

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
CHRISTINE STIX-HACKL

fremsat den 11. juli 2002<sup>1</sup>

I — Indledende bemærkninger

II — Retsregler

A — Fællesskabsretten

1. Genstanden for den foreliggende sag er fortolkningen af bygge- og anlægsgesetz direktivet samt Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter<sup>2</sup> (herefter »kontroldirektivet«). Nærmere betegnet drejer det sig om tilladeligheden af at ændre sammensætningen af en sammenlutning af entreprenører under en udbudsprocedure og følgerne af en sådan ændring for retsbeskyttelsen.

2. Det her relevante direktiv blandt de materielle udbudsdirektiver er direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter<sup>3</sup>, som affattet ved direktiv 89/440/EØF<sup>4</sup>, der i det væsentlige svarer til Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter<sup>5</sup> (herefter »bygge- og anlægsgesetz direktivet«), som der henvises til i det følgende.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT L 395, s. 33.

3 — EFT 1971 II, s. 613.

4 — EFT L 210, s. 1.

5 — EFT L 199, s. 54, som senere ændret.

3. Dette direktivs artikel 1 bestemmer bl.a.: 4. Artikel 21 lyder således:

»I dette direktiv forstås ved:

- a) »offentlige bygge- og anlægskontrakter« gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov

[...]

- d) »koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder«, en kontrakt med samme karakteristika som dem, der er omhandlet under litra a), bortset fra, at vederlaget for det arbejde, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet, eller i denne ret sammen med betaling af en pris

[...]«

»Der kan afgives bud af sammenslutninger af entreprenører. Det kan ikke forlanges af sådanne sammenslutninger, at de med henblik på afgivelse af bud antager en bestemt retlig form, men den udvalgte sammenslutning kan være nødsaget til at foretage en sådan ændring, når den har fået tildelt kontrakten.«

5. Hvad angår retsbeskyttelsen er bestemmelserne i kontroldirektivet af afgørende betydning.

6. Artikel 1, stk. 1, i dette direktiv bestemmer i den affattelse, der var gældende på det for sagen relevante tidspunkt:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 7, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret.«

7. Artikel 2, stk. 1, i samme direktiv bestemmer bl.a.:

»Offentlige arbejder og regler om hermed beslægtede områder« (23 A) og præsidentdekret nr. 609/1985 (223 A).

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

9. I den foreliggende sag besluttede den ordregivende myndighed at følge tildelingsproceduren i henhold til artikel 4, stk. 2, litra b), i lov nr. 1418/1984. Denne fremgangsmåde indeholder følgende faser:

[...]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

10. Prækvalifikation af ansøgerne, afgivelse af bud, bedømmelse af de tekniske bud, bedømmelse af de økonomiske og finansielle bud og forhandlinger med de(n) såkaldte foreløbigt valgte entreprenør(er).

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.«

11. I artikel 5, stk. 6, i lov nr. 1418/1984 bestemmes:

## B — *National ret*

8. Den omtvistede udbudsprocedure er først og fremmest omfattet af bestemmelserne i lov nr. 1418/1984 med titlen

»Det er forbudt at overlade udførelsen af en del af eller hele arbejdet til tredjemand (overdragelse af arbejdet) uden bygherrens godkendelse. I ethvert tilfælde af en sådan overdragelse er den valgte entreprenør sammen med underentreprenøren fuldt ansvarlig over for bygherren, personalet på byggepladsen og enhver tredjemand. Overdragelsen kan undtagelsesvis godken-

des uden ansvar for den valgte entreprenør i forhold til bygherren, såfremt det er påkrævet af hensyn til arbejdet, og det er åbenbart, at entreprenøren er ude af stand til at færdiggøre arbejdet. Der fastsættes ved præsidentdekret nærmere regler om de kvalifikationer, der kræves af underentreprenøren, om konsekvenserne for den valgte entreprenør, om proceduren for godkendelse af overdragelsen, om spørgsmål vedrørende udskiftning af et medlem af den sammenslutning af entreprenører, der har fået tildelt kontrakten, og om alle hermed beslægtede spørgsmål.»

12. Videre bestemmes det i artikel 51 i præsidentdekret nr. 609/1985, som bl.a. er udstedt med hjemmel i ovennævnte bestemmelse:

»1. Overdragelse af udførelsen af arbejdet til en anden entreprenørvirksomhed i overensstemmelse med artikel 5, stk. 6, i lov nr. 1418/1984 foreslås af den tjenestegren, som er ansvarlig for arbejdet, og godkendes af den overordnede myndighed. For at overdragelsen kan godkendes, skal den entreprenørvirksomhed, der skal træde i stedet for den valgte entreprenør, efter den overordnede myndigheds skøn have de samme kvalifikationer som dem, der blev forlangt, for at denne kunne få tildelt arbejdet, og den skal stille de nødvendige garantier for arbejdets udførelse.»

13. De øvrige bestemmelser i denne artikel indeholder nærmere regler om godkendelse

af overdragelsen med ansvarsfritagelse for den oprindeligt valgte entreprenør (stk. 2), om udskiftning af et medlem af den sammenslutning af entreprenører, der har fået tildelt kontrakten, når dette medlem anmoder om udskiftningen (stk. 3), om aftalens ophævelse, såfremt den valgte entreprenør går konkurs (stk. 5), og om aftalens ophævelse — som hovedregel — såfremt den valgte entreprenør er en personligt drevet virksomhed, og den person, der driver virksomheden, afgår ved døden (stk. 6).

14. Endelig indeholder artikel 35 i det ovennævnte præsidentdekret bestemmelser om de forpligtelser, der gælder for medlemmerne af den sammenslutning af entreprenører, som har fået tildelt kontrakten, med hensyn til udførelsen af det arbejde, sammenslutningen har fået tildelt, og i samme artikels stk. 6 og 7 findes bestemmelser om konsekvenserne for sammenslutningen og dets medlemmers forpligtelser, såfremt fysiske personer, der har deltaget i sammenslutningen med deres personligt drevne virksomheder, afgår ved døden, og såfremt et medlem af sammenslutningen går konkurs.

15. Ved at sammenholde de ovenfor anførte bestemmelser kan det udledes, at lovbestemmelserne vedrørende udbud af offentlige arbejder under visse betingelser giver mulighed for at udskifte et medlem af en sammenslutning af entreprenører, som i forbindelse med det pågældende udbud har fået tildelt kontrakten. En sådan udskiftning, der altid foretages efter bygherrens godkendelse, kan kun ske i den fase, hvor arbejdet udføres, dvs. den fase, der følger efter underskrivelsen af kontrakten mellem den valgte entreprenør og bygherren, men

ikke i den fase, der går forud for tildelingen af kontrakten<sup>6</sup>.

16. I den supplerende udbudsbekendtgørelse (bekendtgørelse vedrørende udbuddets anden fase) bestemmes det, at de otte konsortier, der havde tilkendegivet deres interesse i udbuddets første fase og var blevet prækvalificeret, er berettigede til at deltage i den anden fase. Det bestemmes endvidere, at de pågældende konsortier er berettigede til at deltage i den sammensætning, de havde i udbuddets første fase, og at de udtrykkeligt er afskåret fra at danne sammenslutninger eller andre former for samarbejde med hinanden, og endelig at det er muligt at udvide et konsortium med nye medlemmer, som dog under ingen omstændigheder må tilhøre andre konsortier, der er blevet prækvalificeret til at deltage i udbuddets anden fase.

17. Videre bestemmes det i udbudsbekendtgørelsens artikel 12, at hver enkelt bydendes tilbudsmateriale skal omfatte alle de dokumenter, der viser, at den bydende retligt har form af en sammenslutning af entreprenører. Blandt disse dokumenter skal være et for notar oprettet dokument, der viser, at der er dannet en sammenslutning af entreprenører bestående af alle medlemmerne af det prækvalificerede konsortium, og eventuelle nye medlemmer, i overensstemmelse med bestemmelserne i bekendtgørelsens artikel 6. Tilbudsmateria-

let fra hver enkelt sammenslutning skal også indeholde bekræftede referater fra alle dens medlemmers bestyrelser af de møder, hvorunder deres deltagelse i sammenslutningen sammen med de øvrige navngivne medlemmer blev godkendt, såvel som en af de kompetente myndigheder bekræftet genpart af vedtægterne for eventuelle nye medlemmer af sammenslutningen. Endelig bestemmes det, at tilbudsmaterialet skal indeholde alle de oplysninger, der er nævnt i bekendtgørelsens artikel 7.1, 7.2, 7.3 og 7.4 om udbuddets første fase.

18. Desuden bestemmes det i sidstnævnte udbudsbekendtgørelse, at sammenslutningerne skal redegøre for deres hensigter med hensyn til omfanget af deres deltagelse i finansieringen af arbejdet og skal forelægge en erklæring om, at de er indstillet på at bidrage med den nødvendige kapital, der — sammen med enhver form for tilskud — sikrer arbejdets færdiggørelse, vedligeholdelse og funktion. Det bestemmes endvidere, at enhver bygge- og projekteringsvirksomhed er forpligtet til at fremlægge en attest for, at den er optaget i erhvervsregistret i det land, hvor den har hjemsted, og dokumentation for virksomhedens finansielle og økonomiske formåen såvel som for dens tekniske formåen. Endelig bestemmes det, at de virksomheder i konsortiet, der særligt vil stå for udførelsen af arbejdet, skal fremlægge den nødvendige dokumentation og godtgøre deres formåen og erfaring med udførelse af bygge- og anlægsarbejder inden for den offentlige transportsektor og navnlig anlæg af metroer.

<sup>6</sup> — Dom nr. 971/1998, afsagt af Simvulio tis Epikratias (Statsrådet) (plenum).

19. Det fremgår af de ovennævnte bestemmelser i bekendtgørelsen, set i sammenhæng, at der i den omhandlede udbudsprocedures anden fase er mulighed for udvidelse af en sammenslutning af entreprenører, som er blevet udvalgt i udbuddets første fase, med nye medlemmer. Udvidelsen er dog kun mulig indtil den dato, der er fastsat for de bydendes indlevering af deres bud. Som det fremgår af sagens akter, er denne begrænsning tydeligvis blevet fastsat, for at de bedømmelsesudvalg, som skal udpege den foreløbigt valgte entreprenør, først ved vurderingen af de tekniske tilbud, og dernæst ved vurderingen af de økonomiske projekter samt ved beregningen af størrelsen af de tilsvarende offentlige udgifter for hvert enkelt medlem af sammenslutningen af entreprenører får alle de oplysninger, som kræves i udbudsbekendtgørelsen i relation til hvert medlems finansielle og økonomiske formåen, dets tekniske formåen og muligheder såvel som dets formåen og erfaring med udførelse af de omhandlede arbejder<sup>7</sup>.

### III — De faktiske omstændigheder, hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

20. Ministeren for miljø, fysisk planlægning og offentlige arbejder indledte ved udbudsbekendtgørelse, godkendt ved beslutning D1d/2/207 af 18. juni 1992, den første fase (prækvalifikationsfasen) i et internationalt udbud med henblik på udpegning af entreprenøren til »projektering og opførelse, selvfinansiering og drift

af en metro i Thessaloniki«, med et budget på 65 000 000 000 GRD. I denne fase udvalgte bedømmelsesudvalget otte kon-sortier af virksomheder, der havde tilkendegivet deres interesse, heriblandt den sammenslutning af entreprenører, som har iværksat appel. Ved beslutning D1/4/37 af 1. februar 1993 fra ministeren for miljø, fysisk planlægning og offentlige arbejder blev udbudsmaterialet for den anden fase dernæst godkendt, herunder den supplerende udbudsbekendtgørelse og de særlige udbudsbetingelser. I denne fase indgav bl.a. sammenslutningen af entreprenører Makedoniko Metro (herefter »Makedoniko«), i dets oprindelige sammensætning og sammenslutningen af entreprenører Thessaloniki Metro (Bouygues) tekniske bud, økonomiske undersøgelser samt økonomiske og finansielle bud.

21. Medlemmerne af sammenslutningen Makedoniko var på tidspunktet for prækvalifikationen selskaberne Michaniki AE, Fidel SpA, Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA og Teknocenter-Centro Servizi Administrativi-SRL.

22. Under det omhandlede udbuds anden fase, altså efter prækvalifikationen og opfordringen til at afgive bud, blev sammenslutningen udvidet med selskabet AEG Westinghouse Transport Systems GmbH

<sup>7</sup> — Dom nr. 971/1998 afsagt af Simvulio tis Epikratias (plenum).

(herefter »AEG«). Sammenslutningen har også afgivet bud med denne sammensætning.

23. Det fremgår af sagens akter og er ikke blevet bestridt af parterne i hovedsagen, at sammenslutningen havde denne sammensætning, da det blev udpeget som den foreløbigt valgte entreprenør (den 14.6.1994), altså efter at vurderingen af buddene var afsluttet.

24. Efter at der var nedsat et forhandlingsudvalg, og forhandlingerne mellem den græske stat og sammenslutningen af entreprenører som foreløbigt valgt entreprenør var påbegyndt, informerede sammenslutningen ved skrivelse af 29. marts 1996 ministeren for miljø, fysisk planlægning og offentlige arbejder om sammenslutningens nye sammensætning (med selskabet Michaniki AE, selskabet ABB Daimler-Benz Transportation (Deutschland) GmbH (Adtranz) og Fidel Group, der består af de tre ovennævnte italienske selskaber).

25. Som svar på spørgsmål, der vedrørte rygter om, at medlemmerne af den nævnte koncern af italienske selskaber var gået konkurs eller var ved at blive likvideret, meddelte sammenslutningen af entreprenører ved skrivelse af 14. juni 1996 Udvalget for Større Bygge- og anlægsarbejder, at selskaberne i den pågældende koncern ikke længere deltog i sammenslutningen af entreprenører, og at sammenslutningens medlemmer på daværende tidspunkt bestod

af selskaberne Michaniki AE, Adtranz og Transurb Consult. Det fremgår af sagens akter, at stiftelsesdokumentet for sammenslutningen i dens sidstnævnte sammensætning ikke er blevet forelagt forvaltningen. Dette dokument blev underskrevet den 27. november 1996, blot to dage før ministeren for miljø, fysisk planlægning og offentlige arbejders beslutning om, at forhandlingerne var brudt sammen, og ca. to et halvt år efter udpegningen af appellantens som den foreløbigt valgte entreprenør. Senere har sammenslutningen af entreprenører også anlagt sag i denne sammensætning.

26. Ministeren for miljø, fysisk planlægning og offentlige arbejder, der handlede på den ordregivende myndigheds vegne, konstaterede, at appellantens standpunkter på væsentlige punkter afveg fra bestemmelserne i udbudsmaterialet, og gav udtryk for, at forhandlingerne var brudt sammen; desuden erklærede han den græske stats forhandlinger med appellantens for afsluttede og indbød den anden sammenslutning af entreprenører, der stod først på listen til at blive den foreløbigt valgte entreprenør, til forhandlinger.

27. Derefter indgav Makedoniko en klage til Simvulio tis Epikratias med påstand om annullation af den ordregivende myndigheds beslutning om at afbryde forhandlin-

gerne. Efter Simvulio tis Epikratias' opfattelse er det kun tilladt at ændre sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, indtil der afgives bud. Derfor var Makedoniko i sin ændrede sammensætning ikke berettiget til at påstå beslutningen annulleret.

skabers Domstol skulle forelægges et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af de relevante fællesskabsbestemmelser.

28. I sit søgsmål for Athens forvaltningsdomstol i første instans nedlagde Makedoniko samt de øvrige selskaber, der var medlemmer af sammenslutningen af entreprenører, påstand om, at det blev fastslået, at staten var forpligtet til at betale de i stævningen anførte beløb i erstatning og godtgørelse for den ikke-økonomiske skade, de havde lidt ved den ovenfor anførte ulovlige handling og unkladelse.

29. Athens forvaltningsdomstol i første instans afviste sagen med den begrundelse, at sammenslutningen af entreprenører i sin nye sammensætning, i hvilken den havde anlagt sagen, ikke var berettiget til at kræve erstatning.

30. Makedoniko appellerede dommen til Athens appelret i forvaltningssager og gjorde gældende, at den appellerede dom hvilede på en forkert fortolkning og anvendelse af de relevante bestemmelser samt i anden række, at De Europæiske Fælles-

31. Ved kendelse af 14. juni 2000 forelagde Athens appelret i forvaltningssager Domstolen følgende spørgsmål:

»Må en ændring af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, der deltager i et udbud med henblik på tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvilken ændring indtræder efter indgivelsen af buddene og udpegningen af sammenslutningen af entreprenører som den foreløbigt valgte entreprenør og stiltiende accepteres af den ordregivende myndighed, fortolkes således, at den medfører, at sammenslutningen mister retten til at deltage i udbuddet og dermed også retten til eller interessen i at få tildelt kontrakten på udførelsen af bygge- og anlægsarbejdet? Er en sådan fortolkning i overensstemmelse med bestemmelserne i og ånden bag direktiv 93/37/EØF og 89/665/EØF?«

#### IV — Det præjudicielle spørgsmål

32. For at Domstolen kan give den forelæggende ret et svar, der er nyttigt for

hovedsagen, må begge de præjudicielle spørgsmål omformuleres, sådan som Kommissionen og den østrigske regering med rette har opfordret til<sup>8</sup>.

det relevante materielle udbudsdirektiv, nemlig bygge- og anlægsdirektivet, og det hertil svarende kontroldirektiv, tilrådeligt at opdele spørgsmålet i to dele:

33. Således har Domstolen inden for rammerne af artikel 234 EF hverken kompetence til at udtale sig om fortolkningen af bestemmelser i nationale love eller administrative forskrifter eller om disses forenelighed med fællesskabsretten. Den kan dog forsyne den nationale retsinstans med alle de fortolkningslementer vedrørende fællesskabsretten, som kan sætte retten i stand til at løse det forelagte juridiske problem<sup>9</sup>.

Skal bestemmelserne i bygge- og anlægsdirektivet fortolkes således, at de er til hinder for en ændring af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, efter at der er afgivet bud?

34. Endelig er det i Domstolens faste praksis fastslået, at Domstolen, såfremt den har fået forelagt upræcist affattede spørgsmål, af det materiale, der er fremlagt af den nationale ret, og af akterne i hovedsagen, kan udlede de fællesskabsretlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke<sup>10</sup>.

Finder kontroldirektivet anvendelse på afgørelser vedrørende ændring af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører som den, der er omhandlet i hovedsagen?

#### A — Parternes argumenter

35. På grundlag af de i forelæggelseskendelsen indeholdte oplysninger er det, især når der henses til, at den forelæggende ret har stillet spørgsmålet både med hensyn til

36. Makedoniko gør gældende, at udvidelsen af sammenslutningen af entreprenører med AEG før afgivelsen af tilbuddene var i overensstemmelse med den supplerende udbudsbekendtgørelse. Med hensyn til den efterfølgende ændring af sammensætningen af sammenslutningen af entreprenører, nemlig AEG's udtræden og optagelsen af Adtranz, henviser Makedoniko til, at dette selskab er resultatet af en fusion mellem

8 — Jf. i udbudsretlig sammenhæng dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121.

9 — Teckal-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 33, og dom af 4.5.1993, sag C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, Sml. I, s. 2239, præmis 8.

10 — Teckal-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 34, dom af 13.12.1984, sag 251/83, Haug-Adrion, Sml. s. 4277, præmis 9, og af 26.9.1996, sag C-168/95, Arcaro, Sml. I, s. 4705, præmis 21.

AEG, som i mellemtiden havde skiftet navn til AEG Schienenfahrzeuge GmbH, og AEG Nahverkehr und Wagen GmbH. Dette nye selskab har som retssuccessor overtaget AEG's rettigheder og forpligtelser. Der har derfor ikke været tale om nogen væsentlig ændring i sammensætningen af sammenslutningen af entreprenører.

37. Den sidste ændring af sammensætningen af sammenslutningen af entreprenører skyldtes, at selskaberne i Fidel Group som følge af ændringer i deres retlige situation havde været nødsaget til at udtræde af sammenslutningen. Selskaberne i Fidel Group blev likvideret i 1995. Denne sidste ændring førte til, at selskabet Transurb Consult, som i øvrigt kun havde en ganske lille andel, indtrådte.

38. Makedoniko gør gældende, at der i den foreliggende sag er tale om en typisk fremgangsmåde i forbindelse med en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Selv hvis der var tale om en koncessionskontrakt, ville kontroldirektivet finde anvendelse, da dette direktiv blot er et særligt udtryk af det almindelige princip om en effektiv retsbeskyttelse.

39. Makedoniko foreslår, at det præjudicielle spørgsmål besvares med, at en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, som har deltaget i en procedure vedrørende tildeling af en bygge- og anlægskontrakt eller af en koncessions-

kontrakt — hvilken ændring stiltiende er blevet accepteret af ordregiveren og er indtruffet, efter at tilbuddet er afgivet, og ordregiveren har truffet det foreløbige valg af entreprenør — hverken kan føre til, at en sådan sammenslutning herigennem fortaber sin status som tilbudsgiver, eller at den selv eller dens medlemmer mister deres interesse i tildelingen eller fratages deres søgsmålskompetence til at påberåbe sig de rettigheder, som fællesskabsretten giver dem. Det sidste punkt gælder så meget desto mere, som denne ændring ikke er nævnt som begrundelse, hverken i beslutningen om at afslutte forhandlingerne med Makedoniko eller i beslutningen om sammenslutningens udelukkelse. En modsatrettet fortolkning af de relevante nationale bestemmelser ville være i strid med bygge- og anlægsdirektivets, kontroldirektivets og det almindelige retsbeskyttelsesprincips ånd og bogstav. Under den mundtlige forhandling gav Makedoniko desuden udtryk for den opfattelse, at forbuddet mod ændring af sammensætningen efter tilbudsafgivelsen vil være i strid med princippet om fri udveksling af tjenesteydelser.

40. Den græske regering henviser til, at hverken bygge- og anlægsdirektivet eller kontroldirektivet omtaler en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører. Det er ifølge regeringen ikke tilladt at ændre sammensætningen under forhandlingerne med den tilbudsgiver, der er foreløbigt udvalgt som entre-

prenør. Dette er en følge af, at det eneste emne for forhandlingerne er det endelige indhold af kontrakten, og ikke entreprenørens identitet, som ikke står til forhandling. Der må derfor ikke ske ændringer i en foreløbig valgt entreprenørs identitet.

ordregivende myndigheder et vist spillerum, som f.eks. ved fastlæggelsen af bestemmelser om sammenslutninger af entreprenører. Grænserne for dette råderum fremgår af primærretten.

41. Da der ikke er nogen fællesskabsretlig regulering, følger lovligheden af en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører udelukkende af den nationale lovgivning, der netop ikke tillader udskiftning af et medlem af en sådan sammenslutning under forhandlingerne. Det præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares bekræftende.

44. Formålet med udbudsdirektiverne er at forhindre, at indenlandske tilbudsgivere gives en fortrinsstilling og at udelukke muligheden for, at ordregivende myndigheder lader sig styre af andre hensyn end de økonomiske.

42. Den østrigske regering opfordrer først til at omformulere det præjudicielle spørgsmål.

45. Ifølge den østrigske regering skal det omformulerede præjudicielle spørgsmål derfor besvares således:

43. Efter den østrigske regerings opfattelse følger det herefter af Domstolens praksis, ifølge hvilken udbudsdirektiverne ikke har skabt nogen ensartet og udtømmende fællesskabsret, at den nationale lovgiver kan udstede bestemmelser inden for rammerne af disse direktiver, hvilket er det, Grækenland har gjort. Derudover har også de

»Bestemmelserne i direktiv 93/37/EØF er ikke til hinder for en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, efter at der er afgivet tilbud. Sammenslutningen fortaber ikke sin ret til at deltage i udbuddet, og således heller ikke retten til eller interessen i at få tildelt kontrakten på arbejdets udførelse.«

46. Efter Kommissionens opfattelse kan første del af det præjudicielle spørgsmål

forstås således, at Domstolen skal udtale sig om de nationale regler, hvilket den imidlertid ikke har kompetence til. Derfor foreslår Kommissionen, at det præjudicielle spørgsmål omformuleres og opdeles i tre dele.

47. For det første henviser Kommissionen til, at bygge- og anlægsgodkendelsesdirektivet ikke indeholder nogen udtrykkelige bestemmelser om ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører. Artikel 21 bestemmer blot, at det kan ikke forlanges af sådanne sammenslutninger, at de med henblik på afgivelse af bud antager en bestemt retlig form. Det er derfor overladt til den nationale lovgiver eller den enkelte ordregiver at fastlægge de nærmere regler. Det samme gælder for koncessionskontrakter.

48. Første del af det omformulerede præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at bygge- og anlægsgodkendelsesdirektivet ikke indeholder bestemmelser, som er til hinder for en bestemmelse i den nationale lovgivning eller i udbudsbetingelserne, hvorefter ændringer i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører efter en bestemt fase ikke længere er tilladt. Dette gælder navnlig efter afgivelsen af bud.

49. Derudover antager Kommissionen, at der vil være tale om en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, hvis en ordregivende myndighed ensidigt kan ændre de betingelser, der er fastlagt som ufravigelige i udbudsmaterialet, til fordel for en tilbudsgiver, uden at lade udbudsproceduren gå om i sin helhed. Dette ville ellers fratage de øvrige — også potentielle — tilbudsgivere muligheden for at nyde godt af denne ændring. Anden del af det præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at fællesskabsretten ikke tillader en ordregivende myndighed at forhandle videre med en tilbudsgiver, der har ændret sin sammensætning i strid med den nationale lovgivning eller med udbudsbetingelserne.

50. Hvad angår tredje del af det præjudicielle spørgsmål minder Kommissionen om, at der i henhold til artikel 1, stk. 1, i kontroldirektivet kun kan indgives klage over de beslutninger, der er i strid med fællesskabsretten og med de nationale regler, som omsætter denne ret. Denne bestemmelse forpligter derfor ikke medlemsstaterne til at fastlægge procedurer for indgivelse af klage over beslutninger, som er truffet inden for rammerne af en udbudsprocedure, og som er i strid med nationale bestemmelser, der ikke udgør en gennemførelse af udbudsdirektiverne.

51. Det præjudicielle spørgsmål skal derfor efter Kommissionens opfattelse besvares

med, at en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, som er i strid med de nationale regler eller med udbudsmaterialet, ikke berører udøvelsen af de rettigheder, som sammenslutningen kan gøre gældende på grundlag af kontroldirektivet, specielt retten til at kræve erstatning.

## B — Vurdering

52. Med henblik på en besvarelse af det præjudicielle spørgsmål skal der først henvises til den omstændighed, at retsbeskyttelsen i en klageprocedure på grundlag af kontroldirektivet kun gælder, når betingelserne for dets anvendelse er opfyldt. Da disse imidlertid er forbundet med anvendelsesområdet for de materielle udbudsdirektiver, dvs. også bygge- og anlægsdirektivet, skal det undersøges, om den omhandlede udbudsprocedure falder ind under dette direktivs anvendelsesområde.

53. Det får så i første omgang stå hen, om genstanden for det omtvistede udbud er tildelingen af en koncessionskontrakt eller en bygge- og anlægskontrakt.

1. Bygge- og anlægsdirektivets anvendelighed

54. Først skal den græske regerings argument om, at en ordregiver ifølge Domstolens praksis<sup>11</sup> kan undlade at tildele en kontrakt, undersøges. Dette aspekt rammer ikke plet med hensyn til en besvarelse af det foreliggende spørgsmål, for så vidt den pågældende dom vedrørte en anden konstellation end den, hovedsagen drejer sig om. Grunden til, at det i denne dom endte med, at tildelingsproceduren blev afsluttet, uden at der blev indgået kontrakt, var, at den ordregivende myndighed havde bestemt sig for et andet materiale end det, der var angivet i udbuddet, hvilket ville have betydet en ændring af kontraktens genstand. Til forskel fra den af den græske regering nævnte dom har den ordregivende myndighed i den foreliggende sag ikke blot valgt en anden procedureform, men der forelå også flere bud, som den skulle inddrage i bedømmelsen.

55. Det taler også imod den græske regerings opfattelse, at der i princippet kan forekomme tilfælde, hvor den ordregivende myndighed ifølge fællesskabsretten er forpligtet til at indgå aftale. Dette rejser altså det spørgsmål, om der også i hovedsagen består en sådan forpligtelse. Dette for-

11 — Dom af 16.9.1999, sag C-27/98, Fracasso og Leitschutz, Sml. I, s. 5697.

udsætter dog, at der i fællesskabsretten overhovedet findes regler for sådanne konstellationer, dvs. en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører.

bud. Endvidere forbyder den ganske vist, at det forlanges, at sammenslutningerne antager en bestemt retlig form med henblik på afgivelse af bud, men tillader dog dette i forbindelse med tildeling af kontrakten.

56. I det følgende skal det derfor undersøges, om bygge- og anlægsdirektivet finder anvendelse på bestemmelser vedrørende sammenslutninger af entreprenører, som dem, der er tale om i hovedsagen, og om dette direktiv er til hinder for de omtvistede nationale bestemmelser.

59. Den østrigske regerings og Kommissionens opfattelse af, at udbudsdirektiverne ikke indeholder udtrykkelige bestemmelser om ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, er derfor rigtig.

57. Udgangspunktet er her det princip, som er kommet til udtryk i Domstolens praksis, ifølge hvilket det fremgår af bygge- og anlægsdirektivets titel og betragtninger, at dette kun har til formål at samordne de nationale fremgangsmåder med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, og at det således ikke tilsigter at fastsætte en fuldstændig fællesskabsretlig ordening på området<sup>12</sup>.

60. I betragtning af disse to omstændigheder, nemlig at der ikke er nogen fuldstændig harmonisering, og at der kun er en punktvís regulering af spørgsmål vedrørende sammenslutninger af entreprenører, kan man vel deraf omvendt slutte, at der er andre aspekter vedrørende sammenslutninger af entreprenører, som ikke er omfattet af bygge- og anlægsdirektivet. Man kan så videre deraf konkludere, at medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder har frihed til at regulere de aspekter, som ikke er omfattet. Derunder hører også bestemmelser om sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, som f.eks. de retlige følger af en ændring af en sådan sammenslutning.

58. En udtrykkelig regulering vedrørende sammenslutninger af entreprenører findes kun i bygge- og anlægsdirektivets artikel 21. Denne bestemmelse regulerer imidlertid kun bestemte retlige problemer i sammenhæng med disse sammenslutninger. Bestemmelsen giver således disse ret til at afgive

61. I den foreliggende sag fandtes der sådanne — nationale — bestemmelser om en ændring i sammensætningen af en

12 — Dom af 27.11.2001, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Lombardini og Mantovani, Sml. I, s. 9233, premis 33.

sammenslutning af entreprenører. Disse bestemmelser fandt anvendelse på den ændring i sammenslutningens sammensætning, der fandt sted efter undersøgelsen af dens formåen. På dette punkt henviser Kommissionen med rette til, at der ikke af udbudsdirektiverne fremgår nogen forpligtelse for den ordregivende myndighed til at undersøge en sammenslutning af entreprenørers formåen i dens nye sammensætning. Hvis den nationale lovgivning kræver en fornyet undersøgelse af en sammenslutnings formåen, efter at dens sammensætning er ændret, og bliver denne undersøgelse alligevel ikke gennemført, foreligger der et retligt problem, som skal afgøres efter national ret.

62. Følgende skal altså fastslås: Bygge- og anlægsgdirektivet indeholder ikke bestemmelser om en sådan konstellation, hvorfor det »kun« er den nationale ret, der finder anvendelse. Dog er medlemsstaterne, inklusive de ordregivende myndigheder, der henhører under medlemsstaterne, ikke fuldstændig frie på dette punkt. De skal tværtimod respektere de grænser, der fremgår af fællesskabsretten, og som undersøges nærmere i det følgende.

2. Almindelige principper i udbudsdirektiverne

63. Af udbudsdirektiverne lader sig udlede visse principper. Den græske regering næv-

ner rammende principperne om gennemsigtighed og konkurrence. Domstolen har herom fastslået, at bygge- og anlægsgdirektivet, som det fremgår af dets præambel og anden og tiende betragtning, »har til formål at fjerne begrænsningerne for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter med henblik på at åbne disse kontrakter for en effektiv konkurrence«<sup>13</sup>.

64. Dertil kommer ifølge Domstolens praksis de ordregivende myndigheders forpligtelse til at overholde princippet om ikke at forskelsbehandle de bydende; Domstolen anfører her nogle bestemmelser i bygge- og anlægsgdirektivet, som udtrykkeligt fastslår princippet om ligebehandling<sup>14</sup>.

65. Af forbuddet mod forskelsbehandling udleder Domstolen dernæst forpligtelsen til gennemsigtighed, således at den ordregivende myndighed kan fastslå, om princippet er overholdt<sup>15</sup>. Selv om man skulle være af den opfattelse, at forpligtelsen til ligebehandling ikke kan udledes af udbudsdirektiverne, består lighedsprincippet dog stadig, idet det hører til de almindelige retsgrundsætninger.

13 — Lombardini og Mantovani-dommen, nævnt i fodnote 12, præmis 34; se også dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 52.

14 — Lombardini og Mantovani-dommen, nævnt i fodnote 12, præmis 37.

15 — Lombardini og Mantovani-dommen, nævnt i fodnote 12, præmis 38; jf. dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 31.

66. Det ville imidlertid være en tilsidesættelse af forpligtelsen til ligebehandling og af lighedsprincippet, hvis den ordregivende myndighed ensidigt fraviger de regler, den selv har opstillet vedrørende en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, især når ordregiveren fører forhandlinger med en tilbudsgiver, hvis bud ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. I så tilfælde kan en tilsidesættelse af et nationalt forbud medføre en tilsidesættelse af fællesskabsretten.

67. Det af Makedoniko anførte forbud mod forskelsbehandling i henhold til kontroldirektivets artikel 1, stk. 2, er derimod ikke relevant her. Ganske vist indeholder denne bestemmelse retningslinjer for udformningen af retsbeskyttelsen, men den udvider ikke kontroldirektivets anvendelsesområde til også at gælde tilsidesættelser af national ret.

### 3. Primærretten

68. Det må endvidere ikke glemmes, at medlemsstaternes udbudsbestemmelser og de konkrete udbudsbestemmelser, der er fastsat af de til staten hørende ordregivende myndigheder, er underlagt den primære fællesskabsret, især de grundlæggende friheder og de konkurrencebestemmelser, der

er rettet til staten, herunder reglerne om statsstøtte<sup>16</sup>.

69. I denne sammenhæng skal der generelt henvises til, at de grundlæggende friheder ikke blot forbyder åben eller skjult forskelsbehandling, men også ordninger, der gælder uden forskel, hvis de indskrænker en af de grundlæggende friheder uforholdsmæssigt. De oplysninger, der foreligger for Domstolen, giver imidlertid ikke noget holdepunkt for, at den græske lovgivning strider mod princippet om fri udveksling af tjenesteydelser. I øvrigt er fortolkningen af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser ikke genstand for det præjudicielle spørgsmål og dermed heller ikke genstand for behandling i dette forslag til afgørelse.

### 4. Ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet

70. Da der, som ovenfor anført, ikke er nogen specielle fællesskabsretlige bestemmelser, der regulerer ændringer i sammensætningen af sammenslutninger af entreprenører, har medlemsstaterne principielt kompetence til at fastsætte bestemmelser herom. Medlemsstaterne er dog her gene-

<sup>16</sup> — Dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353, af 28.10.1999, sag C-328/96, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 7479, og af 26.9.2000, sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 7445.

relt underlagt ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet, som er udviklet i retspraksis<sup>17</sup>.

71. I henhold til ækvivalensprincippet må betingelserne i de nationale bestemmelser, herunder altså også i de materielle udbudsbestemmelser, ikke være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende, dvs. sammenlignelige, nationale forskrifter.

72. Effektivitetsprincippet forpligter medlemsstaterne og de til staten hørende ordregivende myndigheder til ikke i praksis at gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der følger af de fællesskabsretlige bestemmelser.

## 5. Retsbeskyttelse under klageprocedurer

73. Som anført indledningsvis, gælder kontroldirektivet og dermed også de deri fastlagte klageprocedurer kun for de procedurer for tildeling af kontrakter, der også henhører under et af udbudsdirektiverne, som f.eks. bygge- og anlægsdirektivet.

74. For kontroldirektivets anvendelighed taler det forhold, at klageproceduren i dette direktiv, som fremført af Kommissionen, også omfatter *beslutninger*, som den ordregivende myndighed træffer om at afbryde forhandlingerne med tilbudsgiverne. Dette fremgår af den brede formulering i kontroldirektivets artikel 1, henholdsvis artikel 2, som uden yderligere præcisering taler om »beslutninger«. Denne brede fortolkning kan ikke blot udledes af kontroldirektivets tilblivelseshistorie, men svarer også til formålet med direktivet, nemlig at forbedre og effektivisere retsbeskyttelsen.

Til fordel for kontroldirektivets anvendelighed kunne man desuden anføre, at dets artikel 1 omfatter foranstaltninger, som medlemsstaterne træffer for »procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv [...]«. Det er ikke blevet bestridt, at den foreliggende tildelingsprocedure som sådan henhører under et af udbudsdirektiverne.

75. Imod kontroldirektivets anvendelighed på *beslutninger* i forbindelse med ændringer i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører kunne man indvende, at den ordregivende myndigheds beslutning vedrører nationale bestemmelser, i den foreliggende sag altså bestemmelserne om ændringer i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører. Det materi-

<sup>17</sup> — Se vedrørende disse to principper f.eks. dom af 10.7.1997, sag C-261/95, Palmisani, Sml. I, s. 4025, præmis 27, og af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297.

elle retsgrundlag for denne beslutning findes altså i den nationale ret.

udbudsbetingelserne, og dermed tilsidesætter ligebehandlingsprincippet.

76. En sådan fortolkning finder støtte i kontroldirektivets artikel 1. Ifølge denne bestemmelse gælder kontroldirektivet kun ved tilsidesættelse af »fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret«.

77. Da der helt mangler sådanne, dvs. fællesskabsretlige, bestemmelser om ændringer i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, kan der logisk set heller ikke foreligge en tilsidesættelse af sådanne fællesskabsretlige regler eller deres gennemførelse i den nationale lovgivning. Da bestemmelser af denne art udelukkende hører til den nationale ret, er en af betingelserne for, at kontroldirektivet kan anvendes, ikke opfyldt i den foreliggende sag.

78. De retsmidler, der er fastlagt i kontroldirektivet, som f.eks. klageproceduren, finder nemlig kun anvendelse på ordregivende myndigheders beslutninger, når en sådan beslutning er i strid med kontroldirektivets artikel 1. Dette er f.eks. tilfældet, hvis den ordregivende myndighed fører forhandlinger med en tilbudsgiver, hvis bud ikke er i overensstemmelse med

79. Hvis en ordregivende myndigheds beslutning strider både mod nationale bestemmelser og mod fællesskabsretten eller gennemførelsesbestemmelser, henhører en sådan beslutning under kontroldirektivet i det omfang, det drejer sig om at efterprøve beslutningen på grundlag af fællesskabsretten eller gennemførelsesbestemmelserne. Det er kun i denne henseende, at kontroldirektivets bestemmelser, såsom retten til at indgive klage, kan anvendes. Om den ordregivende myndighed i det omhandlede udbud også har truffet andre beslutninger end beslutningen om at udelukke sammenslutningen af entreprenører på grund af en ændring i dets sammensætning, eller om der i beslutningen om udelukkelse også træffes andre foranstaltninger, såsom en fortsættelse af udbudsproceduren med en anden tilbudsgiver, er ikke genstand for det præjudicielle spørgsmål. Det præjudicielle spørgsmål drejer sig alene om kontroldirektivets anvendelighed med hensyn til bestemmelser om ændring i sammensætningen af sammenslutninger af entreprenører.

80. Ovennævnte konstatering udelukker selvfølgelig ikke, at medlemsstaterne i deres gennemførelsesbestemmelser kan fastsætte, at kontroldirektivets bestemmelser også kan finde anvendelse på tilsidesættelse af nationale bestemmelser, som f.eks. af forskrifter vedrørende ændring i sammensætningen af sammenslutninger af entreprenører.

## 6. Afsluttende bemærkninger

81. Da genstanden for den foreliggende sag, nemlig ændringen i sammensætningen af sammenslutningen af entreprenører, ikke henhører under bygge- og anlægsdirektivet, er det unødvendigt at tage stilling til, om der i det omhandlede udbud er tale om en koncessionskontrakt eller en bygge- og anlægskontrakt.

82. De præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at bestemmelserne i bygge- og anlægsdirektivet skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for bestemmelser, som forbyder en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, efter at der er afgivet bud. Kontrolloven kan ikke anvendes på beslutninger, der vedrører en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører som den i hovedsagen omhandlede.

## V — Forslag til afgørelse

83. Som konklusion på de ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål således:

»Bestemmelserne i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som affattet ved direktiv 89/665/EØF, henholdsvis Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for bestemmelser, der forbyder en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, efter at der er afgivet bud.

Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter finder ikke anvendelse på beslutninger vedrørende en ændring i sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører som den i hovedsagen omhandlede.«