FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON
fremsat den 4. maj 1988 *

Høje Domstol.

1. De spørgsmål, som er stillet Domstolen ved dom afsagt den 28. januar 1987 af Arrondissementsrechtbank Haag, vedrører fortolkningen af en række bestemmelser i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [1] (herefter benævnt »direktivet«).

2. De er opstået under en tvist, hvorunder selskabet Beentjes (herefter benævnt »Beentjes«) har krævet erstatning af den nederlandske stat for tab, som det har lidt, fordi det havde afgivet det laveste bud i forbindelse med et udbud, der blev afholdt af den lokale kommission for udskiftning Waterland (herefter benævnt »den lokale kommission«), men alligevel ikke fik tilslag, idet kontrakten blev tildelt den entreprenør, som havde afgivet det næstlaveste bud, og den lokale kommission begrundede den manglende accept af dets tilbud med, at det var mindre kvalificeret. Da Beentjes til støtte for sit krav direkte henviste til, at den lokale kommission havde tilsidesat direktivets bestemmelser, fandt den nationale ret, at en række betingelser for direktivets anvendelse burde præciseres af Domstolen.

3. Det første spørgsmål vedrører direktivets anvendelsesområde. Det går ud på, om direktivet finder anvendelse på udbud af offentlige bygge- og anlægsarbejder, der afholdes af en organisation som en nederlandsk lokal kommission for udskiftning.

4. Ifølge betragtningerne til direktivet er en samordning af de nationale fremgangsmåder mht. indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter samtidig med ophævelsen af begrænsningerne et af de nødvendige midler til »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 organers og andre offentligretlige juridiske personers regning« [2]. Med hensyn til de materielle regler definerer direktivet i artikel 1, litra b), de »ordregivende myndigheder«, som er omfattet af dets bestemmelser, som »staten, de lokale organer og de i bilag I anførte offentligretlige juridiske personer«, og i bilaget nævnes der for alle medlemsstaterne grupper af lokale organer og for Nederlandene specielt forskellige kategorier institutioner, bl. a. universiteter.

5. Den lokale kommission for udskiftning er ifølge de oplysninger, der er givet af den forelæggende ret, »ikke en selvstændig juridisk person«, og den har til opgave at gennemføre udskiftning. Den nedsættes af deputeretkammeret i den pågældende provins og skal overholde en instruks, som er fastsat af en ved kongelig anordning oprettet central kommission, hvis medlemmer udpeges af regeringen.

* Oversat fra fransk.

1 — EFT 1971 II, s. 613.

2 — Første betragtning.

6. Den omstændighed, at den lokale kommission ikke er en juridisk person, som den forelæggende ret udtrykkeligt har påpeget, får mig til ikke at tillægge udtrykket »juridisk person«, som den anvender i sit første spørgsmål, anden betydning end »organ« eller »instans«.

7. Nederlandenes regerings argumentation under hovedsagen, hvorefter direktivet ikke finder anvendelse på den situation, at organer som den lokale kommission indgår bygge- og anlægskontrakter, er blot baseret på en sammenligning af denne kommissions karakteristika med de nævnte bestemmelser i fællesskabsretsakten. Da den lokale kommission hverken er en del af statsadministrationen eller en administrativ tjenestegren i en lokal myndighed eller en af de »i bilag I anførte offentligretlige juridiske personer« i direktivet, omfatter dette ikke de bygge- og anlægskontrakter, der er indgået af det pågældende organ.

8. Man kan ikke i tavshed forbigå et paradoks ved den lokale udskiftningskommissions situation, som ifølge den forelæggende rets udtrykkelige oplysninger skyldes, at artikel 35 i den centrale kommissions instruks forpligter den lokale kommission til at anvende direktivet ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter. Man kan altså rejse det spørgsmål, om direktivets anvendelighed, som er genstand for det første spørgsmål, egentlig seriøst diskuteres, når de nederlandske myndigheder — og jeg henviser her til de udtrykkelige udtalelser i forelæggelsesdommens præmis 5.4 — har konkluderet, at den lokale kommission skal iværksætte dets bestemmelser.

9. Imidlertid kræver gældende regler nødvendigvis, at Domstolen stillet over for den nationale rets spørgsmål svarer i principielle vendinger. Den blotte konstatering af, at en norm faktisk anvendes, kan forklares ved, at der gøres brug af en mulighed, og er altså ikke tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en retlig forpligtelse.

10. I virkeligheden står Domstolen i dag over for et almindeligt fænomen i det administrative liv i udviklede samfund: udviklingen af »administrationens opdeling«: Hyppigere og hyppigere vælger man i staternes lovgivninger at overdrage opgaver, som af natur er offentlige, til organer, der er adskilt fra den klassiske administrative organisation uden for så vidt at være selvstændige juridiske personer. Disse opdelinger opfylder enten ønsket om at knytte personer uden for administrationen snævert til de pågældende opgaver, hvilket giver sig udslag i organernes sammensætning, eller ønsket om over for borgerne at fastslå disse organers uafhængighed, hvilket viser sig ved, at de klassiske administrative myndigheder ikke kan give dem tjenestebefalinger, eller en blanding af disse to hensyn. Således er der f. eks. i de seneste år i nogle stater opstået »uafhængige administrative myndigheder«, som har betydelige beføjelser, navnlig til regelfastsættelse. Men selv bortset fra disse nydannelser har det almindelige administrative liv længe stillet os over for organer som f. eks. udvælgelseskomitéer, hvis virksomhed materielt er administrativ, men som udøver den særskilt og uafhængigt af de klassiske administrative strukturer, som i mangel af hierarkisk myndighed så at sige holdes funktionelt adskilt.

11. I det omfang den nederlandske lokale kommission for udskiftning efter min opfat-

telse er udtryk for dette fænomen, nemlig opdeling af administrationen, er det materielle spørgsmål, som er stillet Domstolen, om det er muligt fra de fællesskabsbestemmelser, som forpligter staten eller lokale myndigheder, at undtage organer, der er placeret uden for deres administrations klassiske strukturer, men som uden at være selvstændige juridiske personer udfører opgaver, der normalt henhører under staten eller disse lokale myndigheder.

12. I denne forbindelse må den funktionelle uafhængighed ikke forveksles med autonomi. De pågældende organer er løst fra det hierarkiske over- og underordnelsesforhold i forhold til den centrale eller lokale »klassiske« administration, men de handler ikke i en interesse, der er forskellig fra statens eller en lokal myndigheds interesse. De forfølger formål, der henhører under statens eller en sådan myndigheds normale kompetence. En udvælgelseskomité træffer afgørelse med hensyn til udstedelse af kvalifikationsbeviser i statens navn eller alt efter den pågældende lovgivning i en lokal myndigheds navn, og ikke i herfra forskellige, uudgrundelige interessers navn. Hensyntagen til borgernes interesser, enten gennem organernes sammensætning eller gennem deres funktionelle uafhængighed, ændrer ikke for så vidt deres formål, som, da de ikke er egentlige juridiske personer, blot er at repræsentere staten eller en lokal myndighed efter selvstændige regler. Således må de fællesskabsbestemmelser, der gælder for staten og for de lokale myndigheder, bortset fra særlige undtagelser gælde fuldt ud for virksomhed, der udøves af organer af den her omhandlede type.

13. Det er dog nødvendigt ved anvendelsen af disse fællesskabsbestemmelser at fastslå kriterierne for, hvornår visse organer på den ene side og staten eller lokale myndigheder på den anden side ikke kan adskilles.

14. Jeg foreslår Domstolen at statuere, at når et organ, som ikke er en selvstændig juridisk person, og hvis medlemmer udpeges af staten eller en lokal myndighed, overdrages en opgave, som falder inden for disses normale kompetence, og af disse forsynes med midler, som gør det muligt at udføre den, er indgåelse af bygge- og anlægskontrakter i forbindelse med udførelsen af denne opgave omfattet af direktivets bestemmelser.

15. Den holdning, der ligger bag det skridt, som jeg foreslår Domstolen, og som består i ikke strengt at holde sig til ordlyden af udtryk som »stat« eller »lokalt organ«, er ikke ny for Domstolen.

16. Således har Domstolen under en traktatbrudssag ved dom af 24. november 1982, Kommissionen mod Irland [3] antaget, at når en regering »udnævner medlemmerne af [et organs] bestyrelse, yder selskabet offentlig støtte til dækning af hovedparten af dets udgifter og endelig fastlægger formålene med og retningslinjerne for den kampagne til fremme af afsætning og køb af [indenlandsk fremstillede] varer, selskabet har iværksat«, kan regeringen »ikke for at undgå et eventuelt ansvar i medfør af Traktatens bestemmelser henvise til, at kampagnen er blevet iværksat af et privat selskab« [4].

17. Domstolen har i øvrigt i en præjudiciel sag i Broekmeulen-dommen af 6. oktober 1981 [5] antaget, at »ankenævnet for almen medicin«, der er nedsat af Det Kongelige Nederlandske Selskab til Lægekunstens Fremme, et privatretligt selskab, »i mangel af en egentlig mulighed for anke til de al-

3 — 249/81, Sml. s. 4005.
4 — 249/81, førnævnt, præmis 15.
5 — 246/80, Sml. s. 2311.

mindelige domstole i spørgsmål, der angår anvendelsen af fællesskabsretten«, måtte anses for en ret i en medlemsstat i den i Traktatens artikel 177 forudsatte betydning, da det udøver sine funktioner med de offentlige myndigheders godkendelse og virker med deres bistand, og da dets afgørelser, der træffes efter en tvistemålsprocedure, faktisk anerkendes som endelige.

18. Derfor forekommer det mig at være i overensstemmelse med realismen i Domstolens praksis at antage, at de fællesskabsbestemmelser, der gælder for statens og lokale organers indgåelse af bygge- og anlægskontrakter, finder anvendelse, når der indgås en bygge- og anlægskontrakt af et organ, hvis status ganske vist sikrer dets funktionelle uafhængighed, men klart viser, at det handler for statens eller et lokalt organs regning.

19. I det foreliggende tilfælde skal den pågældende kommission i henhold til loven på lokalt plan varetage gennemførelsen af udskiftningen. I betragtning af, at dens virksomhed hermed skal være i overensstemmelse med instrukser fra en central kommission, hvis medlemmer udnævnes af regeringen, og at den i henhold til den nederlandske lov om administrativ rekurs anses for et administrativt organ under de centrale myndigheder, er det klart, at den lokale kommission, som ikke er en selvstændig juridisk person, i statens navn udfører en administrativ opgave. Desuden udpeges dens medlemmer af deputeretkammeret i den pågældende provins, som er en offentlig myndighed, og dens udgifter finansieres af myndighederne.

20. Hvis Domstolen tilslutter sig den opfattelse, som jeg har fremlagt, vil den antage, at bygge- og anlægskontrakter indgået af organer som en lokal kommission for udskiftning i Nederlandene er indgået for statens regning og følgelig er omfattet af direktivets bestemmelser.

21. Det andet spørgsmål vedrører i realiteten en række bestemmelser i direktivet, om hvilke det skal fastslås, om de giver mulighed for at udelukke en bydende på grundlag af en række kvalitative kriterier, som ikke udtrykkeligt er specificeret i udbudsbekendtgørelsen.

22. I direktivets artikel 20 opstilles princippet om, at der sondres mellem kriterier for efterprøvning af entreprenørernes egnethed og kriterier for tildeling af kontrakten:

»Tildeling af kontrakten sker på grundlag af de i... kapitel 2 fastsatte kriterier, efter at kvalifikationerne hos de entreprenører... er blevet efterprøvet... af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne for økonomisk, finansiel og teknisk kapacitet som anført i artiklerne 25 til 28.«

23. Direktivet behandler vurderingen af entreprenørernes kapacitet ud fra to aspekter: dels den finansielle og økonomiske kapacitet (artikel 25), dels den tekniske kapacitet (artikel 26).

24. Med hensyn til den økonomiske og finansielle kapacitet, som ikke er inddraget i tvisten i hovedsagen, men som nævnes i den nationale bestemmelse, som den nederlandske regering har henvist til, og som der

henvises til i spørgsmålets ordlyd, vil jeg bemærke, at bevis herfor ifølge direktivets artikel 25 »normalt« kan afgives på én eller flere af de tre »måder«, der beskrives i litra a)-c) i artiklen, idet de ordregivende myndigheder i bekendtgørelsen eller i opfordringen til at give bud skal anføre, hvilken form eller hvilke former for bevis de har valgt, »samt hvilken anden form for bevis, der er påkrævet ud over den under litra a), b) og c) anførte«.

25. Med hensyn til den tekniske kapacitet bestemmer artikel 26, at godtgørelse for denne »kan afgives« i form af de i artiklens litra a)-e) nævnte bevismidler, og at de ordregivende myndigheder i bekendtgørelsen skal anføre, hvilke af disse former for bevis, der skal forelægges.

26. Denne korte redegørelse for direktivets bestemmelser om efterprøvningen af entreprenørernes egnethed giver mig anledning til at fremsætte tre bemærkninger.

27. For det første fremgår det, at formålet med direktivets artikler 25 og 26, i modsætning til, hvad den nederlandske stat har anført ifølge forelæggelsesdommens præmis 6.2, ikke blot er at standardisere bestemmelserne om, hvilke dokumenter der kan kræves, når der anvendes kvalitative udvælgelseskriterier. De har også til formål at fastsætte disse kriterier, som det nævnes i artikel 20. I det omfang, det i artikel 25 og 26 nævnes, hvilke forskellige bevismidler de ordregivende myndigheder kan kræve, må det antages, at det er de kvalitative elementer, som disse bevismidler hver især angår, der udgør de i artikel 20 nævnte kriterier.

28. Disse kriterier er ganske vist ret ufuldstændige, for, som generaladvokat Mischo anførte i sit forslag til afgørelse den 11. juni 1987 i en række sager vedrørende præjudicielle spørgsmål stillet af Belgiens Conseil d'Etat[6] er de i artiklerne 25 og 26 opregnede bevismidler kvalitative — f. eks. tidligere udførte arbejder, driftsmateriel og teknisk udstyr, det gennemsnitlige antal beskæftigede i virksomheden — uden at der stilles krav om et bestemt niveau. Deraf følger, at der med hensyn til krav af denne type synes at være overladt de ordregivende myndigheder et vist skøn. Men de skal anvende de kvalitative elementer, som de pågældende bevismidler i artikel 25 og 26 vedrører, på betingelser, som jeg nu vil præcisere.

29. Den anden bemærkning, som er udledt af en sammenligning af ordlyden af artikel 25 og artikel 26, går ud på, at de kriterier, der resulterer af de tekniske bevismidler, som beskrives i litra a)-e) i artikel 26, er udtømmende, således at de ordregivende myndigheder ikke, i modsætning til hvad der er bestemt i artikel 25 med hensyn til den finansielle og økonomiske kapacitet, har mulighed for at kræve nogen »anden form for bevis«, og altså anvende kriterier vedrørende supplerende kvalitative elementer, som ikke er nævnt i de pågældende litra. Domstolen har i Transporoute-dommen af 10. februar 1982[7] allerede udtalt, at andre bevismidler end dem, der vedrører den økonomiske og finansielle kapacitet, er opregnet udtømmende.

30. Den tredje bemærkning vedrører retsvirkningerne af indholdet i udbudsbekendtgørelsen. Artiklerne 25 og 26 bestemmer, at de ordregivende myndigheder i bekendtgørelsen skal anføre, »hvilken form eller hvilke former for bevis de har valgt«. I betragtning af betydningen af de bevismidler, der figure-

6 — Forenede sager 27 til 29/86, dom af 9. juli 1987, Sml. s. 3347.

7 — 76/81, Sml. 1982, s. 417.

rer i disse artikler, som med henblik på artikel 20 må fortolkes både som en opregning af de kvalitative bedømmelseselementer og en beskrivelse af de dokumenter, der muliggør denne bedømmelse, forekommer det mig, at direktivet ved at kræve af de ordregivende myndigheder, at de i udbudsbekendtgørelsen anfører, hvilke former for bevis, der skal forelægges, bl. a. forpligter dem til at gøre entreprenørerne bekendt med de kvalitative elementer, med andre ord de kriterier, på grundlag af hvilke deres egnethed vil blive efterprøvet. Følgelig forbyder de pågældende bestemmelser i direktivet efter min mening en ordregivende myndighed at udelukke en entreprenør på grundlag af kvalitative elementer, for hvilke der ikke kræves bevis i bekendtgørelsen. Den modsatte afgørelse ville efter min opfattelse fremkalde en risiko for en forrykkelse af den ved direktivet indførte ordning, en overlagt tilsidesættelse af de forpligtelser, som det fastsætter med hensyn til de ordregivende myndigheders og entreprenørernes gensidige information.

31. Ifølge den formular til bekendtgørelse af entrepriser, der figurerer i bilag I til Rådets direktiv 72/277/EØF om de nærmere regler og betingelser for offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af bekendtgørelser om entrepriser og koncessioner på offentlige bygge- og anlægsarbejder[8] skal der i bekendtgørelsen i rubrik 11 nævnes de »økonomiske og tekniske minimumskrav, som entreprenøren skal opfylde«. Uden at ville overse den, navnlig budgetmæssige, interesse, der kan være i en standardisering af offentliggørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af udbudsbekendtgørelser, forekommer det mig overdrevent at antage, at de økonomisk finansielle og tekniske bevismidler, der kræves af de ordregivende myndigheder, udelukkende skal figurere i rubrik 11, således at det ellers vil medføre ugyldighed, og at et bevismiddel vedrørende de i artiklerne 25 og 26 fastsatte kvalitative elementer, som figurerer under en anden rubrik i bekendtgørelsen, er uvirksom. En sådan opfattelse er efter min mening hverken i harmoni med hensigterne bag udstedelsen af direktiv 72/277/EØF eller med, hvad fællesskabslovgiver har forudsat i grunddirektivet 71/305/EØF.

32. I det tilfælde, der har givet anledning til forelæggelsesdommen, blev det i udbudsbekendtgørelsen, som indeholdt en tom rubrik 11, til sidst nævnt, at

»den arbejdskraft, der beskæftiges, skal for mindst 70%'s vedkommende udgøres af langtidsledige, som er anvist gennem det regionale arbejdsformidlingskontor«.

Disse omstændigheder giver mig anledning til at bemærke, at mens de kvalitative elementer gyldigt kan nævnes i bekendtgørelsen uden formelt at figurere i rubrik 11, kræves det yderligere, at de skal være i overensstemmelse med artiklerne 25 og 26, som det i øvrigt kræves i artikel 16, litra l), i direktiv 71/305. Men en passus som den ovennævnte falder pr. definition uden for de bevismidler, der er egnede til i henhold til artikel 25 at bevise den økonomiske og finansielle kapacitet, og den synes ikke at kunne henføres til nogen af de i artikel 26 nævnte rubrikker, der, som jeg har fremhævet, er udtømmende opregnet. Den således beskrevne situation kan forekomme paradoksal i det omfang, den manglende omtale i udbudsbekendtgørelsen af økonomisk finansielle kriterier fører til, at der ikke stilles den mindste betingelse om egnethed for at kunne få tildelt kontrakten, og altså til, at enhver virksomhed i princippet anses for egnet. Men det må understreges, at det er den ordregivende myndighed, som ved en fejlagtig anvendelse af direktivet selv har bragt sig i denne situation. Paradokset følger ikke af direktivet, men af dets tilsidesættelse.

8 — EFT 1972 III, s. 784.

33. For at fuldstændiggøre den diskussion, der skal sætte Domstolen i stand til at besvare det andet spørgsmål hensigtsmæssigt, må det efter min opfattelse desuden præciseres, med hensyn til den situation, som ligger til grund for forelæggelsen, hvilke betingelser, der gælder for anvendelse af direktivets bestemmelser om kriterierne for tildeling af kontrakt.

34. Ifølge direktivets artikel 20 sker denne tildeling på grundlag af de i kapitel 2 fastsatte kriterier. I dette kapitel bestemmes det således i artikel 29, stk. 1, at

»de kriterier, som de ordregivende myndigheder skal benytte ved tildeling af kontrakterne, er:

— enten udelukkende den laveste pris;

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

I stk. 2 bestemmes det, at såfremt tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud,

»skal de ordregivende myndigheder enten i udbudsgrundlaget eller i udbudsbekendtgørelsen anføre samtlige de kriterier, som de påtænker at benytte, og så vidt muligt skal de anføres ordnet efter den vigtighed, de tillægges, med de vigtigste først.«

35. Når der ikke er givet en udtømmende liste over kriterierne for tildeling af kontrakten, når kriteriet om den laveste pris ikke er det eneste, der anvendes, viser artikel 29, at der er en fælles faktor for disse kriterier; de skal, i lighed med de udtrykkeligt nævnte, vedrøre arten af det arbejde, der skal udføres, eller de nærmere bestemmelser for dets udførelse, med udelukkelse af betragtninger vedrørende »yderen«. Forenklet kan man sige, at kriterierne for tildeling »på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud« vedrører »produktet« og ikke »producenten«, »arbejdets« kvaliteter og ikke entreprenørens.

36. Herved sondrer direktivet klart mellem kriterierne for efterprøvelse af egnetheden, som vedrører entreprenørens egenskaber, og kriterierne for tildeling af kontrakten, som vedrører kvaliteten af den ydelse, som han tilbyder, og af det arbejde, som han agter at udføre.

37. Under disse omstændigheder er det nødvendigt for at overholde direktivets bestemmelser ikke at forveksle kriterierne og ikke ved tildeling af kontrakten at tage kriterierne vedrørende entreprenørernes egnethed i betragtning. For så vidt kan jeg tilslutte mig Den Italienske Republiks opfattelse, dog uden at kunne følge den, når den mener, at der er en streng adskillelse i kronologien for de to faser, dels efterprøvningen af egnetheden, dels tildelingen af kontrakten. Et egnethedskriterium kan ikke anvendes som kriterium for tildeling, men efter min opfattelse giver direktivet ikke mulighed for at udelukke en bedømmelse af egnetheden. En ordregivende myndighed, som for sent får underretning om en grund til uegnethed, skal kunne påberåbe sig den »in extremis«, med forbehold af, at der ikke er tale om magtfordrejning, og at denne påberåbelse ikke er et skjult afslag på at anvende kriterierne for tildeling på normal måde.

38. Udbudsbekendtgørelsen indeholder ingen bemærkning i rubrik 13, som vedrører

»kriterier, der vil blive lagt til grund ved antagelse af et bud« i henhold til direktiv 72/277/EØF. Det eneste »kriterium« i bekendtgørelsen var det allerede nævnte om, at der skulle beskæftiges en vis andel arbejdsløse ved udførelsen af arbejdet. Dette kriterium, som er uden sammenhæng med kvaliteten af selve det arbejde, der skal udføres, med den ydelse, der skal udføres, med »produktet«, kunne imidlertid ikke indgå blandt kriterierne for tildeling af kontrakten i direktivets forstand og således give grundlag for at udelukke en bydende. I en sådan situation, hvor der ikke gyldigt er specificeret noget kriterium for tildelingen, hverken i bekendtgørelsen eller i udbudsgrundlaget, synes det at følge af selve ordlyden af artikel 29, at kun kriteriet om den laveste pris kan finde anvendelse.

39. Derfor foreslår jeg Domstolen at besvare det andet spørgsmål med, at direktivet kun giver mulighed for at udelukke en entreprenør på grundlag af et eller flere egnethedskriterier vedrørende de elementer, der er fastsat i direktivets artikler 25 og 26 og specificeret i udbudsbekendtgørelsen, eller på grundlag af et eller flere kriterier for tildeling af kontrakten, som er fastsat i direktivets artikel 29 og specificeret i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsgrundlaget, idet kriteriet om, at der udelukkende tages hensyn til den laveste pris, så ikke finder anvendelse.

40. Jeg vil behandle det tredje spørgsmål mindre udførligt. Som Kommissionen har anført, synes Domstolen allerede i den nævnte Transporoute-dom, i hvert fald stiltiende, at have fastslået, at de pågældende bestemmelser i direktivet har direkte virkning.

41. I denne sag har den forelæggende ret spurgt Domstolen, om de bestemmelser i direktivet, hvis betydning jeg ligeledes har præciseret, kan påberåbes af en privat,

»hvis der ved gennemførelsen af direktivets bestemmelser i den nationale lovgivning er givet ordregiveren videre beføjelser til at nægte at tildele kontrakten end i henhold til direktivet«.

I Transporoute-dommen har Domstolen imidlertid, netop med hensyn til nationale bestemmelser, der med generaladvokat Reischls udtryk gennemførte direktivets artikel 29 urigtigt, antaget, at det er denne artikels bestemmelser, som skal anvendes af den ordregivende myndighed, en løsning, som åbenbart indebærer, at de pågældende bestemmelser i direktivet er umiddelbart anvendelige. Domstolen bemærkede bl. a., at

»formålet med denne bestemmelse, som er at beskytte den bydende mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, vil ikke kunne opfyldes, såfremt man overlader det til denne at skønne, om det er hensigtsmæssigt at anmode om fremlæggelse af dokumentation«.

42. Da det i dag drejer sig om flere bestemmelser i direktivet, heriblandt samme artikel 29, hvis identiske formål kan modvirkes af en national gennemførelsesbestemmelse, som overlader den ordregivende myndighed et generelt skøn, mener jeg, at der bør svares på samme måde som i Domstolens dom fra 1982. Det er klart, at den retlige konstruktion, der defineres i direktivets artikler 20, 25, 26 og 29, har til formål ved fastsættelse af kriterier for egnethed og tildeling af kontrakten at beskytte den bydende mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Det er ikke mindre klart, at

denne konstruktion ville blive ødelagt ved virkningen af en bestemmelse som artikel 21, stk. 2, i det almindelige reglement, som er en national bestemmelse til gennemførelse af direktivet, som går ud på at fritage den ordregivende myndighed for at overholde de ved dette fastsatte kriterier. Jeg kan således kun konkludere, at direktivet har til formål at beskytte den bydende, og at de her omhandlede bestemmelser deri skal have forrang for den nationale gennemførelsesbestemmelse.

43. Følgelig foreslår jeg Domstolen at besvare Arrondissementsrechtbank Haags spørgsmål således:

»1) Bestemmelserne i Rådets direktiv 71/305/EØF finder anvendelse på udbud af offentlige bygge- og anlægsarbejder, der afholdes af et organ, som ikke er en selvstændig juridisk person, når dets sammensætning, dets opgaver og midlerne til at udføre dem godtgør, at det handler i statens eller et lokalt organs navn.

2) Disse bestemmelser tillader kun at udelukke en entreprenør på grundlag af et eller flere egnethedskriterier vedrørende elementer, der er fastsat i artikel 25 eller opregnet i artikel 26, og som er specificeret i udbudsbekendtgørelsen, eller på grundlag af et eller flere af de kriterier for tildeling af kontrakten, som er fastsat i artikel 29 og specificeret i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsgrundlaget, når kriteriet om den laveste pris ikke anvendes som eneste kriterium for tildeling af kontrakten.

3) En ordregivende myndighed er forpligtet til at overholde disse bestemmelser og kan ikke påberåbe sig en national gennemførelsesbestemmelse, der giver den et generelt skøn ved vurderingen af entreprenøren og dennes bud.«