DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

19. juni 2003 *

I sag C-249/01,

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

Werner Hackermüller

mod

Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG),

Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED),

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 (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),

* Processprog: tysk.

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:

— Werner Hackermüller ved Rechtsanwalt P. Schmautzer

— Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) og Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) ved Rechtsanwälte J. Olischar og M. Kratky

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den italienske regering ved U. Leanza, som befuldmægtiget, bistået af avocato dello Stato M. Fiorilli

— 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 Werner Hackermüller, af den østrigske regering og af Kommissionen,

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

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 25. juni 2001, indgået til Domstolen den 28. juni 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 bygningsingeniør Werner Hackermüller og selskaberne Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) og Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (herefter »de indklagede«) angående de indklagedes beslutning om ikke at antage det bud, Werner Hackermüller havde afgivet på en offentlig tjenesteydelsesaftale.

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, 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.«

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«).

6 BVergG's § 113 afgrænser de beføjelser, som er tillagt Bundesvergabeamt (østrigsk forbundskontor for udbud). 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. [...]«

7 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.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

8 De indklagede udskrev et udbud med henblik på at indhente projektforslag fra arkitekter og fastlægge udvælgelseskriterierne for et udbud af en kontrakt vedrørende arkitektydelser i forbindelse med bygning af et nyt fakultet for maskinkonstruktion ved TU-Wien. I udbudsprocedurens første fase blev der udskrevet en projektkonkurrence med henblik på at »indhente offentlige interessetilkendegivelser og ideer«.

9 Flere interesserede, herunder Werner Hackermüller og selskabet Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (herefter »Lechner«), deltog i udbudsproceduren, idet de afgav bud. Under udbudsprocedurens anden fase — forhandlingsfasen — anbefalede Beratungsgremium (det rådgivende udvalg), at der hurtigst muligt blev indledt forhandlinger med Lechner. Ved skrivelse af 10. februar 1999 fik de fire øvrige bydende, som deltog i forhandlingsfasen, heriblandt Werner Hackermüller, besked om, at Beratungsgremium ikke havde anbefalet en gennemførelse af deres projekt.

10 Den 29. marts 1999 indgav Werner Hackermüller i henhold til BVergG's § 113, stk. 2, en klage til Bundesvergabeamt, hvori han bl.a. nedlagde påstand om annullation af dels den beslutning, hvorved Beratungsgremium og/eller de indklagede havde antaget en konkurrerende bydendes bud som det mest fordelagtige, samtidig med, at det blev anbefalet hurtigst muligt at indgå i forhandlinger med denne, dels den beslutning, hvorefter udvælgelsen af buddene skete uden at iagttage de i udbudsbetingelserne fastsatte kriterier.

11 Ved afgørelse af 31. maj 1999 afviste Bundesvergabeamt i medfør af BVergG's § 115, stk. 1, sagen i det hele med den begrundelse, at Werner Hackermüller ikke var klageberettiget, da hans bud burde have været afvist allerede under procedurens første fase i henhold til BVergG's § 52, stk. 1, nr. 8.

12 Bundesvergabeamt anførte som begrundelse for sin afgørelse først, at det følger af BVergG's § 115, stk. 1, at en erhvervsdrivende kun har adgang til klageproceduren, når han vil kunne lide et tab eller på anden måde blive stillet ringere. Bundesvergabeamt anførte ligeledes, at i henhold til BVergG's § 52, stk. 1, nr. 8, skal den ordregivende myndighed, før den vælger det bud, den vil antage, på grundlag af resultaterne af gennemgangen af buddene uden ophold forkaste bud, som er i strid med udbudsbetingelserne, eller som er ufuldstændige eller behæftet med fejl, hvis disse mangler ikke er blevet afhjulpet eller ikke kan afhjælpes.

13 Bundesvergabeamt anførte endvidere, at punkt 1.6.7. i udbudsbetingelserne udtrykkeligt henviser til § 36, stk. 4, i Wettbewerbsordnung der Architekten (bekendtgørelse om konkurrence på arkitektområdet, herefter »WOA«), hvori det er fastsat, at såfremt en af de i WOA's § 8 anførte udelukkelsesgrunde foreligger, skal det pågældende projekt udelukkes. I henhold til den nævnte bestemmelses stk. 1, litra d), er bl.a. personer, der i det afgivne forslag lader indgå oplysninger, hvoraf ophavsmandens identitet kan udledes, udelukket fra at deltage i arkitektkonkurrencer.

14 Endelig konkluderede Bundesvergabeamt, efter at have konstateret, at Werner Hackermüller havde angivet sit navn i rubrikken »planlagt organisering af den generelle planlægning«, hvorfor hans projekt burde have været forkastet i medfør af BVergG's § 52, stk. 1, nr. 8, sammenholdt med WOA's § 36, stk. 4, at dette projekt ikke længere kunne tages i betragtning ved tildelingen af aftalen, og at Werner Hackermüller følgelig ikke i en klage kunne gøre de overtrædelser gældende, som han havde anført til støtte for sine påstande, idet han ikke kunne anses for at have lidt skade som følge af eventuelle tilsidesættelser af princippet om det mest fordelagtige bud og af bestemmelserne om forhandlingsfasen.

15 Den 7. juli 1999 anlagde Werner Hackermüller sag ved Verfassungsgerichtshof med påstand om annullation af Bundesvergabeamts afgørelse af 31. maj 1999. I dom af 14. marts 2001 (B 1137/99-9) fastslog Verfassungsgerichtshof, at henset til den vide fortolkning, som i henhold til Domstolens praksis (jf. bl.a. dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 46, og af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, præmis 34 og 35) skal anlægges vedrørende begrebet adgang til klageprocedurerne i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, er det tvivlsomt, om betingelserne for klageadgang i henhold til BVergG's § 115, stk. 1, sammenholdt med § 52, stk. 1 og 2, kan fortolkes således, at en bydende, der rent faktisk ikke er blevet udelukket af den ordregivende myndighed, kan udelukkes fra adgangen til en klageprocedure ved en afgørelse om afvisning af en begæring om retsbeskyttelse truffet af den instans, der er ansvarlig for denne procedure, hvis klageinstansen forinden har konstateret, at der foreligger en udelukkelsesgrund. Herefter annullerede Verfassungsgerichtshof Bundesvergabeamts afgørelse af 31. maj 1999 med den begrundelse, at den grundlovssikrede ret til en retslig prøvelse var blevet tilsidesat.

16 Det er under disse omstændigheder, at Bundesvergabeamt har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 1, stk. 3, i [...] direktiv 89/665[...] fortolkes således, at enhver, der ønsker at få tildelt en offentlig kontrakt, der er i udbud, har klageadgang?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende, skal ovennævnte direktivbestemmelse da fortolkes således, at en bydende har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse — i det foreliggende tilfælde den

ordregivende myndigheds beslutning om at vurdere en anden bydendes bud som det mest fordelagtige — også når hans bud ganske vist ikke er blevet udelukket af den ordregivende myndighed, men klageinstansen under en klageprocedure konstaterer, at den bydendes bud nødvendigvis burde være blevet udelukket?«

Spørgsmål 1

17 I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at medlemsstaterne i medfør af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 skal sikre, at der er adgang til de i direktivet fastsatte klageprocedurer »i det mindste« for 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 af fællesskabsbestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter eller nationale bestemmelser til gennemførelse heraf.

18 Det følger heraf, at denne bestemmelse ikke forpligter medlemsstaterne til at give enhver, som ønsker at opnå tildeling af en offentlig kontrakt, adgang til de nævnte klageprocedurer, men at den giver dem mulighed for desuden at kræve, at den pågældende har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse.

19 Spørgsmål 1 skal herefter besvares med, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 ikke er til hinder for, at der kun er adgang til de i direktivet fastsatte klageprocedurer for personer, der ønsker at få tildelt en offentlig kontrakt, hvis disse har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse.

Spørgsmål 2

20 Eftersom spørgsmål 2 er rejst for det tilfælde, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at bestemmelsen giver mulighed for at gøre den i direktivet fastsatte adgang til klageprocedurerne betinget af, at klageren har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse, skal det besvares.

21 I lyset af de faktiske omstændigheder i hovedsagen skal dette spørgsmål forstås således, at det ønskes oplyst, om en bydende, som vil anfægte lovligheden af den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at vurdere hans bud som det mest fordelagtige, kan nægtes adgang til de klageprocedurer, som er fastsat i direktiv 89/665, med den begrundelse, at hans bud burde være blevet udelukket på forhånd af den ordregivende myndighed af andre årsager, og at han derfor ikke har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse.

22 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).

23 Det skal imidlertid bemærkes, at den fuldstændige opfyldelse af det formål, som forfølges med direktiv 89/665, ville blive bragt i fare, hvis det tillades den instans, der er ansvarlig for de i direktivet fastsatte klageprocedurer, at nægte en bydende,

som anfægter lovligheden af den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at vurdere hans bud som det mest fordelagtige, adgang til disse procedurer med den begrundelse, at samme ordregivende myndighed med urette har undladt at udelukke dette bud, før den foretog udvælgelsen af det bedste bud.

24 Det er således hævet over enhver tvivl, at en beslutning, hvorved den ordregivende myndighed udelukker en bydendes bud, før den foretager udvælgelsen af det bedste bud, udgør en beslutning, som skal kunne gøres til genstand for en klage i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, idet denne bestemmelse finder anvendelse på alle de beslutninger, som træffes af de ordregivende myndigheder, som er undergivet fællesskabsrettens bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter (jf. bl.a. dom af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 37, og af 23.1.2003, sag C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki, Sml. I, s. 1091, præmis 68), uden at bestemmelsen indeholder en begrænsning vedrørende disse beslutningers art og indhold (jf. bl.a. Alcatel Austria m.fl.-dommen, præmis 35, og HI-dommen, præmis 49).

25 Heraf følger, at hvis den bydendes bud var blevet udelukket af den ordregivende myndighed på et tidspunkt, som ligger forud for udvælgelsen af det bedste bud, burde han, som en person, der har lidt eller vil kunne lide skade som følge af beslutningen om udelukkelse af hans bud, være givet adgang til at anfægte lovligheden heraf gennem de klageprocedurer, som er fastsat i direktiv 89/665.

26 Under disse omstændigheder vil det forhold, at en instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, nægter en bydende, der befinder sig i en situation som Werner Hackermüller, adgang til disse procedurer, ikke blot fratage ham hans klageadgang i forhold til den beslutning, hvis lovlighed han anfægter, men også retten til at anfægte den udelukkelsesgrund, den ansvarlige instans har fremført som begrundelse for, at han ikke er en person, der har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse.

27 Det er ganske vist korrekt, at det — når den bydende, for at afhjælpe denne situation, indrømmes adgang til at anfægte udelukkelsesgrunden inden for rammerne af den klageprocedure, han har iværksat ved henblik på at anfægte lovligheden af den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at vurdere hans bud som det mest fordelagtige — ikke kan udelukkes, at den kompetente instans efter denne procedure vil nå til den konklusion, at buddet rent faktisk burde være blevet udelukket på forhånd, og at den bydendes klage skal afvises med den begrundelse, at han under hensyntagen hertil ikke har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse.

28 Imidlertid bemærkes, at hvis den ordregivende myndighed ikke har truffet beslutning om udelukkelse af den bydendes bud på det relevante tidspunkt i udbudsproceduren, skal den fremgangsmåde, som er beskrevet i foregående præmis, anses for at være den eneste, som sikrer den bydende adgang til at anfægte den udelukkelsesgrund, på grundlag af hvilken den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, vil drage den slutning, at han ikke har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse, og dermed at sikre en effektiv anvendelse af fællesskabsdirektiverne om indgåelse af offentlige kontrakter i alle faser af udbudsproceduren.

29 På grundlag af det ovenfor anførte skal spørgsmål 2 besvares med, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 er til hinder for, at en bydende nægtes adgang til de i direktivet fastsatte klageprocedurer med henblik på at anfægte lovligheden af den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at vurdere hans bud som det mest fordelagtige med den begrundelse, at hans bud burde være blevet udelukket på forhånd af den ordregivende myndighed af andre årsager, og at han derfor ikke har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse. Den bydende skal under den klageprocedure, som således åbnes for ham, gives adgang til at anfægte den udelukkelsesgrund, på grundlag af hvilken den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, vil drage den slutning, at han ikke har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse.

Sagens omkostninger

30 De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering, af den italienske regering og 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 25. juni 2001, for ret:

1) 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 ikke til hinder for, at der kun er adgang til de i direktivet fastsatte klageprocedurer for personer, der ønsker at få tildelt en offentlig kontrakt, hvis disse har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse.

2) Artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 92/50, er til hinder for, at en bydende nægtes adgang til de i direktivet fastsatte klageprocedurer med henblik på at anfægte lovligheden af den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at vurdere hans bud som det mest fordelagtige med den begrundelse, at hans bud burde være blevet udelukket på forhånd af den ordregivende myndighed af andre årsager, og at han derfor ikke har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse. Den bydende skal under den klageprocedure, som således åbnes for ham, gives adgang til at anfægte den udelukkelsesgrund, på grundlag af hvilken den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, vil drage den slutning, at han ikke har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse.

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