

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
SIEGBERT ALBER
fremsat den 10. april 2003¹

I — Indledning

II — Retsforskrifter

A — Fællesskabsret: Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter² (herefter »direktiv 93/37«)

2. Artikel 19 i direktiv 93/37

1. Den præjudicielle anmodning fra det østrigske Bundesvergabeamt angår behandlingen af alternative bud under en procedure for tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter. En bydende, der ikke var kommet i betragtning i forbindelse med et vejbyggeri, havde i stedet for det i udbudsbetingelserne angivne betondække tilbudt en (billigere, men efter den pågældende bydendes mening ligeværdig) asfaltkonstruktion. Sagen angår dels de betingelser, under hvilke alternative bud kunne afgives, og i henhold til hvilke de skulle bedømmes (spørgsmål 1 til 3), dels de mulige indvirkninger på en udbudsprocedure af en ulovlig behandling af alternative bud.

»Når kriteriet for tildeling af kontrakten er det økonomisk mest fordelagtige bud, kan de ordregivende myndigheder tage hensyn til alternative bud fra bydende, når disse alternative bud opfylder de mindstekrav, der er fastsat af de ordregivende myndigheder.

De ordregivende myndigheder angiver i udbudsbetingelserne, hvilke mindstekrav alternative bud skal opfylde, samt de nærmere bestemmelser for afgivelse af alternative bud. De skal i udbudsbekend-

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT L 199, s. 54.

gørelsen angive, hvis alternative bud ikke er tilladte.

påtænker at benytte, så vidt muligt ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først.

[...]«

[...]«

3. Artikel 30 i direktiv 93/37

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

B — *National ret: Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabe-gesetz 1997) (østrigsk forbundslov af 1997 om indgåelse af offentlige kontrakter, herefter »BVergG«)* ³

4. BVergG's § 42

a) enten udelukkende den laveste pris

»(1) For så vidt der ikke er tale om udbud efter forhandling skal den bydende overholde udbudsbetingelserne ved udarbejdelsen af budet. Det i udbudsbetingelserne anførte må hverken ændres eller suppleres.

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

(2) [...]

2. I det i stk. 1, litra b), nævnte tilfælde skal den ordregivende myndighed enten i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen anføre alle de kriterier, den

(3) [...]

3 — BGBl. I, nr. 56/1997.

(4) Et alternativt forslag [ifølge terminologien i direktiv 93/37 et »alternativt bud«⁴] kan alene antages, såfremt det sikrer levering af en ydelse, som er ligeværdig med hensyn til kvaliteten. Bevisbyrden for ligeværdigheden påhviler den bydende. Et alternativt forslag kan vedrøre den samlede ydelse, dele af ydelsen eller de retlige vilkår for ydelsens præstation. Alternative forslag skal betegnes som sådanne og afgives særskilt.

2. har væsentlig indflydelse på udfaldet af udbudsproceduren.

(2) [...]

(5) [...]

(3) Efter tildelingen af kontrakten kan Bundesvergabeamt på de i stk. 1 nævnte betingelser blot fastslå, om den påståede ulovlighed foreligger eller ej.«

(6) ...«

5. BVergG's § 117

III — Sagens faktiske omstændigheder

»(1) Bundesvergabeamt skal ved administrativ afgørelse og under hensyntagen til den udtalelse, som mæglingsorganet har afgivet i sagen, annullere en beslutning, truffet af en ordregivende myndighed inden for rammerne af en udbudsprocedure, når denne beslutning

1. er i strid med bestemmelserne i denne forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser, og

6. Regeringen for Land Niederösterreich gav den 27. november 1997 i Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (herafter »ASFINAG«)'s navn og på dettes vegne anlægskontrakten for fornyelse af vejafsnittet »Neumarkt i retning Wien, mellem 100,2 og 108,6 kilometermærket« i offentligt udbud på fællesskabsplan. Genstanden for kontrakten var brobygnings- og vejarbejder.

4 — Ifølge den forelæggende ret er et alternativt forslag (»Alternativangebot«) i henhold til § 15, nr. 14, i BVergG 1997 et bud, der er baseret på et alternativt forslag fra bydende, og skal således anses for et »Änderungsvorschlag« (»alternativt bud«) som omhandlet i direktiv 93/37.

7. Under overskriften »Officielt projekt« var det i udbuddet bestemt, at vejdekke uden for motorvejsbroerne skulle udføres

som tolags betondække af højkvalitetsbeton, uden at dette blev betegnet som mindstekrav. Udbuddet indeholdt heller ingen udtrykkelige bestemmelser om tekniske mindstekrav, som indgivne alternative bud i givet fald skulle opfylde. Der kunne ifølge udbuddet indgives alternative bud. I disse tilfælde skulle imidlertid yderligere en fortegnelse over ydelser, som var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne (hovedtilbuddet), udfyldes i sin helhed. Der var ikke fastsat tildelingskriterier for vurderingen af buddenes økonomiske og tekniske kvalitet (hverken med hensyn til bud, der er afgivet i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, eller med hensyn til alternative bud). Det var heller ikke i udbuddet angivet, at alternative bud skulle sikre levering af en ydelse, som var ligeværdig med det officielle projekt (der blev heller ikke henvist til reglen i BVergG § 42, hvori dette er bestemt), og det var ikke defineret, hvad der skulle forstås ved udtrykket »levering af en ydelse, som er ligeværdig«.

8. Sagsøgeren i hovedsagen, Traunfellner, indgav et alternativt bud samt et bud, der var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Virksomhedens alternative bud var det laveste af samtlige bud, medens dens overensstemmende bud lå som nummer to efter tilbuddet fra entreprenørsammenslutningen Ilbau — LSH Fischer — Heilit & Woerner, hvem ordren blev tildelt.

9. I det alternative bud tilbød Traunfellner at erstatte betondækket med en asfaltkon-

struktion i et bitumenbaseret materiale. Som teknisk forklaring blev forelagt en sagkyndig erklæring, ifølge hvilken asfaltkonstruktionen på baggrund af forudsætningerne i byggeområdet ville have en tilstrækkelig deformeringsstabilitet i et tidsrum af 20 år.

10. I den af delstatsregeringen bestilte tekniske kontrolrapport hed det, at der ganske vist forelå en undersøgelse fra 1989 om substitutionsmulighederne vedrørende asfaltkonstruktioner. Erfaringerne fra tidligere ordrer havde imidlertid vist, at der trods omhyggelig udførelse i overensstemmelse med kontrakten af en sådan asfaltkonstruktion allerede efter kort tid fremkom kørespor af betragtelig dybde, og at yderligere reparationsarbejder havde været nødvendige. Det anførtes endvidere, at tillægsydelser til en værdi af ca. 2,5 millioner ATS var nødvendige for at sikre en præstation i overensstemmelse med det offentlige udbud, såfremt Traunfellners alternative bud blev antaget, således at prisfordelen reduceredes til 6,9 millioner ATS. Derudover hed det, at man ved en betondækkekonstruktion som følge af ny teknologi kunne gå ud fra, at vejbanen ville være deformeringsstabil i mindst 30 år. En betondækkekonstruktion som omhandlet i det offentlige udbudsmateriale ville således have 50% længere levetid i forhold til merudgifter på blot 8,5%. Herudover indgik det ikke i det alternative bud at udnytte den gamle beton som et værdifuldt blandingsmateriale til brug for det nye betondække (genbrugstanken), idet den beton, som blev brudt op, kun til dels ville finde anvendelse som sekundært fyldmateriale på

byggepladsen. Størstedelen af det eksisterende betondække ville således finde anvendelse til et ikke nærmere angivet formål uden for byggepladsen. En betonudførelse af den generelle vejfornyelse som anført i det offentlige udbud ville derfor i hvert fald for så vidt angik levetid og deformeringsstabilitet i forbindelse med denne anlægsmetode være at foretrække. Det ville nemlig betyde mindre efterfølgende vedligeholdelse, hvilket atter ville indebære færre begrænsninger for trafikken og derfor en minimering af de negative følger for trafikens sikkerhed og afvikling. Følgelig kunne det alternative bud ikke anses for ligeværdigt i forhold til kravene i det officielle projekt, hvorfor det måtte udgå. På grundlag af denne undersøgelsesrapport besluttede tildelingsudvalget den 17. marts 1998 at indstille, at kontrakten blev tildelt entreprenørsammenslutningen Ilbau — LSH Fischer — Heilit & Woerner.

11. Traunfellner indgav til den forelæggende ret, Bundesvergabeamt, en begæring om, at udelukkelsen af virksomhedens alternative bud blev erklæret ugyldig. Den 21. april 1998 blev begæringen forkastet med den begrundelse, at det alternative buds tekniske ligeværdighed var irrelevant. Det afveg nemlig i så betydeligt omfang fra udbudsbetingelserne, at der herefter ikke længere var tale om et forskriftsmæssigt alternativt bud. Subsidiært anførte den forelæggende retsinstans, at det alternative bud ikke var teknisk ligeværdigt, idet

ordregiveren var berettiget til at sondre mellem forskellige tekniske systemer.

12. Efter denne afgørelse blev opgaven tildelt den bydende, der havde afgivet det laveste bud, der var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Arbejderne blev herefter udført.

13. På grundlag af en af Traunfellner iværksat appel ophævede forfatningsdomstolen Bundesvergabeamts afgørelse af 21. april 1988 på grund af tilsidesættelse af begrundelsespligten. Ifølge østrigsk ret sættes efter forfatningsdomstolens annulation af forvaltningsakten (i denne sag ophævelsen af den forelæggende rets afgørelse af 21.4.1998) retssagen tilbage på det stade, hvorpå den befandt sig, før den anfægtede afgørelse blev truffet. Bundesvergabeamt skal herefter på ny træffe afgørelse vedrørende Traunfellners begæring af 17. april 1998 om annulation af udelukkelsen af det alternative bud. Da kontrakten i mellemtiden er blevet tildelt i medfør af BVerG's § 117, stk. 3, skal det nu kun afgøres, om udelukkelsen var lovlig.

IV — De præjudicielle spørgsmål

14. Bundesvergabeamt ønsker oplyst, hvornår der foreligger et »alternativt bud«

som anført i artikel 19 i direktiv 93/37, om kriteriet »ligeværdigt«, på grundlag af hvilket alternative bud skal bedømmes, skal anføres i udbudsmaterialet, samt hvorledes en offentlig ordregiver skal forholde sig, hvis det efterfølgende viser sig, at udbuddet var behæftet med en fejl. Bundesvergabeamt har derfor forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Udgør et alternativt forslag fra en bydende, der består i at udføre et vejdække i asfalt i stedet for det udbudte vejdække i beton, et »alternativt bud« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 19, stk. 1, i direktiv 93/37/EØF?
- 2) Kan den betingelse, som er fastsat i nationale retsfor skrifter for, at et »alternativt bud« — i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 19, stk. 1, i direktiv 93/37/EØF — kan antages, og hvorefter det alternative bud skal »sikre levering af en ydelse, som er ligeværdig med hensyn til kvaliteten«, lovligt anses for et »mindstekrav«, der er fastsat og angivet af den ordregivende myndighed i overensstemmelse med artikel 19, stk. 1 og 2, i direktiv 93/37/EØF, såfremt udbudsbetingelserne alene henviser til den nationale retsfor skrift og ikke nærmere fastlægger de konkrete kriterier for sammenligning, på grundlag af hvilke »ligeværdigheden« kan efterprøves?
- 3) Er artikel 30, stk. 1 og 2, i direktiv 93/37/EØF, sammenholdt med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, til hinder for, at en ordregivende myndighed betinger antagelsen af et alternativt bud, som adskiller sig fra de bud, der er afgivet i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, ved en anden teknisk kvalitet, af en positiv bedømmelse på grundlag af et kriterium, som er fastsat i nationale retsfor skrifter, hvorefter det alternative bud skal »sikre levering af en ydelse, som er ligeværdig med hensyn til kvaliteten«, såfremt udbudsbetingelserne i denne henseende alene henviser til den nationale retsfor skrift og ikke nærmere fastlægger de konkrete kriterier for sammenligning, på grundlag af hvilke »ligeværdigheden« skal undersøges?
- 4) a) Såfremt spørgsmål 3 besvares bekræftende: Kan en ordregivende myndighed gennemføre en udbudsprocedure som den, der er nærmere beskrevet i spørgsmål 3, ved tildeling af kontrakten?
b) Såfremt spørgsmål 3 og spørgsmål 4 a) besvares bekræftende: Er en ordregivende myndighed, der forestår en udbudsprocedure som beskrevet i spørgsmål 3, forpligtet til at forkaste alternative bud fra bydende uden at efterprøve disse indholdsmæssigt, såfremt myndigheden ikke har fastsat kriterier for tildeling med hensyn til bedømmelsen af det alternative buds tekniske afvigelser fra udbudsbetingelserne?

- 5) Såfremt spørgsmål 3 og spørgsmål 4 a) besvares bekræftende og spørgsmål 4 b) benægtende: Er en ordregivende myndighed, der forestår en udbudsprocedure som omhandlet i spørgsmål 3, forpligtet til at antage et alternativt bud, hvis tekniske afvigelser i forhold til udbudsbetingelserne myndigheden ikke kan vurdere, som følge af, at udbudsbetingelserne ikke indeholder de nødvendige specifikationer, såfremt dette alternative bud er det laveste, og der i øvrigt ikke er blevet fastsat andre tildelingskriterier?»

15. Som begrundelse har Bundesvergabeamt anført, at det med spørgsmål 1 skal afklares, om et tilbud om et vejdække i asfalt i stedet for den i udbudsbetingelserne omhandlede betondække udgør et alternativt bud i henhold til artikel 19, stk. 1, i direktiv 93/37, således at direktivets bestemmelser om alternative bud finder anvendelse i forhold til dette.

16. Med hensyn til spørgsmål 2 forklarer Bundesvergabeamt, at retmæssigheden af antagelse af et alternativt bud ifølge BVerG's § 42, stk. 4, afhænger af, om der er sikkerhed for, at der vil blive præsteret en kvalitativt ligeværdig ydelse. I tildelingspraksis spiller vurderingen af spørgsmålet om »ligeværdighed« en vigtig rolle. Også i det foreliggende tilfælde har den ordregivende myndighed efterprøvet spørgsmålet om det alternative buds ligeværdighed og

afvist dette. De kriterier, som den ordregivende myndighed anvendte, var imidlertid i overensstemmelse med de østrigske ordregivende myndigheders faste praksis ikke fastsat i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen.

17. Bundesvergabeamt anser en sådan fremgangsmåde for at være i strid med artikel 30 i direktiv 93/37 og med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. Uforeneligheden kan alene undgås, såfremt kravet om ligeværdighed af den ydelse, som skal præsteres, og som gælder alternative bud, anses for »mindstekrav« som omhandlet i direktivets artikel 19, stk. 2. I så fald ville det ikke være nødvendigt at angive de konkrete sammenligningsparametre som tildelingskriterier. En sådan fortolkning ville være i strid med direktivets principper. Det fremgår af den klare ordlyd af direktivets artikel 19, stk. 2, at de ordregivende myndigheder skal angive mindstekravene i udbudsbetingelserne. Den blotte anvendelse af en national retsfor-skrift, hvori ligeværdighedskriteriet er fastlagt, kan ikke anses for de ordregivende myndigheders angivelse i udbudsbetingelserne af, hvilke krav der skal være opfyldt.

18. Endvidere opfylder den blotte henvisning til en ikke nærmere konkretiseret ligeværdighed ikke kravene om gennem-

sigtighed, ligesom den ikke er forenelig med den sproglige forståelse af udtrykket »angive«. Ved »angive« forstår en nærmere forklaring og beskrivelse. Det har de ordregivende myndigheder imidlertid ikke givet.

praksis, de ordregivende myndigheder i Østrig følger, er for så vidt i strid med direktivets ordning.

19. Med hensyn til spørgsmål 3 har Bundesvergabeamt anført, at direktivet alene giver de ordregivende myndigheder et valg mellem kriteriet den laveste pris og det økonomisk mest fordelagtige bud. I førstnævnte tilfælde følger det af artikel 19, stk. 1, at alternative bud på forhånd er udelukkede. I det andet tilfælde skal de ordregivende myndigheder i henhold til direktivets artikel 30, stk. 2, enten i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen anføre alle de kriterier, der påtænkes benyttet ved vurderingen af buddene.

20. Denne sammenligning viser, at forskellige kvaliteter, hvis de må tilbydes, skal vurderes på grundlag af de tildelingskriterier, som ordregiveren har fastsat. Såfremt ordregiveren ikke har fastsat kriterier for tildeling, forekommer det Bundesvergabeamt at være en nødvendig følge heraf, at der i så tilfælde heller ikke kan tages stilling til alternative bud, og at disse følgelig heller ikke kan antages. Den

21. En sådan fremgangsmåde er endvidere i strid med princippet om gennemsigtighed. Såfremt den ordregivende myndighed ved vurderingen af alternative bud lægger et kriterium for den konkrete »ligeværdighed af den ydelse, der skal præsteres« til grund uden at angive konkrete sammenligningsparametre, anvender den kriterier, den ikke i forvejen har bekendtgjort. Dette er uforeneligt med Domstolens faste praksis⁵ og fratager de bydende muligheden for på grundlag af de offentliggjorte kriterier på forhånd at vurdere, om de udbudte kontrakter, henholdsvis udarbejdelse af alternative bud, er af interesse for dem⁶. I praksis fører anvendelsen af det ubestemte begreb »ligeværdighed«, der først efterfølgende konkretiseres af ordregiveren i forbindelse med vurderingen af alternative bud, til stor usikkerhed og omfattende retstvister. Ordregiveren strider enten med de bydende, der har indgivet alternative bud, som ikke anses for at være ligeværdige med ordregiverens egne specifikationer, eller med de bydende, der ikke har indgivet alternative bud, og som betvivler, at de alternative bud, som ordregiveren ønsker at antage, er ligeværdige. De bydende kan forinden alene gisne om, hvad ordregiveren vil anse for ligeværdigt. Det fører til stor usikkerhed hos de bydende, der måske i

5 — Bundesvergabeamt henviser til dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 35 ff., og af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, »vallonske busser«, Sml. I, s. 2043, præmis 57 ff.).

6 — Bundesvergabeamt henviser til dommen i Beentjes-sagen (nævnt i fodnote 5, præmis 21 ff.) og dom af 26.9.2000, sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 7445, præmis 34 ff.

spekulationshensigt forbereder alternative bud, men samtidig også hos de bydende, der ikke indgiver alternative bud, men som må påregne, at deres bud udkonkurreres af et alternativt bud, som ordregiveren efter åbningen af buddene finder ligeværdigt.

22. Resultatet af denne fremgangsmåde er en ulovlig »blandet ordning«, der omfatter såvel kriterier for tildeling alene på grundlag af prisen og tildeling på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud. Dette er uforeneligt med Domstolens retspraksis⁷. Endvidere er anvendelsen af et kriterium, der alene er fastlagt gennem henvisning til nationale retsforskrifter, ulovlig⁸.

23. Med spørgsmål 4 og 5 ønsker Bundesvergabeamt at nå til en afklaring af, hvorledes en ordregiver skal forholde sig, hvis det under en udbudsprocedure fastslås, at den østrigske udbudspraksis er retsstridig. En mulighed ville være at give afkald på tildeling af kontrakten og at annullere udbuddet. Herfor taler, at udbudsproceduren blev indledt på vilkår, der har vist sig at være retsstridige, og følgelig ikke længere kan finde anvendelse. En anden mulighed ville være at fortsætte proceduren. I så fald må det imidlertid have for øje, at udbudsproceduren vil skulle fuldføres med begrænsninger, som

ikke på forhånd er blevet meddelt de bydende. De bydende har indgivet alternative bud i forventning om, at disse lovligt kunne indgives, og at de ville blive vurderet af ordregiveren på grundlag af ikke nærmere konkretiserede kriterier vedrørende »ligeværdighed«. Såfremt det ligeværdighedskriterium, som er fastsat i national ret, ikke alligevel finder anvendelse, ændres der på væsentlige forudsætninger for afgivelsen af buddene. En sådan fravigelse af de forudsætninger, der lå til grund for udbuddet, kan anses for en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling⁹.

24. Den eneste korrekte fremgangsmåde vil derfor muligvis være at undlade at tildele kontrakten og at indlede en ny udbudsprocedure. I så fald er den afgørelse, som den ordregivende myndighed har truffet, om afvisning af det alternative bud fra den bydende som følge af manglende ligeværdighed og tildeling af kontrakten til en anden bydende, i hvert fald retsstridig. På den anden side vil en fuldstændig undladelse af at tildele kontrakten, henholdsvis en pligt til at indlede en ny udbudsprocedure, kunne anses for en for vidtgående følge af en tilsidesættelse af enkelte bestemmelser

7 — Bundesvergabeamt henviser til dom af 28.3.1985, sag 274/83, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1077, præmis 24 ff., og af 26.4.1994, sag C-272/91, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1409.

8 — Bundesvergabeamt henviser til dommen i Beentjes-sagen (nævnt i fodnote 5, præmis 35 ff.).

9 — Bundesvergabeamt henviser »mutatis mutandis« til dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353.

i fællesskabsretten, især da de fællesskabsretlige krav i denne henseende også kunne tilgodeses blot gennem en undladelse af den fællesskabsretsstridige anvendelse af et ikke nærmere konkretiseret »ligeværdighedskriterium«.

25. Bliver proceduren derimod gennemført, opstår der spørgsmål om, efter hvilke kriterier tildelingen af kontrakten skal ske. Efter den forelæggende rets opfattelse kan kun to forskellige muligheder komme i betragtning: Ordregiveren afviser det alternative bud og tildeler enten kontrakten på grundlag af den laveste pris eller på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, i hvilken forbindelse der alene må anvendes de kriterier, som ordregiveren har fastsat. Denne mulighed ville være i overensstemmelse med direktivets målsætninger, da ordningen ifølge direktivets artikel 30 er den, at de forskellige kvaliteter, der tilbydes, netop skal vurderes på grundlag af tildelingskriterier. Kvalitetsforskelle, der ikke kan vurderes på grundlag af disse kriterier, fører til, at buddet ikke er sammenligneligt med konkurrenternes bud. Når et bud imidlertid ikke er sammenligneligt, følger det af principperne om ligebehandling, at det skal forkastes.

26. Det er imidlertid også muligt at forpligte ordregiveren til at acceptere det alternative forslag og se bort fra de kvalitative forskelle, der er forbundet hermed. Dette er imidlertid en lidet formåls-

tjenlig fremgangsmåde, da ordregiveren i så fald måtte acceptere et bud, som ikke er i overensstemmelse med de kvalitative krav, denne ordregiver har fastsat, uden mulighed for at vurdere de kvalitative afvigelser på grundlag af bestemte kriterier. Dette er i strid med direktivets formål, således som Domstolen har formuleret det, da ordregiveren i så fald ikke ville være i stand til at foretage en indbyrdes sammenligning af bud og at acceptere det for ordregiver mest fordelagtige bud på grundlag af objektive kriterier¹⁰.

V — Parternes argumenter og min bedømmelse

A — Formaliteten

27. Kommissionen bestrider i sit skriftlige indlæg, at den præjudicielle forelæggelse kan antages til realitetsbehandling. Kommissionen henviser til sin argumentation i sag C-314/01, i hvilken den har bestridt, at Bundesvergabeamt er en domstol efter artikel 234 EF, idet myndighedens afgørelse ikke er bindende. Under den mundtlige forhandling trak den imidlertid denne indsigelse tilbage i betragtning af den i mellem-

¹⁰ — Bundesvergabeamt henviser til dom af 16.9.1999, sag C-27/98, *Metalmeccanica*, Sml. I, s. 3697, præmis 31.

tiden afsagte dom i Swoboda-sagen¹¹. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

30. ASFINAG har afgivet bemærkninger af mere generel karakter og har gjort gældende, at der foreligger et alternativt bud, når dele af de udbudte ydelser erstattes med andre i et tilbud.

B — Spørgsmål 1

1. Parternes argumenter

28. Traunfellner, ASFINAG samt den østrigske og den franske regering er af den opfattelse, at et tilbud om et asfaldække i forhold til det udbudte betondække er et alternativt bud som anført i artikel 19 i direktiv 93/37.

29. Traunfellner har anført, at der foreligger et alternativt bud, når der foreslås en ny udførelsesmåde, en anden konstruktion, et andet materiale eller andre alternativer, som sikrer en mere praktisk eller billigere levering af ydelser. Asfalt er et teknisk alternativ til beton. Det, der skal efterprøves, er derfor tilbuddets tekniske ligestyrelighed, bæreevnen, spordybden og friktionen.

31. Den østrigske regering har henvist til bestemmelsens tilblivelseshistorie. I udkast til ændring af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter anførte Kommissionen, at der kun måtte stilles forslag om en ændring af konstruktionsplanen eller de foreskrevne materialer¹².

32. Den franske regering er af den opfattelse, at begrebet alternativt bud skal fortolkes vidt. I det udbud, der har givet anledning til hovedsagen, blev beton ikke fastlagt som en uomgængelig teknisk specifikation. Herefter skal asfalt anses for et alternativt bud.

33. Kommissionen har henvist til, at det forelagte spørgsmål angår faktum og derfor principielt ikke kan realitetsbehandles. Det kan kun besvares efter en omformulering. Efter Kommissionens opfattelse skal spørgsmålet omformuleres således, at der

11 — Dom af 14.11.2002, sag C-411/00, Swoboda, Sml. I, s. 10567, præmis 27 ff. I samme retning generaladvokat Mischo's forslag til afgørelse af 25.2.2003 i sag C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner m.fl., dom af 19.6.2003, Sml. I, s. 6413, på s. 6415, punkt 20-23. Sammenlign også generaladvokat Geelhoed's forslag til afgørelse af 10.10.2002 i sag C-315/01, GAT, dom af 19.6.2003, Sml. I, s. 6351, på s. 6354, punkt 22 ff.

12 — KOM(86) 679 endelig udg. af 23.12.1986.

spørges om betingelserne for, at et alternativt forslag kan anses for et alternativt bud. Det således omformulerede spørgsmål besvarer Kommissionen med, at der må være tale om en procedure, ifølge hvilken opgaven tildes på grundlag af kriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, at alternative bud ikke må være udelukket og at det alternative bud skal opfylde de opgivne mindstekrav.

2. Bedømmelse

34. Med spørgsmål 1 ønsker Bundesvergabeamt oplyst, om tilbuddet om at udføre et asfaltdække udgør et alternativt bud i forhold til udførelsen af et betondække som krævet i udbuddet.

35. Dette spørgsmål angår subsumptionen af et konkret sagsforhold under det fællesskabsretlige begreb »alternativt bud« som anført i artikel 19 i direktiv 93/37. Det tilkommer imidlertid efter kompetencefordelingen i artikel 234 EF den nationale retsinstans at anvende de fællesskabsretlige bestemmelser på det konkrete tilfælde. En sådan anvendelse kan nemlig ikke finde sted uden en samlet vurdering af sagens faktiske omstændigheder¹³. Som følge

heraf kan spørgsmål 1 ikke antages til realitetsbehandling.

36. Domstolen kan dog forsyne den nationale retsinstans med fortolkningselementer vedrørende fællesskabsretten, som kan sætte retten i stand til at besvare det spørgsmål, der er forelagt den¹⁴. Subsidiært og for det tilfælde, at Domstolen måtte beslutte sig for at omformulere spørgsmål 1, skal jeg anføre følgende:

37. På baggrund af den østrigske forfatningsdomstols ophævelse af den første afgørelse fra den forelæggende ret må spørgsmål 1 forstås som et spørgsmål om, hvor grænserne går for antagelsen af et »alternativt bud« i artikel 19's forstand. Hvornår kan man stadig tale om et »alternativt bud«, og hvornår afviger den tilbudte ydelse så meget fra udbuddet, at det alternative bud ikke kan behandles?

38. Således omformuleret bliver spørgsmål 1 ganske vist til et retsspørgsmål, som Domstolen principielt kan besvare. Det må imidlertid tages i betragtning, at sagen for Bundesvergabeamt angår det stadium, hvor

13 — Dom af 8.2.1990, sag C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe, Sml. I, s. 285, præmis 11, og af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 31.

14 — Dom af 4.5.1993, sag C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, Sml. I, s. 2239, præmis 8, og Teckal-dommen (nævnt i fodnote 13), præmis 33.

tildelingen sker, ikke det stadium, hvor det prøves, om alternative bud kan behandles. Ifølge fremstillingen i forelæggelsesafgørelsen har ordregiveren ikke afvist det alternative bud, men udelukket det som ikke ligeværdigt. Strengt taget er besvarelsen af spørgsmål 1 derfor ikke nødvendig for hovedsagen og kunne derfor anses for et hypotetisk spørgsmål, som ifølge fast retspraksis¹⁵ skal afvises. Tilsvarende gælder for spørgsmål 2.

39. De to første spørgsmål giver kun mening, hvis man tilslutter sig Bundesvergabeamts opfattelse, hvorefter ordregiverens afgørelse ikke kan anfægtes, når udbudsproceduren allerede på et tidligere stadium (her angivelsen af mindstekrav i udbuddet og vurderingen af, om alternative bud kan behandles) var fejlbehæftet, men denne fejl ikke blev påtalt (her blev der først gjort indsigelse på det stadium, hvor tildelingen skete). Om denne retsopfattelse er forenelig med fællesskabsretten, navnlig Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter¹⁶, er genstand for GAT-sagen. Generaladvokat

Geelhoed anser i sit forslag til afgørelse af 10. oktober 2002 denne praksis for uforenelig med kontroldirektivet¹⁷. Der er endnu ikke afsagt dom i denne sag. Jeg vil lade spørgsmålet henstå, da det ikke er blevet drøftet under sagen.

40. Subsidiært skal jeg derfor anføre, at alternative bud i henhold til artikel 19, stk. 1, i direktiv 93/37 skal afvises, når de ikke er i overensstemmelse med de mindstekrav, ordregiveren har fastsat. Hvornår der foreligger et alternativt bud, afhænger altså af de mindstekrav, som ordregiveren har fastsat i det enkelte tilfælde, og som skal anføres i udbuddet.

41. Parternes bemærkninger til spørgsmål 1 bekræfter analysen af, at det er det enkelte tilfælde, der er afgørende. Kommissionen har navnlig fremhævet procesretlige synspunkter, såsom tildelingen i henhold til kriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at alternative bud ikke var udelukket. I øvrigt har også Kommissionen fremhævet, at mindstekravene skal overholdes. De øvrige parter har fremhævet enkelte aspekter af den udbudte ydelse

15 — Dom af 13.3.2001, sag C-379/98, Preussen Elektra, Sml. I, s. 2099, præmis 39, og af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 19.

16 — EFT L 395, s. 33.

17 — Forslag til afgørelse i sag C-315/01, GAT, nævnt ovenfor i fodnote 11, punkt 45 ff.

såsom nye byggemetoder eller nye materialer.

blive taget i betragtning²². Det eneste krav, artikel 19 stiller, er at den i det alternative bud tilbudte ydelse skal være ligeværdig med den udbudte ydelse. Ligeværdigheden skal prøves i forhold til de mindstekrav, ordregiveren skal opstille.

42. Direktivets artikel 19 er indsat på Kommissionens initiativ. I forslag til ændring af direktiv 71/305 blev det foreslået, at alternative bud (»varianter« i den daværende terminologi) kunne angå en væsentlig ændring af konstruktionsplanen eller de foreskrevne materialer henholdsvis en ændring af udførelsesmetoden eller den foreskrevne udførelsesteknik¹⁸. Der skulle gives virksomhederne mulighed for at foreslå mere avancerede tekniske løsninger¹⁹. Kommissionen udvidede senere i løbet af lovgivningsproceduren dette forslag således, at en "variant" blot skulle være i overensstemmelse med ordregiverens mindstekrav²⁰. Dette blev derpå til artikel 20a i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter²¹. Bestemmelsen er enslydende med artikel 19 i direktiv 93/37. Af denne tilblivelseshistorie fremgår, at principielt enhver del af udbuddet kan være genstand for et alternativt bud. Bestemmelsen har også i sin nuværende affattelse til formål at fremme tekniske fremskridt i byggeriet. Den er bevidst udformet åbent og overlader det til ordregiveren, om han vil tillade alternative bud, og hvilken slags alternative bud, der vil

43. Af det anført fremgår tydeligt, at bedømmelsen af, om der foreligger et alternativt bud eller et ikke forskriftsmæssigt bud, der skal afvises, i den sidste ende kun kan foretages af ordregiveren. En judiciel efterprøvelse må begrænses til kontrollen af, om de processuelle betingelser i direktiv 93/37 og de af ordregiveren opstillede mindstekrav er overholdt, og af, at ordregiveren ikke åbenbart har overskredet grænserne for det skøn, han har i forbindelse med vurderingen af tilbudene, dvs. at han ikke har taget usaglige hensyn i forbindelse med vurderingen af ligeværdigheden. Den saglige vurdering af, om den tilbudte ydelse er i overensstemmelse med udbuddet, påhviler ordregiveren, der på baggrund af sin fagkundskab på det pågældende område er den eneste, der er i stand til at bedømme ligeværdigheden af budet i forhold til den udbudte ydelse.

18 — KOM(86) 679 endelig udg. (nævnt i fodnote 12), s. 43, ny artikel 20a, stk. 2.

19 — KOM(86) 679 endelig udg. (nævnt i fodnote 12), s. 12.

20 — KOM(88) 354 endelig udg. af 21.6.1988, s. 13 og 22 under artikel 20a.

21 — EFT L 210, s. 1.

22 — Jf. punkt 6.4.1, s. 53, i Vejledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af bygge- og anlægsgødder, der kan findes på internetsiden for Kommissionens Generaldirektorat for det Indre Marked, www.europa.eu.int/comm/internal_market

44. I overensstemmelse hermed foreslås det subsidiært, at spørgsmål 1 besvares således, at et alternativt bud som anført i artikel 19 i direktiv 93/37 foreligger, når et bud afgivet i en offentlig udbudsprocedure, der afgøres efter kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud, og i hvilken alternative bud ikke er udelukket, erstatter en del af den udbudte ydelse og i denne forbindelse opfylder de opstillede mindstekrav.

krav i direktivets artikel 19's forstand, når der ikke er fastsat mindstekrav i udbuddet. Formålet med ydelsen, som er angivet i udbuddet, og som dermed er alle bydende bekendt, udgør det principielle udgangspunkt for prøvelsen af ligeværdigheden.

C — Spørgsmål 2 og 3

47. Også når der ikke er angivet kriterier i udbuddet, skal alternative bud bedømmes. I disse tilfælde skal ordregiveren blot sikre sig, at der præsteres en kvalitativt ligeværdig ydelse.

45. ASFINAG, den østrigske regering og den franske regering behandler spørgsmål 2 og 3 samlet. De to spørgsmål drejer sig i det væsentlige om pligten til offentliggørelse af de af ordregiveren anvendte bedømmelseskriterier. Jeg vil følge samme systematik.

1. Parternes argumenter

46. Traunfellner er af den opfattelse, at den i BVergG, § 42, stk. 4, opstillede betingelse om ligeværdighed skal anses for mindste-

48. ASFINAG og den østrigske regering har fremhævet, at det i praksis er vanskeligt at opstille mindstekrav. ASFINAG har anført, at navnlig bygge- og anlægskontrakter består af mange enkeltdele. Ordregiveren kan ikke på forhånd vide, i forhold til hvilke dele, der tilbydes alternativer. Det er imidlertid heller ikke nødvendigt at angive konkrete kriterier for alle enkeltlementer, da det generelle kriterium om ydelsens ligeværdighed er tilstrækkeligt. Der foreligger ingen tilsidesættelse af gennemsigtighedsprincippet, så længe der er sikkerhed for, at alle bud bedømmes efter de samme tildelingskriterier. Direktivets artikel 30 forbyder ikke, at antagelsen af et alternativt bud betinges af sikkerhed for, at der præsteres en kvalitativt ligeværdig ydelse.

49. Den østrigske regering har først anført, at den forelæggende retsinstans efter regeringens opfattelse sammenblander de to begreber »mindstekrav« ifølge direktivets artikel 19 og »tildelingskriterier« ifølge direktivets artikel 30. Det første angår spørgsmålet, om alternative bud er forskriftsmæssige, det andet bedømmelsen af forskriftsmæssige bud. Kommissionen har tilsluttet sig denne opfattelse.

hvilken der kan indhentes oplysninger om de arbejdsretlige vilkår, der skal overholdes. Henvisningen til en offentliggjort, almen gyldig bestemmelse kan ligestilles hermed.

50. Pligten til at fastsætte mindstekrav består uafhængigt af, om alternative bud er tilladte. Mindstekravene skal angives, hvilket betyder, at ordregiveren skal tydeliggøre, hvilke krav, der er ufravigelige, og som vil blive benyttet som målestok ved bedømmelsen af et buds ligeværdighed.

52. Den franske regering og Kommissionen er derimod af den opfattelse, at en henvisning til bestemmelser, der finder anvendelse, ikke ifølge retspraksis opfylder kravene til gennemsigtighed²³.

53. Den franske regering finder, at den fremgangsmåde, der har været fulgt i hovedsagen, har ført til, at bydende, der ikke er etableret i Østrig, er blevet diskrimineret. Derudover er bydende, som har villet afgive alternative bud, blevet stillet ringere, da de ikke kendte de kriterier, i forhold til hvilke deres bud ville blive bedømt.

51. Den østrigske regering er endvidere af den opfattelse, at det — i tilfælde af, at der fastsættes mindstekrav — er tilladt at give en henvisning i udbuddet til offentligt tilgængelige, almen gyldige regler. I BVergG § 35, stk. 2, er det udtrykkeligt bestemt, at det i udbuddene skal angives, at BVergG finder anvendelse på dem. Interesserede bydende kan skaffe sig viden om disse regler. Henvisningen til regler, der finder anvendelse, reducerer omfanget af de udbudstekster, der skal offentliggøres. Her til kommer, at der efter direktivets artikel 23 også kan angives en myndighed, hos

54. Kommissionen har tilføjet, at henvisningen til ydelseernes ligeværdighed ikke er tilstrækkelig, når der kræves anvendelse af bestemte materialer. Tværtimod skal kriterier som holdbarhed og modstandsdygtighed over for deformation angives.

23 — Disse parter henviser til dommene i sagerne Beentjes (nævnt i fodnote 5) og Kommissionen mod Frankrig (nævnt i fodnote 6).

55. Efter Kommissionens opfattelse må alternative bud ikke antages, når der ikke er angivet mindstekrav. I disse tilfælde er udbuddet i strid med fællesskabsretlige regler, da der hverken er opstillet et forbud mod at indgive alternative bud eller er angivet mindstekrav, der skal opfyldes. I et sådant tilfælde må udbudsproceduren ikke fortsættes.

2. Bedømmelse

56. Spørgsmål 2 drejer sig om, hvorvidt bestemmelserne i BVergG's § 42 i medfør af en henvisning i udbudsbetingelserne kan anses for fastsættelse af mindstekrav i direktivets artikel 19's forstand, når det ikke er angivet, i forhold til hvilke sammenligningsparametre ydelsens ligeværdighed vil blive bedømt. Dette spørgsmål indeholder to delaspekter: For det første, om henvisningen til en national regel er tilstrækkelig til at opfylde kravet om gennemsigtighed. For det andet, om bestemmelserne i BVergG's § 42, stk. 4, kan anses for mindstekrav som anført i artikel 19 i direktiv 93/37.

57. Spørgsmål 3 drejer sig om, hvorvidt direktivets artikel 30 er til hinder for nationale regler, der betinger antagelsen af et alternativt bud af det kriterium, at der tilbydes en ligeværdig ydelse, når kriteriet

ikke er nævnt i udbuddet, men kun fremgår af en retsforskrift, som udbuddet henviser til. Også her rejser sig spørgsmålet om, hvorvidt en sådan fremgangsmåde er forenelig med kravet om gennemsigtighed. For så vidt overlapper dette spørgsmål spørgsmål 2. Derfor vil jeg først gennemgå de aspekter, der berører kravet om gennemsigtighed.

58. I dommene i sagerne Beentjes og Kommissionen mod Frankrig har Domstolen fastslået, at ordregivende myndigheder, som anvender forskellige kriterier med henblik på at tildele kontrakten på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, er forpligtet til at nævne disse kriterier enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. En generel henvisning til en bestemmelse i national lovgivning kan ikke opfylde dette krav om offentliggørelse²⁴.

59. Disse domme vedrørende artikel 30 i direktiv 93/37 er baseret på principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Begge er bærende principper for offentlige udbud, og de ligger til grund for direktiv 93/37, således som det fremgår af dettes tiende og ellefte betragtning. Der skal derfor også tages hensyn til de to principper i forbindelse med fortolkningen af direktivets artikel 19. En generel henvisning til en national retsforskrift er som følge heraf heller ikke en tilstrækkelig angivelse af mindstekrav.

24 — Dommene i sagerne Beentjes (nævnt i fodnote 5), præmis 35, og Kommissionen mod Frankrig (nævnt i fodnote 6), præmis 73.

60. Det foreslås derfor at besvare spørgsmål 2 og 3 således: Henvisning til en national retsforskrift er hverken en tilstrækkelig fastsættelse af mindstekrav som anført i artikel 19 eller af tildelingskriterier som anført i artikel 30 i direktiv 93/37.

61. Dermed overflødiggøres strengt taget et svar på anden del af spørgsmål 2 om, i hvilket omfang bestemmelserne i BVergG's § 42, stk. 4, kan anses for mindstekrav. Der skal kun subsidiært, for det tilfælde, at Domstolen måtte have en anden opfattelse med hensyn til kravet om offentliggørelse, tages stilling til dette spørgsmål.

62. Begrebet mindstekrav som omhandlet i artikel 19 defineres ikke i direktivet. Som allerede anført i forbindelse med spørgsmål 1 har ordregiveren et skøn i forbindelse med fastsættelsen af mindstekrav. Mindstekravene angår de egenskaber eller resultater, der er karakteristiske for den udbudte ydelse, og som den tilbudte ydelse skal være i overensstemmelse med.

63. Som ligeledes omtalt i forbindelse med spørgsmål 1 er ordregiveren principielt frit

stillet med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt alternative bud er tilladte. Tillades alternative bud ikke, skal dette ifølge artikel 19, stk. 2, andet punktum., angives udtrykkeligt i bekendtgørelsen. Tillades alternative bud, er det ikke nødvendigt at angive dette i udbuddet²⁵.

64. Som det fremgår af direktivets artikel 19, stk. 2, første punktum., skal ordregiveren i tilfælde af, at alternative bud tillades, i udbudsbetingelserne angive, hvilke mindstekrav alternative bud skal opfylde²⁶. Denne pligt følger af anvendelsen af indikativformen (»angiver [...] mindstekrav«). Skulle det stå ordregiveren frit for i dette tilfælde at fastsætte mindstekrav eller undlade dette, ville det have været nærliggende at anvende formuleringen »kan [...] angive mindstekrav«.

65. Denne ordlydsfortolkning er også i overensstemmelse med bestemmelsernes formål. Når alternative bud er tilladte, skal de bydende vide, efter hvilke kriterier, ordregiveren bedømmer deres bud. Bedømmelsen sker på grundlag af mindstekravene,

25 — Jf. bemærkningerne i vejledningen om offentlige bygge- og anlægsopgaver (nævnt i fodnote 22, s. 53 under punkt 6.4.1).

26 — Jf. bemærkningerne i vejledningen om offentlige bygge- og anlægsopgaver (nævnt i fodnote 22, s. 53 under punkt 6.4.1).

ved hjælp af hvilke ordregiverens forventninger til den ydelse, der er givet i udbud, konkretiseres. Kun når de alternative bud er i overensstemmelse med disse på forhånd fastlagte (princippet om ligebehandling) og i udbudsbetingelserne bekendtgjorte (princippet om gennemsigtighed) krav, kan de accepteres som alternative bud²⁷. Et udbud, i hvilket alternative bud er tilladt, da de ikke udtrykkeligt er udelukket, men hvor ingen mindstekrav er stillet, opfylder derfor ikke betingelserne i direktiv 93/37.

kel 19 i direktiv 93/37 eller om tildelingskriterier som omhandlet i artikel 30 i direktiv 93/37 er uden betydning. Principperne om ligebehandling af bydende og om gennemsigtighed gælder for begge bestemmelser.

67. Det kræves ifølge bestemmelsen i BVergG's § 42, stk. 4, at den ydelse, der tilbydes i det alternative bud, er ligeværdig i forhold til den udbudte ydelse. Dette kriterium angår ikke de egenskaber eller det resultat, der karakteriserer den udbudte ydelse. Det drejer sig derimod om bedømmelsen af den tilbudte ydelse i forhold til den udbudte ydelse.

66. Indvendingen om, at det i praksis er umuligt på forhånd at angive alle kriterier, idet man ikke ved, i forhold til hvilke dele af udbuddet, der vil komme alternative bud, må derfor tilbagevises. Ordregiveren vil være i stand til at formulere sine forventninger til den udbudte ydelse og til de beskrivelser af ydelser, der er indeholdt i de enkelte underpunkter, f.eks. en bros bæredygtighed eller en vejbelægnings holdbarhed og levetid. I udbuddet vedrørende et bygge- eller anlægsarbejde må frem for alt det resultat, ordregiveren forventer, skulle formuleres. Om et bud sikrer dette resultat, skal såvel i forbindelse med bud, der er i overensstemmelse med udbuddet, som i forbindelse med alternative bud vurderes ud fra objektive kriterier, som skal bekendtgøres for de bydende. Om der i denne sammenhæng er tale om kriterier for forskriftsmæssighed som omhandlet i arti-

68. Ligeværdighedskriteriet genfindes i artikel 19, stk. 1, in fine, hvor det hedder, at der kan tages hensyn til alternative bud, »[...] når disse [...] opfylder de mindstekrav, der er fastsat af de ordregivende myndigheder.« I Kommissionens forslag fra 1986 hed det: »De [dvs. de alternative bud] skal tages i betragtning, når de kvalitetsmæssigt mindst opfylder de fastsatte krav.«²⁸ Denne formulering, der allerede i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 89/440 ændredes til fordel for den nuværende affattelse, svarer i vidt omfang til formuleringen af BVergG's § 42, stk. 4. Deri hedder det, at et alternativt bud kun kan antages, »såfremt det sikrer levering af en ydelse, som er ligeværdig med hensyn til kvaliteten.«

27 — Dommen i sagen Kommissionen mod Danmark (nævnt i fodnote 9), præmis 37-40, og dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC, Sml. I, s. 7723, præmis 40 ff.

28 — KOM(86) 679 endelig udg. (nævnt i fodnote 12), s. 43, artikel 20a, stk. 3.

69. Det fremgår af disse forskellige formuleringer, at ligeværdighedskriteriet ikke kan være et »mindstekrav« efter artikel 19 i direktiv 93/37. Ligeværdigheden er derimod det resultat, et alternativt bud skal nå. Om dette resultat nås, skal vurderes i forhold til de mindstekrav, hvormed ordregiveren har karakteriseret sine forventninger til den udbudte ydelse. Ligeværdigheden udgør ikke i sig selv nogen målestok, den beskriver kun det niveau, det alternative bud skal nå.

70. For så vidt som Domstolen måtte anse det for nødvendigt, foreslås derfor, at dette delaspækt af spørgsmål 2 besvares således: Det ligeværdighedskriterium, der er opstillet med henblik på afgørelsen af, om et alternativt bud kan tillades, er ikke et mindstekrav fastsat af ordregiveren som omhandlet i artikel 19 i direktiv 93/37.

afvises, da de er hypotetiske. Den kontrakt, der var tale om i hovedsagen, er i mellemtiden blevet tildelt og arbejdet udført. Den forelæggende ret skal nu kun afgøre, om udelukkelsen af det alternative bud var lovlig.

72. Subsidiært er disse parter med hensyn til spørgsmål 4 af den opfattelse, at proceduren kan fuldføres. ASFINAG har til støtte herfor henvist til artikel 2 i Rådets direktiv 89/665²⁹. Den østrigske regering har henvist til, at der ikke består nogen pligt til tildeling³⁰, og den udleder modsætningsvis heraf, at ordregiveren kan fuldføre proceduren.

D — Spørgsmål 4 og 5

1. Parternes argumenter

71. ASFINAG og den østrigske regering er af den opfattelse, at spørgsmål 4 og 5 skal

73. Traunfellner og Kommissionen er derimod med hensyn til spørgsmål 4 a) af den opfattelse, at ordregiveren ikke kan gennemføre proceduren, men skal udbyde på ny, når udbuddet ikke er sket i overensstemmelse med fællesskabsretten. Det er kun muligt at udelukke afgivelse af alternative bud under meget snævre betingelser.

²⁹ — Nævnt i fodnote 16.

³⁰ — Regeringen henviser til dom af 16.9.1999 i Metalmeccanica-sagen (nævnt i fodnote 10).

74. Med hensyn til spørgsmål 4 b) har Traunfellner gjort sig til talsmand for den opfattelse, at ordregiveren, når alternative bud er tilladt, også må foretage en vurdering af ligeværdigheden. På baggrund af den vidtrækkende mulighed for at afgive alternative bud ville det være urimeligt, om ordregiveren skulle kunne afvise dem uden prøvelse. Også ASFINAG har subsidiært tilsluttet sig denne opfattelse.

75. For så vidt angår spørgsmål 4 b) og 5 er Kommissionen derimod af den opfattelse, at alternative bud skal afvises, når der ikke er fastlagt tildelingskriterier for bedømmelsen af tekniske forskelle.

76. Traunfellner er med hensyn til spørgsmål 5 af den opfattelse, at en pligt til at antage det laveste bud ville være uforenelig med direktivets ånd. I hovedsagen kan de tekniske forskelle også prøves som følge af det indgivne alternative buds ligeværdighed. I øvrigt er vejbygning et empirisk godt bearbejdet område, hvorfor det ikke er nødvendigt for efterprøvelsen af en funktionel teknisk ligeværdighed at angive tildelingskriterier.

2. Bedømmelse

77. Efter fast retspraksis tilkommer det principielt udelukkende den nationale rets-

instans, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retlige afgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de af den nationale retsinstans forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af en fællesskabsretlig bestemmelse, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom³¹.

78. Domstolen har dog udtalt, at den i særlige tilfælde med henblik på at efterprøve sin egen kompetence er beføjet til at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt sagen. Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national retsinstans, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de forelagte spørgsmål³².

79. Som ASFINAG og den østrigske regering med rette har fremhævet, er spørgsmål

31 — Dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59, dommen i Preussen Elektra-sagen (nævnt i fodnote 15), præmis 38, og dommen i sagen Canal Satélite Digital-sagen (nævnt i fodnote 15), præmis 18.

32 — Jf. den i fodnote 15 nævnte retspraksis.

4 a) og 4 b) samt 5 ikke længere af betydning for hovedsagen. Ifølge den forelæggende rets egen redegørelse er kontrakterne vedrørende bro- og vejarbejder blevet tildelt og arbejdet udført. Bundesvergabeamt skal derfor nu kun afgøre spørgsmålet om, hvorvidt den udelukkelse af Traunfellners alternative bud, der fandt sted under udbudsproceduren, var lovlig eller ej. Spørgsmålet om og i givet fald hvorledes udbudsproceduren skal fortsætte, skal ikke længere afgøres i hovedsagen. Spørgsmål 4 og 5 savner således klart forbindelse med hovedsagens genstand, ligesom de er af hypotetisk karakter. Ifølge fast praksis besvares sådanne spørgsmål ikke³³.

80. For det tilfælde, at Domstolen er af den opfattelse, at spørgsmålene kan realitetsbehandles, foreslår jeg subsidiært, at de besvares som anført i det følgende.

81. Spørgsmål 4 a): En udbudsprocedure, hvorunder det ikke i udbudsmaterialet er nærmere angivet, i forhold til hvilke konkrete sammenligningsparametre ligeværdigheden vil blive vurderet, må ikke afsluttes med tildeling af ordren. Ifølge artikel 30, stk. 2, i direktiv 93/37 skal det i udbuds-

bekendtgørelsen anføres, hvilke tildelingskriterier, ordregiverne påtænker at benytte. Som anført under spørgsmål 2 og 3 ligger principperne om ligebehandling og gennemsigtighed til grund for denne bestemmelse. Anvendelse i udbudsproceduren af tildelingskriterier, der ikke er bekendtgjort i udbuddet, udgør en tilsidesættelse af disse principper. Generaladvokat Mischo når også til dette resultat i sit forslag til afgørelse af 27. februar 2003 i sagen EVN og Wienstrom³⁴.

82. Spørgsmål 4 b): Dette spørgsmål er kun stillet for det tilfælde, at det er tilladt at gennemføre udbudsproceduren. I lyset af foranstående bemærkninger er det ikke nødvendigt at besvare det. Blot for fuldstændighedens skyld skal jeg slå fast, at alternative bud ikke kan bedømmes, når der ikke er fastsat kriterier for bedømmelsen i udbuddet. Bliver de alligevel bedømt, foreligger der en tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

83. Spørgsmål 5: Når en ordregiver har besluttet sig for at tildele ordren til den bydende, som har afgivet økonomisk mest fordelagtige bud, kan han ikke under proceduren ændre dette til en tildeling efter den laveste pris. En ændring af tildelingskriterierne under en igangværende udbudsprocedure er i strid med gennemsigtighedskravet³⁵. Som følge heraf må et alternativt

33 — Dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 18-21, af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 25, og af 21.1.2003, sag C-318/00, Bacardi, Sml. I, s. 905, præmis 43.

34 — Sag C-448/01, dom af 4.12.2003, dom af 4.12.2003, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, punkt 122 ff.

35 — Dommen i sagen SIAC (nævnt i fodnote 27), præmis 43, og dommen i sagen Kommissionen mod Belgien (nævnt i fodnote 5), præmis 88 ff.

bud, hvis tekniske forskelle i forhold til udbuddet ikke kan bedømmes på grund af manglende bestemmelser herom i udbuddet, ikke antages, når det er det laveste bud, og der ikke i øvrigt er fastsat tildelingskriterier. Såfremt ordren tildeles den

bydende, som har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, skal det i henhold til artikel 30, stk. 2, i direktiv 93/37 anføres, hvilke tildelingskriterier, den ordregivende myndighed påtænker at benytte. Et udbud, som ikke opfylder dette krav, er ulovligt.

VI — Forslag til afgørelse

84. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg,

- 1) at spørgsmål 1, 4 og 5 afvises, og
- 2) at spørgsmål 2 og 3 besvares således:

»Henvisning til en national retsforskrift er hverken en tilstrækkelig fastsættelse af mindstekrav som anført i artikel 19 eller af tildelingskriterier som anført i artikel 30 i direktiv 93/37.

Det ligeværdighedskriterium, der er opstillet med henblik på afgørelsen af, om et alternativt bud kan tillades, er ikke et mindstekrav fastsat af ordregiveren som omhandlet i artikel 19 i direktiv 93/37.«