

GAT

DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

19. juni 2003 *

I sag C-315/01,

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

Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)

mod

Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG),

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af 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 (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), samt af Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1),

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-P. Puissochet, og dommerne R. Schintgen (refererende dommer), V. Skouris, F. Macken og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: L.A. Geelhoed
justitssekretær: R. Grass,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) ved Universitätsassistent S. Korn
- den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt R. Roniger,

på grundlag af den refererende dommers rapport,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 10. oktober 2002,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelse af 11. juli 2001, indgået til Domstolen den 13. august 2001, har Bundesvergabeamt i medfør af artikel 234 EF forelagt fem præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af 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 (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1, herefter »direktiv 89/665«), samt af Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).
- 2 Spørgsmålene er blevet rejst inden for rammerne af en sag mellem Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) (herefter »GAT«) og selskabet Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (herefter »ÖSAG«) angående tildelingen af en offentlig indkøbsaftale, som GAT havde afgivet bud på.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelserne

Direktiv 89/665

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

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF [...], de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst 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.

[...]

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.«

4 Artikel 2, stk. 1, 2, 6 og 8, i direktiv 89/665 har følgende ordlyd:

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

- a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero

- 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

- c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

2. De i stk. 1 omhandlede beføjelser kan tillægges særlige instanser, der har ansvaret for forskellige aspekter af klageproceduren.

[...]

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.

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.

[...]

8. Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af den kompetente myndighed i første instans, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til [...] artikel [234 EF], og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og til myndigheden i første instans.

Udnævnelsen af medlemmerne af denne uafhængige instans og udløbet af deres embedsperiode er undergivet de samme betingelser, som gælder for dommere, for så vidt angår den myndighed, der er ansvarlig for deres udnævnelse, varigheden af deres embedsperiode og muligheden for deres afsættelse. Formanden for denne uafhængige instans skal mindst have samme juridiske og faglige kvalifikationer som en dommer. Den uafhængige instans træffer sine afgørelser efter en kontradiktorisk procedure, og disse afgørelser har på grundlag af bestemmelser, som fastsættes af hver medlemsstat, retsvirkninger med bindende kraft.«

Direktiv 93/36

- 5 Artikel 15 i direktiv 93/36, som er indeholdt i dets afsnit IV, kapitel 1, der har overskriften »Fælles regler for deltagelse«, bestemmer i stk. 1:

»Tildeling af ordren sker på grundlag af kriterierne i kapitel 3 i dette afsnit og under overholdelse af artikel 16, efter at kvalifikationerne hos de leverandører, som ikke er udelukket i henhold til artikel 20, er efterprøvet af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne for økonomisk, finansiel og teknisk formåen som anført i artikel 22, 23 og 24.«

- 6 Artikel 23 i direktiv 93/36, som er indeholdt i dets afsnit IV, kapitel 2, der har overskriften »Kriterier for kvalitativ udvælgelse«, bestemmer i stk. 1, litra a) og litra d):

»Bevis for leverandørens tekniske formåen kan tilvejebringes på en eller flere af følgende måder, afhængig af arten, mængden og anvendelsen af de varer, der skal leveres:

- a) fremlæggelse af en liste over de væsentligste leveringer, der er gennemført i løbet af de sidste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager:

—når det drejer sig om leveringer til offentlige myndigheder, skal leveringerne godtgøres ved attester, der er udstedt eller påtegnet af den kompetente myndighed

— når det drejer sig om leveringer til private købere, skal leveringerne attesteres; er dette ikke muligt, skal leverandøren blot erklære, at leveringerne har fundet sted

[...]

d) prøver, beskrivelser og/eller fotografier af de varer, der skal leveres; deres ægthed skal kunne attesteres på den ordregivende myndigheds anmodning.«

7 Artikel 26 i direktiv 93/36, som er indeholdt i dets afsnit IV, kapitel 3, der har overskriften »Kriterier for tildeling af ordrer«, bestemmer i stk. 1:

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

a) enten udelukkende den laveste pris

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.«

De nationale bestemmelser

8 Direktiv 89/665 og direktiv 93/36 er blevet gennemført i østrigsk ret ved Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (østrigsk forbundslov af 1997 om indgåelse af offentlige kontrakter, BGBl. I, 1997/56, herefter »BVergG«).

9 BVergG's § 113 afgrænser de beføjelser, som er tillagt Bundesvergabeamt (østrigsk forbundskontor for udbud). Det hedder i bestemmelsen:

»1. Bundesvergabeamt har kompetence til på begæring at gennemføre klageprocedurer i henhold til nedenstående bestemmelser.

2. Indtil tildelingen af kontrakten har Bundesvergabeamt kompetence til, med henblik på at bringe overtrædelser af nærværende forbundslov og de i henhold hertil udstedte bestemmelser til ophør,

a) at fastsætte foreløbige forholdsregler, samt

b) at annullere ulovlige beslutninger, truffet af den ordregivende myndighed.

3. Efter tildelingen af kontrakten, eller efter udbudsprocedurens afslutning, har Bundesvergabeamt kompetence til at fastslå, at kontrakten som følge af en overtrædelse af nærværende forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser ikke er blevet tildelt den bydende, der afgav det bedste bud. [...]«

10 BVergG's § 115, stk. 1 og 5, bestemmer:

»1. En erhvervsdrivende, som gør gældende, at han har interesse i indgåelsen af en kontrakt, der er omfattet af denne forbundslov, kan indgive klage over en beslutning, truffet af den ordregivende myndighed under en udbudsprocedure, med påstand om, at beslutningen er ulovlig, når han som følge af den påståede ulovlighed har lidt eller vil kunne lide skade.

[...]

5. Klagen skal indeholde:

1) en nøjagtig angivelse af den pågældende udbudsprocedure samt af den anfægtede beslutning

[...]«

I - 6388

11 BVergG's § 117, stk. 1 og 3, har følgende ordlyd:

»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.

[...]

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

12 I henhold til BVergG's § 122, stk. 1, »[har] [e]n forbigået ansøger eller bydende [...], i tilfælde af, at et organ, hvis handlinger kan tilregnes en ordregivende myndighed, har begået en culpøs overtrædelse af denne forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser, krav på, at den ordregivende myndighed erstatter ham hans udgifter i forbindelse med udarbejdelsen af budet, samt de øvrige udgifter, der er opstået som følge af deltagelsen i udbudsproceduren«.

- 13 I medfør af BVergG's § 125, stk. 2, kan et erstatningssøgsmål, der skal anlægges ved de civile domstole, kun admitteres, såfremt Bundesvergabeamt forinden har truffet afgørelse i henhold til BVergG's § 113, stk. 3. Bundesvergabeamts afgørelse er bindende for den ret, som skal træffe afgørelse i erstatningssøgsmålet, samt for parterne i sagen for Bundesvergabeamt.
- 14 I henhold til § 2, stk. 2, litra c), nr. 40a, i Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (østrigsk lov af 1991 om forvaltningslovenes ikrafttræden, BGBl. 1991/50) finder Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (østrigsk almindelig forvaltningslov af 1991, BGBl. 1991/51, herefter »AVG«) anvendelse på Bundesvergabeamts sagsbehandling.
- 15 AVG's § 39, stk. 1 og 2, bestemmer i den affattelse, som finder anvendelse i hovedsagen:

»1. Undersøgelsesproceduren gennemføres i henhold til de almindelige sagsbehandlingsregler.

2. Såfremt de almindelige sagsbehandlingsregler ikke indeholder bestemmelse herom, skal myndigheden af egen drift træffe bestemmelse om undersøgelsesprocedurens forløb under iagttagelse af de i dette afsnit indeholdte forskrifter. [...]

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 16 Den 2. marts 2000 udskrev ÖSAG, repræsenteret ved Autobahnmeisterei St. Michael/Lungau (østrigsk direktorat for motorvejsdrift og -vedligeholdelse), på europæisk plan et offentligt udbud vedrørende levering af et »specialkøretøj: ny gadefejemaskine, driftsklar og forsynet med de fornødne myndighedsgodkendelser, til Autobahnmeisterei Kalwang, motorvej A 9 (»Phyrn-Autobahn«).
- 17 De fem bud, som blev afgivet, blev åbnet den 25. april 2000. GAT havde afgivet et bud på 3 517 020 ATS ekskl. moms. Det af virksomheden ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG afgivne bud lød på 4 174 290 ATS ekskl. moms, og en anden bydende havde afgivet et bud på 4 168 690 ATS ekskl. moms.
- 18 For så vidt angår vurderingen af buddene var det i udbudsbetingelsernes punkt B.1.13 præciseret:

»B.1.13. Vurdering af buddene

Udvælgelsen af det teknisk og økonomisk mest fordelagtige bud sker efter princippet om den laveste pris. Det er en grundlæggende betingelse, at de tilbudte køretøjer opfylder de i udbudsbetingelserne angivne specifikationer.

Vurderingen foretages således:

Ved vurderingen af buddene gås der i hvert enkelt tilfælde ud fra det laveste bud, og pointtallet beregnes i forhold til dette bud.

[...]

2) Øvrige kriterier:

For de øvrige kriterier gives maksimalt 100 points, som indgår i den samlede vurdering med 20%.

2.1. Referenceliste for kunder til fejmaskiner i de alpine områder i Den Europæiske Union (referencer affattet på tysk): vægtning 20 points.

Vurderingsformel:

Højeste antal af kunder, divideret med det næsthøjeste antal, ganget med 20 points.«

- 19 Den 16. maj 2000 forkastede ÖSAG GAT's bud med den begrundelse, at det ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, fordi det tilbudte udstyr til fortovsrensning kun kunne anvendes ved temperaturer ned til 0 °C, mens der i udbudsbetingelserne var stillet krav om en funktionstemperatur på mindst -5 °C. Desuden havde GAT, selv om ÖSAG havde opfordret hertil, ikke opfyldt betingelsen om, at der skulle være mulighed for en besigtigelse af udstyret inden for en radius på 300 km fra den ordregivende myndigheds hjemsted. ÖSAG satte endvidere spørgsmålstegn ved den af GAT tilbudte pris. Endelig havde GAT på trods af ÖSAG's opfordring hertil ikke tilstrækkeligt redegjort for det tekniske system for rengøring af reflektorerne på den tilbudte maskine.
- 20 I overensstemmelse med tildelingsforslaget af 31. juli 2000 blev virksomheden ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG tildelt kontrakten ved skrivelse af 23. august 2000. De øvrige bydende var ved skrivelse af 12. juli 2000 blevet underrettet om valget af kontraktmodtager. GAT var ved skrivelse af 17. juli 2000 blevet underrettet om, at selskabets bud var blevet forkastet, og blev ved skrivelse af 5. oktober 2000 gjort bekendt med, hvem der var kontraktmodtager, samt med kontraktsummen.
- 21 Den 17. november 2000 indgav GAT en klage til Bundesvergabeamt med begæring om, at det blev fastslået, at kontrakten ikke var blevet tildelt den bydende, som havde afgivet det bedste bud, hvorved GAT gjorde gældende, at selskabets bud ulovligt var blevet forkastet. Den tekniske beskrivelse af reflektorrensningen, som havde været vedlagt GAT's bud, var ifølge GAT tilstrækkelig for en fagmand. GAT havde desuden indbudt ÖSAG til at besigtige sin leverandørs fabrik. Under alle omstændigheder var det tildelingskriterium, hvorefter der skulle være »mulighed for besigtigelse af kontraktgenstanden inden for en radius af 300 km fra den ordregivende myndigheds hjemsted«, ifølge GAT i strid med fællesskabsbestemmelserne, fordi det udgjorde en indirekte forskelsbehandling. ÖSAG skulle have anerkendt alle referencegenstande i Europa. Desuden kunne dette kriterium kun anvendes som tildelingskriterium og ikke, som ÖSAG efterfølgende med urette har gjort, som egnethedskriterium. Det var ifølge GAT ganske vist rigtigt, at den af firmaet tilbudte grundversion af gadefejmaskinen ikke kan anvendes ved temperaturer under 0 °C. ÖSAG havde imidlertid forbeholdt sig muligheden for at erhverve en option på supplerende indkøb. Den af klageren tilbudte option kunne som forlangt i udbudsbetingel-

serne anvendes ved en temperatur på -5°C . Endelig var den pris, GAT havde tilbudt, på ingen måde unormalt lav. GAT har tværtimod kunnet forklare sin gunstige pris tilstrækkeligt over for ÖSAG.

- 22 Da Bundesvergabeamt fandt, at hovedsagens afgørelse forudsætter en fortolkning af en række fællesskabsretlige bestemmelser, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) a) Følger det af artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665/EØF, af en anden bestemmelse i dette direktiv eller af en anden fællesskabsretlig bestemmelse, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 1, herunder den, som er tillagt de i direktivets artikel 2, stk. 1, litra c), omhandlede beføjelser, ikke af egen drift og uafhængigt af parternes påstande kan tage de udbudsretligt relevante omstændigheder, som efter den ansvarlige instans' opfattelse er af betydning for afgørelsen i klageproceduren, i betragtning?
- b) Er artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665/EØF, eventuelt sammenholdt med andre fællesskabsretlige principper, til hinder for, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 1, herunder den, som er tillagt de i direktivets artikel 2, stk. 1, litra c), omhandlede beføjelser, afviser et krav fra en bydende, der indirekte har til formål at opnå erstatning, i et tilfælde, hvor udbudsproceduren allerede på grund af en anden beslutning fra den ordregivende myndighed end den, som denne bydende anfægter, er retsstridig med den begrundelse, at den skade, som den bydende eventuelt har lidt, også ville være indtrådt af andre grunde, uafhængigt af den anfægtede afgørelse?

- 2) Såfremt spørgsmål 1) a) besvares benægtende, spørges: Forbyder bestemmelserne i direktiv 93/36/EØF, navnlig bestemmelserne i dette direktivs artikel 15-26, at den ordregivende myndighed ved gennemførelsen af udbudsproceduren ikke tager referencer vedrørende de varer, som de bydende har tilbudt, i betragtning under efterprøvningen af de bydendes egnethed, men betragter dem som et tildelingskriterium, således at en negativ vurdering af referencerne ikke vil medføre, at den bydende udelukkes fra udbudsproceduren, men kun fører til, at hans bud vurderes mindre gunstigt, f.eks. som led i et pointsystem, hvor en ugunstig vurdering af referencerne f.eks. kan kompenseres ved en lavere pris?
- 3) Såfremt spørgsmål 1) a) og 2) besvares benægtende, spørges: Er et tildelingskriterium, hvorefter varereferencer bliver vurderet således, at kun antallet af referencer tages i betragtning, og det ikke materielt efterprøves, om erhververnes erfaringer med varen var gode eller dårlige, og der desuden kun tages hensyn til referencer fra de alpine regioner i Den Europæiske Union, foreneligt med de relevante fællesskabsretlige bestemmelser, herunder artikel 26 i direktiv 93/36/EØF, ligebehandlingsprincippet samt Fællesskabernes folkeretlige forpligtelser?
- 4) Er et tildelingskriterium, hvorefter kun en mulighed for at besigtige den udbudte genstand, der er beliggende inden for en radius af 300 km fra den ordregivende myndigheds etableringssted, kan vurderes positivt, foreneligt med de fællesskabsretlige bestemmelser, navnlig med ligebehandlingsprincippet?
- 5) Såfremt spørgsmål 2) besvares bekræftende eller spørgsmål 3) eller 4) besvares benægtende, spørges: Skal artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665/EØF, eventuelt sammenholdt med andre fællesskabsretlige principper, fortolkes således, at såfremt den ordregivende myndigheds retsstridige

adfærd består i at opstille et retsstridigt tildelingskriterium, har den bydende kun krav på erstatning, såfremt det konkret kan godtgøres, at den bydende uden det retsstridige tildelingskriterium ville have afgivet det bedste bud?«

- 23 Bundesvergabeamt har endvidere anmodet Domstolen om at underkaste den præjudicielle forelæggelse en hasteprocedure i henhold til procesreglementets artikel 104a, idet retten har gjort gældende dels, at spørgsmål 1) rejser sig i knap halvdelen af de klageprocedurer, der indledes for den, dels at Verfassungsgerichtshof allerede har ophævet en række af dens afgørelser, netop på grundlag af, at Verfassungsgerichtshof af egen drift havde rejst spørgsmålet om lovligheden af visse aspekter af de pågældende udbudsprocedurer.
- 24 Ved kendelse af 13. december 2001 har Domstolens præsident imidlertid på den refererende dommers forslag og efter at have hørt generaladvokaten afvist denne begæring med den begrundelse, at det ikke ud fra de af den forelæggende ret påberåbte omstændigheder er godtgjort, at det i særlig grad er uopsætteligt, at der træffes afgørelse om de præjudicielle spørgsmål.

Domstolens kompetence

- 25 Med henvisning til Bundesvergabeamts forelæggelseskendelse af 11. juli 2001, afsagt i en anden sag om indgåelse af en offentlig kontrakt, der er registreret på Domstolens Justitskontor som sag C-314/01, og som verserer for Domstolen, anser Kommissionen det for tvivlsomt, om den forelæggende ret har karakter af en domstol, idet Bundesvergabeamt i den nævnte kendelse skulle have erkendt, at dens afgørelser ikke indeholder »påbud til den ordregivende myndighed, som kan tvangsfuldbyrdes«. Under disse omstændigheder finder Kommissionen, at de spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt i denne sag, næppe kan antages

til realitetsbehandling under hensyn til Domstolens praksis, herunder navnlig dom af 12. november 1998, Victoria Film (sag C-134/97, Sml. I, s. 7023, præmis 14), og af 14. juni 2001, Salzmann (sag C-178/99, Sml. I, s. 4421, præmis 14), hvorefter de nationale retter kun kan forelægge spørgsmål for Domstolen, hvis der verserer en tvist for dem, og hvis forelæggelsen sker med henblik på afgørelse af en retssag.

- 26 I denne forbindelse bemærkes for det første, at Bundesvergabeamt efter tildelingen af kontrakten i henhold til BVergG's § 113, stk. 3, har kompetence til at fastslå, at kontrakten som følge af en overtrædelse af de relevante nationale bestemmelser ikke er blevet tildelt den bydende, som afgav det bedste bud.
- 27 For det andet fremgår det af BVergG's § 125, stk. 2, at en afgørelse truffet af Bundesvergabeamt i henhold til samme lovs § 113, stk. 3, ikke blot er en betingelse for, at et erstatningssøgsmaal, der er anlagt ved de civile domstole som følge af en culpøs overtrædelse af den nævnte lovgivning, kan admitteres, men tillige er bindende både for parterne i sagen for Bundesvergabeamt og for den ret, som skal træffe afgørelse.
- 28 Under disse omstændigheder kan hverken den bindende karakter af Bundesvergabeamts afgørelse i henhold til BVergG's § 113, stk. 3, eller følgelig Bundesvergabeamts karakter af en domstol, med føje drages i tvivl.
- 29 Det følger heraf, at Domstolen har kompetence til at besvare de af Bundesvergabeamt forelagte spørgsmål.

Formaliteten vedrørende de præjudicielle spørgsmål

- 30 Den østrigske regering har gjort gældende, at spørgsmål 1) a) og spørgsmål 5) ikke kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som de er forelagt inden for rammerne af en procedure, indledt i henhold til BVergG's § 113, stk. 3, som ikke er en klageprocedure i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 89/665, men blot en anerkendelsesprocedure.
- 31 Den østrigske regering har i denne forbindelse anført, at den østrigske lovgiver har udnyttet den mulighed, som er givet i artikel 2, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 89/665 ved at 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. I østrigsk ret er beføjelsen til at yde en sådan erstatning, hvilken beføjelse medlemsstaterne i medfør af artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 skal sørge for foreligger, imidlertid ikke blevet tillagt Bundesvergabeamt, men, som det fremgår af BVergG's §§ 122 og 125, de civile domstole.
- 32 Den østrigske regering har anført, at en besvarelse af spørgsmål 1) a) og spørgsmål 5) under disse omstændigheder ikke er nødvendig for afgørelsen af hovedsagen.
- 33 I denne forbindelse skal Domstolen for det første understrege, at en fordeling af beføjelserne i henhold til artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 mellem flere ansvarlige instanser ikke er i strid med direktivets bestemmelser, idet direktivets artikel 2, stk. 2, udtrykkeligt bestemmer, at medlemsstaterne kan tillægge særlige instanser, der har ansvaret for forskellige aspekter af klageproceduren, de i bestemmelsens stk. 1 omhandlede beføjelser.

- 34 For det andet bemærkes, at selv om Bundesvergabeamt efter tildelingen af kontrakten ikke har kompetence til at yde erstatning til personer, som har lidt skade på grund af en overtrædelse af de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter eller af nationale bestemmelser til gennemførelse heraf, men udelukkende til at fastslå, at kontrakten som følge af en sådan overtrædelse ikke er blevet tildelt den bydende, der afgav det bedste bud, er en sådan konstatering — som det fremgår af denne doms præmis 27 — ikke blot en betingelse for, at et erstatningssøgsmål, der er anlagt ved de civile domstole som følge af en culpøs overtrædelse af den nævnte lovgivning, kan admitteres, men tillige er bindende både for parterne i sagen for Bundesvergabeamt og for den ret, som skal træffe afgørelse.
- 35 Under disse omstændigheder må det fastslås, at Bundesvergabeamt, også når den behandler en klage indgivet i medfør af BVergG's § 113, stk. 3, handler inden for rammerne af en klageprocedure som omhandlet i direktiv 89/665, og at den, som det fremgår af denne doms præmis 28, skal træffe en afgørelse, som er af bindende karakter.
- 36 Desuden bemærkes, at som det bekræftes i BVergG's § 117, stk. 3, har Bundesvergabeamt inden for rammerne af en procedure, der er indledt i henhold til samme lovs § 113, stk. 3, kompetence til at efterprøve, om den påståede ulovlighed foreligger. Det kan ikke udelukkes, at den i forbindelse med udøvelsen af denne kompetence finder det nødvendigt at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål.
- 37 Såfremt disse spørgsmål, som Bundesvergabeamt har skønnet nødvendige for, at den kan efterprøve, om der foreligger en ulovlighed, vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, kan de ikke afvises fra realitetsbehandling (jf. i denne retning bl.a. dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 38, og af 10.12.2002, sag C-153/00, Der Weduwe, Sml. I, s. 11319, præmis 31).

- 38 Derimod er Bundesvergabeamt, som ikke direkte har kompetence til at yde erstatning til personer, som har lidt skade på grund af en overtrædelse, ikke berettiget til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål vedrørende selve tildelingen af erstatning eller betingelserne herfor.
- 39 Det følger af det ovenfor anførte, at alle de præjudicielle spørgsmål, som Bundesvergabeamt har forelagt i denne sag, skal antages til realitetsbehandling, bortset fra spørgsmål 5), som netop vedrører betingelserne for, at en bydende, som hævder at have lidt skade som følge af anvendelsen af et ulovligt tildelingskriterium, har ret til erstatning.

Spørgsmål 1) a) og 1) b)

- 40 Bundesvergabeamt har i forelæggelseskendelsen anført, at det følger af BVergG's § 113, stk. 3, og § 115, stk. 1, at retten i en klageprocedure, som er indledt efter tildeling af en kontrakt, skal efterprøve lovligheden af den anfægtede tildelingsbeslutning, men at den kun kan give klageren medhold, hvis det er den anfægtede ulovlige beslutning, der har bevirket, at kontrakten ikke er blevet tildelt den bydende, der afgav det bedste bud, som omhandlet i nævnte lov. Bundesvergabeamt kan derfor ikke give klageren medhold, når udbudsproceduren allerede er behæftet med en væsentlig retlig mangel, som følge af en anden — eventuelt forudgående — beslutning, truffet af den ordregivende myndighed, som medfører, at klageren i intet tilfælde er den bydende, der afgav det bedste bud, som omhandlet i loven, og når denne anden beslutning fra den ordregivende myndighed ikke er blevet anfægtet af klageren under klageproceduren. I et sådant tilfælde har klageren nemlig ikke »lidt skade« på grund af den anfægtede overtrædelse, som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, eftersom tabet, som f.eks kan bestå i forgæves afholdte udgifter i forbindelse med udarbejdelsen af budet, ville være forårsaget af en anden overtrædelse begået af den ordregivende myndighed.

- 41 Bundesvergabeamt har i øvrigt anført, at retten i medfør af AVG's § 39, stk. 2, af egen drift skal fastlægge de relevante faktiske omstændigheder og således af egen drift undersøge, om de øvrige tildelingskriterier i hovedsagen, ud over det kriterium om »mulighed for besigtigelse«, som klageren har anfægtet, er lovlige. Retten har ligeledes anført, at i henhold til en dom fra Verfassungsgerichtshof (Østrig) af 8. marts 2001 (B 707/00) kan spørgsmålet om anvendelse af processuelle regler, der er omfattet af officialmaksimen — som uafhængigt af parternes anbringender giver den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, beføjelse til at rejse alle spørgsmål, som har relevans for udbudsproceduren — under hensyn til den kontradiktoriske klageprocedure, som er fastsat i artikel 2, stk. 8, andet afsnit, i direktiv 89/665, give anledning til visse fællesskabsretlige problemer, som medfører en pligt til at forelægge Domstolen spørgsmål til præjudiciel afgørelse i medfør af artikel 234, stk. 3, EF.
- 42 Bundesvergabeamt har forklaret, at det er denne praksis fra Verfassungsgerichtshof, der har ført retten til at stille spørgsmål 1) a) og 1) b), selv om den selv hverken vil underkende, at behovet for en kontradiktorisk procedure — som ikke følger af artikel 2, stk. 8, andet afsnit, i direktiv 89/665, der kun finder anvendelse for »uafhængige appelinstanser«, men af de krav, som stilles til en ret i artikel 234 EF's forstand — ikke er i modstrid med den officialmaksime, der finder anvendelse i de administrative procedurer, eller at Domstolen allerede implicit har fastslået, at proceduren for Bundesvergabeamt er kontradiktorisk, for så vidt som den har anerkendt Bundesvergabeamts adgang til at foretage præjudicielle forelæggelser.
- 43 Det følger af det ovenfor anførte, samt af de beskrevne retsregler, at den forelæggende ret med spørgsmål 1) a) og 1) b) nærmere bestemt ønsker oplyst, om direktiv 89/665 er til hinder for dels, at den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, i forbindelse med en klage, der med henblik på en senere erstatningstilkendelse er indgivet af en bydende til fastslåelse af, at en beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt er ulovlig, af egen drift fremfører, at en anden beslutning fra den ordregivende myndighed end den, som anfægtes af den bydende, er ulovlig, dels at denne instans afviser den bydendes klage med den

begrundelse, at udbudsproceduren under alle omstændigheder var uretmæssig som følge af den af egen drift fremførte ulovlighed, og at det tab, den bydende eventuelt har lidt, ville være indtrådt, selv om den af ham hævdede ulovlighed ikke forelå.

- 44 I denne forbindelse bemærkes, som det fremgår af første og anden betragtning til direktiv 89/665, at direktivet har til formål at styrke de mekanismer, som fandtes på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan til sikring af en effektiv anvendelse af direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør. Med dette formål for øje er det i direktivets artikel 1, stk. 1, fastsat, at medlemsstaterne skal sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger (jf. bl.a. dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, præmis 33 og 34, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 74).
- 45 Direktiv 89/665 har imidlertid kun fastsat de mindstekrav, som de klageprocedurer, der er indført i de nationale retsordener, skal opfylde, med henblik på at sikre overholdelsen af de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter (jf. bl.a. dom af 27.2.2003, sag C-327/00, Santex, Sml. I, s. 1877, præmis 47).
- 46 Da der ikke er fastsat særlige bestemmelser på området, tilkommer det hver medlemsstat i sin nationale retsorden at bestemme, om og på hvilke betingelser en instans, der er ansvarlig for de nævnte klageprocedurer, af egen drift kan rejse spørgsmål om ulovligheder, som ikke er påberåbt af parterne i den sag, den skal afgøre.

- 47 Hverken formålet med direktiv 89/665 eller behovet for, at de heri fastsatte klageprocedurer er af kontradiktorisk karakter, er til hinder for, at der etableres adgang hertil i en medlemsstats nationale retsorden.
- 48 For det første kan det nemlig ikke være i strid med direktivets formål, som er at sikre overholdelsen af de fællesskabsretlige forskrifter på området for offentlige kontrakter gennem effektive og hurtige klagemuligheder, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, af egen drift rejser spørgsmål om ulovligheder, der berører en udbudsprocedure, uden at afvente, at en af parterne rejser dette spørgsmål.
- 49 For det andet kan behovet for kontradiktoriske klageprocedurer ikke udelukke, at den instans, der er ansvarlig for en sådan procedure, af egen drift kan rejse spørgsmålet om en ulovlighed, som den er den første til at konstatere, men indebærer blot, at instansen, før den træffer sin beslutning, skal respektere parternes ret til at blive hørt vedrørende den af egen drift fremførte ulovlighed.
- 50 Det følger heraf, at direktiv 89/665 ikke er til hinder for dels, at den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, i forbindelse med en klage, der med henblik på en senere erstatningstilkendelse er indgivet af en bydende til fastslåelse af, at en beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt er ulovlig, af egen drift fremfører, at en anden beslutning fra den ordregivende myndighed end den, som anfægtes af den bydende, er ulovlig.
- 51 Det følger imidlertid ikke af det ovenfor anførte, at den ansvarlige instans kan afvise den bydendes klage med den begrundelse, at udbudsproceduren under alle omstændigheder var uretmæssig som følge af den af egen drift fremførte ulovlighed, og at det tab, den bydende eventuelt har lidt, ville være indtrådt, selv om den af ham hævdede ulovlighed ikke forelå.

- 52 Det bemærkes for det første, at som det følger af Domstolens praksis, omfatter artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 alle de beslutninger, som træffes af de ordregivende myndigheder, som er undergivet fællesskabsrettens bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter (jf. bl.a. dom af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 37, og af 23.1.2003, sag C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki, Sml. I, s. 1091, præmis 68), uden at bestemmelsen indeholder en begrænsning vedrørende disse beslutningers art og indhold (jf. bl.a. Alcatel Austria m.fl.-dommen, præmis 35, og HI-dommen, præmis 49).
- 53 For det andet bemærkes, at muligheden for at tilkende skadelidte personer skadeserstatning udtrykkeligt er nævnt i artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, blandt de klageprocedurer, som direktivet pålægger medlemsstaterne at indføre med henblik på at sikre, at der effektivt og så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger.
- 54 Det følger heraf, at en bydende, der har lidt skade som følge af en beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt, hvis lovlighed han anfægter, ikke kan fratages retten til at kræve erstatning for tab, som er forårsaget af denne beslutning, med den begrundelse, at udbudsproceduren under alle omstændigheder var uretmæssig som følge af den af egen drift fremførte ulovlighed af en anden — eventuelt forudgående — beslutning, truffet af den ordregivende myndighed.
- 55 Denne konklusion trænger sig så meget desto mere på i det tilfælde, hvor en medlemsstat har gjort brug af den adgang, den i henhold til artikel 2, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 89/665 har til at begrænse den ansvarlige klageinstans' beføjelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, til ydelse af skadeserstatning. I et sådant tilfælde kan den ulovlighed, som den bydende har påberåbt sig, nemlig ikke rammes af nogen af de andre sanktioner, som er fastsat i direktiv 89/665.

- 56 I betragtning af det ovenfor anførte skal spørgsmål 1) besvares med, at direktiv 89/665 ikke er til hinder for, at den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, i forbindelse med en klage, der med henblik på en senere erstatningstilkendelse er indgivet af en bydende til fastslåelse af, at en beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt er ulovlig, af egen drift fremfører, at en anden beslutning fra den ordregivende myndighed end den, som anfægtes af den bydende, er ulovlig. Derimod er direktivet til hinder for, at nævnte instans afviser den bydendes klage med den begrundelse, at udbudsproceduren under alle omstændigheder var uretmæssig som følge af den af egen drift fremførte ulovlighed, og at det tab, den bydende eventuelt har lidt, ville være indtrådt, selv om den af ham hævdede ulovlighed ikke forelå.

Spørgsmål 2)

- 57 Det fremgår af denne doms præmis 18 samt af selve ordlyden af det tredje spørgsmål, at det i hovedsagen var foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen, at den ordregivende myndighed ved vurderingen af buddene med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud skulle tage antallet af referencer vedrørende de varer, som de bydende havde tilbudt til andre kunder, i betragtning, uden at efterprøve, om disse kunders erfaringer med varen havde været gode eller dårlige.
- 58 Under disse omstændigheder skal spørgsmål 2) forstås således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om direktiv 93/36 er til hinder for, at den ordregivende myndighed i forbindelse med et udbud af en offentlig indkøbsaftale tager referencer vedrørende de varer, som de bydende har tilbudt til andre kunder, i betragtning som et kriterium for tildeling af den omhandlede aftale, og ikke som et kriterium for efterprøvningen af de bydendes egnethed til at opfylde aftalen.

- 59 Det bemærkes, at i henhold til direktiv 93/36's ordning, navnlig dets afsnit IV, er efterprøvningen af leverandørernes egnethed til at levere de varer, som er aftalens genstand, og tildelingen af kontrakten to forskellige led i indgåelsen af en offentlig kontrakt. Artikel 15, stk. 1, i direktiv 93/36 bestemmer således, at tildeling af kontrakten sker efter efterprøvning af leverandørernes kvalifikationer (jf. i denne retning, angående offentlige bygge- og anlægskontrakter, dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 15).
- 60 Selv om direktiv 93/36, som i henhold til sin femte og sjette betragtning har til formål at samordne de nationale fremgangsmåder med hensyn til indgåelse af offentlige indkøbsaftaler, samtidig med, at de fremgangsmåder og den praksis, som er gældende i hver af medlemsstaterne, i videst muligt omfang respekteres, ikke udelukker, at efterprøvningen af de bydendes kvalifikationer og tildelingen af kontrakten kan finde sted samtidig, er de to transaktioner omfattet af forskellige regler (jf. i denne retning Beentjes-dommen, præmis 16).
- 61 Artikel 15, stk. 1, i direktiv 93/36 bestemmer, at efterprøvningen af de bydendes kvalifikationer foretages af den ordregivende myndighed i overensstemmelse med kriterierne for økonomisk, finansiel og teknisk kapacitet som anført i direktivets artikel 22, 23 og 24. Formålet med disse artikler er ikke at afgrænse medlemsstaternes kompetence til at fastsætte niveauet for den krævede økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet for deltagelse i forskellige offentlige udbud, men at fastsætte de beviser eller bevismidler, hvorved entreprenøren skal kunne godtgøre sin finansielle, økonomiske og tekniske kapacitet (jf. i denne retning Beentjes-dommen, præmis 17).
- 62 Med hensyn til de kriterier, der kan anvendes som kriterier for tildeling af en offentlig indkøbsaftale, bestemmer artikel 26, stk. 1, i direktiv 93/36, at de ordregivende myndigheder enten udelukkende skal benytte den laveste pris eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, diverse

kriterier, som varierer alt efter den omhandlede kontrakt, f.eks. pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetisk og funktionsmæssig karakter, teknisk værdi, kundeservice og teknisk bistand.

- 63 Som det klart fremgår af ordlyden af denne bestemmelse, og navnlig af brugen af udtrykket »f.eks.«, er de kriterier, som kan anvendes ved tildeling af en offentlig kontrakt på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, ikke udtømmende opregnet (jf. i denne retning, angående offentlige bygge- og anlægskontrakter, dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, præmis 35, og, angående offentlige tjenesteydelsesaftaler, af 17.9.2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland, Sml. I, s. 7213, præmis 54).
- 64 Selv om artikel 26, stk. 1, i direktiv 93/36 overlader det til den ordregivende myndighed at vælge, hvilke kriterier for tildeling af kontrakten den vil anvende, kan den dog kun vælge kriterier, som har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (jf. i denne retning Beentjes-dommen, præmis 19, SIAC Construction-dommen, præmis 36, og Concordia Bus Finland-dommen, præmis 59).
- 65 Det skal imidlertid bemærkes, at fremlæggelse af en liste over de væsentligste leveringer, der er gennemført i løbet af de sidste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager, udtrykkeligt er anført blandt de referencer og andre former for bevis, som i medfør af artikel 23, stk. 1, litra a), i direktiv 93/36 kan kræves som bevis for leverandørens tekniske formåen.
- 66 Desuden bemærkes, at en simpel referenceliste som den, der var stillet krav om i forbindelse med det i hovedsagen omhandlede udbud, og som alene indeholder oplysning om identiteten og antallet af de bydendes hidtidige kunder, men ingen

andre oplysninger vedrørende de leverancer, som er gennemført til disse kunder, ikke indeholder nogen angivelse, som gør det muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som omhandlet i artikel 26, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36, og derfor i intet tilfælde kan udgøre et tildelingskriterium i denne bestemmelses forstand.

- 67 På grundlag af det ovenfor anførte skal spørgsmål 2) besvares med, at direktiv 93/36 er til hinder for, at den ordregivende myndighed i forbindelse med et udbud af en offentlig indkøbsaftale tager referencer vedrørende de varer, som de bydende har tilbudt til andre kunder, i betragtning som et kriterium for tildeling af den omhandlede aftale, og ikke som et kriterium for efterprøvningen af de bydendes egnethed til at opfylde aftalen.

Spørgsmål 3)

- 68 Eftersom spørgsmål 3) kun er stillet for det tilfælde, at spørgsmål 2) besvares bekræftende, er det ufornuddent at besvare dette.

Spørgsmål 4)

- 69 Med spørgsmål 4) ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om fællesskabsretten, herunder særligt ligebehandlingsprincippet, er til hinder for et kriterium for tildelingen af en offentlig indkøbsaftale, hvorefter et bud kun kan vurderes positivt, hvis den udbudte genstand kan besigtiges af den ordregivende myndighed inden for en radius af 300 km fra dens etableringssted.

- 70 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål må det fastslås, at en sådant kriterium ikke kan udgøre et kriterium for tildeling af kontrakten.
- 71 For det første bemærkes, at det fremgår af artikel 23, stk. 1, litra d), i direktiv 93/36, at de ordregivende myndigheder ved tildelingen af en offentlig indkøbsaftale kan kræve forelæggelse af prøver, beskrivelser og/eller fotografier af de varer, der skal leveres, som reference eller anden form for bevis for leverandørernes tekniske egnethed til at opfylde den omhandlede aftale.
- 72 For det andet bemærkes, at et kriterium som det, der er genstand for spørgsmål 4), ikke er af en sådan art, at det gør det muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som omhandlet i artikel 26, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36, og at det derfor i intet tilfælde kan udgøre et tildelingskriterium i denne bestemmelses forstand.
- 73 Under disse omstændigheder er det ikke nødvendigt at undersøge, om dette kriterium ligeledes er i strid med ligebehandlingsprincippet, der — som Domstolen gentagne gange har fastslået — ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter (jf. bl.a. HI-dommen, præmis 45, og Universale-Bau m.fl.-dommen, præmis 91).
- 74 På grundlag af det ovenfor anførte skal spørgsmål 4) besvares med, at direktiv 93/36 er til hinder for, at der i forbindelse med tildelingen af en offentlig indkøbsaftale som et kriterium for tildeling af denne aftale stilles krav om, at de udbudte genstande skal kunne besøgt af den ordregivende myndighed inden for en radius af 300 km fra dens etableringssted.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt ved kendelse af 11. juli 2001, for ret:

- 1) 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, som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, er ikke til hinder for, at den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, i forbindelse med en klage, der med henblik på en senere erstatningstilkendelse er indgivet af en bydende til fastslåelse af, at en beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt er ulovlig, af egen drift

fremfører, at en anden beslutning fra den ordregivende myndighed end den, som anfægtes af den bydende, er ulovlig. Derimod er direktivet til hinder for, at nævnte instans afviser den bydendes klage med den begrundelse, at udbudsproceduren under alle omstændigheder var uretmæssig som følge af den af egen drift fremførte ulovlighed, og at det tab, den bydende eventuelt har lidt, ville være indtrådt, selv om den af ham hævdede ulovlighed ikke forelå.

- 2) Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb er til hinder for, at den ordregivende myndighed i forbindelse med et udbud af en offentlig indkøbsaftale tager referencer vedrørende de varer, som de bydende har tilbudt til andre kunder, i betragtning som et kriterium for tildeling af den omhandlede aftale, og ikke som et kriterium for efterprøvningen af de bydendes egnethed til at opfylde aftalen.

- 3) Direktiv 93/36 er til hinder for, at der i forbindelse med tildelingen af en offentlig indkøbsaftale som et kriterium for tildeling af denne aftale stilles krav om, at de udbudte genstande skal kunne besigtiges af den ordregivende myndighed inden for en radius af 300 km fra dens etableringssted.

Puissochet

Schintgen

Skouris

Macken

Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 19. juni 2003.

R. Grass

J.-P. Puissochet

Justitssekretær

Formand for Sjette Afdeling