

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

16. september 1999 \*

I sag C-27/98,

angående en anmodning, som Bundesvergabeamt (Østrig) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

**Metalmecanica Fracasso SpA,**

**Leitschutz Handels- und Montage GmbH**

mod

**Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten,**

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 18, stk. 1, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), som affattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 328, s. 1),

\* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P.J.G. Kapteyn (refererende dommer), og dommerne J.L. Murray og H. Ragnemalm,

generaladvokat: A. Saggio

justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- Metalmeccanica Fracasso SpA og Leitschutz Handels- und Montage GmbH, ved advokat Andreas Schmid, Wien
- Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten ved konsulent Kurt Klima, Finanzprokuratur Wien, som befuldmægtiget
- den østrigske regering ved afdelingschef Wolf Okressek, Forbundskanslerens Kontor, som befuldmægtiget
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Hendrik van Lier, som befuldmægtiget, bistået af advokat Bertrand Wagenbauer, Bruxelles,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 28. januar 1999 er afgivet mundtlige indlæg af Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten ved Kurt Klima, af den østrigske regering ved Michael

Fruhmann, Forbundskanslerens Kontor, som befuldmægtiget, af den franske regering ved fuldmægtig Anne Bréville-Viéville, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved Hendrik van Lier, bistået af Bertrand Wägenbaur,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 25. marts 1999,

afsagt følgende

### Dom

- 1 Ved kendelse af 27. januar 1998 har Bundesvergabeamt i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 18, stk. 1, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), som affattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 328, s. 1).
- 2 Spørgsmålet er blevet rejst under en sag, der føres af selskaberne Metalmeccanica Fracasso SpA og Leitschutz Handels- und Montage GmbH (herefter »Fracasso og Leitschutz«) mod Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten (herefter »Amt«), vedrørende sidstnævntes tilbagekaldelse af et udbud med hensyn til en offentlig bygge- og anlægskontrakt, som Fracasso og Leitschutz havde afgivet bud på.

## Retsforskrifter

- 3 Direktiv 93/37 indeholder en kodificering af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613). Artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37, som affattet ved direktiv 97/52 (herefter »direktiv 93/37«) bestemmer:

»Ordrer tildeles på grundlag af kriterierne i dette afsnits kapitel 3 og under overholdelse af artikel 19, efter at egnetheden hos de entreprenører, som ikke er udelukket i henhold til artikel 24, er efterprøvet af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne for økonomisk, finansiel og teknisk formåen som anført i artikel 26 til 29.«

- 4 Ifølge § 56, stk. 1, i Bundesvergabegesetz (forbundslov om indgåelse af offentlige kontrakter, herefter »BVerG«) afsluttes en udbudsprocedure med, at der udfærdiges en kontrakt (gives tilslag) eller med, at udbuddet tilbagekaldes. BVerG foreskriver ikke andre måder at afslutte en udbudsprocedure på.

- 5 BVerG's § 52, stk. 1, bestemmer:

»(1) Før det bud vælges, hvorpå der gives tilslag, skal den ordregivende myndighed på grundlag af resultaterne af gennemgangen uden ophold forkaste følgende bud:

1. bud fra bydende, som ikke har tilladelse eller ikke den fornødne finansielle, økonomiske eller tekniske formåen eller pålidelighed

2. bud fra bydende, som ifølge § 16, stk. 3 eller 4, er udelukket fra konkurrencen

3. bud, for hvilke sammensætningen af den samlede pris ikke forekommer troværdig

...«

6 BVerfG's § 55, stk. 2, bestemmer:

»Udbuddet kan tilbagekaldes, når der efter forkastelsen af bud i henhold til § 52 kun er ét bud tilbage.«

7 BVerfG's § 16, stk. 5, bestemmer:

»Der bør kun gennemføres udbudsprocedurer, såfremt det virkelig påtænkes at udbyde de pågældende ydelser.«

## Twisten i hovedsagen

- 8 I foråret 1996 iværksatte Amt et udbud med hensyn til nogle bygge- og anlægsarbejder, herunder opsætning af et betonautoværn i midterrabbatten på en del af Westautobahn A1. Kontrakten blev tildelt selskabet ARGE Betondecke Salzburg-West.
- 9 I november 1996 besluttede Amt af tekniske grunde at forsyne midterrabbatten på den pågældende del af motorvejen med autoværn af stål og ikke af beton, således som det var fastsat i udbuddet. Den iværksatte derfor et andet udbud med hensyn til opsættelse af autoværn af stål i midterrabbatten, hvilket skete i henhold til en procedure om offentligt udbud. Udbudsproceduren blev påbegyndt i april 1997.
- 10 Fire virksomheder eller konsortier afgav bud, herunder konsortiet bestående af Fracasso og Leitschutz.
- 11 Efter at Amt havde gennemgået samtlige bud og forkastet buddene fra de tre øvrige bydende i henhold til BVergG's § 52, stk. 1, var der kun buddet fra Fracasso og Leitschutz tilbage.
- 12 Amt besluttede herefter endeligt ikke at lade autoværnet i midterrabbatten udføre i stål, men i beton, og at tilbagekalde udbuddet herom i henhold til BVergG's § 55, stk. 2. Den underrettede ved en skrivelse Fracasso og Leitschutz herom.
- 13 Disse anmodede herefter Bundes-Vergabekontrollkommission om at gennemføre en mæglingsprocedure i henhold til BVergG's § 109, stk. 1, nr. 1, om, hvorvidt det var i overensstemmelse med BVergG, at Amt havde besluttet at tilbagekalde

udbudsproceduren og agtede at iværksætte et nyt udbud med hensyn til autoværnene.

- 14 Den 19. august 1997 enedes parterne om en mindelig ordning vedrørende det nye udbud, som var foreslået af mægleren, og hvorefter der skulle opføres autoværn af stål langs motorvejens sider. Kontrakten herom skulle gøres til genstand for en begrænset udbudsprocedure, som i princippet omfattede alle de bydende, der havde deltaget i det tilbagekaldte udbud.
- 15 Fracasso og Leitschutz anmodede herefter Bundes-Vergabekontrollkommission om at supplere mæglingsproceduren under henvisning til, at tvisten vedrørende lovligheden af at tilbagekalde udbuddet med hensyn til autoværn i midtterrabatten ikke var blevet bilagt.
- 16 Da Bundes-Vergabekontrollkommission erklærede sig inkompetent, indgav Fracasso og Leitschutz en klage til Bundesvergabeamt, hvori de rejste krav om annullation af Amt's beslutning om at tilbagekalde udbuddet.
- 17 Da Bundesvergabeamt er i tvivl om, hvorvidt BVergG's § 55, stk. 2, er forenelig med artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37, har den besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal bestemmelsen i artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37/EØF, hvorefter ordrer tildeles på grundlag af kriterierne i direktivets afsnit IV, kapitel 3, og under overholdelse af artikel 19, efter at egnetheden hos de entreprenører, som ikke er udelukket i henhold til artikel 24, er efterprøvet af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne for økonomisk, finansiel og teknisk formåen som omhandlet i artikel 26 til 29, fortolkes således, at de ordregivende

myndigheder er forpligtet til at give tilslag på et bud, selv om dette bud er det eneste, som er tilbage under udbudsproceduren? Er artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37/EØF tilstrækkelig præcis og ubetinget, således at en borger kan påberåbe sig denne forskrift under en procedure i henhold til bestemmelser i national ret, og således at den kan påberåbes som en del af fællesskabsretten over for en bestemmelse i national ret?»

### Spørgsmålets første del

- 18 Med spørgsmålets første del ønsker den nationale ret oplyst, om direktiv 93/37 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed, som har iværksat et udbud, er forpligtet til at tildele ordren til den eneste bydende, der er blevet anset for egnet til at deltage i proceduren.
- 19 Efter Fracasso og Leitschutz' opfattelse fremgår det af artikel 7, 8, 18 og 30 i direktiv 93/37, således som disse bestemmelser ifølge sagsøgerne i hovedsagen er blevet fortolket af Domstolen, at den ordregivende myndighed kun i undtagelsestilfælde kan undlade at tildele en offentlig kontrakt eller at gøre udbudsproceduren om, og at der skal være vægtige grunde dertil.
- 20 Heroverfor har Amt, den østrigske og den franske regering samt Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at direktiv 93/37 ikke forbyder den ordregivende myndighed at undlade at fortsætte en udbudsprocedure.
- 21 Det er ubestridt, at direktiv 93/37 ikke indeholder nogen bestemmelse, som udtrykkeligt forpligter den ordregivende myndighed, der har iværksat et udbud, til at tildele ordren til den eneste bydende, der er blevet anset for egnet til at deltage i proceduren.

- 22 Uanset at der ikke findes en sådan bestemmelse, må det undersøges, om den ordregivende myndighed efter direktiv 93/37 er forpligtet til at afslutte en procedure om tildeling af en ordre med hensyn til en offentlig bygge- og anlægskontrakt.
- 23 Hvad for det første angår de bestemmelser i direktiv 93/37, som Fracasso og Leitschutz har påberåbt sig, skal det bemærkes, at direktivets artikel 8, stk. 2 — hvorefter den ordregivende myndighed hurtigst muligt skal underrette ansøgere og bydende om begrundelsen for, at den har besluttet ikke at indgå en kontrakt, der har været udbudt, eller at gøre udbudsproceduren om — ikke bestemmer, at en sådan unkladelse af at indgå kontrakten kun må ske i undtagelsestilfælde eller skal have vægtige grunde.
- 24 Tilsvarende er det, hvad angår artikel 7, 18 og 30 i direktiv 93/37 — der indeholder regler for de procedurer, som skal følges ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, og som fastsætter de gældende kriterier for tildelingen — tilstrækkeligt at fastslå, at der ikke af disse bestemmelser kan udledes nogen forpligtelse til at indgå kontrakten i det tilfælde, hvor der kun er én virksomhed, som er egnet.
- 25 Følgelig er den ordregivende myndigheds beføjelse til at unklade at tildele en kontrakt, som har været udbudt, eller til at gøre udbudsproceduren om — hvilken beføjelse direktiv 93/37 stiltiende anerkender — ikke efter direktivet gjort betinget af, at der foreligger vægtige grunde eller undtagelsestilfælde.
- 26 For det andet bemærkes, at direktiv 93/37 ifølge sin tiende betragtning har til formål at sikre udviklingen af en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter (jf. herom tillige, hvad angår direktiv 71/305, dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 21).
- 27 Det bemærkes, som Kommissionen med rette har anført, at artikel 22, stk. 2, i direktiv 93/37 udtrykkeligt forfølger dette formål med bestemmelsen om, at når

de ordregivende myndigheder indgår en kontrakt under en procedure om begrænset udbud, skal antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive bud, under alle omstændigheder være tilstrækkeligt stort til at sikre en reel konkurrence.

- 28 Desuden bestemmer artikel 22, stk. 3, i direktiv 93/37, at når de ordregivende myndigheder indgår en kontrakt ved udbud efter forhandling i de i direktivets artikel 7, stk. 2, omhandlede tilfælde, må antallet af ansøgere, der har adgang til at forhandle i de tilfælde, ikke være mindre end tre, forudsat at der er et tilstrækkeligt antal kvalificerede ansøgere.
- 29 Det skal endvidere fremhæves, at artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37 bestemmer, at ordren tildeles på grundlag af kriterierne i direktivets afsnit IV, kapitel 3.
- 30 Blandt bestemmelserne i nævnte kapitel 3 er artikel 30, som i stk. 1 fastsætter de kriterier, som den ordregivende myndighed skal benytte ved tildeling af kontrakter, og som enten udelukkende er den laveste pris, eller — når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud — forskellige kriterier, som varierer efter den pågældende kontrakt, såsom pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet og teknisk værdi.
- 31 Følgelig tilsigter direktiv 93/37 — for at sikre opfyldelsen af det formål, som består i at udvikle en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter — at tildelingen af kontrakter sker på en sådan måde, at den ordregivende myndighed er i stand til på grundlag af sådanne objektive kriterier som dem, der er opregnet som eksempler i artikel 30, stk. 1, at sammenligne forskellige bud og at acceptere det mest fordelagtige (jf. i denne retning, hvad angår direktiv 71/305, Beentjes-dommen, præmis 27).

- 32 Når der kun er ét bud tilbage ved afslutningen af en af de procedurer for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som er fastlagt i direktiv 93/37, er den ordregivende myndighed imidlertid ikke, når den skal tildele en kontrakt i overensstemmelse med kriterierne i afsnit IV, kapitel 3, i direktiv 93/37, i stand til at sammenligne priserne eller de øvrige elementer i de forskellige bud.
- 33 Det følger af det ovenfor anførte, at den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at tildele ordren til den eneste bydende, der er blevet anset for egnet til at deltage i proceduren.
- 34 Spørgsmålets første del skal derfor besvares med, at artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at tildele ordren til den eneste bydende, der er blevet anset for egnet til at deltage i proceduren.

### Spørgsmålets anden del

- 35 Med spørgsmålets anden del ønsker den nationale ret oplyst, om artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37 kan påberåbes for de nationale domstole.
- 36 I så henseende er det tilstrækkeligt at fastslå, at da ingen gennemførelsesforanstaltning er nødvendig for overholdelse af kravene i artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37, er de forpligtelser, som følger heraf for medlemsstaterne, ubetingede og tilstrækkeligt præcise (jf. i denne retning, hvad angår artikel 20 i direktiv 71/305, som i det væsentlige gentages i artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37, Beentjesdommen, præmis 43).

- 37 Spørgsmålets anden del skal derfor besvares med, at en borger kan påberåbe sig artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37 for de nationale domstole.

### Sagens omkostninger

- 38 De udgifter, der er afholdt af den østrigske og den franske regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

### DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt ved kendelse af 27. januar 1998, for ret:

- 1) Artikel 18, stk. 1, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som affattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler

om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter, skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at tildele ordren til den eneste bydende, der er blevet anset for egnet til at deltage i proceduren.

- 2) Artikel 18, stk. 1, i direktiv 93/37, som affattet ved direktiv 97/52, kan påberåbes af en borger for de nationale domstole.

Kapteyn

Murray

Ragnemalm

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 16. september 1999.

R. Grass

Justitssekretær

P.J.G. Kapteyn

Formand for Fjerde Afdeling