

**RESUMÉER AF
AFGØRELSE
FRA
EF-DOMSTOLEN
OG RETTEN I FØRSTE
INSTANS
JULI 1997–2002**

NB! Resuméernes henvisninger til retsregler m.m. vil/kan efterhånden blive forældede, da resuméerne principielt er udarbejdet kort efter afgørelserne

Dette hæfte indeholder resuméer af afgørelser inden for udbudsområdet truffet af EF-domstolen og Retten i Første Instans juli 1997-2002, og som er optaget på EF-domstolens websted <http://curia.eu.int/>.

Resuméerne er udarbejdet af Klagenævnet for Udbud, der har ansvar for dem alene.

Den dato, der angives ved begyndelsen af hvert resumé, er datoen for den pågældende afgørelse. Den betegnelse for sagen, der angives ved hvert resumé, er EF-domstolens officielle betegnelse, sådan som den er angivet på Internettet.

Særligt om afgørelserne fra *Retten i Første Instans* bemærkes:

Afgørelserne om udbud fra Retten i Første Instans angår udbud foretaget af EU-organerne, dvs. Kommissionen, Rådet og Parlamentet mfl., idet Retten i Første Instans er klageorgan vedrørende sådanne udbud.

For EU-organernes udbud gælder nogle regler, der er indeholdt i to forordninger, dels »Finansforordningen«, dvs. nu Rådets forordning nr. 1605/2002 med senere ændringer, dels »Gennemførelsesforordningen«, dvs. nu Kommissionens forordning nr. 2342/2002 med senere ændringer.

De pågældende regler svarer i det væsentlige til de udbudsregler, der gælder for de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne. Afgørelserne om udbud fra Retten i Første Instans kan derfor have en vis almen interesse, for så vidt som de (reelt) kan bidrage til fortolkningen af de udbudsregler, der gælder for de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne, dvs. Udbudsdirektivet og Forsyningsvirksomhedsdirektivet m.m.

I resuméerne af afgørelser fra Retten i Første Instans er som almindelig regel kun medtaget de dele af afgørelserne, der belyser forståelsen af almindelige udbudsretlige principper. Resuméerne omfatter således principielt ikke dele af afgørelserne, der angår specifikke reguleringer af EU-organernes optræden eller formelle spørgsmål om Rettens kompetence.

NB! Resuméernes henvisninger til retsregler m.m. vil/kan efterhånden blive forældede, da resuméerne principielt er udarbejdet kort efter afgørelserne.

Indholdsfortegnelse vedrørende afgørelsernes dato og betegnelse

EF-domstolens dom af 17. juli 1997, sag C-43/97, Kommissionen mod Italien.....	8
EF-domstolens dom af 17. september 1997, sag C-54/96, Dorsch Consult.....	8
EF-domstolens dom af 16. oktober 1997, sag C-304/96, Hera	8
EF-domstolens dom af 18. december 1997, sag C-5/97, Ballast Nedam Groep	9
EF-domstolens dom af 15. januar 1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau (Strohal)	10
Retten i Første instans' kendelse af 26. maj 1998, sag T-60/98 R, Ecord Consortium mod Kommissionen	12
EF-domstolens dom af 17. september 1998, sag C-323/96, Kommissionen mod Belgien.....	12
EF-domstolens dom af 24. september 1998, sag C-76/97, Tögel	13
EF-domstolens dom af 24. september 1998, sag C-111/97, EvoBus Austria	14
EF-domstolens dom af 10. november 1998, sag C-360/96, BFI Holding (ofte kaldet Arnhem el. lign.)	14
EF-domstolens dom af 17. december 1998, sag C-306/97, Connemara Machine Turf	16
EF-domstolens dom af 17. december 1998, sag C-353/96, Kommissionen mod Irland.....	18
EF-domstolens dom af 4. februar 1999, sag C-103/97, Josef Köllensperger.....	18
EF-domstolens dom af 4. marts 1999, sag C-258/97, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planings-Gesellschaft.....	18
EF-domstolens dom af 19. maj 1999, sag C-225/97, Kommissionen mod Frankrig	18
EF-domstolens dom af 16. september 1999, sag C-27/98, Metalmeccanica Fracasso og Leitschutz Handel und Montage	19
EF-domstolens dom af 28. oktober 1999, sag C-81/98, Alcatel Austria mfl.	20
EF-domstolens dom af 28. oktober 1999, sag C-328/96, Kommissionen mod Østrig	20
EF-domstolens dom af 18. november 1999, sag C-107/98, Teckal	21
EF-domstolens dom af 18. november 1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S.....	22
EF-domstolens dom af 2. december 1999, sag C-176/98, Holst Italia.....	22
Retten i Første Instans' dom af 6. juli 2000, sag T-139/99, Alsace International Car Services mod Parlamentet	23
Retten i Første Instans' kendelse af 20. juli 2000, sag T-169/00 R, Esedra mod Kommissionen	24
EF-domstolens dom af 26. september 2000, sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig.....	25
EF-domstolens dom af 3. oktober 2000, sag C-380/98, University of Cambridge	27
EF-domstolens dom af 5. oktober 2000, sag C-16/98, Kommissionen mod Frankrig.....	28

Klagenævnet for Udbud

EF-domstolens dom af 5. oktober 2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig.....	29
EF-domstolens dom af 7. december 2000, sag C-324/98, Teleaustria og Telefonadress.....	29
EF-domstolens dom af 7. december 2000, sag C-94/99, ARGE Gewässerschutz.....	30
EF-domstolens dom af 1. februar 2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig.....	31
EF-domstolens dom af 8. marts 2001, sag C-97/00, Kommissionen mod Frankrig.....	31
EF-domstolens dom af 10. maj 2001, sager C-223/99 og C-260/99, Agorà.....	32
EF-domstolens dom af 21. juni 2001, sag C-439/00, Kommissionen mod Frankrig.....	33
EF-domstolens dom af 12. juli 2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano et Lodi.....	34
EF-domstolens dom af 18. oktober 2001, sag C-19/00, SIAC Construction.....	36
EF-domstolens dom af 27. november 2001, sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini.....	38
EF-domstolens kendelse af 3. december 2001, sag C-59/00, Vestergaard.....	39
Retten i Første Instans' dom af 26. februar 2002, sag T-169/00, Esedra mod Kommissionen.....	40
Retten i Første Instans' dom af 11. juni 2002, sag T-365/00, Alsace International Car Services mod Parlamentet.....	42
EF-domstolens dom af 18. juni 2002, sag C-92/00, HI Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik PlanungsgesmbH.....	44
EF-domstolens dom af 17. september 2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland.....	45
EF-domstolens dom af 14. november 2002, sag C-411/00, Felix Swoboda.....	47
Retten i Første Instans' dom af 28. november 2002, sag T-40/01, Scan Office Design mod Kommissionen.....	49
EF-domstolens dom af 12. december 2002, sag C-470/99, Universale-Bau.....	50

Indholdsfortegnelse vedrørende afgørelsernes emner

Italien havde ikke gennemført Indkøbsdirektivet rettidigt.....	8
Om Tjenesteydelsesdirektivets anvendelse i Tyskland, selvom det ikke var gennemført der.....	8
Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 4, om unormalt lave bud skal forstås efter ordlyden.....	8
Som dokumentation for egnethed kan der henvises til kvalifikationer hos datterselskaber under forudsætning af bevis for, at der reelt rådes over kvalifikationerne.....	9
Om erhvervsdrivende aktieselskaber som ordregivere. EU-støtte medfører ikke udbudspligt i sig selv.....	10
Tilbud modtaget efter tilbudsfristens udløb som følge af tilbuddets adressering. Ikke opsættende virkning for et sagsanlæg med hensyn til, om tilbuddet var indgivet rettidigt, da udbyderen klart havde angivet, hvem tilbuddet skulle sendes til, hvorfor der ikke forelå »fumus boni juris«.....	12

Resuméer af afgørelser fra EF-domstolen og Retten i Første Instans medio 1997–2002

Det flamske parlament skulle overholde Bygge- og anlægsdirektivet.....	12
Tjenesteydelsesdirektivets henvisning til CPC-nomenklaturen er bindende. Udrykningskørsel m.m. er omfattet af både bilag I A og bilag I B til direktivet og dermed af direktivets artikel 10. Skønnes i øvrigt uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel	13
Om et østrigsk klageorgans kompetence. Er uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel	14
Et erhvervsdrivende organ kan opfylde kriteriet om »almenhedens behov«. Koncerndeltageres status som offentligretlige organer skal vurderes særskilt. En slags obiter dictum om koncessionsbegrebet	14
Et aktieselskab oprettet af staten og under væsentlig kontrol af staten var en ordregivende myndighed	16
Statueret, at Irland havde tilsidesat det tidligere indkøbsdirektiv som følge af, at en ordregivende myndighed ikke havde udbudt et indkøb.....	18
Statueret, at et bestemt østrigsk organ er en ret. Er uden interesse set fra en dansk synsvinkel	18
Forskellige spørgsmål vedrørende Tjenesteydelsesdirektivet. Uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel	18
Statueret, at Frankrig på nogle punkter ikke havde gennemført andet kontroldirektiv behørigt	18
Udbyder var ikke forpligtet til at tildele den eneste tilbudsgiver kontrakten	19
I henhold til første kontroldirektiv skal der være mulighed for at få tildelingsbeslutningen annulleret	20
Statueret, at Østrig havde overtrådt Bygge- og anlægsdirektivet, første kontroldirektiv og traktatens artikel 30 (nu 28) ved et offentligt byggeri	20
Indkøbsaftale med en fælleskommunal sammenslutning skulle udbydes efter Indkøbsdirektivet	21
Det danske Klagenævn for Udbud kan stille præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen. Om forståelsen af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2. Traktatens forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet medfører en gennemsigtighedsforpligtelse.....	22
Som dokumentation for egnethed kan der henvises til ressourcer hos andre under forudsætning af bevis for, at der virkelig rådes over disse ressourcer	22
Udbyderen havde ikke pligt til at kontrollere, at den valgte tilbudsgiver opfyldte et krav i udbudsbetingelserne om, at den udbudte tjenesteydelse skulle udføres i overensstemmelse med national lovgivning. En tilbudsgiver, hvis tilbud var ukonditionsmæssigt, havde retlig interesse i at anlægge sag med påstand om annullation for at få mulighed for at afgive tilbud under et eventuelt nyt udbud.....	23
Ikke opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.....	24
Forudgående vejledende bekendtgørelse er ikke obligatorisk efter Bygge- og anlægsdirektivet. Tildelingskriterium om lokal beskæftigelse var lovligt. Der skal ved begrænset udbud prækvalificeres mindst fem ansøgere. Forskellige overtrædelser.....	25
Om forståelsen af kriteriet om, at driften for mere end halvdelens vedkommende skal være finansieret af det offentlige. Generelle bemærkninger om udbudsdirektivernes formål.....	27
Om opdeling af kontrakter under Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Forbudet mod forskelsbehandling beskytter også potentielle tilbudsgivere.....	28
Beslutning om ikke at foretage udbud var truffet før direktivets ikrafttræden og var dermed lovlig. Nogle senere forhandlinger efter direktivets ikrafttræden angik ikke grundlæggende kontraktbestemmelser	29

Klagenævnet for Udbud

Koncession om udgivelse af telefonbøger var omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der er ikke udbudspligt for koncession om tjenesteydelser efter dette direktiv, men bl.a. principperne om ligebehandling og gennemsigtighed skal overholdes	29
Tilbudsgivere, der modtog statsstøtte, kunne komme i betragtning.....	30
Almene boligselskaber var ordregivere omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet. Generelle bemærkninger om udbudsdirektiverne formål.....	31
Statueret, at Frankrig ikke havde gennemført direktiv 97/92 rettidigt	31
Et organ, der udelukkende drev erhvervmæssig virksomhed, var ikke et offentligt organ	32
Frankrig havde ikke rettidigt gennemført en ændring af Forsyningsvirksomhedsdirektivet	33
Ved en offentlig myndigheds overladelse af et infrastrukturarbejde til en grundejer skal grundejeren forpligtes til at følge Bygge- og anlægsdirektivet. Om forståelsen af begrebet »entreprenør« i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, a.....	34
Generelle bemærkninger om tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Der må kun anvendes underkriterier, der har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og udbyder ikke må have frit valg ved tildelingen. Udbyder skal fastholde den samme fortolkning af underkriterierne gennem hele udbudet. Forsyningsikkerhed kan indgå som underkriterium	36
Italiensk lovgivning om vurdering af tilbud som unormalt lave var i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 4. Uden egentlig interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel	38
Traktatens grundlæggende bestemmelser skulle anvendes på udbud under tærskelværdien	39
Udbyderen overtrådte ikke forhandlingsforbuddet ved at indhente en lang række oplysninger fra en tilbudsgiver om tilbuddets indhold. Udbyderen overtrådte heller ikke ligebehandlingsprincippet ved fra tilbudsgiveren at indhente regnskaber, der skulle have været vedlagt ansøgningen om prækvalifikation. Udbyderen var berettiget til ved vurderingen af tilbudspriserne for en tjenesteydelse at tage hensyn til tjenesteydelsens forventede omfang. Diverse klagepunkter ikke taget til følge.....	40
Udbyderen af en tjenesteydelse havde pligt til at opsigte den kontrakt, der var indgået på grundlag af udbuddet, efter at det var konstateret, at den valgte tilbudsgiver udførte tjenesteydelsen ulovligt	42
Udbyders annullation af udbud er ikke reguleret i Tjenesteydelsesdirektivet, men er underkastet fællesskabsrettens grundlæggende principper og er derfor omfattet af første kontroldirektiv. Også taget stilling til nogle andre spørgsmål, der er mindre interessante fra en dansk udbudsretlig synsvinkel. Et østrigsk klageorgan kunne stille præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen	44
Der må under visse forudsætninger anvendes underkriterier om miljøforhold. Det er uden betydning, om sådanne kriterier kun kan opfyldes af et mindre antal virksomheder	45
Om tjenesteydelser, der såvel omfatter enkeltydelser under Tjenesteydelsesdirektivets bilag I A som enkeltydelser under direktivets bilag I B. Direktivets artikel 10 skal følges, og der skal ikke lægges vægt på den samlede tjenesteydelses primære formål. Der må ikke ske kunstig sammenlægning for at øge andelen af enkeltydelser under bilag I B. Kategori 20 i bilag I B omfatter ikke selve transporten. Udbudsdirektivernes formål. Tjenesteydelsesdirektivet skal overholdes, selvom der ikke foreligger et grænseoverskridende element.....	47
Trods grove overtrædelser af udbudsreglerne skulle udbyderen ikke erstatte en forbigået tilbudsgivers positive opfyldelsesinteresse, da tilbudsgiverens tilbud var ukonditionsmæssigt, selvom det var indgået i tilbudsvurderingen, hvorfor der ikke var årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og tilbudsgiverens hævdede	

Resuméer af afgørelser fra EF-domstolen og Retten i Første Instans medio 1997–2002

tab. Krav, der er fastsat som mindstekrav, skal overholdes også ved udbud med forhandling.....	49
Et organs faktiske virksomhed er afgørende for, om organet skal anses for at imødekomme almenhedens behov. Første kontroldirektiv er ikke til hinder for klagefrister, og frister på 14 dage var rimelige. Hvis ordregiver på forhånd har fastlagt kriterierne for udvælgelse af virksomheder til at give tilbud, skal disse kriterier oplyses.....	50

Resuméer

EF-domstolens dom af 17. juli 1997, sag C-43/97, Kommissionen mod Italien

Italien havde ikke gennemført Indkøbsdirektivet rettidigt

Statueret, at Italien ikke havde gennemført Indkøbsdirektivet rettidigt.

EF-domstolens dom af 17. september 1997, sag C-54/96, Dorsch Consult

Om Tjenesteydelsesdirektivets anvendelse i Tyskland, selvom det ikke var gennemført der

Sagen angik en tvist om et tysk udbud af tjenesteydelser på arkitekturområdet og det bygningstekniske område. Den tyske instans, som sagen verserede for (Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes), stillede et spørgsmål til EF-domstolen om anvendelsen af Tjenesteydelsesdirektivet. Spørgsmålet havde reference til det tyske organs kompetence i forbindelse med, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke var gennemført i Tyskland. EF-domstolens besvarelse af spørgsmålet kan have interesse i en generel EU-retlig sammenhæng (om borgerne kan påberåbe sig ikke implementerede direktivbestemmelser for nationale domstole mv.), men skønnes uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel.

Dommen indeholder endvidere en afgørelse om, at det tyske organ kunne stille præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen. Også denne del af dommen skønnes uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel.

EF-domstolens dom af 16. oktober 1997, sag C-304/96, Hera

Bygge- og anlægsgesetzets artikel 30, stk. 4, om unormalt lave bud skal forstås efter ordlyden

En italiensk sundhedsmyndighed udbød arbejdet med ombygning m.m. af en bygning. I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at kontrakten ville blive tildelt den tilbudsgiver, hvis bud medførte det højeste nedslag i forhold til en nærmere angivet grundpris. Det laveste tilbud lå ca. 17 % under grundprisen. Udbyderen afviste dette tilbud med den begrundelse, at det var unormalt lavt, hvorefter udbyderen tildelte en anden tilbudsgiver kontrakten. Dette var i overensstemmelse med en italiensk lov, hvorefter tilbud på offentlige bygge- og anlægskontrakter indtil 1. januar 1997 skulle udelukkes, hvis tilbudsprisen lå under en vis grænse i forhold til de øvrige tilbudspriser.

Den tilbudsgiver, der havde afgivet det laveste bud, indbragte sagen for en italiensk forvaltningsdomstol og gjorde gældende, at udbyderen havde overtrådt Bygge- og anlægsgesetzets artikel 30, stk. 4. Denne bestemmelse foreskriver en bestemt procedure med hensyn til tilbud, der forekommer unormalt lave. Bestemmelsen indeholder en særlig undtagelse om, at udbyderen indtil udgangen af 1992 under visse betingelser ikke behøver følge proceduren.

Den italienske forvaltningsdomstol spurgte EF-domstolen, om medlemsstaterne kan indføre midlertidige undtagelser med hensyn til et direktivs ikrafttræden i tilfælde, hvor der allerede i direktivet er fastsat en frist

til dette formål. EF-domstolen omformulerede spørgsmålet til at gå ud på, om Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 4, skal fortolkes således, at det efter udgangen af 1992 er tilladt en ordregivende myndighed at afvise bud, der er unormalt lave, uden at følge den procedure, der er foreskrevet i bestemmelsen.

Den italienske regering udtalte i et procesindlæg, at det var unødvendigt at besvare forvaltningsdomstolens spørgsmål som følge af, at den italienske minister for offentlige arbejder i et cirkulære havde opfordret de berørte myndigheder til at fortolke den omtalte lov i overensstemmelse med Bygge- og anlægsdirektivet.

EF-domstolen antog imidlertid sagen til realitetsbehandling med henvisning til (noget sammentrængt), at det efter domstolens faste praksis udelukkende tilkommer de nationale retsinstanser, for hvem en tvist er indbragt, at vurdere, om en præjudiciel afgørelse fra domstolen er nødvendig, og hvorefter en afvisning af et spørgsmål fra en national retsinstans kun er mulig, hvis den ønskede fortolkning af fællesskabsretten sårer enhver forbindelse med hovedsagen.

EF-domstolen henviste til en dom fra 1995 om den bestemmelse i det tidligere bygge- og anlægsdirektiv, der svarer til det nugældende direktivs artikel 30, stk. 4. Domstolen henviste videre til, at den i den pågældende dom har udtalt, at den omtalte undtagelse i bestemmelsen kun kan anvendes i tilfælde, hvor den endelige ordretildeling finder sted inden udgangen af 1992, og at der er tale om en midlertidig undtagelsesordning af exceptionel karakter, som må fortolkes snævert.

EF-domstolen konkluderede herefter, at det efter udgangen af 1992 ikke er tilladt for en ordregivende myndighed at afvise unormalt lave bud uden at følge den procedure, der foreskrives i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 4.

EF-domstolens dom af 18. december 1997, sag C-5/97, Ballast Nedam Groep

Som dokumentation for egnethed kan der henvises til kvalifikationer hos datterselskaber under forudsætning af bevis for, at der reelt rådes over kvalifikationer

For at komme i betragtning ved udbud af offentlige belgiske bygge- og anlægsarbejder skulle en tilbudsgiver være forhåndsgodkendt af den belgiske minister for offentlige arbejder. På et tidspunkt traf ministeren afgørelse om ikke at forny forhåndsgodkendelsen af en hollandsk entreprenør. Afgørelsen blev begrundet med, at den hollandske entreprenør var et holdingselskab, der ikke selv udførte entreprenørarbejder, og som til dokumentation for sine kvalifikationer henviste til arbejder udført af datterselskaber. Den hollandske entreprenør indbragte sagen for en belgisk forvaltningsdomstol, der forelagde sagen for EF-domstolen.

Ved dom i sagen af 14. april 1994, sag C-389/92 (ligeledes benævnt Ballast Nedam Groep), udtalte EF-domstolen bl.a. (lidt sammentrængt), at det tidligere bygge- og anlægsdirektiv skulle fortolkes således, at direktivet tillader, at der ved bedømmelsen af en godkendelsesansøgning fra den dominerende juridiske person i en koncern tages hensyn til kvalifikationer hos de selskaber, der hører til koncernen, når den dominerende juridiske person godtgør, at den reelt disponerer over de nødvendige kvalifikationer hos de pågældende selskaber. Domstolen bemærkede, at det til-

kommer den nationale ret at tage stilling til, om det tilstrækkelige bevis i denne henseende er ført.

Den belgiske forvaltningsdomstol stillede senere EF-domstolen et spørgsmål, om hvorvidt ordene i domstolens dom af 14. april 1994 »tillader, at...der tages hensyn til« kvalifikationerne hos de øvrige selskaber i koncernen, skal forstås således, at udbyderen er forpligtet til at tage hensyn til disse kvalifikationer.

Ved den her resumerede dom besvarede EF-domstolen dette spørgsmål bekræftende.

Domstolens dom af 2. december 1999 i sagen *Holst Italia*, se resuméet nedenfor, går ud på en lignende afgørelse med hensyn til Tjenesteydelsesdirektivet.

EF-domstolens dom af 15. januar 1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau (Strohal)

Om erhvervsdrivende aktieselskaber som ordregivere. EU-støtte medfører ikke udbudspligt i sig selv

Den her refererede dom og EF-domstolens dom af 10. november 1998 i sagen *BFI Holding (Arnhem)* angik i væsentlig grad det samme spørgsmål, dvs. om der er udbudspligt for et offentligt ejet aktieselskab, der både udfører offentlige serviceydelser og driver egentlig erhvervmæssig virksomhed. I begge sager besvarede domstolen spørgsmålet bekræftende.

En lignende afgørelse er EF-domstolens dom af 27. februar 2003, *Adolf Truley*. I resuméet af denne dom er medtaget et indledende afsnit om begrebet »offentligretligt organ« med et forsøg på en terminologisk forenkling.

Se også EF-domstolens dom af 10. maj 2001 i sagen *Agorà* og resuméet af denne dom nedenfor.

Den her resumerede dom drejede sig om følgende:

Det østrigske statstrykkeri er oprettet i henhold til lov og har til hovedformål at udføre statslige trykningsopgaver som trykning af en lovtidende, pas, kørekort etc. Statstrykkeriet kan dog også udøve anden trykkerivirksomhed og kan deltage i virksomheder. Statstrykkeriet er efter det foreliggende et aktieselskab.

På et tidspunkt erhvervede statstrykkeriet et andet aktieselskab. Dette selskab stiftede endnu et aktieselskab, *Strohal Rotationsdruck GesmbH (Strohal Rotationsdruck)*, i hvilket det af statstrykkeriet ejede aktieselskab har så godt som hele aktiekapitalen. Statstrykkeriet ejer således reelt *Strohal Rotationsdruck*, der har til formål at fremstille tryksager ved rotationstryk.

Der blev øjensynligt herefter taget skridt til et byggeri, der skulle rumme *Strohal Rotationsdruck's* trykningsanlæg. Det synes at fremgå, at byggeriet blev finansieret af statstrykkeriet, og at det skete med EU-støtte.

I forbindelse med byggeriet foretog statstrykkeriet et udbud af nogle installationsarbejder. Senere tilkendegav statstrykkeriet, at *Strohal Rotationsdruck* selv var ansvarlig for det pågældende udbud og aftaleindgåelsen i henhold til det. Udbudet blev ikke foretaget som EU-udbud.

En østrigsk virksomhed indklagede *Strohal Rotationsdruck* for et klageorgan og gjorde øjensynligt gældende, at *Strohal Rotationsdruck* skulle anses som ordregiver i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet, således at det omtalte udbud skulle have været gennemført som EU-udbud.

Klageorganet (Bundesvergabebamt) stillede EF-domstolen en række spørgsmål, der navnlig sigtede til, om statstrykkeriet og Strohal Rotationsdruck skulle anses for ordregivende myndigheder i henhold til Bygge- og anlægsgesetz.

EF-domstolen udtalte (Klagenævnets litrering):

1) Ad statstrykkeriet: Afgørende for, om statstrykkeriet skulle anses for en ordregivende myndighed i henhold til Bygge- og anlægsgesetz, var om statstrykkeriet er et offentligretligt organ i medfør af direktivets artikel 1, b. Statstrykkeriet opfyldt endvidere de tre betingelser, der stilles i denne bestemmelse, og som skal være opfyldt samtidig. Statstrykkeriet var således oprettet til at imødekomme almenhedens behov, dog ikke af industriel og kommerciel karakter (første betingelse). Det var uden betydning, at statstrykkeriet desuden kunne udøve andre former for virksomhed, og at imødekommelsen af almenhedens behov udgjorde en relativt ubetydelig del af statstrykkeriets virksomhed. Statstrykkeriet var desuden en juridisk person (anden betingelse). Endvidere var statstrykkeriet undergivet statens kontrol, ligesom staten havde aktiemajoriteten i statstrykkeriet, og statstrykkeriet opfyldt således bestemmelsens tredje betingelse om, at organet skal være undergivet kontrol eller for mere end halvdelen vedkommende være finansieret af bl.a. staten m.m. Statstrykkeriet var herefter en ordregivende myndighed i henhold til Bygge- og anlægsgesetz.

2) Ad Strohal Rotationsdruck: Et selskab, der driver forretningsvirksomhed, og i hvilket en ordregivende myndighed ejer en majoritetsandel af kapitalen, skal ikke anses for et offentligretligt organ i henhold til Bygge- og anlægsgesetzets artikel 1, b, alene fordi selskabet er oprettet af den ordregivende myndighed, eller fordi denne ordregivende myndighed til selskabet overfører midler fra aktiviteter, den udøver med henblik på at imødekomme almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter. Denne udtalelse må skulle forstås således: Strohal Rotationsdruck skulle ikke selv anses for en ordregivende myndighed i henhold til Bygge- og anlægsgesetz, fordi Strohal Rotationsdruck's formål ikke var at imødekomme almenhedens behov, men alene gik ud på at udføre trykkeriopgaver generelt. Det var uden betydning, at statstrykkeriet reelt ejede Strohal, og at statstrykkeriet finansierede Strohal Rotationsdruck's byggeri.

3) Ad statstrykkeriets overførelse af det omhandlede udbud til Strohal Rotationsdruck: En bygge- og anlægskontrakt, der er omfattet af Bygge- og anlægsgesetz, er fortsat omfattet af direktivet, selvom den ordregivende myndighed overdrager sine rettigheder og forpligtelser i henhold til kontrakten til en ikke ordregivende myndighed. Domstolen henviste herved til en formålsfortolkning af direktivet. Domstolen udtalte videre, at der kun kan gøres undtagelse fra det anførte, hvis det godtgøres, at kontrakten fra begyndelsen er omfattet af den ikke ordregivende myndigheds formål, og at det tilkom det østrigske klageorgan at tage stilling til, om dette var godtgjort i sagen.

4) Ad den eventuelle betydning af, at byggeriet skete med EU-støtte: Artikel 7, stk. 1 i forordning 2081/93 (hvorefter de støttede foranstaltninger skal være i overensstemmelse med traktaten, fællesskabets politikker og reglerne for indgåelse for offentlige kontrakter m.m.) betyder ikke, at modtagerne af støtte skal underkaste sig klageprocedurerne i henhold til

første kontroldirektiv, når de ikke selv er ordregivende myndigheder. Denne besvarelse kan vel sammenfattes således, at det var uden betydning for sagen, at byggeriet skete med EU-støtte.

Retten i Første instans' kendelse af 26. maj 1998, sag T-60/98 R, Ecord Consortium mod Kommissionen

Tilbud modtaget efter tilbudsfristens udløb som følge af tilbuddets adressering. Ikke opsættende virkning for et sagsanlæg med hensyn til, om tilbuddet var indgivet rettidigt, da udbyderen klart havde angivet, hvem tilbuddet skulle sendes til, hvorfor der ikke forelå »fumus boni juris«

Kommissionen iværksatte et begrænset udbud vedrørende en tjenesteydelse. I opfordringen til de prækvalificerede virksomheder om at afgive tilbud angav Kommissionen, at tilbud skulle sendes til en konsulentvirksomhed på en nærmere angivet adresse, og at Kommissionen ikke måtte nævnes som adressat, idet dette kunne medføre, at tilbuddet først blev modtaget efter tilbudsfristens udløb.

Et konsortium, der afgav tilbud, sendte sit tilbud med angivelse af den omtalte konsulentvirksomhed som adressat, men nævnede også Kommissionen i adressatangivelsen. Som følge af Kommissionens procedurer for postmodtagelse medførte dette, at tilbuddet først blev modtaget af konsulentvirksomheden efter tilbudsfristens udløb. Kommissionen afviste derfor tilbuddet som for sent indgivet.

Konsortiet anlagde derefter sag mod Kommissionen ved Retten i Første Instans og påstod principalt Kommissionen tilpligtet at tage konsortiets tilbud i betragtning. Konsortiet begærede endvidere sagsanlægget tilagt opsættende virkning, og kendelsen af 26. maj 1998 er Rettens afgørelse af spørgsmålet om opsættende virkning.

Retten tog ikke begæringen om opsættende virkning til følge med henvisning til, at der ikke forelå »fumus boni juris«¹, idet konsortiet ikke havde fulgt angivelsen af, at Kommissionen ikke måtte nævnes som adressat.

EF-domstolens dom af 17. september 1998, sag C-323/96, Kommissionen mod Belgien

Det flamske parlament skulle overholde Bygge- og anlægsdirektivet

Sagen angik det særlige flamske parlaments opførelse af en parlamentsbygning i Bruxelles.

Opførelsen skete uden EU-udbud og uden overholdelse af reglerne for tildeling af kontrakter i Bygge- og anlægsdirektivet og det tidligere bygge- og anlægsdirektiv 71/305 som ændret ved direktiv 89/440. Endvidere blev et enkelt arbejde tildelt ved udbud efter forhandling. Kommissionens påstand gik ud på, at EF-domstolen skulle fastslå, at disse forhold var i strid med de nævnte direktiver.

Belgien gjorde gældende, at overholdelse af direktiverne ikke havde været nødvendig og henviste til støtte herfor til to anbringender: Dels at byggeriet var omfattet af undtagelsesreglerne i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 4 om beskyttelse af medlemsstaternes væsentlige interesser m.m., dels (kort gengivet) at den belgiske forfatning ikke gav mulighed for at pålægge det flamske parlament at følge EU's udbudsregler.

¹ Dvs. en røg af god ret, altså sandsynlighed for, at sagsanlægget var berettiget.

Med hensyn til det første af de nævnte anbringender udtalte EF-domstolen, at der intet var fremkommet til støtte for det, og at anbringendet herefter ikke kunne tages til følge. Med hensyn til det andet anbringende henviste domstolen til sin faste praksis, hvorefter en medlemsstat ikke kan påberåbe sig forhold i sin nationale retsorden til støtte for manglende overholdelse af et direktiv. Dette anbringende kunne derfor heller ikke tages til følge.

EF-domstolen dømte herefter Belgien i overensstemmelse med Kommissionens påstand.

EF-domstolens dom af 24. september 1998, sag C-76/97, Tögel

Tjenesteydelsesdirektivets henvisning til CPC-nomenklaturen er bindende. Udrykningskørsel m.m. er omfattet af både bilag I A og bilag I B til direktivet og dermed af direktivets artikel 10. Skønnes i øvrigt uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel

Sagen angik en klage fra en østrigsk vognmand over, at en socialforsikringsinstitution ikke havde foretaget EU-udbud af sygetransport. Det østrigske klageorgan (Bundesvergabeamt), der behandlede sagen, stillede en række spørgsmål til EF-domstolen.

Nogle af spørgsmålene havde reference til det østrigske klageorgans kompetence i forbindelse med, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke var gennemført rettidigt i Østrig. EF-domstolens besvarelse af de pågældende spørgsmål kan have interesse i en generel EU-retlig sammenhæng (om borgerne kan påberåbe sig ikke implementerede direktivbestemmelser for nationale domstole mv.), men skønnes uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel.

Det østrigske klageorgan spurgte endvidere, om udrykningskørsel og sygetransport ledsaget af en redder hører under Tjenesteydelsesdirektivets bilag I A, kategori 2 (Landtransport, CPC-referencenummer 712) eller bilag I B, kategori 25 (Sundheds- og socialvæsen, CPC-referencenummer 93). Den omtalte kategorisering er afgørende for, om der er udbudspligt, jf. direktivets afsnit II.

EF-domstolen henviste til, at det af præamblen til Tjenesteydelsesdirektivet fremgår, at henvisningen til CPC-nomenklaturen i direktivets bilag I A og I B er bindende. Domstolen henviste videre til, at CPC-referencenummer 93 klart udelukkende vedrører de lægelige aspekter af sundhedsvæsenet, og at dette referencenummer ikke omfatter landtransport i forbindelse hermed, hvilket er omfattet af CPC-referencenummer 712.

Domstolen konkluderede herefter, at udrykningskørsel og sygetransport ledsaget af en redder hører under begge kategorier, dvs. både under bilag I A, kategori 2, og bilag I B, kategori 25, således at en aftale om sådanne tjenesteydelser er omfattet af direktivets artikel 10 (hvorefter den indbyrdes værdirelation er afgørende ved aftaler om tjenesteydelser, der omfatter begge bilag).

EF-domstolens dom af 24. september 1998, sag C-111/97, EvoBus Austria

Om et østrigsk klageorgans kompetence. Er uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel

Sagen angik en klage over et østrigsk trafikskabs administration af et udbud om indkøb af busser. Det østrigske klageorgan (Bundesvergabeamt), der behandlede sagen, stillede nogle spørgsmål til EF-domstolen.

Spørgsmålene havde udelukkende reference til det østrigske klageorgans kompetence i forbindelse med, at andet kontroldirektiv, direktiv 92/13, ikke var gennemført rettidigt i Østrig. EF-domstolens besvarelse af spørgsmålene kan have interesse i en generel EU-retlig sammenhæng (om borgerne kan påberåbe sig ikke implementerede direktivbestemmelser for nationale domstole mv.), men skønnes uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel.

EF-domstolens dom af 10. november 1998, sag C-360/96, BFI Holding (ofte kaldet Arnheim el. lign.)

Et erhvervsdrivende organ kan opfylde kriteriet om »almenhedens behov«. Koncerndeltageres status som offentligretlige organer skal vurderes særskilt. En slags obiter dictum om koncessionsbegrebet

Den her refererede dom og EF-domstolens dom af 15. januar 1998 i sagen Mannesmann Anlagenbau (Strohal) angik i væsentlig grad det samme spørgsmål, dvs. om der er udbudspligt for et offentligt ejet aktieselskab, der både udfører offentlige serviceydelser og driver egentlig erhvervsmæssig virksomhed. I begge sager besvarede domstolen spørgsmålet bekræftende.

En lignende afgørelse er EF-domstolens dom af 27. februar 2003, Adolf Truley. I resuméet af denne dom er medtaget et indledende afsnit om begrebet »offentligretligt organ« med et forsøg på en terminologisk forenkling.

Se også EF-domstolens dom af 10. maj 2001 i sagen Agorà og resuméet af denne dom nedenfor.

Den her resumerede dom er yderst udførlig, og nedenstående resumé har nødvendigvis måttet udformes som en særdeles sammentrængt gengivelse. Realiteten synes dog relativt enkel, se slutningen af resuméet.

To hollandske kommuner stiftede et aktieselskab, der fik til formål at udføre affaldsindsamling og renholdelse af veje m.m. til imødekommelse af almenhedens behov. Samtidig indgik de to kommuner aftaler med aktieselskabet om udførelsen af affaldsindsamlingen m.m. i kommunerne, således at kommunerne betalte aktieselskabet vederlag herfor. De to kommuners overdragelse af de pågældende opgaver til aktieselskabet medførte en eneret for dette til at udføre opgaverne i kommunerne og blev i aftalerne benævnt koncessioner.

Ifølge vedtægterne kunne aktieselskabets aktionærer kun være offentligretlige juridiske personer o.l., og de to kommuner skulle have flertal i bestyrelsen. Det synes imidlertid at fremgå, at aktieselskabet skulle drive egentlig erhvervsvirksomhed inden for sit formål. Aktieselskabet blev senere organiseret som del af en koncern med et holdingselskab og to aktieselskaber.

En virksomhed, der udfører indsamling af affald, anlagde sag mod de to kommuner ved en hollandsk domstol og gjorde gældende, at kommu-

ernes overdragelse af indsamling af affald m.m. til aktieselskabet skulle have været i EU-udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet. Den hollandske domstol forelagde sagen for EF-domstolen.

Sagens centrale spørgsmål var, om aktieselskabet skulle anses for en ordregivende myndighed i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet artikel 1, b, idet det i så fald ville følge af direktivets artikel 6, at kommunernes overdragelse af opgaverne til aktieselskabet ikke krævede EU-udbud. Efter artikel 6 kræver indgåelse af aftaler om tjenesteydelser med en ordregivende myndighed nemlig ikke EU-udbud, hvis overdragelsen sker på grundlag af en eneret og i overensstemmelse med love eller administrative bestemmelser, der er forenelige med traktaten. Sagens problem var for så vidt det omvendte af, hvad der er sædvanligt i tvister om udbudspligt efter EU's udbudsdirektiver. Hvis aktieselskabet var en ordregivende myndighed, krævede overdragelsen af de omhandlede opgaver til selskabet *ikke* forudgående EU-udbud. (Derimod var aktieselskabet i så fald naturligvis selv omfattet af udbudspligten i henhold til udbudsdirektiverne.)

Afgørende for, om aktieselskabet var en ordregivende myndighed efter artikel 1, b, var om aktieselskabet skulle anses for et offentligretligt organ i henhold til bestemmelsens andet led. Afgørende i denne henseende var endvidere, om aktieselskabet opfyldt kriteriet om, at opgaven skal være at imødekomme almenhedens behov, idet de øvrige kriterier var opfyldt. Det, der gav den hollandske domstol anledning til tvivl, var ordene »dog ikke på det erhvervs- og forretningsmæssige område« i den pågældende sætning i artikel 1, b, øjensynligt fordi aktieselskabet havde til formål at drive erhvervmæssig virksomhed. Den hollandske domstol stillede derfor EF-domstolen en længere række spørgsmål, der alle havde reference til de nævnte ord i artikel 1, b.

EF-domstolen udtalte (Klagenævnets litrering):

1) I anledning af, at Frankrig under sagen havde gjort gældende, at der ikke var udbudspligt, fordi de to kommuners overdragelse af opgaver til aktieselskabet var koncessioner: Domstolen beskæftigede sig ikke nærmere med spørgsmålet, da aktieselskabets vederlag for udførelse af opgaverne bestod alene i en pris og ikke i retten til at udføre tjenesteydelsen. Den pågældende udtalelse i dommen forekommer uklar, men skal tilsyneladende forstås som en slags »allerede fordi«-afgørelse af indhold nogenlunde således: Det var åbenbart, at der ikke var tale om koncessioner, og domstolen havde herefter ikke anledning til at tage stilling til det nøjagtige indhold af koncessionsbegrebet eller til, om Tjenesteydelsesdirektivet kan omfatte koncessioner.

2) Den omtalte sætning i direktivets artikel 1, b skal fortolkes sådan, at fællesskabslovgiver har sondret mellem almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- og forretningsmæssige område, på den ene side, og almenhedens behov på det erhvervs- og forretningsmæssige område på den anden side. Dette må efter sammenhængen skulle forstås således: Kriteriet om, at opgaven skal være at imødekomme almenhedens behov, kan opfyldes af et organ, der driver erhvervmæssig virksomhed. Et sådant organ kan altså godt være et offentligretligt organ og dermed ordregiver i henhold til artikel 1, b.

3) Begrebet almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- og forretningsmæssige område, udelukker ikke behov, som imødekommes eller kan imødekommes af private virksomheder. Dette må efter sammenhæ-

gen skulle forstås således: Et organ, der driver erhvervmæssig virksomhed, kan godt være et offentligretligt organ og dermed ordregiver i henhold til direktivets artikel 1, b, selvom der optræder private aktører inden for samme erhvervmæssige område.

4) Det er ikke afgørende for, om et organ er et offentligretligt organ i henhold til den omhandlede regel i artikel 1, b, hvilket omfang imødekommelsen af almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- og forretningsmæssige område, har inden for organets virksomhed. Dette må efter sammenhængen skulle forstås således: Et organ, der driver erhvervmæssig virksomhed, kan opfylde kriteriet om at imødekomme almenhedens behov, blot det pågældende organ ikke udelukkende optræder erhvervmæssigt.

5) Det er ligeledes uden betydning, om den erhvervmæssige virksomhed udøves af en særskilt juridisk person, der tilhører samme gruppe eller »koncern« som organet. Det spørgsmål, som denne udtalelse var svar på, sigtede tilsyneladende til organiseringen af det omtalte aktieselskab som en del af en koncern med et holdingselskab. Udtalelsen må skulle forstås således: Et organ, der er et offentligretligt organ i henhold til artikel 1, b, er stadig et offentligretligt organ, selvom et selskab inden for samme koncern udøver erhvervmæssig virksomhed. Domstolen tilføjede, at det forhold, at et selskab i en koncern er et offentligretligt organ, omvendt ikke i sig selv medfører, at de øvrige deltagere i koncernen også skal anses for offentligretlige organer, og domstolen henviste herved til dommen af 15. januar 1998, Mannesmann Anlagenbau (Strohal), se resuméet af denne dom ovenfor. Domstolen understregede således, at koncerndeltageres eventuelle status som offentligretlige organer skal vurderes særskilt for hver koncerndeltager.

6) Spørgsmålet, om der er tale om almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- og forretningsmæssige område, skal vurderes objektivt, således at den retlige form er uden betydning. Det spørgsmål, som denne udtalelse var svar på, sigtede tilsyneladende til, at kommunernes overdragelse af opgaver til aktieselskabet ikke havde udtrykkelig hjemmel i den hollandske lovgivning.

Dommen virker umiddelbart særdeles indviklet og vanskeligt forståelig og er navnlig kompliceret af, at den hollandske domstols spørgsmål og EF-domstolens svar i overensstemmelse med praksis er formuleret abstrakt.

Afgørelsens hovedlinjer synes dog enkle nok: Det omtalte aktieselskab var et offentligretligt organ og dermed en ordregivende myndighed, fordi det havde til opgave at imødekomme almenhedens behov, og fordi det ikke udelukkende drev erhvervmæssig virksomhed.

Det fremgår, at EF-domstolen ved sin vurdering af sagen anlagde en formålsfortolkning i relation til udbudsreglernes formål, således som det er domstolens praksis.

EF-domstolens dom af 17. december 1998, sag C-306/97, Connemara Machine Turf

Et aktieselskab oprettet af staten og under væsentlig kontrol af staten var en ordregivende myndighed

Et irsk aktieselskab, der i sagen benævnes Skovkontoret, udbød i 1994 indkøb af gødningsstoffer uden udbudsbekendtgørelse i EF-Tidende. En forbigået tilbudsgiver anlagde sag mod Skovkontoret ved en irsk domstol

og gjorde gældende, at indkøbet skulle have været udbudt efter det tidligere indkøbsdirektiv, direktiv 77/62 med senere ændringer. Det afgørende for sagen var, om Skovkontoret skulle anses for en ordregivende myndighed.

Skovkontoret er oprettet af den irske stat og har til formål at drive skovbrug og opretholde og vedligeholde en skovbrugsindustri m.m. Skovkontoret driver endvidere et antal nationalparker. Skovkontorets ledelse udnævnes af staten, og statens regler om aflønning og arbejdsbetingelser gælder for Skovkontorets medarbejdere. Staten har instruktionsbeføjelser over for Skovkontoret i nærmere bestemt omfang, og visse af Skovkontorets dispositioner skal godkendes af staten.

Den irske domstol spurgte EF-domstolen, om Skovkontoret skal anses for en ordregivende myndighed i henhold til det tidligere indkøbsdirektiv og i henhold til det gældende indkøbsdirektiv.

Med hensyn til det tidligere indkøbsdirektiv var det afgørende, om Skovkontoret skulle anses for at »svare til« en offentligretlig juridisk person i medfør af dette direktivs artikel 1, b. I et bilag til direktivet var for Irlands vedkommende angivet, at bestemmelsen omfattede »andre offentlige myndigheder, hvis offentlige indkøbsaftaler er undergivet statens kontrol«.

EF-domstolen udtalte:

Sagen kunne kun høre under det tidligere indkøbsdirektiv, da udbudet var foretaget og kontrakten var tildelt før fristen for gennemførelse af det nugældende indkøbsdirektiv. Domstolen skulle derfor kun svare på, om Skovkontoret var en ordregivende myndighed i henhold til det tidligere indkøbsdirektiv.

Samordningen på fællesskabsniveau af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb har til formål at fjerne hindringerne for varenes frie bevægelighed, og for at give dette princip fuld virkning skal begrebet ordregivende myndighed fortolkes formålsbestemt. Den irske stat har som følge af sine beføjelser over for Skovkontoret mulighed for at kontrollere Skovkontorets økonomiske aktivitet. Selvom ingen bestemmelser udtrykkeligt fastsætter, at den statslige kontrol specifikt omfatter indkøb, kan staten i det mindste indirekte udøve en sådan kontrol.

Skovkontoret skulle herefter anses for at være en offentlig myndighed, hvis offentlige indkøbsaftaler er undergivet statens kontrol, jf. den ovenfor nævnte angivelse for Irlands vedkommende i et bilag til direktivet, og Skovkontoret var derfor en ordregivende myndighed i henhold til det tidligere indkøbsdirektiv.

Selvom domstolen ikke tog stilling til, om Skovkontoret er en ordregivende myndighed efter det nugældende indkøbsdirektiv, synes det åbenbart, at Skovkontoret er en ordregivende myndighed i henhold til dette direktivs artikel 1, b.

Ved dom afsagt samme dag i sagen C-353/96, Kommissionen mod Irland, blev Irland dømt i sagens anledning for ikke at have overholdt det tidligere indkøbsdirektiv, se resuméet straks nedenfor.

EF-domstolens dom af 17. december 1998, sag C-353/96, Kommissionen mod Irland

Statueret, at Irland havde tilsidesat det tidligere indkøbsdirektiv som følge af, at en ordregivende myndighed ikke havde udbudt et indkøb

Sagen angik det udbud, som er omhandlet i EF-domstolens dom af 17. december 1998 i sagen C-306/97, Connemara Machine Turf, se resuméet umiddelbart ovenfor.

Ved den her resumerede dom blev Irland i sagens anledning dømt for ikke at have overholdt det tidligere indkøbsdirektiv.

EF-domstolens dom af 4. februar 1999, sag C-103/97, Josef Köllensperger

Statueret, at et bestemt østrigsk organ er en ret. Er uden interesse set fra en dansk synsvinkel

Statueret, at det østrigske organ Tiroler Landesvergabeamt er en ret i henseende til traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) og første kontrol-direktiv. Er uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel.

EF-domstolens dom af 4. marts 1999, sag C-258/97, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planings-Gesellschaft

Forskellige spørgsmål vedrørende Tjenesteydelsesdirektivet. Uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel

Sagen angik en klage over et udbud af tjenesteydelser vedrørende teknisk rådgivning m.m. ved opførelsen af et børnehospital i Østrig. Den østrigske forvaltningsdomstol, der behandlede klagesagen, stillede forskellige spørgsmål til EF-domstolen.

Spørgsmålene havde navnlig reference til den østrigske lovgivning om offentlige udbud i forbindelse med, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke var gennemført rettidigt i Østrig. EF-domstolens besvarelse af de pågældende spørgsmål kan have interesse i en generel EU-retlig sammenhæng (om borgerne kan påberåbe sig ikke implementerede direktivbestemmelser for nationale domstole mv.), men skønnes uden interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel.

Et spørgsmål, om de omhandlede tjenesteydelser var omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet, blev besvaret med, at det var åbenbart, at de var det. Heller ikke på dette punkt har dommen interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel, da forholdet også i Danmark ville blive anset for åbenbart.

EF-domstolens dom af 19. maj 1999, sag C-225/97, Kommissionen mod Frankrig

Statueret, at Frankrig på nogle punkter ikke havde gennemført andet kontroldirektiv behørigt

Statueret, at Frankrig ikke havde gennemført andet kontroldirektiv, direktiv 92/13, behørigt på nogle punkter. Det drejede sig om den attestationsordning, der er foreskrevet i direktivets kapitel 2, og om den forligs-procedure, der er omtalt i direktivets kapitel 4.

Efter direktivets artikel 2, stk. 1, kan medlemslandene ved direktivets gennemførelse vælge mellem forskellige foranstaltninger. Frankrig har valgt at indføre de foranstaltninger, der er nævnt i bestemmelsens litra c, dvs. bl.a. at det pålægges udbyderen at betale erstatning i stedet for at an-

nullation af udbyderens beslutninger.² Kommissionen gjorde gældende, at den franske gennemførelse af direktivet var utilstrækkelig på dette punkt, men fik ikke medhold.

EF-domstolens dom af 16. september 1999, sag C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso og Leitschutz Handel und Montage*

Udbyder var ikke forpligtet til at tildele den eneste tilbudsgiver kontrakten

En østrigsk ordregivende myndighed udbød efter Bygge- og anlægsdirektivet opsætning af et autoværn på en motorvej. Der indkom fire tilbud. Udbyderen forkastede tre af tilbudene af forskellige grunde og annullerede derefter udbudet, fordi man havde bestemt sig til en ændret udførelse af autoværnet. Under en klagesag for klageorganet Bundesvergabeamt bestred den tilbudsgiver, hvis tilbud ikke var blevet forkastet, dvs. den eneste resterende tilbudsgiver, berettigelsen af annullationen af udbudet.

Efter en bestemmelse i den østrigske lovgivning om offentlige kontrakter kan et udbud tilbagekaldes, når der efter forkastelse af tilbud kun resterer én tilbudsgiver, og udbyderens annullation af udbudet havde efter det foreliggende hjemmel i denne bestemmelse. Bundesvergabeamt stillede imidlertid EF-domstolen et spørgsmål, der sigtede til, om den pågældende bestemmelse er i overensstemmelse med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 18, stk. 1 (om tildeling af ordrer efter udelukkelse af tilbudsgivere, der ikke opfylder betingelserne med hensyn til økonomisk, finansiel og teknisk formåen).

EF-domstolen udtalte (Klagenævnets litrering, noget sammentrængt):

1) Der kan ikke af Bygge- og anlægsdirektivet udledes nogen forpligtelse til at indgå kontrakten i tilfælde, hvor der kun er én egnet tilbudsgiver. En ordregivende myndigheds beføjelse til at undlade at tildele en udbudt kontrakt eller til at gøre udbudsproceduren om er endvidere ikke efter direktivet er betinget af, at der foreligger vægtige grunde eller undtagelsestilfælde. Direktivets formål går ud på at udvikle en effektiv konkurrence og at sætte de ordregivende myndigheder i stand til at sammenligne forskellige bud og acceptere det mest fordelagtige bud, og når der kun er ét bud tilbage, er den ordregivende myndighed ikke i stand til at sammenligne priser m.m. Domstolen konkluderede, at en ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at tildele ordren til den eneste bydende, der er blevet anset for egnet.

2) Direktivets artikel 18, stk. 1, kan påberåbes af borgerne for de nationale domstole. Denne udtalelse kan have interesse i en generel EU-retlig sammenhæng, men er en selvfølge set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel.

Efter Klagenævnet for Udbuds praksis kan et EU-udbud kun annulleres, hvis der foreligger en saglig grund. Den under punkt 1) refererede udtalelse fra domstolen om, at en ordregivers undladelse af at indgå kontrakt m.m. ikke er betinget af vægtige grunde o.l., kunne efter formuleringen ses som udtryk for, at denne praksis er af tvivlsom holdbarhed. Udtalelsen skal dog utvivlsomt forstås på baggrund af omstændighederne i den konkrete sag og synes reelt at være i god overensstemmelse med den omtalte praksis hos Klagenævnet. Domstolens udtalelser under punkt 1) går i vir-

² Danmark har valgt at gennemføre de foranstaltninger, der nævnes i bestemmelsens litra a og b, dvs. bl.a. at give mulighed for annullation af udbyderens beslutninger.

keligheden på, at udbyderens annullation af udbudet og iværksættelse af nyt udbud var sagligt begrundet i de bærende hensyn bag EU's udbudsregler.

EF-domstolens dom af 28. oktober 1999, sag C-81/98, Alcatel Austria mfl.

I henhold til første kontroldirektiv skal der være mulighed for at få tildelingsbeslutningen annulleret

Sagen angik en klage over et udbud efter Indkøbsdirektivet af et edb-system ved det østrigske motorvejsnet. Klagesagen verserede for det østrigske klageorgan Bundesvergabeamt.

Bundesvergabeamt stillede tre spørgsmål til EF-domstolen om anvendelsen af første kontroldirektiv, direktiv 89/665. Disse spørgsmål havde reference til Bundesvergabeamt's kompetence i henhold den østrigske lovgivning og første kontroldirektiv. Sagens hovedproblem kan tilsyneladende sammenfattes således:

Efter den østrigske lovgivning kunne Bundesvergabeamt kun annullere³ afgørelser fra en ordregivende myndighed, indtil denne havde meddelt et såkaldt tilslag (»Zuschlag«). Ved begrebet tilslag forstås tilsyneladende en skriftlig og offentliggjort (?) meddelelse om, hvilken tilbudsgiver, der vil få tildelt kontrakten. Tilslag blev i praksis meddelt i forbindelse med kontraktsindgåelsen og kom derfor først til de andre tilbudsgiveres kundskab efter denne, hvilket øjensynlig havde til konsekvens, at Bundesvergabeamt typisk var afskåret fra at annullere selve beslutningen om tilslag.

EF-domstolen udtalte:

Ad spørgsmål 1 (lidt sammentrængt): Artikel 2, stk. 1, a og b, sammenholdt med artikel 2, stk. 6, i første kontroldirektiv skal forstås således, at medlemsstaterne er forpligtet til at indføre en klageprocedure, hvorefter klageren kan få ordregiverens beslutning om, med hvem der skal indgås kontrakt, kendt ugyldig.

Ad spørgsmål 2 og 3: Refereres ikke, da disse spørgsmål og besvarelsen udelukkende ses at have reference til Bundesvergabeamt's kompetence.

EF-domstolens dom af 28. oktober 1999, sag C-328/96, Kommissionen mod Østrig

Statueret, at Østrig havde overtrådt Bygge- og anlægsgdirektivet, første kontroldirektiv og traktatens artikel 30 (nu 28) ved et offentligt byggeri

Statueret, at Bygge- og anlægsgdirektivet, første kontroldirektiv 89/665 samt traktatens artikel 30 (nu artikel 28 EF, om forbud mod kvantitative indførselsrestriktioner m.m.) var overtrådt i forbindelse med et stort offentligt østrigsk byggeri.

Sagen angik først og fremmest en række formelle spørgsmål, der skønnes uden interesse for forståelsen af EU's udbudsregler.

³ I den danske udgave af dommen »tilsidesætte som ugyldige«, i den tyske udgave »nichtig erklären«.

EF-domstolens dom af 18. november 1999, sag C-107/98, Teckal

Indkøbsaftale med en fælleskommunal sammenslutning skulle udbydes efter Indkøbsdirektivet

I henhold til en italiensk lovgivning om offentlige virksomheder havde et antal kommuner oprettet et konsortium, hvis formål var at stå for produktion og forvaltning af varmforsyning m.m. Konsortiet var en selvstændig juridisk person. Dets øverste organ var et repræsentantskab bestående af repræsentanter for kommunerne, men bestyrelsen og direktøren var ikke ansvarlige over direkte over for kommunerne. Konsortiet skulle have balance på budgettet og drive økonomisk forsvarlig virksomhed og skulle forrente den kapital, som kommunerne havde indskudt i det. Et eventuelt overskud skulle fordeles mellem kommunerne eller indgå i et reservefond eller geninvesteres.

En af de deltagende kommuner indgik uden udbud aftale med konsortiet om drift og vedligeholdelse af varmeanlæg og levering af brændsel til forskellige kommunale bygninger. Et italiensk firma, der driver virksomhed med vedligeholdelse af varmeanlæg og levering af fyringsolie, anlagde sag mod kommunen ved en italiensk forvaltningsdomstol og gjorde gældende, at den omtalte aftale skulle have været udbudt i henhold til EU's udbudsdirektiver.

Den italienske forvaltningsdomstol forelagde sagen for EF-domstolen. Forvaltningsdomstolen bemærkede herved, at den fandt det vanskeligt at afgøre, om sagen hørte under Indkøbsdirektivet eller Tjenesteydelsesdirektivet, men at den ikke kunne udelukke, at Tjenesteydelsesdirektivets artikel 6 fandt anvendelse. (Efter denne bestemmelse finder udbudspligten under visse forudsætninger ikke anvendelse på tjenesteydelsesaftaler, der tildeles et organ, som selv er ordregivende myndighed). Forvaltningsdomstolen bad derfor EF-domstolen fortolke Tjenesteydelsesdirektivets artikel 6.

EF-domstolen omformulerede spørgsmålet til at gå ud på (kort gengivet), om EU's udbudsregler finder anvendelse, når en ordregiver under de foreliggende omstændigheder overdrager en opgave til en sammenslutning, som ordregiveren selv deltager i.

EF-domstolen udtalte (Klagenævnets litrering):

1) Det relevante direktiv var Indkøbsdirektivet, da værdien af det, der skulle leveres, var større end tjenesteydelse

2) Indkøbsdirektivet indeholder ikke en regel svarende til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 6, og Indkøbsdirektivet finder anvendelse, når en ordregivende myndighed vil indgå en gensidigt bebyrdende skriftlig aftale med en institution, der formelt er forskellig fra den, om levering af varer. Det er uden betydning, om den pågældende institution selv er en ordregivende myndighed.

3) Også den pågældende institution skal foretage EU-udbud, hvis den selv er en ordregivende myndighed (præmis 45).

EF-domstolens dom af 18. november 1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S

Det danske Klagenævn for Udbud kan stille præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen. Om forståelsen af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2. Traktatens forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet medfører en gennemsigtighedsforpligtelse

Sagen angik Indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2. Denne bestemmelse går (lidt sammentrængt) ud på: En ordregivende myndighed, der giver en ikke ordregivende myndighed ret eller eneret til at udføre tjenesteydelser, skal foreskrive, at det pågældende organ ved indgåelse af indkøbsaftaler respekterer princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

Det danske Klagenævn for Udbud stillede nogle spørgsmål til EF-domstolen om den nævnte bestemmelse, og EF-domstolen udtalte (Klagenævnet litrering):

1) Det danske Klagenævn for Udbud er en ret i henseende til traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF), dvs. at Klagenævnet for Udbud kan stille præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen.

2) Indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2, har selvstændig betydning i forhold til Tjenesteydelsesdirektivet.

3) Den ordregivende myndighed kan ikke kræve, at organet med ret/eneret til at udføre tjenesteydelser følger Indkøbsdirektivets udbudsprocedurer ved indkøb af varer. Den ordregivende myndighed skal derimod kræve, at organet respekterer princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

4) Det nævnte princip må ikke fortolkes indskrænkende. Dette indebærer navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse med henblik på, at den ordregivende myndighed kan konstatere, at princippet overholdes.

De sidste bemærkninger synes at være udtryk for en generel holdning i retning af øget anvendelse af traktatens grundlæggende principper på udbud, der ikke er omfattet af udbudspligten i henhold til udbudsdirektiverne, herunder en holdning om, at traktatens grundlæggende principper kan medføre en form for udbudspligt i sig selv. Holdningen uddybedes i EF-domstolens dom af 7. december 2000, Teleaustria og Telefonadress, i hvilken der også henvises til den her refererede dom.

EF-domstolens dom af 2. december 1999, sag C-176/98, Holst Italia

Som dokumentation for egnethed kan der henvises til ressourcer hos andre under forudsætning af bevis for, at der virkelig rådes over disse ressourcer

En italiensk kommune udbød i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet driften af rensningsanlæg og kloakrensning. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. I udbudsbekendtgørelsen var anført, at interesserede virksomheder skulle fremlægge dokumentation bl.a. for at have drevet et rensningsanlæg inden for de sidste tre år.

En af tilbudsgiverne var et tysk aktieselskab, der var stiftet af nogle tyske selskaber m.m. med henblik på at sætte disse i stand til at indgå kontrakter om indsamling og behandling af vand i udlandet. Det tyske aktieselskab havde ikke drevet et rensningsanlæg inden for de sidste tre år og fremlagde i stedet som dokumentation for sin egnethed forskellige oplysninger om en af stifterne, en tysk offentlig sammenslutning.

Udbyderen indgik kontrakt med det tyske aktieselskab, og en forbigået tilbudsgiver anlagde sag mod kommunen ved en italiensk forvaltnings-

domstol med påstand om annullation af tildelingsbeslutningen. Den forbigående tilbudsgiver støttede påstanden på, at det tyske aktieselskab ikke havde fremlagt den krævede dokumentation. Forvaltningsdomstolen forelagde sagen for EF-domstolen.

EF-domstolen henviste til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 31, stk. 3, og artikel 32, stk. 2, c (henholdsvis om, at en tjenesteyders økonomiske og finansielle formåen kan godtgøres ved ethvert dokument, som udbyderen finder egnet, og om at den tekniske formåen bl.a. kan godtgøres ved oplysning om de involverede teknikere m.m., uanset om de hører til tjenesteyderens virksomhed).

EF-domstolen udtalte videre: Det følger af de nævnte bestemmelsers formål og ordlyd, at ingen kan udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure alene med den begrundelse, at han agter at benytte ressourcer, som tilhører en eller flere andre juridiske personer. En tjenesteyder, der ikke selv opfylder mindstekravene for deltagelse i et udbud, kan derfor henvise til kvalifikationerne hos tredjemænd, som agtes benyttet.

EF-domstolen udtalte desuden (noget sammentrængt): Et selskab, der henviser til kapaciteten i sammenslutninger eller virksomheder, som det er knyttet til, må imidlertid godtgøre, at det virkelig disponerer over disse sammenslutninger eller virksomheders ressourcer i nødvendigt omfang. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om et sådant bevis er ført. Ved denne bevisvurdering må der hverken på forhånd udelukkes visse former for bevis eller opstilles en formodning for, at tjenesteyderen råder over ressourcer, alene fordi disse tilhører samme koncern eller sammenslutning.

Retten i Første Instans' dom af 6. juli 2000, sag T-139/99, Alsace International Car Services mod Parlamentet

Udbyderen havde ikke pligt til at kontrollere, at den valgte tilbudsgiver opfyldte et krav i udbudsbetingelserne om, at den udbudte tjenesteydelse skulle udføres i overensstemmelse med national lovgivning. En tilbudsgiver, hvis tilbud var ukonditionsmæssigt, havde retlig interesse i at anlægge sag med påstand om annullation for at få mulighed for at afgive tilbud under et eventuelt nyt udbud

Parlamentet iværksatte et udbud vedrørende kørsler med chauffør, tilsyneladende i Strasbourg-området. I udbudsbetingelserne var angivet, at kørslerne skulle udføres med »anonyme« køretøjer. Det var desuden angivet, at nationale (dvs. franske) regler for kørslerne skulle overholdes. Efter at der var indkommet tilbud, besluttede Parlamentet at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, der bestod af en sammenslutning af taxivognmænd i Strasbourg. En anden tilbudsgiver, en virksomhed, der ligeledes var beliggende i Strasbourg, anlagde sag mod Parlamentet ved Retten i Første Instans med påstand om annullation af Parlamentets beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Retten tog stilling til sagen således (Klagenævnets litrering):

Anbringende 1): Den valgte tilbudsgivers køretøjer opfyldte ikke kravet i udbudsbetingelserne om, at kørslerne skulle ske i anonyme køretøjer.

Dette anbringende sigtede til følgende: Efter sagsøgerens opfattelse kunne kørsel med anonyme køretøjer efter fransk lovgivning ikke ske ved brug af taxier. Den valgte tilbudsgiver benyttede imidlertid taxier til de

udbudte kørsler, og Parlamentet havde derfor handlet i strid med udbudsreglerne ved at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Parlamentet bestred, at fransk lovgivning skulle forstås som hævdet af sagsøgeren, og gjorde gældende, at fransk lovgivning skulle forstås på en nærmere angiven anden måde, som den valgte tilbudsgiver opfyldte. Parlamentet anførte desuden, at Parlamentet ville have pligt til at opsig kontrakten med den valgte tilbudsgiver, hvis Parlamentets forståelse af fransk lovgivning viste sig at være forkert.

Retten tog ikke anbringendet til følge. Retten henviste til, at sagsøgeren ikke havde ført bevis for, at Parlamentet fortolkede den franske lovgivning klart forkert (præmis 43). Retten henviste desuden til, at Parlamentet ikke havde pligt til at kontrollere, at den valgte tilbudsgiver udførte kørslerne i overensstemmelse med fransk lovgivning, og at det var den valgte tilbudsgivers forpligtelse at sørge for dette (præmis 44). Retten henviste videre til den nævnte tilkendegivelse fra Parlamentet om eventuel opsigelse af kontrakten (præmis 45).

Anbringende 2): Parlamentet havde udsat tilbudsgivere med limousinekøretøjer for forskelsbehandling.

Det forekommer lidt uklart, hvad dette anbringende sigtede til, men det var tilsyneladende følgende: Efter sagsøgerens opfattelse gik den franske lovgivning ud på, at anonym kørsel kun kan udføres med »limousiner«, og bl.a. sagsøgerens tilbud var derfor gået ud på kørsel med limousiner. I Frankrig beskattes limousiner imidlertid højere end taxier, og der var derfor efter sagsøgerens opfattelse sket en forskelsbehandling til skade for bl.a. sagsøgeren. Anbringendet var for så vidt en slags uddybning af anbringende 1.

Retten tog ikke anbringendet til følge med begrundelse reelt svarende til begrundelsen ad anbringende 1 (præmis 52-54).

Anbringende 3): Den valgte tilbudsgiver opfyldte ikke et kvalifikationskrav i udbudsbetingelserne:

Afvist, da anbringendet for fremsat for sent (præmis 67).

Parlamentet havde gjort gældende, at sagsøgeren ikke havde retlig interesse i sagsanlægget, da sagsøgeren ikke kunne få tildelt kontrakten som følge af, at sagsøgerens tilbud ikke opfyldte nogle nærmere angivne krav til den udbudte kørsels omfang.

Parlamentet fik imidlertid ikke medhold på dette punkt. Retten henviste til, at sagsøgeren havde retlig interesse i at anlægge sagen for at få mulighed for at afgive tilbud under et nyt udbud, hvis sagsøgeren fik medhold i sin påstand om annullation af tildelingsbeslutningen (præmis 33).

Som det fremgår, fik sagsøgeren ikke medhold i sagens realitet. Rettens afgørelse herom blev imidlertid reelt ændret ved Rettens dom af 11. juni 2002 i sag T-365/00, efter at det som følge af en fransk dom var konstateret, at det var sagsøgerens forståelse af fransk lovgivning, der var den rigtige, og at Parlamentets forståelse var forkert.

Retten i Første Instans' kendelse af 20. juli 2000, sag T-169/00 R, Esedra mod Kommissionen

Ikke opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt

Denne kendelse er Rettens afgørelse om opsættende virkning i den sag, der blev afgjort ved Rettens dom af 26. februar 2002 med sagsnummer T-169/00.

Sagen angik et udbud iværksat af Kommissionen vedrørende drift af en børneinstitution. Sagen var anlagt af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten. Sagsøgeren gjorde gældende, at Kommissionen havde overtrådt udbudsreglerne på forskellige punkter.

Ved kendelsen af 20. juli 2000 afslog Retten en begæring fra sagsøgeren om opsættende virkning. Rettens afgørelse herom blev begrundet med, at betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt, idet det ikke var bevist, at sagsøgeren ville lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis der ikke blev givet opsættende virkning (præmis 53).

Refereres i øvrigt ikke, da afgørelsen indgår som et led i Rettens faste praksis med hensyn til opsættende virkning. Der henvises om denne praksis til Klagenævnets resumé af Rettens kendelse af 20. september 2005 i sag T-195/05 R, Deloitte mod Kommissionen (se Klagenævnets samling af resuméer af afgørelser om udbud fra EF-domstolen og Retten i Første Instans 2003-2005).

EF-domstolens dom af 26. september 2000, sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig

Forudgående vejledende bekendtgørelse er ikke obligatorisk efter Bygge- og anlægsdirektivet. Tildelingskriterium om lokal beskæftigelse var lovligt. Der skal ved begrænset udbud prækvalificeres mindst fem ansøgere. Forskellige overtrædelser

Sagen angik et stort antal skolebyggerier gennem en årrække i den franske region Nord-Pas de Calais. Kommissionen gjorde gældende, at Bygge- og anlægsdirektivet (til dels det tidligere bygge- og anlægsdirektiv 71/305 med senere ændringer) var overtrådt på et antal punkter. EF-domstolen tog stilling til sagen således (Klagenævnets litrering):

1) Påstand om, at Bygge- og anlægsdirektivet var overtrådt som følge af, at der ikke var udsendt forudgående vejledende bekendtgørelser i medfør af direktivets artikel 11, stk. 1: Ikke taget til følge med henvisning til, at det af direktivets artikel 12, stk. 2, og artikel 13, stk. 4, fremgår, at en sådan vejledende bekendtgørelse ikke er obligatorisk. Også henvist til forarbejderne til det tidligere bygge- og anlægsdirektiv, herunder at et forslag fra Kommissionen om, at den vejledende bekendtgørelse skulle være obligatorisk, ikke blev fulgt af Rådet.

2) Påstand om, at Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, (om tildelingskriterier) var overtrådt som følge af, at der ved nogle af de omhandlede udbud var anvendt et tildelingskriterium om benyttelse af lokal arbejdskraft: Ikke taget til følge. Udtalt, at artikel 30, stk. 1, ikke udelukker enhver mulighed for, at de ordregivende myndigheder kan benytte en betingelse om bekæmpelse af arbejdsløshed som et kriterium, under forudsætning af, at betingelsen er i overensstemmelse med alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling, som dette følger af traktatens bestemmelser om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser. Udtalt, at kriteriet skal være udtrykkeligt nævnt i udbudsbekendtgørelsen. Endvidere henvist til, at Kommissionen ikke havde gjort gældende, at kriteriet var uforeneligt med fællesskabsrettens grundlæggende principper, eller at det ikke havde været offentliggjort i udbudsbekendtgørelsen.

Dommen indeholder vedrørende dette punkt også nogle bemærkninger om forståelsen af Beentjes-dommens afgørelse med hensyn til en betin-

gelse om beskæftigelse af langtidsledige (dom af 29. september 1988 i sag C-31/87). Herunder udtalt, at den pågældende betingelse i Beentjes-sagen var et tildelingskriterium.⁴

3) Påstand om, at direktivets artikel 22 (om antallet af prækvalificerede) var overtrådt som følge af, at det i nogle af udbudsbekendtgørelserne var angivet, at højst fem ansøgere ville blive opfordret til at afgive bud: Taget til følge med henvisning til, at det antal virksomheder, som en ordregivende myndighed opfordrer til at afgive bud ved et begrænset udbud, under ingen omstændigheder kan være mindre end fem.

4) Påstand om, at direktivets artikel 30, stk. 2 og det tidligere direktivs artikel 29, stk. 2, (om tildelingskriterier) var overtrådt som følge af, at angivelsen af tildelingskriteriet i de fleste af udbudsbekendtgørelserne blot var gået ud på en henvisning til en fransk lovgivning om tildeling af offentlige kontrakter: Taget til følge bl.a. med henvisning til, at Frankrig ikke havde bevist rigtigheden af et anbringende om, at tildelingskriterierne var udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne.

5) Påstand om, at traktatens artikel 59 om fri udveksling af tjenesteydelser (nu artikel 49 EF) var overtrådt som følge af, at et stort antal af udbudsbekendtgørelserne havde angivet arbejder, der skulle udføres, ved henvisninger til franske erhvervsvirksomheders klassifikationer af forskellige arbejder: Taget til følge. Udtalt, at der var tale om en indirekte forskelsbehandling og dermed en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser. Herved henvist til, at det i princippet kun var franske ansøgere, der umiddelbart kunne gennemskue klassifikationernes betydning, og at det var vanskeligere for bydende fra andre medlemsstater at afgive bud inden for fristen, når de først skulle indhente oplysninger om referencernes genstand og indhold.

6) Påstand om, at traktatens artikel 59 (nu artikel 49 EF) og artikel 26 i det tidligere bygge- og anlægsdirektiv var overtrådt som følge af, at det i nogle af udbudsbekendtgørelserne var krævet, at arkitekten skulle være medlem af den franske arkitektsammenslutning, og at der i en enkelt udbudsbekendtgørelse var stillet krav om en nærmere angivet erhvervsklassifikation: Erkendt af Frankrig og taget til følge.

7) Påstand om, at direktiverne var overtrådt som følge af, at regionen ikke havde givet Kommissionen meddelelse om indgåede kontrakter m.m.: Erkendt af Frankrig og taget til følge.

⁴ Dommen synes at medføre uklarhed med hensyn til, hvorledes vilkår om beskæftigelse af lokal arbejdskraft ol. forholder sig til udbudsreglernes system. Et sådant vilkår er traditionelt blevet opfattet som en »supplerende betingelse«, der skal nævnes i udbudsbekendtgørelsen, og ikke som et tildelingskriterium. Den her resumerede dom ser derimod tilsyneladende et sådant vilkår som et særligt tildelingskriterium, der kan anvendes ved siden af udbudsdirektivernes sædvanlige tildelingskriterier eller som underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, men som dog skal nævnes udtrykkeligt i udbudsbekendtgørelsen. Konsekvensen synes at være, at en tilbudsgivers opfyldelse af vilkår som de omhandlede kan indgå i udbyderens tildelingsbeslutning

EF-domstolens dom af 3. oktober 2000, sag C-380/98, University of Cambridge

Om forståelsen af kriteriet om, at driften for mere end halvdelen vedkommende skal være finansieret af det offentlige. Generelle bemærkninger om udbudsdirektivernes formål

Sagen angik en tvist mellem universitetet i Cambridge og det britiske finansministerium, om hvorvidt universitetet skulle anses for et offentlig-retligt organ i henhold til Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, b og Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, b.

Følgende synes at fremgå: I hvert fald i alt væsentligt drejede tvisten sig om, hvorvidt universitetet opfylder betingelsen i bestemmelsen om, at driften for mere end halvdelen vedkommende skal være finansieret af ordregivende myndigheder (staten m.m.). Universitetet gjorde gældende, at det ikke opfylder denne betingelse som følge af, at dets indtægter hidrører fra forskellige kilder, hvorimod finansministeriet mente, at universitetet opfylder betingelsen.

Den engelske domstol, der behandlede sagen, stillede fire spørgsmål til EF-domstolen, og EF-domstolens besvarelse kan gengives således:

Ad spørgsmål 1: Formålet med udbudsdirektiverne er at fjerne hindringerne for den frie udveksling af goder og tjenesteydelser og følgelig at beskytte interesserne hos de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat. Formålet med direktiverne er således at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter.

Stipendier og tilskud, der betales til støtte for forskningsarbejde, skal betragtes som finansiering, der ydes af en ordregivende myndighed, hvilket også gælder, selvom modtageren er en person, der som tjenesteyder er en del af universitetet. Støtte til studerende fra lokale uddannelsesmyndigheder, svarende til undervisningsgebyret, skal ligeledes betragtes således.

Derimod skal betalingen fra ordregivende myndigheder som modydelse for kontraktsbestemt forskning eller for rådgivning eller tilrettelæggelse af konferencer ikke betragtes som finansiering ydet af en ordregivende myndighed.

Ad spørgsmål 2 og 3: Udtrykket »mere end halvdelen« i den omhandlede bestemmelse skal forstås bogstaveligt, og der skal ved beregningen tages hensyn til samtlige indtægter, herunder indtægt ved forretningsmæssig aktivitet.

Ad spørgsmål 4 (stærkt sammentrængt): Beregningen af, om et organ som et universitet for mere end halvdelen finansieres af ordregivende myndigheder, skal foretages årligt på grundlag af de – eventuelt forventede – tal, der er tilgængelige ved begyndelsen af regnskabsåret.

EF-domstolens dom af 5. oktober 2000, sag C-16/98, Kommissionen mod Frankrig

Om opdeling af kontrakter under Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Forbudet mod forskelsbehandling beskytter også potentielle tilbudsgivere

Dommens præmisser er særdeles udførlige, og gengivelsen af dem nedenfor er stærkt sammentrængt og til dels angivet i en anden rækkefølge end i dommen.

Et fransk regionalt foretagende på departementsplan (departementet Vendée), der består af forskellige fælleskommunale sammenslutninger med ansvar for elforsyning, udbød 37 kontrakter om udførelse af elforsynings- og vejbelysningsarbejder i regionen. Der var tale om en række enkeltstående vedligeholdelses- og udvidelsesarbejder på de eksisterende el- og vejbelysningsnet i departementet. Det regionale foretagende var tilsyneladende koordinator og administrator af udbudene, og de enkelte kontrakter skulle indgås særskilt med vedkommende fælleskommunale sammenslutning.

Alle kontrakterne blev udbudt samtidig i en fransk publikation. Der sendtes, ligeledes samtidig, udbudsbekendtgørelser til EF-Tidende med hensyn til seks af kontrakterne. Øjensynlig skulle det efter udbyderens opfattelse vurderes særskilt for hver af kontrakterne, om den pågældende kontrakts værdi nåede op på Forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi, og dette var efter det foreliggende kun tilfældet for de seks kontrakter, for hvis vedkommende der blev sendt udbudsbekendtgørelser til EF-Tidende.

Kommissionen gjorde under sagen navnlig gældende, at de 37 kontrakter angik ét enkelt arbejde, og at der derfor var sket overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 14, stk. 13, hvorefter ordregiverne ikke må omgå direktivet ved at opdele kontrakterne.

EF-domstolen afgjorde sagen således:

Bedømmelsen af, om der var tale om et enkelt arbejde, skulle ske under hensyn til den økonomiske og tekniske funktion af de omhandlede el- og vejbelysningsnet. Et elforsyningsnet og et vejbelysningsnet har ikke samme økonomiske og tekniske funktion, og vurderingen skulle derfor foretages særskilt for elforsyningsnettene og vejbelysningsnettene.

Med hensyn til vejbelysningsnettene påhvilede det Kommissionen at godtgøre, at disse net teknisk og økonomisk kunne betegnes som en enhed på departementsniveau. Kommissionen havde imidlertid ikke anført sådanne forhold, og selvom hvert offentligt vejbelysningsnets økonomiske og tekniske funktion i departementet var den samme, kunne alle de omhandlede vejbelysningsnet ikke betragtes som en helhed, der har samme økonomiske og tekniske funktion på departementsplan. Kommissionens synspunkt om, at der var sket omgåelse i form af opdeling, blev derfor ikke taget til følge med hensyn til vejbelysningsnettene.

Med hensyn til elforsyningsnettene henviste EF-domstolen til direktivets formål, som er at sikre virksomheder fra andre medlemsstater mulighed for at byde på kontrakter eller grupper af kontrakter, som kan være af interesse for dem. Domstolen udtalte, at flere arbejder kan udgøre ét arbejde i direktivets forstand, hvis dette formål skal nås. Domstolen henviste desuden til, at elforsyningsnettene kunne forbindes indbyrdes, og at de som helhed opfyldt samme økonomiske og tekniske funktion, dvs. at sælge elektricitet til forbrugerne i departementet. Der var endvidere væsentlige forhold i sagen, der talte for, at kontrakterne om elnettene skulle opfat-

tes under ét på departementsniveau, fx det samtidige udbud, ligheder mellem udbudsbekendtgørelserne, den fælles geografiske ramme, og at det udbydende regionale foretagende havde det overordnede ansvar for koordinationen. Kontrakterne om elforsyning skulle derfor ses som dele af ét enkelt arbejde, der var blevet kunstigt opdelt.

Kommissionen fik således medhold med hensyn til elforsyningsnetterne.

Det var endvidere en overtrædelse af direktivets artikel 4, stk. 2, om forbud mod forskelsbehandling, at alle kontrakterne om elforsyning var udbudt i en fransk publikation, medens kun nogle af dem var udbudt i EF-Tidende. Domstolen henviste herved til, at artikel 4, stk. 2, omfatter potentielle tilbudsgivere, og at bestemmelsen derfor også beskytter dem, der er blevet afholdt fra at byde, fordi de er blevet stillet ringere som følge af den af ordregiveren fulgte procedure.

Sagen omfattede forskellige andre spørgsmål, der skønnes mindre væsentlige.

EF-domstolens dom af 5. oktober 2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig

Beslutning om ikke at foretage udbud var truffet før direktivets ikrafttræden og var dermed lovlig. Nogle senere forhandlinger efter direktivets ikrafttræden angik ikke grundlæggende kontraktbestemmelser

Dommen er særdeles udførlig, og nedenstående resumé er et yderst sammentrængt referat.

Sagen angik et anlæg af en bybane i Rennes. Anlægsarbejdet tildeltes en entreprenør efter forhandling uden forudgående udbud, og Kommissionen gjorde under sagen gældende, at der skulle være sket udbud i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Frankrig blev imidlertid frifundet med henvisning til, at beslutningen om at gennemføre en procedure med forhandling uden forudgående udbud blev truffet længe før Forsyningsvirksomhedsdirektivets ikrafttræden. Nogle efterfølgende forhandlinger efter direktivets ikrafttræden gjorde ingen forskel, da Kommissionen ikke havde godtgjort, at disse forhandlinger var udtryk for vilje hos parterne til at genforhandle grundlæggende kontraktbestemmelser.

EF-domstolens dom af 7. december 2000, sag C-324/98, Teleaustria og Telefonadress

Koncession om udgivelse af telefonbøger var omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der er ikke udbudspligt for koncession om tjenesteydelser efter dette direktiv, men bl.a. principperne om ligebehandling og gennemsigtighed skal overholdes

En østrigsk statsvirksomhed, der har til opgave at sørge for, at der udfærdiges telefonbøger, ønskede at udlicitere opgaven hermed i form af en offentlig tjenesteydelseskoncession. De ydelser, der skulle udføres af tjenesteyderen, skulle gå ud på indsamling og bearbejdelse af abonnentdata, trykning af telefonbøger, og udførelse af reklamevirksomhed. Tjenesteyderens vederlag herfor skulle tilsyneladende bestå af, at tjenesteyderen oppebar indtægten ved salg af telefonbøger og reklameindtægter.

Efter at den østrigske statsvirksomhed havde annonceret om tjenesteydelsen i en avis, klagede to virksomheder til et østrigsk klageorgan

(Bundesvergabekontrollkommission). Klagerne gjorde gældende, at der skulle ske udbud af tjenesteydelsen i medfør af EU's udbudsregler.

Det østrigske klageorgan stillede nogle spørgsmål til EF-domstolen. Disse spørgsmål gik kort gengivet ud på 1) om tjenesteydelsen var omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet eller Tjenesteydelsesdirektivet, og 2) om tjenesteydelsen skulle egentligt udbydes i henhold til vedkomne direktiv.

EF-domstolen besvarede spørgsmålene således:

Ad 1) Da der var tale om ydelser direkte forbundet med en virksomhed vedrørende ydelser af offentlige teletjenester, var aftalen om tjenesteydelsen omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Ad 2) På grundlag af en gennemgang af Forsyningsvirksomhedsdirektivets forhistorie og forarbejder konstaterede EF-domstolen, at koncessionskontrakter om tjenesteydelser ikke er omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, idet fællesskabslovgiver har besluttet, at de ikke skal være omfattet af dette direktiv.

EF-domstolen understregede imidlertid, at de ordregivende myndigheder er forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed. Domstolen udtalte videre, at dette navnlig indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, der består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydere for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.

EF-domstolens dom af 7. december 2000, sag C-94/99, ARGE Gewässerschütz

Tilbudsgivere, der modtog statsstøtte, kunne komme i betragtning

Det østrigske Land- og Skovbrugsministerium iværksatte et udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet af prøveudtagninger og analyser af vand fra en række søer og floder. Der indkom forskellige tilbud, herunder fra to østrigske forsknings- og forsøgscentre, der begge modtager statstilskud.

En virksomhed, der efter det foreliggende var en af de øvrige tilbudsgivere, klagede til et østrigsk klageorgan (Bundesvergabekontrollkommission) og gjorde gældende, at de to forsknings- og forsøgscentre som følge af deres statstilskud ikke kunne komme i betragtning ved tildelingen af opgaven. Det østrigske klageorgan gav ikke klageren medhold, hvorefter klageren indbragte sagen for ankeinstansen (Bundesvergabeamt).

Ankeinstansen stillede en række spørgsmål til EF-domstolen, og domstolen besvarede spørgsmålene således:

Det er ikke en tilsidesættelse af EU's ligebehandlingsprincip i sig selv, at organer, som modtager offentlig støtte, får adgang til at deltage i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig kontrakt. I modsat fald ville fællesskabslovgiver have fastsat udtrykkelige bestemmelser herom. Domstolen henviste herved bl.a. til, at begrebet tjenesteydere i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, c bl.a. omfatter offentlige organer, der tilbyder tjenesteydelser.

At en ordregivende myndighed tager tilbud i betragtning fra organer, som modtager offentligt tilskud fra ordregiveren selv eller andre ordregivende myndigheder, og som følge deraf kan afgive væsentligt lavere bud end andre bydende, udgør ikke skjult forskelsbehandling og er ikke i strid

med traktatens artikel 59 (om fri udveksling af tjenesteydelser, nu artikel 49 EF). Statsstøtte ydes ganske vist almindeligvis til virksomheder i den stat, der yder støtten, men den heraf følgende ulige behandling af virksomheder fra andre medlemsstater ligger i selve begrebet statsstøtte.

EF-domstolen udtalte dog videre: Det kan ikke udelukkes, at de ordregivende myndigheder under visse særlige omstændigheder skal eller kan tage hensyn til, at der er tale om tilskud, og navnlig om støtte, der ikke er i overensstemmelse med traktaten, og i givet fald udelukke de bydende, der modtager en sådan støtte eller et sådant tilskud.⁵

EF-domstolens dom af 1. februar 2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig

Almene boligselskaber var ordregivere omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet. Generelle bemærkninger om udbudsdirektiverne formål

Ved dommen fastsloges, at franske almene boligselskaber m.m. er offentligretlige organer i henhold til artikel 1, b i Bygge- og anlægsdirektivet.

EF-domstolen fremhævede, at begrebet ordregiver i direktivets artikel 1 skal fortolkes formålsbestemt i lyset af udbudsdirektivernes formål, som domstolen beskrev således, øjensynlig til dels med reference til den konkrete sag:

At fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig 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.

At fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og at fjerne muligheden for, at et organ, der er finansieret af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske.

Bortset fra de nævnte formålsangivelser har dommen næppe særlig interesse set fra en dansk synsvinkel, idet almene boligselskaber i Danmark anses for ordregivere i henhold til udbudsdirektiverne, og idet det formentlig er oplagt, at almene boligselskaber m.m. som de franske i Danmark ville være blevet anset således.

EF-domstolens dom af 8. marts 2001, sag C-97/00, Kommissionen mod Frankrig

Statueret, at Frankrig ikke havde gennemført direktiv 97/92 rettidigt

Statueret, at Frankrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 97/92 om ændring af Bygge- og anlægsdirektivet, Indkøbsdirektivet og Tjenesteydelsesdirektivet, idet Frankrig ikke inden den fastsatte frist har vedtaget de love og administrative bestemmelser, der er nødvendige for at efterkomme direktivet.

Frankrig havde ikke bestridt, at direktiv 97/52 ikke var gennemført rettidigt, men havde anmodet domstolen om at fastslå, at proceduren til direktivets gennemførelse var ved at blive afsluttet. Domstolen nævnede

⁵ Statsstøtte er principielt forbudt i henhold til artikel 87 EF, men der gælder forskellige undtagelser herfra, således som det også er nævnt i bestemmelsen.

imidlertid ikke dette i domskonklusionen og pålagde Frankrig at betale sagsomkostninger.

EF-domstolens dom af 10. maj 2001, sager C-223/99 og C-260/99, Agorà

Et organ, der udelukkende drev erhvervsmæssig virksomhed, var ikke et offentligretligt organ

Afgørelsen angik en italiensk virksomhed, der i det følgende benævnes Ente, og som arrangerer messer, udstillinger og kongresser ol. Ente er en privatretlig juridisk person, der ikke virker med fortjeneste for øje, og som udøver sin virksomhed i det offentlige interesse med det formål at fremme handelen. Ente skal basere driften på overskud, effektivitet og rentabilitet. Ente kan optage lån og kan deltage i andre selskaber med lignende formål.

Der verserede for en italiensk forvaltningsdomstol to sager, i hvilke det øjensynlig var afgørende, om Ente skal anses for et offentligretligt organ i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, b og dermed en ordregivende myndighed.

Den ene sag var anlagt af en virksomhed benævnt Agorà og drejede sig om aktindsigt vedrørende et udbud foretaget af Ente. Efter den italienske lovgivning om offentlige kontrakter afhang Agorà's ret til aktindsigt tilsyneladende af, om Agorà skulle anses for en ordregivende myndighed. Den anden sag angik en klage fra et rengøringsfirma over Ente's manglende udbud af en rengøringsopgave.

Den italienske forvaltningsdomstol forelagde de to sager for EF-domstolen og stillede i begge sager EF-domstolen et spørgsmål, om Ente skal anses for et offentligretligt organ i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, b. EF-domstolen behandlede sagerne sammen og besvarede spørgsmålene under ét ved samme dom.

Det, der voldte den italienske forvaltningsdomstol tvivl, var betingelsen i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, b om, at organets opgave skal være at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- og forretningsmæssige område, idet bestemmelsens betingelser i øvrigt var opfyldt.

EF-domstolen udtalte:

I anledning af et anbringende fra Ente om, at det i henhold til den italienske lovgivning var uden betydning for sagen anlagt af Agorà, om Agorà var en ordregivende myndighed: Udtalt (sammenhængt og til dels ombrudt), at det efter EF-domstolens faste praksis udelukkende tilkommer den nationale retsinstans at vurdere relevansen af de spørgsmål, den stiller EF-domstolen, og at EF-domstolen kun kan afvise at besvare et præjudicielt spørgsmål fra en national retsinstans, bl.a. når spørgsmålet savner enhver forbindelse med hovedsagen. Da den italienske forvaltningsdomstol klart havde angivet, at besvarelsen af det stillede spørgsmål var nødvendig for forvaltningsdomstolens afgørelse, antog EF-domstolen sagen mod Agorà til realitetsbehandling.

EF-domstolen fremhævede, at de tre betingelser i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, b skal være opfyldt samtidig.

EF-domstolen omformulerede den italienske forvaltningsdomstols spørgsmål til (lidt sammenhængt) at gå ud på, om et organ, der har til formål at organisere messer ol., og som ikke virker med fortjeneste for øje, men hvis drift er baseret på kriterier om overskud, effektivitet og ren-

tabilitet, imødekommer almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- og forretningsmæssige område.

EF-domstolen henviste videre til følgende (noget sammentrængt, Klagenævnets litrering):

1) Organisering af messer etc. imødekommer almenhedens behov. 2) Opregningen af offentligretlige organer i Bygge- og anlægsdirektivets bilag I, som Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, b henviser til, viser, at offentligretlige organer i almindelighed varetager behov, som opfyldes på anden måde end gennem markedet, og som staten af hensyn til almenvellet vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker en afgørende indflydelse. 3) Et organ som beskrevet i det omformulerede spørgsmål bærer selv den økonomiske risiko. 4) Der er konkurrence inden for området, hvilket kan være et indicium for, at der er tale om opfyldelse af behov inden for det erhvervs- og forretningsmæssige område. 5) En fortolkende meddelelse fra Kommissionen (EFT 1998, C 143, s. 2) om anvendelse af reglerne om det indre marked på messe- og udstillingsområdet giver støtte for, at afholdelse af messer og udstillinger har erhvervs- eller forretningsmæssig karakter, og det fremgår, at der ikke er tale om behov, som almindeligvis varetages af offentligretlige organer, jf. ovenfor. 6) Det forhold, at et organ som Ente handler internationalt, nationalt og lokalt på et konkurrencepræget område, synes at bekræfte, at et sådant organ opfylder almenhedens behov inden for det erhvervs- og forretningsmæssige område.

EF-domstolen besvarede herefter det omformulerede spørgsmål således (noget sammentrængt og sprogligt forenklet): Et organ som beskrevet i det omformulerede spørgsmål handler inden for det erhvervs- og forretningsmæssige område og er derfor ikke et offentligretligt organ som omhandlet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, b.

Forståelsen af EF-domstolens afgørelse kompliceres af omformuleringen af den italienske forvaltningsdomstols spørgsmål til at gå ud på et abstrakt spørgsmål. Forståelsen kompliceres også bl.a. af, at dommen kun indeholder sporadiske oplysninger om Ente, hvorfor det kan være lidt svært at få hold på, hvilke karakteristika ved Ente afgørelsen reelt lægger vægt på.

Afgørelsen skal sammenholdes med domstolens domme af 15. januar 1998 i sagen Mannesmann Anlagenbau (Strohal) og af 10. november 1998 i sagen BFI Holding (Arnhem), til hvilke afgørelser der også henvises i dommen. De to afgørelser er begge resumeret ovenfor.

Se også EF-domstolens dom af 27. februar 2003, Adolf Truley. I resuméet af denne dom er medtaget et indledende afsnit om begrebet »offentligretligt organ« med et forsøg på en terminologisk forenkling.

Den her resumerede afgørelse må skulle forstås således: Ente var ikke et offentligretligt organ i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, b, fordi Ente *udelukkende* drev erhvervmæssig virksomhed.

EF-domstolens dom af 21. juni 2001, sag C-439/00, Kommissionen mod Frankrig

Frankrig havde ikke rettidigt gennemført en ændring af Forsyningsvirksomhedsdirektivet

Statueret, at Frankrig ikke rettidigt havde gennemført direktiv 98/4 om ændring af Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Forholdet var erkendt af Frankrig, der imidlertid havde henvist til, at gennemførelsen var i gang.

EF-domstolens dom af 12. juli 2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano et Lodi

Ved en offentlig myndigheds overladelse af et infrastrukturarbejde til en grundejer skal grundejeren forpligtes til at følge Bygge- og anlægsdirektivet. Om forståelsen af begrebet »entreprenør« i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, a

Dommens sagsfremstilling og præmisser er særdeles udførlige, og nedenstående er et yderst sammentrængt referat.

Sagen angik et omfattende kommunalt bygge- og anlægsprojekt i Milano, benævnt »Scala 2001«. Projektet bestod af restaurering og ombygning af Scala-teatret, ombygning af et kommunalt ejendomskompleks og opførelse af et nyt meget stort teater, Bicocca-teatret. Dette teater skulle placeres i Bicocca-området, et tidligere industriområde. Projektet var knyttet til et privat projekt om byplanmæssig ændring af Bicocca-området (tilsyneladende til beboelsesområde) og en række ombygninger i området i forbindelse hermed.

Efter den nationale og regionale italienske lovgivning skulle der for at opnå byggetilladelse betales et beløb til kommunen til dennes udgift til infra- og servicestruktur (veje, kloakker, belysning, skoler, kirker, sportsanlæg, kulturelle indretninger etc.). Der var dog også mulighed for, at bygherren mod reduktion i beløbet udførte infra- og servicestrukturarbejder selv og stillede dem vederlagsfrit til rådighed for kommunen.

Med hjemmel i denne lovgivning indgik Milano Kommune en aftale med bygherrerne for projektet i Bicocca-området om, at disse bygherrer skulle opføre Bicocca-teatrets »ydre skal« og sørge for tilslutning til installationer som et infra- og servicestrukturarbejde samt vederlagsfrit overdrage teatret til kommunen. Arbejderne under tag på Bicocca-teatret skulle derimod varetages af kommunen, der ville foretage offentligt udbud af disse arbejder.

Nogle arkitektsammenslutninger mfl. anlagde sag mod kommunen ved en italiensk forvaltningsdomstol med påstand om annullation af kommunens beslutninger med hensyn til opførelsen af Bicocca-teatrets ydre skal. Sagsøgerne gjorde bl.a. gældende, at der skulle have været foretaget EU-udbud af dette arbejde. Bygherrerne for Bicocca-området mfl. procestilvarsledes under sagen.

Forvaltningsdomstolen forelagde sagen for EF-domstolen med spørgsmål, om de relevante italienske lovbestemmelser var stridende mod Bygge- og anlægsdirektivet.

EF-domstolen udtalte (Klagenævnets litrering):

1) Ad et anbringende fra kommunen og de procestilvarslede om, at der ikke var forbindelse mellem sagen og forvaltningsdomstolens spørgsmål, fordi sagen drejede sig om sagsøgernes interesse i udbud af tjenesteydelser (arkitektopgaver) i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet, hvorimod forvaltningsdomstolens spørgsmål angik Bygge- og anlægsdirektivet: Bl.a. udtalt, at det efter domstolens faste praksis tilkommer den nationale ret at vurdere nødvendigheden af en præjudiciel afgørelse og relevansen af de stillede spørgsmål. (Der er her tale om en standardformulering, der er brugt nogenlunde enslydende i flere domme fra domstolen, således fx også i dommen af 10. maj 2001, Agorà). Endvidere henvist til, at et EU-

udbud for opførelsen af Bicocca-teatret også ville kunne omfatte projekteringsarbejdet, hvilket i øvrigt fremgår af Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, a. Forvaltningsdomstolens spørgsmål skulle derfor besvares.

2) Under en sag i henhold til traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) er domstolen ikke kompetent til at træffe afgørelse om nationale reglers forenelighed med fællesskabsretten. Domstolen omformulerede derfor forvaltningsdomstolens spørgsmål til at gå ud på, om Bygge- og anlægsdirektivet er til hinder for en national lovgivning på området for byplanlægning, når denne lovgivning tillader, at indehaveren af en byggetilladelse og en godkendt udstykningsplan direkte gennemfører et infra- og servicestrukturarbejde, som helt eller delvis fradrages i det beløb, der skal betales for tilladelsens udstedelse, og som overstiger direktivets tærskelværdi.

Det fremgår, at der med ordene »direkte gennemfører« sigtes til den omtalte mulighed efter den italienske lovgivning for, at en byherre selv udfører infra- og servicestrukturarbejder og stiller dem vederlagsfrit til rådighed for kommunen mod reduktion i det beløb, der skal betales for byggetilladelsen.

3) På grundlag af en yderst detaljeret gennemgang af Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, a statuerede domstolen, at den »direkte gennemførelse« (se ovenfor) af et infra- og servicestrukturarbejde som opførelse af Bicocca-teatrets ydre skal er et offentligt bygge- og anlægsarbejde i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet. EF-domstolen henviste herved til direktivets formål og til, at fortolkningen af direktivet må foretages på en måde, der sikrer, at direktivets effektive virkning ikke tilsidesættes i situationer, der er særegne som følge af bestemmelser i national ret (præmis 55). Af dommens præmis 88-96 fremgår endvidere, at ordet »entreprenør« i direktivets artikel 1, a ikke nødvendigvis sigter til den, der skal udføre det byggearbejde, der er tale om, og at det er tilstrækkeligt for karakteriseringen som entreprenør, at den pågældende kan få byggearbejdet udført af andre.

4) Domstolen udtalte videre, at direktivets effektive virkning tilgodeses, hvis en national lovgivning om »direkte gennemførelse« af et infra- og servicestrukturarbejde gør det muligt at forpligte den pågældende grundejer til at følge fremgangsmåderne i Bygge- og anlægsdirektivet, således at grundejeren anses som indehaver af en fuldmagt fra kommunen. Herved henvist til, at noget sådant i øvrigt er udtrykkelig fastsat i direktivets artikel 3, stk. 4, med hensyn til koncessioner (præmis 100).

5) Domstolene besvarede herefter det omformulerede spørgsmål (punkt 2 ovenfor) bekræftende.

6) Forvaltningsdomstolen havde stillet endnu et spørgsmål. EF-domstolen afviste imidlertid dette spørgsmål med henvisning til, at forvaltningsdomstolen i forbindelse med spørgsmålet hverken havde præciseret, hvilke bestemmelser i fællesskabsretten, den ønskede fortolket, eller havde givet en præcis angivelse af de berørte aspekter i den italienske lovgivning. Det var derfor ikke muligt at afgrænse det konkrete problem med hensyn til fortolkningen af de relevante bestemmelser i fællesskabsretten.

EF-domstolens dom af 18. oktober 2001, sag C-19/00, SIAC Construction

Generelle bemærkninger om tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Der må kun anvendes underkriterier, der har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og udbyder ikke må have frit valg ved tildelingen. Udbyder skal fastholde den samme fortolkning af underkriterierne gennem hele udbudet. Forsyningsikkerhed kan indgå som underkriterium

Et irsk amt udbød et kloakeringsarbejde m.m. som offentligt udbud i henhold til det tidligere bygge- og anlægsdirektiv (direktiv 71/305 med senere ændringer). Tildelingskriteriet var det mest fordelagtige tilbud på grundlag af pris, omkostninger og teknisk værdi.

Arbejdets omfang kunne tilsyneladende ikke fastlægges på forhånd. I hvert fald skulle prisangivelserne i tilbudene ske ved angivelse af enhedspriser for en række enkeltarbejder, hvis omfang var anslået i udbudsbetingelserne. Desuden skulle der i tilbudene foretages en beregning af den samlede tilbudspris på grundlag af enhedspriserne i det pågældende tilbud og det anslåede omfang af enkeltarbejderne. Det synes dog at fremgå, at tilbudene ikke nødvendigvis skulle angive enhedspriser for samtlige enkeltarbejder (?). I udbudsbetingelserne var endvidere anslået et foreløbigt basisbeløb på 90.000 irske pund (IEP) for materialer, og det var angivet, at tilbudsgiverne skulle forhøje dette beløb med en procentsats til faste omkostninger og fortjeneste m.m.

En kontrakt udformet efter de beskrevne principper karakteriseres i dommen som en kontrakt af typen »measure and value«. Det fremgår ikke, om der er tale om et særligt irsk begreb.

Der indkom et antal tilbud. Tilbudet med den laveste tilbudspris, knap 5,4 mio. IEP, blev indgivet af virksomheden SIAC Construction Ltd (SIAC). Udbyderens rådgivende ingeniør foretog herefter en vurdering af de tre tilbud, der havde de laveste tilbudspriser, og indstillede, at tilbudet med den næstlaveste tilbudspris, ca. 5,5 mio. IEP, blev antaget.

Som begrundelse herfor angav ingeniøren: De tre laveste tilbud havde samme tekniske værdi. SIAC, der havde afgivet det laveste tilbud, havde imidlertid undladt at foretage prisangivelser med hensyn til en væsentlig del af enkeltarbejderne, ligesom SIAC ikke havde medtaget beløbet til materialer. Endvidere havde SIAC ikke angivet et færdiggørelsestidspunkt. På denne baggrund fandt ingeniøren, at en hensigtsmæssig styring af arbejdet på grundlag af SIACs tilbud ville blive yderst vanskelig eller umulig. Ingeniøren henviste videre til, at tilbudet med den næstlaveste tilbudspris var mere velafbalanceret, og at dette tilbud kunne vise sig at blive mindre bekosteligt.

Udbyderen indgik derefter kontrakt med den tilbudsgiver, hvis tilbud havde den næstlaveste tilbudspris, hvorefter SIAC anlagde sag mod udbyderen ved High Court øjensynlig med påstand om, at udbyderens tildelingsbeslutning var i strid med reglen om tildelingskriterier i artikel 29 i det tidligere bygge- og anlægsdirektiv (det nuværende bygge- og anlægsdirektivs artikel 30). Efter at High Court havde frifundet udbyderen, ankede SIAC til Supreme Court, der stillede EF-domstolen et præjudicielt spørgsmål, om hvorvidt en udbyder i en situation som den foreliggende har pligt til at tildele kontrakten til tilbudet med den laveste tilbudspris.

I referatet af EF-domstolens udtalelser nedenfor anvendes begrebet »underkriterier« i det omfang, hvor domstolens udtalelser tydeligvis sigter

til dette begreb, uanset at den danske udgave af dommen ikke anvender ordet underkriterier.

EF-domstolen udtalte:

Angivelsen i det tidligere bygge- og anlægsdirektivs artikel 29 af underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud er ikke udtømmende. De ordregivende myndigheder kan imidlertid kun vælge underkriterier, der har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og et tildelingskriterium, der giver den ordregivende myndighed frit valg ved tildelingen, vil være i strid med artikel 29. Forsynings sikkerhed kan i princippet indgå som underkriterium, hvilket i så fald skal være nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen.

Ligebehandlingsprincippet medfører en forpligtelse til gennemsigtighed, hvilket betyder, at underkriterierne skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne på en sådan måde, at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende kan fortolke dem på samme måde.

Gennemsigtighedsforpligtelsen medfører også, at udbyderen skal fastholde den samme fortolkning af underkriterierne gennem hele udbudet.

Endelig skal underkriterierne anvendes på en objektiv måde og skal anvendes ens i forhold til alle bydende. Udbyderens anvendelse af en sagkyndig vurdering af forhold, der først bliver kendt med sikkerhed i fremtiden, er som udgangspunkt egnet til at sikre overholdelse af dette princip.

EF-domstolen besvarede herefter det stillede spørgsmål således (lidt opbrudt af overskuelighedsgrunde):

Det tidligere bygge- og anlægsdirektivs artikel 29 tillader, at udbyderen, når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, tildeler kontrakten til den tilbudsgiver, der ifølge en sagkyndig vurdering sandsynligvis har afgivet det laveste tilbud.

Det er en betingelse, at de bydende er blevet behandlet lige. Dette forudsætter, at der er blevet sikret gennemsigtighed og objektivitet. Det er navnlig en forudsætning, at underkriterierne er klart nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, og at den sagkyndige vurdering på alle væsentlige punkter er i overensstemmelse med almindelige faglige standarder («...bygger på objektive faktorer, der i overensstemmelse med sagkyndige regler betragtes som relevante og hensigtsmæssige...»).

EF-domstolens svar på det stillede spørgsmål har reference til de faktiske omstændigheder, der set ud fra en dansk synsvinkel forekommer noget særegne. Forståelsen af sagen kompliceres endvidere af, at dommens sagsfremstilling virker meget kortfattet. Der var uenighed mellem SIAC og udbyderen om, hvorledes udbudsbetingelserne skulle forstås, men som følge af den kortfattede sagsfremstilling er det vanskeligt at forstå, hvad denne uenighed nærmere drejede sig om. Det kunne virke, som om udbudet var uklart og for så vidt var i strid med gennemsigtighedsprincippet, men Supreme Court's spørgsmål til EF-domstolen kom ikke ind på dette forhold.

Dommens generelle udtalelser om principperne for anvendelse af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud forekommer imidlertid interessante. Selvom disse udtalelser direkte kun refererer til det tidligere bygge- og anlægsdirektiv, kan de utvivlsomt anvendes på EU's udbudsregler generelt.

EF-domstolens dom af 27. november 2001, sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini

Italiensk lovgivning om vurdering af tilbud som unormalt lave var i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 4. Uden egentlig interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel

For en overordnet italiensk forvaltningsdomstol, Consiglio di Stato, verserede to sager om hver sit udbud af arbejde ved vejanlæg. I begge udbud synes tildelingskriteriet at have været laveste pris. Sagerne var indbragt af to tilbudsgivere, hvis tilbud var blevet afvist med den begrundelse, at de var unormalt lave, og de to tilbudsgivere gjorde gældende, at afvisningen var i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 4, om udbyderens fremgangsmåde med hensyn til tilbud, der forekommer unormalt lave.

Afvisningen af de to tilbud var sket i henhold til en italiensk lovgivning om offentlige bygge- og anlægsarbejder. Af dommen synes at fremgå, at der efter denne lovgivning og den dertil knyttede administrative praksis gælder følgende for udbud, for hvis vedkommende tildelingskriteriet er laveste pris:

a) Der skal i udbudet angives en udbudssum, dvs. en slags foreløbig angivelse af prisen for arbejdet, og tilbud, hvis pris er en bestemt procentsats lavere end udbudssummen, skal vurderes som muligvis unormalt lave. Den nævnte procentsats beregnes for hvert udbud på grundlag af de fremkomne tilbudspriser og ud fra nogle komplicerede regler, der ikke kan gengives kort.

b) Tilbudsgiverne skal i forbindelse med tilbudet på nogle særlige skemaer give begrundelse for poster i tilbudsprisen, der tilsammen udgør mindst 75 % af denne. For et tilbud, der er vurderet som muligvis unormalt lavt i henhold til beregningen under a), foretager udbyderen en vurdering af den nævnte begrundelse og tager på grundlag af denne vurdering stilling til, om det pågældende tilbud endeligt skal anses for unormalt lavt og derfor skal afvises. Der indhentes ikke yderligere oplysninger fra tilbudsgiveren, og denne får ikke lejlighed til at udtale sig.

c) Ved den vurdering af tilbudsgiverens begrundelse for tilbudsprisen, der er nævnt under b), må udbyderen kun tage hensyn til besparelser, tekniske forhold og særligt gunstige betingelser for tilbudsgiveren. Udbyderen må derimod ikke tage hensyn til forhold, for hvilke der gælder en mindsteværdi. (Det fremgår ikke, hvad dette sigter til).

Dommen indeholder ikke oplysninger om den nærmere baggrund for de beskrevne regler eller for deres formål.

Consiglio di Stato stillede EF-domstolen nogle spørgsmål, der sigtede til, om de beskrevne regler er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

EF-domstolen bemærkede, at den under en sag om præjudiciel forelæggelse i henhold til artikel 234 EF ikke har kompetence til at afgøre, om nationale regler er forenelige med fællesskabsretten, men at EF-domstolen dog er beføjet til at forsyne den nationale ret med fortolkningsbidrag, der gør det muligt for den nationale ret at vurdere spørgsmålet. (Domstolen har fremsat en tilsvarende udtalelse i adskillige andre domme, bl.a. i dommen af 12. juli 2001, Ordine..., der er resumeret ovenfor.)

EF-domstolen omformulerede herefter spørgsmålene fra Consiglio di Stato til (af forståelsesgrunde yderst sammentrængt) at gå ud på, om Byg-

ge- og anlægsgdirektivets artikel 30, stk. 4, er til hinder for nationale bestemmelser og praksis, hvorefter

1) udbyder kan afvise et tilbud som unormalt lavt ud fra en beregning på grundlag af alle tilbudspriser og derefter udelukkende ud fra en vurdering af en obligatorisk begrundelse ved tilbuddets indgivelse for 75 % af tilbudsprisen, og hvorefter

2) udbyder ved vurderingen af en tilbudsgivers begrundelse for tilbudsprisen kun må tage hensyn til besparelser, tekniske løsninger og den bydendes særligt gunstige betingelser, men derimod ikke må tage hensyn til fastsatte mindsteværdier.

EF-domstolen fremkom med nogle yderst udførlige præmisser, i hvilke der bl.a. henvises til direktivets formål og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og EF-domstolen besvarede herefter de omformulerede spørgsmål bekræftende, dvs. at Bygge- og anlægsgdirektivets artikel 30, stk. 4, er til hinder for nationale bestemmelser som beskrevet i spørgsmålene.

EF-domstolen bemærkede yderligere (ligeledes stærkt sammentrængt), at direktivets artikel 30, stk. 4, ikke i princippet er til hinder for et krav om, at der sammen med et tilbud skal gives begrundelse for tilbudsprisen, men at udbyderen skal kunne foretage en fornyet vurdering af, om tilbudet er unormalt lavt.

Sagen synes uden egentlig interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel, da en lovgivning som den omhandlede ikke findes i Danmark.

EF-domstolens kendelse af 3. december 2001, sag C-59/00, Vestergaard

Traktatens grundlæggende bestemmelser skulle anvendes på udbud under tærskelværdien

Et dansk boligselskab, der er en ordregivende myndighed i henseende til EU's udbudsdirektiver, holdt en licitation vedrørende opførelse af et antal boliger. Byggeriet nåede ikke op på Bygge- og Anlægsgdirektivets tærskelværdi, og der blev ikke foretaget EU-udbud.

I licitationsbetingelserne var angivet, at der skulle anvendes udvendige døre og vinduer af et bestemt fabrikat. En tømrermester klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at denne klausul var i strid med traktatens artikel 6 (nu artikel 12 EF) om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet og artikel 30 (nu artikel 28 EF) om varernes frie bevægelighed.

Ved kendelse af 11. november 1998 statuerede Klagenævnet, at klausulen ikke var en overtrædelse af de nævnte bestemmelser.

Tømrermesteren indbragte sagen for Vestre Landsret, der stillede EF-domstolen nogle præjudicielle spørgsmål, og ved den her resumerede kendelse udtalte EF-domstolen:

Traktatens artikel 30 (nu artikel 28 EF) er til hinder for, at en ordregivende myndighed vedrørende et byggeri, der ikke overskrider Bygge- og anlægsgdirektivets tærskelværdi, indsætter en bestemmelse om, at der skal anvendes et bestemt fabrikat, såfremt denne bestemmelse ikke ledsages af bemærkningen »eller dermed ligestillet«.

EF-domstolen henviste herved til, at resultatet klart fremgår af retspraksis, og at lovligheden af et udbud af en bygge- og anlægskontrakt foretaget af en ordregivende myndighed skal vurderes i relation til trakta-

tens grundlæggende bestemmelser, herunder princippet om varers frie bevægelighed.

Retten i Første Instans' dom af 26. februar 2002, sag T-169/00, Esedra mod Kommissionen

Udbyderen overtrådte ikke forhandlingsforbuddet ved at indhente en lang række oplysninger fra en tilbudsgiver om tilbuddets indhold. Udbyderen overtrådte heller ikke ligebehandlingsprincippet ved fra tilbudsgiveren at indhente regnskaber, der skulle have været vedlagt ansøgningen om prækvalifikation. Udbyderen var berettiget til ved vurderingen af tilbudspriserne for en tjenesteydelse at tage hensyn til tjenesteydelsens forventede omfang. Diverse klagepunkter ikke taget til følge

Kommissionen iværksatte et begrænset udbud vedrørende en tjenesteydelse bestående af drift af en børneinstitution i Bruxelles til brug for ansatte ved Fællesskabets institutioner. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af underkriterierne 1. Pris og 2. Kvalitet. Til underkriterium 2. Kvalitet var knyttet forskellige delkriterier vedrørende pædagogisk arbejdsplan og foranstaltninger med hensyn til vikariering for fraværende personale m.m.

Der indkom tilbud fra nogle virksomheder, herunder fra en virksomhed E, der hidtil havde udført den udbudte tjenesteydelse. Efter at Kommissionen havde besluttet at indgå kontrakt med en anden tilbudsgiver, anlagde E sagen ved Retten i Første Instans.

E's anbringender og Rettens stillingtagen til dem kan gengives således (Klagenævnets litrering):

Anbringende 1): Kommissionen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at give E en kortere tilbudsfrist end de andre tilbudsgivere.

Dette anbringende sigtede til følgende: I udbudsbetingelserne, der blev sendt til de prækvalificerede i oktober i vedkommende år, var fristen for at afgive tilbud fastsat til den 6. januar i det følgende år. På et tidspunkt meddelte Kommissionen de prækvalificerede, at fristen var udsat til den 7. februar, men som følge af en fejl blev den nye frist i meddelelsen til E angivet som 7. januar. E afleverede sit tilbud på denne dag og blev da gjort bekendt med, at fristen rettelig udløb 7. februar. E tog derfor sit tilbud tilbage og afleverede det senere på ny, tilsyneladende efter at have omarbejdet det. Ifølge E medførte de nævnte forhold, at E fik mindre tid end de øvrige tilbudsgivere til at tilrettelægge udarbejdelsen af sit tilbud, bl.a. fordi en del af E's medarbejdere havde ferie i en periode i januar.

Retten tog ikke anbringendet til følge navnlig med henvisning til, at de forhold, som E havde påberåbt sig, måtte tilskrives E selv (præmis 43).

Anbringende 2): Kommissionen havde overtrådt forhandlingsforbuddet⁶ ved at indhente oplysninger fra den valgte tilbudsgiver om uddannelsesplan for personalet:

⁶ Det forhandlingsforbud, der var tale om, var indeholdt i Gennemførelsesforordningens artikel 99, hvorefter enhver kontakt mellem udbyderen og tilbudsgiverne efter tilbuddenes åbning var forbudt bortset fra i tilfælde, hvor et tilbud nødvendiggjorde, at der indhentes yderligere oplysninger, eller med henblik på at korrigere åbenlyse materielle fejl i et tilbud. Reglen er senere afløst af en lignende regel i artikel 148 i Gennemførelsesforordningen. Denne regel bruger vendingen »skrivefejl«, hvor den gamle regel talte om »materielle« fejl. Det forekommer umiddelbart lidt vanskeligt at vurdere, om der med formuleringen af den nye regel er tilsigtet en begrænsning i udbydernes adgang til at indhente oplysninger fra tilbudsgiverne.

Ikke taget til følge, da de indhentede oplysninger alene gik ud på oplysninger om indholdet af den valgte tilbudsgivers tilbud uden at ændre dette (præmis 54).

Anbringende 3): Kommissionen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved at indhente oplysninger fra den valgte tilbudsgiver om diverse planlagte tests med henblik på at begrænse fravær hos medarbejderne:

Ikke taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen ad anbringende 2 (præmis 56).

Anbringende 4): Kommissionen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved at indhente bekræftelse fra den valgte tilbudsgiver på, at tilbudsgiveren selv ville afholde udgiften til museumsbesøg og udflugter:

Ikke taget til følge, da det var et krav i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne selv skulle afholde de pågældende udgifter, uden at det var fastsat, at dette skulle angives udtrykkeligt i tilbuddene. Den valgte tilbudsgivers bekræftelse af, at tilbudsgiveren ville afholde udgifterne, ændrede derfor ikke tilbuddet (præmis 58).

Anbringende 5): Kommissionen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved at indhente detaljerede oplysninger fra den valgte tilbudsgiver om, hvorledes arbejdet i børneinstitutionen ville blive organiseret og fordelt på deltidsansatte medarbejdere:

Ikke taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen ad anbringende 2 (præmis 60).

Anbringende 6): Kommissionen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved at indhente ret omfattende oplysninger fra den valgte tilbudsgiver om påtænkte hygiejne- og rengøringsforanstaltninger:

Ikke taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen ad anbringende 2 (præmis 62).

Anbringende 7): Kommissionen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at foretage tilbudsvurderingen på en partisk måde, bl.a. som følge af, at der i tilbudsvurderingen havde deltaget personer, der var fjendtligt stemt over for E, herunder en forældrerepræsentant, der havde klaget over E's drift af børneinstitutionen (klagen gik tilsyneladende ud på, at der var blevet udøvet pædofili):

Ikke taget til følge, da tilbudsvurderingen ikke havde været partisk (præmis 80).

Anbringende 8): Kommissionen havde været uberettiget til at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, idet den valgte tilbudsgiver ikke havde vedlagt ansøgningen om prækvalifikation regnskaber som krævet i udbudsbekendtgørelsen.

Dette anbringende sigtede i det væsentligste til følgende: Den valgte tilbudsgiver, der bestod af en sammenslutning af 7 virksomheder, havde alene vedlagt ansøgningen regnskaber for 4 af de 7 virksomheder, medens regnskaberne for de 3 øvrige virksomheder først var blevet indsendt senere efter anmodning fra Kommissionen.

Anbringendet blev ikke taget til følge, da forholdet var omfattet af Kommissionens skønsmargin (præmis 98). Også bl.a. henvist til, at Kommissionen havde kontrolleret den valgte tilbudsgivers økonomiske formåen efter bedømmelseskomitéens indstilling om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver (præmis 105).

Anbringende 9): Kommissionen havde været uberettiget til at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, idet den valgte tilbudsgiver klart ikke havde den nødvendige tekniske formåen:

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag herfor (præmis 125).

Anbringende 10): Kommissionen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at give den valgte tilbudsgivers tilbud en højere karakter end E's tilbud i relation til underkriterium 1. Pris.

Dette anbringende sigtede til, at Kommissionen beregnet tilbudspriserne på grundlag af tilbuddenes enhedspriser pr. barn og den forventede belægning i børneinstitutionen. Efter E's opfattelse havde Kommissionen været uberettiget til at tage hensyn til den forventede belægning.

Retten foretog i præmis 136-141 en detaljeret gennemgang af prisoplysningerne i de to tilbud og udtalte derefter bl.a., at E's synspunkt savnede enhver logik (præmis 144). Retten konkluderede, at Kommissionen ikke havde begået en åbenbar fejl ved bedømmelsen af de to tilbud i relation til underkriterium 1. Pris (præmis 146). Anbringendet blev således ikke taget til følge.

Anbringende 11): Kommissionen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at give den valgte tilbudsgivers tilbud en højere karakter end E's tilbud i relation til underkriterium 2. Kvalitet:

Retten foretog i præmis 155 og følgende en detaljeret gennemgang af Kommissionens vurdering af de to tilbud i relation til det nævnte underkriterium. Retten konkluderede, at Kommissionen ikke havde udøvet et alvorligt og åbenbart fejlskøn ved at anse den valgte tilbudsgivers tilbud for bedre end E's tilbud i relation til underkriterium 2. Kvalitet (præmis 181). Anbringendet blev således ikke taget til følge.

Anbringende 12): Kommissionen havde ikke givet E en tilstrækkelig begrundelse for tildelingsbeslutningen:

Ikke taget til følge, idet Kommissionen efter E's anmodning om begrundelse havde redegjort for de points, der var blevet tildelt E's tilbud og den valgte tilbudsgivers tilbud (præmis 192).

Anbringende 13): Kommissionen havde udøvet magtfordrejning som følge af, at den reelle begrundelse for ikke at tildele E kontrakten var anklager fra forældre om, at der var begået pædofili i E's lokaler:

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for at fastslå, at Kommissionen ved tilbudsvurderingen havde forfulgt et andet formål end hensynet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud (præmis 199).

E fik således ikke medhold i nogen af sine anbringender, og Kommissionen blev derfor frifundet for en erstatningspåstand fra E.

Retten havde ved en kendelse af 20. juli 2000 afslået en begæring fra E om opsættende virkning.

Retten i Første Instans' dom af 11. juni 2002, sag T-365/00, Alsace International Car Services mod Parlamentet

Udbyderen af en tjenesteydelse havde pligt til at opsiges den kontrakt, der var indgået på grundlag af udbuddet, efter at det var konstateret, at den valgte tilbudsgiver udførte tjenesteydelsen ulovligt

Denne dom er en fortsættelse af Rettens dom af 6. juli 2000 i sag T-139/00 mellem de samme parter.

Sagen angik et udbud, der var iværksat af Parlamentet, vedrørende kørsler med chauffør tilsyneladende i Strasbourg-området. I udbudsbetingelserne var angivet, at kørslerne skulle udføres i overensstemmelse med

national (dvs. fransk) lovgivning. Sagsøgeren var en tilbudsgiver A, der ikke havde fået kontrakten.

A anlagde sag mod Parlamentet ved Retten i Første Instans og gjorde gældende, at Parlamentet havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at antage tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver, selvom den valgte tilbudsgiver udførte kørslerne i strid med fransk lovgivning. Parlamentet gjorde heroverfor bl.a. gældende, at den valgte tilbudsgivers udførelse af kørslerne skete i overensstemmelse med fransk lovgivning. Ved Rettens dom af 6. juli 2000 blev Parlamentet frifundet bl.a. med begrundelse, at A ikke havde bevist, at Parlamentets fortolkning af fransk lovgivning var klart forkert.

For udbuddet var kørslerne blevet udført af nogle vognmænd, og ved en endelig dom af 7. april 2000 havde en fransk domstol idømt vognmændene straf for at have udført kørslerne på den måde, som den valgte tilbudsgiver i henhold til udbuddet udførte kørslerne på.

Den franske dom indgik ikke i grundlaget for Retten i Første Instans' dom af 6. juli 2000. Efter afsigelsen af Rettens dom af 6. juli 2000 sendte A imidlertid den franske dom til Parlamentet som dokumentation for, at den valgte tilbudsgiver udførte kørslerne i strid med fransk lovgivning. Sagsøgeren anmodede samtidig Parlamentet om at tildele A kontrakten om kørslerne eller iværksætte et nyt udbud. Parlamentet afslog A's anmodning med henvisning til, at den valgte tilbudsgivers udførelse af kørslerne efter Parlamentets opfattelse af nærmere angivne grunde ikke var i strid med fransk lovgivning. A anlagde derefter på ny sag mod Parlamentet ved Retten i Første Instans, nu med påstand om annullation af Parlamentets beslutning om at afslå den nævnte anmodning fra A.

Retten afgjorde den nye sag ved dommen af 11. juni 2002. I denne dom lagde Retten som følge af den franske dom til grund, at den valgte tilbudsgiver udførte kørslerne i strid med fransk lovgivning (præmis 70), og Retten udtalte, at Parlamentet havde udøvet et åbenbart urigtigt skøn ved at afslå den nævnte anmodning fra A (præmis 71). Retten annullerede Parlamentets beslutning om at afslå A's anmodning, og A fik for så vidt medhold.

Retten frifandt imidlertid Parlamentet for en erstatningspåstand fra A. Retten henviste herved til, at det tab, som A hævdede at have lidt som følge af Parlamentets afslag på A's anmodning, bestod i chancen for at få tildelt kontrakten i det tilfælde, at Parlamentet havde imødekommet anmodningen. Der var imidlertid ikke grundlag for at antage, at Parlamentet, hvis det havde imødekommet A's anmodning, ville have tildelt A kontrakten eller ville have iværksat et udbud, som A ville have været i stand til at deltage i. (Præmis 79-80).

EF-domstolens dom af 18. juni 2002, sag C-92/00, HI Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik PlanungsgesmbH

Udbyders annulation af udbud er ikke reguleret i Tjenesteydelsesdirektivet, men er underkastet fællesskabsrettens grundlæggende principper og er derfor omfattet af første kontroldirektiv. Også taget stilling til nogle andre spørgsmål, der er mindre interessante fra en dansk udbudsretlig synsvinkel. Et østrigsk klageorgan kunne stille præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen

Wiens kommune udbød efter Tjenesteydelsesdirektivet projektledelsen for tilrettelæggelse af madforsyningen til Wiens sygehusvæsen. Efter tilbudenes indgivelse annullerede udbyderen udbudet. På forespørgsel fra en af tilbudsgiverne angav udbyderen som begrundelse for annullationen, at man havde besluttet sig til at decentralisere madforsyningen, hvorfor det ikke længere var nødvendigt at udpege en ekstern projektleder.

Den pågældende tilbudsgiver, en tysk virksomhed, klagede til et østrigsk klageorgan (Vergabekontrollsenat) med påstand om ophævelse af annullationen af udbudet. Klageren gjorde navnlig gældende, at annullationen var et udslag af national diskrimination, idet annullationen efter klagerens opfattelse havde til formål at favorisere en østrigsk virksomhed, som udbyderen havde samarbejde med i forvejen, og som også havde indgivet tilbud.

Det østrigske klageorgan stillede nogle præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen, der først konstaterede, at klageorganet er en ret ifølge traktatens artikel 234 EF, således at klageorganet kan stille præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen.

EF-domstolen besvarede derefter de stillede spørgsmål således, til dels efter en vis omformulering:

1) Om udbyders beslutning om annulation af et udbud af en tjenesteydelse hører under de »beslutninger«, der er omhandlet i artikel 1, stk. 1, i første kontroldirektiv.

(Efter den nævnte bestemmelse skal medlemsstaterne indføre procedurer for klager over, at beslutninger fra ordregivende myndigheder er i strid med fællesskabsretten om offentlige kontrakter.)

EF-domstolen besvarede spørgsmålet bekræftende. Domstolen henviste til, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke indeholder bestemmelser om, under hvilke betingelser en udbyder kan annullere udbudet, men at udbyderes beslutninger om annulation af et udbud er underkastet fællesskabsrettens grundlæggende principper. EF-domstolen henviste herved til en række af disse principper, dvs. principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Også bl.a. henvist til, at enhver anden fortolkning ville skade den effektive virkning af første kontroldirektiv.

2) Om en national ordning kan begrænse prøvelsen af en udbyders annulation af et udbud af en tjenesteydelse til, om annullationen er sket »vilkårligt«.

(Spørgsmålet refererede øjensynlig til den østrigske lovgivning om offentlige udbud. Det fremgår ikke, hvad der sigtes til med begrebet vilkårligt.)

EF-domstolen besvarede spørgsmålet benægtende. Domstolen henviste til, at omfanget af den kontrol, der er foreskrevet i første kontroldirektiv, skal bedømmes efter direktivets formål under hensyntagen til, at direktivets effektivitet ikke bringes i fare. Også henvist til, at der ikke kan fore-

tages en indskrænkende fortolkning af direktivets angivelse af kontrollens omfang.

3) Om hvilket tidspunkt, der er afgørende for bedømmelsen af lovligheden af en ordregivende myndigheds beslutning om at annullere et udbud.

(Spørgsmålet sigtede øjensynlig til den østrigske lovgivning om offentlige udbud, efter hvilken der er forskel på kontrolmyndighedernes kompetence alt efter, om udbyderen har meddelt »tilslag« eller ikke.)

EF-domstolen svarede, at forholdet ikke er reguleret af første kontrol-direktiv og derfor skal afgøres efter national ret. Domstolen udtalte videre, at de nationale forskrifter ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål i national ret (ækvivalensprincippet), og at de nationale forskrifter ikke må gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve rettighederne efter fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet).

Spørgsmålene 2) og 3) havde som nævnt reference til den østrigske lovgivning om offentlige udbud og synes uden den store interesse set fra en dansk udbudsretlig synsvinkel.

Som det fremgår, gik besvarelsen af spørgsmål 1) efter sit indhold ud på, at udbyderes annullation af udbud er omfattet af første kontroldirektiv og dermed af medlemsstaternes pligt til at indføre klageprocedurer. Selvom om besvarelsen umiddelbart kun angår udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet, kan der ikke være tvivl om, at den dækker udbud efter alle udbudsdirektiverne.

For at nå frem til besvarelsen af spørgsmål 1) måtte EF-domstolen reelt foretage en slags præjudiciel fastlæggelse af begrebet »fællesskabsretten om offentlige kontrakter« i artikel 1, stk. 1, i første kontroldirektiv med henblik på at fastslå, hvilket materielle regler, der regulerer udbyderes annullation af udbud. Den nævnte fastlæggelse gik som refereret ud på, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke indeholder sådanne materielle regler, men at udbyderes annullation af udbud reguleres af fællesskabsrettens grundlæggende principper. Vurderingen ville tydeligvis have været den samme, selvom der havde været tale om et af de andre udbudsdirektiver.

Klagenævnet for Udbud har gentagne gange statueret, at udbyderen af et EU-udbud kun kan annullere udbudet, hvis der er saglig grund hertil, hvilket også er forudsat i Østre Landsrets dom af 16. august 2000 i sagen 5. afd. B 1654-97, Handelshøjskolen i København og Forskningsministeriet mod Højgaard & Schultz A/S. Reelt synes der at være god overensstemmelse mellem denne praksis og EF-domstolens besvarelse af spørgsmål 1).

EF-domstolens dom af 17. september 2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland

Der må under visse forudsætninger anvendes underkriterier om miljøforhold. Det er uden betydning, om sådanne kriterier kun kan opfyldes af et mindre antal virksomheder

Helsingfors Kommune udbød driften af bybuskørslen på nærmere angivne ruter. Udbudet skete tilsyneladende som offentligt udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier: a) pris, b) ma-

teriellets kvalitet og c) drift inden for området kvalitet og miljø. Tildelingen skete ved brug af følgende evalueringsmodel:

Ad a) pris: Tilbudet med den laveste tilbudspris fik 86 points og de øvrige tilbud fik points efter følgende formel: (Laveste tilbudspris/tilbudspris) x 86.

Ad b) materiellets kvalitet: Der blev bl.a. givet points for busser med kvælstofudledning og støjniveau under nærmere angivne grænser. Det synes at fremgå, at kun naturgasdrevne busser kunne komme under disse grænser og dermed opnå points på dette punkt.

Ad c) drift inden for området kvalitet og miljø: Der blev givet points for »en helhed af kvalitative kriterier« og for en miljøcertificering.

Sagen angik en enkelt af ruterne. Den tilbudsgiver, der fik flest points med hensyn til denne rute og derfor fik tildelt driften af den, var kommunens eget busselskab, der havde afgivet tilbud på lige fod med de andre tilbudsgivere. Den tilbudsgiver, der havde opnået næstflest points med hensyn til den pågældende rute (Concordia), klagede uden resultat til de finske konkurrencemyndigheder og anlagde derefter sag ved en finsk domstol med påstand om annullation.

Concordia gjorde gældende, at tildelingskriterierne ved offentligt udbud altid skal være af økonomisk karakter, og at der derfor ikke måtte tages hensyn til bussernes kvælstofudledning og støjniveau, fordi disse forhold ikke var af økonomisk karakter. Concordia gjorde desuden gældende, at tildelingen af points med hensyn til kvælstofudledning og støjniveau favoriserede den valgte tilbudsgiver, fordi denne var den eneste, der havde mulighed for at anvende materiel, der kunne opnå points på dette punkt, dvs. naturgasdrevne busser. Concordia henviste herved til, at der kun var optankningsmuligheder i Finland for 15 naturgasdrevne busser, og at den valgte tilbudsgiver havde bestilt 11 sådanne busser.

Den finske domstol stillede nogle spørgsmål til EF-domstolen, der besvarede spørgsmålene således (gengivet stærkt sammentrængt og til dels ombrudt):

1) Tjenesteydelsesdirektivet kræver ikke, at alle underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud nødvendigvis skal være af rent økonomisk karakter, jf. bl.a. at direktivets artikel 36 nævner æstetiske forhold som et muligt underkriterium. Endvidere udelukker direktivet ikke, at en ordregivende myndighed anvender kriterier om bevarelse af miljøet ved vurderingen af, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Det er dog en forudsætning, at underkriterierne er forbundet med kontraktens genstand, at underkriterierne ikke tillægger den ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, at underkriterierne er udtrykkeligt nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, samt at underkriterierne overholder fællesskabsrettens grundlæggende principper, navnlig ligebehandlingsprincippet.

Denne forudsætning var opfyldt, idet følgende var tilfældet med hensyn til kriterierne om kvælstofudledning og støjniveau: Disse kriterier var forbundet med kontraktens genstand, dvs. transport med bybus, kriterierne overlod ikke den ordregivende myndighed et ubetinget frit skøn, idet de angik objektivt målelige krav, kriterierne var nævnt i udbudsbekendtgørelsen, og kriterierne stred ikke mod ligebehandlingsprincippet, jf. om det sidste punkt 2) nedenfor.

2) Ligebehandlingsprincippet er ikke i sig selv til hinder for, at der tages hensyn til kriterier om beskyttelse af miljøet, selvom sådanne kriterier

kun kan opfyldes af et mindre antal virksomheder, herunder den ordregivende myndigheds egen transportvirksomhed.

Domstolen henviste herved til, at de anvendte tildelingskriterier var objektive og anvendtes på alle tilbud uden forskel, at der kunne tildeles points for andre forhold vedrørende materiellet end kvælstofudledning og støj, og at Concordia havde fået tildelt ordren vedrørende en anden rute, uanset at der ved dette udbud direkte var krævet benyttelse af natur(?)gasdrevne busser. Henvisningen til disse forhold må efter sammenhængen forstås som en angivelse om, at der ikke havde været hensigt til favorisering af den valgte tilbudsgiver.

3) Det ville ikke gøre nogen forskel, hvis sagen hørte under Forsyningsvirksomhedsdirektivet. EF-domstolen henviste herved til, at reglerne om tildelingskriterier i det væsentlige er ens i alle udbudsdirektiverne.

Baggrunden for den finske domstols spørgsmål på dette punkt var tilsyneladende tvivl med hensyn til, om sagen hørte under Tjenesteydelsesdirektivet eller Forsyningsvirksomhedsdirektivet. EF-domstolen tog imidlertid ikke stilling til, hvilket af de to direktiver om sagen hørte under, da den finske domstol ikke havde spurgt udtrykkeligt om dette (og efter det foreliggende også fordi spørgsmålet, som det fremgår, var uden betydning for sagens realitet).

EF-domstolen har med denne dom taget stilling til et spørgsmål, der længe er blevet oplevet som både brændende og usikkert, dvs. i hvilket omfang der må tages hensyn til miljøforhold ved vurderingen af, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Det centrale i afgørelsen synes at være angivelserne om, at underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal have forbindelse med kontraktens genstand, men at de ikke nødvendigvis alle skal være af rent økonomisk karakter.

EF-domstolens udtalelse om, at underkriterierne ikke må overlade den ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, skal vel ses i relation til sagens omstændigheder og kan ikke være en tilkendegivelse om, at der så vidt muligt skal anvendes en evalueringsmodel med pointgivning ved bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

EF-domstolens dom af 14. november 2002, sag C-411/00, Felix Swoboda

Om tjenesteydelser, der såvel omfatter enkeltydelser under Tjenesteydelsesdirektivets bilag I A som enkeltydelser under direktivets bilag I B. Direktivets artikel 10 skal følges, og der skal ikke lægges vægt på den samlede tjenesteydelses primære formål. Der må ikke ske kunstig sammenlægning for at øge andelen af enkeltydelser under bilag I B. Kategori 20 i bilag I B omfatter ikke selve transporten. Udbudsdirektivernes formål. Tjenesteydelsesdirektivet skal overholdes, selvom der ikke foreligger et grænseoverskridende element

Den østrigske nationalbank udbød en tjenesteydelse bestående af flytning af nationalbanken til nye lokaler. En virksomhed klagede over tildelingsbeslutningen til et klageorgan (Bundesvergabeamt).

Nationalbanken gjorde for klageorganet bl.a. gældende, at langt den overvejende del af tjenesteydelsen bestod af koordination og logistik og derfor var omfattet af CPC-nomenklaturens gruppe 74 (støtte- og hjælpetransport) og dermed af kategori 20 i bilag I B til Tjenesteydelsesdirekti-

vet, således at udbudet i henhold til direktivets artikler 9-10 ikke var undergivet direktivets udbudsregler.

Det østrigske klageorgan stillede nogle spørgsmål til EF-domstolen.

Kommissionen og den østrigske nationalbank påstod sagen for EF-domstolen afvist med forskellige begrundelser. Bl.a. gjorde nationalbanken gældende, at der ikke var noget grænseoverskridende element i sagen.

EF-domstolen antog imidlertid sagen til realitetsbehandling. Domstolen udtalte på dette punkt bl.a., at det forhold, at der eventuelt ikke var noget grænseoverskridende element i sagen, ikke fritog ordregiveren for at overholde Tjenesteydelsesdirektivet. Domstolen henviste herved til direktivets præambel, hvorefter direktivet bl.a. tilsigter at afskaffe enhver praksis, der er konkurrencebegrænsende i almindelighed.

Om sagens realitet udtalte EF-domstolen (stærkt sammentrængt og til dels ombrudt, Klagenævnets litrering):

1) Ad aftaler, der såvel omfatter tjenesteydelser, der hører under Tjenesteydelsesdirektivets bilag I A, som tjenesteydelser, der hører under direktivets bilag I B:

a) Afgørelsen af, hvilke bestemmelser i direktivet, der finder anvendelse, skal træffes i overensstemmelse med det klare kriterium i direktivets artikel 10 (hvorefter den indbyrdes værdi er afgørende). Derimod skal der ikke - som hævdet af den østrigske regering - lægges vægt på aftalens primære formål. EF-domstolen henviste herved til udbudsdirektivernes formål, som går ud på at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende en fortrinsstilling, og at udelukke muligheden for, at ordregiverne lader sig lede af andre hensyn end økonomiske. Domstolen henviste videre til præambelen til Tjenesteydelsesdirektivet, hvorefter visse tjenesteydelser i en overgangsperiode alene skal være omfattet af en overvågningsmekanisme.

b) Tjenesteydelsesdirektivet foreskriver på ingen måde, at der skal foretages en særskilt tildeling vedrørende tjenesteydelserne under bilag I B. Tværtimod ville direktivets artikel 10 blive indholdsløs, hvis der blev stillet krav om en sådan adskillelse.

Noget andet kan alene antages, hvis den ordregivende myndighed kun stigt lader tjenesteydelser af forskellig art være omfattet af samme aftale alene for at forøge aftalens andel af tjenesteydelser omfattet af bilag I B, og uden at der er en eller anden form for tilknytning mellem tjenesteydelserne som følge af et fælles formål m.m.

2) Det tilkom det østrigske klageorgan at tage stilling til, hvilket af bilagene til Tjenesteydelsesdirektivet og hvilke CPC-referencenumre de i sagen omhandlede enkelte tjenesteydelser hørte under. EF-domstolen bemærkede dog, at de omhandlede tjenesteydelser ikke alle var støtte- og hjælpetransportydelse i henhold til kategori 20 i bilag I B (CPC-gruppe 74), således som det var hævdet af Kommissionen, idet kategori 20 i bilag I B ikke omfatter selve transporten.

I overensstemmelse med traditionen er dommens sagsfremstilling ganske kortfattet, og det er vanskeligt at få hold på, hvad sagens problem egentlig drejede sig om, og hvorfor sagen blev forelagt for EF-domstolen. Noget kunne måske tyde på, at sagens problem gik ud på følgende: På baggrund af den østrigske lovgivning om offentlige kontrakter (?) mente den østrigske regering og den østrigske nationalbank, at den samlede tjenesteydelse ikke var undergivet Tjenesteydelsesdirektivets udbudsregler, fordi tjenesteydelsens primære formål var omfattet af Tjenesteydelsesdi-

rektivets bilag I B. Som det fremgår, afviste EF-domstolen et sådant synspunkt og henviste i stedet til (en bogstavelig) anvendelse af reglen i direktivets artikel 10. Konsekvensen heraf fremgår ikke af dommens sagsfremstilling.

Retten i Første Instans' dom af 28. november 2002, sag T-40/01, Scan Office Design mod Kommissionen

Trods grove overtrædelser af udbudsreglerne skulle udbyderen ikke erstatte en forbigået tilbudsgivers positive opfyldelsesinteresse, da tilbudsgiverens tilbud var ukonditionsmæssigt, selvom det var indgået i tilbudsvurderingen, hvorfor der ikke var årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og tilbudsgiverens hævdede tab. Krav, der er fastsat som mindstekrav, skal overholdes også ved udbud med forhandling

Kommissionen iværksatte et udbud vedrørende indkøb af kontormøbler. Udbuddet angik flere kategorier af møbler. Med hensyn til en af kategorierne anså Kommissionen alle tilbud for uantagelige, hvorfor Kommissionen iværksatte et nyt udbud efter forhandling vedrørende den pågældende kategori. Sagen angår dette udbud.⁷

Tildelingskriteriet var øjensynlig det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der indkom et antal tilbud. Kommissionen udelukkede nogle tilbud, der klart ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav. Kommissionen foretog derefter en tilbudsvurdering af de øvrige tilbud og besluttede på grundlag af vurderingen at indgå kontrakt med en af de pågældende tilbudsgivere. En anden af de tilbudsgivere, hvis tilbud var indgået i tilbudsvurderingen, anlagde derefter sagen ved Retten i Første Instans med påstand om erstatning af sit tab ved ikke at have fået tildelt kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse).

Retten konstaterede, at Kommissionen havde begået følgende overtrædelser (Klagenævnets litrering):

1) Kommissionen havde givet sagsøgeren nærmere angivne urigtige oplysninger, efter at sagsøgeren havde anmodet om aktindsigt (præmis 27).

2) Kommissionen havde uberettiget givet den valgte tilbudsgiver forlængelse af fristen for at afgive tilbud. (Præmis 33. Forlængelsen skyldtes, at Kommissionen havde angivet en forkert adresse, da den sendte udbudsbetingelserne til den valgte tilbudsgiver).

3) Kommissionen havde uberettiget taget hensyn til bedømmelser af de tilbudte møbler foretaget af visse medarbejdere, selvom der var nærmere angivne fejl i disse bedømmelser (præmis 50, 63 og 68).

4) Kommissionen havde uberettiget taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom visse af de møbler, som den valgte tilbudsgiver havde tilbudt, ikke opfyldte nogle krav, der i udbudsbetingelserne var angivet som ufravigelige (præmis 94). Herved bl.a. udtalt, at selvom den ordregivende myndighed har en vis forhandlingsbeføjelse ved udbud efter

⁷Udbuddet efter forhandling (i den nutidige terminologi »med« forhandling) blev iværksat efter artikel 6, stk. 3, litra a i det dagældende indkøbsdirektiv, der fandt anvendelse i henhold til de regler, der da var gældende for Kommissionens udbud. Bestemmelsen gik ud på, at der under visse forudsætninger kunne iværksættes udbud efter forhandling, når der ved et forudgående udbud ikke var indkommet egnede tilbud m.m. (En lignende regel er indeholdt i Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a).

forhandling, skal krav, som den ordregivende myndighed selv har fastsat som ufravigelige, respekteres (præmis 76).

Retten karakteriserede Kommissionens overtrædelser som grove (præmis 121). Retten frifandt imidlertid Kommissionen for sagsøgerens erstatningskrav med den begrundelse, at der ikke var årsagssammenhæng mellem Kommissionens overtrædelser og sagsøgerens hævdede tab, idet sagsøgerens tilbud på visse punkter ikke opfyldte ufravigelige krav i udbudsbetingelserne, hvorfor det ikke var bevist, at Kommissionen burde have tildelt sagsøgeren kontrakten (præmis 121).

EF-domstolens dom af 12. december 2002, sag C-470/99, Universale-Bau

Et organs faktiske virksomhed er afgørende for, om organet skal anses for at imødekomme almenhedens behov. Første kontroldirektiv er ikke til hinder for klagefrister, og frister på 14 dage var rimelige. Hvis ordregiver på forhånd har fastlagt kriterierne for udvælgelse af virksomheder til at give tilbud, skal disse kriterier oplyses

En østrigsk renovationsvirksomhed, der i dommen benævnes EBS, udbød som begrænset udbud et bygge- og anlægsarbejde vedrørende udbygning af Wiens hovedrensningsanlæg. I udbudsbekendtgørelsen var angivet: Ved udvælgelsen af de virksomheder, der ville blive opfordret til at afgive tilbud, ville der blive lagt vægt på forskellige referencer, og oplysningerne herom fra de virksomheder, der havde anmodet om at komme i betragtning, ville blive evalueret efter et pointsystem, der var deponeret hos en notar. De fem virksomheder, der derved blev placeret bedst, ville blive opfordret til at afgive tilbud.

To østrigske virksomheder, der havde anmodet om at komme i betragtning, fik ved brev af 7. juli 1999 fra EBS meddelelse om, at de ikke var blandt de bedst placerede, og at de derfor ikke ville blive opfordret til at afgive tilbud. De to virksomheder indgav den 3. august 1999 klage til et klageorgan (Vergabekontrollsenat). Det synes at fremgå, at EBS for klageorganet gjorde gældende, at de to virksomheders klage var indgivet for sent, dvs. efter udløbet af en klagefrist på 14 dage, der er fastsat i Land Wiens lovgivning om offentlige kontrakter.

Der forelå for klageorganet spørgsmål, om EBS skulle anses for ordregiver i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet. Afgørende herfor var, om EBS kunne anses for et »offentligretligt organ«, jf. direktivets artikel 1, b, stk. 2.

Om EBS var oplyst: EBS er en juridisk person, og EBS er for mere end halvdelen vedkommende kontrolleret af Wiens Kommune. EBS opfylder således klart de to sidste led i definitionen af begrebet »offentligretligt organ« i den nævnte bestemmelse. Klageorganet var imidlertid i tvivl med hensyn til, om EBS opfylder definitionens første led, dvs. at organet skal være oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel og kommerciel karakter. Klageorganet lagde ganske vist til grund, at EBS opfylder denne betingelse i dag som følge af, at EBS fra 1985 har haft til opgave at drive det omhandlede rensningsanlæg. Det, som voldte klageorganet problemer, var at EBS ved sin stiftelse i 1976 var blevet oprettet som en rent kommerciel virksomhed, og at EBS' senere overtagelse af opgaver til imødekommelse af almenhedens behov var sket uden vedtægtsændringer.

Klageorganet stillede nogle spørgsmål til EF-domstolen, der udtalte (stærkt sammentrængt og til dels ombrudt, Klagenævnets litrering):

I resuméet under punkt 1) straks nedenfor er af sproglige nemhedsgrunde anvendt formuleringen »almenhedens behov« som sigtende til ordene »almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter« i første led i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, b, stk. 2.

1) Ad et spørgsmål, der sigtede til, om EBS skal anses for at være oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, jf. første led i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, b, stk. 2: Der skal tages hensyn til den faktiske virksomhed, som en enhed udøver. Spørgsmålet, om der er tale om almenhedens behov, skal vurderes objektivt, og den retlige form er uden betydning. EF-domstolen henviste herved til sin tilsvarende udtalelse i dommen af 10. november 1998, BFI Holding (Arnhem), med hensyn til den lignende bestemmelse i Tjenesteydelsesdirektivet. EF-domstolen henviste videre til, at selvom det ikke formelt er fastsat i EBS' vedtægter, at virksomheden har til opgave at imødekomme almenhedens behov, kan det dog konstateres objektivt, at EBS har en sådan opgave. EF-domstolen henviste desuden til udbudsdirektivernes formål og anførte, at hensynet til at sikre den effektive virkning af reglen om begrebet »offentligretligt organ« er til hinder for at anlægge en forskellig vurdering alt efter, om en enheds vedtægter er blevet tilpasset den faktiske virkelighed eller ikke. Domstolen besvarede herefter det stillede spørgsmål med, at en enhed, som ikke er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, men som senere har fået overdraget varetagelsen af dette behov, opfylder betingelsen i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, b, stk. 2, første led.

2) Ad et spørgsmål, om første kontroldirektiv er til hinder for klagefrister: Opfyldelsen af første kontroldirektivs formål vil blive bragt i fare, hvis klagere på ethvert tidspunkt i en udbudsprocedure kunne påberåbe sig overtrædelse af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter og dermed forpligte ordregiverne til at omgøre en udbudsprocedure for at afhjælpe overtrædelserne. Rimelige søgsmålsfrister opfylder det effektivitetskrav, der følger af første kontroldirektiv, for så vidt som dette krav er udtryk for anvendelse af det grundlæggende retssikkerhedsprincip. Endvidere var de frister, der var tale om i sagen (14 dage), rimelige. EF-domstolen besvarede herefter spørgsmålet med, at første kontroldirektiv ikke er til hinder for nationale bestemmelser om, at klager skal være indgivet inden for en bestemt frist, såfremt den pågældende frist er rimelig.

3) Ad et spørgsmål, om Bygge- og anlægsdirektivet er til hinder for, at de virksomheder, som opfordres til at afgive tilbud, udvælges i henhold til udvælgelseskriterier, som ikke er oplyst på forhånd: Domstolen henviste til, at EBS fra begyndelsen havde fastlagt udvælgelseskriterierne vægt, men at man ikke havde angivet noget herom i udbudsbekendtgørelsen. Det, som klageorganet ønskede oplyst, var herefter alene, om udvælgelseskriterierne ved et begrænset udbud skal oplyses i tilfælde, hvor ordregiveren har fastlagt dem på forhånd. Domstolen udtalte videre, at Bygge- og anlægsdirektivet ikke indeholder særlige⁸ bestemmelser om forudgå-

⁸ Den rigtige danske oversættelse havde formentlig været »generelle« eller »specifikke« i stedet for »særlige«. Det er i hvert fald det, der synes at være meningen. I de tyske, engelske og franske udgaver af dommen bruges ordene »besondere«, »specific«, og »spécifique«.

Klagenævnet for Udbud

ende offentliggørelse af udvælgelseskriterier, men at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for udbudsdirektiverne, medfører en forpligtelse til gennemsigtighed. EF-domstolen henviste desuden til forskellige regler i Bygge- og anlægsdirektivet og Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Domstolen konkluderede, at Bygge- og anlægsdirektivet skal fortolkes sådan, at en ordregiver, der ved et begrænset udbud på forhånd har fastsat regler for afvejning af kriterierne for udvælgelse af interesserede virksomheder til at afgive tilbud, er forpligtet til at angive disse regler i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne (udbudsmaterialet).⁹

⁹ Angivelsen af, at oplysning om de omhandlede regler kan være indeholdt i udbudsbetingelserne (udbudsmaterialet) er ikke ganske forståelig, da udbudsbetingelserne vel typisk kun sendes til de virksomheder, der er udvalgt til at give tilbud. Formuleringen refererer dog formentlig blot til formuleringen af spørgsmålet fra den østrigske klageinstans.