

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
JEAN MISCHO

fremsat den 27. februar 2003¹

1. Bundesvergabeamt (Østrig) har i en sag anlagt af en bydende, hvis bud ikke blev antaget af den ordregivende myndighed, og som nedlagde påstand om, at et kriterium for tildeling af en kontrakt, der drejede sig om levering af grøn elektricitet, var ulovligt, anmodet Domstolen om at fortolke artikel 26 i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb² samt artikel 1 og artikel 2, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter³.

I — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelserne*

2. Direktiv 93/96 bestemmer følgende i artikel 26, som har overskriften »Kriterier for tildeling af ordrer«:

»1. De kriterier, som den ordregivende myndighed skal lægge til grund ved tildeling af ordrer, er:

[...]

b) eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, som varierer alt efter det pågældende indkøb; f.eks. pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetisk og funktionsmæssig karakter, teknisk værdi, kundeservice og teknisk bistand.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 199, s. 1.

3 — EFT L 395, s. 33.

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

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

- 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

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

6. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser på den kontrakt, som er indgået efter tildeling af en kontrakt, fastlægges efter national ret.

4. Artikel 2, stk. 1, litra b), samt artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 bestemmer:

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

Endvidere kan en medlemsstat, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, bestemme, at den ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, er begrænset til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.«

5. I artikel 3, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet⁴ bestemmes:

»Medlemsstaterne kan under fuld iagttagelse af de relevante bestemmelser i traktaten, særlig artikel 90, under hensyn til den almindelige økonomiske interesse pålægge selskaber i elektricitetssektoren forpligtelser til offentlig tjeneste, som kan vedrøre leveringernes sikkerhed, herunder forsynings-sikkerheden, deres regelmæssighed, kvalitet og pris samt miljøbeskyttelse. Sådanne forpligtelser skal være klart definerede, og de skal være gennemsigtige, ikke-diskriminerende og kontrollerbare; de skal, ligesom eventuelle senere ændringer heraf, offentliggøres af medlemsstaterne og omgående meddeles Kommissionen. Som et middel til at sikre opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste kan de medlemsstater, som måtte ønske det, indføre langtidsplanlægning.«

6. Det bestemmes i anden betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/77/EF af 27. september 2001 om fremme af elektricitet produceret fra vedva-

rende energikilder inden for det indre marked for elektricitet⁵:

»Som anført i hvidbogen om vedvarende energikilder [...] lægger Fællesskabet stor vægt på at fremme elektricitet produceret fra vedvarende energikilder såvel af hensyn til miljøet som for at sikre og sprede elforsyningskilderne samt styrke den sociale og økonomiske samhørighed. Rådet har ved resolution af 8. juni 1998 om vedvarende energikilder [...] godkendt dette.«

7. 12. betragtning til direktiv 2001/77 lyder således:

»Behovet for offentlig støtte til vedvarende energikilder anerkendes også i fællesskabsrammebestemmelserne for statsstøtte til miljøbeskyttelse, som bl.a. tager hensyn til behovet for at internalisere de eksterne omkostninger ved produktion af elektricitet. Traktatens bestemmelser, navnlig artikel 87 og 88, finder imidlertid fortsat anvendelse på sådan offentlig støtte.«

4 — EFT 1997 L 27, s. 20.

5 — EFT L 283, s. 33.

8. Efter ordlyden af 18. betragtning til direktiv 2001/77:

»[er det vigtigt] at udnytte markeds kræfternes og det indre markeds styrke og gøre elektricitet fra vedvarende energikilder konkurrencedygtig og attraktiv for de europæiske borgere«.

9. Det fremgår af artikel 1 i direktiv 2001/77, at formålet med dette direktiv er:

»at fremme en forøgelse af vedvarende energikilders bidrag til produktionen af elektricitet inden for det indre marked for elektricitet og skabe grundlaget for en kommende fællesskabsramme herfor«.

10. Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/77, der har overskriften »Vejledende nationale mål«, bestemmer:

»Medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at fremme et øget forbrug af elektricitet fra vedvarende energikilder i overensstemmelse med de fastsatte vejledende, nationale mål, jf. stk. 2. Foranstaltningerne bør stå i rimeligt forhold til det mål, der skal nås.«

11. Det fremgår af artikel 3, stk. 2, i direktiv 2001/77, at de enkelte medlemsstater skal fastsætte vejledende, nationale mål.

12. I artikel 3, stk. 4, i direktiv 2001/77 bestemmes, at Kommissionen på grundlag af medlemsstaternes rapporter skal vurdere, om de vejledende, nationale mål er forenelige med det samlede, vejledende mål om inden udgangen af 2010 at nå op på 12% af bruttoenergiforbruget og navnlig den vejledende andel på 22,1% af elektricitet fra vedvarende energikilder af Fællesskabets samlede elforbrug i 2010.

13. Artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/77, der har overskriften »Oprindelsesgaranti for elektricitet fra vedvarende energikilder«, bestemmer:

»Senest den 27. oktober 2003 sikrer medlemsstaterne, at det kan garanteres, at elektricitet fra vedvarende energikilder faktisk er produceret fra sådanne energikilder, jf. definitionen i dette direktiv, efter objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier, som fastsættes af de enkelte medlemsstater. De sørger for, at der efter anmodning udstedes oprindelsesgarantier med dette formål.«

B — *De nationale bestemmelser*

14. De østrigske regler om udbud af offentlige kontrakter er indeholdt i Bundesvergabegesetz *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* (lovtidende) I, 1997/56, [herefter »BVergG«].

15. BVergG's § 117 bestemmer:

»1. Bundesvergabeamt skal ved beslutning og under hensyntagen til den udtalelse, som mæglingensorganet 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
- 2) har væsentlig indflydelse på udfaldet af udbudsproceduren.

2. En ulovlig kontrakt kan bl.a. annulleres ved at fjerne diskriminerende bestemmelser for de erhvervsdrivende i de tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer

i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende udbudsprocedure.

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

II — *Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål*

16. Den Østrigske Republik iværksatte som ordregivende myndighed (herefter »sagsøgte i hovedsagen«) et offentligt udbud for levering af elektricitet. Udbuddet omhandlede indgåelse af en rammekontrakt, hvorefter der skulle indgås enkeltkontrakter om at forsyne samtlige offentlige bygninger i delstaten Kärnten med elektricitet. Det var fastsat, at kontrakten skulle løbe fra den 1. januar 2002 til den 31. december 2003. Udbuddet, der blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 27. marts 2001, nævnte følgende under punktet »Kriterier for tildeling af ordren«:

»Det økonomisk mest fordelagtige bud i henhold til følgende kriterier: ydelsernes indvirkning på miljøet ifølge udbudsbetingelserne.«

17. Buddet skulle indeholde en pris pr. kilowattime (kWh) i ATS. Denne pris skulle gælde i hele kontraktperioden og hverken ændres eller tilpasses. Ud over leveringen af elektricitet skulle elforsyningsvirksomheden forpligte sig til at levere andre beslægtede ydelser (f.eks. opgørelse af forbundsmyndighedernes elektricitetsforbrug og afregning af det årlige forbrug). Elforsyningsvirksomheden skulle forpligte sig til, for så vidt det var teknisk muligt, at levere forbundsmyndighederne elektricitet fra vedvarende energikilder og til under alle omstændigheder ikke at levere elektricitet, som elforsyningsvirksomheden var bekendt med hidrørte fra atomkraftværker. Der blev imidlertid ikke stillet krav om, at forsyningsvirksomheden skulle fremlægge beviser for sine forsyningskilder. I tilfælde af tilsidesættelse af forpligtelsen til at levere elektricitet fra vedvarende energikilder og til at undlade at levere elektricitet fra atomkraftværker var det fastsat, at den ordregivende myndighed var berettiget til at opsig kontrakten, ligesom der fandtes en bodsbestemmelse.

18. I den indledende del af udbudsbetingelserne var det angivet, at den ordregivende myndighed var klar over, at ingen forsyningsvirksomhed af tekniske grunde kunne garantere, at den strøm, den forsynede en bestemt aftager med, virkelig hidrørte fra vedvarende energikilder. Alligevel besluttede den ordregivende myndighed at kontrahere med bydende, der mindst rådede over 22,5 GWh årligt, som var produceret ved hjælp af vedvarende energikilder. Det samlede årlige forbrug i de

offentlige bygninger, der var omfattet af kontrakten, blev skønnet til at være ca. 22,5 GWh. Afvigelser i den faktisk leverede mængde fra denne uforbindende værdi skulle imidlertid ikke have nogen indvirkning på den aftalte pris pr. kWh.

19. Som særlig udelukkelsesgrund var det angivet, at bud, hvori det ikke var godtgjort, at »den bydende i de to foregående år har rådet over eller købt og/eller i de to kommende år vil råde over eller købe 22,5 GWh elektricitet hidrørende fra vedvarende energikilder, som han har forsynet eller vil forsyne slutbrugerne med«, ikke ville komme i betragtning. Kriterierne for tildeling af kontrakten skulle være netto-prisen pr. kWh med en vægt på 55% og »energi fra vedvarende energikilder« med en vægt på 45%. Hvad angår det sidste kriterium blev det bestemt, at der »kun vil blive taget hensyn til den elektricitetsmængde fra vedvarende energikilder, der overstiger 22,5 GWh pr. år, og som den bydende er i stand til at levere«.

20. Buddene blev åbnet den 10. maj 2001. Der var indkommet fire bud i alt. Konsortiet Kärntner Elektrizitäts-Aktiengesellschaft/Stadtwerke Klagenfurt (herefter »KELAG«) angav en pris på 0,44 ATS/kWh i sit bud og oplyste under henvisning til en oversigt over de af konsortiet producerede eller købte elmængder samt deres oprindelse, at det samlet kunne levere 3 406,2 GWh fra vedvarende energikilder.

Et andet bud blev afgivet af Energie Oberösterreich AG, som tilbød en pris på 0,4191 ATS/kWh ved et årligt forbrug på 1 mio. GWh, og som i form af en oversigt for 1999-2002 angav de forskellige elmængder fra vedvarende energikilder, som selskabet kunne levere i hvert af årene i denne periode. Den største mængde var 5 280 GWh/år. Det tredje bud blev afgivet af BEWAG, som tilbød en pris på 0,465 ATS/kWh og vedlagde en oversigt over den del af den af selskabet producerede eller tilkøbte strøm, der hidrørte fra vedvarende energikilder, på grundlag af hvilken den ordregivende myndighed sluttede, at selskabet på dette punkt havde angivet et tal på 449,2 GWh.

21. Det sidste bud blev afgivet af et konsortium bestående af EVN AG og Wienstrom GmbH (herefter under ét »sagsøgerne i hovedsagen«), som tilbød en pris på 0,52 ATS/kWh. Sagsøgerne i hovedsagen angav ikke konkret i deres bud, hvilken del af elektriciteten der ville hidrøre fra vedvarende energikilder, men gjorde blot opmærksom på, at de rådede over egne produktionsanlæg, som producerer elektricitet fra vedvarende energikilder og det i mængder, der er flere gange større end det årlige forbrug på 22,5 GWh, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen. Herudover havde konsortiet optionsrettigheder til den elektricitet, der udvindes af Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft og andre østrigske vandkraftværker, som er tilkøbt strøm, der overvejende stammer fra langtidskontrakter med den

største udbyder af energi fremstillet på grundlag af vedvarende energikilder. I 1999 og 2000 blev der kun indkøbt vandkraft fra Schweiz, hvilket skulle fortsætte. Samlet set vil den mængde, der hidrører fra vedvarende energikilder, være flere gange større end den udbudte mængde. For yderligere oplysninger henvises der til årsberetningerne.

22. Sagsøgte i hovedsagen fandt, at KELAG's bud, som var det bud, der havde fået det største antal point for hvert af de to tildelingskriterier, var det mest fordelagtige af de fire afgivne bud. Sagsøgerne i hovedsagen modtog færrest points for de to kriterier.

23. Efter at sagsøgerne i hovedsagen den 9. og 30. maj 2001 havde meddelt den ordregivende myndighed, at de var af den opfattelse, at flere af bestemmelserne i udbuddet, herunder kriteriet om »elektricitet fra vedvarende energikilder«, var ulovlige, anmodede de den 12. juni 2001 om en mæglingsprocedure for Bundes-Vergabekontrollkommission (herefter »udbudsnæv-

net«). Udbudsnævnet afviste at mægle med den begrundelse, at der ikke var udsigter til at opnå en mindelig ordning.

der kunne trædes tilbage fra kontrakten, hvis sagsøgerne i hovedsagen måtte få medhold i blot én af deres påstande for den nævnte instans, eller tildelingen i nærværende udbudsprocedure til en af de øvrige bydende måtte blive kendt ulovlig af Bundesvergabeamt i andre sager.

24. Herefter anlagde sagsøgerne i hovedsagen sag ved Bundesvergabeamt. Sagsøgerne nedlagde ved denne ret påstand om annullation af en række beslutninger og navnlig beslutningen om at forkaste budet som følge af manglende godtgørelse for produktion og indkøb af elektricitet fra vedvarende energikilder i en bestemt periode, beslutningen om at anse godtgørelsen af en bestemt produktion eller et bestemt indkøb af elektricitet fra vedvarende energikilder i en bestemt periode som et tildelingskriterium og beslutningen om at anse rådigheden over en elektricitetsmængde på mere end 22,5 GWh fra vedvarende energikilder som et tildelingskriterium. Endelig fremsatte sagsøgerne begæring om, at det som en foreløbig forholdsregel blev forbudt den ordregivende myndighed at tildele kontrakten.

26. Den 24. oktober 2001 blev ramme-kontrakten på de betingelser, der er opstillet i den ovenfor nævnte afgørelse, tildelt KELAG.

III — De præjudicielle spørgsmål

27. Bundesvergabeamt har for at kunne vurdere de påstande, der er fremført under klageproceduren, om annullation af visse af den ordregivende myndigheds beslutninger ved kendelse af 13. november 2001 forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

25. Ved afgørelse af 16. juli 2001 gav Bundesvergabeamt sagsøgerne medhold og forbød den ordregivende myndighed at tildele kontrakten indtil den 10. september 2001. Efter en fornyet begæring fra sagsøgerne tillod Bundesvergabeamt ved afgørelse af 17. september 2001 som en midlertidig foranstaltning den ordregivende myndighed at tildele kontrakten på betingelse af, at tildelingen kunne ophæves, og at

»1) Forbyder de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36/EØF, at den ordregivende myndighed ved et udbud om levering af elektricitet fastsætter et kriterium, der vægtes med 45%, og hvorefter de bydende pålægges at

angive — uden at der er fastsat et bestemt tidspunkt for levering — hvor stor en del af den strøm, de leverer til en ikke nærmere bestemt kundekreds, hidrører fra vedvarende energikilder, og hvorefter den bydende, der angiver den største mængde, opnår maksimumspoint, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det i henhold til den udbudte kontrakt forventede forbrug?

- 2) Er det i henhold til de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665/EØF, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665/EØF forbudt at gøre annullationen af en ulovlig beslutning afhængig af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald?

- 3) Er det i henhold til de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36/EØF, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665/EØF, forbudt at gøre annullationen af en ulovlig beslutning afhængig af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald, når dette har til følge, at klageinstansen herved undersøger, om indplaceringen af de

afgivne bud faktisk ændrer sig, når buddene underkastes en ny bedømmelse, hvorunder der ikke tages hensyn til det ulovlige udvælgelseskriterium?

- 4) Er den ordregivende myndighed i henhold til de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36/EØF, forpligtet til at tilbagekalde udbuddet, når et af de af den ordregivende myndighed fastsatte tildelingskriterier under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665/EØF viser sig at være ulovligt?»

IV — Stillingtagen

A — Domstolens kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål

28. Kommissionen har i sit skriftlige indlæg udtrykt tvivl om, hvorvidt Domstolen har kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål, eftersom Bundesvergabeamts afgørelser ikke danner retspraksis.

29. Jeg skal herved henvise til punkt 18-26 i mit forslag til afgørelse af 25. februar 2003 i Hackermüller-sagen⁶, hvori jeg efter at have vurderet samme spørgsmål fastslog, at Bundesvergabeamt må anses for en ret i henhold til artikel 234 EF, hvis den som i den foreliggende sag udøver sine beføjelser, før kontrakten tildeles.

30. Jeg mener derfor, at Domstolen er kompetent til at besvare Bundesvergabeamts spørgsmål.

B — *Det første præjudicielle spørgsmål*

31. Bundesvergabeamt ønsker med det første præjudicielle spørgsmål oplyst, om de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, forbyder, at den ordregivende myndighed ved et udbud om levering af elektricitet fastsætter et kriterium, der vægtes med 45%, og hvorefter de bydende pålægges at angive — uden at der er fastsat et bestemt tidspunkt for levering — hvor stor en del af den strøm, de leverer til en ikke nærmere bestemt kundekreds, hidrører fra vedvarende energikilder, og hvorefter den

bydende, der angiver den største mængde, opnår maksimumspoint, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det i henhold til den udbudte kontrakt forventede forbrug.

32. Det fremgår af oplysningerne i forelæggelseskendelsen, at dette spørgsmål sammenfatter en lang række problemer, som Bundesvergabeamt står over for. Disse problemer gennemgås i det følgende i den rækkefølge, hvori de forekommer i kendelsen.

1. Gyldigheden af kriterier, som tilsigter at opnå fordele, der ikke umiddelbart kan prøves efter en økonomisk målestok

33. Bundesvergabeamt har for det første rejst spørgsmålet, om de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter giver den ordregivende myndighed beføjelse til at fastsætte kriterier, som tilsigter at opnå fordele, der ikke umiddelbart kan prøves efter en økonomisk målestok, som f. eks. kriterier, der vedrører miljøbeskyttelse. Bundesvergabeamt er i tvivl herom, fordi Kommissionen angiveligt hælder til den opfattelse, at et tildelingskriterium skal give den ordregivende myndighed en direkte økonomisk fordel.

⁶ — Sag C-249/01, dom af 19. juni 2003, Sml. I, s. 6319, s. 6321.

34. Efter at Bundesvergabeamt havde formuleret sit spørgsmål, og intervenienterne havde indgivet deres skriftlige indlæg, udtalte Domstolen sig i dom af 17. september 2002, *Concordia Bus Finland*⁷, om dette spørgsmål.

35. Domstolen fastslog i denne doms præmis 69, at »når den ordregivende myndighed [...] beslutter at tildele en kontrakt til den bydende, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, kan den tage hensyn til miljøkriterier [...] for så vidt som disse kriterier er forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger den nævnte ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, er udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og overholder alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling«.

36. Domstolen fastslog endvidere udtrykkeligt i samme doms præmis 55, at artikel 36, stk. 1, litra a), i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler⁸, der er formuleret på næsten samme måde som artikel 26, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36, »[...] ikke [kan] fortolkes således, at ethvert af de kriterier, den ordregivende myndighed

udvælger med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, nødvendigvis skal være af rent økonomisk karakter [...]«.

37. Såfremt de betingelser, Domstolen har fastsat, og som er citeret ovenfor, er opfyldt, kan en ordregivende myndighed således opstille miljømæssige tildelingskriterier i forbindelse med udbud. At levering af grøn elektricitet betragtes som et sådant kriterium, kan der ikke herske tvivl om, hvilket i øvrigt bekræftes af dom af 13. marts 2001, *PreussenElektra*⁹, hvori det »bemærkes [...], at anvendelsen af vedvarende energikilder til fremstilling af elektricitet [...] er nyttig for beskyttelsen af miljøet, for så vidt som den bidrager til reduktion af drivhusgasemissioner, som er en af hovedårsagerne til de klimaændringer, som Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater har forpligtet sig til at bekæmpe«¹⁰.

2. Den ordregivende myndigheds efterprøvelse af, om det indkomne bud opfylder det tildelingskriterium, der er anført i udbudsbekendtgørelsen

38. For det andet er der efter Bundesvergabeamts opfattelse et problem med den

7 — Sag C-513/99, Sml. I, s. 7213.

8 — EFT L 209, s. 1.

9 — Sag C-379/98, Sml. I, s. 2099.

10 — *PreussenElektra*-dommen, præmis 73.

konkrete formulering af kriteriet om »vedvarende energikilder«. Retten har oplyst, at den ordregivende myndighed selv har indrømmet, at den teknisk set ikke er i stand til at kontrollere, om den leverede elektricitet faktisk er blevet produceret på grundlag af vedvarende energikilder. Det må på denne baggrund undersøges, om den ordregivende myndighed overhovedet har ret til at fastsætte et tildelingskriterium, hvis ikke det kan efterprøves, om formålet hermed er opfyldt.

39. Den nederlandske regering er den eneste part, der direkte har kommenteret det problem, Bundesvergabeamt har rejst. Regeringen mener, at det fremgår af de fællesskabsretlige bestemmelser om procedurerne for indgåelse af kontrakter, at en ordregivende myndighed udelukkende må anvende tildelingskriterier, som gør det muligt at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger, der er fremlagt af leverandørerne, set i forhold til de fastsatte tildelingskriterier.

40. Jeg er enig med den nederlandske regering.

41. Regeringen har således anført, at »[h]vis det var muligt for en ordregivende myndighed at foreskrive tildelingskriterier og samtidig angive, at den hverken ønskede eller kunne kontrollere, om leverandørernes oplysninger herom var korrekte, ville den ordregivende myndighed ikke længere kunne træffe sine beslutninger på et objektivt og gennemsigtigt grundlag. [...] En

sådan tildelingsmetode ville stride mod de generelle principper, som gælder for offentlige kontrakter, og som Domstolen har fastlagt i sin praksis, heriblandt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og forbuddet mod vilkårlighed«.

42. Jeg skal herved henvise til dom af 22. juni 1993, Kommissionen mod Danmark, den såkaldte »Storebæltsdom«¹¹, hvori Domstolen i præmis 37 fastslog, at det »i den forbindelse [...] [skal] bemærkes, at det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at sikre muligheden for *en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere*«¹².

43. I samme retning fastslog Domstolen i præmis 44 i dom af 18. oktober 2001, SIAC Construction¹³, at »kriterierne for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene [skal] anvendes *på en objektiv og ensartet måde over for alle bydende [...]*«¹⁴.

44. Jeg mener dog ikke, at det er muligt at garantere, at et tildelingskriterium anvendes på en objektiv og ensartet måde over for

11 — Sag C-243/89, Sml. I, s. 3353.

12 — Min fremhævelse. Jf. også dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 70.

13 — Sag C-19/00, Sml. I, s. 7725.

14 — Min fremhævelse.

alle bydende, hvis den ordregivende myndighed har oplyst i udbudsbekendtgørelsen, at den ikke vil kontrollere, om de bydende reelt opfylder dette kriterium.

45. Det kan ganske rigtigt være vanskeligt at vide, hvorfra den leverede elektricitet stammer, når forbrugeren ikke har nogen mulighed for at se, om den elektricitet, der kommer ud af stikkontakten, er fremstillet på grundlag af vedvarende energikilder eller ej.

46. I erkendelse af denne vanskelighed fastslog Domstolen i præmis 79 i *PreussenElektra-dommen*, at »[d]et [...] endvidere [må] fastslås, at på grund af elektricitetens kendetegn er det — når elektriciteten først er blevet indført i transmissions- eller distributionsnettet — vanskeligt at bestemme dens oprindelse, og bl.a. den energikilde, på grundlag af hvilken den er fremstillet«.

47. Domstolen tilføjede dog samtidig i dommens præmis 80, at »Kommissionen [...] til sit forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/C 311 E/22 om fremme af elektricitet fra vedvarende energikilder inden for det indre marked for elektricitet (EFT 2000 C 311 E, s. 320), fremsat den 31. maj 2000 [der senere blev vedtaget som direktiv 2001/77], [har] anført, at indførelsen i hver medlemsstat af en ordning med oprindelsescertifikater for elektricitet fremstillet fra vedvarende

energikilder, der skal anerkendes gensidigt af medlemsstaterne, er nødvendig for at sikre, at handelen med denne type elektricitet forløber pålideligt og er praktisk mulig«.

48. Det følger heraf, at selv om det er vanskeligt at bestemme den leverede elektricitets oprindelse, er det ikke umuligt. Der kan f.eks. stilles krav om certifikater eller, som den nederlandske regering har påpeget, »stilles krav om, at de bydende godtgør, hvor stor en del af den elektricitet, de har fremstillet eller købt, der hidrører fra vedvarende energikilder, og hvor stor en del af denne elektricitet fra vedvarende energikilder, de har indgået aftale om at levere til andre kunder end den ordregivende myndighed«.

3. Forbindelsen mellem tildelingskriteriet og det mål, den ordregivende myndighed har fastsat

49. For det tredje har Bundesvergabeamt anført, at »det opstillede tildelingskriterium [rejser] endnu et problem. Eftersom der kun tages hensyn til, hvilken mængde el der kan leveres fra vedvarende energikilder, og det ikke kontrolleres i hvilket omfang den konkrete kontrahent med sin givne produktionsstruktur faktisk bidrager til *fremme af produktion af elektricitet fra vedvarende energikilder*, er det desuden uklart, i hvilket omfang dette kriterium overhovedet kan forfølge det af den ordregivende myndighed fastsatte formål. Faktisk kan det udmærket

tænkes, at den del af strømmen, der udvindes af vedvarende energikilder, slet ikke påvirkes af dette kriterium, da det jo fuldstændig overlades til leverandøren at afgøre, om han selv vil producere denne strøm eller købe den fra andre kilder«¹⁵.

50. Den nederlandske regering, som er den eneste intervenient, der har taget stilling til det problem, Bundesvergabeamt har rejst om karakteren af den ydelse, der skal præsteres, nemlig levering af elektricitet produceret på grundlag af vedvarende energikilder, har med rette anført, at det er irrelevant, om leverandøren selv har fremstillet denne elektricitet eller købt den hos andre leverandører af samme type elektricitet. Produktet er ifølge sagens natur det samme, uanset om den pågældende elektricitet fra vedvarende energikilder er fremstillet af leverandøren eller af tredjemand.

51. Jeg mener i øvrigt ikke, at den omstændighed, at tildelingskriteriet efter Bundesvergabeamts opfattelse ikke gør det muligt at nå det mål, den ordregivende myndighed har fastsat, dvs. at fremme produktionen af elektricitet fra vedvarende energikilder, i sig selv indikerer, at dette kriterium skulle være uforeneligt med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter.

52. Selv om det ikke lykkes at nå de mål om at beskytte miljøet, som var årsag til, at den ordregivende myndighed opstillede dette kriterium, betyder dette ikke, at det er ulovligt at opstille et sådant miljøkriterium i forbindelse med et udbud.

4. Forbindelsen mellem tildelingskriteriet og kontraktens genstand

53. For det fjerde har Bundesvergabeamt anført, at det, »[d]a der efter det konkrete kriterium kun bliver spurgt om, hvilken mængde der overhovedet kan leveres, men ikke om, hvilken mængde der rent faktisk kan leveres til den ordregivende myndighed — i denne forbindelse har den ordregivende myndighed desuden lagt sig fast på udelukkende at ville forsynes med strøm fra vedvarende energikilder — er [...] tvivlsomt, i hvilket omfang et sådant tildelingskriterium er forbundet med direkte økonomiske fordele for den ordregivende myndighed«.

54. Dette spørgsmål om forbindelsen mellem tildelingskriteriet og kontraktens genstand har været drøftet indgående af intervenienterne.

55. Sagsøgte i hovedsagen og den østrigske regering mener, at den ordregivende myndighed ved afgørelsen af, hvilket bud der

var det mest fordelagtige i forbindelse med den omhandlede udbudsprocedure, ud over prisen tog hensyn til den mængde grøn elektricitet, som hver bydende var i stand til at levere ud over 22,5 GWh, hvilken mængde skulle sikres under alle omstændigheder og herved gjorde forsyningssikkerheden for elektricitet af en bestemt kvalitet til et tildelingskriterium.

nomisk fordel af de tildelingskriterier, den anvender. De kriterier, der var opstillet i udbudsbekendtgørelsen, var efter den svenske regerings opfattelse egnede til at fremme produktionen af elektricitet fra vedvarende energikilder, hvilket resulterer i fordele i form af en mindre miljøbelastning og et bedre miljø for alle. Dette kan ifølge denne regering danne grundlag for en bæredygtig udvikling.

56. Den østrigske regering har i den forbindelse forklaret, at virksomheder, der råder over en stor mængde energi, kan tilbyde en større leveringssikkerhed og imødekomme efterspørgslen efter den krævede ydelse, hvis der opstår spidsbelastning på elnettet, eller elkundens forbrug stiger markant i en periode.

57. Efter den østrigske regerings opfattelse, der støttes af sagsøgte i hovedsagen, er kriteriet om leveringssikkerhed på ingen måde irrelevant for ydelsen og skal snarere ses som et økonomisk kriterium. Desto mere en bydende kan levere, desto mindre er risikoen for, at den ordregivende myndigheds efterspørgsel ikke kan imødekommes, og at den eventuelt med kort varsel vil skulle finde et dyrt alternativ.

58. Den svenske regering har anført, at det hverken fremgår af ordlyden af direktiv 93/36 eller af retspraksis, at den ordregivende myndighed selv skal drage øko-

59. Sagsøgerne i hovedsagen, den nederlandske regering og Kommissionen mener til gengæld, at tildelingskriteriet, eftersom det bestemmer, at der kun tages hensyn til den mængde energi fremstillet på grundlag af vedvarende energikilder, der leveres ud over 22,5 GWh pr. år, hvilket svarer til de kontraherende forbundsmyndigheders anslåede årlige forbrug, strider mod direktiv 93/36, da der ikke er en tilstrækkelig forbindelse mellem dette kriterium og kontraktens genstand.

60. Sagsøgerne i hovedsagen har påpeget, at det pågældende tildelingskriterium i realiteten henviser til de bydendes evne til at levere den størst mulige mængde elektricitet, der er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, og således i sidste ende vedrører de bydende selv. Efter deres opfattelse er dette tildelingskriterium derfor i realiteten et skjult udvælgelseskriterium.

61. Hvad skal man mene om disse argumenter?

62. Som sagsøgte i hovedsagen og den østrigske regering ganske med rette har påpeget, fastslog Domstolen i præmis 44 i dom af 28. marts 1995, *Evans Medical og Macfarlan Smith*¹⁶, at »[...] forsyningssikkerheden [kan] indgå i de kriterier, der [...] skal lægges til grund ved afgørelsen af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige bud [...]«.

63. Spørgsmålet om, hvorvidt det her omhandlede tildelingskriterium er fastlagt ud fra et ønske om at garantere forsyningssikkerheden, er imidlertid et faktisk spørgsmål, som det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

64. Bundesvergabeamt har dog ikke antydnet i forelæggelseskendelsen, at dette kriterium reelt skulle opfattes som et forsøg på at garantere forsyningssikkerheden. I det følgende skal jeg derfor antage, at det pågældende kriterium ikke sigter mod dette mål.

65. Spørgsmålet er herefter, om direktiv 93/36 kræver, at tildelingskriteriet er forbundet med kontraktens genstand.

66. I mit forslag til afgørelse af 13. december 2001 i *Concordia Bus Finland*-sagen anførte jeg med henvisning til dom af 26. september 2000 i sagen *Kommissionen mod Frankrig*¹⁷, hvori Domstolen fastslog, at et tildelingskriterium vedrørende beskæftigelse, der hang sammen med en lokal indsats til bekæmpelse af arbejdsløshed, i princippet var lovligt, at jeg ikke mente, et sådant krav var berettiget¹⁸.

67. Dette spørgsmål tog Domstolen imidlertid direkte og klart stilling til i *Concordia Bus Finland*-dommen, hvori den i præmis 69 fastslog, at »den ordregivende myndighed [...] kan [...] tage hensyn til miljøkriterier [...], for så vidt som disse kriterier er forbundet med kontraktens genstand [...]«¹⁹.

68. Men som sagsøgerne i hovedsagen, den nederlandske regering og Kommissionen korrekt har anført, er et tildelingskriterium, der består i at tildele points for den mængde elektricitet fra vedvarende energikilder, som

17 — Sag C-225/98, Sml. I, s. 7445.

18 — Punkt 110-112 i forslaget til afgørelse. Gennemgangen drejede sig om direktiv 92/50, men de relevante bestemmelser heri svarer i det væsentlige til bestemmelserne i direktiv 93/36, jf. punkt 36.

19 — Min fremhævelse.

16 — Sag C-324/93, Sml. I, s. 563.

den bydende vil kunne levere til en ikke nærmere bestemt kundekreds, idet det præciseres, at der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det i henhold til den udbudte kontrakt forventede forbrug, ikke forbundet med kontraktens genstand. Formuleringen efterlader nemlig ingen tvivl om, at et sådant kriterium netop ikke vedrører selve kontraktens genstand.

69. Jeg mener derfor, at et sådant kriterium er i strid med kravene i direktiv 93/36.

70. I denne sag vil det desuden kunne give anledning til forskelsbehandling mellem de bydende og i særdeleshed mellem små og store leverandører.

71. Lad os tage eksemplet med to leverandører, som begge vil kunne levere den elektricitet, der er genstand for kontrakten, dvs. ca. 22,5 GWh grøn elektricitet på årsbasis. Den ene er en mindre leverandør, som har specialiseret sig i levering af grøn elektricitet, og for hvem den pågældende kontrakt repræsenterer en betydelig værdi. Den anden er en meget stor leverandør, hvis produktion af grøn elektricitet kun udgør en beskedent del af den samlede virksomhed, men som på grund af sin størrelse alligevel vil kunne levere mere grøn elektricitet end den anden leverandør. Den pågældende kontrakt vil selvsagt kun spille en mindre rolle for denne store leverandør.

72. Selv om der er tale om et hypotetisk eksempel, illustrerer det, at det pågældende tildelingskriterium, når begge leverandører til fulde opfylder kontraktbetingelserne, i virkeligheden blot resulterer i, at den store leverandør favoriseres på grund af sin størrelse. Virksomhedens størrelse udgør imidlertid ikke i sig selv nogen objektiv begrundelse for at forskelsbehandle to bydende, som begge opfylder de betingelser, der er knyttet til kontraktens genstand.

5. Den ordregivende myndigheds undladdelse af i udbudsbekendtgørelsen at oplyse, for hvilken periode de bydende skal angive den mængde elektricitet fra vedvarende energikilder, de kan levere, i deres bud

73. Bundesvergabeamt har for det femte konstateret, at »[d]en ordregivende myndighed [ikke] har [...] fastlagt kriteriet således, at det skal angives, på hvilke tidspunkter der skal kunne leveres en bestemt mængde«. Retten har heraf udledt, at »det fastsatte kriterium efter en nærmere prøvelse ikke [synes] at være anvendeligt, at give den ordregivende myndighed en for vid skønsbeføjelse samt at være i strid med princippet om at bud skal være sammenlignelige, hvilket princip følger af princippet om gennemsigtighed«.

74. Den nederlandske regering, der som den eneste intervenient har udtalt sig direkte om dette punkt, har med rette

anført, at de bydende skal orienteres på forhånd om de tildelingskriterier, den ordregivende myndighed har fastsat. Kriterierne skal angives således, at det bliver muligt at foretage en fornuftig og objektiv sammenligning af de forskellige bud.

med denne vægt herved kan tage hensyn til forhold, der ikke direkte giver økonomiske fordele«.

75. Jeg skal herved henvise til SIAC Construction-dommen, hvori Domstolen i præmis 42 udtalte, at »[...] kriterierne for tildeling skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at fortolke dem på samme måde«.

78. Hvad dette angår er jeg enig med sagsøgte i hovedsagen i, at den ordregivende myndighed på betingelse af, at de tildelingskriterier, den lægger til grund, er lovlige, i princippet frit kan vælge, hvorledes den vil vægte disse kriterier.

76. Det tilkommer den forelæggende ret under hensyntagen til samtlige omstændigheder i hovedsagen at vurdere, om kriterierne for tildelingen af den pågældende kontrakt opfylder dette krav.

79. Domstolen fastslog således i præmis 42 i Evans Medical og Macfarlan Smith-dommen, at »[...] de ordregivende myndigheder ved valget af det økonomisk mest fordelagtige bud [kan] vælge, hvilke kriterier for tildeling af ordren de ønsker at lægge til grund, når blot de vælger kriterier, der har til formål at fastslå det økonomisk mest fordelagtige bud«.

6. Vægtningen af tildelingskriteriet med 45%

77. Endelig forekommer det Bundesvergabeamt, at »vægtningen af kriteriet med 45% [...] [er] problematisk, da det heroverfor kan indvendes, at den ordregivende myndighed ved tildelingen af kontrakten

80. Når den ordregivende myndighed frit kan vælge tildelingskriterierne, mener jeg også, at den frit kan vælge, hvorledes disse kriterier skal vægtes, for så vidt som de gør det muligt at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud.

7. Forslag til afgørelse af det første spørgsmål

81. Under hensyn til det ovenfor anførte foreslår jeg, at Bundesvergabeamts første spørgsmål besvares med, at de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, forbyder, at den ordregivende myndighed ved et udbud om levering af elektricitet fastsætter et kriterium, der vægtes med 45%, og hvorefter de bydende pålægges at angive — uden at der er fastsat et bestemt tidspunkt for levering — hvor stor en del af den strøm, de leverer til en ikke nærmere bestemt kundekreds, hidrører fra vedvarende energikilder, og hvorefter den bydende, der angiver den største mængde, opnår maksimumspoint, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det i henhold til den udbudte kontrakt forventede forbrug.

C — *Det andet præjudicielle spørgsmål*

82. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt oplyst, om det i henhold til de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 er forbudt at gøre annullationen af en ulovlig beslutning afhængig af, at det

godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald.

83. Bundesvergabeamt har herved forklaret, at »[d]en nationale bestemmelse, som Bundesvergabeamt er forpligtet til at anvende under en sag, [...] ikke [giver den] mulighed for at annullere en ordregivende myndigheds beslutning, blot fordi den anses for at være retsstridig. Tværtimod fastsættes det i den relevante bestemmelse i § 117, stk. 1, nr. 2, i Bundesvergabegesetz 1997, at den under en sag anfægtede beslutning skal have haft væsentlig betydning for resultatet af udbudsproceduren«. Retten er i tvivl om, hvorvidt en sådan betingelse er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

84. Som den østrigske regering også har anført, skal jeg for det første fastslå, at den pågældende nationale regel ikke vedrører spørgsmålet om, på hvilke betingelser en bydende i henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 kan indgive klage, men spørgsmålet om, på hvilke betingelser det er muligt at annullere en ordregivende myndigheds beslutning.

85. For det andet fastsætter direktiv 89/665, herunder navnlig artikel 2, stk. 1,

litra b)²⁰, som den østrigske regering korrekt har påpeget, ikke sådanne betingelser for, hvornår en beslutning kan annulleres. Den indeholder ingen konkret bestemmelse om, hvorvidt annullationen af en ulovlig beslutning under en klageprocedure i henhold til dette direktivs artikel 1 kan betinges af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald.

86. Som det imidlertid fremgår af Domstolens seneste domme af 18. juni 2002, HI²¹, og af 12. december 2002, *Universale-Bau m.fl.*²², er fællesskabsretten principielt ikke til hinder for, at der fastsættes nationale forskrifter om de aspekter af klageproceduren, som ikke er omhandlet af direktivet, »[...] dog således, at de nationale forskrifter herom ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål i national ret (ækvivalensprincippet) og ikke i praksis må gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tilkommer de pågældende efter Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet) (jf. ved en analogi domme af 20.9.2001, sag C-390/98, *Banks*, Sml. I, s. 6117, præmis 121, og sag C-453/99, *Courage og Crehan*, Sml. I, s. 6297, præmis 29)«²³.

87. Det tilkommer derfor den forelæggende ret på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, om den nævnte betingelse er mindre gunstig end den, der gælder for tilsvarende søgsmål i national ret, og i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tilkommer de pågældende efter Fællesskabets retsorden.

88. Jeg foreslår derfor, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares med, at det i henhold til de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 ikke er forbudt at betinge annullationen af en ulovlig beslutning af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald, såfremt denne betingelse ikke er mindre gunstig end den, der gælder for tilsvarende søgsmål i national ret (ækvivalensprincippet) og ikke i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tilkommer de pågældende efter Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet).

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

[...]
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

[...]

21 — Sag C-92/00, Sml. I, s. 5553.

22 — Sag C-470/99, Sml. I, s. 11617.

23 — HI-dommen, præmis 67.

D — *Det tredje præjudicielle spørgsmål*

89. Bundesvergabeamt ønsker med sit tredje præjudicielle spørgsmål oplyst, om det i henhold til de fællesskabsretlige

forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 er forbudt at gøre annullationen af en ulovlig beslutning afhængig af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald, når dette har til følge, at klageinstansen herved undersøger, om indplaceringen af de afgivne bud faktisk ændrer sig, når buddene underkastes en ny bedømmelse, hvorunder der ikke tages hensyn til det ulovlige udvælgelseskriterium.

1. Bundesvergabebeamts bemærkninger

90. Bundesvergabeamt har hertil anført, at klageinstansen »[i] medfør af de forarbejder til loven, som i henhold til de nationale fortolkningsmetoder skal lægges til grund, skal [...] undersøge, om en anfægtet beslutning, som er truffet af den ordregivende myndighed, er så væsentlig for udfaldet af udbudsproceduren, at en anden bydende ville have fået kontrakten, såfremt den ordregivende myndighed havde handlet retmæssigt«.

91. Konkret betyder det ifølge Bundesvergabeamt, at »[k]lageinstansen burde have undladt at tage hensyn til det ulovlige tildelingskriterium og have undersøgt, om dette førte til en ændring af den ordre-

givende myndigheds indplacering af de bydende«.

92. Bundesvergabeamt er imidlertid ikke sikker på, at denne fremgangsmåde er forenelig med fællesskabsretten. Bundesvergabeamt har bl.a. understreget, at »[i] henhold til den efter national ret gældende fremgangsmåde ville beslutningen om tildeling af kontrakten under en klageprocedure nemlig blive annulleret, og buddene blive bedømt på grundlag af en vægtning af kriterier, som ikke er blevet meddelt de bydende, og som de bydende derfor ikke har haft mulighed for at tage hensyn til ved udarbejdelsen af deres bud. Også dette resultat synes at være i strid med direktivets artikel 26, stk. 2, idet en bydende med rette kunne gøre gældende, at han, såfremt der var blevet anvendt en anden vægtning af kriterierne (her 100% pris i stedet for 55%), ville have affattet sit bud anderledes«.

93. Ud fra denne fortolkning synes det eneste alternativ efter Bundesvergabeamts opfattelse at være »en tilbagekaldelse af udbuddet, da udbudsproceduren i modsat fald afsluttes på grundlag af en vægtning af kriterierne, der hverken er fastsat af den ordregivende myndighed eller meddelt de bydende«.

2. Parternes argumenter

94. Sagsøgte i hovedsagen og den østrigske regering har i deres skriftlige indlæg anført, at de ikke deler Bundesvergabeamts tvivl om, hvorvidt den nævnte fremgangsmåde er i strid med fællesskabsretten.

95. Sagsøgte i hovedsagen har gjort gældende, at en overtrædelse af reglerne om udbud af offentlige kontrakter, som ikke indebærer, at indplaceringen af buddene ændres, ingen betydning har for udvælgelsen af det bedste bud. Men hvis udvælgelsen af det bedste bud ikke påvirkes, vil den bydende, der udøver sin klageret, ifølge den samme intervenient hverken få tildelt kontrakten eller en erstatning.

96. Sagsøgte har i øvrigt understreget, at det ikke ville have ændret noget ved den omhandlede udbudsprocedure, hvis der ikke var blevet taget hensyn til det pågældende tildelingskriterium. Den pris, KELAG havde tilbudt, var nemlig også klart den laveste.

97. Den østrigske regering kan ikke forstå, hvorfor der indledes en klageprocedure på begæring af en bydende, der er placeret så dårligt, at vedkommende ikke kan gøre sig håb om at få tildelt kontrakten, når den

ulovlighed, der påstås at være begået i forbindelse med udbudsproceduren, på ingen måde har betydet, at denne bydende eller eventuelle andre berørte tredjeparter er blevet ringere placeret, end hvis udbudsproceduren var foregået på retmæssig vis.

98. Under retsmødet gjorde den østrigske regering imidlertid gældende, at Bundesvergabeamt havde baseret sit tredje præjudicielle spørgsmål på østrigske regler, der var blevet ophævet for flere år siden, og at den i materiel henseende tilsluttede sig Kommissionens holdning.

99. Kommissionen mener i lighed med sagsøgerne i hovedsagen, at den fremgangsmåde, Bundesvergabeamt har beskrevet, strider mod fællesskabsretten.

100. Sagsøgerne i hovedsagen fastholder, at det strider mod grundlæggende fællesskabsretlige principper om udbud af offentlige kontrakter, heriblandt principperne om offentlighed og gennemsigtighed, ikke at tage hensyn til et af de tildelingskriterier, der er fastsat, uanset om dette kriterium måtte være ulovligt.

101. Kommissionen mener ikke, at det tredje præjudicielle spørgsmål er relevant, eftersom tildelingskriterierne hverken kan

ændres af den ordregivende myndighed eller af klageinstansen, når først de er fremlagt.

102. Den svenske og nederlandske regering har ikke udtalt sig om dette præjudicielle spørgsmål.

3. Bedømmelse

103. Jeg vil indledningsvis gøre opmærksom på, at den østrigske regerings bemærkning om, at Bundesvergabeamt i sit tredje præjudicielle spørgsmål henholdt sig til nationale regler, der var blevet ophævet for flere år siden, ikke er til hinder for, at jeg besvarer dette spørgsmål.

104. I overensstemmelse med fast retspraksis tilkommer det nemlig udelukkende den nationale retsinstans at vurdere relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen²⁴.

24 — Jf. navnlig dom af 15.12.1995, sag C-415/93, *Bosman*, Sml. I, s. 4921, præmis 59, af 25.6.2002, sag C-66/00, *Bigi*, Sml. I, s. 5917, præmis 18, og af 10.12.2002, sag C-153/00, *Der Weduwe*, Sml. I, s. 11319, præmis 31.

105. I betragtning af Bundesvergabeamts redegørelse og min foreslåede besvarelse af det andet præjudicielle spørgsmål mener jeg desuden, at det tredje præjudicielle spørgsmål skal forstås således, at det nærmere bestemt sigter mod at få oplyst, om en bestemmelse i national ret som BVergG's § 117, der under en klageprocedure betinger annullationen af en ulovlig beslutning af, at det godtgøres, at denne beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald, krænker effektivitetsprincippet, i det omfang den nationale retsinstans ifølge denne bestemmelse har pligt til at undersøge, om indplaceringen af de afgivne bud faktisk ændrer sig, når buddene underkastes en ny bedømmelse, hvorunder der ikke tages hensyn til det ulovlige udvælgelseskriterium.

106. Dette spørgsmål må efter min opfattelse besvares bekræftende.

107. Som Kommissionen med rette har anført, fastslog Domstolen nemlig følgende i SIAC Construction-dommen:

»41 [...] Dernæst indebærer princippet om ligebehandling en forpligtelse til gennemsigtighed, så det kan kontrolleres, at det overholdes (jf. analogt dom af 18.11.1999, sag C-275/98, *Unitron Scandinavia* og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 31).

42 Dette betyder nærmere bestemt, at kriterierne for tildeling skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at fortolke dem på samme måde.

43 Denne gennemsigtighedsforpligtelse indebærer også, at den ordregivende myndighed skal *fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet* (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 88 og 89)²⁵.

108. Det viser ydermere, at man for at efterleve princippet om ligebehandling er nødt til at *fastholde de samme tildelingskriterier i løbet af hele udbuddet*.

109. Denne fortolkning bygger på ligebehandlingsprincippet og kan derfor ikke, som den østrigske regering gør i sit skriftlige indlæg, anfægtes med henvisning til den franske og engelske udgave af artikel 26,

stk. 2, i direktiv 93/36²⁶, der efter denne regerings opfattelse ikke uden videre udelukker, at tildelingskriterierne kan ændres under proceduren.

110. Kravet om, at tildelingskriterierne ikke må ændres under udbudsproceduren, er ikke overholdt, hvis klageinstansen ved sin undersøgelse af, om betingelserne for at annullere den pågældende beslutning er opfyldt, underkaster buddene en ny bedømmelse, hvorunder der ikke tages hensyn til et af tildelingskriterierne.

111. En sådan fremgangsmåde svarer rent faktisk til, at man ændrer de tildelingskriterier, den ordregivende myndighed har fastsat, hvilket i øvrigt ikke kan antages at være uden betydning for de forskellige bydendes situation.

112. Jeg er derfor enig med Bundesvergabeamt og sagsøgerne i hovedsagen i, at det ikke var sikkert, at den bydende, der indgav klagen, og de øvrige bydende havde afgivet det samme bud, hvis tildelingskriterierne

26 — «Dans le cas visé au paragraphe 1 point b), le pouvoir adjudicateur mentionné, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée» og «In the case referred to in point (b) of paragraph 1, the contracting authority shall state in the contract documents or in the contract notice all the criteria they intend to apply to the award, where possible in descending order of importance.» Min fremhævelse.

25 — Min fremhævelse.

adskilte sig fra dem, der faktisk var anført i udbudsbekendtgørelsen. Som Bundesvergabeamt med rette har anført, kan det meget vel tænkes, at en bydende, der havde regnet med at få point for kriteriet om vedvarende energi, ville have sænket prisen, hvis han havde vidst, at det alligevel kun var pris-kriteriet, der ville blive anvendt.

fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, pålægger den ordregivende myndighed at tilbagekalde udbuddet, når et af de fastsatte tildelings-kriterier under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 viser sig at være ulovligt.

113. Jeg foreslår derfor, at det tredje præjudicielle spørgsmål besvares med, at det i henhold til de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 er forbudt at gøre annulationen af en ulovlig beslutning afhængig af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald, når dette har til følge, at klageinstansen herved undersøger, om indplaceringen af de afgivne bud faktisk ændrer sig, når buddene underkastes en ny bedømmelse, hvorunder der ikke tages hensyn til det ulovlige tildelingskriterium.

115. Det fremgår af Bundesvergabeamts bemærkninger til det tredje præjudicielle spørgsmål, at det fjerde spørgsmål er tæt forbundet med det tredje, således at et bekræftende svar på det tredje spørgsmål efter rettens mening automatisk vil føre til et bekræftende svar på det fjerde spørgsmål.

116. De intervenienter, der har taget stilling til dette spørgsmål, har også foreslået, at det fjerde spørgsmål besvares på samme måde, som det tredje præjudicielle spørgsmål efter deres opfattelse bør besvares.

E — Det fjerde præjudicielle spørgsmål

114. Med sit fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt oplyst, om de

117. Det er efter min mening nødvendigt at omformulere det fjerde spørgsmål for at kunne besvare det korrekt.

118. Selv om et af tildelingskriterierne under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 viser sig at være ulovligt, betyder dette nemlig ikke nødvendigvis, at den ordregivende myndighed har pligt til at tilbagekalde udbuddet.

121. Når spørgsmålet formuleres på denne måde, mener jeg, det bør besvares bekræftende.

119. Hvis der, som sagsøgte i hovedsagen og den østrigske regering ganske rigtigt anførte på retsmødet, anlægges sag, efter at kontrakten er indgået, og den pågældende medlemsstat har udnyttet den mulighed, der er beskrevet i artikel 2, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 89/665²⁷, kan en klageinstans, der fastslår, at et tildelingskriterium er ulovligt, ikke tilbagekalde udbuddet, men alene tilkende erstatning til den bydende, der er blevet tilsidesat.

122. Som jeg nævnte under min undersøgelse af det tredje præjudicielle spørgsmål, skal der nemlig anlægges de samme tildelingskriterier under hele udbudsproceduren. Den ordregivende myndighed kan derfor ikke fortsætte denne procedure, hvis klageinstansen har annulleret et af tildelingskriterierne.

120. Spørgsmålet er da, om de fællesskabsbestemmelser, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, pålægger den ordregivende myndighed at tilbagekalde udbuddet, når et af de tildelingskriterier, den har fastsat, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 viser sig at være ulovligt og derfor annulleres af klageinstansen.

123. Jeg foreslår derfor, at det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares med, at de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, pålægger den ordregivende myndighed at tilbagekalde udbuddet, når et af de tildelingskriterier, den har fastsat, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 viser sig at være ulovligt og derfor annulleres af klageinstansen.

27 — »[...] en medlemsstat [kan] [...] bestemme, at den ansvarlige instans' befojelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, er begrænset til ydelse af skadeerstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse«.

V — Forslag til afgørelse

124. Jeg foreslår på baggrund heraf, at Domstolen fastslår følgende

— Hvad angår det første præjudicielle spørgsmål:

»De fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, forbyder, at den ordregivende myndighed ved et udbud om levering af elektricitet fastsætter et kriterium, der vægtes med 45%, og hvorefter de bydende pålægges at angive — uden at der er fastsat et bestemt tidspunkt for levering — hvor stor en del af den strøm, de leverer til en ikke nærmere bestemt kundekreds, hidrører fra vedvarende energikilder, og hvorefter den bydende, der angiver den største mængde, opnår maksimumspoint, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det i henhold til den udbudte kontrakt forventede forbrug.«

— Hvad angår det andet præjudicielle spørgsmål:

»I henhold til de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 89/665 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, er det under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 ikke forbudt at betinge

annullationen af en ulovlig beslutning af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald, såfremt denne betingelse ikke er mindre gunstig end den, der gælder for tilsvarende søgsmål i national ret (ækvivalensprincippet), og ikke i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tilkommer de pågældende efter Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet).«

— Hvad angår det tredje præjudicielle spørgsmål:

»I henhold til de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, er det under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 forbudt at gøre annullationen af en ulovlig beslutning afhængig af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald, når dette har til følge, at klageinstansen herved undersøger, om indplaceringen af de afgivne bud faktisk ændrer sig, når buddene underkastes en ny bedømmelse, hvorunder der ikke tages hensyn til det ulovlige tildelingskriterium.«

— Hvad angår det fjerde præjudicielle spørgsmål:

»De fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, pålægger den ordregivende myndighed at tilbagekalde udbuddet, når et af de tildelingskriterier, den har fastsat, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 viser sig at være ulovligt og derfor annulleres af klageinstansen.«