



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

12. marts 2015*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 89/665/EØF og 2004/18/EF — ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed — den valgte tilbudsgivers forbindelse til den ordregivende myndigheds sagkyndige — pligt til at tage hensyn til denne forbindelse — bevisbyrden for en sagkyndigs partiskhed — manglende indvirkning af en sådan partiskhed på det endelige resultat af vurderingen — klagefrister — anfægtelse af abstrakte tildelingskriterier — præcisering af disse kriterier efter meddelelsen af de udtømmende grunde for tildeling af kontrakten — graden af tilbuddenes forenelighed med de tekniske specifikationer som vurderingskriterium«

I sag C-538/13,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauen) ved afgørelse af 9. oktober 2013, indgået til Domstolen den 14. oktober 2013, i sagen:

eVigilo Ltd

mod

Priešgairinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos,

støttet af:

»NT Service« UAB,

»HNIT-Baltic« UAB,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (refererende dommer) og D. Šváby,

generaladvokat: N. Jääskinen

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

* Processprog: litauisk.

efter at der er afgivet indlæg af:

- eVigilo Ltd ved advokatė J. Puškorienė
- Priešgairinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos ved R. Baniulis, som befuldmægtiget
- »NT Service« UAB og »HNIT Baltic« UAB ved advokatas D. Soloveičikas
- den litauiske regering ved D. Kriauciūnas og K. Dieninis samt ved V. Kazlauskaitė-Švenčionienė, som befuldmægtigede
- den græske regering ved K. Paraskevopoulou og V. Stroumpouli, som befuldmægtigede
- Europa-Kommissionen ved A. Steiblytė og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT L 335, s. 31, herefter »direktiv 89/665«), og artikel 2, artikel 44, stk. 1, og artikel 53, stk. 1, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).
- 2 Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem eVigilo Ltd (herefter »eVigilo«) og Priešgairinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos (generaldirektoratet for brand- og redningstjenesten under indenrigsministeriet, herefter »den ordregivende myndighed«) vedrørende vurderingen af tilbudsgivernes tilbud i forbindelse med indgåelsen af en offentlig kontrakt.

Retsforskrifter

EU-retten

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

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.«

4 2. og 46. betragtning til direktiv 2004/18 har følgende ordlyd:

»(2) Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en vis værdi er det dog tilrådeligt at udarbejde bestemmelser om fællesskabssamordning af nationale procedurer for indgåelse af sådanne kontrakter, der bygger på disse principper, for at sikre deres virkninger og garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter. Disse samordningsbestemmelser bør derfor fortolkes i overensstemmelse med såvel ovennævnte regler og principper – som traktatens øvrige bestemmelser.

[...]

(46) Tildelingen af kontrakter skal foretages på grundlag af objektive kriterier, der sikrer, at principperne om gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling og ligebehandling overholdes, og at tilbuddene vurderes på reelle konkurrencevilkår. Derfor bør der kun tillades anvendelse af to tildelingskriterier, nemlig »den laveste pris« og »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør der indføres pligt – i overensstemmelse med retspraksis – til at fastholde den nødvendige gennemsigtighed, for at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og regler, der anvendes til afdækning af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. De ordregivende myndigheder skal derfor oplyse, hvilke tildelingskriterier de anvender, og hvordan de vægter kriterierne, på et så tidligt tidspunkt, at tilbudsgiverne har disse oplysninger, når de udarbejder deres tilbud. [...]

Når de ordregivende myndigheder vælger at tildele kontrakten til den, der har givet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vurderer de tilbuddene for at fastslå, hvilket der indebærer det bedste forhold mellem kvalitet og pris. Med henblik herpå fastsætter de økonomiske og kvalitative kriterier, der tilsammen skal gøre det muligt at fastslå, hvilket tilbud er det økonomisk mest fordelagtige for den ordregivende myndighed. Disse kriterier fastsættes ud fra kontraktgenstanden, idet de skal gøre det muligt at vurdere de enkelte tilbuds resultatniveau i forhold til kontraktgenstanden som defineret i de tekniske specifikationer og at måle forholdet mellem kvalitet og pris for hvert tilbud.

[...]«

5 Artikel 2 i direktiv 2004/18 bestemmer:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

6 Direktivets artikel 44, stk. 1, bestemmer:

»Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne i artikel 53 og 55 under hensyn til artikel 24, efter at de ordregivende myndigheder har undersøgt, om de økonomiske aktører, der ikke er udelukket i henhold til artikel 45 og 46, er egnede; en sådan egnethedsundersøgelse udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiel formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 47-52 og om nødvendigt i overensstemmelse med de ikke-diskriminerende regler og kriterier, der er nævnt i stk. 3.«

7 Direktivets artikel 53, stk. 1, litra a), bestemmer følgende:

»Med forbehold af nationale love eller administrative bestemmelser om vederlag for visse tjenesteydelser lægger de ordregivende myndigheder følgende kriterier til grund for tildelingen af offentlige kontrakter:

a) enten når tildelingen sker på grundlag af det set ud fra ordregiverens synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid.«

Litauisk ret

8 Artikel 2, stk. 17, i lov nr. VIII-1210 af 13. august 1996 om offentlige kontrakter (Žin., 1996, nr. 84-2000) (herefter »lov om offentlige kontrakter«) bestemmer:

»»Erklæring om upartiskhed«: en skriftlig erklæring fra et medlem af udbudsudvalget eller fra en sagkyndig, der bevidner, at disse handler upartisk i forhold til tilbudsgiverne.«

9 Lovens artikel 16, stk. 5, bestemmer:

»Medlemmer af udbudsudvalget og sagkyndige kan kun deltage i det pågældende udvalgs virke efter at have underskrevet en erklæring om upartiskhed og en fortrolighedserklæring.«

10 Lovens artikel 3 med overskriften »grundlæggende principper for indgåelse af kontrakter og overholdelsen heraf« bestemmer i stk. 1:

»Den ordregivende myndighed skal i forbindelse med proceduren for indgåelse af og tildeling af kontrakter sikre, at princippet om processuel ligestilling, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om gensidig anerkendelse, proportionalitetsprincippet og princippet om gennemsigtighed overholdes.«

11 Samme lovs artikel 90 bestemmer:

»På grundlag af resultaterne af den vurdering af de tilbud, der skal foretages i henhold til denne lovs artikel 39, stk. 7, erhverves varerne, tjenesteydelserne eller arbejderne hos den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller tilbudt den billigste pris. I forbindelse med indgåelse af kontrakter om vareindkøb, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder kan de afgivne tilbud vurderes på grundlag af kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller om den laveste pris eller på grundlag af kriterier vedrørende kontraktens genstand, som er fastlagt i den ordregivende myndigheds udbudsmateriale, og som ikke med urette og partisk kan begrænse tilbudsgivernes adgang til udbuddet eller indrømme visse tilbudsgivere en privilegeret adgang, hvorved de krav, der er fastsat i nærværende lovs artikel 3, stk. 1, således tilsidesættes.«

12 Artikel 39, stk. 7, i lov om offentlige kontrakter bestemmer i den affattelse, der var gældende mellem den 1. september 2009 og den 2. marts 2010, følgende:

»Den ordregivende myndighed skal ved afgørelsen om antagelse af et tilbud:

1) I henhold til den procedure og de bedømmelseskriterier, der er fastlagt i udbudsmaterialet, hurtigst muligt vurdere tilbudsgivernes afgivne tilbud og foretage et foreløbigt klassement (medmindre kun en enkelt tilbudsgiver er blevet opfordret til at afgive tilbud eller kun en enkelt

tilbudsgiver afgiver tilbud). Det foreløbige klassement for tilbud skal ordnes efter graden af deres økonomiske fordelagtighed eller af prisens størrelse. I tilfælde af, at bedømmelseskriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud finder anvendelse, og tilbuddene fra flere tilbudsgivere frembyder en identisk økonomisk fordel, skal der ved den foreløbige fastsættelse af klassementet gives forrang til den tilbudsgiver, hvis konvolut med det indeholdte tilbud blev registreret først, eller hvis tilbud først blev sendt elektronisk. I tilfælde af, at bedømmelseskriteriet for tilbuddene er den laveste pris, og flere tilbud indeholder identiske priser, skal der ved den foreløbige fastsættelse af klassementet gives forrang til den tilbudsgiver, hvis konvolut med det indeholdte tilbud blev registreret først, eller hvis tilbud først blev sendt elektronisk.

- 2) Hurtigst muligt give alle tilbudsgivere underretning om det foreløbige klassement og give alle tilbudsgivere, hvis tilbud ikke er blevet indplaceret i det pågældende klassement, underretning om grundene til afslag på tilbuddet, herunder afslag på tilbuddet som følge af, at der ikke er tale om en tilsvarende løsning eller manglende overensstemmelse med de funktionelle krav samt med de krav vedrørende beskrivelsen af den forventede ydelse, som den ordregivende myndighed har fastsat i overensstemmelse med nærværende lovs artikel 25.
- 3) Først bekræfte klassementet for tilbuddene og træffe afgørelse om et antaget tilbud efter i overensstemmelse med den procedure, der er omhandlet i nærværende lov, at have foretaget en undersøgelse af anmodningerne og klagerne fra de tilbudsgivere, der har afgivet tilbud (i de tilfælde, hvor der er fremsat sådanne klager og anmodninger), men mindst ti dage efter fremsendelsen af meddelelsen om det foreløbige klassement for tilbudsgivernes bud.«

- 13 Artikel 39, stk. 7, i lov om offentlige kontrakter har i den affattelse, der har været gældende siden den 2. marts 2010, følgende ordlyd:

»Den ordregivende myndighed skal ved afgørelsen om tildeling af en kontrakt i henhold til den procedure og de bedømmelseskriterier, der er fastlagt i udbudsmaterialet, hurtigst muligt vurdere tilbudsgivernes afgivne tilbud, kontrollere – i det tilfælde, der er omhandlet i nærværende lovs artikel 32, stk. 8 – om tilbudsgiveren, hvis tilbud kan antages på grundlag af resultaterne af vurderingen, opfylder de faglige minimumskvalifikationer, fastsætte et klassement (medmindre kun en enkelt tilbudsgiver er blevet opfordret til at afgive tilbud, eller kun en enkelt tilbudsgiver afgiver tilbud) og antage et tilbud. Klassementet for tilbud skal ordnes efter graden af deres økonomiske fordel eller af prisens beløb. I tilfælde af, at bedømmelseskriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud finder anvendelse, og tilbuddene fra flere tilbudsgivere frembyder en identisk økonomisk fordel, eller i tilfælde af, at bedømmelseskriteriet for tilbuddene er den laveste pris, og flere tilbud indeholder identiske priser, skal der ved fastsættelsen af klassementet gives forrang til den tilbudsgiver, hvis konvolut med det indeholdte tilbud blev registreret først, eller hvis tilbud først blev sendt elektronisk.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 14 Den ordregivende myndighed offentliggjorde den 22. januar 2010 et åbent udbud med navnet »Køb af et system til alarmering og oplysning af almenheden ved brug af tilbudsgiverens netværksinfrastruktur vedrørende offentlige mobiltelefonforbindelser«, inden for hvilke rammer eVigilo sammen med selskaberne »ERP«, UAB og »Inta« UAB samt et andet konsortium, der bestod af »NT Service« UAB og »HNIT-Baltic« UAB, afgav deres tilbud.
- 15 Ifølge den forelæggende ret omfatter det omhandlede udbud, idet markedsværdien af den tvist, der verserer for den, udgør 14 998 972,45 litauiske litas (LTL) (ca. 4 344 002 EUR), et køb, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 og 89/665.

- 16 Det fremgår af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at der i udbudsbetingelsernes punkt 67 som bedømmelseskriterier er anført alarmsystemets samlede pris, antallet af operatører, der deltog i projektet sammen med tilbudsgiveren, samt generelle og funktionelle krav. Disse sidstnævnte omfatter begrundelsen for den tekniske og arkitektoniske løsning samt enkelthederne vedrørende de funktionelle elementer og deres forenelighed med de tekniske specifikationer og den ordregivende myndigheds behov, fuldstændigheden af og foreneligheden af det foreslåede system med de it-infrastrukturer og tekniske infrastrukturer, som drives af den ordregivende myndighed, udvidelse af systemets funktionelle muligheder og begrundelsen herfor samt strategien for projektets gennemførelse, forvaltningsplanens effektivitet, beskrivelsen af foranstaltningerne vedrørende kvalitetskontrol og beskrivelsen af projektets hold.
- 17 Den ordregivende myndigheds udbudsudvalg bekræftede efter at have undersøgt den vurdering af de tekniske tilbud, som seks sagkyndige havde foretaget, denne vurdering. Den ordregivende myndighed underrettede den 4. november 2010 tilbudsgiverne om resultaterne af denne vurdering.
- 18 Den 2. november 2010 anlagde eVigilo en retssag til prøvelse af lovligheden af fremgangsmåderne ved indgåelsen af denne offentlige kontrakt, idet selskabet bl.a. anfægtede udbudsbetingelsernes manglende klarhed.
- 19 Dette søgsmål blev præciseret den 20. december 2010, idet de påståede mangler ved de sagkyndiges vurdering og den ugrundede karakter af denne vurderings resultater blev gjort gældende.
- 20 Den 31. januar 2011 anfægtede eVigilo ved et andet søgsmål lovligheden af den ordregivende myndigheds handlinger, idet selskabet gjorde gældende, at tredjemændenes tilbud skulle afvises, idet dette tilbuds pris oversteg det finansieringsniveau, der var tildelt det omhandlede projekt.
- 21 Den 8. marts 2011 indgik den ordregivende myndighed samt »NT Service« UAB og »HNIT-Baltic« UAB en kontrakt, selv om tvisten mellem eVigilo og den ordregivende myndighed endnu verserede.
- 22 Den 19. marts 2012 supplerede eVigilo sit første søgsmål vedrørende lovligheden af vurderingen af tilbuddene ved at præcisere sin argumentation vedrørende den fejlagtige karakter af definitionen af bedømmelseskriteriet økonomisk fordel, der figurerede i udbuddet.
- 23 Den 10. april 2012 supplerede eVigilo på ny sit første søgsmål og påberåbte sig nye faktiske omstændigheder vedrørende partiskheden hos de sagkyndige, der havde vurderet tilbuddene, som kunne påvise, at der forelå et erhvervsmæssigt forhold mellem disse sidstnævnte og de specialister, der var nævnt i tredjemændenes tilbud.
- 24 Selskabet gjorde gældende, at de specialister, der var nævnt i ordremodtagernes tilbud, på Kaunas' tekniske universitet (Kauno technologijos universitetas) var kolleger til tre af den ordregivende myndigheds seks sagkyndige, som havde udarbejdet udbudsbetingelserne og vurderet tilbuddene.
- 25 eVigilos søgsmål blev forkastet af førsteinstans- og appelinstansretten.
- 26 Med sin kassationsappel for Lietuvos Aukščiausiasis Teismas har eVigilo gjort gældende, at de pågældende retter foretog en fejlagtig bedømmelse af forbindelserne mellem de specialister, der blev nævnt i ordremodtagernes tilbud, og de sagkyndige, der var udpeget af den ordregivende myndighed. Selskabet har ligeledes gjort gældende, at disse retter af denne grund ikke tog hensyn til de sagkyndiges partiskhed.
- 27 eVigilo har endvidere gjort gældende, at den ordregivende myndighed fastsatte meget abstrakte kriterier for bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, bl.a. kriteriet om »forenelighed med den ordregivende myndigheds behov«, som havde en indvirkning på tilbudsgivernes tilbud samt på den ordregivende myndigheds vurdering af disse tilbud. Selskabet har gjort gældende, at det først

var i stand til at forstå tildelingskriterierne for det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da den ordregivende myndighed meddelte selskabet de udtømmende grunde for afslaget på tildeling af kontrakten. Det var derfor først fra tidspunktet for denne meddelelse, at klagefristen begyndte at løbe.

- 28 Ifølge den ordregivende myndighed og ordremodtagerne var det med rette, at førsteinstans- og appelretten fastslog, at eVigilo var forpligtet til ikke kun at påvise, at der forelå objektive forbindelser mellem ordremodtagernes specialister og de sagkyndige, der vurderede tilbuddet, men også til at bevise, at der forelå et subjektivt forhold af partiskhed hos de sagkyndige. De har også gjort gældende, at eVigilo for sent anfægtede lovligheden af bedømmelseskriterierne for det økonomisk mest fordelagtige tilbud.
- 29 Den ordregivende myndighed og ordremodtagerne har ligeledes bestridt påstanden om, at de pågældende bedømmelseskriterier i den offentlige kontrakt blev fastlagt uhensigtsmæssigt, eftersom eVigilo ikke anfægtede dem inden udløbet af fristen for afgivelsen af tilbud og ikke anmodede om at få dem forklaret.
- 30 Under disse omstændigheder har Lietuvos Aukščiausiasis Teismas besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal de EU-retlige regler om offentligt udbud – artikel 1, stk. 1, tredje [afsnit] i [direktiv 89/665], hvori er opstillet principperne om effektivitet og hurtig behandling hvad angår forsvaret af tilbudsgiveres rettigheder, som er blevet tilsidesat, artikel 2 i direktiv 2004/18, som opstiller princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og om gennemsigtighed, og artikel 44, stk. 1, og artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18, hvori er fastsat den procedure, som regulerer indgåelsen af en kontrakt med den tilbudsgiver, som har afgivet med økonomisk mest fordelagtige tilbud – forstås og fortolkes samlet eller hver for sig (men ikke begrænset til de ovennævnte bestemmelser) således, at:
- a) i det tilfælde, hvor en tilbudsgiver er blevet opmærksom på en mulig betydningsfuld forbindelse [...], som en anden tilbudsgiver har med den ordregivende myndigheds sagkyndige, der har vurderet tilbuddene, og/eller er blevet opmærksom på den tilbudsgivers potentielt usædvanlige situation på grund af arbejde, der tidligere er udført i forbindelse med den omtvistede udbudsprocedure, og hvor den ordregivende myndighed henset til disse omstændigheder ikke har foretaget nogen handlinger, er sådanne oplysninger da i sig selv tilstrækkelige til at begrunde et krav om, at klageinstansen bør anse den ordregivende myndigheds handlinger for ulovlige, idet den ikke har sikret procedurernes gennemsigtighed og objektivitet, og idet der endvidere ikke stilles krav om, at sagsøgeren konkret skal bevise, at de sagkyndige handlede forudindtaget?
 - b) klageinstansen, når den har fastslået, at sagsøgerens ovennævnte krav er berettiget, ikke er forpligtet til, idet den træffer afgørelse om de konsekvenser, der skal drages heraf for udbudsprocedurens resultat, at tage hensyn til, at resultaterne af vurderingen af de af tilbudsgiverne afgivne tilbud i det væsentlige ville have været de samme, hvis der ikke havde været forudindtagede rådgivere blandt de sagkyndige, som vurderede tilbuddene?
 - c) tilbudsgiveren først (endelig) får kendskab til indholdet af kriterierne om det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som blev formuleret i overensstemmelse med de kvalitative parametre og abstrakt fastsat i udbudsbetingelserne (kriterier såsom fuldstændighed og forenelighed med den ordregivende myndigheds behov), i forhold til hvilke tilbudsgiveren i det væsentlige var i stand til at afgive et tilbud, på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed i overensstemmelse med disse kriterier [allerede har vurderet] tilbuddene afgivet af tilbudsgivere og [givet] de berørte parter [udtømmende] oplysninger om begrundelsen for de trufne beslutninger, og at først fra dette tidspunkt kunne den forældelsesfrist, som gælder for klageproceduren i henhold til national ret, begynde at løbe i forhold til denne tilbudsgiver?

- 2) Skal artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 i sammenhæng med de principper, som regulerer indgåelsen af en kontrakt, i direktivets artikel 2 forstås og fortolkes således, at ordregivende myndigheder ikke kan fastsætte (og anvende) en procedure for vurdering af tilbud afgivet af tilbudsgivere, i henhold til hvilken resultaterne af vurderingen af tilbud afhænger af, hvor omfattende tilbudsgiverne har godtgjort, at deres tilbud opfylder kravene i udbudsspecifikationen, dvs. jo mere omfattende (mere grundigt) tilbudsgiveren har beskrevet tilbuddets overensstemmelse med udbudsbetingelserne, des flere points vil tilbuddet få?»

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål, litra a) og b)

- 31 Med det første spørgsmål litra a) og b), ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 og artikel 2, artikel 44, stk. 1, og artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de er til hinder for, at det kan fastslås, at vurderingen af tilbudsgivernes bud er ulovlig alene som følge af den omstændighed, at ordremodtageren har betydningsfulde forbindelser med den ordregivende myndigheds sagkyndige, der har vurderet tilbuddene, uden at der foretages en undersøgelse af de øvrige oplysninger i sagen, herunder af den omstændighed, at de sagkyndiges eventuelle partiskhed ikke har indvirket på afgørelsen om tildeling af kontrakten, og uden at kræve af den forbigåede tilbudsgiver, at denne konkret godtgør, at disse sagkyndige handlede forudindtaget.
- 32 Artikel 2 i direktiv 2004/18 med overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter« bestemmer, at »[d]e ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde«.
- 33 Princippet om ligebehandling af de bydende, der har til formål at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem de virksomheder, der deltager i en procedure vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt, kræver, at samtlige tilbudsgivere gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle konkurrenterne (jf. i denne retning domme Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, præmis 110, og Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 44).
- 34 Gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger af det nævnte princip, har i det væsentlige til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side i forhold til visse tilbudsgivere eller visse tilbud (jf. i denne retning domme Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, EU:C:2004:236, præmis 111, og Cartiera dell'Adda, EU:C:2014:2345, præmis 44).
- 35 En interessekonflikt medfører en risiko for, at den offentlige ordregivende myndighed lader sig lede af betragtninger, der er den omhandlede kontrakt uvedkommende, og for at der af denne grund alene gives præference til en tilbudsgiver. En sådan interessekonflikt kan således udgøre en tilsidesættelse af artikel 2 i direktiv 2004/18.
- 36 I denne forbindelse kan den omstændighed, at den ordregivende myndighed har udnævnt sagkyndige, der på den ordregivende myndigheds vegne skal vurdere de fremsatte tilbud, ikke fritage myndigheden for ansvaret for at overholde de EU-retlige krav (jf. i denne retning dom SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 23).
- 37 En konstatering af, at der foreligger partiskhed hos en sagkyndig forudsætter bl.a. en bedømmelse af de faktiske omstændigheder og beviser, som henhører under kompetencen hos de ordregivende myndigheder og de administrative eller judicielle kontrolmyndigheder.

- 38 Det skal bemærkes, at hverken direktiv 89/665 eller direktiv 2004/18 indeholder særlige bestemmelser i denne henseende.
- 39 Da der ikke findes EU-retlige bestemmelser på området, tilkommer det i henhold til fast retspraksis hver enkelt medlemsstat at fastsætte processuelle regler for den administrative procedure samt for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne. Disse processuelle regler må imidlertid ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål fastsat til beskyttelse af rettigheder, der udledes af den interne retsorden (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Unionens retsorden (effektivitetsprincippet) (jf. dom Club Hotel Loutraki m.fl., C-145/08 og C-149/08, EU:C:2010:247, præmis 74 og den deri nævnte retspraksis).
- 40 Navnlig må de processuelle betingelser for klageadgangen, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, EU-retten tillægger de ansøgere og bydende, som berøres af de ordregivende myndigheders beslutninger, ikke være til skade for den effektive virkning af direktiv 89/665 (jf. dom Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).
- 41 Disse principper er som hovedregel ikke til hinder for, at det i medlemsstaterne kan fastslås, at der foreligger partiskhed hos en sagkyndig alene på grundlag af en objektiv situation med henblik på at forebygge en risiko for, at den ordregivende myndighed lader sig lede af betragtninger, der er den omhandlede kontrakt uvedkommende, og som af denne grund alene kan give præference til en tilbudsgiver.
- 42 Hvad angår bevisreglerne i denne forbindelse bemærkes, at de ordregivende myndigheder i henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18 skal overholde principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og skal handle på en gennemsigtig måde. Det følger heraf, at de ordregivende myndigheder er tildelt en aktiv rolle i forbindelse med anvendelsen af disse principper for indgåelse af offentlige kontrakter.
- 43 Eftersom denne pligt følger af selve hovedformålet med direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter (jf. dom Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 45), følger det heraf, at den ordregivende myndighed under alle omstændigheder har pligt til at efterprøve, om der foreligger eventuelle interessekonflikter og til at træffe passende foranstaltninger med henblik på at forebygge, identificere og afhjælpe interessekonflikter. Det ville være uforeneligt med denne aktive rolle at pålægge sagsøgeren bevisbyrden i forbindelse med klageproceduren, for at der konkret foreligger partiskhed hos de sagkyndige, der er udpeget af den ordregivende myndighed. En sådan løsning ville ligeledes være i strid med effektivitetsprincippet og med det krav om effektiv klageadgang, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, tredje afsnit i direktiv 89/665, henset bl.a. til, at en tilbudsgiver giver som hovedregel ikke har adgang til oplysninger og beviser, som gør det muligt for denne at påvise en sådan partiskhed.
- 44 Såfremt den forbigåede tilbudsgiver fremlægger objektive oplysninger, der rejser tvivl om partiskheden hos den ordregivende myndigheds sagkyndige, påhviler det denne ordregivende myndighed at undersøge alle de relevante omstændigheder, der førte til vedtagelsen af afgørelsen om tildeling af kontrakten, med henblik på at forebygge, identificere og afhjælpe interessekonflikter, herunder i givet fald at anmode parterne om at levere visse oplysninger og beviser.
- 45 Oplysninger, såsom de i hovedsagen omhandlede påstande vedrørende forbindelser mellem de af den ordregivende myndighed udnævnte sagkyndige og specialisterne fra de virksomheder, der fik tilkendt kontrakten, bl.a. den omstændighed, at disse personer arbejder sammen på samme universitet, tilhører samme forskergruppe eller indgår i over-/underordningsforhold på dette universitet, såfremt disse

godtgøres, udgør sådanne objektive oplysninger, der skal udløse en udførlig undersøgelse, der foretages af den ordregivende myndighed eller i givet fald af de administrative eller judicielle kontrolmyndigheder.

- 46 Med forbehold for overholdelse af de pligter, der følger af EU-retten og særligt dem, der er nævnt i denne doms præmis 43, skal begrebet »partiskhed« og kriterierne for dette defineres i national lovgivning. Det samme gælder for regler vedrørende retsvirkningerne af en eventuel partiskhed. Det tilkommer således national ret at fastlægge, om og i hvilket omfang de relevante administrative og judicielle myndigheder skal tage hensyn til den omstændighed, at en eventuel partiskhed hos de sagkyndige har haft indvirkning på afgørelsen om tildeling af kontrakten.
- 47 På baggrund af de ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål, litra a) og b), besvares med, at artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 og artikel 2, artikel 44, stk. 1, og artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de i princippet ikke er til hinder for, at det fastslås, at vurderingen af tilbudsgivernes tilbud er ulovlig alene som følge af, at ordremodtageren har betydningsfulde forbindelser med den ordregivende myndigheds sagkyndige, der har vurderet tilbuddene. Den ordregivende myndighed har under alle omstændigheder pligt til at efterprøve, om der foreligger eventuelle interessekonflikter og at træffe passende foranstaltninger med henblik på at forebygge, identificere og afhjælpe dem. I forbindelse med undersøgelsen af en påstand om annullation af en afgørelse om tildeling som følge af partiskhed hos sagkyndige kan det ikke kræves, at den forbigåede tilbudsgiver konkret beviser, at de sagkyndiges adfærd er partisk. Det henhører i princippet under national ret at fastlægge, om og i hvilket omfang de relevante administrative og judicielle myndigheder skal tage hensyn til den omstændighed, at en eventuel partiskhed hos sagkyndige har haft en indvirkning på en afgørelse om tildeling af en kontrakt eller ej.

Det første spørgsmål, litra c)

- 48 Med det første spørgsmål, litra c), ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 og artikel 2, artikel 44, stk. 1, og artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de kræver, at der indrømmes en klageret vedrørende udbuddets lovlighed efter udløbet af den frist, der er fastsat i national ret, for en tilbudsgiver, som først får kendskab til betingelserne for udbuddet på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed efter at have vurderet tilbuddene giver udtømmende oplysninger om grundene til sin afgørelse.
- 49 Spørgsmålet omhandler den præklusionsfrist for indgivelse af en klage vedrørende lovligheden af et udbud, der er fastsat i national ret. Spørgsmålet tager udgangspunkt i den forudsætning, at der består en klageadgang for de berørte tilbudsgivere under udbuddet, som gør det muligt at anfægte udbuddets lovlighed. Det spørgsmål rejses, om en berørt tilbudsgiver grundet præklusion forhindres i at indgive klage vedrørende lovligheden af det udbud, som indgives, inden tilbudsgiveren underrettes om tildelingen af den omhandlede kontrakt.
- 50 Det skal i denne forbindelse konstateres, at direktiv 89/665, som tilsigter at beskytte tilbudsgiverne mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, skal styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af de EU-retlige bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør (dom *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis). Artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665 opstiller et krav om effektive klageprocedurer, »som medlemsstaterne kan fastsætte«, og navnlig så hurtigt som muligt på de betingelser, der er anført i det pågældende direktivs artikel 2-2f.
- 51 I henhold til Domstolens praksis opfylder en fastsættelse af rimelige, præklusive søgsmålsfrister i princippet det krav om effektivitet, der følger af direktiv 89/665, for så vidt som den er udtryk for en anvendelse af det grundlæggende retssikkerhedsprincip. Den fulde opfyldelse af det formål, direktiv 89/665 forfølger, ville blive bragt i fare, såfremt ansøgerne og tilbudsgiverne på ethvert tidspunkt i

udbudsproceduren kunne påberåbe sig overtrædelser af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter, og således forpligte den ordregivende myndighed til at omgøre proceduren i sin helhed for at afhjælpe disse overtrædelser (domme *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, præmis 75 og 76 og den deri nævnte retspraksis, *Lämmerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, præmis 50 og 51, samt *Kommissionen mod Irland*, C-456/08, EU:C:2010:46, præmis 51 og 52).

- 52 Det følger af Domstolens praksis, at det i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 fastsatte formål vedrørende sikring af en effektiv mulighed for at indgive klage til prøvelse af tilsidesættelse af de bestemmelser, der finder anvendelse i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, kun kan opfyldes, hvis de frister, der er pålagt for at indgive disse klager, først begynder at løbe fra den dato, hvor sagsøgeren havde kendskab eller burde have haft kendskab til den angivelige tilsidesættelse af nævnte bestemmelser (jf. domme *Uniplex (UK)*, EU:C:2010:45, præmis 32, og *Idrodinamica Spurgo Velox m.fl.*, C-161/13, EU:C:2014:307, præmis 37).
- 53 Det skal konstateres, at kriterierne for tildeling af kontrakterne skal angives i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, og den omstændighed, at de er uforståelige eller uklare, kan udgøre en tilsidesættelse af direktiv 2004/18.
- 54 I præmis 42 i sin dom *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553) fastslog Domstolen, at tildelingskriterierne skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at fortolke dem på samme måde.
- 55 Det følger heraf, at det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om den berørte tilbudsgiver rent faktisk var ude af stand til at forstå de omhandlede tildelingskriterier, eller om han burde have forstået dem, idet den anvender standarden vedrørende en rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende.
- 56 Inden for rammerne af denne undersøgelse skal der tages hensyn til den omstændighed, at den berørte tilbudsgiver og de øvrige tilbudsgivere har været i stand til at afgive tilbud, og til, at den berørte tilbudsgiver inden afgivelsen af sit tilbud ikke anmodede om en afklaring hos den ordregivende myndighed.
- 57 Såfremt det følger af denne undersøgelse, at udbudsbetingelserne rent faktisk var uforståelige for tilbudsgiveren, og at han var forhindret i at indgive en klage inden for den frist, der er fastsat i national ret, kan tilbudsgiveren indgive en klage indtil udløbet af den frist, som er fastsat vedrørende afgørelsen om tildeling af kontrakten.
- 58 Følgelig skal det første spørgsmål, litra c), besvares med, at artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 og artikel 2, artikel 44, stk. 1, og artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at disse bestemmelser kræver, at der skal være adgang til at klage over udbuddets lovlighed efter udløbet af den frist, der er fastsat i national ret, for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende, som først har kunnet forstå udbudsbetingelserne på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed – efter at have vurderet tilbuddene – giver udtømmende oplysninger om grundene til sin afgørelse. En sådan klageret kan udøves indtil udløbet af fristen for klage over afgørelsen om tildeling af kontrakten.

Det andet spørgsmål

- 59 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 2 og artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de giver en ordregivende myndighed mulighed for som bedømmelseskriterium for tilbud, der indgives af tilbudsgivere i et offentligt udbud, at anvende graden af overensstemmelse med de krav, der figurerer i udbudsmaterialet.

- 60 Ifølge artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 skal det økonomisk mest fordelagtige tilbud set ud fra ordregiverens synspunkt bedømmes i henhold til forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetisk og funktionel karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid.
- 61 Ifølge retspraksis er denne opregning, som det følger af anvendelsen af udtrykket »f.eks.«, ikke udtømmende (jf. dom Kommissionen mod Nederlandene, C-368/10, EU:C:2012:284, præmis 84).
- 62 Den ordregivende myndighed har således mulighed for at fastsætte andre tildelingskriterier, for så vidt som disse er forbundet med kontraktens genstand og iagttager de principper, der er fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18.
- 63 Den ordregivende myndighed skal så meget desto mere råde over en sådan frihed, som det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal vurderes »ud fra ordregiverens synspunkt«.
- 64 Med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse forekommer det i hovedsagen at være tilfældet, at tilbuddets grad af overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet er forbundet med kontraktens genstand, og der er intet, der indikerer, at dette bedømmelseskriterium ikke overholder de principper, som er fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18.
- 65 Følgelig skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 2 og artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de i princippet giver en ordregivende myndighed mulighed for som bedømmelseskriterium for de tilbud, der indgives af tilbudsgiverne i et offentligt udbud, at anvende graden af overensstemmelse af disse tilbud med de krav, der er anført i udbudsmaterialet.

Sagens omkostninger

- 66 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. 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 (Femte Afdeling) for ret:

- 1) **Artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, og artikel 2, artikel 44, stk. 1, og artikel 53, stk. 1, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at de i princippet ikke er til hinder for, at det fastslås, at vurderingen af tilbudsgivernes tilbud er ulovlig alene som følge af, at ordremodtageren har betydningsfulde forbindelser med den ordregivende myndigheds sagkyndige, der har vurderet tilbuddene. Den ordregivende myndighed har under alle omstændigheder pligt til at efterprøve, om der foreligger eventuelle interessekonflikter, og at træffe passende foranstaltninger med henblik på at forebygge, identificere og afhjælpe dem. I forbindelse med undersøgelsen af en påstand om annullation af en afgørelse om tildeling som følge af partiskhed hos sagkyndige kan det ikke kræves, at den forbigående tilbudsgiver konkret beviser, at de sagkyndiges adfærd er partisk. Det henhører i princippet under national ret at fastlægge, om og i hvilket omfang de**

relevante administrative og judicielle myndigheder skal tage hensyn til den omstændighed, at en eventuel partiskhed hos sagkyndige har haft en indvirkning på en afgørelse om tildeling af en kontrakt eller ej.

Artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 2007/66, og artikel 2, artikel 44, stk. 1, og artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at disse bestemmelser kræver, at der skal være adgang til klage over udbuddets lovlighed efter udløbet af den frist, der er fastsat i national ret, for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende, som først har kunnet forstå udbudsbetingelserne på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed – efter at have vurderet tilbuddene – giver udtømmende oplysninger om grundene til sin afgørelse. En sådan klageret kan udøves indtil udløbet af fristen for klage over afgørelsen om tildeling af kontrakten.

- 2) Artikel 2 og artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de i princippet giver en ordregivende myndighed mulighed for som bedømmelseskriterium for de tilbud, der indgives af tilbudsgiverne i et offentligt udbud, at anvende graden af overensstemmelse af disse tilbud med de krav, der er anført i udbudsmaterialet.

Underskrifter