

DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

4. december 2003 *

I sag C-448/01,

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

EVN AG,

Wienstrom GmbH,

mod

Republik Österreich,

Procesdeltager:

Stadtwerke Klagenfurt AG

og

Kärntner Elektrizitäts-AG,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 26 i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), samt af artikel 1 og artikel 2, stk. 1, litra b), i

* Processprog: tysk.

Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af V. Skouris (refererende dommer), som fungerende formand for Sjette Afdeling, og dommerne C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen og N. Colneric,

generaladvokat: J. Mischo

justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— EVN AG og Wienstrom GmbH ved Rechtsanwalt M. Öhler

— Republik Österreich ved Rechtsanwalt A. Gerscha

- den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

- den nederlandske regering ved S. Terstal, som befuldmægtiget

- den svenske regering ved K. Renman, som befuldmægtiget

- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt T. Eilmansberger,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 23. januar 2003 er afgivet mundtlige indlæg af EVN AG og Wienstrom GmbH, af Republik Österreich, af den østrigske regering og af Kommissionen,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 27. februar 2003,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelse af 13. november 2001, indgået til Domstolen den 20. november 2001, har Bundesvergabeamt i medfør af artikel 234 EF forelagt fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 26 i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), samt af artikel 1 og artikel 2, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1, herefter »direktiv 89/665«).

- 2 Spørgsmålene er blevet rejst inden for rammerne af en sag mellem en sammenslutning af virksomheder, der består af EVN AG og Wienstrom GmbH og Republik Österreich i kraft af dens stilling som ordregivende myndighed vedrørende tildelingen af en offentlig indkøbskontrakt, som sagsøgerne i hovedsagen havde budt på.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelserne

- 3 Artikel 26 i direktiv 93/36, der er indeholdt i afsnit IV, kapitel 3, som har overskriften »Kriterier for tildeling af ordrer«, bestemmer i stk. 1, litra b), og stk. 2:

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

[...]

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

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

4 Det fremgår af sjette betragtning til direktiv 89/665, at der er vigtigt at sikre, at der i samtlige medlemsstater indføres passende procedurer, som gør det muligt at annullere ulovlige beslutninger og yde erstatning til personer, der har lidt skade på grund af en overtrædelse.

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

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF [...] de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheds beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 7, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret.

[...]

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

6 Artikel 2, stk. 1, litra b), samt artikel 2, stk. 5 og 6, i direktiv 89/665 bestemmer:

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

[...]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

[...]

5. Når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, kan medlemsstaterne bestemme, at den anfægtede beslutning først skal annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence hertil.

6. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser på den kontrakt, som er indgået efter tildeling af en kontrakt, fastlægges efter national ret. Endvidere kan en medlemsstat, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, bestemme, at den ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, er begrænset til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.«

- 7 Det anføres i den anden betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/77/EF af 27. september 2001 om fremme af elektricitet produceret fra vedvarende energikilder inden for det indre marked for elektricitet (EFT L 283. s. 33):

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

- 8 Efter ordlyden af attende betragtning til direktiv 2001/77:

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

- 9 Det fremgår af artikel 1 i direktiv 2001/77, at det har til formål at fremme en forøgelse af vedvarende energikilders bidrag til produktionen af elektricitet inden for det indre marked for elektricitet og skabe grundlaget for en kommende fællesskabsramme herfor. Direktivets artikel 3, stk. 1, pålægger i den forbindelse medlemsstaterne at træffe passende foranstaltninger til at fremme et øget forbrug af elektricitet fra vedvarende energikilder i overensstemmelse med de fastsatte vejledende, nationale mål, der er nævnt i samme artikels stk. 2.

De nationale bestemmelser

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

11 BVergG's § 16, stk. 1 og 7, bestemmer:

»1. Offentlige kontrakter skal tildeles efter fremgangsmåden i denne lov, i henhold til principperne om fri og loyal konkurrence samt ligebehandling af alle ansøgere og bydende, til virksomheder, der — senest på tidspunktet for åbningen af buddene — er godkendte, konkurrencedygtige og solide virksomheder, og til rimelige priser.

[...]

7. Der skal i udbudsproceduren tages hensyn til ydelsens indvirkning på miljøet og beskæftigelsen af ansatte i henhold til en lærlingekontrakt.«

12 BVergG's § 53 bestemmer:

»Blandt de bud, der ikke er blevet udelukket, vælges det bud, der set ud fra en teknisk og økonomisk synsvinkel er det økonomisk mest fordelagtige i henhold til kriterierne i udbudsbekendtgørelsen (princippet om det bedste bud).«

13 BVergG's § 115, stk. 1, bestemmer:

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

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

»1. Bundesvergabeamt skal ved beslutning og under hensyntagen til den udtalelse, som mæglingsorganet har afgivet i sagen, annullere en beslutning, truffet af en ordregivende myndighed inden for rammerne af en udbudsprocedure, når denne beslutning

1) er i strid med bestemmelserne i denne forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser, og

2) har væsentlig indflydelse på udfaldet af udbudsproceduren.

[...]

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

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

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

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

16 Buddet skulle indeholde en pris pr. kilowatttime (kWh) i ATS. Denne pris skulle gælde hele kontraktperioden og hverken ændres eller tilpasses. Elforsyningsvirksomheden skulle forpligte sig til, for så vidt det var teknisk muligt, at levere

forbundsmyndighederne elektricitet fra vedvarende energikilder og til under alle omstændigheder ikke at levere elektricitet, som elforsyningsvirksomheden var bekendt med hidrørte fra atomkraftværker. Der blev imidlertid ikke stillet krav om, at forsyningsvirksomheden skulle fremlægge beviser for sine forsyningskilder. I tilfælde af tilsidesættelse af nævnte forpligtelser var det fastsat, at den ordregivende myndighed var berettiget til at opsige kontrakten, ligesom der fandtes en bodsbestemmelse.

- 17 I udbudsbetingelserne var det angivet, at den ordregivende myndighed er bevidst om, at ingen forsyningsvirksomhed af tekniske grunde kan garantere, at den strøm, den forsyner en bestemt aftager med, virkelig hidrører fra vedvarende energikilder, men det blev alligevel besluttet at kontrahere med bydende, der mindst rådede over 22,5 gigawatttimer (GWh) årligt, som var produceret på nævnte måde, idet forbundsmyndighedernes samlede årlige forbrug blev skønnet til at være ca. 22,5 GWh.
- 18 Endvidere var det angivet, at bud, hvori det ikke var godtgjort, at »den bydende i de to foregående år har rådet over eller købt og/eller i de to kommende år vil råde over eller købe 22,5 GWh elektricitet hidrørende fra vedvarende energikilder, som han har forsynet eller vil forsyne slutbrugerne med«, kunne udelukkes. Kriterierne for tildeling af kontrakten skulle være nettoprisen pr. kWh med en vægt på 55% og »energi fra vedvarende energikilder« med en vægt på 45%. Hvad angår det sidste kriterium blev det bestemt, at der »kun vil blive taget hensyn til den elektricitetsmængde fra vedvarende energikilder, der overstiger 22,5 GWh pr. år, og som den bydende er i stand til at levere«.
- 19 De fire afgivne bud blev åbnet den 10. maj 2001. Buddet fra konsortiet Kärntner Elektrizitäts-AG og Stadtwerke Klagenfurt AG (herefter »KELAG«) angav en pris på 0,44 ATS/kWh, og i buddet blev det under henvisning til en oversigt over de af de nævnte selskaber producerede eller købte elmængder samt deres oprindelse angivet, at selskaberne samlet kunne levere 3 406,2 GWh fra vedvarende

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

- 20 Sagsøgerne i hovedsagen afgav et bud, hvor prisen var 0,52 ATS/kWh. De angav ikke konkret, hvilken del af elektriciteten der ville hidrøre fra vedvarende energikilder, men gjorde blot gjorde opmærksom på, at de rådede over egne produktionsanlæg, som producerer elektricitet fra sådanne kilder. Herudover havde konsortiet optionsrettigheder til den elektricitet, der udvindes af Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft og andre østrigske vandkraftværker, som er tilkøbt strøm, der overvejende stammer fra langtidskontrakter med den største udbyder af elektricitet, der er fremstillet på denne måde. I 1999 og 2000 blev der kun indkøbt vandkraft fra Schweiz, hvilket skulle fortsætte. Samlet set vil den mængde, der vil hidrøre fra vedvarende energikilder, være flere gange større end den udbudte mængde.

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

- 22 Efter at sagsøgerne i hovedsagen den 9. og den 30. maj 2001 havde meddelt den ordregivende myndighed, at selskaberne var af den opfattelse, at flere af bestemmelserne i udbuddet, herunder kriteriet om »vedvarende energikilder«, var ulovlige, anmodede de den 12. juni 2001 om en mæglingsprocedure for Bundes-Vergabekontrollkommission, der forkastede deres anmodning med den begrundelse, der ikke var udsigter til at opnå en mindelig ordning.
- 23 Herefter anlagde sagsøgerne i hovedsagen sag ved Bundesvergabeamt, hvor de bl. a. nedlagde påstand om annullation af hele udbudsproceduren, af en række af bestemmelserne i udbudsbetingelserne og af en række af den ordregivende myndigheds beslutninger. Omfattet af disse beslutninger er navnlig beslutningen om at anse en manglende godtgørelse for produktion og indkøb, henholdsvis en manglende godtgørelse af et fremtidigt indkøb af elektricitet fra vedvarende energikilder, som udelukkelsesgrund, beslutningen om at anse godtgørelsen for en bestemt periode af en bestemt produktion eller et bestemt indkøb af elektricitet fremstillet på denne måde som et egnethedskriterium, beslutningen om at anse rådigheden over en elektricitetsmængde på mere end 22,5 GWh/år fra vedvarende energikilder som et tildelingskriterium samt beslutningen om ikke at tilbagekalde udbuddet. Endelig fremsatte sagsøgerne begæring om, at det som en foreløbig forholdsregel blev forbudt den ordregivende myndighed at tildele kontrakten.
- 24 Ved afgørelse af 16. juli 2001 gav Bundesvergabeamt sagsøgerne i hovedsagen medhold og forbød den ordregivende myndighed at tildele kontrakten indtil den 10. september 2001. Efter en fornyet begæring fra sagsøgerne tillod Bundesvergabeamt ved afgørelse af 17. september 2001 som en midlertidig foranstaltning den ordregivende myndighed at tildele kontrakten på betingelse af, at tildelingen kunne ophæves, og at der kunne trædes tilbage fra kontrakten, selv om sagsøgerne i hovedsagen kun måtte få medhold i en af deres påstande for den nævnte instans, eller tildelingen i nærværende udbudsprocedure til en af de øvrige bydende måtte blive kendt ulovlig af Bundesvergabeamt i andre sager.

- 25 Den 24. oktober 2001 blev rammekontrakten på de betingelser, der er opstillet i den ovenfor nævnte afgørelse, tildelt selskabet KELAG.
- 26 Da Bundesvergabeamt fandt, at hovedsagens afgørelse nødvendiggør en fortolkning af en række fællesskabsretlige bestemmelser, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Forbyder de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36/EØF, at den ordregivende myndighed ved et udbud om levering af elektricitet fastsætter et kriterium, der vægtes med 45%, og hvorefter de bydende pålægges at angive — uden at der er fastsat et bestemt tidspunkt for levering — hvor stor en del af den strøm, de leverer til en ikke nærmere bestemt kundekreds, hidrører fra vedvarende energikilder, og hvorefter den bydende, der angiver den største mængde, opnår maksimumspoint, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det i henhold til den udbudte kontrakt forventede forbrug?
 - 2) Er det i henhold til de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665/EØF, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665/EØF forbudt at gøre annullationen af en ulovlig beslutning afhængig af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald?
 - 3) Er det i henhold til de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36/EØF, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665/EØF, forbudt at gøre annullationen af en ulovlig beslutning afhængig af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens

udfald, når dette har til følge, at klageinstansen herved undersøger, om indplaceringen af de afgivne bud faktisk ændrer sig, når buddene underkastes en ny bedømmelse, hvorunder der ikke tages hensyn til det ulovlige udvælgelseskriterium?

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

Første spørgsmål

- 27 Det fremgår af den forelæggende rets oplysninger, at dens første spørgsmål må forstås således, at det indeholder to led. Med spørgsmålet ønskes det først oplyst, om fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, er til hinder for, at en ordregivende myndighed i forbindelse med bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud på en kontrakt, der vedrører levering af elektricitet, anvender et tildelingskriterium, der kræver levering af elektricitet, som er produceret på grundlag af vedvarende energikilder.
- 28 Såfremt spørgsmålets første led besvares bekræftende, ønsker den forelæggende ret dernæst at få præciseret, hvilke krav fællesskabsretten stiller med hensyn til den konkrete anvendelse af et sådant kriterium, når henses til den særlige formulering af det kriterium, der omhandles i den sag, retten behandler, hvilket indebærer, at dens andet spørgsmåls andet led er underopdelt i flere underspørgsmål.

29 Den forelæggende ret har nærmere bestemt rejst spørgsmål om et sådant kriteriums forenelighed med fællesskabsretten, når henses til omstændighederne, der er nævnt nedenfor i litra a) til d), dvs. hensyntagen til følgende faktiske omstændigheder

- a) kriteriet vægtes med 45%,
- b) kriteriet er hverken ledsaget af krav, der gør det muligt at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger, der er indeholdt i buddene, eller af krav, der nødvendigvis gør det muligt at nå det ønskede mål,
- c) kriteriet fastsætter ikke et bestemt leveringstidspunkt, og
- d) kriteriet pålægger de bydende, at de angiver, hvilken elektricitetsmængde, der er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, de vil kunne levere til en ikke nærmere bestemt kundekreds, og tildeler maksimumspoint til den bydende, der angiver den største mængde, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det i henhold til den udbudte kontrakt forventede forbrug.

Det første spørgsmåls første led

30 Bundesvergabeamt har ved at fremhæve, at begrebet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, der er indeholdt i artikel 26 i direktiv 93/36, er upræcist, først rejst det principielle spørgsmål, om fællesskabsretten giver den ordregivende

myndighed beføjelse til at fastsætte kriterier, som tilsigter at opnå fordele, der ikke umiddelbart kan prøves efter en økonomisk objektiv målestok, som eksempelvis kriterier, der er forbundet med miljøbeskyttelse.

31 Det bemærkes i denne forbindelse, at Domstolen i en dom, der blev afsagt efter indgivelsen af forelæggelseskendelsen i denne sag, og som omhandlede fortolkningen af artikel 36, stk. 1, litra a), i direktiv 92/50, der er formuleret på næsten samme måde som artikel 26, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36, har haft lejlighed til at udtale sig om problemet om, hvorvidt og under hvilke betingelser en ordregivende myndighed kan tage hensyn til miljøkriterier inden for rammene af bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud.

32 Domstolen fastslog nærmere bestemt i præmis 55 i dommen af 17. september 2002, (sag C-513/99, Concordia Bus Finland, Sml. I, s. 7213), at artikel 36, stk. 1, litra a), i direktiv 92/50 ikke kan fortolkes således, at ethvert af de kriterier, den ordregivende myndighed udvælger med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, nødvendigvis skal være af rent økonomisk karakter.

33 Domstolen har således anerkendt, at når den ordregivende myndighed beslutter at tildele en kontrakt til den bydende, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, kan den tage hensyn til miljøkriterier, for så vidt som disse kriterier er forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger den nævnte ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, er udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og overholder alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling (Concordia Bus Finland-dommen, præmis 69).

- 34 Det følger heraf, at fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed i forbindelse med bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud på en kontrakt, der vedrører levering af elektricitet, anvender et tildelingskriterium, der kræver levering og elektricitet, som er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, for så vidt som dette kriterium er forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger den nævnte ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, er udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og overholder alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling.

Det første spørgsmåls andet led

Andet led, litra a)

- 35 Den forelæggende ret har i sin forelæggelseskendelse anført, at der, selv om et miljøkriterium som det, der er lagt vægt på i hovedsagen, i princippet måtte blive fundet foreneligt med fællesskabsbestemmelserne om tildeling af offentlige kontrakter, opstår et andet problem som følge af den omstændighed, at dette kriterium er vægtet med 45%, da det i den forbindelse kan indvendes, at den ordregivende myndighed ikke må tillægge et kriterium, der ikke direkte kan vurderes økonomisk, en så afgørende betydning for beslutningen om tildeling.
- 36 Sagsøgte i hovedsagen har i denne sammenhæng gjort gældende, at det under hensyn til det skøn, der tilkommer en ordregivende myndighed med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud, kun er en vægtning, der medfører en ubegrundet fordrejning, der er ulovlig. I hovedsagen er der ikke alene et objektivt forhold mellem kriterierne »pris« og »elektricitet produceret på

grundlag af vedvarende energikilder«, men der er herudover givet prioritet til det rent talmæssige kriterium, idet prisen vægtes med en koefficient, der er ti points højere end den vægt, der er tillagt evnen til at levere elektricitet, der er fremstillet på denne måde.

- 37 Det bemærkes, at ifølge fast retspraksis lader valget af det økonomisk mest fordelagtige bud det være op til de ordregivende myndigheder at vælge, hvilke kriterier for tildeling af kontrakten de vil anvende, dog på betingelse af, at disse kriterier har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud og ikke tillægger den ordregivende myndighed et ubetinget frit valg ved tildelingen af kontrakten til en bydende (jf. i denne retning dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 19 og 26, af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction Sml. I, s. 7725, præmis 36 og 37, og Concordia Bus Finlanddommen, præmis 59 og 61).
- 38 Hertil kommer, at anvendelsen af de nævnte kriterier skal ske under overholdelse af såvel alle procedurereglerne som de grundlæggende principper, der følger af fællesskabsretten (jf. i denne retning Beentjesdommen, præmis 29 og 31, og Concordia Bus Finlanddommen, præmis 62 og 63).
- 39 Det følger heraf, at de ordregivende myndigheder, hvis det lægges til grund, at de overholder kravene i fællesskabsretten, ikke alene frit kan vælge kriterierne for kontraktens tildeling, men også kan fastlægge deres vægt, for så vidt som vægtningen muliggør en samlet vurdering af de valgte kriterier med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud.
- 40 Med hensyn til det tildelingskriterium, der omhandles i hovedsagen, bemærkes, som Domstolen allerede har fastslået, at anvendelsen af vedvarende energikilder til fremstilling af elektricitet er nyttig for beskyttelsen af miljøet, for så vidt som

den bidrager til reduktion af drivhusgasemissioner, som er en af hovedårsagerne til de klimaændringer, som Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater har forpligtet sig til at bekæmpe (dom af 13.3.2001, sag C-379/98 PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 73).

- 41 Endvidere er det, således som det fremgår af 18. betragtning til direktiv 2001/77 og dets artikel 1 og 3, netop under denne synsvinkel, at det nævnte direktiv sigter mod at begunstige en forhøjelse af vedvarende energikilders andel i fremstillingen af elektricitet inden for det indre marked gennem udnyttelse markedskræfterne, hvilket formål Fællesskabet ifølge direktivets anden betragtning tillægger stor vægt.
- 42 Når der således henses til den vigtighed, der er forbundet med det formål, der forfølges med kriteriet i hovedsagen, kan det ikke antages, at en vægtning heraf med 45% hindrer en samlet vurdering af de anvendte kriterier med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud.
- 43 Under disse omstændigheder, og idet der ikke er forhold i sagen, der gør det muligt at fastslå, at der skulle være sket en tilsidesættelse af fællesskabsretlige krav, må det fastslås, at vægtningen af det i hovedsagen omhandlede tildelingskriterium med 45% ikke i sig selv er uforeneligt med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter.

Andet led, litra b)

- 44 Bundesvergabeamt har endvidere rejst tvivl om, hvorvidt det i hovedsagen omhandlede tildelingskriterium er lovligt i forhold til fællesskabsretten, idet den ordregivende myndighed selv har indrømmet, at den teknisk set ikke er i stand til

at kontrollere, om den leverede elektricitet faktisk er blevet produceret på grundlag af vedvarende energikilder, og den har ikke krævet, at de bydende redegør for deres leveringsforpligtelser eller indgåede aftaler om elektricitetsforsyning.

45 Den forelæggende ret ønsker således nærmere bestemt oplyst, om fællesskabsbestemmelserne, der regulerer tildelingen af offentlige kontrakter, er til hinder for, at en ordregivende myndighed anvender et tildelingskriterium, der ikke er forbundet med krav, der gør det muligt at foretage en nøjagtig kontrol af oplysningerne i buddene.

46 I denne sammenhæng har den forelæggende ret også rejst spørgsmålet om, i hvilken udstrækning et sådant tildelingskriterium er egnet til at nå det mål, det forfølger. Eftersom det ikke er foreskrevet, at det skal kontrolleres, i hvilket omfang den valgte kontrahent med sin givne produktionsstruktur bidrager til fremme af produktion af elektricitet fra vedvarende energikilder, finder den forelæggende ret, at det er muligt, at kriteriets anvendelse ikke har nogen betydning for den samlede elektricitetsmængde, der fremstilles på denne måde.

47 Det bemærkes, at princippet om ligebehandling af de bydende, der — som Domstolen gentagne gange har fastslået — ligger til grund for direktiverne om fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter (jf. bl.a. dom af 12.12.2002, sag C-470/99, *Universale-Bau m.fl.*, Sml. I, s. 11617, præmis 91, og af 19.6.2003, sag C-315/01, *GAT*, Sml. I, s. 6351, præmis 73), for det første betyder, at de bydende skal behandles lige både, når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene (*SIAC Construction-dommen*, præmis 34).

- 48 Dette betyder nærmere bestemt, at kriterierne for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene skal anvendes på en objektiv og ensartet måde over for alle bydende (SIAC Construction-dommen, præmis 44).
- 49 For det andet indebærer ligebehandlingsprincippet en forpligtelse til gennemsigtighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt, hvilken forpligtelse bl.a. består i at sikre en kontrol med, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i denne retning bl.a. dommen i sagen *Universale-Bau m.fl.*, præmis 91 og 92).
- 50 En objektiv og gennemsigtig vurdering af de forskellige bud forudsætter, at den ordregivende myndighed faktisk er i stand til på grundlag af de oplysninger og beviser, der er fremlagt af de bydende, at vurdere, om deres bud opfylder kriterierne for tildeling.
- 51 Det fremgår derfor, at når en ordregivende myndighed foreskriver et tildelingskriterium og angiver, at den hverken ønsker eller kan kontrollere nøjagtigheden af de bydendes oplysninger, tilsidesætter den princippet om ligebehandling, idet et sådant kriterium ikke garanterer gennemsigtighed og objektivitet i udbudsproceduren.
- 52 Det må herefter konstateres, at et tildelingskriterium, hvortil der ikke er knyttet krav, der gør det muligt at foretage en effektiv kontrol med nøjagtigheden af de oplysninger, der er fremlagt af de bydende, er i strid med de fællesskabsretlige principper, der gælder for offentlige kontrakter.
- 53 For så vidt angår den forelæggende rets spørgsmål om, hvorvidt det i hovedsagen omhandlede tildelingskriterium tilsidesætter fællesskabsbestemmelserne, i det omfang det ikke nødvendigvis er egnet til at bidrage til fremme af produktion af elektricitet fra vedvarende energikilder, er det tilstrækkeligt at anføre, at selv om

det lægges til grund, at dette faktisk er tilfældet, kan et sådant kriterium ikke alene af den grund, at det ikke nødvendigvis gør det muligt at nå det tilsigtede mål, anses for at være uforeneligt med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter.

Andet led, litra c)

- 54 Den forelæggende ret finder, at for så vidt som den ordregivende myndighed undlod at fastsætte et bestemt leveringstidspunkt, der skulle gælde for den mængde, som de bydende angav, at de kunne levere, strider det valgte kriterium mod princippet om, at bud skal være sammenlignelige, hvilket princip følger af princippet om gennemsigtighed. Retten har understreget, at det med henblik på at vurdere de bydendes egnethed var de seneste to år forud for udbuddet og de to år herefter, der blev lagt til grund, for så vidt angår godtgørelsen af den mængde strøm, der måtte forventes at være nødvendig i det konkrete tilfælde. Det gælder ifølge den nævnte ret, at selv hvis denne bestemmelse anvendtes i forhold til tildelingskriteriet, vil der ikke herved fremkomme et bestemt leveringstidspunkt, der rent faktisk ville gøre det muligt at beregne den mængde, der faktisk skal tages i betragtning. Tværtimod kan der i en periode på fire år leveres ganske forskellige mængder. Det kunne endog tænkes, at en bydende her angiver mængder, der beror på formodninger om opførelse af kraftværker eller i øvrigt på en mulig produktion fra vedvarende energikilder.

- 55 Sagsøgte i hovedsagen har hertil forklaret, at elektricitetsmarkedet i Østrig har været fuldstændig liberaliseret fra den 1. oktober 2001, og at det siden denne dato har været muligt at stifte handelsselskaber med det formål at købe og sælge elektricitet. Sagsøgte har understreget, at eftersom udbudsbekendtgørelsen blev offentliggjort ca. seks måneder før denne dato, var den forpligtet til at formulere kriteriet for tildeling sådan, at det både var muligt for selskaber, der allerede var på markedet og som rådede over deres egen infrastruktur til elektricitetsfremstilling, som handelsselskaber, der først havde godkendelse til at drive virksomhed

fra den 1. oktober 2001, at afgive et bud. Retten ville derfor give virksomhederne mulighed for at angive den mængde elektricitet, de havde fremstillet på grundlag af vedvarede energikilder eller købt i løbet af de to år forud for udbuddet, eller afgive disse oplysninger for de to kommende år. Endelig har retten bemærket, at samtlige virksomheder de facto kun har meddelt oplysninger for de to år forud for udbuddet, samt at det bedste bud, når de årlige mængder var forskellige, blev fastlagt på grundlag af gennemsnittet.

- 56 Det fremgår af Domstolens praksis, at en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt på alle stadier skal overholde såvel princippet om ligebehandling af de potentielle bydende som princippet om gennemsigtighed, således at alle bydende får lige chancer ved formuleringen af deres bud (jf. i denne retning dommen i sagen *Universale-Bau m.fl.*, præmis 93).
- 57 Dette betyder nærmere bestemt, at kriterierne for tildeling skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at fortolke dem på samme måde (*SIAC Construction-dommen*, præmis 41).
- 58 Derfor kan den omstændighed, at den ordregivende myndighed i hovedsagen i udbudsbekendtgørelsen har undladt at præcisere for hvilken periode, de bydende skulle angive den mængde elektricitet fra vedvarende kilder, de kunne levere, være en tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis det måtte vise sig, at denne undladelse har gjort det vanskeligt eller endog umuligt for de bydende at kende den nøjagtige rækkevidde af det omhandlede kriterium og derfor være i stand til at fortolke det på samme måde.

- 59 Da der er tale om en vurdering af faktisk karakter, tilkommer det den nationale ret under hensyntagen til samtlige sagens omstændigheder at vurdere, om det i hovedsagen omhandlede tildelingskriterium på trods af denne undladelse er blevet formuleret tilstrækkelig klart til at opfylde kravene til ligebehandling og gennemsigtighed i fremgangsmåderne for tildeling af offentlige kontrakter.

Andet led, litra d)

- 60 Den forelæggende ret har anført, at det i hovedsagen omhandlede tildelingskriterium består i at tildele points for den elektricitetsmængde, der fremstilles på grundlag af vedvarende energikilder, som de bydende vil kunne levere til en ikke nærmere bestemt kundekreds, idet det præciseres, at der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det i henhold til den udbudte kontrakt forventede forbrug. I det omfang dette kriterium således kun knytter sig til den samlede mængde, der kan leveres i almindelighed, og ikke til den mængde, der konkret kan leveres til den ordregivende myndighed, har den forelæggende ret rejst det spørgsmål, om kriteriet er forbundet med direkte økonomiske fordele for den ordregivende myndighed.

— Indlæg for Domstolen

- 61 Sagsøgerne i hovedsagen, den nederlandske regering og Kommissionen har gjort gældende, at i det omfang det nævnte kriterium henviser til en elektricitetsmængde, der overstiger det forventede forbrug inden for udbuddets rammer, er betingelsen om en direkte forbindelse med kontrakten ikke opfyldt i den foreliggende sag. Ifølge sagsøgerne er det kun den mængde elektricitet, der er fremstillet på grundlag af vedvarende kilder, og som kan leveres til den ordregivende myndighed, der er relevant.

- 62 Ifølge Kommissionen ville det have været tilstrækkeligt, at den ordregivende myndighed blot havde krævet, at den bydende råder over en vis mængde elektricitet fremstillet på grundlag af vedvarende energikilder, eller at den bydende blot kunne bevise, at den kan levere en vis mængde, der overstiger den mængde, der forbruges årligt, eksempelvis ved at beregne en reserve på 10%.
- 63 Sagsøgerne i hovedsagen har endvidere gjort gældende, at dette tildelingskriterium i realiteten er et skjult udvælgelseskriterium, i det omfang det i realiteten henviser til de bydendes evne til at levere den størst mulige mængde elektricitet, der er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, og således i sidste ende vedrører de bydende selv.
- 64 Derimod finder sagsøgte i hovedsagen og den østrigske regering, idet de tager hensyn til den mængde energi fremstillet på grundlag af vedvarende energikilder, som hver bydende var i stand til at levere ud over 22,5 GWh, hvilken mængde skulle sikres under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed har gjort forsyningsikkerheden til et tildelingskriterium, der afhænger af den samlede mængde elektricitet, som en virksomhed råder over. De har forklaret, at eftersom elektricitet ikke kan lagres, er dette kriterium på ingen måde uden betydning for ydelsen; desto mere en bydende kan levere, desto mindre er risikoen for, at den ordregivende myndigheds efterspørgsel ikke kan imødekommes, og at den eventuelt med kort varsel vil skulle finde et dyrt alternativ.
- 65 Den østrigske regering har nærmere bestemt fremhævet, at selv om fremstilling af elektricitet på grundlag af vedvarende energikilder, som eksempelvis vind- eller solenergi, afhænger af årstiderne, er efterspørgslen størst om vinteren. Nævnte kriterium for tildeling tilsigter således at sikre en kontinuerlig elektricitetsforsyning, selv om udbud og efterspørgsel ikke er den samme over hele året, hvilket i øvrigt begrundes, at dette kriterium vægtes højt, nemlig med 45%.

Domstolens bemærkninger

- 66 Som anført i denne doms præmis 33 skal de miljøkriterier, som den ordregivende myndighed har valgt som tildelingskriterier med henblik på at afgøre, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige, bl.a. være forbundet med kontraktens genstand.
- 67 Det må fastslås, at det i hovedsagen anvendte tildelingskriterium ikke vedrører den ydelse, der er genstand for kontrakten, nemlig levering af de mængder elektricitet til den ordregivende myndighed, der svarer til det forventede årlige forbrug som fastsat i udbuddet, men derimod vedrører de mængder, de bydende har leveret eller vil levere til andre kunder end den ordregivende myndighed.
- 68 Et tildelingskriterium, der udelukkende henviser til mængden af elektricitet fra vedvarende energikilder, der overstiger det forventede årlige forbrug, som det er fastsat i udbuddet, kan ikke anses for at være forbundet med kontraktens genstand.
- 69 Endvidere kan den omstændighed, at det ifølge det anvendte tildelingskriterium er mængden, der overstiger det forventede årlige forbrug, som er fastsat i udbuddet, der er afgørende, give en fordel til de bydende, der som følge af deres større produktions- eller leveringskapacitet kan levere større mængder elektricitet end andre. Kriteriet kan derfor medføre en uberettiget forskelsbehandling af de bydende, hvis bud fuld ud kan opfylde de betingelser, der er knyttet til kontraktens genstand. En sådan begrænsning af kredsen af de erhvervsdrivende, der kan byde, vil modarbejde det mål, der går ud på at åbne konkurrencen, og

som forfølges med direktiverne om samordning af fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige indkøbskontrakter.

- 70 Endelig gælder det, at selv om det lægges til grund, at det nævnte kriterium måtte være fastlagt ud fra et ønske om at garantere forsyningssikkerheden, hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve, må det bemærkes, at selv om forsyningssikkerheden i princippet kan indgå i de kriterier for tildeling, der tjener til at afgøre, hvilke bud der er det økonomisk mest fordelagtige, kan man ikke lovligt gøre de bydendes evne til at levere den størst mulige mængde elektricitet, der rækker ud over den i udbuddet fastsatte mængde, til et kriterium for tildeling.
- 71 Det følger heraf, at i det omfang det i den foreliggende sag anvendte tildelingskriterium pålægger de bydende, at de angiver, hvilken elektricitetsmængde, der er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, de vil kunne levere til en ikke nærmere bestemt kundekreds, og tildeler maksimumspoint til den bydende, der angiver den største mængde, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det forventede forbrug inden for rammerne af udbuddet, er det ikke foreneligt med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter.
- 72 I lyset af det ovenfor anførte skal det første spørgsmål besvares med, at fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed i forbindelse med bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud på en kontrakt for levering af elektricitet anvender et tildelingskriterium med en vægt på 45%, der kræver levering af elektricitet, som er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, idet den omstændighed, at det nævnte kriterium ikke nødvendigvis gør det muligt at nå det tilsigtede mål, i den forbindelse er irrelevant.

Derimod er fællesskabsbestemmelserne til hinder for et sådant kriterium, i det omfang

- kriteriet ikke er ledsaget af krav, der gør det muligt at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger, der er indeholdt i buddene, og

- pålægger de bydende, at de angiver, hvilken elektricitetsmængde, der er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, de vil kunne levere til en ikke nærmere bestemt kundekreds, og tildeler maksimumspoint til den bydende, der angiver den største mængde, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det forventede forbrug inden for rammerne af udbuddet.

Det tilkommer den nationale ret at vurdere, om kriteriet for tildeling, på trods af den ordregivende myndigheds undladelse af at fastsætte et bestemt leveringstidspunkt, er blevet formuleret tilstrækkelig klart til at opfylde kravene til ligebehandling og gennemsigtighed i fremgangsmåderne for tildeling af offentlige kontrakter.

Andet og tredje spørgsmål

- 73 Med disse to spørgsmål, der behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 er til hinder for en bestemmelse i national ret som BVergG's § 117, stk. 1, nr. 2, der i en klagesag betinger annullationen af en ulovlig beslutning, der er truffet af en ordregivende myndighed, af, at det godtgøres, at den ulovlige beslutning har haft væsentlig indflydelse på udbudsprocedurens udfald, og om der, navnlig når henses

til artikel 26 i direktiv 93/36, skal gives en anden besvarelse, hvis beviset for denne indflydelse følger af, at klageinstansen herved undersøger, om indplaceringen af de afgivne bud faktisk ændrer sig, når buddene underkastes en ny bedømmelse, og hvorunder der ikke tages hensyn til det ulovlige udvælgelseskriterium.

- 74 Det bemærkes indledningsvis, at det i henhold til fast retspraksis inden for rammerne af det samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, der er indført ved artikel 234 EF, udelukkende tilkommer den nationale retsinstans, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom (jf. bl.a. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, *Bosman*, Sml. I, s. 4921, præmis 59, *PreussenElektra*-dommen, præmis 38, dom af 22.1.2003, sag C-390/99, *Canal Satélite Digital*, Sml. I, s. 607, præmis 18, af 10.12.2002, sag C-153/00, *Der Weduwe*, Sml. I, s. 11319, præmis 31, og af 21.1.2003, sag C-318/00, *Bacardi-Martini* og *Cellier des Dauphins*, Sml. I, s. 905, præmis 40).
- 75 Domstolen har dog også udtalt, at den i særlige tilfælde med henblik på at efterprøve sin egen kompetence er beføjet til at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt sagen (*PreussenElektra*-dommen, præmis 39, og *Canal Satélite Digital*-dommen, præmis 19). Den samarbejdsånd, der må beherske udførelsen af opgaverne i forbindelse med den præjudicielle forelæggelsesprocedure, indebærer således, at den nationale retsinstans tager hensyn til Domstolens opgave, som er at bidrage til retsplejen i medlemsstaterne og ikke at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål (jf. *Der Weduwe*-dommen, præmis 32, og *Bacardi-Martini* og *Cellier des Dauphins*-dommen, præmis 41).
- 76 Domstolen undlader således at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, når det klart fremgår, at den af den nationale ret

ønskede fortolkning eller vurdering af en fællesskabsbestemmelses gyldighed savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (jf. bl.a. Bosman-dommen, præmis 61, dom af 9.3.2000, sag C-437/97, EKW og Wein & Co., Sml. I, s. 1157, præmis 52, af 13.7.2000, sag C-36/99, Idéal tourisme, Sml. I, s. 6049, præmis 20, og Bacardi-Martini og Cellier des Dauphins-dommen, præmis 42).

77 Det bemærkes nærmere bestemt, at artikel 234 EF er et middel til et samarbejde mellem retterne, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten, som kan være brugbare ved vurderingen af virkningen af en national bestemmelse, der er omtvistet i den for dem verserende tvist (jf. bl.a. dom af 15.5.2003, sag C-300/01, Salzmann, Sml. I, s. 4899, præmis 28).

78 Det følger heraf, at med henblik på at give Domstolen mulighed for at udfylde sin rolle i overensstemmelse med traktaten, er det ubetinget nødvendigt, at de nationale retsinstanser i tilfælde, hvor grundene til, at de finder, at en besvarelse af deres spørgsmål er nødvendig for tvistens løsning, ikke klart fremgår af sagen, redegør for disse (jf. bl.a. Bacardi-Martini og Cellier des Dauphins-dommen, præmis 43).

79 I den foreliggende sag råder Domstolen ikke over oplysninger, der peger i den retning.

80 På den ene side er hovedsagens formål, som anført i denne doms præmis 23, bl.a. at opnå annullation af hele udbudsproceduren samt af en række af bestemmelserne i udbudsbetingelserne og et antal af den ordregivende myndigheds beslutninger vedrørende de krav, der stilles ved de anvendte kriterier for tildeling og egnethed.

- 81 Henset til oplysningerne i forelæggelseskendelsen er det klart, at alle de beslutninger, der påstås annulleret i hovedsagen, har en afgørende indflydelse på udfaldet af udbudsproceduren.
- 82 På den anden side har den forelæggende ret ikke givet nogen forklaring med hensyn til de præcise grunde, der førte den til at antage, at en besvarelse af spørgsmålet om, hvorvidt betingelsen i BVergG's § 117, stk. 1, nr. 2, er forenelig med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, er nødvendig for, at den kan afgøre den verserende tvist.
- 83 Når der således ikke foreligger oplysninger, hvoraf det kan udledes, at det er nødvendigt for løsningen af tvisten i hovedsagen, at det andet og tredje spørgsmål besvares, bør disse spørgsmål anses for at være hypotetiske, hvorfor de ikke kan antages til realitetsbehandling.

Fjerde spørgsmål

- 84 Med sit fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om de fællesskabsretlige bestemmelser, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, navnlig artikel 26 i direktiv 93/36, pålægger den ordregivende myndighed at tilbagekalde udbuddet, når et af de fastsatte tildelingskriterier under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 viser sig at være ulovligt.
- 85 Hvis det antages, at det strider mod fællesskabsretten at efterprøve, hvilken indvirkning ulovlige beslutninger vedrørende tildelingskriterier har, finder den forelæggende ret, at i det tilfælde, hvor en sådan beslutning er ulovlig, synes det

eneste alternativ at være en tilbagekaldelse af udbuddet, idet udbudsproceduren ellers afsluttes på grundlag af en vægtning af kriterierne, der hverken er fastsat af den ordregivende myndighed eller meddelt de bydende.

Indlæg for Domstolen

- 86 Den østrigske regering har gjort gældende, der ikke af fællesskabsretten følger en udtrykkelig pligt til at tilbagekalde et udbud, ligesom udbudsdirektiverne heller ikke fastsætter en pligt til at indgå kontrakt. Regeringen har heraf udledt, at det under overholdelse af fællesskabsrettens principper tilkommer medlemsstaterne at afgøre spørgsmålet, om den ordregivende myndighed i tilfælde af, at en beslutning, der vedrører et tildelingskriterium, er ulovlig, har pligt til at tilbagekalde udbuddet.
- 87 Sagsøgte i hovedsagen har bemærket, at i henhold til artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 skal følgerne af en tilsidesættelse af reglerne om tildeling af offentlige kontrakter, der konstateres efter kontraktens tildeling, vurderes i overensstemmelse med national ret. Ifølge sagsøgte i hovedsagen følger det af BVergG's § 117, stk. 3, at når kontrakten er blevet tildelt, kan den instans, som sagen er blevet indbragt for, alene fastslå, om den påståede ulovlighed findes eller ikke. Sagsøgte konkluderer derfor, at dette spørgsmål skal besvares benægtende.
- 88 Derimod finder sagsøgerne i hovedsagen og Kommissionen, at hvis klageinstansen efter buddenes afgivelse eller åbning fastslår, at en beslutning, der vedrører et tildelingskriterium, er ulovlig, kan udbuddet ikke afsluttes med en tildeling af en kontrakt, hvorfor den eneste mulighed er udbuddets tilbagekaldelse. Enhver ændring af kriterierne har således en indvirkning på buddenes bedømmelse, idet de bydende ikke længere har mulighed for at tilpasse disse, da de har udarbejdet buddene i en helt anden tids- og indholdsmæssig sammenhæng og på grundlag af andre kriterier. Den eneste mulighed er således at lade hele udbudsproceduren starte forfra.

Domstolens bemærkninger

- 89 Det bemærkes i denne forbindelse, at konstateringen af, at en beslutning, der vedrører et tildelingskriterium, er ulovlig, ikke under alle omstændigheder fører til dens annullation.
- 90 Den mulighed, som artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 giver medlemsstaterne for at bestemme, at den ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, er begrænset til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse, viser, at når sagen er anlagt efter indgåelsen af kontrakten, og den berørte medlemsstat har udnyttet denne mulighed, kan instansen, der behandler sagen, hvis den fastslår, at en beslutning, der vedrører et tildelingskriterium, er ulovlig, ikke annullere denne beslutning, men skal alene tilkende erstatning.
- 91 Det fremgår af de oplysninger, den forelæggende ret har afgivet, at det fjerde spørgsmål vedrører den situation, hvor konstateringen af, at en beslutning, der vedrører et tildelingskriterium, er ulovlig, fører til dens annullation. Spørgsmålet skal derfor forstås således, at det dermed ønskes oplyst, om fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter pålægger den ordregivende myndighed at tilbagekalde udbuddet, når en beslutning, der vedrører et af de tildelingskriterier, den har fastsat, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 viser sig at være ulovlig og derfor annulleres af klageinstansen.
- 92 Med henblik på at besvare det således omformulerede spørgsmål bemærkes, således som Domstolen allerede har fastslået, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsprocedurerne indebærer, at de ordregivende

myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet (jf. i denne retning SIAC Construction-dommen, præmis 43).

- 93 Der er således for så vidt angår selve tildelingskriterierne i endnu højere grad grund til at erkende, at disse overhovedet ikke må ændres i løbet af udbudsproceduren.
- 94 Det følger heraf, at i det tilfælde, hvor klageinstansen annullerer en beslutning, der vedrører et tildelingskriterium, kan den ordregivende myndighed ikke gyldigt fortsætte udbudsproceduren og se bort fra kriteriet, idet det vil være det samme som at ændre de kriterier, der anvendes i det omhandlede udbud.
- 95 Herefter skal det fjerde spørgsmål besvares med, at fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter pålægger den ordregivende myndighed at tilbagekalde udbuddet, når en beslutning, der vedrører et af de tildelingskriterier, den har fastsat, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 viser sig at være ulovligt og derfor annulleres af klageinstansen.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt ved kendelse af 13. november 2001, for ret:

- 1) Fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter er ikke til hinder for, at en ordregivende myndighed i forbindelse med bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud på en kontrakt for levering af elektricitet anvender et tildelingskriterium med en vægt på 45%, der kræver levering af elektricitet, som er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, idet den omstændighed, at det nævnte kriterium ikke nødvendigvis gør det muligt at nå det tilsigtede mål, i den forbindelse er irrelevant.

Derimod er fællesskabsbestemmelserne til hinder for et sådant kriterium, i det omfang

- kriteriet ikke er ledsaget af krav, der gør det muligt at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger, der er indeholdt i buddene, og
- pålægger de bydende, at de angiver, hvilken elektricitetsmængde, der er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, de vil kunne levere til en ikke nærmere bestemt kundekreds, og tildeler maksimumspoint til

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

Det tilkommer den nationale ret at vurdere, om kriteriet for tildeling, på trods af den ordregivende myndigheds undladelse af at fastsætte et bestemt leveringstidspunkt, er blevet formuleret tilstrækkelig klart til at opfylde kravene til ligebehandling og gennemsigtighed i fremgangsmåderne for tildeling af offentlige kontrakter.

- 2) Fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter pålægger den ordregivende myndighed at tilbagekalde udbuddet, når en beslutning, der vedrører et af de tildelingskriterier, den har fastsat, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 viser sig at være ulovligt og derfor annulleres af klageinstansen.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 4. december 2003.

R. Grass

Justitssekretær

V. Skouris

Præsident