FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

fremsat den 7. juni 2007 [1]

1. Ved nærværende forelæggelse fra Hanseatisches Oberlandesgericht i Bremen anmodes Domstolen nærmere bestemt om at oplyse, om fællesskabsretten er til hinder for, at en bydende generelt er udelukket fra retten til i henhold til Rådets direktiv 89/665 [2] at anmode om efterprøvelse af en udbudsafgørelse, når den pågældende ikke rettidigt i henhold til national ret har anfægtet en afgørelse, der fejlagtigt placerer udbuddet uden for dette direktivs anvendelsesområde.

2. Sagsøgeren i hovedsagen afgav forgæves bud på en softwarekontrakt, der var sat i udbud i henhold til den nationale procedure. Sagsøgeren indgav herefter klage, først med henvisning til, at udbudet burde være blevet gennemført som et EU-udbud, fordi tærskelværdien var overskredet, og derefter til, at den efterfølgende afgørelse om kontraktilslag var ulovlig. Klagerne blev afvist under henvisning til, at fristen for anfægtelse af valg af procedure var udløbet, således at prøvelsesproceduren vedrørende offentlige kontrakter inden for fællesskabsretten ikke fandt anvendelse.

3. Den forelæggende ret anmoder Domstolen om yderligere at undersøge, under hvilke omstændigheder frister for anfægtelse af afgørelser i offentlige udbudsprocedurer kan skade det effektivitetsprincip, der ligger til grund for Rådets direktiv 89/665.

Relevant lovgivning

Direktiv 89/665

4. Rådets direktiv 89/665 har til formål at sikre, at procedurerne for indgåelse af

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rådets direktiv 89/665/EØF af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1)

offentlige arbejds- leverings- og tjenesteydelseskontrakter, der er fastlagt i de relevante fællesskabsdirektiver, anvendes effektivt. Dette sker gennem tilvejebringelsen af et system af efterprøvelsesprocedurer og midler til afhjælpning af overtrædelser.

5. Følgende betragtninger fra præamblen til Rådets direktiv 89/665 er relevante:

»([1]) Fællesskabets direktiver vedrørende offentlige kontrakter, særlig [...] Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [...][3] [...] indeholder ikke særlige bestemmelser, som kan sikre en effektiv anvendelse

([2]) [...] de nuværende mekanismer på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan til sikring af denne anvendelse gør, det ikke altid muligt at føre tilsyn med overholdelsen af fællesskabsbestemmelserne, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør

([3]) [...] adgang til på fællesskabsplan at konkurrere om offentlige kontrakter kræver en betydelig udvidelse af garantierne for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, [...] for at der kan opnås en faktisk virkning er det vigtigt, at der findes effektive og hurtige klagemuligheder i tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af de nationale regler, der omsætter denne ret

[...]

([5]) [...] den korte periode, som procedurerne strækker sig over, nødvendiggør hastebehandling af ovennævnte overtrædelser

[...]«

6. Følgende fremgår af artikel 1 i Rådets direktiv 89/665:

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelses-

3 — EFT 1977 L 13, s. 1. Dette direktiv blev ophævet og erstattet af Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige kontrakter (EFT L 199, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 og Kommissionens direktiv 2001/78/EF af 13.9.2001. Rådets direktiv 93/36/EØF blev ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

området for direktiv [...] 77/62/EØF og 92/50/EØF[4], 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 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 anlægs]kontrakt, 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.«

7. Artikel 2 i Rådets direktiv 89/665/EØF vedrører de midler, der skal være til rådighed i forbindelse med klagerne. Af artikel 2, stk. 7, fremgår, »[at] medlemsstaterne påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt«.

Direktiv 93/36[5]

8. Artikel 10 i direktiv 93/36 fastlægger bl.a. minimumstidsfristerne for modtagelsen af bud over tærskelværdien i offentlige udbud for, at fællesskabsreglerne kan finde anvendelse. Af artikel 10, stk. 1, fremgår, at sådanne udbud skal forblive åbne i ikke under 52 dage regnet fra datoen for afsendelsen af bekendtgørelsen. Denne periode kan som hovedregel reduceres til minimum 36 dage — men må under ingen omstændig-

4 — Se fodnote 2. Rådets direktiv 92/50, som ændret ved direktiverne 93/36, 97/52 og 2001/78, med undtagelse af artikel 41 (som ændrede artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665), ved direktiv 2004/18 (se fodnote 3 ovenfor). I henhold til artikel i direktiv 92/50 [og efterfølgende artikel 1, stk. 2, litra d), andet led, i direktiv 2004/18] anses en offentlig kontrakt, der vedrører både varer og tjenesteydelser [...] for en offentlig tjenesteydelseskontrakt, hvis værdien af de pågældende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, som kontrakten omfatter. Nærværende kontrakt vedrører både varer (software licenser) og tjenesteydelser (uddannelse og vedligeholdelse), hvis relative værdi ikke fremgår klart af sagens akter. Det er derfor usikkert, om nærværende kontrakt skal anses for en kontrakt vedrørende varer eller service. Det er imidlertid samme tærskelværdi, der er relevant for, om kontrakten falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 89/665.

5 — Se fodnote 3. Bestemmelser svarende til artikel 10, stk. 1 og 1a, i direktiv 93/36 kan for så vidt angår offentlige tjenesteydelseskontrakter findes i artikel 18, stk. 1 og 2, i direktiv 92/50. Disse bestemmelser blev efterfølgende erstattet af artikel 38, stk. 2 og 4, i direktiv 2004/18.

heder være kortere end 22 dage — hvis forudgående meddelelse er offentliggjort i overensstemmelse med betingelserne, der fremgår af artikel 10, stk. 1a.

Tysk ret [6]

9. Fjerde del af den tyske Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (»GWB«) dækker indgåelsen af offentlige kontrakter [7]. Af GWB's § 100, stk. 1, fremgår det, at »denne del finder alene anvendelse på kontrakter, der når eller overskrider værdierne, der fremgår af reglerne i GWB's § 127 (tærskelværdier)« [8].

10. GWB's § 107 vedrører anmodninger om efterprøvelse indgivet til Vergabekammer. GWB's § 107, stk. 3, fastsætter fristerne for anmodninger til Vergabekammer om efterprøvelse af påståede krænkelser af reglerne om offentlige kontrakter og er affattet som følger:

»En anmodning kan ikke tages under behandling, hvis klageren allerede under udbudsproceduren var bekendt med den påståede krænkelse af udbudsreglerne og ikke straks indgav klage til den ordregivende myndighed. Anmodningen kan endvidere ikke tages under behandling, når der ikke hos den ordregivende myndighed er indgivet klage over en krænkelse af udbudsreglerne, der kan konstateres[9] på baggrund af udbudsbekendtgørelsen, senest ved udløbet af den frist for afgivelse af bud eller fremsættelse af anmodninger om deltagelse i udbudsproceduren, der fremgår af udbudsbekendtgørelse.«

11. Vergabeverordnung (»VgV«) [10] indeholder bl.a. de tærskelværdier, som der henvises til i UWB's § 127, stk. 1 [11]. VgV's § 2 i den affattelse, der var i kraft på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, har følgende ordlyd:

»Tærskelværdien er

[...]

6 — Oversættelserne af citerede titler og bestemmelser i tysk ret er mine egne.

7 — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen af 26.8.1998, BGBl. 1998 I, s. 2521. Fjerde del omfatter §§ 97-129. Den er opdelt i tre sektioner, hvoraf den anden sektion (§§ 102-124) omhandler klageprocedurerne.

8 — GWB's § 127, stk. 1, bemyndiger forbundsregeringen med Bundesrats godkendelse (det tyske parlaments andet kammer) ved bekendtgørelse at gennemføre de tærskelværdier, der fremgår af fællesskabsdirektiverne om samordning af procedurer i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter i tysk ret.

9 — »[E]rkennbar« i den originale tyske tekst.

10 — Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge. 9.1.2001, BGBl. 2003 I, s. 110.

11 — Se fodnote 8 ovenfor.

3. for alle andre vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter: 200 000 EUR.«

12. Del A i Verdingungsordnung für Leistungen (»VOL/A«) (Regler om tildeling af offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter ved udbud) [12] indeholder detaljerede regler for indgåelse af vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter ved udbud. § 17 vedrører bl.a. indholdet af udbudsbekendtgørelsen. Af § 17, punkt 1, stk. 2, fremgår:

»Udbudsbekendtgørelsen skal navnlig indeholde følgende detaljer:

[...]

c) Art og omfang af varer eller tjenesteydelser, der skal leveres« [13].

12 — 2002-udgaven af 17.9.2002, Bundesanzeiger nr. 216a. Afsnit 1 og 2 omhandler indgåelse af kontrakt med tærskelværdier henholdsvis under og over fællesskabsgrænserne. Tilsvarende paragraffer i hvert afsnit bærer samme nummer. I hvert afsnit er formuleringen af § 17, punkt 1, stk. 2c, identisk.

13 — »Das Anschreiben soll insbesondere folgende Angaben enthalten: [...] Art und Umfang der Leistung« i den originale tyske udgave.

Hovedsagen og forelæggelsen

13. Den 21. marts 2005 eller før iværksatte sagsøgte i hovedsagen »Freie Hansestadt Bremen« et »Nationalt udbud i henhold til VOL/A« vedrørende en softwarekontrakt [14]. Fristen for indgivelse af tilbud var den 12. april 2005. Udbudsbekendtgørelsen indeholdt ikke oplysninger om kontraktens volumen eller beløbsstørrelse. Under overskriften »Mængde og omfang« er der anført:

»Til senatoren for arbejde, kvindeanliggender, sundhed, ungdom og socialvæsen i Bremen søges en standardsoftware til området SGB XII (socialrådgivning til voksne og økonomisk støtte) til brug for pc-støttet sagsbehandling, der opfylder de i udbudsmaterialet anførte krav. Udbudsmaterialet kan downloades gratis på www.vergabe.bremen.de [...]«

14 — Oversættelserne af de citerede dele af udbudsbekendtgørelsen og udbudsdokumenterne er mine egne.

14. Lämmerzahl GmbH (»Lämmerzahl«), der er sagsøger i hovedsagen, er et anpartsselskab, som er specialiseret i software til offentlige myndigheder. Den indhentede behørigt udbudsdokumenterne, som omfattede følgende tre dokumenter:

15. I det første dokument med titlen »prisark/prisanalyse« anmodedes de bydende, under afsnittet »Licenskontrakt«, om at fremlægge enhedspriser for fuld licens, alt efter hvilket antal licenser der skulle leveres (11-50, 51-100, 101-200, 201-500). Der var en alternativ anmodning om enhedspriser for read-only-licenser (1-5, 6-10, 11-50, 51-100 licenser). Som endnu et alternativ blev der anmodet om en pris på »Landeslizens« (delstatslicens) [15]. I afsnittet med overskriften »Tjenesteydelseskontrakt« anmodedes de bydende om at opgive prisen for træning af 300 ansatte og 10 administratorer. Det præcise antal licenser, der skulle leveres, fremgik ikke af dokumentet.

15 — I skrivelse af 6.4.2005 (se punkt 20 nedenfor) oplyste Hansestadt Bremen, at delstatslicensen ville være for et ubegrænset antal licenser til anvendelse i Bremen og Bremerhaven.

16. Af det andet dokument, der beskrev udbudsgenstanden (»genstandsdokumentet«), fremgik, at ca. 200 ansatte på området for økonomiske støtte, 45 ansatte på det sociale serviceområde og 65 ansatte i hovedafdelingen skulle arbejde med softwaresystemet.

17. Det tredje dokument, »Fortegnelse over varer og tjenesteydelser« angav en »minimums- eller anslået volumen«. Igen var det totale antal af nødvendige licenser ikke angivet.

18. Lämmerzahl rejste fire spørgsmål i relation til udbudsdokumenterne, som Hansestadt Bremen besvarede ved skrivelse af 24. marts 2005. På det tidspunkt spurgte Lämmerzahl hverken om antallet af licenser eller om kontraktens volumen eller værdi.

19. Lämmerzahl sendte dernæst den 4. april 2005 en e-mail til Hansestadt Bremen med anmodning om yderligere præcisering af udbudsdokumenterne. Lämmerzahls første spørgsmål drejede sig om, hvorvidt totalpriserne, der skulle angives i tilbudsdokumentet, og fortegnelsen over varer og tjenesteydelser angik »summen af priser i prisarket til licensekontrakten baseret på 310

licenser (de 310 ansatte specificeret i [...] [genstandsdokumentet])«, eller om andre priser (f.eks. vedligeholdelses- og serviceudgifter) skulle inkluderes. Tre af de andre spørgsmål i Lämmerzahls e-mail drejede sig om »de ovennævnte 310 licenser«.

20. Hansestadt Bremen svarede ved skrivelse af 6. april 2005. Som besvarelse af det første spørgsmål anførtes, at den samlede udbudspris (totalpris for licenser, vedligeholdelsesudgifter og service) skulle fremgå af tilbudsdokumentet. Ingen af Hansestadt Bremens svar nævnte eller kommenterede udtrykkeligt antallet af licenser — 310 licenser — som Lämmerzahls havde inkluderet i sine spørgsmål.

21. Lämmerzahl fremlagde derefter et bud baseret på 310 licenser samt trænings- og vedligeholdelsesydelser på 603 500 EUR netto. Lämmerzahl blev udvalgt til testfasen sammen med en konkurrerende bydende, PROSOZ Herten GmbH (herefter »PROSOZ«).

22. Ved skrivelse af 6. juli 2005 informerede Hansestadt Bremen Lämmerzahl om, at de ikke havde vundet udbudet, da deres tilbud ikke havde været det økonomisk mest fordelagtige.

23. Ved skrivelse af 14. juli 2005 til Hansestadt Bremen fremsendte Lämmerzahl en skriftlig klage, og den 21. juli 2005 anmodede Lämmerzahl om en efterprøvelse. I den forbindelse anførte Lämmerzahl, at man efter at have modtaget juridisk rådgivning den 14. juli 2005 havde opdaget, at Hansestadt Bremen burde have gennemført et EU-udbud, i stedet for et nationalt udbud, fordi værdien af kontrakten oversteg tærskelværdien på 200 000 EUR. Lämmerzahl gjorde endvidere gældende, at deres software ikke var blevet testet korrekt.

24. Ved kendelse af 2. august 2005 afviste 3. Vergabekammer for Freie Hansestadt Bremen begæringen om indledning af en efterprøvelse. Vergabekammer anførte, at selv hvis tærskelværdien var blevet overskredet, og der havde været anvendt en urigtig udbudsform, ville en sådan overtrædelse kunne erkendes på grundlag af bekendtgørelsen af udbudsproceduren. Lämmerzahls klage var derfor indgivet for sent, jf. GWB's § 107, stk. 3, andet punktum.

25. Lämmerzahl anlagde sag ved den forelæggende ret. Lämmerzahl gjorde først gældende, at det ikke på grundlag af udbudsbekendtgørelsen havde været muligt at fastslå, at den valgte udbudsform var urigtig. Lämmerzahl gentog sin indsigelse vedrørende test- og udvælgelsesproceduren og gjorde gældende, at buddet fra PROSOZ var åbenlyst ufuldstændigt og indeholdt en ulovlig sammenblandet beregning, hvilket burde have medført, at dette bud blev udelukket (»den materielle klage«).

26. Ved en foreløbig kendelse af 7. november 2005 afslog den forelæggende ret at forlænge den opsættende virkning af søgsmålet, da den ikke fandt, at der var udsigt til, at Lämmerzahl ville få medhold. Retten tilsluttede sig Vergabekammers opfattelse af, at Lämmerzahl i kraft af fristreglen i GWB's § 107, stk. 3, andet punktum, ikke rettidigt havde anfægtet valget af national udbudsprocedure og Hansestadt Bremens anslåede værdi af kontrakten. Som konsekvens heraf var virksomheden afskåret fra adgang til GWB's efterprøvelse, der kun fandt anvendelse på udbudsprocedurer, der oversteg tærskelsværdien.

27. Hansestadt Bremen tildelte herefter PROSOZ kontrakten.

28. Den nationale domstol lægger i sin forelæggelseskendelse til grund, at værdien af kontrakten oversteg tærskelsværdien på 200 000 EUR [16]. Den finder imidlertid, at Lämmerzahl er prækluderet fra adgang til GWB's efterprøvelsesprocedure i kraft af GWB's § 107, stk. 3, andet punktum.

29. Med denne konklusion tager den nationale domstol ikke endelig stilling til om, »[overtrædelse af udbudsreglerne], der kan fastslås på baggrund af udbudsbekendtgørelsen«, indebærer, at en overtrædelse skal kunne fastslås alene på baggrund af udbudsbekendtgørelsen. Den nationale domstol finder, at hvis denne formulering også kan omfatte andre dokumenter, burde Lämmerzahl ud fra oplysningerne i udbudsdokumenterne have kunnet konstatere, at tærskelværdien var oversteget. Lämmerzahl burde under alle omstændigheder have indset dette på baggrund af sine egne beregninger. Hvis en overtrædelse på den anden side skal kunne fastslås alene på baggrund af udbudsbekendtgørelsen, ville en mangel på enhver indikation af kontraktens omfang i sig selv udgøre en konstaterbar overtrædelse, da en sådan udeladelse ville være i strid med VOLA/A's § 17, punkt 1, stk. 2 c) [17]. Det ville endvidere forhindre en bydende i at prøve valget af udbudsprocedure og om nødvendigt anfægte dette.

30. Den nationale domstol har ikke desto mindre betænkeligheder i forhold til, om dens kendelse af 7. november 2005 kunne fratage de bydende deres ret til effektiv prøvelse af påståede krænkelser af fællesskabsret i strid med artikel 1 i Rådets direktiv 89/665. Den finder, at præklusionsreglen i GWB's § 107, stk. 3, andet punktum, i lyset af Domstolens retspraksis i princippet må anses

16 — Hansestadt Bremen havde tilsyneladende anvendt den nationale udbudsprocedure ud fra en vurdering på 150 000 EUR (foretaget i 2004) på baggrund af 150 licenser i stedet for 310 licenser.

17 — Lämmerzahl henviser til, at denne bestemmelse i VOLA/A er en »fravigelig regel«. Den forelæggende domstol anfører imidlertid, at ordet »soll« (»bør«) generelt indikerer en forpligtelse til at overholde bestemmelsen, medmindre der foreligger vægtige grunde til at afvige herfra. Se punkt 12 ovenfor og fodnoten dertil. Den forelæggende domstol udleder sin fortolkning af ordet »soll« fra afsnittet »generelle bemærkninger« i slutningen af VOL/A.

for værende i overensstemmelse med direktivet [18]. Hvis værdien af kontrakten imidlertid urigtigt er anslået til under tærskelværdien, har de bydende ingen mulighed for efterprøvelse, hvis de ikke klager inden for præklusionsfristen — ikke kun over dén overtrædelse — men også over »den materielle klage«. Hvis en ordregivende myndighed kan fratage en uforsigtig bydende en væsentlig beskyttelse ved at begå en konstaterbar overtrædelse, er der potentiale for misbrug.

31. Den nationale domstol gør sig også overvejelser over, om de meget strenge konsekvenser af præklusionsreglen alene bør indtræffe, hvis en bydende er i stand til at konstatere utvetydigt af udbudsbekendtgørelsen, at den ordregivende myndighed går ud fra, at kontrakten vil falde under tærskelværdien.

32. På baggrund af disse betragtninger har den forelæggende ret udsat hovedsagen og forelagt to spørgsmål for Domstolen:

»1) Er det foreneligt med direktiv 89/665/EØF, navnlig med artikel 1, stk. 1 og 3, at en bydende generelt nægtes adgang til prøvelse af en ordregivende myndigheds beslutning om indgåelse af offentlige kontrakter, fordi den bydende selvforskyldt ikke har gjort en overtrædelse af udbudsreglerne gældende inden for den i den nationale lovgivning fastsatte indsigelsesfrist, når overtrædelsen vedrører

a) den valgte udbudsform

eller

b) rigtigheden af fastsættelsen af kontraktens værdi (klart fejlagtigt anslået værdi eller utilstrækkelig gennemsigtighed i fastsættelsen)

og der på grundlag af den korrekt fastsatte værdi af kontrakten eller den værdi, der korrekt skulle fastsættes, ville være mulighed for en prøvelse af yderligere og — isoleret betragtet — ikke prækluderede overtrædelser af udbudsreglerne?

2) Skal der i givet fald stilles særlige krav til de oplysninger i udbudsbekendtgørelsen, der er væsentlige for fastsættelsen af kontraktens værdi, for at det kan antages, at de overtrædelser af udbuds-

18 — Domstolen har afgjort, at fastsættelsen af en rimelig præklusionsfrist for indledelse af procedurer er forenelig med artikel 1 i Rådets direktiv 89/665/EØF: dom af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 75-79.

reglerne, der vedrører fastsættelsen af kontraktens værdi, har til følge, at den primærretlige beskyttelse er udelukket, også når den korrekt fastsatte værdi af kontrakten eller den værdi, der korrekt skulle fastsættes, overstiger den gældende tærskelværdi?«

33. Der er indgivet skriftlige indlæg af Lämmerzahl, Hansestadt Bremen, Republikken Østrig, Republikken Litauen og Kommissionen. Lämmerzahl, Hansestadt Bremen og Kommissionen fremsatte yderligere bemærkninger under retsmødet den 28. marts 2007.

Formaliteten

34. Hansestadt Bremen gør gældende, at betingelserne for en præjudiciel forelæggelse i henhold til artikel 234 EF ikke er opfyldt. Sagen drejer sig om anvendelsen af en national bestemmelse, hvis forenelighed med fællesskabsretten der ikke er rejst tvivl om.

35. Jeg godtager ikke dette argument. Det, der ligger bag den forelæggende domstols første spørgsmål, er spørgsmålet, om artikel 1 i Rådets direktiv 89/665 udelukker muligheden af en generel udelukkelse fra retten til klageadgang under sådanne omstændigheder, som foreligger i hovedsagen.

36. For så vidt angår den forelæggende domstols andet spørgsmål er det ganske korrekt, at Domstolen ikke kan opstille en præcis liste over, hvad en udbudsbekendtgørelse skal indeholde [19]. Domstolen er imidlertid kompetent til at fortolke de relevante principper og bestemmelser i fællesskabsretten med henblik på at bistå den nationale domstol med at afgøre, om disse principper og bestemmelser er krænket i en konkret sag.

37. Kendelsen kan tages til påkendelse i realiteten.

Spørgsmålene

Indledende bemærkninger

38. De to spørgsmål, som den forelæggende domstol har stillet, kan omformuleres således:

»1) Er Rådets direktiv 89/665 til hinder for, at en bydende, der ikke rettidigt i

19 — Fællesskabslovgiveren har indført visse harmoniserede krav for så vidt angår kontrakter, hvis værdi overstiger den relevante tærskelværdi. Se fodnote 3 ovenfor.

henhold til national ret har anfægtet en beslutning, der urigtigt udelukker et offentligt udbud fra fællesskabsbeskyttelse, udelukkes fra at udøve rettigheder i henhold til dette direktiv vedrørende prøvelse af efterfølgende beslutninger i udbudsproceduren?

2) Hvilke oplysninger skal indgå i udbudsbekendtgørelsen for, at det kan konstateres, at kontraktens værdi urigtigt er anslået som lavere end den tærskelværdi, der er beskyttet efter Rådets direktiv 89/665?«

39. Den forelæggende domstols andet spørgsmål vedrører spørgsmålet, om den anførte overtrædelse kan opdages. Dette spørgsmål er centralt for fastlæggelsen af, om en præklusionsregel for anfægtelse af overtrædelsen er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Jeg vil derfor undersøge de to spørgsmål samlet. Hovedparten af de parter, der har afgivet indlæg, har i vid udstrækning anlagt denne tilgang.

Bemærkninger

40. Lämmerzahl gør gældende, at uanset om præklusionsreglen i UWB's § 107, stk. 3, andet punktum, i princippet er forenelig med Rådets direktiv 89/665, har den virkning som en undtagelse til retten til klageadgang. Udtrykket »[krænkelser af udbudsreglerne], der kan konstateres på baggrund af udbudsbekendtgørelsen«, skal derfor fortolkes snævert. Det kan ikke udvides til at omfatte konstateringen af en udeladelse, hvis anfægtelse kunne føre til en konstatering af Hansestadt Bremens fejl med hensyn til at anslå værdien af kontrakten. Denne fejl — og således det urigtige valg af procedure — kunne ikke ses på baggrund af udbudsbekendtgørelsen. Det var således umuligt eller forbundet med uforholdsmæssigt besvær for Lämmerzahl at udøve sine fællesskabsrettigheder.

41. Republikken Litauen finder, at hvor en indsigelsesfrist begynder at løbe ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, er de bydendes rettigheder i henhold til fællesskabsret alene beskyttet effektivt, hvis de pågældende på det tidspunkt forsynes med fuldstændige og objektive oplysninger om udbudets volumen. I modsat fald bør indsigelsesfristen først begynde at løbe fra det tidspunkt, hvor de bydende får kendskab til, eller er i stand til at erkende den omhandlede procedurefejl.

42. Hansestadt Bremen finder, at UWB's § 107, stk. 3, andet punktum, er i overensstemmelse med Rådets direktiv 89/665. Kriteriet om konstaterbarhed sikrer, at det ikke gøres umuligt eller uforholdsmæssigt besværligt for de bydende at udøve deres

fællesskabsrettigheder. En angivelse af den anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen kunne virke konkurrencebegrænsende. Det er tilstrækkeligt, at den gennemsnitligt erfarne aktør på markedet bør være i stand til at beregne kontraktens værdi på baggrund af de oplysninger, der stilles til rådighed. Ved retsmødet påpegede Hansestadt Bremen, at der selv uden retten til klageadgang i henhold til Rådets direktiv 89/665 er almindelige retsmidler til rådighed i henhold til national ret. Hansestadt Bremen medgav dog, at disse retsmidler var mindre effektive end proceduren i henhold til GWB.

43. Republikken Østrig finder, at en general udelukkelse fra adgangen til den fællesskabsretlige klageadgangsprocedure på grund af ikke-rettidig anfægtelse af den omhandlede overtrædelse er forenelig med Rådets direktiv 89/665, under forudsætning af, at den specifikke forvaltning af præklusionsreglen ikke tilsidesætter princippet om effektiv beskyttelse.

44. Kommissionen indtager en lignende holdning. Kommissionen har bemærket, at sanktionen om udelukkelse sikrer, at overtrædelser anfægtes så tidligt som muligt. Dette er ønskeligt set i lyset af de potentielle konsekvenser af en genåbning af udbudsproceduren. Ved retsmødet anførte Kommissionen, at manglende rettidig anfægtelse af en overtrædelse alene burde føre til udelukkelse, hvis de bydende kunne konstatere overtrædelsen eller burde have kunnet konstatere den, hvis vedkommende havde handlet med den omhu, som kan forventes af en erfaren og omhyggelig handlende.

45. Kommissionen finder endvidere, at grundlæggende principper i EF-traktaten, som f.eks. princip perne om lighed og gennemsigtighed, også finder anvendelse for udbud, der ikke når op til Fællesskabets tærskelværdi [20].

Bedømmelse

46. Fællesskabets effektivitetsprincip udgør kernen i den beskyttelse, som direktiv 89/665 yder. Som Domstolen for længst har slået fast, kræver princippet, at udøvelsen af rettigheder, der følger af fællesskabsretten, ikke i praksis må være umulige eller uforholdsmæssigt vanskelige at udøve [21].

47. De tre første betragtninger til Rådets direktiv 89/665 understreger således, at formålet med direktivet er at sikre den

20 — I mit forslag til afgørelse i sag C-195/04, Kommissionen mod Finland (dom af 26.4.2007, Sml. I, s. 3351), har jeg behandlet rækkevidden af dette argument.

21 — Se f.eks. dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 12 og den deri nævnte retspraksis, og af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis.

effektiv anvendelse af de harmoniserende fællesskabsdirektiver gennem et system med retsmidler for »overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af de nationale regler, der omsætter denne ret«. I artikel 1, stk. 1, angives kravet om effektiv klageadgang vedrørende beslutninger truffet af de ordregivende myndigheder. I artikel 2, stk. 7, angives, at beslutninger truffet af relevante klageorganer skal fuldbyrdes effektivt.

48. I anden og femte betragtning understreges imidlertid, at offentlige udbudsprocedurer er karakteriseret af deres korte varighed. Der skal derfor skrides hurtigt ind over for enhver tilsidesættelse på et stadie, hvor de endnu kan korrigeres. Hurtig klageadgang anses derfor for et aspekt af effektivitet og er udtrykkeligt nævnt i tredje betragtning og i artikel 1, stk. 1.

49. Rådets direktiv 89/665 åbner derfor mulighed for prøvelse af en beslutning, selv før der er indtrådt en faktisk skade. Ifølge artikel 1, stk. 3, kan »enhver person, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs [...] kontrakt og som har lidt eller *vil kunne* lide skade som følge af en påstået overtrædelse« (min fremhævelse), påberåbe sig ret til klageadgang. På tilsvarende måde tillader artikel 1, stk. 3, medlemsstaterne at kræve, at en interesseret part giver forudgående underretning til den ordregivende myndighed om sin intention om retlig efterprøvelse, hvilket understreger behovet for at søge uoverensstemmelser bilagt så hurtigt som muligt.

50. Direktivet tillader ikke udtrykkeligt brugen af præklusionsregler i forbindelse med anmodninger om prøvelse af beslutninger truffet af ordregivende myndigheder. Indførsel af præklusionsregler i den nationale implementering af retsakter er imidlertid i princippet forenelig med betingelserne for hurtig klageadgang, da det hurtigt bliver uhensigtsmæssigt i praksis at omgøre sådanne beslutninger. Domstolen har endvidere længe anerkendt, at rimelige præklusionsregler indgår i en anvendelse af det grundlæggende retssikkerhedsprincip [22].

51. I Universale-Bau-dommen [23] fastslog Domstolen, at Rådets direktiv 89/665 ikke udelukker, at national lovgivning indeholder rimelige præklusionsregler for fremsættelse af anmodning om prøvelse af en ordregivende myndigheds beslutning. En præklusionsregel er rimelig, hvis den både til-

22 — Dom af 16.5.2000, sag C-78/98, Preston m.fl., Sml. I, s. 3201, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis.

23 — Nævnt ovenfor i fodnote 18.

godeser effektivitetsprincippet, som er fastslået i direktivet, og retssikkerhedsprincippet [24].

52. Behovet for at afveje disse to principper mod hinanden adskiller præklusionsregler fra andre undtagelsesbestemmelser, med hvilke Lämmerzahl forsøger at sidestille dem. Der findes mange typer undtagelser i fællesskabsretten, der er begrundet i forskellige hensyn. Sådanne fravigelser er ofte undtagelser fra rettigheder i EF-traktaten eller generelle principper. De tillades som regel, når de anses for nødvendige for at beskytte særlige interesser. Med henblik på at sikre effekten af hovedregler, fortolkes undtagelser typisk indskrænkende. På den anden side udgør præklusionsregler balancen mellem den enkeltes rettigheder og den videre offentligheds interesser. Da de ikke desto mindre begrænser rettigheder, må de undersøges omhyggeligt for at afgøre, om de i realiteten undergraver princippet om effektiv beskyttelse.

53. Domstolen gennemførte en sådan undersøgelse i Santex-sagen [25]. I den dom uddybede Domstolen sin dom i Universale-Bau-sagen og anvendte kriterier, der var indført i tidligere retspraksis [26], i forhold til rimeligheden af præklusionsregler i sammenhæng med Rådets direktiv 89/665. Domstolen fastslog, at præklusionsregler skal undersøges »[særligt] under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn«. Anvendelsen af en præklusionsregel, der ikke i sig selv er i strid med effektivitetsprincippet, kan derfor efter omstændighederne i særlige tilfælde være i strid med det nævnte princip [27].

54. I Grossmann Air Service-sagen angav Domstolen, at hurtigheds- og effektivitetsmålene i Rådets direktiv 89/665 kræver, at en interesseret part, der er bekendt med en overtrædelse, anfægter denne overtrædelse [28], og Domstolen udviste en begrænset sympati for en klager, der havde ventet med at anfægte en påstået overtrædelse i udbudet, indtil der var truffet beslutning om tildeling af kontrakten [29].

55. Kriteriet om viden om eller kendskab til en overtrædelse hos en bydende ligger ikke

24 — Universale-Bau-dommen, præmis 76 og 77.

25 — Dom af 27.2.2003, sag C-327/00, Santex, Sml. I, s. 1877, præmis 49-66.

26 — Se Peterbroeck-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 14.

27 — Dommen nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 56 og 57.

28 — Dom af 12.2.2004, sag C-230/02, Grossmann Air Service, Sml. I, s. 1829, præmis 37.

29 — Sagsøgeren i den sag anså specifikationerne i udbudet for diskriminerende mod ham. Han anfægtede ikke disse specifikationer eller afgav et bud, inden afgørelsen om tildeling af kontrakten var truffet. Domstolen fastslog, at manglende erkendelse af sagsøgerens interesse i at opnå denne kontrakt på grund af sagens omstændigheder ikke svækker effekten af Rådets direktiv 89/665.

alene til grund for Grossmann-sagen, men også andre sager. Hvis fristen for anfægtelse af en overtrædelse begynder at løbe, før en bydende har fået viden om en overtrædelse, eller hvis en bydende straffes på anden måde for ikke at have anfægtet en overtrædelse i en situation, hvor han ikke havde kendskab til og ikke kunne have kendskab til overtrædelsen, vil effektivitetsprincippet blive undergravet. I Santex-sagen var den bydende ikke bekendt med den ordregivende myndigheds fortolkning af den omtvistede klausul, før den relevante indsigtelsesfrist var udløbet [30] og kunne derfor ikke med henvisning til præklusionsreglen hindres i at indgive klage. I GAT-sagen, der ikke vedrørte en præklusionsregel, fastslog Domstolen, at en bydende ikke kunne fratages retten til at kræve erstatning for tab, der var forårsaget af, at en tidligere afgørelse var i strid med lovgivningen. I den sag var den tidligere beslutning ikke blevet anfægtet, og sagsøgeren havde derfor ikke nødvendigvis haft kendskab til overtrædelsen [31].

56. Det følger Domstolens retspraksis, der er skitseret ovenfor, at indførsel af en præklusionsregel i national ret i forbindelse med udøvelsen af retten til at søge om prøvelse i henhold til Rådets direktiv 89/665 er forenelig med fællesskabsretten under forudsætning af, at en sådan præklusionsregel ikke gør det praktisk taget umuligt eller forbundet med uforholdsmæssigt store vanskeligheder at udøve denne ret. Ved afgørelsen af, om det er tilfældet, skal ikke kun indsigelsesfristens længde, men også faktorer i prøvelsesproceduren, i hvilken præklusionsreglen gælder, undersøges. Viden er en nøglefaktor. Mens hurtigheds- og effektivitetsmålene i Rådets direktiv 89/665 kræver, at en interesseret part, der er bekendt med en overtrædelse, anfægter denne overtrædelse, kan en sådan part ikke udelukkes fra adgangen til at udøve sin ret til at søge prøvelse ved manglende overholdelse af en indsigelsesfrist, der er begyndt at løbe, på baggrund af forhold, som parten ikke kunne have været bekendt med.

57. Kan en præklusionsregel fortsat være forenelig med fællesskabsret, hvis manglende rettidig anfægtelse af en overtrædelse også fratager en bydende adgangen til at anfægte yderligere, efterfølgende overtrædelser i udbudsprocessen? Dette er uden tvivl en drastisk sanktion. Er det en tilladelig sanktion?

58. Det er almindeligt antaget, at konsekvenserne af manglende rettidig anfægtelse af et nationalt valg af procedure, efter

30 — Dommen nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 60.

31 — Dom af 19.6.2003, sag C-315/01, GAT, Sml. I, s. 6351, præmis 53 og 54, se også punkt 46 i generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse.

almindelige retsprincipper er, at den valgte procedure finder anvendelse, og at udbudsproceduren herefter falder uden for anvendelsesområdet af direktivet. Denne situation skal holdes adskilt fra omstændighederne i GAT-sagen, hvor Domstolen fastslog, at idet enhver beslutning truffet af den ordregivende myndighed i et offentligt udbud kan gøres til genstand for prøvelse i henhold til direktiv 89/665, kan en bydende ikke fratages retten til at kræve erstatning for tab, som er forårsaget af, at en tidligere afgørelse var i strid med lovgivningen (uden dog at gå uden for direktivets anvendelsesområde) [32].

59. En mulighed ville være at skabe en adgang til at fravige reglen i Universale-Bau-dommen og slå fast, at muligheden for at anfægte en beslutning, som på urigtigt grundlag synes at udelukke en konkret udbudsprocedure fra fællesskabsbeskyttelse, ikke kan gøres til genstand for en præklusionsregel. Det forekommer mig ikke at være en fornuftig løsning. For det første vil det forrykke balancen mellem effektivitet og retssikkerhed, som direktiv 89/665 søger at opnå. For det andet vil en bydende kunne være fristet til ikke at anfægte proceduren (som trods alt kunne vise sig til den pågældendes fordel ved at begrænse konkurrencen), medmindre eller førend det viste sig, at indholdet i beslutningen om tildeling af kontrakt faktisk ville gøre adgangen til at søge prøvelse i henhold til direktiv 89/665 relevant for den pågældende.

60. At foreslå, at en længere indsigelsesfrist skulle kræves i tilfælde, hvor konsekvenserne af ikke-rettidig anmodning om prøvelse er meget alvorlige, vil efter min opfattelse rejse lige så mange spørgsmål som svar.

61. Jeg konkluderer derfor, at en præklusionsregel for anfægtelse af beslutninger i en udbudsprocedure fortsat er forenelige med effektivitetsprincippet, i kombination med behovet for hurtighed og retssikkerhed, selv hvis konsekvenserne af manglende rettidig anfægtelse af en overtrædelse udelukker en bydende fra beskyttelsen, som den i direktiv 89/665 foreskrevne prøvelsesprocedure medfører.

62. Jeg vender mig nu mod undersøgelsen af præklusionsreglen i nærværende sag, herunder dens særlige karakteristika.

63. I henhold til GWB's § 107, stk. 3, andet punktum, løber indsigelsesfristen fra offent-

32 — GAT-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 31, præmis 51-54.

liggørelsen af udbudsbekendtgørelsen indtil fristen for indgivelse af tilbud. I nærværende sag synes perioden at have været på mindst 23 dage [33]. På baggrund af den omstændighed, at fællesskabslovgiveren anser en minimumsperiode på 22 dage for at være tilstrækkelig til at forberede og afgive et bud [34], vil det være vanskeligt at påstå, at 23 dage skulle være utilstrækkeligt til at anfægte en påstået overtrædelse. En sådan frist for fremsættelse af en anfægtelse krænker derfor i princippet ikke effektivitetsprincippet, der ligger til grund for Rådets direktiv 89/665, særligt under hensyntagen til behovet for en hurtig prøvelsesprocedure, der er understreget i direktivet [35].

64. Det særegne ved indsigelsesfristen i GWB's § 107, stk. 3, andet punktum, er imidlertid, at den begynder at løbe, hvis den påståede overtrædelse kan erkendes på baggrund af udbudsbekendtgørelsen.

65. Hvad er derfor den grad eller art af viden om en overtrædelse, der kan forventes af en bydende uden at bryde effektivitetsprincippet i Rådets direktiv 89/665?

66. Det forekommer mig, at et krav om, at en bydende skulle have en faktisk eller subjektiv viden, ville være i strid med retssikkerheden. Endvidere kunne det under omstændigheder som i den nærværende sag være vanskeligt at bevise, at en bydende havde faktisk viden om en overtrædelse, og et krav om et sådant bevis vil næppe være foreneligt med behovet for en hurtig prøvelsesproces.

67. En formulering af efterprøvelsen i form af opstilling af en standard for forventet, eller objektiv, viden synes derfor at være at foretrække. Domstolen anvender allerede en standard for en bydendes evne til at fortolke kriterier for indgåelse af kontrakter som en målestok for ligebehandling ved offentlige udbud, nemlig evnen hos en »rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende« [36]. Den samme formel forekommer passende i forbindelse med, hvilken viden

33 — Se punkt 13 ovenfor.

34 — Se punkt 8 ovenfor.

35 — En undersøgelse foretaget af de herfor kompetente afdelinger i Domstolen viser, at sådanne præklusionsfrister for anfægtelse af udbudsindkaldelsen er inden for de spænd af frister, der anvendes af andre medlemsstater. De følgende præklusionsfrister finder anvendelse i de undersøgte lande, der anser en sådan udbudsindkaldelse for en retsakt, og som foreskriver en prøvelsesprocedure enten udtrykkeligt eller som en del af et generelt prøvelsessystem: 7-14 dage afhængig af proceduren (Østrig, Polen), 14 dage (Finland), 15 dage (Ungarn), en måned (Portugal), fristen for fremsættelse af bud (Slovenien), to måneder (Grækenland, Spanien), tre måneder (Irland, UK). I Danmark, Nederlandene og Sverige kan et udbud anfægtes, selv efter at kontrakten er underskrevet.

36 — Dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC, Sml. I, s. 7725, præmis 42. Som en alternativ formulering hentet fra området for beskyttelse af berettiget forventning kan nævnes »forsigtig og opmærksom økonomisk aktør«; se f.eks. dom af 22.6.2006, forenede sager C-182/03 og C-217/03, Belgien og Forum 187 mod Kommissionen, Sml. I, s. 5479. Hansestadt Bremen og Kommissionen har foreslået yderligere mulige formuleringer (se punkt 42 og 44 ovenfor).

om en overtrædelse i udbudsproceduren det er rimeligt at forvente, at en bydende besidder.

68. En »rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende« kan forventes at have erfaring i at fremlægge bud på sit særlige fagområde. Den pågældende kan endvidere forventes at have en generel viden om og forståelse af centrale juridiske overvejelser, der har betydning for de markeder, hvori den pågældende opererer. I nærværende sag vil dette inkludere en generel viden om nationale og fællesskabsretlige udbudsprocedurer og relevante tærskelværdier, herunder muligheden for at anfægte beslutninger i henhold til begge procedurer, og hvor hurtigt sådanne anfægtelser skal fremsættes.

69. Hvilken information skal være til rådighed for, at en bydende under sådanne omstændigheder som i den nærværende sag kan konstatere, at en urigtig procedure er valgt?

70. Jeg er ikke enig med Hansestadt Bremen i, at offentliggørelse af den anslåede værdi af kontrakten ville begrænse konkurrencen. Fællesskabsretlig udbudslovgivning har som en vigtig målsætning at fremme konkurrencen og kræver således offentliggørelse af anslåede kontraktværdier i visse sager [37].

71. Eftersom valget af procedure er en funktion af kontraktens anslåede totalværdi, skal informationen sætte en bydende i stand til at beregne denne værdi. Dette inkluderer ikke kun de varer, der skal leveres, men også udgifter til støtte, træning og vedligeholdelse, der er omfattet af kontrakten. Jeg tiltræder Litauens indlæg på dette punkt, nemlig at intet mindre end en klar og fuldstændig fremlæggelse af projektets omfang eller volumen vil sætte en bydende i stand til på baggrund af sin egen erfaring og viden om markedspriser at beregne den anslåede totalværdi.

72. Eksistensen af et sådant informationskrav, kombineret med anvendelsen af kriteriet om, hvilken viden og erfaring en rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende kan forventes at have, bør kunne løse den forelæggende rets bekymringer om potentielt misbrug i forbindelse med en ordregivende

37 — Se bilag VII A til direktiv 2004/18 (fodnote 3 ovenfor), der trådte i kraft efter de faktiske omstændigheder i hovedsagen. I udbudsbekendtgørelser skal den totale anslåede værdi af arbejdet, varer og tjenesteydelser i rammeaftaler angives. I forhåndsmeddelelser for offentlige vareindkøbskontrakter skal enten mængden eller værdien af de varer, der skal leveres, angives.

myndigheds udnyttelse af en ubetænksom bydende [38].

73. Jeg mener ikke, at denne information nødvendigvis skal fremgå af selve udbudsbekendtgørelsen. En bydende kan rimeligvis forventes at agere ud fra henvisninger i bekendtgørelsen eller andre dokumenter, under forudsætning af, at det tydeligt fremgår, hvor sådanne dokumenter kan fremskaffes. I den forbindelse har Domstolen allerede afgjort, at kriterier for tildeling af kontrakt er forenelig med ligebehandlingsprincippet, hvis de er nævnt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen [39]. Hvis den nødvendige information, der skildrer omfanget af kontrakten, er indeholdt i dokumenterne, begynder fristen for anfægtelse af en overtrædelse først at løbe, når en bydende har været i stand til at skaffe sig dokumenterne, eller ville have været i stand til at skaffe dem, hvis den pågældende havde handlet straks.

74. Jeg finder imidlertid ikke, at den blotte mangel på et angivet omfang eller en anslået volumen af kontrakten i den oprindelige udbudsbekendtgørelse vil være tilstrækkeligt for at gøre en rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende opmærksom på, at den ordregivende myndighed har anslået udbudsværdien fejlagtigt. Selv hvis denne mangel udgør en overtrædelse i sig selv, forekommer et krav om, at en bydende skal anfægte denne overtrædelse for derigennem at afdække, om overtrædelsen skjulte endnu en overtrædelse, der kunne påvirke en bydendes rettigheder, at gøre udøvelsen af disse rettigheder uforholdsmæssigt besværlig, særligt på baggrund af præklusionsreglen. Dette er a fortiori tilfældet, hvis det i det mindste kan diskuteres, om det anførte i VOLA/A's § 17, punkt 1, stk. 2c), om offentliggørelsen af omfanget af kontrakten indebærer, at offentliggørelse er obligatorisk [40].

75. Det tilkommer i sidste ende den nationale domstol, der som den eneste tager stilling til de faktiske omstændigheder, at afgøre, hvornår (hvis overhovedet) en rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende burde have opdaget, at en urigtig procedure har været anvendt. Følgende bemærkninger kan alligevel være til hjælp.

76. I nærværende sag kunne udbudsdokumenterne uden besvær downloades fra Hansestadt Bremens hjemmeside. Det fremgår imidlertid, at hverken selve bekendtgørelsen eller udbudsdokumenterne angav projektets omfang eller volumen.

77. Det er korrekt, at det er specificeret i »Tjeneteydelseskontraktdelen« af prisdoku-

38 — Se punkt 30 ovenfor.

39 — SIAC-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 40 og 42.

40 — Se punkt 29 ovenfor, *in fine*.

mentet, at der skal ydes træning til 300 ansatte og 10 administratorer, og at det fremgår af formålsdokumentet, at ca. 310 ansatte skulle arbejde med systemet. Anmodningen om at angive enhedspriser for forskellige mulige spænd i antallet af licenser i »licenskontraktdelen« af prisdokumentet kunne imidlertid legitimt have været opfattet, således at et mindre antal licenser var muligt, eller at det endelige antal licenser endnu ikke lå fast (og endnu mindre hvor mange licenser, der skulle være henholdsvis fulde licenser og read-only licenser) [41].

78. Lämmerzahl kontaktede Hansestadt Bremen ved mindst to lejligheder for at indhente yderligere detaljer om udbudet. I sin anden spørgsmålsrække gjorde Lämmerzahl det klart, at virksomheden gik ud fra, at der skulle leveres 310 licenser. Men dette blev aldrig udtrykkeligt bekræftet af Hansestadt Bremen. Man kan højest sige, at Hansestadt Bremen ved ikke at modsige dette antal i sin skrivelse af 6. april 2005 stiltiende gav sin tilslutning til Lämmerzahl formodning om, at der skulle leveres ca. 310 licenser.

79. Det kan kort sagt konstateres, at hverken udbudsbekendtgørelsen og udbudsdokumenterne eller Hansestadt Bremens efterfølgende oplysninger udtrykkeligt angav, hvor mange licenser der skulle leveres. Ikke desto mindre står det klart, at Lämmerzahl fremlagde et bud, hvis værdi var tre gange så højt som tærskelværdien for fællesskabsdækkende udbud.

80. Det er på denne baggrund, at det tilkommer den nationale domstol at afgøre, om GWB's § 107, stk. 3, andet punktum, alle omstændigheder taget i betragtning, ydede effektiv beskyttelse. Det vil være tilfældet, hvis informationen i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsdokumenterne ville sætte en rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende i stand til at opdage, at en urigtig procedure havde været anvendt. Hvis det ikke er muligt at fortolke denne bestemmelse på en sådan måde, at de er forenelige med artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 89/665, er førstnævnte bestemmelse uanvendelig [42], og sidstnævnte bestemmelse, der har direkte virkning [43], skal anvendes.

41 — Uoverensstemmelserne mellem de forskellige spænd af antal licenser og tallet på 310 ansatte kan ikke fuldt ud forklares med ombytningsmuligheder mellem fulde licenser og read-only licenser. Det maksimale antal read-only licenser, for hvilke der blev anmodet om prisfastsættelse, var 100; og de første tre spænd, for hvilke der anmodes om prisfastsættelse for fuld licens, ligger under forskellen (210), der ville kræves for at nå op på et totaltal på 310.

42 — Se Santex-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 63-65 og den deri nævnte retspraksis.

43 — Dom af 2.6.2005, sag C-15/04, Koppensteiner, Sml. I, s. 4855, præmis 38.

Forslag til afgørelse

81. Jeg foreslår, at Domstolen kombinerer de to forelagte spørgsmål og besvarer dem samlet på følgende måde:

»Rådets direktiv 89/665/EØF er ikke til hinder for, at en bydende, der ikke rettidigt i henhold til national ret har anfægtet en beslutning, der urigtigt udelukker et offentligt udbud fra fællesskabsbeskyttelse, udelukkes fra at udøve sin ret i henhold til dette direktiv til at søge prøvelse af efterfølgende beslutninger i udbudsproceduren, under forudsætning af, at anvendelsen af præklusionsreglen ikke gør det praktisk taget umuligt eller forbundet med uforholdsmæssigt store vanskeligheder at anfægte valget af procedure. Dette vil være tilfældet, hvis informationen i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsdokumenterne var utilstrækkelige til at sætte en rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende i stand til at opdage, at en urigtig procedure havde været anvendt. Det tilkommer den nationale domstol at efterprøve dette i nærværende sag.«