DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

24. november 2005 *

I sag C-331/04,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Consiglio di Stato (Italien) ved afgørelse af 6. april 2004, indgået til Domstolen den 29. juli 2004, i sagen

ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc,

EAC Srl,

Viaggi di Maio Snc

mod

ACTV Venezia SpA,

Provincia di Venezia,

Comune di Venezia,

* Processprog: italiensk.

procesdeltagere:

ATI La Linea SpA-CSSA,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans, og dommerne C. Gulmann (refererende dommer), R. Schintgen, G. Arestis og J. Klučka,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. juli 2005,

efter at der er afgivet indlæg af:

— ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl og Viaggi di Maio Snc ved avvocato L. Visone

— ACTV Venezia SpA ved avvocati A. Bianchini og E. Romanelli

— ATI La Linea SpA-CSSA ved avvocati P. Zanardi og G. Fiore

— den nederlandske regering ved H.G. Sevenster, C.M. Wissels og D.J.M. de Grave, som befuldmægtigede

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved D. Recchia og X. Lewis, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 8. september 2005,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 36 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) og artikel 34 i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84).

2 Anmodningen er blevet fremsat som led i en sag anlagt af ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc samt disse to selskaber mod ACTV Venezia SpA (herefter »ACTV«), Provincia di Venezia og Comune di Venezia vedrørende tildelingen af en offentlig tjenesteydelseskontrakt om persontransport.

Retsforskrifter

3 Artikel 36 i direktiv 92/50, der har overskriften »Kriterier for tildeling af ordren«, er formuleret som følger:

»1. [...] de ordregivende myndigheder [kan] lægge følgende kriterier til grund ved tildelingen af ordrer:

a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris

b) [...]

2. Når ordren skal tildeles det økonomisk mest fordelagtige bud, anfører de ordregivende myndigheder i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen, hvilke kriterier de påtænker at benytte, så vidt muligt ordnet efter den betydning de tillægges, med de vigtigste først.«

Artikel 34 i direktiv 93/38 bestemmer:

»1. [...] ordregiverne [lægger] følgende kriterier til grund for tildelingen af kontrakter:

a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud: forskellige kriterier, der varierer efter kontrakten, f.eks. leverings- eller udførelsesfrist, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetisk og funktionsmæssig værdi, teknisk værdi, kundeservice og teknisk bistand, forpligtelser med hensyn til reservedele, leveringsgaranti og pris

b) [...]

2. I det i stk. 1, litra a), nævnte tilfælde skal ordregiverne i udbudsmaterialet eller i udbudsbekendtgørelsen anføre alle de kriterier, som de har til hensigt at lægge til grund ved tildelingen, så vidt muligt i prioriteret rækkefølge.«

Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

5 Den 6. april 2002 offentliggjorde ACTV en bekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt om person-

transport, der omfattede tre dele. Hovedsagen omhandler del nr. 1 vedrørende lokaltrafik i byen Mestre for perioden fra den 16. juni 2002 til den 31. december 2003.

6 I denne udbudsbekendtgørelse var det under overskriften »Kriterier for tildeling« anført, at ACTV havde valgt at tildele kontrakten til den bydende, der afgav det økonomisk mest fordelagtige bud.

7 Sagsøgerne i hovedsagen anmodede om deltagelse i udbudsproceduren. Ved skrivelse af 7. maj 2002 opfordrede ACTV dem til at afgive bud på del nr. 1. Udbudsbetingelserne (»disciplinare di gara«), som var vedlagt opfordringen, beskrev de følgende fire kriterier for tildeling, på baggrund af hvilke det skulle afgøres, hvilket bud der var det økonomisk mest fordelagtige:

»1) Pris pr. kilometer for de i bilag A, B og C i udbudsbetingelserne opførte tjenesteydelser:

— Indtil 60 points på grundlag af forholdet [...]

2) Pris pr. kilometer for tjenesteydelser i tillæg til dem, der er opført i bilag A, B og C:

— Indtil 10 points på grundlag af forholdet [...]

3) Den til gennemførelsen af tjenesteydelserne benyttede organisation og de i forbindelse hermed stående støtteforanstaltninger, som fremgår af de dokumenter, der kræves efter punkt 3.10, nr. 6 i udbudsbetingelserne:

— Indtil 25 points, som ACTV kan give efter et frit skøn.

4) Rådighed over et kvalitetscertifikat [...]: 5 points.«

8 Hvad angår det tredje af disse fire kriterier for tildeling af kontrakten fremgår det af punkt 3.10, nr. 6, i udbudsbetingelserne, at buddet skulle indeholde en rapport, der skulle beskrive organisationen samt de logistiske indretninger og støtteforanstaltninger, som i tilfælde af tildeling ville blive benyttet ved gennemførelsen af de tjenesteydelser, der er genstand for kontrakten. Denne rapport skulle obligatorisk indeholde mindst følgende oplysninger:

— »garager til og/eller parkeringsarealer for busserne i området for Provincia di Venezia, som tilhører virksomheden eller står til dens rådighed [...]

— karakteren af og fremgangsmåden ved kontrol af de præsterede tjenesteydelser og antallet af medarbejdere, der er beskæftiget med denne kontrol

— antallet af buschauffører og arten af deres førerbeviser

— antallet af forretningssteder (bortset fra garagerne) på området for Provincia di Venezia, som tilhører virksomheden og står til dens rådighed [...]

— antallet af de medarbejdere, der er beskæftiget med tilrettelæggelse af chaufførernes skiftehold«.

9 Bedømmelsesudvalget afvejede den 29. maj 2002 — dvs. efter udløbet af fristen for afgivelse af bud og før åbningen af kuverterne samt på et tidspunkt, hvor udvalget allerede rådede over en liste med navnene på de tre virksomheder, som havde indgivet bud på den i hovedsagen omhandlede del — i sit første referat de 25 points, som kunne tildeles for dette tredje kriterium, idet udvalget fordelte dem mellem fem underkriterier, der svarede til hver af de angivelser, der skulle nævnes i den rapport, som de bydende skulle vedlægge buddet. Det antal points, der kunne tildeles for hvert af disse underkriterier, blev fordelt således: 8, 7 og 6 points for henholdsvis første, andet og tredje underkriterium og 2 points hver for det fjerde og det femte underkriterium.

10 Den 30. maj 2002 foretog bedømmelsesudvalget, efter at det havde udelukket et af de tre afgivne bud, en vurdering af de af sagsøgerne i hovedsagen og ATI La Linea SpA-CSSA (herefter »La Linea«) afgivne bud. Kontrakten blev tildelt sidstnævnte med 86,53 points, mens sagsøgerne i hovedsagen opnåede 83,50 points.

11 Da sagsøgerne i hovedsagen fandt, at La Linea alene havde kunnet vinde kontrakten som følge af den efterfølgende afvejning af det antal points, som kunne tildeles for det tredje kriterium, anlagde de sag ved Tribunale amministrativo regionale til

prøvelse af bedømmelsesudvalgets foranstaltninger og beslutninger og gjorde bl.a. gældende, at der var sket en tilsidesættelse af artikel 36, stk. 2, i direktiv 92/50.

12 Tribunale amministrativo regionale frifandt den ordregivende myndighed, idet den navnlig fastslog, at kriterierne for tildeling og de forhold, der skulle tages i betragtning ved tildelingen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, fremgik af udbudsbetingelserne.

13 Sagsøgerne i hovedsagen appellerede denne dom til Consiglio di Stato, der har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan disse bestemmelser [artikel 36 i direktiv 92/50 og artikel 34 i direktiv 93/38] lovligt fortolkes således, at de indeholder en elastisk regulering, hvorefter den ordregivende myndighed har mulighed for ved tildeling på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud at fastlægge kriterierne generelt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne og således overlade det til bedømmelsesudvalget eventuelt at fastsætte påkrævede specificeringer og/eller supplement til disse kriterier, der ganske vist skal finde sted før åbning af kuverterne med buddene og ikke må indføre nye kriterier i forhold til kriterierne i bekendtgørelsen, eller skal disse bestemmelser tværtimod anses for en strikt regel, hvorefter den ordregivende myndighed analytisk skal fastlægge tildelingskriterierne forud for prækvalifikationen eller opfordringen, hvilket skal ske i bekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne i en klart forståelig form, og hvorefter alle efterfølgende specificeringer og/eller supplementer eller indførelse af underposter eller underopdelinger ved pointtildelingen er ulovlige, idet enhver angivelse af tildelingskriterierne af transparensgrunde skal indeholdes i bekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne?

Det er altså spørgsmålet, om den her påberåbte faste fortolkningspraksis ved Consiglio di Stato, hvorefter bedømmelsesudvalget kan gribe ind inden åbningen af kuverterne med buddene med henblik på at supplere kriterierne, er forenelig med fællesskabsretten.

2) Er det, såfremt man opfatter nævnte forskrifter som elastiske lovbestemmelser på grund af ordene »så vidt muligt«, lovligt, at den ordregivende myndighed opstiller en specificering, som for et tildelingskriterium (in concreto: organisering og understøttende indretninger) forudser tildeling af point efter et frit skøn udøvet af den ordregivende myndighed med henvisning til en række af kriterier, som ikke er rangordnet ifølge udbudsbekendtgørelsen, således at de delvis forbliver ubestemte, eller forlanger forskrifterne den yderste grad af bestemthed ved formuleringen af kriterierne, hvilket ikke lader sig forene med disses manglende rangorden i udbudsbekendtgørelsen, og kan det, i tilfælde af at den nævnte foranstaltning er lovlig som følge af den antagne elasticitet og det manglende krav om graduering af alle poster, antages, at bedømmelsesudvalget, selv hvor det ikke udtrykkeligt er tillagt beføjelser hertil, kan handle med henblik på at supplere eller specificere kriterierne (hvilket ganske enkelt løses således, at hver enkelt post, der skal bedømmes efter bekendtgørelsen, tilkendes selvstændig betydning og relativ vægt, idet man i alt tildeler op til 25 points), eller skal man derimod følge specificeringen strikte efter ordlyden, idet pointene tildeles efter en generel bedømmelse af de i lex specialis anførte forskellige og komplekse poster?

3) Er det i lyset af disse bestemmelser og uafhængigt af udbudsbekendtgørelsens formulering lovligt generelt at tillægge et bedømmelsesudvalg, der har til opgave at vurdere buddene inden for rammerne af det økonomisk mest fordelagtige bud, en beføjelse til — alene under hensyntagen til, at de forhold, der skal vurderes, er komplekse — generelt at begrænse sin egen handlefrihed derved, at der sker en præcisering af parametrene for anvendelsen af de i udbudsbekendtgørelsen på forhånd fastsatte kriterier? Og kan denne beføjelse udøves

derved, at der — naturligvis altid før åbningen af kuverterne — indføres underposter, underopdeling af point eller således, at man ganske enkelt fastsætter mere specifikke kriterier for anvendelsen af de generelle kriterier, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne?«

Om anmodningen om genåbning af den mundtlige forhandling

14 Ved dokument indleveret til Domstolens Justitskontor den 19. september 2005 har ACTV anmodet om, at Domstolen træffer bestemmelse om genåbning af den mundtlige forhandling i henhold til procesreglementets artikel 61.

15 Til støtte for sin anmodning har ACTV i det væsentlige gjort gældende, at generaladvokaten i sit forslag til afgørelse ikke har besvaret den forelæggende rets principale spørgsmål. Af denne grund, og for at opnå en korrekt forståelse af de præjudicielle spørgsmål henset til hovedsagens særlige karakter, ønskede ACTV at fremkomme med nye indlæg.

16 Det skal hertil bemærkes, at Domstolen ex officio, efter at have hørt generaladvokaten eller på parternes begæring, i overensstemmelse med artikel 61 i Domstolens procesreglement kan træffe bestemmelse om genåbning af den mundtlige forhandling, såfremt den finder, at sagen er utilstrækkeligt oplyst, eller at sagen skal afgøres på grundlag af et argument, som ikke har været drøftet af parterne (jf. kendelse af 4.2.2000, sag C-17/98, Emesa Sugar, Sml. I, s. 665, præmis 18, og dom af 30.3.2004, sag C-147/02 Alabaster, Sml. I, s. 3101, præmis 35).

17 I det foreliggende tilfælde er Domstolen, efter at have hørt generaladvokaten, imidlertid af den opfattelse, at den har kendskab til alle de omstændigheder, der er nødvendige for at besvare de forelagte præjudicielle spørgsmål, og at disse omstændigheder er blevet drøftet under den mundtlige forhandling. Herefter skal anmodningen om genåbning af den mundtlige forhandling forkastes.

Om de præjudicielle spørgsmål

18 Indledningsvis bemærkes, at bedømmelsesudvalget, således som den forelæggende ret har anført, ved den i hovedsagen omtvistede beslutning blot fastlagde, hvordan de 25 points for det tredje kriterium for tildeling skulle fordeles på de fem underkriterier, som allerede var fastlagt i udbudsbetingelserne.

19 Herefter skal de præjudicielle spørgsmål forstås således, at de nærmere bestemt vedrører spørgsmålet om, hvorvidt artikel 36 i direktiv 92/50 og artikel 34 i direktiv 93/38 skal fortolkes således, at fællesskabsretten er til hinder for, at et bedømmelsesudvalg giver underkriterierne til et på forhånd fastlagt kriterium for tildeling hver en bestemt vægt derved, at de points, der i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen blev afsat til dette kriterium af den ordregivende myndighed, fordeles mellem de enkelte underkriterier.

20 Det skal indledningsvis bemærkes, at bestemmelserne i artikel 36 i direktiv 92/50 og artikel 34 i direktiv 93/38, således som den østrigske regering med rette har anført,

ikke samtidig kan finde anvendelse på samme forhold. De bestemmelser, som er omfattet af de præjudicielle spørgsmål, har imidlertid i det væsentlige samme ordlyd og bør fortolkes på samme måde (jf. dom af 17.9.2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland, Sml. I, s. 7213, præmis 91). Følgelig kan Domstolen give en nyttig besvarelse af det omformulerede spørgsmål, uden at det er nødvendigt at tage stilling til, hvilket af disse to direktiver der skal finde anvendelse i hovedsagen.

21 Det bemærkes videre, at de af den ordregivende myndighed fastlagte kriterier for tildeling skal være forbundet med kontraktens genstand, ikke må tillægge den ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, skal være udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og navnlig skal overholde de grundlæggende principper om ligebehandling, princippet om forbud mod forskelsbehandling og princippet om gennemsigtighed (jf. i denne retning Concordia Bus Finland-dommen, præmis 64).

22 I forbindelse med nærværende sag skal det særligt fastslås, at forpligtelsen til at overholde princippet om ligebehandling følger af selve hovedformålet med direktiverne om offentlige kontrakter (jf. Concordia Bus Finland-dommen, præmis 81), og at de bydende skal behandles lige,både når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene (jf. dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, præmis 34).

23 Det skal ligeledes bemærkes, at i overensstemmelse med artikel 36 i direktiv 92/50 og artikel 34 i direktiv 93/38 skal alle de anvendte kriterier være udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen, så vidt muligt ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først, for at entreprenørerne skal kunne skaffe sig kendskab til, at de findes, og til deres rækkevidde (jf. Concordia Bus Finland-dommen, præmis 62).

24 Overholdelsen af ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed kræver endvidere, at de potentielle bydende på det tidspunkt, hvor de forbereder deres bud, har kendskab til alle forhold, som den ordregivende myndighed tager i betragtning ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud, og hvis muligt disse forholds relative betydning (jf. i denne retning dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 88, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 98).

25 Endelig tilkommer det den nationale ret at vurdere, om bedømmelsesudvalget i hovedsagen, når henses til disse bestemmelser og principper, har tilsidesat fællesskabsretten ved at vægte de forskellige underkriterier til det tredje kriterium for tildeling af kontrakten.

26 I denne forbindelse skal det for det første undersøges, om den beslutning, som indeholder denne vægtning, når alle relevante forhold i hovedsagen tages i betragtning, ændrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen.

27 Hvis dette måtte være tilfældet, vil denne beslutning være i strid med fællesskabsretten.

28 For det andet skal det vurderes, om den omhandlede beslutning indeholder forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse.

29 Hvis dette måtte være tilfældet, vil beslutningen være i strid med fællesskabsretten.

30 For det tredje skal det undersøges, om bedømmelsesudvalget har vedtaget beslutningen, der indeholder en vægtning, under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende.

31 Hvis dette måtte være tilfældet, vil beslutningen være i strid med fællesskabsretten.

32 Herefter skal de præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 36 i direktiv 92/50 og artikel 34 i direktiv 93/38 skal fortolkes således, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at et bedømmelsesudvalg giver underkriterierne til et på forhånd fastlagt kriterium for tildeling hver en bestemt vægt derved, at de points, der i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen blev afsat til dette kriterium af den ordregivende myndighed, fordeles mellem de enkelte underkriterier, under forudsætning af, at en sådan beslutning

— ikke ændrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen

— ikke indeholder forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse

— ikke blev vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende.

Sagens omkostninger

33 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Anden Afdeling):

Artikel 36 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler og artikel 34 i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation skal fortolkes således, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at et bedømmelsesudvalg giver underkriterierne til et på forhånd fastlagt kriterium for tildeling hver en bestemt vægt derved, at de points, der i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen blev afsat til dette kriterium af den ordregivende myndighed, fordeles mellem de enkelte underkriterier, under forudsætning af, at en sådan beslutning

— **ikke ændrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen**

— **ikke indeholder forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse**

— **ikke blev vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende.**

Underskrifter