

FABRICOM

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

3. marts 2005\*

I de forenede sager C-21/03 og C-34/03,

angående anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Conseil d'État (Belgien) ved afgørelser af 27. december 2002, indgået til Domstolen henholdsvis den 29. og den 22. januar 2003, i sagerne:

**Fabricom SA**

mod

**État belge,**

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans (refererende dommer), og dommerne C. Gulmann, J.-P. Puissochet, N. Colneric og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: P. Léger  
justitssekretær: R. Grass,

\* Processprog: fransk.

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Fabricom SA ved avocats J. Vanden Eynde og J.-M. Wolter
  
- den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget
  
- den finske regering ved T. Pynnä, som befuldmægtiget
  
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner og B. Stromsky, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 11. november 2004,

afsagt følgende

## Dom

<sup>1</sup> Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne for indgåelse af

offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 (EFT L 328, s. 1, herefter »direktiv 92/50«), navnlig artikel 3, stk. 2, Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), som ændret ved direktiv 97/52 (herefter »direktiv 93/36«), navnlig artikel 5, stk. 7, Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), som ændret ved direktiv 97/52 (herefter »direktiv 93/37«), navnlig artikel 6, stk. 6, samt 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), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af 16. februar 1998 (EFT L 101, s. 1, herefter »direktiv 93/38«), navnlig artikel 4, stk. 2, sammenholdt med proportionalitetsprincippet, retten til fri erhvervsudøvelse og ejendomsretten. Anmodningerne vedrører desuden 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), navnlig artikel 2, stk. 1, litra a), og artikel 5, samt 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 (EFT L 76, s. 14), navnlig artikel 1 og 2.

- 2 Disse anmodninger er indgivet inden for rammerne af tvister mellem Fabricom SA (herefter »Fabricom«) og den belgiske stat vedrørende lovligheden af nationale bestemmelser, der under visse betingelser er til hinder for, at en person, der er ansvarlig for de forberedende arbejder i forbindelse med en offentlig kontrakt, eller en virksomhed, der er tilknyttet denne person, deltager i udbuddet.

## Retsforskrifter

### *Fællesskabsbestemmelser*

- 3 Artikel VI, stk. 4, i aftalen om offentlige indkøb, der er et bilag til Rådets afgørelse 94/800/EF af 22. december 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, herefter »aftalen om offentlige indkøb«), bestemmer:

»Ordregivere må ikke på en måde, der kan have til følge at udelukke konkurrencen, søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes i forbindelse med udarbejdelsen af specifikationer til en bestemt udbudsforretning, fra virksomheder, som måtte have en forretningsmæssig interesse i den pågældende udbudsforretning.«

- 4 Artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 bestemmer:

»Det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere.«

- 5 Artikel 5, stk. 7, i direktiv 93/36 bestemmer:

»De ordregivende myndigheder påser, at de enkelte leverandører ikke udsættes for forskelsbehandling.«

6 Artikel 6, stk. 6, i direktiv 93/37 bestemmer:

»De ordregivende myndigheder påser, at de enkelte entreprenører ikke udsættes for forskelsbehandling.«

7 Artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/38 bestemmer:

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

8 Tiende betragtning til direktiv 97/52, hvis ordlyd i det væsentlige er gentaget i trettende betragtning til direktiv 98/4, præciserer:

»[O]rdregivende myndigheder 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.«

9 Artikel 2 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:

- 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

[...]«

10 Artikel 1 i direktiv 92/13 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over ordregivernes beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 8, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende tilbudsgivning eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret, for så vidt angår:

- a) de fremgangsmåder ved tilbudsgivning, der henhører under direktiv 90/531/EØF, og
- b) overholdelsen af artikel 3, stk. 2, litra a), i nævnte direktiv, når det drejer sig om de ordregivere, for hvilke denne bestemmelse finder anvendelse.

2. Medlemsstaterne påser, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler til gennemførelse af fællesskabsretten og de øvrige nationale regler.

3. Medlemsstaterne påser, 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 få tildelt en bestemt ordre, 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 anvende en sådan procedure, på forhånd har underrettet ordregiveren om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage.«

11 Artikel 2 i direktiv 92/13 bestemmer:

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

enten

- a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller forhindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at suspendere eller foranledige suspension af den pågældende udbudsprocedure eller gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af ordregiveren, og

- b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsbekendtgørelsen, den periodisk vejledende bekendtgørelse, bekendtgørelsen om anvendelse af et kvalifikationssystem, anmodningen om at afgive bud, udbudsbetingelserne eller ethvert andet dokument i forbindelse med den pågældende udbudsprocedure

eller

- c) hurtigst muligt, som hastesag, hvis det lader sig gøre, og om nødvendigt ved en afsluttende procedure med hensyn til sagens substans, at træffe andre foranstaltninger end de i litra a) og b) nævnte, der har til formål at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør og forhindre, at der påføres de pågældende interesser skade, herunder især muligheden for at kræve betaling af et bestemt beløb, såfremt overtrædelsen ikke bringes til ophør eller undgås.

Medlemsstaterne kan foretage dette valg for så vidt angår samtlige ordregivere eller for visse kategorier af ordregivere, der fastlægges på grundlag af objektive kriterier, idet de under alle omstændigheder skal sikre, at de truffene foranstaltninger er effektive hvad angår det formål at forhindre, at der påføres de pågældende interesser skade

[...]«



*De nationale bestemmelser*

- 12 Artikel 32 i kongelig anordning af 25. marts 1999, der ændrer kongelig anordning af 8. januar 1996 vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter samt indkøbs- og tjenesteydelsesaftaler og koncessionskontrakter vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder (*Moniteur belge* af 9.4.1999, s. 11690, herefter »kongelig anordning af 25.3.1999, der ændrer kongelig anordning af 8.1.1996«), bestemmer:

»[...]

1. Personer, der har været ansvarlige for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, er ikke berettiget til at indgive en anmodning om deltagelse eller til at afgive bud på offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbs- eller tjenesteydelsesaftaler.

2. En virksomhed, der er tilknyttet en af de i stk. 1 omtalte personer, er ikke berettiget til at indgive en anmodning om deltagelse eller til at afgive et bud, medmindre virksomheden godtgør, at den ikke som følge heraf opnår en uberettiget fordel, der kan fordreje de sædvanlige konkurrencevilkår.

I denne artikel forstås der ved »tilknyttet virksomhed« enhver virksomhed, hvori den i stk. 1 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:

- 1° ejer hovedparten af selskabskapitalen i virksomheden, eller
- 2° er indehaver af hovedparten af de stemmerettigheder, der er forbundet med de af virksomheden udstedte selskabsandele, eller
- 3° kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne af virksomhedens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan.

Inden en virksomhed eventuelt udelukkes på grund af en uberettiget fordel, som den antages at have, skal den ordregivende myndighed ved rekommanderet skrivelse opfordre denne virksomhed til inden for en frist på 12 dage, medmindre opfordringen konkret indrømmer en længere frist, at fremkomme med oplysninger, navnlig vedrørende virksomhedens forbindelser, dens grad af selvstændighed og enhver omstændighed, der giver mulighed for at fastslå, at den dominerende indflydelse ikke foreligger eller ikke påvirker den pågældende kontrakt.

3. Stk. 1 og 2 finder ikke anvendelse:

- 1° på offentlige kontrakter, der både omfatter udarbejdelsen af et projekt og dets gennemførelse
- 2° på offentlige kontrakter, der tildeles ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse som omhandlet i lovens artikel 17, stk. 2.«

- 13 Artikel 26 i kongelig anordning af 25. marts 1999, der ændrer kongelig anordning af 10. januar 1996 vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbs- og tjenesteydelseskontrakter inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (*Moniteur belge* af 28.4.1999, s. 14144, herefter »kongelig anordning af 25.3.1999, som ændrer kongelig anordning af 10.1.1996«), er i det væsentlige formuleret på samme måde som artikel 32 i kongelig anordning af 25. marts 1999, der ændrer kongelig anordning af 8. januar 1996.

### **Tvisterne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

- 14 Fabricom er en bygge- og anlægsvirksomhed, der ofte afgiver bud på offentlige kontrakter, navnlig inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

### *Sag C-21/03*

- 15 Ved stævning indgivet til Conseil d'État den 25. juni 1999 har Fabricom nedlagt påstand om annullation af artikel 26 i kongelig anordning af 25. marts 1999, som ændrer kongelig anordning af 10. januar 1996.
- 16 Fabricom har gjort gældende, at denne bestemmelse bl.a. strider mod princippet om ligebehandling af alle tilbudsgivere, princippet om en effektiv domstolsprøvelse, som garanteret ved direktiv 92/13, 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, undertegnet i Rom den 4. november 1950.

- 17 Den belgiske stat har bestridt de anbringender, Fabricom har gjort gældende.
- 18 Conseil d'État har vedrørende artikel 26 i kongelig anordning af 25. marts 1999, som ændrer kongelig anordning af 10. januar 1996, oplyst, at ifølge præamblen til den nævnte kongelige anordning af 25. marts 1999 og ordlyden af den rapport til kongen, der afgives forud herfor, er formålet med denne bestemmelse at forhindre, at en person, der ønsker at få tildelt en offentlig kontrakt, i strid med den frie konkurrence kan drage fordel af studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser i relation til en sådan kontrakt.
- 19 Ifølge Conseil d'État er denne bestemmelse i almindelighed og uden forskel til hinder for, at den person, der har været ansvarlig for disse studier, forsøg, undersøgelser eller denne udvikling, deltager i udbuddet eller afgiver bud, hvilket også gælder for den virksomhed, der anses for at være tilknyttet denne person. Endvidere giver bestemmelsen ikke — i modsætning til det, som er bestemt for den tilknyttede virksomhed — den nævnte person nogen mulighed for at bevise, at han under de konkrete omstændigheder i sagen ikke på grund af en af disse handlinger har kunnet opnå en fordel, der ville kunne forrykke ligheden mellem de bydende. Bestemmelsen fastsætter ikke udtrykkeligt, at den ordregivende myndighed inden for en bestemt frist skal udtale sig om de grunde, som en tilknyttet virksomhed er fremkommet med for at bevise, at der ikke foreligger dominerende indflydelse, eller at indflydelsen er uden virkning for den pågældende kontrakt.
- 20 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 besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er [...] direktiv 93/38[...] navnlig artikel 4, stk. 2, og [...] direktiv 98/4[...] 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?

- 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?
  
- 3) Kan [...] direktiv 92/13[...], 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 herom bekræfter, at den ikke som følge heraf har opnået nogen uberettiget fordel, der kan fordreje de sædvanlige konkurrencevilkår?»

*Sag C-34/03*

- 21 Ved stævning indleveret til Conseil d'État den 8. juni 1999 har Fabricom nedlagt påstand om annullation af artikel 32 i kongelig anordning af 25. marts 1999, som ændrer kongelig anordning af 8. januar 1996.

- 22) Fabricom har i det væsentlige påberåbt sig de samme anbringender som i sag C-21/03. De oplysninger, Conseil d'État har afgivet vedrørende den nævnte artikel 32, er identiske med de oplysninger, der i sag C-21/03 er blevet afgivet om artikel 26 i kongelig anordning af 25. marts 1999, som ændrer kongelig anordning af 10. januar 1996.
- 23) Under disse omstændigheder har Conseil d'État besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er [...] direktiv 92/50 [...], navnlig artikel 3, stk. 2, [...] direktiv 93/36 [...] navnlig artikel 5, stk. 7, og [...] direktiv 93/37 [...] navnlig artikel 6, stk. 6, samt [...] direktiv 97/52 [...], 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?
  - 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?
  - 3) Kan [...] direktiv 89/665 [...], navnlig artikel 2, stk. 1, litra a), og artikel 5 fortolkes således, at den ordregivende myndighed 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 herom bekræfter, at den ikke har opnået nogen uberettiget fordel, der kan fordreje de sædvanlige konkurrencevilkår?»

- 24 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 4. marts 2003 er sag C-21/03 og sag C-34/03 blevet forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt dommen.

## Om de præjudicielle spørgsmål

### *Det første spørgsmål i sagerne C-21/03 og C-34/03*

- 25 Med sit første spørgsmål i sagerne C-21/03 og C-34/03 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om de fællesskabsbestemmelser, det henviser til, er til hinder for en regel som den, der er fastsat i artikel 26 i kongelig anordning af 25. marts 1999, som ændrer kongelig anordning af 10. januar 1996, og i artikel 32 i kongelig anordning af 25. marts 1999, som ændrer kongelig anordning af 8. januar 1996, ifølge hvilken enhver person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, ikke kan deltage i eller byde på disse offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbs- eller tjenesteydelsesaftaler (herefter »reglen i hovedsagen«).

- 26 Det bemærkes i denne forbindelse, at forpligtelsen til at overholde princippet om ligebehandling følger af selve hovedformålet med direktiverne om offentlige kontrakter, der bl.a. tager sigte på at favorisere udviklingen af en effektiv konkurrence på de områder, der henhører under deres respektive anvendelsesområder, og som angiver kriterier for tildeling af kontrakten, der skal sikre en sådan konkurrence (dom af 17.9.2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland, Sml. I, s. 7213, præmis 81 og den deri nævnte retspraksis).
- 27 I øvrigt følger det af fast retspraksis, at ligebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet (domme af 14.12.2004, sag C-434/02, Arnold André, Sml. I, s. 11825, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis, og sag C-210/03, Swedish Match, Sml. I, s. 11893, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis).
- 28 En person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser i forbindelse med en offentlig kontrakt (herefter »en person, der har udført visse forberedende arbejder«), befinder sig ikke nødvendigvis, for så vidt angår deltagelsen i udbuddet af denne kontrakt, i samme situation som en person, der ikke har udført sådanne arbejder.
- 29 Det gælder således for det første, at en person, der har udført visse forberedende arbejder, kan have opnået en fordel, han kan anvende ved udformningen af sit bud, som følge af de oplysninger han kunne have modtaget om den omhandlede offentlige kontrakt i forbindelse med udførelsen af de nævnte forberedende arbejder. Men der skal gives alle bydende lige chancer ved formuleringen af deres tilbud (jf. i denne retning dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 54).



- 30 For det andet kan den nævnte person befinde sig i en situation, der kan føre til en interessekonflikt, der, som Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber med rette har bemærket, skal forstås således, at personen, hvis han selv byder på den omhandlede offentlige kontrakt, selv uden at have dette til hensigt, kan påvirke kontraktbetingelserne i en retning, der er gunstig for ham. En sådan situation vil kunne fordreje konkurrencen mellem de bydende.
- 31 Henset til denne situation, hvori den person, der har udført visse forberedende arbejder, vil kunne befinde sig, kan det ikke hævdes, at princippet om ligebehandling kræver, at denne person behandles på samme måde som enhver anden bydende.
- 32 Fabricom samt den østrigske og den finske regering har imidlertid i det væsentlige gjort gældende, at den forskelsbehandling, der indføres med en regel som den, der omhandles i hovedsagen, og som indeholder et ubetinget forbud mod, at den person, der har udført visse forberedende arbejder, deltager i et udbud af den omhandlede offentlige kontrakt, ikke er objektivt begrundet. Et sådant forbud er således uforholdsmæssigt. Ifølge de nævnte regeringer sikres det lige så godt, at samtlige bydende behandles lige, hvis der findes en procedure, hvorefter det i hvert konkret tilfælde afgøres, om den omstændighed, at der er udført visse forberedende arbejder, har givet personen, der har udført de nævnte arbejder, en konkurrencefordel i forhold til de andre bydende. En sådan foranstaltning vil være mindre begrænsende for personen, der har udført visse forberedende arbejder.
- 33 Det skal i denne forbindelse fastslås, at en regel som den i hovedsagen omhandlede ikke giver personen, der har udført visse forberedende arbejder, nogen mulighed for at godtgøre, at de i denne doms præmis 29 og 30 nævnte problemer ikke opstår i hans særlige tilfælde.
- 34 En sådan regel rækker videre end det, der er nødvendigt for at nå målet om ligebehandling af samtlige bydende.

- 35 Anvendelsen af den nævnte regel kan således have den følge, at personer, der har udført visse forberedende arbejder, udelukkes fra udbuddet, uden at deres deltagelse heri indebærer nogen som helst risiko for konkurrencen mellem de bydende.
- 36 Under disse omstændigheder skal det første spørgsmål i sagerne C-21/03 og C-34/03 besvares med, at direktiv 92/50, navnlig artikel 3, stk. 2, direktiv 93/36, navnlig artikel 5, stk. 7, direktiv 93/37, navnlig artikel 6, stk. 6, samt direktiv 93/38, navnlig artikel 4, stk. 2, er til hinder for en regel som den, der er fastsat i artikel 26 i kongelig anordning af 25. marts 1999, som ændrer kongelig anordning af 10. januar 1996, og i artikel 32 i kongelig anordning af 25. marts 1999, som ændrer kongelig anordning af 8. januar 1996, ifølge hvilken en person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, ikke kan deltage i eller byde på disse offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbs- eller tjenesteydelsesaftaler, uden at der gives denne person mulighed for at bevise, at den erfaring, han under de i sagen foreliggende omstændigheder har opnået, ikke har kunnet fordreje konkurrencen.

*Det andet spørgsmål i sagerne C-21/03 og C-34/03*

- 37 Med det andet spørgsmål i sagerne C-21/03 og C-34/04 ønsker den forelæggende ret oplyst, om det første spørgsmål skal besvares anderledes, når direktiv 92/50, 93/36, 93/37 og 93/38, sammenholdt med proportionalitetsprincippet, retten til fri erhvervsudøvelse samt ejendomsretten, fortolkes således, at de kun er rettet mod private virksomheder eller virksomheder, der har udført ydelser mod vederlag.

- 38 Det bemærkes, at dette spørgsmål er baseret på en forudsætning, der ikke kan opretholdes.
- 39 De nævnte direktiver indeholder således ingen angivelser, der gør det muligt at fortolke dem således, at de i relation til deres anvendelse over for virksomheder, der deltager eller har til hensigt at deltage i et udbud af en offentlig kontrakt, kun omfatter private virksomheder eller virksomheder, der har udført ydelser mod vederlag. Derimod er princippet om ligebehandling til hinder for, at det kun er de private virksomheder eller virksomheder, der er udført ydelser mod vederlag, som har udført visse forberedende arbejder, der omfattes af en regel som den, der omhandles i hovedsagen, mens dette ikke gælder for virksomheder, der ikke er private, eller som ikke udfører ydelser mod vederlag, men som ligeledes har udført sådanne forberedende arbejder.
- 40 Derfor er der således ikke anledning til at besvare det andet spørgsmål i sagerne C-21/03 og C-34/03.

*Det tredje spørgsmål i sagerne C-21/03 og C-34/03*

- 41 Med det tredje spørgsmål i sagerne C-21/03 og C-34/03 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 89/665, navnlig artikel 2, stk. 1, litra a), og artikel 5, samt direktiv 92/13, navnlig artikel 1 og 2, er til hinder for, at en ordregiver helt frem til undersøgelsen af buddene kan afvise, at den virksomhed, der er tilknyttet enhver person, der har udført visse forberedende arbejder, deltager i udbuddet eller afgiver et bud, selv om denne virksomhed på den ordregivende myndigheds spørgsmål herom bekræfter, at den ikke som følge heraf har opnået en uberettiget fordel, der kan fordreje de sædvanlige konkurrencevilkår.

- 42 Det bemærkes i denne forbindelse, at når det er de processuelle betingelser for klageadgangen, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, fællesskabsretten tillægger de ansøgere og bydende, som berøres af de ordregivende myndigheders beslutninger, må disse ikke være til skade for den effektive virkning af direktiv 89/665 (dom af 12.12.2002, sag C-470/99, *Universale-Bau m.fl.*, Sml. I, s. 11617, præmis 72).
- 43 I øvrigt skal bestemmelserne i direktiv 89/665 og direktiv 92/13, som tilsigter at beskytte de bydende mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør. En sådan beskyttelse er ikke effektiv, såfremt den bydende ikke kan påberåbe sig disse regler over for den ordregivende myndighed (dom af 24.6.2004, sag C-212/02, *Kommissionen mod Østrig*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).
- 44 Den ordregivende myndigheds mulighed for at udsætte — helt frem til et meget sent tidspunkt i udbuddet — sin stillingtagen til muligheden for, at en virksomhed, der er tilknyttet en person, der har udført visse forberedende arbejder, deltager i udbuddet eller afgiver et bud, selv om denne ordregiver råder over samtlige oplysninger for at kunne træffe denne afgørelse, fratager denne virksomhed muligheden for at gøre fællesskabsbestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter gældende over for den ordregivende myndighed i løbet af en periode, som det alene er ordregiveren, der fastsætter, og som i givet fald kan strække sig helt frem til et tidspunkt, hvor tilsidesættelserne ikke længere kan korrigeres på formålstjenlig vis.
- 45 En sådan situation kan skade den effektive virkning af direktiv 89/665 og 92/13, idet den kan føre til en uberettiget udsættelse af de interesseredes mulighed for at udøve de rettigheder, de er blevet tillagt ved fællesskabsretten. Denne situation er i øvrigt i strid med formålet med direktiv 89/665 og 92/13, der er at beskytte de bydende over for den ordregivende myndighed.

- 46 Herefter skal det tredje spørgsmål i sagerne C-21/03 og C-34/03 besvares med, at direktiv 89/665, navnlig artikel 2, stk. 1, litra a), og artikel 5, samt direktiv 92/13, navnlig artikel 1 og 2, er til hinder for, at ordregiveren helt frem til undersøgelsen af buddene kan afvise, at en virksomhed, der er tilknyttet enhver person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, deltager i udbuddet eller afgiver et bud, selv om denne virksomhed på den ordregivende myndigheds spørgsmål herom bekræfter, at den ikke som følge heraf har opnået en uberettiget fordel, der kan fordreje de sædvanlige konkurrencevilkår.

### Sagsomkostningerne

- 47 Da sagernes behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Anden Afdeling) for ret:

- 1) Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997, navnlig artikel 3, stk. 2, Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved direktiv 97/52, navnlig artikel 5, stk. 7, Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved direktiv 97/52, navnlig artikel 6, stk. 6, samt Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af

16. februar 1998, navnlig artikel 4, stk. 2, er til hinder for en regel som den, der er fastsat i artikel 26 i kongelig anordning af 25. marts 1999, som ændrer kongelig anordning af 10. januar 1996 vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbs- og tjenesteydelseskontrakter inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, og i artikel 32 i kongelig anordning af 25. marts 1999, som ændrer kongelig anordning af 8. januar 1996 vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter samt indkøbs- og tjenesteydelsesaftaler og koncessionskontrakter vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder, ifølge hvilken en person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende med bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, ikke kan deltage i eller byde på disse offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbs- eller tjenesteydelsesaftaler, uden at der gives denne person mulighed for at bevise, at den erfaring, han under de i sagen foreliggende omstændigheder har opnået, ikke har kunnet fordreje konkurrencen.

- 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, navnlig artikel 2, stk. 1, litra a), og artikel 5 samt 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, er til hinder for, at ordregiveren helt frem til undersøgelsen af buddene kan afvise, at en virksomhed, der er tilknyttet enhver person, der har været ansvarlig for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, deltager i udbuddet eller afgiver et bud, selv om denne virksomhed på den ordregivende myndigheds spørgsmål herom bekræfter, at den ikke som følge heraf har opnået en uberettiget fordel, der kan fordreje de sædvanlige konkurrencevilkår.

Underskrifter