

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

PHILIPPE LÉGER

fremsat den 11. november 2004¹

1. Er en person, der har deltaget i de forberedende arbejder til en offentlig kontrakt, samt en virksomhed, der er tilknyttet den pågældende, udelukket fra at deltage i udbuddet? Er en sådan regel, der har til formål at forhindre, at en person kan drage fordel af at have deltaget i forberedelserne til en offentlig kontrakt, og som ville sætte den pågældende i en situation i strid med den frie konkurrence i forbindelse med tildeling af den nævnte kontrakt, rimelig i forhold til det forfulgte mål? Det er nærmere bestemt de spørgsmål, som Conseil d'État (Belgien) har forelagt Domstolen i de foreliggende forenede sager.

smordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter² og direktiv 98/4/EF om ændring af direktiv 93/38/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation³.

3. Disse to direktiver⁴ tager hensyn til de ændringer, der nødvendiggjordes af Det Europæiske Fællesskabs indgåelse af aftalen om offentlige kontrakter inden for rammerne af Verdenshandelsorganisationen (herefter »WTO«)⁵, hvori det i artikel VI, stk. 4, hedder:

I — Retsforskrifter

A — Fællesskabsbestemmelser

2. Gældende fællesskabsret vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter omfatter direktiv 97/52/EF om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om

»Ordregivere må ikke på en måde, der kan have til følge at udelukke konkurrencen, søge

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.10.1997, EFT L 328, s. 1.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 16.2.1998, EFT L 101, s. 1.

4 — Herefter »direktiverne om offentlige kontrakter«.

5 — Rådets afgørelse 94/800/EF af 22.12.1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence, EFT L 336, s. 1.

1 — Originalsprog: fransk.

eller modtage rådgivning, der kan benyttes i forbindelse med udarbejdelsen af specifikationer vedrørende en bestemt udbudsforretning, fra virksomheder, som måtte have en forretningsmæssig interesse i den pågældende udbudsforretning.⁶

4. Disse direktiver har åbnet for konkurrence ved indgåelse af offentlige kontrakter i Fællesskabet og samordner samtidig fremgangsmåderne for indgåelse heraf. Hovedformålene med disse direktiver er at sikre, at indgåelse af offentlige kontrakter, såvel generelt som inden for specifikke sektorer, foregår både på en gennemsigtig måde og med respekt for den frie konkurrence⁶.

5. Derfor vedtoges direktiv 89/665/EØF⁷ (herefter »kontroldirektivet«), der indeholder reglerne for klageadgang på området for offentlige kontrakter. Målet er at sikre mulighed for tilstrækkelig og hurtig adgang til at klage over beslutninger truffet af ordregivere i strid med fællesskabsretten om offentlige kontrakter.

B — Nationale regler

6. Direktiverne blev gennemført i belgisk ret ved lov af 24. december 1993 vedrørende offentlige kontrakter og visse kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, indkøb og tjenesteydelser⁸.

7. Artikel 32 i kongelig anordning af 25. marts 1999⁹ ændrer artikel 78 i kongelig anordning af 8. januar 1996 vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter samt indkøbs- og tjenesteydelsesaftaler og koncessionskontrakter vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder. Artikel 26 i kongelig anordning af 25. marts 1999 ændrer artikel 65 i kongelig anordning af 10. januar 1996 vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbs- og tjenesteydelsesktrakter inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. De to bestemmelser indeholder først og fremmest det samme absolutte forbud mod, at personer, der har været ansvarlige for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, afgiver bud på en offentlig kontrakt, og for det andet et relativt forbud mod, at en virksomhed, der er tilknyttet¹⁰ en person, som har været ansvarlig for forbe-

8 — *Moniteur belge* af 22.1.1994.

9 — *Moniteur belge* af 9.4.1999, s. 11690.

10 — I den kongelige anordnings artikel 65, stk. 2, forstås der ved »tilknyttet virksomhed« enhver virksomhed, hvori den i stk. 1 i samme artikel omtalte person direkte eller indirekte kan udøve en dominerende indflydelse, eller enhver virksomhed, der kan udøve en dominerende indflydelse på denne person, eller som er underlagt en anden virksomheds dominerende indflydelse på grund af ejerskab, økonomisk deltagelse eller de bestemmelser, der regulerer virksomheden. Der antages at foreligge dominerende indflydelse, når en virksomhed direkte eller indirekte i forhold til en anden virksomhed ejer hovedparten af selskabskapitalen i virksomheden, er indehaver af hovedparten af de stemmerettigheder, der er forbundet med de af virksomheden udstedte selskabsandele, eller kan udøve mere end halvdelen af medlemmerne af virksomhedens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan.

6 — Jf. dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, SmI. s. 1839, præmis 18, in fine.

7 — Rådets direktiv af 21.12.1989 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. Der er vedtaget et lignende direktiv for offentlige kontrakter inden for specifikke sektorer, nemlig Rådets direktiv 92/13/EØF af 25.2.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, EFT L 76, s. 14.

redende arbejder i forbindelse med den pågældende offentlige kontrakt, afgiver bud. Virksomheden kan imidlertid afkræfte denne formodning ved at fremlægge oplysninger, der gør det muligt at fastslå, at dens dominerende indflydelse ikke påvirker den pågældende kontrakt.

II — Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

A — *I sag C-21/03*

8. Aktieselskabet Fabricom (herefter »Fabricom«) er en bygge- og anlægsvirksomhed inden for sektoren for kraftoverføring og væsketransport. Den afgiver regelmæssigt bud på offentlige kontrakter, navnlig inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

9. Ved stævning indgivet til Conseil d'État den 25. juni 1999 nedlagde Fabricom påstand om annullation af artikel 26 i kongelig anordning af 25. marts 1999. Fabricom gjorde gældende, at denne bestemmelse strider mod princippet om ligebehandling af alle tilbudsgivere, princippet om en effektiv domstolsprøvelse som garanteret ved kontroldirektivet, proportionalitetsprincippet, retten til fri erhvervsudøvelse samt

ejendomsretten, som den er fastsat i artikel 1 i tillægsprotokollen til konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder. Den belgiske stat har bestridt disse påstande.

10. Da Conseil d'État fandt, at løsningen af den tvist, som den er blevet forelagt, kræver fortolkning af visse bestemmelser i direktiverne om offentlige kontrakter, har den i medfør af artikel 234 EF besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende tre præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [EFT L 199, s. 84], navnlig artikel 4, stk. 2, og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af 16. februar 1998 om ændring af direktiv 93/38/EØF, sammenholdt med proportionalitetsprincippet, retten til fri erhvervsudøvelse og overholdelsen af ejendomsretten, der navnlig garanteres i tillægsprotokollen af 20. marts 1952 til konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, til hinder for, at enhver person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, udelukkes fra at fremsætte en anmodning om deltagelse i et udbud eller fra at afgive bud på disse offentlige bygge- og

anlægskontrakter, indkøbs- eller tjenesteydelsesaftaler, uden at der gives denne person mulighed for at bevise, at den erfaring, han har erhvervet, i det konkrete tilfælde ikke kan fordreje konkurrencen?

herom bekræfter, at den ikke som følge heraf har opnået nogen uberettiget fordel, der kan fordreje de sædvanlige konkurrencevilkår?»

B — *I sag C-34/03*

- 2) Vil besvarelsen af det første spørgsmål være anderledes, såfremt ovennævnte direktiver, sammenholdt med de samme principper, friheder og rettigheder, skal fortolkes således, at de kun omfatter private virksomheder eller virksomheder, der har udført ydelser mod vederlag?

11. Samme selskab, Fabricom, nedlagde ved stævning indgivet til Conseil d'État den 8. juni 1999 påstand om annullation af artikel 32 i kongelig anordning af 25. marts 1999. Både Fabricoms og den belgiske stats argumenter er i det væsentlige de samme som nævnt i sag C-21/03.

- 3) Kan Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, navnlig artikel 1 og 2, fortolkes således, at ordregiveren helt frem til, at undersøgelsen af buddene er afsluttet, kan afvise, at en virksomhed, der er tilknyttet enhver person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, deltager i udbuddet eller afgiver bud, selv om denne virksomhed på den ordregivende myndigheds spørgsmål

12. Conseil d'État har også i denne sag i medfør af artikel 234 EF besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende tre præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, navnlig artikel 3, stk. 2, [EFT L 209, s. 1], Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [EFT L 199, s. 1], navnlig artikel 5, stk. 7, og Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [EFT L 199, s. 54], navnlig artikel 6, stk. 6, samt

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter, navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), og artikel 3, stk. 1, litra b), sammenholdt med proportionalitetsprincippet, retten til fri erhvervsudøvelse og overholdelsen af ejendomsretten, der navnlig garanteres i tillægsprotokollen af 20. marts 1952 til konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, til hinder for, at enhver person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, udelukkes fra at fremsætte en anmodning om deltagelse i et udbud eller fra at afgive bud på disse offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbs- eller tjenesteydelsesaftaler, uden at der gives denne person mulighed for at bevise, at den erfaring, han har erhvervet, i det konkrete tilfælde ikke kan fordreje konkurrencen?

3) Kan 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, navnlig artikel 2, stk. 1, litra a), og artikel 5, fortolkes således, at den ordregivende myndighed helt frem til, at undersøgelsen af budene er afsluttet, kan afvise, at en virksomhed, der er tilknyttet enhver person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, deltager i udbuddet eller afgiver bud, selv om denne virksomhed på den ordregivende myndigheds spørgsmål herom bekræfter, at den ikke har opnået nogen uberettiget fordel, der kan fordreje de sædvanlige konkurrencevilkår?»

13. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 4. marts 2003 er sagerne blevet forenet på grund af deres indbyrdes sammenhæng.

2) Vil besvarelsen af det første spørgsmål være anderledes, såfremt ovennævnte direktiver, sammenholdt med de samme principper, friheder og rettigheder, skal fortolkes således, at de kun omfatter private virksomheder eller virksomheder, der har udført ydelser mod vederlag?

III — Stillingtagen

14. Da de tre spørgsmål, Conseil d'État har forelagt, ligner hinanden i de to sager, der er indbragt for Domstolen, vil jeg undersøge

hvert enkelt præjudicielt spørgsmål vedrørende sag C-34/03. Derefter vil jeg tage stilling til, om den valgte løsning skal være anderledes for så vidt angår de særlige sektorer, der er tale om i sag C-21/03.

15. Der er en sådan sammenhæng mellem den forelæggende rets første og andet spørgsmål, at det forekommer hensigtsmæssigt at behandle dem samlet. Således vil jeg først besvare det første og andet spørgsmål under ét, hvorefter jeg vil besvare det tredje.

16. Det bemærkes indledningsvis, at selv om Domstolen ikke under en sag i henhold til artikel 234 EF har kompetence til at afgøre, om nationale retsregler er forenelige med fællesskabsretten, eller til at fortolke nationale ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, er den dog beføjet til at forsyne den forelæggende ret med alle under fællesskabsretten henhørende fortolkningsbidrag, som gør det muligt for denne ret at vurdere de nævnte forskrifters forenelighed med fællesskabsbestemmelserne med henblik på at træffe afgørelse i den sag, der er indbragt for den¹¹.

11 — Jf. bl.a. dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Hünermund m.fl., Sml. I, s. 6787, præmis 8, af 3.5.2001, sag C-28/99, Verdonck m.fl., Sml. I, s. 3399, præmis 28, og af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 48.

A — Det første og det andet spørgsmål: udelukkelse af en person, der deltager i udarbejdelsen af offentlige kontrakter, fra at konkurrere om tildelingen heraf

17. Med sit første spørgsmål ønsker Conseil d'État oplyst, om direktiverne om offentlige kontrakter er til hinder for, at enhver person, der har deltaget i forberedelserne til en offentlig kontrakt, udelukkes fra at afgive bud på den pågældende offentlige kontrakt, uden at denne person har mulighed for at føre bevis for, at dette forhold ikke fordrejer konkurrencen mellem de bydende på den offentlige kontrakt. Med det andet spørgsmål ønsker Conseil d'État oplyst, om Domstolens svar på det første spørgsmål er anderledes, såfremt direktiverne kun omhandler privatpersoner eller personer, der har udført ydelser mod vederlag.

1) Parternes argumenter

18. Sagsøgeren i hovedsagen, Fabricom, har gjort gældende, at artikel 26 og 32 i kongelig anordning af 25. marts 1999 (herefter »de belgiske bestemmelser«) strider mod fællesskabsretten¹², navnlig at de strider imod princippet om forbud mod forskelsbehand-

12 — Det bemærkes, at Fabricom indgav en klage til Kommissionen over de belgiske bestemmelser. Kommissionen anførte i sit svar herpå, at den ikke var i stand til at fastslå, om der forelå overtrædelse af fællesskabsretten.

ling i henhold til direktiverne om offentlige kontrakter samt retspraksis i henhold til dommen i sagen *Telaustria og Telefon-adress*¹³, der ligeledes danner grundlag for dette princip. *Fabricom* har understreget, at forbuddet mod forskelsbehandling nemlig gælder for samtlige bydende, herunder de, der har deltaget i forberedelserne til kontrakten. Sidstnævnte bør kun udelukkes fra at deltage i udbuddet, såfremt det klart og konkret fremgår, at de blot ved at deltage opnår en fordel, der fordrejer den normale konkurrence.

19. Den uigendrivelige formodning i de omtvistede bestemmelser har således ifølge *Fabricom* en uforholdsmæssig virkning i forhold til det mål, der forfølges, som er at sikre en loyal konkurrence mellem de bydende. Sagsøgeren i hovedsagen har henvist til Domstolens praksis¹⁴, hvorefter fællesskabsretten er til hinder for, at et bestemt bud uden videre afvises på grundlag af et kriterium, der anvendes automatisk¹⁵.

20. *Fabricom* støttes af den østrigske og den finske regering, der i deres indlæg har understreget, at udelukkelse af en virksom-

hed i det særlige tilfælde, hvor den har deltaget i de forberedende arbejder, skal ske på baggrund af en fuldstændig og differentieret undersøgelse af de forberedende arbejders art, herunder adgangen til udbudsbetingelserne. Udelukkelsen skal kun kunne ske, såfremt virksomheden på grund af sit forberedende arbejde har opnået særlige informationer om udbuddet, der har givet den en konkurrencefordel.

21. Kommissionen har derimod gjort gældende, at de belgiske bestemmelser sigter mod at undgå en eventuel forskelsbehandling og konkurrencefordel for den, der har deltaget i de forberedende arbejder, hvis den pågældende afgiver bud på samme kontrakt. Kommissionen har understreget, at såfremt den, der har udført de forberedende arbejder, også kunne blive tilslagsmodtager, ville der være risiko for, at den pågældende påvirkede forberedelsen af den offentlige kontrakt i en retning, der var gunstig for ham.

2) Stillingtagen

22. Domstolen har allerede i flere domme fastslået de udvælgelsesprincipper der gælder i fællesskabsretten for offentlige kontrakter¹⁶. Som allerede anført sigter direktiverne om offentlige kontrakter, inden for hvert sit særlige område, mod at fremme udviklingen

13 — Dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Sml. I, s. 10745.

14 — Jf. bl.a. dom af 27.11.2001, forenede sager C-285/99 og C-286/99, *Lombardini og Mantovani*, Sml. I, s. 9233.

15 — I den foreliggende sag er dette kriterium den bydendes deltagelse i de forberedende arbejder.

16 — Jf. bl.a. dom af 20.9.1988, sag 31/87, *Beentjes*, Sml. s. 4635, og dommen i sagen *Lombardini og Mantovani*.

af en effektiv konkurrence¹⁷. Dette mål kan kun gennemføres og opfyldes effektivt, såfremt de økonomiske operatører, der deltager i udbuddet, er i stand til at deltage på lige fod og uden den mindste forskelsbehandling.

23. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer præciserede således med rette i sagen Lombardini og Mantovani¹⁸, at »[d]et er derfor nødvendigt med et system, som kendetegnes af objektivitet på alle planer, såvel i materiel som i formel henseende. I den første henseende gennem fastsættelse af objektive kriterier for deltagelse i udbud og tildeling af kontrakter. I den anden henseende ved at foreskrive gennemsigtige procedurer, hvori offentliggørelse er reglen«.

24. Det står fast, at direktiverne om offentlige kontrakter ikke indeholder udtrykkelige bestemmelser om manglende evne til at deltage i udbud vedrørende offentlige kontrakter. Direktiverne indeholder navnlig ingen bestemmelser om, at en person ikke kan deltage i et udbud om en offentlig kontrakt, hvis den pågældende tidligere har deltaget i planlægningen af det pågældende udbud.

25. Det står ligeledes fast, at de generelle principper, såsom fri konkurrence, ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling, gælder for indgåelse af offentlige kontrakter. Således er det ikke muligt at gøre forskel på bydende, uanset hvilken etape i udbudsproceduren der er tale om.

26. Det skal derfor undersøges, om direktiverne om offentlige kontrakter og de generelle principper i fællesskabsretten gør det muligt at udelukke en person, der har deltaget i forberedelserne af det pågældende udbud, fra at afgive bud på den pågældende offentlige kontrakt. I overensstemmelse med de fortolkningsmetoder¹⁹, Domstolen har anvendt, vil jeg gennemgå ordlyden i direktiverne om offentlige kontrakter samt deres opbygning og formål med henblik på at svare den forelæggende ret.

27. Direktiv 92/50²⁰, 93/36²¹ og 93/37²², som ændret ved direktiv 97/52, samt direktiv 93/38²³, som ændret ved direktiv 98/4, indeholder alle i én af deres første bestemmelser en regel om, at de ordregivende

17 — Fratelli Costanzo-dommen.

18 — Jf. hans forslag til afgørelse i ovennævnte sag, punkt 25.

19 — Jf. bl.a. dom af 23.3.2000, sag C-208/98, Berliner Kindl Brauerei, Sml. I, s. 1741, af 12.10.2000, sag C-372/98, Cooke, Sml. I, s. 8683, og af 29.4.2004, sag C-341/01, Plato Plastik Robert Frank, Sml. I, s. 4883.

20 — Jf. artikel 3, stk. 2.

21 — Jf. artikel 5, stk. 7.

22 — Jf. artikel 6, stk. 6.

23 — Jf. artikel 4, stk. 2.

myndigheder skal sikre, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem de bydende²⁴.

28. Endvidere følger det af tiende betragtning til direktiv 97/52 og trettede betragtning til direktiv 98/4, at ordregivende myndigheder kan søge rådgivning til udarbejdelse af specifikationer til en udbudsforretning, forudsat at dette ikke fordrejer konkurrencen²⁵. Det er interessant at bemærke, at der er tale om ordlyden fra aftalen om offentlige kontrakter inden for WTO.

29. For så vidt angår teknisk rådgivning til forberedelse af en offentlig kontrakt indeholder bestemmelserne i direktiverne om offentlige kontrakter således på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin intet, som er til hinder for, at ordregiverne søger eller modtager rådgivning, der kan benyttes ved udarbejdelsen af specifikationer til en bestemt udbudsforretning hos en person, der kan tænkes at byde. Fællesskabsretten er kun til hinder herfor, såfremt det er til skade for en effektiv konkurrence²⁶.

24 — Ordregiverne drager omsorg for, at der ikke finder forskelsbehandling sted af leverandører, entreprenører eller tjenesteydere.

25 — »[O]rdregiverne kan søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde specifikationer til en bestemt udbudsforretning, forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrence udelukkes.«

26 — Den holdning støttede den østrigske og den finske regering også i deres indlæg.

30. Denne korte gennemgang af direktivets bestemmelser vedrørende principperne for udbudsprocedurer foranlediger mig til følgende bemærkninger. For det første følger det af en fortolkning af ordlyden, at direktiverne giver de ordregivende myndigheder mulighed for at indhente diverse rådgivning med henblik på forberedelsen af en offentlig kontrakt på betingelse af, at det ikke skader konkurrencen. Det er dog ikke uforeneligt, at en person deltager i forberedelserne til en offentlig kontrakt og derefter afgiver bud på samme kontrakt.

31. De anførte artikler i direktiverne om offentlige kontrakter skal herefter fortolkes i lyset af de øvrige bestemmelser i disse direktiver samt tillige på baggrund af de generelle principper i fællesskabsretten og i de grundlæggende rettigheder. De skal navnlig undersøges i lyset af de øvrige bestemmelser, der fastsætter objektive kriterier for deltagelse og tildeling.

32. Selv om direktiverne ikke giver mulighed for at udelukke en potentiel bydende, der har deltaget i de forberedende arbejder med henvisning til uforenelighed, opstilles der dog i direktiverne en liste over kriterier for udvælgelse af eventuelle bydende, som deltager i udbudsproceduren. Ved gennemførelse af direktiverne om offentlige kontrakter kan medlemsstaterne i listen over kriterier fastsætte andre begrundelser, der gør det muligt at udelukke en ansøgning, forudsat at det sker for at opfylde direktivets formål.

33. Henvisningerne i direktiverne om offentlige kontrakter til de ordregivende myndigheders mulighed for at søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde specifikationer til en bestemt udbudsforretning, har ikke til formål på forhånd at fastslå, hvilke personer der kan tænkes at konkurrere om den pågældende offentlige kontrakt. Ligesom Kommissionen mener jeg, at sådanne bestemmelser ikke har til formål at udvide mulighederne for at søge eller modtage rådgivning i forbindelse med en offentlig kontrakt, men at undgå, at dette fører til en fordrejning af loyal konkurrence. Disse henvisninger er derfor udtryk for mistro til den person, der både deltager i udarbejdelsen af den offentlige kontrakt og i udbudsfasen.

34. Som bekendt harmoniserer direktiverne procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter med henblik på at sikre en effektiv konkurrence på dette område. Som det blev fastslået i forbindelse med fortolkningen af direktivernes ordlyd og systematik, dækker disse ikke alle detaljer i procedurerne for indgåelse af kontrakter, men giver medlemsstaterne en skønsmargin i gennemførelsen heraf. Domstolen har flere gange fastslået²⁷, at direktiverne om offentlige kontrakter således ikke indeholder en harmoniseret og udtømmende fællesskabsregulering, og at medlemsstaterne inden for rammerne af de fælles bestemmelser, som de opstiller, har bevaret retten til at opretholde eller udstede materielle bestemmelser og forskrifter om fremgangsmåden i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, forudsat at

de herved iagttager alle de relevante fællesskabsretlige bestemmelser²⁸.

35. I den foreliggende sag afgrænses denne ret for medlemsstaterne derfor fortsat såvel af formålene med direktiverne om offentlige kontrakter som af fællesskabsrettens generelle principper. Det fremgår af Domstolens praksis, at de grundlæggende regler i EF-traktaten og fællesskabsrettens generelle principper ligeledes kan definere rækkevidden af de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne i situationer, som er omfattet af direktivernes anvendelsesområde, men for hvilke der ikke er fastsat nogen specifik forpligtelse. Domstolen tilføjede således, at princippet om ligebehandling, der ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en gennemsigthedsforpligtelse, således at det kan fastslås, at princippet overholdes²⁹.

36. Da direktiverne ikke indeholder en særlig bestemmelse om uforenelighed med hensyn til afgivelse af bud på en offentlig kontrakt, kan medlemsstaterne derfor eventuelt fastsætte regler for at sikre, at direktivernes formål overholdes. Det kan f.eks. være tilfældet, at det er uforeneligt både at deltage i forberedelserne til en offentlig kontrakt og i

27 — Dom af 9.7.1987, forenede sager 27/86, 28/86 og 29/86, CEl m.fl., Sml. s. 3347, præmis 15.

28 — Hvilket Domstolen bekræftede i Beentjes-dommen, præmis 20.

29 — Jf. dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 31, dommen i sagen Telfaustria og Telefonadress, præmis 61, og kendelse af 3.12.2001, sag C-59/00, Vestergaard, Sml. I, s. 9505.

udbuddet. En sådan udelukkelse sigter nemlig mod at sikre hovedformålet om effektiv konkurrence. Men tilgodeser en sådan regel princippet om forbud mod forskelsbehandling, som også er fastsat i direktivet? En sådan regel ville nemlig også bevirke, at visse bydende udelukkes.

37. I sin dom i sagen Kommissionen mod Danmark³⁰ fastslog Domstolen, at forpligtelsen til at overholde princippet om ligebehandling følger af selve hovedformålet med direktiverne om offentlige kontrakter. Således kræver den ligebehandling, som skal lægges til grund ved indgåelse af offentlige kontrakter, at de, som ønsker at få en sådan kontrakt tildelt, på forhånd ved, hvad de skal gøre, eller tværtimod ikke skal gøre, for at nå dette mål. Såfremt deltagelse i de forberedende arbejder til en offentlig kontrakt således har til følge, at en deltager, der måtte ønske at afgive bud på den pågældende offentlige kontrakt, udelukkes, skal alle potentielle bydende have kendskab til disse følger, så de frit kan vælge, om de vil deltage i forberedelsesfasen eller afgive bud på den offentlige kontrakt³¹.

38. Således skal der både tages hensyn til ønsket om at sikre en effektiv konkurrence og til princippet om ligebehandling af de

bydende. Ifølge fast retspraksis må fællesskabslovgivningens hovedformål dog ikke anfægtes. I den foreliggende sag bør det undersøges, om de nævnte direktivers hovedformål sikres gennem en lovgivning som den omtvistede og i bekræftende fald, om den strider imod det ligebehandlingsprincip, som er knyttet til dens anvendelse. Dette rejser spørgsmål om, hvorvidt den nationale lovgivning indeholder regler, der er nødvendige for at sikre, at direktivernes formål opfyldes korrekt og proportionalt.

39. Jeg mener, ligesom Kommissionen³², at den omtvistede uforenelighed, som forebygger interessekonflikter, faktisk bidrager til at sikre en loyal konkurrence mellem potentielle bydende og forhindrer ordregivende myndigheders forskelsbehandling af disse. En sådan bestemmelse forekommer at være et egnet middel til at nå det mål, der er fastsat i direktiverne om offentlige kontrakter.

40. Det skal endelig undersøges, om den omtalte uforenelighedsregel står i forhold til de nævnte direktivers målsætning. Det mener jeg, den gør.

41. For det første er det vigtigt at gentage, at det står enhver frit for at deltage i forberede-

30 — Dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Sml. I, s. 3353, præmis 33.

31 — Overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet, der ligeledes er indeholdt i direktiverne om offentlige kontrakter, indebærer et krav om offentlighed, som de ordregivende myndigheder skal opfylde i forhold til de bydende, så disse har kendskab til de nærmere betingelser for deltagelse i udbuddet.

32 — Jf. punkt 27 i indlægget.

delserne til en offentlig kontrakt eller at afgive bud. Alt efter interesse kan man vælge at deltage i enten den ene eller den anden fase af udbuddet. Endvidere skal jeg understrege, at denne uforenelighed kun gælder én og samme offentlig kontrakt.

44. På baggrund heraf er en foranstaltning, hvorved der indføres en uforenelighedsregel som den, der er indeholdt i den belgiske lovgivning, i overensstemmelse med de generelle principper i fællesskabsretten og opfylder et formål af almen interesse³⁴.

42. Uforenelighedsreglen sigter mod at undgå, at der opstår en situation med fordrejet konkurrence, fordi den bydende ligger inde med informationer i kraft af sin deltagelse i forberedelserne til det pågældende udbud. Det er nemlig praktisk talt umuligt at forestille sig en procedure, der kan sikre, at de informationer og erfaringer, som erhverves i forberedelsesfasen, ikke vil være til gavn for den samme person, hvis den pågældende afgiver bud. Den viden, der er erhvervet, er for størstedelens vedkommende subjektiv og vanskeligt identificerbar, undertiden endog for den pågældende person selv³³.

43. Af hensyn til retssikkerheden og især til gennemsigtigheden, der er det grundlæggende princip for direktiverne om offentlige kontrakter, bør enhver mulighed for en privilegeret situation, der kan fordreje konkurrencen, således forhindres.

45. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om der skal gives et andet svar, såfremt direktiverne om offentlige kontrakter skal fortolkes således, at forbudet mod at byde på en offentlig kontrakt kun gælder privatpersoner, der har været ansvarlige for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling af genstanden for denne kontrakt samt personer, der har udført ydelser mod vederlag.

46. Jeg mener, ligesom samtlige de procesdeltagere, der har udtalt sig om dette spørgsmål for Domstolen, at det ikke er begrundet, at private virksomheder eller virksomheder, der har udført ydelser mod vederlag, behandles anderledes i forhold til offentlige virksomheder, som de konkurrerer med om de samme offentlige kontrakter. Det er tidligere fastslået i Domstolens praksis, at Fællesskabets regler om offentlige kontrakter finder anvendelse på samme måde, uanset om en offentlig kontrakt tildeles en privat-

33 — Ofte er det nemlig ikke tilsløget, når en person drager fordel af viden og informationer erhvervet under den pågældendes deltagelse i de forberedende arbejder. God eller ond tro bør ikke få indflydelse på den fordel, den skaber for denne person i forhold til de øvrige bydende.

34 — Jf. i den forbindelse dom af 5.10.1994, sag C-280/93, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 4973.

person eller en virksomhed, som en offentlig myndighed har interesser i³⁵. Jeg mener, at det samme gør sig gældende med hensyn til uforenelighedsreglen.

47. Indholdet af direktivet om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter, sammenholdt med proportionalitetsprincippet, retten til fri erhvervsudøvelse og overholdelsen af ejendomsretten, er ikke til hinder for en national regel om, at enhver person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende tjenesteydelser, indkøb og bygge- og anlægsarbejder, systematisk afskæres fra muligheden for at indgive en ansøgning om deltagelse eller for at afgive et bud på disse kontrakter. Det er uden betydning, om det er en privatperson eller en offentlig virksomhed, der har deltaget i de forberedende arbejder.

B — Det tredje spørgsmål: tidspunktet for afvisning af en bydende virksomhed, som er tilknyttet en person, der har deltaget i de forberedende arbejder

48. Med sit sidste spørgsmål ønsker Conseil d'État oplyst, om kontroldirektivet³⁶ er til hinder for, at ordregiveren, helt frem til undersøgelsen af buddene er afsluttet, kan

afvise, at en virksomhed, der er tilknyttet enhver person, der har været ansvarlig for studier og forsøg i forbindelse med forberedende arbejder til udbuddet, deltager i udbuddet eller afgiver et bud, selv om denne virksomhed på den ordregivende myndigheds spørgsmål herom bekræfter, at den ikke har opnået nogen uberettiget fordel, der kan fordreje de normale konkurrencevilkår.

49. Parterne er enige om, at kontroldirektivet er til hinder for, at den ordregivende myndighed, helt frem til undersøgelsen af buddene er afsluttet, kan afvise, at en virksomhed, der på den ordregivende myndigheds spørgsmål herom bekræfter, at den ikke har opnået nogen uberettiget fordel, der kan fordreje de normale konkurrencevilkår, kan deltage i udbuddet. Jeg deler denne opfattelse.

50. Som allerede anført fremgår det af bestemmelserne i den omhandlede nationale lovgivning, at enhver virksomhed, som er tilknyttet en person, der har været ansvarlig for forberedende arbejder i forbindelse med den pågældende offentlige kontrakt, kan afkræfte formodningen om, at den har en konkurrencefordel, ved at fremlægge oplysninger, på grundlag af hvilke det kan fastslås, at dens dominerende indflydelse ikke påvirker udbuddet. Den ordregivende myndighed er imidlertid ikke undergivet nogen bindende frister og kan på et hvilket som helst tidspunkt, og dermed indtil afslutningen af udbudsproceduren, udelukke virksomheden

35 — Jf. bl.a. dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121.

36 — Jeg erindrer om, at der er tale om direktiv 89/665 som nævnt i gennemgangen af retsforskrifter i nærværende forslag til afgørelse.

på grund af den uberettigede fordel, den formodes at få, fordi de grunde, virksomheden har fremført, vurderes at være utilstrækkelige³⁷.

et tidspunkt, hvor klageren kun kan opnå skadeserstatning, bringer bestemmelserne i den belgiske lovgivning den effektive virkning af kontroldirektivet i fare.

51. En sådan situation giver ikke den tilknyttede virksomhed mulighed for eventuelt at få en retsinstans til at fastslå, at der ikke i den pågældende sag består en formodning for udelukkelse, med samme betydning som en svækkelse af konkurrencen, før tildeling af kontrakten. Det følger dog af kontroldirektivet og Domstolens praksis, at medlemsstaterne skal sikre klageprocedurer, så det er muligt at afbryde proceduren for eller den ordregivende myndigheds beslutning om tildeling af kontrakten³⁸. Det følger heraf, at beslutningen om at udelukke den tilknyttede virksomhed skal meddeles forud for beslutningen om tildeling af den offentlige kontrakt, og at meddelelsen skal ske i så god tid, at den nævnte virksomhed, hvis den ønsker det, kan anfægte udelukkelsesbeslutningen og få den ophævet, såfremt betingelserne herfor er opfyldt.

53. Derfor mener jeg, at direktiv 89/665 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter er til hinder for en national regel, der giver ordregiveren mulighed for helt frem til, at undersøgelsen af buddene er afsluttet, at afvise, at en virksomhed, som er tilknyttet en person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, deltager i proceduren eller afgiver et bud, selv om virksomheden bekræfter, at den ikke har opnået nogen uberettiget fordel, der kan fordreje de sædvanlige konkurrencevilkår.

52. Ved at gøre det muligt at træffe beslutning om at udelukke en tilknyttet virksomhed, der måtte ønske at byde, helt frem til undersøgelsen af buddene er afsluttet, således at overtrædelserne først kan anfægtes på et tidspunkt, hvor overtrædelserne ikke længere kan afhjælpes, idet den offentlige kontrakt i mellemtiden er blevet tildelt, og på

54. Jeg mener, at de argumenter, der er fremsat i forbindelse med spørgsmålene i sag C-34/03, kan overføres til de samme spørgsmål i sag C-21/03 vedrørende direktivet om offentlige kontrakter inden for visse specifikke sektorer, såsom vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

37 — I værste fald vil virksomheden erfare, at den er blevet udelukket, samtidig med at tildelingen af den offentlige kontrakt meddeles den udvalgte tilbudsgiver.

38 — Jf. bl.a. dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671.

IV — Forslag til afgørelse

55. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer første og andet spørgsmål fra den forelæggende ret således:

- »1) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af 16. februar 1998 om ændring af direktiv 93/38/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, sammenholdt med proportionalitetsprincippet, retten til fri erhvervsudøvelse og overholdelsen af ejendomsretten, er ikke til hinder for en national regel om, at enhver person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende tjenesteydelser, indkøb og bygge- og anlægsarbejder, systematisk afskæres fra muligheden for at indgive en ansøgning om deltagelse eller for at afgive et bud på disse kontrakter. Det er uden betydning, om det er en privatperson eller en offentlig virksomhed, der har deltaget i de forberedende arbejder.

- 2) 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, og Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation er til hinder for en national regel, der giver ordregiveren mulighed for helt frem til, at undersøgelsen af buddene er afsluttet, at afvise, at en virksomhed, som er tilknyttet en person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, deltager i proceduren eller afgiver et bud, selv om virksomheden bekræfter, at den ikke har opnået nogen uberettiget fordel, der kan fordreje de sædvanlige konkurrencevilkår.«