DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

19. juni 2003 *

I sag C-410/01,

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

Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH m.fl.

mod

Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag),

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 1, stk. 3, 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

* Processprog: tysk.

(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 afdelingsformanden, J.-P. Puissochet, og dommerne R. Schintgen (refererende dommer), V. Skouris, F. Macken og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: J. Mischo
justitssekretær: ekspeditionssekretær M.-F. Contet,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den franske regering ved G. de Bergues og A. Bréville-Viéville, som befuldmægtigede

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt R. Roniger,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 16. januar 2003 er afgivet mundtlige indlæg af Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH m.fl. ved Rechtsanwalt S. Wurst, af den østrigske regering ved M. Fruhmann, af den franske regering ved S. Pailler, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved M. Nolin, bistået af R. Roniger,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 25. februar 2003,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 8. oktober 2001, indgået til Domstolen den 16. oktober 2001, har Bundesvergabeamt i medfør af artikel 234 EF forelagt to præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af artikel 1, stk. 3, 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 flere virksomheder, heriblandt selskabet Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH, som deltager i et konsortium af bydende (herefter under ét »Fritsch m.fl.«), og selskabet Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (herefter »Asfinag«) angående tildelingen af en offentlig tjenesteydelsesaftale, som Fritsch m.fl. havde afgivet bud på.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelserne

3 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 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 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.«

4 Artikel 2, stk. 1 og 6, i direktiv 89/665 har følgende ordlyd:

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

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero

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

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

[...]

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.«

De nationale bestemmelser

5 Direktiv 89/665 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«). I henhold til BVergG skal der oprettes en Bundes-Vergabekontrollkommission (østrigsk forbundsmyndighed for kontrol med udbud, herefter »B-VKK«), og et Bundesvergabeamt (forbundskontor for udbud).

6 BVergG's § 109 afgrænser B-VKK's beføjelser. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»1. B-VKK har kompetence til:

1) indtil tildelingen af kontrakten at bilægge uenighed mellem den ordregivende myndighed og en eller flere ansøgere eller bydende vedrørende anvendelsen af denne forbundslov og de i henhold hertil udstedte bestemmelser

[...]

6. En begæring om B-VKK's indgriben, som er indgivet i medfør af stk. 1, nr. 1, skal forelægges for B-VKK's direktion snarest muligt efter, at uenigheden er blevet kendt.

7. I tilfælde af, at B-VKK's indgriben ikke sker på foranledning af den ordregivende myndighed, skal B-VKK uden ophold underrette myndigheden om sin indgriben.

8. Den ordregivende myndighed kan inden for en frist på fire uger efter [...] den i stk. 7 omhandlede underretning ikke tildele kontrakten, idet udbuddet ellers er ugyldigt. [...]«

7 BVergG's § 113 afgrænser de beføjelser, som er tillagt Bundesvergabeamt. Det hedder i bestemmelsen:

»1. Bundesvergabeamt har kompetence til på begæring at gennemføre klageprocedurer i henhold til nedenstående bestemmelser.

2. Indtil tildelingen af kontrakten har Bundesvergabeamt kompetence til, med henblik på at bringe overtrædelser af nærværende forbundslov og de i henhold hertil udstedte bestemmelser til ophør,

a) at fastsætte foreløbige forholdsregler, samt

b) at annullere ulovlige beslutninger, truffet af den ordregivende myndighed.

3. Efter tildelingen af kontrakten, eller efter udbudsprocedurens afslutning, har Bundesvergabeamt kompetence til at fastslå, at kontrakten som følge af en overtrædelse af nærværende forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser ikke er blevet tildelt den bydende, der afgav det bedste bud. [...]«

8 BVergG's § 115, stk. 1, bestemmer:

»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.«

9 I henhold til BVergG's § 122, stk. 1, »[har] [e]n forbigået ansøger eller bydende [...], i tilfælde af, at et organ, hvis handlinger kan tilregnes en ordregivende myndighed, har begået en culpøs overtrædelse af denne forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser, krav på, at den ordregivende myndighed erstatter ham hans udgifter i forbindelse med udarbejdelsen af buddet, samt de øvrige udgifter, der er opstået som følge af deltagelsen i udbudsproceduren«.

10 I medfør af BVergG's § 125, stk. 2, kan et erstatningssøgsmål, der skal anlægges ved de civile domstole, kun admitteres, såfremt Bundesvergabeamt forinden har truffet afgørelse i henhold til BVergG's § 113, stk. 3. Bundesvergabeamts

afgørelse er bindende for den ret, som skal træffe afgørelse i erstatningssøgsmålet, samt for parterne i sagen for Bundesvergabeamt.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

11 I efteråret 1999 udbød Asfinag en offentlig tjenesteydelsesaftale bestående i »tilsyn med udførelse og installation af elektrisk udstyr, bygninger og mekanisk udstyr på de primære og sekundære betalingsanlæg for vejafgifter, samt udfærdigelse af et system for dataoverførsel som led i projektet LKW Maut Österreich«. Åbningen af buddene fandt sted den 18. november 1999.

12 Ved skrivelse af 28. januar 2000 blev Fritsch m.fl. underrettet om, at det af konsortiet afgivne bud ved vurderingen af buddene havde opnået en placering som næstbedste bud, og således ikke var blevet antaget. Ved skrivelse af 8. februar 2001 fik konsortiet meddelelse om, at aftalen var blevet tildelt en konkurrent, samt om kontraktsummen.

13 Fritsch m.fl. har herefter indgivet klage til Bundesvergabeamt i medfør af BVergG's § 113, stk. 3, med påstand om, at det fastslås, at aftalen ikke er blevet tildelt den bydende, som afgav det bedste bud.

14 For Bundesvergabeamt har Asfinag understreget, at det i medfør af BVergG's § 115, stk. 1, kun er den erhvervsdrivende, som gør gældende, at han har

interesse i indgåelsen af en kontrakt, der er omfattet af loven, som kan indgive en klage til prøvelse af lovligheden af en beslutning truffet af den ordregivende myndighed, for så vidt som han som følge af den manglende lovlighed har lidt eller vil kunne lide skade. Ifølge Asfinag er det åbenbart, at Fritsch m.fl. ikke har haft interesse i indgåelse af den omhandlede aftale, eftersom konsortiet ikke har indgivet en begæring om en mæglingsprocedure ved B-VKK, hvilket de havde adgang til i medfør af BVergG's § 109, stk. 1.

15 Til støtte for sin antagelse har Asfinag gjort gældende, at bestemmelserne om offentlige kontrakter ikke i sig selv har et formål, men at de inkorporerer de førkontraktuelle forpligtelser, som alle parter i en procedure for indgåelse af en kontrakt har, herunder også de bydende. Ifølge Asfinag er en bydende, der ikke mener, at kriterierne for tildeling af kontrakten er i overensstemmelse med loven, bl.a. i henhold til BVergG's § 109, stk. 6, forpligtet til at rejse denne indsigelse så hurtigt som muligt, og således eventuelt før åbningen af buddene. Konkurrenceprincippet er til hinder for, at en bydende, som ikke mener, at tildelingskriterierne er i overensstemmelse med loven, først indgiver et bud for at se, om det er det mest fordelagtige, og herefter tilpasser sin handlemåde efter resultatet af tildelingen af kontrakten, idet han ikke indgiver begæring, hvis han har afgivet det mest fordelagtige bud, men kun, hvis han ikke har opnået tildeling af kontrakten eller ikke har afgivet det mest fordelagtige bud, idet han i så fald henvender sig til de kompetente myndigheder for gennem en annullation af udbuddet at få en »ny chance«.

16 Efter Asfinags opfattelse følger det af BVergG's § 109, stk. 6, at afgivelse af et bud, forud for hvilket der ikke er blevet indgivet en begæring om en mæglingsprocedure indgivet til B-VKK, medfører udelukkelse af adgangen til at påberåbe sig ulovligheder vedrørende udbudsproceduren, som den bydende burde have haft kendskab til på det tidspunkt, hvor han udarbejdede sit bud, hvis han havde udvist den fornødne agtpågivenhed. Hvis Fritsch m.fl. i den foreliggende sag havde indgivet begæring til B-VKK, inden konsortiet udarbejdede sit bud og havde henledt Asfinags opmærksomhed på de påståede fejl, ville det ikke have haft udgifter til udarbejdelse af buddet.

17 Fritsch m.fl. har afvist argumentet om, at konsortiet ikke har den fornødne interesse, idet det har gjort gældende, at i henhold til fast afgørelsespraksis fra de organer, som fører kontrol med tildeling af offentlige kontrakter, godtgør indleveringen af et bud inden for fristen i tilstrækkelig grad interessen i opnåelse af kontrakten.

18 Idet Bundesvergabeamt var af den opfattelse, at de østrigske bestemmelser, som finder anvendelse i hovedsagen, skal fortolkes i lyset af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, og at afgørelsen af hovedsagen derfor forudsætter en fortolkning af denne bestemmelse, har retten besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 1, stk. 3, i [...] direktiv 89/665[...] fortolkes således, at enhver erhvervsdrivende, der under en udbudsprocedure har afgivet bud eller har anmodet om at deltage i en udbudsprocedure, har klageadgang?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende:

Skal ovennævnte direktivbestemmelse fortolkes således, at en erhvervsdrivende kun har eller havde interesse i en offentlig kontrakt, der er i udbud, når han — ud over at deltage i udbudsproceduren — udtømmer eller har udtømt alle de klagemuligheder, han i henhold til national ret har til rådighed, for at forhindre, at en anden bydende tildeles kontrakten, og for at opnå, at han selv får kontrakten tildelt?«

Domstolens kompetence

19 Med henvisning til Bundesvergabeamts forelæggelseskendelse af 11. juli 2001, afsagt i en anden sag om indgåelse af en offentlig kontrakt, der er registreret på Domstolens Justitskontor som sag C-314/01, og som verserer for Domstolen, anser Kommissionen det for tvivlsomt, om den forelæggende ret har karakter af en domstol, idet Bundesvergabeamt i den nævnte kendelse skulle have erkendt, at dens afgørelser ikke indeholder »påbud til den ordregivende myndighed, som kan tvangsfuldbyrdes«. Under disse omstændigheder finder Kommissionen, at de spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt i denne sag, næppe kan antages til realitetsbehandling under hensyn til Domstolens praksis, herunder navnlig dom af 12. november 1998, Victoria Film (sag C-134/97, Sml. I, s. 7023, præmis 14), og af 14. juni 2001, Salzmann (sag C-178/99, Sml. I, s. 4421, præmis 14), hvorefter de nationale retter kun kan forelægge spørgsmål for Domstolen, hvis der verserer en tvist for dem, og hvis forelæggelsen sker med henblik på afgørelse af en retssag.

20 I denne forbindelse bemærkes for det første, at Bundesvergabeamt efter tildelingen af kontrakten i henhold til BVergG's § 113, stk. 3, har kompetence til at fastslå, at kontrakten som følge af en overtrædelse af de relevante nationale bestemmelser ikke er blevet tildelt den bydende, som afgav det bedste bud.

21 For det andet fremgår det af BVergG's § 125, stk. 2, at en afgørelse truffet af Bundesvergabeamt i henhold til samme lovs § 113, stk. 3, ikke blot er en betingelse for, at et erstatningssøgsmål, der er anlagt ved de civile domstole som følge af en culpøs overtrædelse af den nævnte lovgivning, kan admitteres, men tillige er bindende både for parterne i sagen for Bundesvergabeamt og for den ret, som skal træffe afgørelse.

22 Under disse omstændigheder kan hverken den bindende karakter af Bundesvergabeamts afgørelse i henhold til BVergG's § 113, stk. 3, eller følgelig Bundesvergabeamts karakter af en domstol, med føje drages i tvivl.

23 Det følger heraf, at Domstolen har kompetence til at besvare de af Bundesvergabeamt forelagte spørgsmål.

Om de præjudicielle spørgsmål

24 Bundesvergabeamt har i forelæggelseskendelsen for det første anført, at en erhvervsdrivende i medfør af BVergG's § 115, stk. 1, kan indgive klage over en beslutning, truffet af den ordregivende myndighed, når han gør gældende, at han har interesse i indgåelsen af en kontrakt inden for rammerne af en udbudsprocedure, og når han som følge af den påståede overtrædelse har lidt eller vil kunne lide skade.

25 Den forelæggende ret har for det andet anført, at bestemmelserne i BVergG's § 109, stk. 1, 6 og 8, skal sikre, at der under mæglingsproceduren ikke indgås nogen kontrakt. Retten har tilføjet, at såfremt der ikke under mæglingsproceduren opnås en mindelig ordning, kan den erhvervsdrivende, før der indgås en kontrakt, påstå enhver beslutning fra den ordregivende myndigheds side annulleret, herunder også beslutningen om tildeling af kontrakten.

26 Den forelæggende ret er herefter af den opfattelse, at det til brug for dens afgørelse i hovedsagen er nødvendigt at få oplyst, om bestemmelserne i BVergG's § 115, stk. 1, sammenholdt med § 109, stk. 1, 6 og 8, fortolket i lyset af artikel 1,

stk. 3, i direktiv 89/665, skal forstås således, at en bydende, som før kontraktens indgåelse fra den ordregivende myndighed har modtaget underretning om tildelingen af kontrakten til en konkurrent, men som ikke har benyttet sig af de kontrolprocedurer, der er fastsat i national ret, med henblik på at udskyde kontraktindgåelsen og eventuelt få tildelingsbeslutningen ændret til sin fordel, gyldigt kan gøre gældende, at han har interesse i indgåelsen af denne kontrakt, og følgelig iværksætte en klageprocedure med det formål at gøre gældende, at beslutningen om tildeling af kontrakten er ulovlig, og at rejse krav om erstatning.

27 For så vidt angår artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 har Bundesvergabeamt anført, at Verfassungsgerichtshof (Østrig) i en dom af 12. juni 2001 (B 485/01-12, B 584/01-9, B 685/01-6) med henvisning til sin dom af 8. marts 2001 (B 707/00), har fastslået, at adgangen til at iværksætte en klageprocedure i medfør af artikel 1 i direktiv 89/665 i henhold til Domstolens praksis (jf. dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, præmis 34 og 35) skal fortolkes vidt, og at der derfor bør indrømmes enhver person, som ønsker at opnå en bestemt offentlig kontrakt, der er i udbud, adgang hertil. Den forelæggende ret er derfor af den opfattelse, at det relevante spørgsmål er, om dette ligeledes er tilfældet, når denne person ikke har benyttet sig af muligheden for at udtømme de midler til retsbeskyttelse, som findes i de nationale bestemmelser om offentlige kontrakter, hvilket den ordregivende myndighed har givet ham adgang til (spørgsmål 1), og om den omstændighed, at ikke alle nationale muligheder for retsbeskyttelse er udtømt, indebærer, at interessen i indgåelse af kontrakten fortabes (spørgsmål 2).

28 På baggrund af det ovenfor anførte skal de to præjudicielle spørgsmål forstås således, at det ønskes oplyst, om artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at en erhvervsdrivende, som har deltaget i en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, skal anses for at have fortabt sin interesse i opnåelse af denne kontrakt, hvis han, før han iværksatte en klageprocedure som fastsat i direktivet, undlod at inddrage et mæglingsorgan som B-VKK.

29 Spørgsmålet om, hvorvidt artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, giver en medlemsstat mulighed for at gøre en bydendes interesse i opnåelse af en bestemt kontrakt — og dermed hans adgang til de klageprocedurer, som er fastsat i direktivet — betinget af, at han på forhånd har inddraget et mæglingsorgan som B-VKK, skal undersøges i lyset af formålet med direktiv 89/665.

30 I denne forbindelse bemærkes, som det fremgår af første og anden betragtning til direktiv 89/665, at direktivet har til formål at styrke de mekanismer, som fandtes på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan til sikring af en effektiv anvendelse af direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør. Med dette formål for øje er det i direktivets artikel 1, stk. 1, fastsat, at medlemsstaterne skal sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger (jf. bl.a. Alcatel Austria m.fl.-dommen, præmis 33 og 34, og dom af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 74).

31 Det må imidlertid fastslås, at det er i strid med direktivets effektivitets- og hurtighedsformål at gøre adgangen til de i direktiv 89/665 fastsatte klageprocedurer betinget af, at et mæglingsorgan som B-VKK forinden er blevet inddraget.

32 For det første vil inddragelsen af et sådant mæglingsorgan uvægerligt forsinke iværksættelsen af de klageprocedurer, som direktiv 89/665 skal forpligte medlemsstaterne til at etablere.

33 For det andet har et organ som B-VKK, der blot er et mæglingsorgan, ingen af de beføjelser, som medlemsstaterne i henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665

skal tillægge de instanser, der er ansvarlige for de nævnte klageprocedurer, hvorfor inddragelsen af dette organ ikke sikrer den effektive anvendelse af fællesskabsdirektiverne om indgåelse af offentlige kontrakter.

34 Det bemærkes tillige, at den omstændighed, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 udtrykkeligt giver medlemsstaterne hjemmel til at fastsætte de nærmere bestemmelser, hvorefter de skal give alle personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse, adgang til de i direktivet fastsatte klageprocedurer, imidlertid ikke giver dem mulighed for at anlægge en fortolkning af begrebet »interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt«, som kan være til skade for direktivets effektive virkning (jf. i denne retning Universale-Bau m.fl.-dommen, præmis 72).

35 På grundlag af det ovenfor anførte skal de præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 er til hinder for, at en erhvervsdrivende, som har deltaget i en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, anses for at have fortabt sin interesse i opnåelse af denne kontrakt, hvis han, før han iværksatte en klageprocedure som fastsat i direktivet, undlod at inddrage et mæglingsorgan som B-VKK, der er oprettet ved BVergG.

Sagens omkostninger

36 De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering, den franske regering og 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 forelæggende 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 8. oktober 2001, for ret:

Artikel 1, stk. 3, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, er til hinder for, at en erhvervsdrivende, som har deltaget i en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, anses for at have fortabt sin interesse i opnåelse af denne kontrakt, hvis han, før han iværksatte en klageprocedure som fastsat i direktivet, undlod at inddrage et mæglingsorgan som Bundes-Vergabekontrollkommission, der er oprettet ved Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (østrigsk forbundslov af 1997 om indgåelse af offentlige kontrakter).

Puissochet Schintgen Skouris

Macken Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 19. juni 2003.

R. Grass J.-P. Puissochet

Justitssekretær Formand for Sjette Afdeling

I - 6444