Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

5. december 2013 *

»Offentlige kontrakter — udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse — den ordregivende myndigheds mulighed for at forhandle om bud, som ikke er i overensstemmelse med de bindende krav i de tekniske specifikationer, der er fastsat i udbudsbetingelserne for kontrakten«

I sag C-561/12,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Riigikohus (Estland) ved afgørelse af 23. november 2012, indgået til Domstolen den 5. december 2012, i sagen:

Nordecon AS,

Ramboll Eesti AS

mod

Rahandusministeerium,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, L. Bay Larsen (refererende dommer), og dommerne M. Safjan, J. Malenovský, A. Prechal og S. Rodin,

generaladvokat: N. Wahl

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Nordecon AS ved A. Ots

— den estiske regering ved M. Linntam og N. Grünberg, som befuldmægtigede

— den tjekkiske regering ved M. Smolek og T. Müller, som befuldmægtigede

— den spanske regering ved A. Rubio González, som befuldmægtiget

— Europa-Kommissionen ved A. Tokár og L. Naaber-Kivisoo, som befuldmægtigede,

* Processprog: estisk.

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 30, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

2 Denne anmodning er indgivet under en tvist mellem på den ene side Nordecon AS, der er indtrådt i rettighederne efter Nordecon Infra AS (herefter »Nordecon«), og Ramboll Eesti AS (herefter »Ramboll Eesti«) og på den anden side Rahandusministeerium (det estiske finansministerium) vedrørende annullationen af et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt efter forudgående udbudsbekendtgørelse.

Retsforskrifter

EU-retten

3 Artikel 1, stk. 11, litra d), i direktiv 2004/18 bestemmer følgende:

»Ved »udbud med forhandling« forstås procedurer, hvor de ordregivende myndigheder henvender sig til økonomiske aktører, som de selv udvælger, og forhandler kontraktens vilkår med en eller flere af disse.«

4 Dette direktivs artikel 2, der har overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter«, fastsætter følgende:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

5 Nævnte direktivs artikel 23, der har overskriften »Tekniske specifikationer«, bestemmer følgende i stk. 1 og 2:

»1. De tekniske specifikationer som defineret i punkt 1 i bilag VI anføres i udbudsdokumenterne, f.eks. udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne eller de supplerende udbudsdokumenter. […]

2. De tekniske specifikationer skal give tilbudsgiverne lige muligheder, og de må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter.«

6 Samme direktivs artikel 24, der har overskriften »Alternative tilbud«, bestemmer følgende i stk. 1-4:

»1. Når kriteriet for tildeling er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, kan de ordregivende myndigheder give tilbudsgiverne tilladelse til at præsentere alternative tilbud.

2. De ordregivende myndigheder skal i udbudsbekendtgørelsen angive, om de tillader alternative tilbud eller ej; hvis dette ikke er angivet, vil alternative tilbud ikke være tilladt.

3. De ordregivende myndigheder, der tillader alternative tilbud, angiver i udbudsbetingelserne, hvilke mindstekrav alternative tilbud skal opfylde, og hvilke specifikke krav der eventuelt stilles til deres udformning.

4. De tager kun de alternative tilbud i betragtning, som opfylder de krævede minimumskrav.

[…]«

7 Artikel 30 i direktiv 2004/18, der har overskriften »Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse«, fastsætter følgende i stk. 1-3:

»1. De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

a) når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud eller en konkurrencepræget dialog er afgivet tilbud, som ikke er forskriftsmæssige, eller er afgivet tilbud, som er uantagelige efter nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med artikel 4, 24, 25 og 27 samt bestemmelserne i kapitel VII, forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt.

   […]

b) i undtagelsestilfælde, når bygge- og anlægsarbejdernes, vareindkøbenes eller tjenesteydelsernes art eller de hermed forbundne risici ikke muliggør en forudgående samlet prisfastsættelse

c) i det omfang, hvor den tjenesteydelse, der skal præsteres, især hvis det drejer sig om tjenesteydelser i kategori 6 i bilag II A og intellektuelle tjenesteydelser, som f.eks. tjenesteydelser vedrørende projektering af arbejder, er af en sådan art, at kontrakten ikke kan specificeres tilstrækkelig nøjagtigt til, at den kan indgås ved at vælge det bedste tilbud i henhold til reglerne for offentligt eller begrænset udbud

   […]

2. I de i stk. 1 nævnte tilfælde forhandler de ordregivende myndigheder med tilbudsgiverne om de tilbud, de har afgivet, med henblik på at tilpasse dem til de krav, de har stillet i udbudsbekendtgørelsen, i udbudsbetingelserne og i eventuelle supplerende dokumenter, og for at finde frem til det bedste tilbud i overensstemmelse med artikel 53, stk. 1.

3. Under forhandlingerne sikrer de ordregivende myndigheder, at alle tilbudsgivere behandles ens. De udøver især ikke forskelsbehandling ved at give oplysninger, som kan stille nogle tilbudsgivere bedre end andre.«

Estisk ret

8 Artikel 27, stk. 1, i riigihangete seadus (lov om offentlige kontrakter, herefter »RHS«) fastsætter følgende:

»Ved udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse forstås en udbudsprocedure, som alle interesserede kan søge om deltagelse i. Ordregiver fremsætter for mindst tre tilbudsgivere, som ordregiver udvælger på grundlag af objektive og ikke diskriminerende kriterier, forslag om, at de kan indgive tilbud, og ordregiver fører forhandlinger med disse tilbudsgivere for at tilpasse deres tilbud til kravene i udbudsbetingelserne og udvælge det tilbud, der skal antages.«

9 RHS' artikel 31, stk. 5, bestemmer følgende:

»Vil ordregiver tildele en kontrakt på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og er det efter udbudsbekendtgørelsen muligt i tilbuddet ud over løsninger, der opfylder alle betingelser i bekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, også at fremsætte alternative løsninger, skal ordregiver fastsætte kravene til alternative løsninger og deres fremsættelse i udbudsbetingelserne.«

10 RHS' artikel 52, stk. 1, fastsætter følgende:

»Ordregiver bedømmer alternative løsninger, såfremt tilslag skal gives på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og det i henhold til bekendtgørelsen er tilladt, at der indgives tilbud med alternative løsninger.«

11 RHS' artikel 67, stk. 1, fastsætter følgende:

»Bortset fra det i denne lovs § 65, stk. 4, nævnte tilfælde åbner den ordregivende myndighed alle tilbud og fører forhandlinger med tilbudsgiverne om de indgivne tilbud for om nødvendigt at tilpasse dem til kravene i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne og udvælge det tilbud, der skal antages.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12 Den 25. september 2008 iværksatte Maanteeamet (den estiske vejstyrelse) et udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse med titlen »Planlægning og anlæggelse af vejstrækningen Aruvalla-Kose på E263«.

13 I henhold til punkt 4.3.1 og 4.7.1 i bilag III til udbudsbetingelserne vedrørende den i hovedsagen omhandlede kontrakt skulle midterrabatten på denne vejstrækning have en bredde på 13,5 meter fra kilometer 26,6 til kilometer 32, og en bredde på 6 meter fra kilometer 32 til kilometer 40.

14 Den 20. januar 2010 meddelte Maanteeamet, at de fire afgivne bud, dvs. dem, der var afgivet af koncernerne Lemminkäinen og Merko, det fælles bud, der var afgivet af Ehitusfirma Rand ja Tuulberg AS, Binders SIA og Insenierbuve SIA, samt det bud, der var afgivet af Nordecon-koncernen, som bestod af Nordecon Infra AS og Ramboll Eesti, var forskriftsmæssige, til trods for den omstændighed, at det i sidstnævnte koncerns bud var forudsat, at midterrabatten skulle have en bredde på 6 meter i hele den nævnte vejstrækning længde.

15 Under de forhandlinger, der fulgte efter fremsættelsen af disse bud, foreslog Maanteeamet ved skrivelse af 26. april 2010 de andre tilbudsgivere end Nordecon-koncernen at ændre den bredde på midterrabatten, der var angivet i de oprindelige bud, og at fastsætte denne bredde til 6 meter i hele den omhandlede vejstrækning længde, som Nordecon-koncernen havde foreslået. Efter forhandlinger med samtlige tilbudsgivere afgav disse inden for fristen, som den ordregivende myndighed havde fastsat til den 27. maj 2010, deres bud efter at have korrigeret priserne på grundlag af den ønskede ændring.

16 Ved to afgørelser af 10. juni 2010 meddelte Maanteeamet, at alle de afgivne bud var forskriftsmæssige, og at styrelsen antog det fælles bud fra Lemminkäinen-koncernen, som havde den laveste pris.

17 Den 21. juli 2010 blev disse to afgørelser efter en indsigelse fra Nordecon Infra AS annulleret af klageudvalget under Rahandusministeerium, som fandt, at den forhandling, der iværksættes af en ordregivende myndighed under et udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse, ikke kunne omhandle forhold, som opfylder de krav, som klart og præcist er fastsat i basisudbudsdokumenterne, såsom de krav, der vedrørte midterrabattens bredde. Den 27. september

2010 afviste generaldirektøren for Maanteeamet det fælles bud fra Lemminkäinen-koncernen og antog Nordecon-konsortiets bud, idet dette bud opstillede den laveste pris efter Lemminkäinen-koncernens bud.

18 Efter at Merko-koncernen havde fremsat et annullationskrav, annullerede Rahandusministeerium ved afgørelse af 26. oktober 2010 proceduren for tildeling af den i hovedsagen omhandlede kontrakt med bl.a. den begrundelse, at den ordregivende myndighed ulovligt havde erklæret Nordecon-koncernens bud for forskriftsmæssigt og antaget dette, hvilket bud indeholdt en alternativ løsning, som ikke var tilladt i udbudsbekendtgørelsen, og at den af den ordregivende myndighed iværksatte forhandling ikke kunne omhandle forhold, som opfyldte de krav, der var klart og utvetydigt formuleret i basisdokumenterne, såsom de krav, der vedrørte midterrabattens bredde på den omhandlede vejstrækning.

19 Nordecon, der i mellemtiden var indtrådt i rettighederne efter Nordecon Infra AS, og Ramboll Eesti anlagde sag til prøvelse af denne afgørelse ved Tallinna Halduskohus (forvaltningsretten i Tallinn), som ved dom af 2. marts 2011 frifandt Rahandusministeerium. Ifølge Tallinna Halduskohus burde sagsøgerne i hovedsagens bud være blevet afvist, da den omhandlede udbudsbekendtgørelse – i strid med RHS' artikel 31, stk. 5, og artikel 52 – ikke havde fastsat mulighed for at afgive alternative løsninger og at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, som fremlagde det økonomisk mest fordelagtige bud, men derimod lagde vægt på den laveste pris. I øvrigt kunne forhandlingerne i forbindelse med et udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse alene omhandle aspekter, der ikke var defineret på tidspunktet for afgivelsen af buddet eller ikke var anført i udbudsdokumenterne.

20 Disse to selskaber iværksatte appel af den i første instans afsagte dom ved Tallinna Ringkonnakohus (Tallinns appelret). Ved dom af 21. december 2011 stadfæstede appelretten denne dom.

21 Med hensyn til punkt 8.1 i udbudsbetingelserne vedrørende den i hovedsagen omhandlede kontrakt, hvorved Maanteeamet havde tilladt alternative løsninger, med undtagelse af anlæggelsen af kørebanen på en hovedvej (bl.a. ramper), udtalte Tallinna Ringkonnakohus, at udbudsbekendtgørelsen hverken havde fastsat mulighed for at afgive alternative løsninger eller at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, som fremlagde det økonomisk mest fordelagtige bud. Maanteeamet havde derfor – i strid med RHS' artikel 31, stk. 5, og artikel 52, stk. 1 – tilladt fremsættelse af alternative løsninger. Sagsøgerne i hovedsagens oprindelige bud burde også være blevet afvist.

22 Nordecon og Ramboll Eesti indgav kassationsanke til Riigikohus (Estlands højesteret) med påstand om, at Tallinna Ringkonnakohus' dom ophævedes, at der afsagdes en ny dom, og at det fastsloges, at Rahandusministeeriums afgørelse af 26. oktober 2010 var retsstridig.

23 Ifølge den forelæggende ret er det ubestridt, at udbudsbekendtgørelsen ikke tillod fremsættelse af alternative løsninger, og at bedømmelsen af buddene ikke hvilede på kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

24 Selv om den forelæggende ret anerkender, at der i forbindelse med et udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse kan ske i det mindste en delvis forhandling af spørgsmål vedrørende betingelserne for tildelingen af kontrakten, uden at der er anledning til at tage højde for anvendelsen af alternative løsninger, er den i tvivl om, hvorvidt den ordregivende myndighed ligeledes kan forhandle, når der er afgivet bud, som ikke er i overensstemmelse med de bindende krav i udbudsbetingelserne, og hvorvidt de iværksatte forhandlinger i det mindste skal føre til, at det antagne bud er i overensstemmelse med disse bindende krav.

25 Den forelæggende ret har i den anledning bemærket, at artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/18 lader det spørgsmål stå åbent, hvorvidt buddene under sådanne forhandlinger ligeledes kan tilpasses til de bindende krav i de tekniske specifikationer. Hvis en sådan tilpasning er mulig, er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt det ligeledes er muligt at indlede en forhandling på grundlag af bud, som i deres

oprindelige form ikke fuldt ud opfylder de nævnte bindende krav. Ifølge den forelæggende ret giver dette direktiv heller ikke noget klart svar på spørgsmålet om, hvorvidt den tilpasning, der følger efter en forhandling, skal føre til, at buddene bringes i fuldstændig overensstemmelse med de tekniske specifikationer, og hvorvidt der, for at gennemføre denne overensstemmelse, ligeledes kan foretages en ændring af de tekniske specifikationer fra den ordregivende myndigheds side.

26 Under disse omstændigheder har Riigikohus besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 30, stk. 2, i [direktiv 2004/18] fortolkes således, at en ordregivende myndighed kan føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke svarer til de bindende krav, der er fastsat i kontraktens tekniske specifikationer?

2) Såfremt [det første spørgsmål] besvares bekræftende: Skal artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/18 da fortolkes således, at en ordregivende myndighed under forhandlingerne efter tilbuddenes åbning kan ændre de bindende krav til de tekniske specifikationer, såfremt kontraktens genstand ikke ændres, og kravet om ligebehandling af alle tilbudsgivere respekteres?

3) Såfremt [det andet spørgsmål] besvares bekræftende: Skal artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/18 da fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en ordning, der udelukker en ændring af de bindende krav til de tekniske specifikationer under forhandlingerne efter tilbuddenes åbning?

4) Såfremt [det første spørgsmål] besvares bekræftende: Skal artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/18 fortolkes således, at en ordregivende myndighed herefter ikke må indplacere et tilbud som det bedste, når dette tilbud ved afslutningen af forhandlingerne ikke er i overensstemmelse med de bindende krav i de tekniske specifikationer?«

Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse

27 Nordecon har, uden at fremsætte en egentlig formalitetsindsigelse, anfægtet relevansen af de præjudicielle spørgsmål, idet selskabet har gjort gældende, at afgørelsen af tvisten i hovedsagen ikke afhænger af de eventuelle svar på disse spørgsmål. Nordecon har navnligt anført, at det væsentligste spørgsmål, som Riigikohus har stillet, nemlig det første, som alle de øvrige spørgsmål er knyttet til, ikke er relevant, eftersom forhandlingerne ikke blev indledt med tilbudsgivere, der havde fremsat bud, som ikke var forskriftsmæssige. Disse spørgsmål er derfor baseret på urigtige antagelser.

28 I denne forbindelse følger det af fast retspraksis, at Domstolen inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 267 TEUF alene har kompetence til at træffe afgørelse vedrørende fortolkningen eller gyldigheden af en EU-forskrift på grundlag af de faktiske omstændigheder, sådan som de er beskrevet af den nationale ret (jf. dom af 16.3.1978, sag 104/77, Oehlschläger, Sml. s. 791, præmis 4, og af 11.9.2008, sag C-11/07, Eckelkamp m.fl., Sml. I, s. 6845, præmis 52, samt kendelse af 8.11.2012, sag C-433/11, SKP, EU:C:2012:702, præmis 24).

29 Inden for rammerne af denne procedure, som er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, henhører enhver bedømmelse af sagens faktiske omstændigheder under den nationale rets kompetence. Det tilkommer ligeledes udelukkende den nationale retsinstans, som tvisten er indbragt for, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse (jf. i denne retning dommen i sagen Eckelkamp m.fl., præmis 27).

30 Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (dommen i sagen Eckelkamp m.fl., præmis 28).

31 I det foreliggende tilfælde har den forelæggende ret taget udgangspunkt i, at den ordregivende myndighed har forhandlet om bud, som ikke var i overensstemmelse med de bindende krav i udbudsbetingelserne, hvilket det ikke tilkommer Domstolen at rejse tvivl om. I øvrigt er det i nærværende sag ikke godtgjort, at der foreligger nogen af de i denne doms præmis 30 anførte situationer, som gør det muligt at afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål.

32 Anmodningen om præjudiciel afgørelse skal således antages til realitetsbehandling.

Om de præjudicielle spørgsmål

33 Den forelæggende ret ønsker med sit første spørgsmål oplyst, om artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/18 tillader en ordregivende myndighed at føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke opfylder de bindende krav, der er fastsat i udbuddets tekniske specifikationer.

34 Det skal i den forbindelse bemærkes, at artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/18 i bestemte tilfælde tillader anvendelsen af et udbud med forhandling med henblik på at tilpasse de af tilbudsgiverne afgivne bud til de krav, der er stillet i udbudsbekendtgørelsen, i udbudsbetingelserne og i eventuelle supplerende dokumenter, og for at finde frem til det bedste tilbud.

35 Ifølge dette direktivs artikel 2 skal de ordregivende myndigheder overholde principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handle på en gennemsigtig måde.

36 Domstolen har præciseret, at gennemsigtighedskravet i det væsentlige har til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side (dom af 29.3.2012, sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl., EU:C:2012:191, præmis 25).

37 Selv om den ordregivende myndighed råder over en forhandlingsbeføjelse inden for rammerne af et udbud med forhandling, er den således stadig forpligtet til at drage omsorg for, at de krav i kontrakten, som den har givet en bindende karakter, bliver overholdt. Hvis dette ikke var tilfældet, ville princippet om, at de ordregivende myndigheder handler på en gennemsigtig måde, blive tilsidesat, og det formål, der er anført i denne doms foregående præmis, ville ikke kunne blive opfyldt.

38 Hvis det anerkendtes, at et bud, der ikke var i overensstemmelse med de bindende betingelser, kunne antages med henblik på en forhandling, ville fastsættelsen af bindende betingelser i udbuddet i øvrigt miste enhver virkning, og det ville ikke være muligt for den ordregivende myndighed at forhandle med tilbudsgiverne på et for disse fælles grundlag baseret på de nævnte betingelser og følgelig at behandle disse lige.

39 Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/18 ikke tillader en ordregivende myndighed at føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke opfylder de bindende krav, der er fastsat i udbuddets tekniske specifikationer.

40 Under hensyn til besvarelsen af det første spørgsmål er det ufornødent at besvare det andet, det tredje og det fjerde spørgsmål.

Sagens omkostninger

41 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende 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 kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

Artikel 30, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter tillader ikke en ordregivende myndighed at føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke opfylder de bindende krav, der er fastsat i udbuddets tekniske specifikationer.

Underskrifter