DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

12. december 2002 *

I sag C-470/99,

angående en anmodning, som Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Østrig) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Universale-Bau AG,

Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg,
2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH

mod

Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 1, litra a), b) og c) i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægs-

* Processprog: tysk.

kontrakter (EFT L 199, s. 54), samt i 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 (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-P. Puissochet, og dommerne R. Schintgen, C. Gulmann, V. Skouris (refererende dommer) og F. Macken,

generaladvokat: S. Alber
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Universale-Bau AG ved Direktor der Rechtsabeteilung M. Neidhart og Vorstandsdirektor Ingenieur J. Mauch

— Bietergemeinschaft 1) Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH ved Rechtsanwälte J. Olischar og M. Kratky

— Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH ved Rechtsanwalt T. Wenger

— den østrigske regering ved H. Dossi, som befuldmægtiget

— den nederlandske regering ved M.A. Fierstra, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt R. Roniger,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 12. september 2001 er afgivet mundtlige indlæg af Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH ved Rechtsanwalt C. Casati, af den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved H. van Lier, som befuldmægtiget, bistået af R. Roniger,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 8. november 2001,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 12. november 1999, indgået til Domstolen den 7. december 1999, har Vergabekontrollsenat des Landes Wien i medfør af artikel 234 EF forelagt fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 1, litra a), b) og c), i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), samt i 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 (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1, herefter »direktiv 89/665«).

2 Disse spørgsmål er blevet rejst i en sag anlagt af Universale-Bau AG (herefter »Universale-Bau«) og den sammenslutning af entreprenører (»Bietergemeinschaft«), som består af Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg og ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH (herefter »konsortiet«) mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (herefter »EBS«) angående en procedure for udbud af en bygge- og anlægskontrakt.

Relevante retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelserne

3 Det fremgår af første og anden betragtning til direktiv 89/665, at de mekanismer, som på tidspunktet for direktivets vedtagelse fandtes på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan til sikring af en effektiv anvendelse af Fællesskabets direktiver vedrørende offentlige kontrakter, ikke altid gjorde det muligt at føre tilsyn med overholdelsen af fællesskabsbestemmelserne, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør.

4 Af tredje betragtning til direktivet fremgår, at »adgang til på fællesskabsplan at konkurrere om offentlige kontrakter kræver en betydelig udvidelse af garantierne for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, og [...] det [er] vigtigt, at der findes effektive og hurtige klagemuligheder i tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af de nationale regler, der omsætter denne ret«.

5 Artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF [...], de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst 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.

[...]

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. Medlemsstaterne kan navnlig kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en sådan procedure, på forhånd har underrettet den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage.«

6 Som det fremgår af første betragtning til direktiv 93/37, har dette direktiv for klarhedens og forenklingens skyld foretaget en kodificering af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), med senere ændringer.

7 I henhold til anden betragtning til direktiv 93/37 indebar »den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, som i medlemsstaterne indgås for statens, lokale myndigheders og andre offentligretlige organers regning, [...] sammen med ophævelsen af begrænsningerne en samordning af de nationale fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter«.

8 Tiende betragtning til direktiv 93/37 præciserer, at »udviklingen af en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter nødvendiggør, at de udbudsbekendtgørelser, de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne udarbejder, offentliggøres på fællesskabsplan; de oplysninger, som indeholdes i disse udbudsbekendtgørelser, skal gøre det muligt for entreprenører i Fællesskabet at vurdere, om de påtænkte kontrakter interesserer dem; med henblik herpå bør der gives dem tilstrækkeligt kendskab til det arbejde, der skal præsteres, og de dertil knyttede betingelser; ved begrænset udbud har offentliggørelsen til formål at gøre det muligt for medlemsstaternes entreprenører at vise deres interesse for kontrakterne ved at anmode de ordregivende myndigheder om en opfordring til at afgive bud på de foreskrevne betingelser«.

9 Det fremgår i øvrigt af 11. betragtning til direktiv 93/37, at »de supplerende oplysninger vedrørende kontrakterne skal, således som det er almindeligt i medlemsstaterne, være indeholdt i udbudsbetingelserne for hver enkelt kontrakt eller i ethvert tilsvarende dokument«.

10 Artikel 1, litra a), b) og c), i direktiv 93/37 bestemmer:

»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 anlægsarbejde 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 medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

[...]

c) »bygge- og anlægsarbejde«, resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.«

11 Artikel 7, stk. 2, i direktiv 93/37 har følgende ordlyd:

»De ordregivende myndigheder kan indgå bygge- og anlægskontrakter ved udbud efter forhandling efter at have offentliggjort en udbudsbekendtgørelse og udvalgt ansøgerne efter kendte kvalitative kriterier i følgende tilfælde:

[...]«

12 Artikel 13 i direktiv 93/37, som finder anvendelse på begrænsede udbud og på udbud efter forhandling, bestemmer i stk. 2, litra e):

»De ordregivende myndigheder skal samtidig og skriftligt opfordre de udvalgte ansøgere til at afgive bud. Opfordringsskrivelsen ledsages af udbudsbetingelserne og supplerende materiale. Den skal mindst indeholde følgende oplysninger:

[...]

e) kriterierne for tildeling af kontrakten, hvis de ikke er anført i bekendtgørelsen.«

13 Artikel 30, stk. 1 og 2, i direktiv 93/37 bestemmer:

»1. De kriterier, som den ordregivende myndighed skal benytte ved tildeling af kontrakter, er:

a) enten udelukkende den laveste pris

b) eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, som varierer efter den pågældende kontrakt, f. eks. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi.

2. I det i stk. 1, litra b), nævnte tilfælde skal den ordregivende myndighed enten i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen anføre alle de kriterier, den påtænker at benytte, så vidt muligt ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først.«

De nationale bestemmelser

14 Wiener Landesvergabegesetz (Land Wiens lov om indgåelse af offentlige kontrakter, LGBl. nr. 36/1995, herefter »WLVergG«) bestemmer i § 48, stk. 2:

»Kontrakten skal tildeles den bydende, der har afgivet det teknisk og økonomisk mest fordelagtige bud efter de i udbudsbekendtgørelsen fastlagte kriterier [...]«

15 WLVergG's § 96, som har overskriften »Indledende undersøgelser«, bestemmer i stk. 1 og 2:

»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.«

16 WLVergG's § 97, som har overskriften »Indgivelse af klage«, har følgende ordlyd:

»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.

[...]«

17 I øvrigt bestemmer WLVergG's § 98, som har overskriften »Frister«:

»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 i det i § 52 nævnte tilfælde senest tre dage efter afslagets forkyndelse.

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, og 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.

[...]«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

18 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at EBS har offentliggjort en bekendtgørelse om begrænset udbud med henblik på indgåelse af en bygge- og anlægskontrakt (jord-, bygge- og håndværksarbejder) vedrørende opførelse af anden etape af den biologiske rensningsdel af Wiens hovedrensningsanlæg.

19 I udbudsbekendtgørelsen, som blev offentliggjort i *Amtsblatt der Stadt Wien* den 17. marts 1999, var det under rubrikken »Tildelingskriterier« anført, at tildelingen af kontrakten ville ske til det økonomisk mest fordelagtige bud efter de i udbudsbekendtgørelsen fastlagte kriterier.

20 I de forklarende noter vedrørende anmodningerne om deltagelse angav EBS følgende kriterier for rækkefølgen af disse anmodninger:

»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.

De nedennævnte udførelser vil blive evalueret i den anførte rækkefølge:

1. rensningsanlæg

2. byggeelementer af forspændt beton

3. fundering af store overflader ved bærende søjler af grus

4. kompression ved vibration

5. højtryksstøbning af gulv.«

21 Desuden meddelte EBS i de forklarende noter ansøgerne, at de referencer, der var stillet krav om, ville blive bedømt i henhold til en »pointevalueringsprocedure«, som var deponeret hos en notar. EBS har faktisk den 9. april 1999, dvs. før modtagelse af den første anmodning om deltagelse, deponeret de nærmere betingelser for denne procedure.

22 Universale-Bau og konsortiet (herefter under ét »sagsøgerne i hovedsagen«) anmodede om deltagelse i det begrænsede udbud uden forudgående at have indgivet en klage over udbudsbetingelserne eller udbuddets udformning. Efter at EBS ved skrivelse af 7. juli 1999 havde meddelt, at sagsøgerne i hovedsagen ikke var blandt de fem bedst placerede ansøgere og derfor ikke ville blive opfordret til at afgive bud, indgav de en klage over udbudsproceduren til Vergabekontrollsenat.

23 I denne klage, som er indgivet den 3. august 1999, har Universale-Bau fremsat begæring om, at det fastslås, principalt, at den ordregivende myndigheds beslutning om at indgå kontrakten efter et begrænset udbud er retsstridig og ugyldig, subsidiært, at begrænsningen af antallet af entreprenører, der blev opfordret til at afgive bud, til de fem bedst placerede ansøgere, er retsstridig og ugyldig, mere subsidiært, at den anvendte pointevalueringsprocedure ikke overholder principperne om gennemsigtighed og kontrollerbarhed, og at den ordregivende myndigheds afgørelse vedrørende rækkefølgen af ansøgningerne om deltagelse derfor er retsstridig og ugyldig, samt mest subsidiært, at klagerne ved en korrekt anvendelse af pointevalueringsproceduren skal placeres blandt de fem bedste ansøgere, og at den af den ordregivende myndighed fastsatte rækkefølge er retsstridig og ugyldig.

24 I sin klage af 20. september 1999 har konsortiet fremsat begæring om, at afgørelsen om ikke at optage det blandt de fem bedst placerede ansøgere kendes retsstridig, subsidiært at det begrænsede udbud kendes retsstridigt.

25 Sagsøgerne i hovedsagen har desuden fremsat begæring om, at der anordnes foreløbige forholdsregler, hvorved det forbydes EBS at tildele kontrakten.

26 I forelæggelseskendelsen har Vergabekontrollsenat fremhævet dels, at retten i henhold til WLVergG har kompetence til at foretage prøvelse af procedurer for

udbud af offentlige indkøbs-, bygge- og anlægs- samt tjenesteydelseskontrakter, dels at den i henhold til § 6, stk. 1, i Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (forvaltningsloven, BGBl. 1991/51), som affattet ved BGBl. I, 1998/158 (herefter »AVG«), skal efterprøve sin kompetence ex officio. Den har tilføjet, at ifølge AVG's § 6, stk. 2, kan en aftale mellem parterne hverken begrunde eller ændre den administrative myndigheds kompetence, og at den blotte omstændighed, at EBS i udbudsbekendtgørelsen angav, at WLVergG fandt anvendelse, følgelig ikke kan begrunde Vergabekontrollsenats kompetence.

27 Vergabekontrollsenat har derfor, med henblik på efterprøvelsen af, om retten har kompetence, først og fremmest undersøgt, om EBS er en ordregivende myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37.

28 Vergabekontrollsenat har anført, at det fremgår af Domstolens dom af 15. januar 1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagebau Austria m.fl. (Sml. I, s. 73, præmis 21), at de tre betingelser i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37 skal være opfyldt, for at en enhed kan anses for at være en ordregivende myndighed i bestemmelsens forstand.

29 Efter at have fastslået, at EBS er en juridisk person, som for mere end halvdelens vedkommende kontrolleres af Wien kommune, dvs. af en lokal myndighed, har Vergabekontrollsenat konkluderet, at EBS opfylder de betingelser, som er fastlagt i andet og tredje led i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37.

30 For så vidt angår den betingelse, som er fastlagt i bestemmelsens første led, har Vergabekontrollsenat understreget, at det fremgår af EBS' vedtægter, således som de var affattet på tidspunktet for dets stiftelse, at EBS er oprettet for på kommercielt grundlag at drive anlæg til bortskaffelse af affald indeholdende

forurenende stoffer. Vergabekontrollsenat har præciseret, at disse aktiviteter ikke var forbeholdt det offentlige eller henlagt til det offentlige som opgave, og at der i vedtægterne ikke var nogen henvisninger til, at EBS blev oprettet med det særlige formål at udføre opgaver af almen interesse, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter.

31 Ifølge det af Vergabekontrollsenat fastslåede skete der en væsentlig ændring fra det tidspunkt, hvor EBS blev tillagt driften af Wien kommunes hovedrensningsanlæg. Navnlig indgik EBS i 1985 en aftale med Wien kommune, hvorefter virksomheden skulle drive det nævnte rensningsanlæg med personale stillet til rådighed af kommunen. I henhold til to aftaler, som blev indgået mellem Wien kommune og EBS den 8. juli og 18. juli 1996, forpligtede Wien kommune sig til at erlægge et passende samlet vederlag, som skulle dække driftsomkostningerne. Vergabekontrollsenat har i denne forbindelse anført, at EBS ikke udøver denne del af sin virksomhed med fortjeneste for øje. Der er således tale om en opgave af almen interesse, som Wien kommune har uddelegeret til EBS, og som varetages efter omkostningsdækningsprincippet. Vergabekontrollsenat har således konkluderet, at denne virksomhed ikke er af industriel eller kommerciel karakter.

32 Ifølge Vergabekontrollsenat kan der ikke foreligge nogen omgåelseshensigt, da EBS allerede blev oprettet som renovationsvirksomhed i 1976, mens overdragelsen af driften af hovedrensningsanlægget først skete den 1. januar 1986. Myndigheden har særligt anført, at den store tidsmæssige afstand samt den omstændighed, at Republikken Østrig dengang ikke var medlem af Den Europæiske Union, og at EBS heller ikke var omfattet af direktiv 71/305, der stadig var i kraft, og som anvendte begrebet »offentligretlige juridiske personer«, taler mod en omgåelseshensigt.

33 Ikke desto mindre er Vergabekontrollsenat — da EBS ikke siden sin stiftelse har haft til opgave at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, men først som følge af senere tilkomne ændringer af sit virksomhedsområde har fået overdraget denne opgave — i tvivl om, hvorvidt EBS opfylder betingelsen i artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i direktiv 93/37.

34 Vergabekontrollsenat har i øvrigt fremhævet, at det følger af punkt I i aftalen mellem EBS og Wien kommune af 8. juli 1996, at EBS har pligt til at foretage en udvidelse af hovedrensningsanlægget og at lade de nødvendige arbejder udføre i eget navn og for egen regning. Der stilles ikke herved særlige krav til, hvorledes denne forpligtelse opfyldes. Aftalens punkt II og III forpligter dog EBS til en deri nærmere specificeret funktionsmåde for dette anlæg, uden at byggearbejdets konkrete udformning er nærmere specificeret.

35 Det fremgår desuden af en afgørelse fra byggemyndigheden af 30. december 1998, at EBS har opnået tilladelse til at bygge på en grund, der ejes af Wien kommune. I en skrivelse af 8. september 1999 har EBS erklæret, at det omhandlede rensningsanlæg opføres i virksomhedens navn og for dens regning, idet EBS særligt har anført: »Det pågældende rensningsanlæg bliver vores ejendom. Der skal ske en overdragelse af det pågældende 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.«

36 Vergabekontrollsenat er under disse omstændigheder i tvivl om, hvorvidt den aftale, der er omfattet af hovedsagen, er en offentlig bygge- og anlægskontrakt som omhandlet i bestemmelserne i artikel 1, litra a), sammenholdt med litra c), i direktiv 93/37, under hensyn til de nævnte aftaler indgået mellem EBS og Wien kommune, der som en lokal myndighed i hvert fald er en ordregivende myndighed.

37 Endvidere ønsker Vergabekontrollsenat oplyst, for det tilfælde, at myndigheden har kompetence til at påkende tvisten i hovedsagen, om bestemmelserne i WLVergG's §§ 96-98, for så vidt som det heri er fastsat, at en klage over en udbudsbetingelse skal indgives inden for en bestemt frist, er forenelige med direktiv 89/665. I denne forbindelse har den anført, at såfremt der ikke indgives klage over en bestemt udbudsbetingelse, eller der ikke er indgivet klage inden for

fristen, er det ikke længere muligt at foretage en prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse af, om udbudsbetingelsen er i strid med WLVergG eller med direktiv 89/665, og at dette spørgsmål er relevant i hovedsagen, eftersom EBS udtrykkeligt hævder, at klagen er indgivet for sent.

38 Endelig har Vergabekontrollsenat understreget, at retten i hovedsagen ligeledes skal afgøre, om det var med rette, at sagsøgerne i hovedsagens ansøgninger ikke blev taget i betragtning i henhold til den »pointevalueringsprocedure«, som den ordregivende myndighed havde udarbejdet, og hvis kriterier først blev bekendtgjort efter ansøgningsfristens udløb og efter tildelingen af kontrakten. Vergabekontrollsenat har understreget, at det ikke kan udelukkes, at resultaterne af denne procedure havde en væsentlig indflydelse på den ordregivende myndigheds afgørelse.

39 På grundlag af det anførte har Vergabekontrollsenat des Landes Wien besluttet at udsætte sagen og at forelægge 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 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/EØF?

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 henholdsvis udbudsmaterialet?«

Det første spørgsmål

40 Med sit første spørgsmål ønsker Vergabekontrollsenat nærmere bestemt oplyst, om en enhed, som ikke er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, men som senere har fået overdraget varetagelsen af sådanne behov og siden faktisk har sikret, at disse imødekommes, opfylder betingelsen i artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i direktiv 93/37 for at være et offentligretligt organ som omhandlet i denne bestemmelse.

Formaliteten

41 Indledningsvis bemærkes, som det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Vergabekontrollsenat ønsker afklaret, om en enhed som EBS er en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37, med henblik på at afgøre, om retten har kompetence til at påkende klager indgivet af sagsøgerne i hovedsagen over en afgørelse truffet af dette selskab.

42 I denne forbindelse skal det bemærkes, at medlemsstaterne i henhold til fast retspraksis er forpligtet til i den nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister, der vedrører borgernes af fællesskabsretten følgende rettigheder, idet det herved er forudsat, at medlemsstaterne er forpligtet til konkret at sikre, at disse rettigheder effektivt beskyttes. På baggrund heraf tilkommer det ikke Domstolen at medvirke ved afgørelsen af de kompetencespørgsmål, som den nærmere afgrænsning af visse på fællesskabsretten hvilende retspositioner nationalretligt kan give anledning til (jf. bl.a. dom af 18.1.1996, sag C-446/93, SEIM, Sml. I, s. 73, præmis 32, og af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 40).

43 Domstolen kan dog forsyne den nationale ret med de fortolkningsdata vedrørende fællesskabsretten, der kan bidrage til en løsning af det kompetencespørgsmål, den er stillet overfor (jf. bl.a. SEIM-dommen, præmis 33, og dom af 22.10.1998, forenede sager C-10/97 — C-22/97, IN. CO. GE.'90 m.fl., Sml. I, s. 6307, præmis 15).

44 Desuden er besvarelsen af, om EBS er en ordregivende myndighed eller ej, en forudsætning for at besvare det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål, der ubestridt kan antages til realitetsbehandling.

45 Det første spørgsmål skal derfor besvares.

Realiteten

46 Det er ubestridt i hovedsagen, at EBS efter at have påtaget sig driften af hovedrensningsanlægget i henhold til aftalen indgået i 1985 med Wien kommune faktisk imødekommer almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter. Spørgsmålet, om selskabet kan anses for et offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37, afhænger af besvarelsen af, om den betingelse, der er indeholdt i denne bestemmelses første led, udelukker, at en enhed, som ikke er oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, men som har påtaget sig sådanne opgaver som følge af senere tilkomne ændringer af dens virksomhedsområde, skal anses for at være en ordregivende myndighed.

Indlæg til Domstolen

47 EBS har gjort gældende, at selskabet ikke kan anses for at være et offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37, fordi det fremgår af ordlyden af denne bestemmelses første led, at det eneste afgørende element er de opgaver, det fik overdraget på stiftelsestidspunktet. EBS har tilføjet, at den omstændighed, at selskabet efterfølgende har påtaget sig opgaver af almen interesse, som ikke er af industriel eller kommerciel karakter, ikke ændrer dets status, idet det fortsat har udført opgaver af industriel eller kommerciel karakter.

48 Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at EBS ikke kan anses for at være et offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37, eftersom ændringen af selskabets aktiviteter hverken følger af en ændring af dets selskabsformål, således som dette er fastlagt i dets vedtægter, eller af en lovbestemt forpligtelse.

49 Sagsøgerne i hovedsagen samt den østrigske og den nederlandske regering har derimod gjort gældende, at der skal tages hensyn til den virksomhed, EBS aktuelt udøver, og ikke til det formål, selskabet forfulgte på tidspunktet for dets stiftelse. Disse parter har tillige anført, at en anden fortolkning vil have den konsekvens, at en enhed, der faktisk opfylder direktiv 93/37's definition af begrebet »ordregivende myndighed«, alligevel ikke er forpligtet til at overholde direktivets forskrifter ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. De har desuden gjort gældende, at den eneste måde, hvorpå man kan forhindre, at der eventuelt foretages dispositioner i omgåelseshensigt, er at anlægge en formålsbestemt fortolkning af begrebet ordregivende myndighed, eftersom direktiv 93/37 ellers let ville kunne omgås ved at overdrage opgaver af almen interesse, som ikke er af industriel eller kommerciel karakter, til en enhed, som ikke er en nystiftet enhed, oprettet til dette formål, men en allerede eksisterende enhed, der tidligere har haft et andet formål.

Domstolens bemærkninger

50 Det bemærkes, at Domstolen allerede har haft lejlighed til at præcisere rækkevidden af begrebet offentligretligt organ i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37, bl.a. under hensyntagen til formålet med dette direktiv.

51 Domstolen har således fastslået, at samordningen på fællesskabsplan af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter har til formål at fjerne hindringerne for den frie bevægelighed for tjenesteydelser og varer og følgelig

tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat (jf. bl.a. dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16, og af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 41).

52 Domstolen har endvidere udtalt, at det følger heraf, at formålet med direktiv 93/37 således både er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og muligheden for, at et organ, der er finansieret af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske (jf. bl.a. University of Cambridge-dommen, præmis 17, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 42).

53 Domstolen har herefter fastslået, at det er i lyset af disse formål, at begrebet offentligretligt organ i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37 skal fortolkes formålsbestemt (jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 43).

54 Domstolen har således i præmis 26 i Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-dommen — vedrørende kvalificeringen af en enhed, som var blevet oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, men som ligeledes udøvede virksomhed af kommerciel karakter — fastslået, at den betingelse, der opstilles i direktivets artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, ikke betyder, at den pågældende enhed udelukkende skal være pålagt at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter.

55 Særligt bemærkes, som det fremgår af præmis 25 i Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-dommen, at Domstolen har fastslået, at det er uden betydning, at det pågældende organ ud over den specifikke opgave, som består i at imøde-

komme almenhedens behov, frit kan udøve andre former for virksomhed. Domstolen har derimod anset den omstændighed, at organet fortsat påtager sig at opfylde de behov, som det særligt er forpligtet til at imødekomme, for at være et afgørende element.

56 Det følger heraf, at der ved afgørelsen af, om en enhed opfylder betingelsen i artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i direktiv 93/37, skal tages hensyn til den faktiske virksomhed, enheden udøver.

57 I denne forbindelse skal det understreges, at den effektive virkning af direktiv 93/37 ikke fuldt ud kan opnås, hvis anvendelsen af den ved direktivet fastlagte ordning på en enhed, der opfylder betingelserne i dets artikel 1, litra b), andet afsnit, kan udelukkes, allerede fordi de opgaver af almen interesse, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter, som den varetager, i praksis ikke har været pålagt den siden dens oprettelse.

58 Hensynet til at sikre den effektive virkning af artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37 er ligeledes til hinder for, at der anlægges en forskellig vurdering alt efter, om vedtægterne for en sådan enhed er eller ikke er blevet tilpasset med henblik på at afspejle de faktiske ændringer i dens virksomhedsområde.

59 Det bemærkes endvidere, at artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37 ikke indeholder nogen henvisning til det retlige grundlag for den pågældende enheds aktiviteter.

60 Det skal i øvrigt bemærkes, at Domstolen vedrørende den definition af begrebet offentligretligt organ, som er indeholdt i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50, hvilken definition er identisk med den, der er indeholdt i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 93/37, allerede har fastslået, at spørgsmålet, om der er tale

om almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, skal vurderes objektivt, således at det herved er uden betydning, hvilken retlig form de bestemmelser har, hvori disse behov omhandles (dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 63).

61 Det følger heraf, at den omstændighed, at udvidelsen af EBS' virksomhedsområde ikke i hovedsagen har medført en ændring af de bestemmelser i vedtægterne, som vedrører selskabets formål, er irrelevant.

62 Selv om det ikke er formelt fastsat i EBS' vedtægter, at virksomheden har til opgave at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, fremgår dette dog af de aftaler, EBS har indgået med Wien kommune, og kan derfor konstateres objektivt.

63 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at en enhed, som ikke er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, men som senere har fået overdraget varetagelsen af sådanne behov og siden faktisk har sikret, at disse imødekommes, opfylder betingelsen i artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i direktiv 93/37 for at være et offentligretligt organ som omhandlet i denne bestemmelse, forudsat at det objektivt kan konstateres, at den varetager imødekommelsen af disse behov.

Det andet spørgsmål

64 På baggrund af besvarelsen af det første spørgsmål er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål, da dette er blevet forelagt Domstolen for det tilfælde, at det første spørgsmål besvares benægtende.

Det tredje spørgsmål

65 Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 89/665 er til hinder for nationale bestemmelser, som fastsætter, at klager over en afgørelse truffet af den ordregivende myndighed skal være indgivet inden for en fastsat frist, idet der ellers sker præklusion, og at uregelmæssigheder i forbindelse med udbuddet, som påberåbes til støtte for klagen, ligeledes skal gøres gældende inden for denne frist, således at det, såfremt fristen overskrides, ikke længere er muligt at anfægte en sådan afgørelse eller at gøre sådanne uregelmæssigheder gældende.

Indlæg til Domstolen

66 Sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende, at de korte frister for indgivelse af klage, som er fastsat i WLVergG's §§ 97 og 98 gør det umuligt for de berørte at kontrollere begrundelsen for en negativ afgørelse fra den ordregivende myndighed og i givet fald at godtgøre, at de fremførte grunde er falske. Det er ligeledes i praksis udelukket, at der kan indgives en begrundet klage, som har nogen chance for at blive imødekommet, inden for disse frister.

67 Universale-Bau har tilføjet, at ansøgere fra andre medlemsstater i almindelighed ikke vil kunne overholde to-ugers-fristen i WLVergG's § 98, hvilket er i strid med de grundlæggende principper for Fællesskabets politik vedrørende offentlige kontrakter, dvs. dels princippet om, at tildelingen af kontrakter sker uden forskelsbehandling, dels princippet om, at virksomhederne skal have adgang til et fælles marked med store afsætningsmuligheder, som kan styrke de europæiske virksomheders konkurrencedygtighed.

68 EBS har hertil gjort gældende, at direktiv 89/665 selv har fastsat en hurtig og effektiv procedure, som kræver korte frister, efter udløbet af hvilke de ordregi-

vende myndigheder bør have sikkerhed for at kunne fortsætte udbudsproceduren. Behovet for at have korte frister har netop vist sig i hovedsagen.

69 EBS har særligt understreget, at der ikke var noget, som forhindrede sagsøgerne i hovedsagen i rettidigt at fremkomme med deres kritik af udbuddet, eftersom EBS både havde meddelt dem, at selskabet ville anvende en »pointevalueringsprocedure« med henblik på at udvælge de af ansøgerne, som ville blive opfordret til at afgive bud, og at det ikke ville afsløre det nærmere indhold af beslutningsproceduren. EBS har tilføjet, at efterprøvelsen af selskabets afgørelse om at opfordre visse af ansøgerne til at afgive bud skulle have været foretaget så hurtigt så muligt, idet det ellers ikke kunne have fortsat udbudsproceduren. EBS har endelig anført, at der som hovedregel gælder en frist på to uger for efterprøvelse af forvaltningsakter, idet selskabet som eksempel har henvist til AVG's § 63, stk. 5, hvorefter alle afgørelser fra administrative myndigheder kan anfægtes inden for en frist på to uger.

70 Den østrigske og den nederlandske regering samt Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at direktiv 89/665 overlader det til medlemsstaterne at fastsætte de nærmere bestemmelser for adgangen til at indgive klage over udbudsprocedurer. Disse parter udleder heraf, at medlemsstaterne har et skøn ved fastsættelsen af klagefristerne, på to betingelser, nemlig at formålene med dette direktiv ikke omgås, og at de grundlæggende fællesskabsretlige principper overholdes. Den østrigske regering har i øvrigt fremhævet, at de klagefrister, der er omfattet af hovedsagen, forhindrer, at udbudsproceduren forsinkes unødigt, og nedsætter risikoen for misbrug af klagemuligheden, to virkninger, som er i overensstemmelse med formålene med dette direktiv.

Domstolens bemærkninger

71 Indledningsvis bemærkes, at selv om direktiv 89/665 har til formål at sikre, at der i samtlige medlemsstater findes effektive klagemuligheder i tilfælde af over-

trædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af de nationale regler, der omsætter denne ret, med henblik på at sikre en effektiv anvendelse af direktiverne om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter, indeholder direktivet ikke nogen bestemmelser, der specifikt vedrører fristerne for de klageprocedurer, det har til formål at indføre. Det tilkommer således hver medlemsstats nationale retsorden at fastsætte de frister, der finder anvendelse.

72 Hvad angår de processuelle betingelser for klageadgangen, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, fællesskabsretten tillægger de ansøgere og bydende, som berøres af de ordregivende myndigheders beslutninger, bemærkes imidlertid, at disse ikke må være til skade for den effektive virkning af direktiv 89/665.

73 Det skal derfor undersøges, om nationale bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede under hensyn til formålet med direktivet er til skade for de rettigheder, borgerne er tillagt ved fællesskabsretten.

74 I denne forbindelse bemærkes, som det fremgår af første og anden betragtning til direktiv 89/665, at direktivet har til formål at styrke de mekanismer, som fandtes på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan til sikring af en effektiv anvendelse af direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør. Med dette formål for øje er det i direktivets artikel 1, stk. 1, fastsat, at medlemsstaterne skal sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger.

75 Den fulde opfyldelse af det formål, direktiv 89/665 forfølger, vil imidlertid blive bragt i fare, såfremt ansøgerne og de bydende på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren kunne påberåbe sig overtrædelser af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter, og således forpligte den ordregivende myndighed til at omgøre proceduren i sin helhed for at afhjælpe disse overtrædelser.

76 Det skal desuden tages i betragtning, at fastsættelse af rimelige præklusive søgsmålsfrister i princippet opfylder det effektivitetskrav, der følger af direktiv 89/665, for så vidt som den er udtryk for en anvendelse af det grundlæggende retssikkerhedsprincip (jf. analogt hertil, for så vidt angår det fællesskabsretlige effektivitetsprincip, dom af 10.7.1997, sag C-261/95, Palmisani, Sml. I, s. 4025, præmis 28, og af 16.5.2000, sag C-78/98, Preston m.fl., Sml. I, s. 3201, præmis 33).

77 På grundlag af det anførte må det fastslås, for det første, at frister som de i hovedsagen omhandlede er rimelige såvel med hensyn til formålene med direktiv 89/665, således som disse er beskrevet i denne doms præmis 74, som med hensyn til retssikkerhedsprincippet.

78 For det andet bemærkes, at der ikke kan være tvivl om, at en sanktion som f.eks. præklusion sikrer, at de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger ophæves og omgøres så snart som muligt, efter at de er kommet til de berørtes kendskab, hvilket ligeledes er i overensstemmelse såvel med de formål, direktiv 89/665 forfølger, som med retssikkerhedsprincippet.

79 Det tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at direktiv 89/665 ikke er til hinder for nationale bestemmelser, som fastsætter, at klager over en afgørelse truffet af den ordregivende myndighed skal være indgivet inden for en fastsat frist, idet der ellers sker præklusion, og at uregelmæssigheder i forbindelse med udbuddet, som påberåbes til støtte for klagen, ligeledes skal gøres gældende inden for denne frist, således at det, såfremt fristen overskrides, ikke længere er muligt at anfægte en sådan afgørelse eller at gøre sådanne uregelmæssigheder gældende, såfremt den pågældende frist er rimelig.

Det fjerde spørgsmål

80 Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktiv 93/37 er til hinder for, at den ordregivende myndighed i forbindelse med et begrænset udbud udvælger de af ansøgerne, som skal opfordres til at afgive bud i henhold til evalueringskriterier, som ikke var angivet i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet, i et tilfælde hvor dokumenter, hvori disse kriterier var præciseret, var blevet deponeret hos en notar.

Indlæg til Domstolen

81 Sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende, at den procedure, EBS har fulgt, og som bestod i hverken at afsløre kriterierne for den angivne »pointevalueringsprocedure« eller den vægt, man ville tillægge de forskellige kriterier for indplaceringen af anmodningerne om deltagelse, er uforenelig med gennemsigtighedsprincippet og objektivitetsprincippet. De har tilføjet, at de forskellige kriteriers indbyrdes vægt under alle omstændigheder skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, med henblik på at udelukke enhver form for vilkårlighed med hensyn til den ordregivende myndigheds afgørelse og at gøre det muligt for ansøgerne at kontrollere afgørelsens lovlighed og gøre brug af deres klagemulighed.

82 EBS og den østrigske regering har hertil gjort gældende, at en fremgangsmåde som den anvendte, hvor dokumenter, der præciserer kriterierne for evaluering af ansøgerne, er blevet deponeret hos en notar, i tilstrækkelig grad sikrer, at princippet om forbud mod forskelsbehandling og objektivitetsprincippet overholdes. Disse procesdeltagere mener, at selv om det følger af disse principper, at den ordregivende myndighed på forhånd skal fastsætte den procedure, den vil anvende med henblik på udvælgelse af ansøgerne, og at denne udvælgelsesmetode ikke senere må ændres, forpligter de ikke de ordregivende myndigheder til at afsløre de præcise kriterier for evaluering af anmodningerne.

83 EBS har understreget, at selskabet i hovedsagen har angivet de vigtigste kriterier for indplaceringen af anmodningerne om deltagelse, ordnet efter den betydning, de ville blive tillagt, og at det netop var for at fremme en loyal og fair konkurrence, at det ikke på forhånd bekendtgjorde de præcise kriterier for evaluering af anmodningerne for ansøgerne. EBS har således søgt at finde de fem entreprenørvirksomheder, som objektivt set bedst kunne opfylde den pågældende bygge- og anlægskontrakt, og ikke de virksomheder, som tilpassede deres bud til den ordregivende myndigheds forestillinger, som almindeligvis skinner igennem ved dens valg af evalueringskriterier.

Domstolens bemærkninger

84 Indledningsvis skal det understreges, at det er ubestridt i hovedsagen, at EBS fra starten har fastlagt den vægt, som hvert af de udvælgelseskriterier, den påtænkte at benytte, ville blive tillagt, men at selskabet ikke har angivet noget herom i udbudsbekendtgørelsen, idet det blot har deponeret de dokumenter, der vedrørte »pointevalueringsproceduren«, hos en notar.

85 Det fremgår således, at den forelæggende ret i denne sag ikke ønsker oplyst, om en ordregivende myndighed i henhold til fællesskabsretten er forpligtet til allerede før udbudsbekendtgørelsen at fastlægge reglerne for afvejning af de udvælgelseskriterier, den påtænker at benytte, men at den udelukkende ønsker Domstolens stillingtagen til spørgsmålet om, hvorledes de offentliggørelseskrav, som følger af direktiv 93/37, skal overholdes, i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed på forhånd har fastsat sådanne regler.

86 Det fjerde spørgsmål skal derfor forstås således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om direktiv 93/37 skal fortolkes således, at såfremt den ordregivende

myndighed i forbindelse med et begrænset udbud på forhånd har fastsat reglerne for afvejning af kriterierne for udvælgelse af de ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud, er den forpligtet til at angive disse i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet.

87 Med henblik på at besvare det således omformulerede spørgsmål, skal det indledningsvis bemærkes, at direktiv 93/37 ikke indeholder særlige bestemmelser om krav til forudgående offentliggørelse af kriterierne for udvælgelse af de ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud i forbindelse med et begrænset udbud.

88 Det fremgår nemlig af overskriften til direktiv 93/37 og af dets anden betragtning, at det kun har til formål at samordne de nationale fremgangsmåder med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, og at det således ikke tilsigter at fastsætte en fuldstændig fællesskabsretlig ordning på området (jf. bl.a. dom af 27.11.2001, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Lombardini og Mantovani, Sml. I, s. 9233, præmis 33).

89 Direktiv 93/37 har ikke desto mindre, som det fremgår af dets præambel og anden og tiende betragtning, til formål at fjerne begrænsningerne for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med udbud af offentlige bygge- og anlægskontrakter med henblik på at åbne disse udbud for en effektiv konkurrence mellem virksomhederne i medlemsstaterne (jf. Lombardini og Mantovani-dommen, præmis 34).

90 Som Domstolen allerede har fremhævet i relation til direktiv 71/305, der — som det fremgår af denne doms præmis 6 — blev kodificeret ved direktiv 93/37, skal de kriterier og betingelser, der gælder for hvert udbud, offentliggøres på passende måde af de ordregivende myndigheder, med henblik på at opfylde direktivets formål (dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 21).

91 Ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer nemlig en forpligtelse til gennemsigtighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt (jf. bl.a. dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 61, og af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 45).

92 Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelser for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. Telaustria og Telefonadress-dommen, præmis 62).

93 Det fremgår heraf, at en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt på alle stadier, herunder det stadium i et begrænset udbud, hvor der sker udvælgelse af ansøgere, skal overholde såvel princippet om ligebehandling af de potentielle bydende som princippet om gennemsigtighed, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres anmodninger om deltagelse eller af deres bud (jf. i denne retning, for så vidt angår stadiet for sammenligning af bud, dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 54).

94 Det er på denne baggrund, at direktiv 93/37 i overensstemmelse med dets 10. og 11. betragtning stiller krav om offentliggørelse af såvel kriterierne for udvælgelse af ansøgere som kriterierne for tildeling af kontrakten.

95 Hvad for det første angår udvælgelseskriterierne opstiller artikel 7, stk. 2, i direktiv 93/37, der vedrører udbud efter forhandling, således det krav, at ansøgerne skal udvælges efter kendte kvalitative kriterier.

96 Hvad for det andet angår tildelingskriterierne bestemmer direktivets artikel 13, stk. 2, litra e), som både vedrører udbud efter forhandling og begrænset udbud, at disse indgår i de oplysninger, der som minimum skal anføres i den skrivelse, hvorved de udvalgte ansøgere opfordres til at afgive bud, hvis de ikke allerede fremgår af udbudsbekendtgørelsen.

97 Hertil kommer, for samtlige udbudsformer, at når tildelingen af kontrakten sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, bestemmer artikel 30, stk. 2, i direktiv 93/37, der gælder for såvel offentligt udbud som for begrænset udbud og udbud efter forhandling, at den ordregivende myndighed har pligt til enten i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen at anføre alle de tildelingskriterier, den påtænker at benytte, så vidt muligt ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først. Det fremgår således af denne bestemmelse, at når den ordregivende myndighed har foretaget en prioritering af de tildelingskriterier, den påtænker at benytte, ordnet efter den betydning, de tillægges, kan den ikke begrænse sig til blot at nævne disse i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen, men skal desuden underrette de bydende om den prioritering, den har foretaget.

98 Som Domstolen har fremhævet vedrørende bestemmelsen i artikel 27, stk. 2, i Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1), hvis ordlyd i det væsentlige er identisk med ordlyden af artikel 30, stk. 2, i direktiv 93/37, har denne forpligtelse for ordregiverne netop til formål at oplyse eventuelle tilbudsgivere om de tildelingskriterier, deres bud skal opfylde, samt disses relative betydning, før de forbereder deres bud. Derved sikres, at principperne om ligebehandling af tilbudsgivere og gennemsigtighed overholdes (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 88 og 89).

99 Det følger heraf, at en fortolkning, hvorefter den ordregivende myndighed i tilfælde, hvor den i forbindelse med et begrænset udbud forud for offentliggø-

relsen af udbudsbekendtgørelsen har fastsat reglerne for afvejning af de udvælgelseskriterier, den påtænker at benytte, er forpligtet til på forhånd at oplyse ansøgerne om disse regler, er den eneste fortolkning, som er i overensstemmelse med formålet med direktiv 93/37, således som det er præciseret i denne doms præmis 89-92, eftersom den er den eneste, der kan sikre en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed og dermed, at princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne i forbindelse med de udbudsprocedurer, for hvilke direktivet finder anvendelse, overholdes.

100 Følgelig skal det fjerde spørgsmål besvares med, at direktiv 93/37 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed, såfremt den i forbindelse med et begrænset udbud på forhånd har fastsat reglerne for afvejning af kriterierne for udvælgelse af de ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud, er forpligtet til at angive disse i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet.

Sagens omkostninger

101 De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering og den nederlandske regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. 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.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Vergabekontrollsenat des Landes Wien ved kendelse af 12. november 1999, for ret:

1) En enhed, som ikke er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriel og ikke-kommerciel karakter, men som senere har fået overdraget varetagelsen af sådanne behov og siden faktisk har sikret, at disse imødekommes, opfylder betingelsen i artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter for at være et offentligretligt organ som omhandlet i denne bestemmelse, forudsat at det objektivt kan konstateres, at den varetager imødekommelsen af disse behov.

2) 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, som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, er ikke til hinder for nationale bestemmelser, som fastsætter, at klager over en afgørelse truffet af den ordregivende myndighed

skal være indgivet inden for en fastsat frist, idet der ellers sker præklusion, og at uregelmæssigheder i forbindelse med udbuddet, som påberåbes til støtte for klagen, ligeledes skal gøres gældende inden for denne frist, således at det, såfremt fristen overskrides, ikke længere er muligt at anfægte en sådan afgørelse eller at gøre sådanne uregelmæssigheder gældende, såfremt den pågældende frist er rimelig.

3) Direktiv 93/37 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed, såfremt den i forbindelse med et begrænset udbud på forhånd har fastsat reglerne for afvejning af kriterierne for udvælgelse af de ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud, er forpligtet til at angive disse i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet.

Puissochet Schintgen Gulmann

Skouris Macken

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. december 2002.

R. Grass J.-P. Puissochet

Justitssekretær Formand for Sjette Afdeling