og hvor de pågældende organer var oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, og først senere imødekom behov af industriel eller kommerciel karakter. Tidspunktet for, hvornår risikoen for de grundlæggende friheder er opstået, er nemlig af underordnet betydning. Det afgørende er, at der foreligger en risiko for disse friheder.

48. For denne vurdering taler imidlertid frem for alt, at man kun på denne måde generelt kan modvirke risikoen for, at bestemmelser på området for indgåelse af offentlige kontrakter omgås. Hvis det afgørende er, hvilke behov der først er blevet imødekommet, vil det være let at omgå bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter, ved at et organ først overdrages opgaver af industriel eller kommerciel

25 — Dom af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 42, og af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 17.

26 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i fodnote 25, præmis 41, og University of Cambridge-dommen, nævnt i fodnote 25, præmis 16.

27 — Jf. forslag til afgørelse i Agorà- og Excelsior-sagen, nævnt i fodnote 15, punkt 71.

karakter og derefter opgaver af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter. Det er vigtigt at imødegå en sådan eventuel omgåelse, hvis man tilstræber at give bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter effektiv virkning. I modsat fald vil direktivet miste sit formål.

49. Den forelæggende ret har i forelæggelseskendelsen ganske vist udtrykkeligt udelukket, at Wien kommune i den foreliggende sag har haft til hensigt af omgå bestemmelserne. Med hensyn til fortolkningen af artikel 1 i direktiv 93/37 kan det imidlertid ikke være afgørende, om der i forbindelse med de faktiske omstændigheder, som har givet anledning til forelæggelseskendelsen, foreligger en konkret risiko for, at bestemmelserne omgås. I forbindelse med en præjudiciel forelæggelse tager Domstolen stilling til fortolkningen af fællesskabsretten, som har betydning ud over det enkelte tilfælde.

50. På baggrund af ovenstående betragtninger kan det konstateres, at en faktisk overtagelse af opgaver med henblik på at imødekomme almenhedens behov på grundlag af objektivt identificerbare omstændigheder, f.eks. indgåelsen af en aftale, skal ligestilles med den situation, at et organ er oprettet specielt med henblik herpå. Jeg foreslår derfor, at det første spørgsmål besvares på følgende måde:

En juridisk person, som ikke er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, men som senere faktisk imødekommer sådanne behov, skal også anses for en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37, såfremt denne overtagelse af opgaver, som imødekommer almenhedens behov, er baseret på objektivt identificerbare omstændigheder.

3. *Det andet spørgsmål*

51. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om der er tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt i forbindelse med den påtænkte udvidelse af rensningsanlægget. Den har kun stillet dette spørgsmål, såfremt EBS ikke kvalificeres som et offentligretligt organ som omhandlet i direktiv 93/37. Da dette spørgsmål imidlertid blev besvaret bekræftende ovenfor, fremføres argumenterne vedrørende det andet spørgsmål kun subsidiært, såfremt Domstolen ikke følger mit ovennævnte forslag til afgørelse med hensyn til det første spørgsmål og ikke anser EBS for et offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37.

a) Parternes argumenter

52. Konsortiet og den østrigske regering er af den opfattelse, at der er tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Herfor taler frem for alt den omstændighed, at det

kommunale rensningsanlæg skal opføres på en kommunal grund. Ved opsigelse af forpagtningsaftalen skal kommunen desuden overtage anlægget. Opførelsen sker på grundlag af de behov, som den ordregivende myndighed (Wien kommune) har fastlagt, da udvidelsen af rensningsanlægget har til formål at imødekomme almenhedens behov, som er i Wien kommunes interesse. Desuden foreskrives, at rensningsanlægget skal fungere på en bestemt måde, idet det nye byggeri skal passe til det eksisterende anlæg.

53. EBS er derimod af den opfattelse, at der ikke er tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt. EBS skal gennemføre udvidelsesarbejdet i eget navn og for egen regning. Wien kommune øver heller ingen indflydelse på, hvordan udvidelsen konkret skal udformes, eller på selve udbudsproceduren. Det er alene EBS, der træffer afgørelse om rensningsanlæggets tekniske og konstruktionsmæssige udførelse. Endelig har EBS henvist til, at godtgørelsen af udvidelsesomkostningerne kun indirekte sker i overensstemmelse med de aftaler, der generelt gælder for driften af rensningsanlægget.

54. Kommissionen mener heller ikke, at EBS tildeler en offentlig bygge- og anlægskontrakt. En sådan kan i den foreliggende sag højst foreligge mellem Wien kommune og EBS. Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at den spildevandsrensning, som EBS har overtaget, og inden for rammerne af hvilken udvidelsen af rensningsanlægget ligeledes skal ses, udgør en tjenesteydelsesaftale og ikke en bygge- og anlægskontrakt; Kommissionen har derfor foreslået, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares benægtende.

55. Den nederlandske regering har kun udtalt sig generelt. Det afgørende kriterium for besvarelsen af spørgsmålet, om der foreligger en offentlige bygge- og anlægskontrakt, er, om den ordregivende myndighed har fastlagt særlige behov, og om bygge- og anlægsarbejdet bliver den ordregivende myndigheds ejendom. I øvrigt skal en offentlig bygge- og anlægskontrakt altid udføres på grundlag af en særlig kontrakt med den ordregivende myndighed.

b) Vurdering

56. Ifølge den retlige definition i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 forstås ved »offentlige bygge- og anlægskontrakter« »gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov«. Ved

undersøgelsen af det præjudicielle spørgsmål forudsættes det, at EBS er en entreprenør som omhandlet i denne bestemmelse og — i modsætning til mine argumenter i forbindelse med det første præjudicielle spørgsmål — ikke en ordregivende myndighed. Den relevante skriftlige aftale er aftalen med Wien kommune, en lokal myndighed, og dermed i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 93/37 en ordregivende myndighed, hvorved EBS i 1996 forpligtede sig til at udvide det rensningsanlæg, som EBS har forpagtet og driver. Under aftalens punkt IV forpligter Wien kommune sig til over for EBS at erlægge et passende og samlet vederlag for driften samt at dække de udgifter, der opstår i forbindelse med udvidelsen, hvorfor der også foreligger en gensidigt bebyrdende kontrakt.

57. Med det præjudicielle spørgsmål ønskes oplyst, om denne aftale vedrører »[...] udførelse af et bygge- og anlægsarbejde ved en tredjemand ved et hvilket som helst middel, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov [...]«. Parterne i hovedsagen er både uenige om spørgsmålet, om aftalen vedrører udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, og om bygge- og anlægsarbejdet udføres på en måde, som svarer til de af Wien kommune fastlagte behov.

58. Kommissionen betvivler, at aftalen vedrører udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, og er af den opfattelse, at der derimod er tale om en tjenesteydelsesaftale. Det bemærkes i denne henseende, at EBS ifølge aftalens punkt I.2 forpligter sig til at udvide anlæggene i forbindelse med Wien kommunes hovedrensningsanlæg. Ifølge punkt II.1 forpligter EBS sig endvidere til at rense alt spildevand, bortskaffe det rensningsslam, der opstår, samt bortskaffe alt særligt affald, der leveres fra Wien kommune. Kloakering og affaldsbortskaffelse er i henhold til bilag I A, kategori 16, i direktiv 92/50/EØF [28] tjenesteydelser i den i artikel 8 i direktiv 92/50 anførte betydning, hvor der gælder en særlig udbudsprocedure. Med hensyn til de forpligtelser, som EBS har påtaget sig i punkt II.1, er aftalen fra 1996 derfor ikke en bygge- og anlægskontrakt.

59. Spørgsmålet er herefter, om forpligtelsen i punkt I.2 til at udvide de eksisterende anlæg kan betragtes som en bygge- og anlægskontrakt som omhandlet i direktiv 93/37. Denne forpligtelse vedrører ganske vist udførelse af et bygge- og anlægsarbejde. Dette skal imidlertid ske i overensstemmelse med de af Wien kommune fastlagte behov. Det forhold, at i det mindste udvidelsens funktion beskrives, taler for dette. Anlægget skal være egnet til at rense alt indkommende spildevand indtil 18 m3/sek. (punkt II.1). For en aftale om udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, som svarer til de af Wien kommune fastlagte behov, taler endvidere, at der er tale om udvidelse af et kommunalt hovedrensningsanlæg, dvs. et organ, hvis funktion Wien kommune i sidste instans er ansvarlig for inden for rammerne af sikringen af forsyningspligtydelser. Dette ansvar kommer til udtryk i omkostningsdækningen

28 — Rådets direktiv af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, EFT L 209, s. 1.

(punkt IV), tilrådighedsstillelsen af det nødvendige personale (punkt I.3) samt i kommunens købspligt i tilfælde af forpagtningsforholdets ophævelse (jf. EBS' erklæring af 8.9.1996, der er citeret i forelæggelseskendelsen).

60. Aftalen fra 1996 foreskriver imidlertid kun på et enkelt punkt, hvordan det anlæg, der skal udvides, skal fungere, idet der angives en kapacitet på 18 m3/sek. Aftalen indeholder imidlertid ingen oplysninger om den konkrete udformning, f.eks. den tekniske og konstruktionsmæssige udførelse. Det er i det mindste tvivlsomt, om dette er tilstrækkeligt til at kunne tale om udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov. Hertil kommer, at kontrakterne vedrørende de nødvendige bygge- og anlægsarbejder skal indgås af EBS i eget navn og for egen regning (aftalens punkt I.2). Det fremgår ikke, at Wien kommune på nogen måde deltager i formuleringen af udbudsbetingelserne eller indgåelsen af de enkelte kontrakter, dvs. Wien kommune kan ikke præcisere det generelle kapacitetskrav i udbudsprocedurens videre forløb. I Gestión Hotelera Inernacional-sagen understregede både generaladvokaten i sit forslag til afgørelse og Domstolen i sin dom, at de bygge- og anlægsarbejder, der skal udføres, skal være beskrevet nærmere, for at der kan være tale om en bygge- og anlægskontrakt [29]. Aftalen fra 1996 indeholder imidlertid ingen beskrivelse af de arbejder, der skal udføres, men kun det resultat, der skal nås. På baggrund af ovenstående kan aftalen ikke anses for en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

61. Kun for fuldstændighedens skyld bemærkes, at selv hvis det anses for at være tilstrækkeligt, at målet med byggearbejdet er angivet, vil et yderligere punkt skulle undersøges: Aftalen fra 1996 indeholder som nævnt også elementer af en tjenesteydelsesaftale. Ifølge sekstende betragtning til direktiv 92/50 fremgår det af direktiv 71/305 »[...] at en kontrakt kun kan betragtes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis kontraktens genstand er udførelse af et bygge- og anlægsarbejde; for så vidt sådanne bygge- og anlægsarbejder er accessoriske og ikke udgør kontraktens genstand, medfører de ikke, at kontrakten rubriceres som offentlig bygge- og anlægskontrakt«. Ifølge Gestión Hotelera Internacional-dommen vil den forelæggende ret derfor skulle undersøge, om den eventuelle forpligtelse til at udføre et bygge- og anlægsarbejde vejer tungere end den aftalte forpligtelse til at udføre en tjenesteydelse [30].

62. Uden at foregribe den nationale rets dom er det på baggrund af de beskrevne omstændigheder i den foreliggende sag vanskeligt at nå frem til, at bygge- og anlægsarbejdet vejer tungest. Aftalen er snarere en videreførelse af et samarbejde, der har eksisteret i ti år, og det aftalte bygge- og anlægsarbejde — såfremt der er tale om et sådant — har til formål at

29 — Dom af 19.4.1994, sag C-331/92, Sml. I, s. 1329, præmis 24, og forslaget til afgørelse, punkt 41.

30 — Dom nævnt i fodnote 29, præmis 28.

tilpasse den eksisterende kapacitet til ændrede forhold. Der må derfor hovedsagelig være tale om en yderligere overtagelse af affalds- og spildevandsbortskaffelse, der som nævnt udgør en tjenesteydelse.

63. På baggrund af ovenstående foreslår jeg subsidiært, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares på følgende måde:

En bestemmelse, som kun beskriver den funktion, som bygge- og anlægsarbejdet skal opfylde, og som samtidig vedrører videreførelsen af en eksisterende tjenesteydelsesaftale, er ikke en offentlig bygge- og anlægskontrakt som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37.

4. *Det tredje spørgsmål*

64. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker Vergabekontrollsenat oplyst, om de præklusionsfrister på to uger, der er fastsat i WLVergG's § 98, er forenelige med direktiv 89/665 [31].

31 — Nævnt i fodnote 3.

a) Parternes argumenter

65. Universale og konsortiet mener, at de klagefrister, der er fastsat i WLVergG, er for korte. Efter Universales opfattelse kan udenlandske bydende som hovedregel ikke overholde disse frister. Dette er for det første i strid med målet om at sikre, at der ikke forekommer forskelsbehandling ved indgåelse af offentlige kontrakter, og for det andet målet om, at virksomheder skal sikres adgang til et fælles marked med stor afsætning, hvilket styrker de europæiske virksomheders konkurrenceevne. Til støtte for rigtigheden af sin retsopfattelse har Universale henvist til, at fristen i mellemtiden er blevet forlænget til fire uger. Med hensyn til de faktiske omstændigheder har Universale understreget, at det først var muligt at opdage fejlen i udbudsbetingelserne i forbindelse med undersøgelsen af vurderingen af ansøgningsmaterialet, efter at EBS allerede havde afslået ansøgningen, og efter udløbet af fristen på to uger. Konsortiet har desuden anført, at det ikke er muligt for ansøgerne inden for den korte klagefrist at undersøge grundene til ordregiverens negative beslutning og opdage skinbegrundelser. Endvidere medfører forpligtelsen i WLVergG's § 96 og 97 til forudgående at underrette ordregiveren om en klage, at klagefristen på to uger, som begynder at løbe fra meddelelsen af afslaget, allerede er udløbet, når den underrettede ordregiver svarer ansøgeren.

66. EBS har derimod henvist til den skønsbeføjelse, som direktiv 89/665 giver medlemsstaterne. Fællesskabslovgiver har kun foreskrevet, at der så hurtigt som muligt

skal kunne indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger (artikel 1, stk. 1), at enhver, der har interesse i at opnå en kontrakt, og som vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse, skal have adgang til klageprocedurerne (artikel 1, stk. 3), at medlemsstaterne kan kræve, at ordregiveren underrettes herom på forhånd (artikel 1, stk. 3), og endelig, at der sikres mulighed for at træffe foreløbige forholdsregler, at ulovlige beslutninger kan annulleres, og at skadelidte bydende kan tilkendes skadeserstatning (artikel 2, stk. 1). Efter EBS' opfattelse er korte frister i overensstemmelse med det mål, der er nævnt i femte betragtning til direktivet, dvs. at procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter ikke må forsinkes i urimelig lang tid. Dog må de nationale procedurebestemmelser ikke gøre det praktisk umuligt at gennemføre fællesskabsretten. EBS har afslutningsvis henvist til, at en klagefrist på to uger er almindelig i forbindelse med retsakter udstedt af offentlige myndigheder, og har i denne henseende anført § 63, stk. 5, i Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, hvorefter der skal indgives klage over enhver myndighedsbeslutning inden for to uger, samt § 403, stk. 3, i EO [32], hvorefter afgørelser om foreløbige forholdsregler truffet af civilretter skal anfægtes inden for to uger.

67. Såvel den østrigske og den nederlandske regering som Kommissionen har indledningsvis anført, at direktiv 89/665 ikke selv foreskriver frister, men kun fastsætter minimumskrav. Medlemsstaterne har en skønsbeføjelse med hensyn til fastsættelsen af klagefrister. Alle tre har imidlertid fremhævet, at der ifølge direktivet skal sikres en effektiv retsbeskyttelse. Den østrigske regering har desuden anført, at klagefristerne medfører, at proceduren fremskyndes, og mindsker risikoen for misbrug af adgangen til domstolsprøvelse. Begge omstændigheder er i overensstemmelse med målene med direktiv 89/665. Kommissionen har desuden krævet, at retsbeskyttelsen ikke må være mindre gunstig end i forbindelse med lignende klager, som kun vedrører national ret.

b) Vurdering

68. Med hensyn til den frist, der er fastsat i WLVergG, og efter hvis udløb der ikke længere kan indgives klage over de bestemmelser, der er indeholdt i en offentlig bekendtgørelse, bemærkes indledningsvis, at direktiv 89/665 kun fastsætter visse mindstekrav med hensyn til den retsbeskyttelse, der skal sikres. Det indeholder hverken tidsfrister, inden for hvilke der kan indgives klage over bestemte akter, eller bestemmelser om, hvorvidt den nationale gennemførelseslovgivning må fastsætte præklusionsbestemmelser eller ej.

69. Med hensyn til krav om tilbagesøgning af afgifter, der er betalt med urette, har Domstolen fastslået, at såfremt der ikke

32 — »EO« står for Exekutionsordnung. Den anførte bestemmelse fastsætter imidlertid ingen frister.

findes fællesskabsretlige bestemmelser, har medlemsstaterne kompetence til at fastsætte de procedureregler, på grundlag af hvilke unionsborgerne kan udøve de rettigheder, der følger af fællesskabsretten. Disse procedureregler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende rettigheder på grundlag af nationale bestemmelser (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til fællesskabsretten (effektivitetsprincippet) [33]. Domstolen har i denne henseende ligeledes fastslået, at det principielt er foreneligt med effektivitetsprincippet, at der af retssikkerhedshensyn fastsættes rimelige, præklusive søgsmålsfrister. Sådanne frister kan ikke antages i praksis at gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til fællesskabsretten [34]. Da der ikke findes fællesskabsretlige bestemmelser vedrørende spørgsmålet om præklusionsfrister, vil man på grundlag af den anførte retspraksis principielt ikke kunne anfægte det forhold, at WLVergG foreskriver klagefrister. Den nationale lovgiver har en skønsbeføjelse i denne henseende.

70. I direktivet nævnes imidlertid bl.a. følgende mål, som skal nås i forbindelse med gennemførelsen, og hvis gennemførelse ikke må forhindres gennem angivelse af præklusionsbestemmelser. Der skal effektivt og så hurtigt som muligt kunne indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger (artikel 1, stk. 1); medlemsstaterne kan fastsætte, at ordregiveren på forhånd skal underrettes, såfremt en person agter at indgive klage (artikel 1, stk. 3); den nationale lovgivning skal sikre foreløbige forholdsregler samt gøre det muligt at annullere ulovlige beslutninger og tilkende skadeserstatning (artikel 2, stk. 1).

71. En effektiv retsbeskyttelse som omhandlet i direktiv 89/665 er imidlertid kun sikret, hvis fristerne ikke gør det umuligt at udnytte de retsmidler, der er indrømmet. Fristerne må derfor ikke være så korte, at de bydende og ansøgerne hindres i at udøve deres rettigheder. Under hensyntagen til, at artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 foreskriver, at der så hurtigt som muligt skal indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger, forekommer en frist på to uger, som er fastsat i WLVergG, imidlertid ikke urimelig. Den vil principielt navnlig også kunne overholdes af udenlandske ansøgere og give de pågældende ansøgere tilstrækkelig tid til at opdage en eventuel tilsidesættelse af deres rettigheder. Angivelsen af præklusionsfrister i procedureregelerne bidrager ligeledes til at fremme retssikkerheden. De ansøgere, til fordel for hvem en beslutning er blevet truffet, skal kunne have tillid til, at deres rettigheder opretholdes.

72. Hvorvidt denne retsbeskyttelse er ækvivalent med den retsbeskyttelse, der sikres i forbindelse med gennemførelsen af de ret-

33 — Dom af 15.9.1998, sag C-231/96, Edis, Sml. I, s. 4951, præmis 34.

34 — Samme dom, præmis 35.

tigheder, der tillægges i henhold til nationale bestemmelser, og hvorvidt ækvivalensprincippet derfor overholdes, er et spørgsmål, som den forelæggende ret skal afgøre i forbindelse med analysen af national ret. Forelæggelseskendelsen indeholder ingen oplysninger i denne henseende. Umiddelbart er der imidlertid ingen betænkeligheder på grundlag af parternes argumenter, navnlig ikke på grundlag af de klagefrister i Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, som EBS har anført. I forbindelse med sin undersøgelse skal den forelæggende ret også tage hensyn til, om klagen kun kan indgives med modtagelsesbevis eller f.eks. også pr. fax eller e-mail. Den form, der skal overholdes, indvirker på længden af den frist, der indrømmes.

73. Hvad angår konsortiets klagepunkt med hensyn til, at forpligtelsen i WLVergG's § 96 og 97 til forudgående at underrette ordregiveren medfører, at klagefristen i WLVergG's § 98 allerede er udløbet, når ordregiveren svarer ansøgeren, bemærkes, at fristerne næppe nogen sinde vil kunne falde sammen. WLVergG's § 96 og 97 vedrører en frist inden kontrakttildelingen, mens fristerne i WLVergG's § 98, stk. 1 og 3, vedrører frister efter kontrakttildelingen. Heller ikke med hensyn til fristen i denne bestemmelses stk. 2, skulle der kunne opstå en konflikt. Der er i denne forbindelse ganske vist tale om en frist inden udløbet af ansøgningsfristen og dermed også inden kontrakttildelingen. Fristen i § 98 vedrører imidlertid en klage over bestemmelserne i den offentlige bekendtgørelse. Fristen i WLVergG's § 96 vedrører derimod »en afgørelse truffet af ordregiveren inden kontrakttildelingen«. Hvorvidt fastsættelsen af bestemmelserne i den offentlige bekendtgørelse også kan udgøre en sådan »afgørelse«, er et spørgsmål, der skal afgøres af Vergabekontrollsenat på grundlag af national ret. Kun i tilfælde af, at dette spørgsmål besvares bekræftende, kan der være tale om sammenfald og opstå et problem med hensyn til effektiviteten af den retsbeskyttelse, der skal sikres. På grundlag af ordlyden af bestemmelserne i WLVergG behøver dette imidlertid på ingen måde være tilfældet.

74. På baggrund af ovenstående foreslår jeg derfor, at det tredje præjudicielle spørgsmål besvares på følgende måde:

Direktiv 89/665 er ikke til hinder for nationale bestemmelser, som fastsætter en frist for prøvelsen af den ordregivende myndigheds konkrete afgørelse, således at afgørelsen, såfremt denne frist overskrides, ikke længere kan anfægtes under den videre udbudsprocedure, såfremt det er sikret, at den retsbeskyttelse, der garanteres, ikke er mindre gunstig end den retsbeskyttelse, der sikres i forbindelse med tilsvarende rettigheder i henhold til national ret, og at det ikke er praktisk umuligt at udøve de rettigheder, som tillægges i direktiv 89/665. I den henseende skal enhver mangel i proceduren gøres gældende af de berørte, hvis disse vil undgå at lide tab.

5. Det fjerde spørgsmål

75. Vergabekontrollsenats fjerde spørgsmål vedrører indholdet af den bekendtgørelse, som den ordregivende myndighed skal offentliggøre. Spørgsmålet er, om og hvorvidt de vurderingskriterier, der anvendes til at udvælge de ansøgere, som opfordres til at afgive bud, skal meddeles i bekendtgørelsen eller udbudsmaterialet.

a) Parternes argumenter

76. Med hensyn til proceduren vedrørende pointsystemet har Universale og konsortiet gjort gældende, at principperne om gennemsigtighed og kontrollerbarhed er blevet tilsidesat. Universale er af den opfattelse, at vægtningen af de enkelte udvælgelseskriterier, der er anført, klart skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, således at en vilkårlig afgørelse kan udelukkes. Det er derfor ikke kun kriteriernes rækkefølge, der skal angives i den vejledende bekendtgørelse eller i udbudsmaterialet, men også deres indbyrdes vægtning og dermed et objektivt kontrollerbart vurderingssystem. Dette sikres ikke ved at deponere vurderingssystemet hos en notar.

77. Den nederlandske regering er enig heri. Vurderingen af ansøgningerne skal foregå på en gennemsigtig og objektiv måde. Det skal derfor på forhånd være klart for ansøgerne, på hvilken måde og efter hvilke kriterier ansøgerne vurderes.

78. EBS har derimod henvist til artikel 30, stk. 2, i direktiv 93/37. I denne artikel foreskrives blot, at den ordregivende myndighed skal anføre de kriterier, den påtænker at benytte, så vidt muligt — dvs. der er ikke tale om en forpligtelse — ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først. Heller ikke i den primære fællesskabsret findes et krav om en omfattende gennemsigtighed. Det forhold, at vurderingskriterierne er deponeret hos en notar, kan derfor ikke kritiseres.

79. Den østrigske regering og Kommissionen har ligeledes henvist til, at direktiv 93/37 ikke indeholder detaljerede bestemmelser om vurderingen af ansøgninger om deltagelse som led i den offentlige undersøgelse af kredsen af ansøgere i forbindelse med begrænsede udbud. Den østrigske regering har anført artikel 22 i direktiv 93/37, som ikke fastsætter bestemmelser vedrørende den fremgangsmåde, der skal overholdes ved udvælgelsen af ansøgerne. Den valgte fremgangsmåde skal være udformet objektivt og ikke-diskriminerende i overensstemmelse med generelle principper. Der er imidlertid ingen forpligtelse til på forhånd i udbudsmaterialet at offentliggøre vurderingskriterierne for udvælgelsen af de ansøgere, der opfordres til at afgive bud. Kommissionen har henvist til, at der i henhold til direktivets artikel 11, stk. 6, kun må kræves visse oplysninger. Udvælgelsen skal foretages på grundlag af disse dokumenter.

b) Vurdering

80. Med hensyn til det fjerde præjudicielle spørgsmål bemærkes indledningsvis, at direktiv 93/37 ikke indeholder en udtrykkelig bestemmelse om, i hvilket omfang den vurderingsprocedure, som den ordregivende myndighed anvender, skal forklares nærmere i bekendtgørelsen om gennemførelsen af det begrænsede udbud eller i udbudsmaterialet.

81. Flere steder i direktivet findes der imidlertid bestemmelser om, at udvælgelseskriterierne skal anføres. I henhold til artikel 7, stk. 2, må der kun indgås kontrakter ved udbud efter forhandling, når ansøgerne er udvalgt efter kendte kvalitative kriterier. Heraf følger, at de kvalitative kriterier skal anføres, men ikke, at den vurderingsmekanisme, der anvendes i forbindelse med de enkelte kriterier, også skal anføres.

82. Artikel 11, stk. 6, foreskriver, hvilke oplysninger den ordregivende myndighed kan kræve af ansøgerne. Som Kommissionen med rette har anført, fremgår det heraf, hvilke kriterier der kan anvendes til at udvælge ansøgerne. Det fremgår imidlertid ikke, om det system, der anvendes til at vurdere de enkelte oplysninger, skal meddeles ansøgerne.

83. Artikel 13, stk. 2, opregner de oplysninger, som en opfordring til at afgive bud ved begrænset udbud mindst skal indeholde. I henhold til stk. 2, litra e), omfatter dette også kriterierne for tildeling af kontrakten. I henhold til denne bestemmelse kræves det imidlertid heller ikke, at det vurderingssystem, som den ordregivende myndighed lægger til grund for sit valg, anføres.

84. Artikel 18 og 22 foreskriver, at ansøgere, som opfordres til at afgive bud ved et begrænset udbud, skal udvælges på grundlag af oplysningerne om ansøgernes forhold samt de oplysninger og formaliteter, der er nødvendige for at kunne vurdere de økonomiske og tekniske mindstekrav, som disse skal opfylde. Disse bestemmelser siger imidlertid heller intet om vurderingen af de enkelte kriterier.

85. Endelig kræves det i henhold til direktivets artikel 30, stk. 2, at når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, skal den ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen anføre alle de kriterier, den påtænker at benytte. De skal »så vidt muligt« være ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først. Heraf kan det ganske vist udledes, at alle de kriterier, der ligger til grund for en udvælgelse, skal anføres fuldstændigt. Men artikel 30 kræver også kun, at tildelingskriterierne anføres. Allerede ordlyden af

denne bestemmelse indeholder en begrænsning i form af, at disse »så vidt muligt« skal være ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først. Jeg vil i denne forbindelse tage udgangspunkt i, at ordregiveren som følge heraf principielt er forpligtet til at anføre kriterierne ordnet efter den betydning, de tillægges. Denne fortolkning fremgår dog ikke nødvendigvis af bestemmelsens ordlyd. Den er imidlertid i overensstemmelse med formålet med direktiv 93/37, dvs. at gøre tildelingen af offentlige bygge- og anlægskontrakter mere gennemsigtig (jf. betragtning 10-12 til direktivet). Men selv denne fortolkning fører ikke til det resultat, som sagsøgerne i hovedsagen har tilstræbt. For så snart to kriterier vurderes som ækvivalente af ordregiveren, svarer deres rækkefølge ikke længere til den betydning, de tillægges. Desuden skal »rækkefølge« ikke ligestilles med »enkeltheder i forbindelse med en procedure [vedrørende et pointsystem]«. Selv en nøje overholdelse af artikel 30, stk. 2, kræver derfor ikke, at enkelthederne i forbindelse med den procedure, som EBS har anvendt, skal anføres. Det kan derfor konstateres, at de anførte bestemmelser i direktiv 93/37 ikke støtter den retsopfattelse, som sagsøgerne i hovedsagen har givet udtryk for.

86. Formålet med direktivet, dvs. gennemførelsen af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter (jf. anden betragtning), kan heller ikke påberåbes som støtte for Universales og konsortiets retsopfattelse. Dette mål skal nemlig opnås gennem offentliggørelsen af de enkelte bygge- og anlægskontrakter, der skal tildeles. Det fjerde præjudicielle spørgsmål vedrører imidlertid ikke bekendtgørelsen af en bygge- og anlægskontrakt, for at nationale og udenlandske virksomheder kan indgive deres ansøgninger på samme vilkår. Der er derimod tale om et mere vidtgående indblik i det vurderingssystem, som den ordregivende myndighed påtænker at benytte ved udvælgelsen af ansøgerne.

87. Den fremgangsmåde, som EBS har anvendt, dvs. angivelsen af kriterierne for rækkefølgen af ansøgningerne om deltagelse (teknisk ydeevne og tildeling til det økonomisk mest fordelagtige bud) i bekendtgørelsen samt oplysningen i udbudsmaterialet om, at de referencer, som ansøgerne fremlægger, vurderes efter vurderingskriterier, der er deponeret hos en notar, udelukker, at nationale ansøgere stilles bedre end ansøgere fra andre medlemsstater. Alle ansøgere har nemlig kendskab til tildelingskriterierne, men ikke enkelthederne i forbindelse med proceduren vedrørende pointsystemet. Målsætningen i direktiv 93/37 om, at princippet om gennemsigtighed skal tilgodeses, er dermed sikret. Den gældende tekst giver intet grundlag for mere vidtgående krav med hensyn til offentliggørelsen af vurderingsproceduren.

88. Den her foreslåede begrænsning til en forpligtelse til at anføre de anvendte til-

delingskriterier, så vidt muligt ordnet efter den betydning, de tillægges, er ikke kun forenelig med ordlyden af direktiv 93/37. Den er også i overensstemmelse med målet om at udvælge den »bedste« bydende som led i en udbudsprocedure. Anføres tildelingskriterierne på forhånd, må det forventes, at ansøgerne tilpasser deres bud herefter og navnlig dokumenterer deres egnethed med hensyn til de punkter, der vurderes højst. Kun på den måde kan de opnå at blive optaget i den kreds, som senere opfordres til at afgive bud. Ved at ansøgningen på denne måde tilpasses udvælgelseskriterierne, er der imidlertid risiko for, at det billede, som den ordregivende myndighed får af ansøgerne på grundlag af det fremlagte materiale, fordrejes. Formålet med denne del af proceduren er imidlertid, at den ordregivende myndighed får et omfattende indtryk af ansøgernes ydeevne. Dette kan bedst ske ved, at ansøgerne giver et så fuldstændigt billede af sig selv som muligt, ganske vist på grundlag af på forhånd fastsatte tildelingskriterier, men uden at de kender udvælgelseskriterierne, dvs. enkelthederne i forbindelse med vurderingen.

89. Det er vigtigt at fremhæve, at den ordregivende myndighed i henhold til artikel 8, stk. 3, i direktiv 93/37 er forpligtet til at udarbejde en rapport. Denne skal indeholde begrundelsen for valget af en ansøger og begrundelsen for tilsidesættelsen af andre ansøgere. Dette sikrer, at det er muligt at foretage en domstolsprøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse og dermed også af de vurderingskriterier, der ikke tidligere er blevet offentliggjort. Den besvarelse, der foreslås i denne forbindelse, tager hensyn til de forskellige interesser blandt dem, der deltager i udvælgelsesproceduren. Den modvirker en eventuel forskelsbehandling, stiller ingen urimelige krav om gennemsigtighed i tildelingsproceduren, som hverken er berettiget på grundlag af ordlyden af direktivet eller de almindelige principper i fællesskabsretten, og sikrer muligheden for en domstolsprøvelse.

90. På baggrund heraf foreslår jeg følgende svar på det fjerde præjudicielle spørgsmål:

Den ordregivende myndigheds afgørelse om at foretage vurderingen af buddene efter vurderingskriterier, der er deponeret hos en notar, er i overensstemmelse med kravene i direktiv 93/37. Enkelthederne i forbindelse med udvælgelseskriteriernes vægtning behøver hverken at blive meddelt i bekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet, men skal dog kunne underkastes en domstolsprøvelse.

VI — Forslag til afgørelse

91. På baggrund af det anførte foreslår jeg følgende besvarelse af de spørgsmål, som er stillet af Vergabekontrollsenat Wien:

»1) En juridisk person, som ikke er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, men som senere faktisk imødekommer sådanne behov, skal også anses for en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, såfremt denne overtagelse af opgaver, som imødekommer almenhedens behov, er baseret på objektivt identificerbare omstændigheder.

2) En bestemmelse, som kun beskriver den funktion, som bygge- og anlægsarbejdet skal opfylde, og som samtidig vedrører videreførelsen af en eksisterende tjenesteydelsesaftale, er ikke en offentlig bygge- og anlægskontrakt som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37.

3) Rådets direktiv 89/556/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 nationale bestemmelser, som fastsætter en frist for prøvelsen af den ordregivende myndigheds konkrete afgørelse, således at afgørelsen, såfremt denne frist overskrides, ikke længere kan anfægtes under den videre udbudsprocedure, såfremt det er sikret, at den

retsbeskyttelse, der garanteres, ikke er mindre gunstig end den retsbeskyttelse, der garanteres i forbindelse med tilsvarende rettigheder i henhold til national ret, og at det ikke er praktisk umuligt at udøve de rettigheder, som tillægges i direktiv 89/665. I den henseende skal enhver mangel i proceduren gøres gældende af de berørte, hvis disse vil undgå at lide tab.

4) Den ordregivende myndigheds afgørelse om at foretage vurderingen af buddene efter vurderingskriterier, der er deponeret hos en notar, er i overensstemmelse med kravene i direktiv 93/37. Enkelthederne i forbindelse med udvælgelseskriteriernes vægtning behøver hverken at blive meddelt i bekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet, men skal dog kunne underkastes en domstolsprøvelse.«