FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 20. november 2003 [1]

I — Indledning

1. I denne sag skal Domstolen træffe afgørelse om fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af 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 [2], som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (herefter »direktiv 89/665«) [3].

2. Disse spørgsmål er blevet rejst i forbindelse med en tvist mellem på den ene side Siemens AG Österreich (herefter »Siemens«) og ARGE Telekom & Partner (herefter »ARGE Telekom«) og på den anden side Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (herefter »Hauptverband«), som ordregivende myndighed.

3. Den faktiske og processuelle sammenhæng i tvisten, der har givet anledning til de præjudicielle spørgsmål, er indviklet. Den vil blive gennemgået nedenfor i dette forslags afsnit III. Det fremgår af denne sammenhæng, at der med god grund kan rejses tvivl om, hvorvidt disse præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, idet de helt eller delvist er blevet hypotetiske, efter at tvisten i hovedsagen har mistet sin genstand.

4. Selve formuleringen af spørgsmålene er ganske vist kompliceret, men de indeholder tilstrækkelige oplysninger til, at der kan gives en besvarelse, når de læses i sammenhæng med begrundelsen i forelæggelseskendelsen. Derfor har jeg sammenfattet de relevante afsnit i denne kendelse i dette forslags afsnit III. Som den forelæggende ret ønsker Bundesvergabeamt (østrigsk forbundskontor for udbud) i det væsentligste oplyst, om den gennemførelse, den østrigske lovgiver har foretaget af direktiv 89/665, er korrekt, når man tager Bundesvergabeamts (begrænsede) kompetence i betragtning.

1 — Originalsprog: nederlandsk.
2 — EFT L 395, s. 33.
3 — EFT L 209, s. 1.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

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

»1. Medlemsstaterne træffer for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF og 77/62/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.«

6. Artikel 2, stk. 1, 6, 7 og 8, i direktiv 89/665 bestemmer:

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

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.

7. Medlemsstaterne påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt.

8. Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af den kompetente myndighed i første instans, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til traktatens artikel 177 [nu artikel 234 EF], og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og til myndigheden i første instans.

Udnævnelsen af medlemmerne af denne uafhængige instans og udløbet af deres embedsperiode er undergivet de samme betingelser, som gælder for dommere, for så vidt angår den myndighed, der er ansvarlig for deres udnævnelse, varigheden af deres embedsperiode og muligheden for deres afsættelse. Formanden for denne uafhængige instans skal mindst have samme juridiske og faglige kvalifikationer som en dommer. Den uafhængige instans træffer sine afgørelser efter en kontradiktorisk procedure, og disse afgørelser har på grundlag af bestemmelser, som fastsættes af hver medlemsstat, retsvirkninger med bindende kraft.«

7. Artikel 25 i direktiv 92/50 bestemmer:

»I udbudsbetingelserne kan den ordregivende myndighed anmode den bydende om i buddet at angive, hvilke dele af en aftale han eventuelt har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand. Denne angivelse berører ikke hovedtjenesteyderens ansvar.«

8. Artikel 32 i direktiv 92/50 bestemmer:

»1. Tjenesteydernes evne til at udføre tjenesteydelserne kan vurderes på grundlag af navnlig deres faglige dygtighed, deres effektivitet, deres erfaring og deres pålidelighed.

2. Tjenesteyderens tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af følgende måder afhængig af arten, mængden og anvendelsen af de tjenesteydelser, der skal præsteres:

[...]

c) oplysning om de involverede teknikere eller tekniske organer, uanset om de hører til tjenesteyderens virksomhed, navnlig om dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrol

[...]

h) oplysning om, hvor stor en del af kontrakten tjenesteyderen eventuelt agter at give i underentreprise.

3. Den ordregivende myndighed skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud anføre, hvilke af disse former for dokumentation den ønsker at få forelagt.

4. De i artikel 31 og i stk. 1, 2 og 3 i nærværende artikel omhandlede oplysninger kan kun kræves, i det omfang de vedrører ordrens genstand, og de ordregivende myndigheder skal tage hensyn til tjenesteydernes legitime interesser med hensyn til beskyttelse af tekniske hemmeligheder eller forretningshemmeligheder.«

B — *Nationale bestemmelser*

9. Direktiv 89/665 og 92/50 er gennemført i østrigsk ret ved Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997 (forbundslov af 1997 om indgåelse af offentlige kontrakter, BGBl. I, 1997/56, i den version, der er offentliggjort i BGBl. I, 2000/125, herefter »BVergG«).

10. BVergG's § 31, der vedrører underentreprenørernes ydelser, bestemmer:

»1. Det skal angives i dokumenterne om indkaldelse af bud, om underentreprise er tilladt. Det er forbudt at give hele kontrakten i underentreprise, med

undtagelse af købskontrakter med og underentreprise til virksomheder, der er forbundet med ordregiver. Ved bygge- og anlægskontrakter er det ikke tilladt at give den overvejende del af arbejderne i underentreprise [...] Den ordregivende myndighed skal sikre sig, at de bydende selv udfører den overvejende del af de arbejder, der er givet dem i underentreprise. I undtagelsestilfælde, der begrundes af den ordregivende myndighed i dokumenterne om indkaldelse af bud, kan det bestemmes, at det er tilladt at give den overvejende del af kontrakten i underentreprise. Det er i øvrigt kun tilladt at give delarbejder i underentreprise, for så vidt som underentreprenøren har den nødvendige kapacitet til at kunne udføre sin andel.

2. Den ordregivende myndighed skal i dokumenterne om indkaldelse af bud anmode den bydende om i sit bud at angive, hvilken del af kontrakten han eventuelt påtænker at give i underentreprise til tredjemand. Denne angivelse berører ikke kontrakmodtagerens ansvar.«

11. BVergG's § 40 med overskriften »Tilbagekaldelse af udbud inden udløbet af fristen for afgivelse af bud« bestemmer:

»1. I løbet af fristen for afgivelse af bud kan udbuddet tilbagekaldes som følge af tvingende årsager, navnlig såfremt den ordregivende myndighed inden udløbet af fristen for afgivelse af bud bliver bekendt med omstændigheder, der, hvis de havde været bekendt tidligere, ville have udelukket et sådan udbud, eller ville have ført til et udbud med et væsentligt andet indhold.

2. Tilbagekaldelsen skal offentliggøres i henhold til de samme bestemmelser som udbuddet.

3. De bydende og de ansøgere, som allerede har modtaget udbudsmaterialet, skal underrettes om tilbagekaldelsen af udbuddet og begrundelsen herfor.«

12. BVergG's §§ 52, 53, 53a, 54, 55 og 56 — »Vurderingen af buddene« — er affattet således:

»§ 52 (Udelukkelse af bud)

1. Før det bud vælges, hvorpå der gives tilslag, skal den ordregivende myndig-

hed på grundlag af resultaterne af gennemgangen uden ophold udelukke følgende bud:

§ 53 (Valg af det bud, der antages med henblik på tildeling: princippet om det mest fordelagtige bud)

1) bud fra bydende, der ikke har den nødvendige tilladelse eller økonomiske, finansielle eller tekniske kapacitet, eller den nødvendige pålidelighed

Blandt de bud, der ikke er blevet udelukket, tildeles kontrakten det bud, der set ud fra en teknisk og økonomisk synsvinkel er det økonomisk mest fordelagtige i overensstemmelse med kriterierne i udbudsbekendtgørelsen (princippet om det mest fordelagtige bud). Beslutningen om tildeling skal [...] begrundes skriftligt.

[...]

§ 53a (Meddelelse om beslutningen om tildeling af kontrakten)

8) bud, som ikke opfylder udbudsbetingelserne, eller som er ukorrekte eller ufuldstændige, hvis disse mangler ikke er blevet afhjulpet eller ikke kan afhjælpes, eller deltilbud, hvis ikke sådanne bud var tilladt

1. Den ordregivende myndighed underretter uden ophold, skriftligt eller via telefax [...] de endnu ikke udelukkede bydende om, hvilken af de bydende den vil tildele kontrakten. I denne meddelelse kan der under hensyntagen til bestemmelserne i stk. 4 allerede meddeles de bydende, der er blevet forbigået, en begrundelse for, at deres bud blev forkastet.

9) bud fra bydende, der i strid med redelig handlemåde eller princippet om effektiv konkurrence har indgået aftaler med andre bydende, der skader den ordregivende myndighed

2. Tildelingen kan ikke finde sted inden udløbet af en venteperiode på to uger efter den i stk. 1 omhandlede medde-

[...]

lelse af beslutningen om tildeling, idet tildelingen ellers er ugyldig [...] Såfremt der følges en hasteprocedure på grund af sagens uopsættelighed, forkortes fristen til en uge.

3. Inden for en frist på en uge, eller i tilfælde af en hasteprocedure på grund af sagens uopsættelighed i henhold til § 69, kan de bydende, der har fået afslag, inden for en frist på tre dage efter meddelelsen om beslutningen om tildeling af kontrakten, fremsætte en skriftlig anmodning om at modtage en begrundelse for, at deres bud ikke kom i betragtning og en angivelse af egenskaberne og fordelene ved det udvalgte bud.

4. Den ordregivende myndighed oplyser uden ophold efter modtagelsen af denne anmodning — for så vidt den er fremsat rettidigt — og i alle tilfælde tre dage før udløbet af ventetiden, de forbigåede bydende om navnet på den udvalgte bydende samt kontraktens beløb. Den bydende, der er blevet forbigået, oplyses ligeledes om egenskaber og fordele ved det udvalgte bud, for så vidt som en offentliggørelse af disse oplysninger ikke er uforenelig med offentlige interesser eller virksomhedernes berettigede handelsmæssige interesser, og offentliggørelsen ikke skader den frie og loyale konkurrence.

5. Såfremt en bydende, der er blevet forbigået, er af den opfattelse, at den ordregivende myndigheds beslutning om tildeling af kontrakten er i strid med bestemmelserne i denne lov og kan pådrage ham skade, skal han uden ophold gøre den ordregivende myndighed opmærksom på, at han har til hensigt at indlede en klageprocedure og anføre en begrundelse herfor.

§ 54 (Tilslag og leveringskontrakt)

1. I løbet af tildelingsperioden etableres kontraktforholdet på det tidspunkt, hvor den bydende modtager den skriftlige meddelelse om, at hans bud er blevet antaget. Såfremt tildelingsperioden overskrides, eller hvis kontrakten adskiller sig fra buddet, etableres kontraktforholdet først ved en skriftlig erklæring fra den bydende om, at han accepterer kontrakten. Der skal indrømmes den bydende en passende frist til at afgive denne erklæring.

2. [...]

§ 55 (Tilbagekaldelse af udbuddet efter udløbet af fristen for afgivelse af bud)

1. Efter udløbet af fristen for afgivelse af bud skal udbuddet tilbagekaldes, hvis der foreligger tvingende grunde.

2. Udbuddet kan tilbagekaldes, når der efter udelukkelse af bud i henhold til § 52 kun bliver et bud tilbage.

3. Udbuddet anses for tilbagekaldt, når der ikke er afgivet bud eller kun er afgivet et bud.

4. De bydende skal straks underrettes om tilbagekaldelsen af udbuddet og begrundelsen herfor.

5. En tilbagekaldelse af udbuddet i henhold til stk. 1-3 skal bekendtgøres på samme måde som udbuddet.

Artikel 56 (Afslutning på udbudsproceduren)

1. Udbudsproceduren afsluttes med indgåelse af en leveringskontrakt eller med en tilbagekaldelse af udbuddet.

2. De bydende, der ikke har fået kontrakten tildelt, skal underrettes skriftligt umiddelbart efter afslutningen af udbuddet [...]«

13. BVergG's § 113 afgrænser den kompetence, der er tillagt Bundesvergabeamt. Bestemmelsen er affattet således:

»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,

1) at fastsætte foreløbige forholdsregler samt

2) 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 mest fordelagtige bud. Under en sådan sag har Bundesvergabeamt endvidere kompetence til på den ordregivende myndigheds begæring at fastslå, at en forbigået ansøger eller bydende, også såfremt bestemmelserne i denne forbundslov og de i henhold hertil udstedte bestemmelser var blevet overholdt, ikke ville have haft nogen reel chance for at opnå tilslag.«

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

»1. Bundesvergabeamt skal ved administrativ afgørelse og under hensyntagen til den udtalelse, som mæglingsorganet har afgivet i sagen, annullere en beslutning, der er truffet af en ordregivende myndighed i forbindelse med en udbudsprocedure, når denne beslutning

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

2) har væsentlig indflydelse på udfaldet af udbudsproceduren.

[...]

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

15. 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«.

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

17. § 5 i Verwaltungsvollstreckungsgesetz bestemmer:

»1. En forpligtelse til at tåle noget eller en handlingsforpligtelse, som på grund af sin særegne beskaffenhed ikke kan gennemføres af en tredjemand, gennemføres ved, at den fuldbyrdende myndighed ved bøder eller hæfte sørger for, at den forpligtede opfylder sin forpligtelse.

2. Fuldbyrdelsen skal indledes med en henvisning til, at der i tilfælde af overtrædelse eller forsømmelse vil blive bragt sanktioner i anvendelse. Det tvangsmiddel, der henvises til, skal straks iværksættes ved den første overtrædelse eller efter et resultatløst udløb af den frist, der er fastsat for handlingens udførelse. Samtidig skal der i gentagelsestilfælde eller ved fornyet forsinkelse trues med et stadigt mere indgribende tvangsmiddel. Det tvangsmiddel, der er truet med, må ikke længere anvendes, så snart forpligtelsen er opfyldt.

3. Tvangsmidlerne må i hvert enkelt tilfælde ikke overstige et pengebeløb på 10 000 ATS eller hæfte på fire uger.

4. Fuldbyrdelse ved bøder som tvangsmiddel kan også ske over for juridiske personer, handelsretlige personselskaber og registrerede erhvervsdrivende selskaber bortset fra offentligretlige juridiske personer.«

18. § 879 i Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (herefter »ABGB«) bestemmer:

1. En aftale, der strider mod lov og redelig handlemåde, er ugyldig.

2. Navnlig er følgende aftaler ugyldige:

[...]«

III — **Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne**

A — *Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne ved de nationale retsinstanser*

19. Hauptverband offentliggjorde den 21. september 1999 i *Supplement til De Europæiske Fællesskabers Tidende*, at den påtænkte at iværksætte et udbud i to faser. Udbuddet vedrørte udformning, planlægning og opbygning af et edb-system baseret på chipkort, herunder levering, initialisering, personalisering, fordeling og sletning af kort, installering og vedligeholdelse af terminaler i hele Østrig, og endelig støtte til den enhed, der skulle forestå den elektroniske behandling af systemoplysningerne, støtte til den enhed, der driver kaldecentralen, samt støtte ved kortstyringen og ved andre tjenesteydelser, der er nødvendige for driften af det nævnte system.

20. Den 22. februar 2000 besluttede Hautpverband at opfordre fem sammenslutninger af bydende til at afgive bud og at udelukke en sjette bydende. I punkt 1.9 i ansøgningsformularen af 21. september 1999 og i punkt 1.8 i udbudsmaterialet af 15. marts 2000 bestemtes om »udbud«, at de begrænsninger, som underentreprenøren er underlagt, er fastsat som følger: »Underentreprise af dele af kontrakten er tilladt for indtil 30% af arbejderne, og kun for så vidt den bydende eller sammenslutningen af bydende beholder de karaktergivende dele af ydelsen, nemlig styring af projektet, udformning af systemet, udvikling, opbygning, levering og drift af projektspecifikke centrale komponenter i det samlede system, udvikling, levering og styring af kortenes livscyklus samt udvikling og levering af terminaler.«

21. Ifølge den ordregivende myndighed, og som det også fremgår af forelæggelseskendelsen, var dette udvælgelseskriterium alene fastsat med henblik på at sikre en korrekt opfyldelse af kontrakten på det tekniske plan, da kortleverandørens personlige ansvar yderligere ville tilskynde til en korrekt opfyldelse af kontrakten og gøre det muligt for den ordregivende myndighed at øve en mere effektiv indflydelse.

22. Tre af de fire sammenslutninger af bydende, der havde afgivet bud (herunder

Siemens og ARGE Telekom), havde imidlertid kortleverandøren Austria Card, der skulle forestå »leveringen af kortene«, som medlem. Den eneste sammenslutning af bydende, som Austria Card ikke var medlem af, var EDS/ORGA.

23. Ved skrivelse af 18. december 2000 meddelte Hauptverband som ordregivende myndighed de tre førstnævnte sammenslutninger af bydende, at den i overensstemmelse med BVergG's artikel 53a havde til hensigt at tildele EDS/ORGA kontrakten.

24. De udelukkede sammenslutninger indledte herefter en mæglingsprocedure for Bundesvergabekontrollkommission (østrigsk forbundsmyndighed for kontrol med udbud). Denne myndighed afviste mægling i et tilfælde og forsøgte forgæves i de to andre tilfælde at nå en mindelig løsning, uden at dette dog lykkedes. Herefter klagede de tre udelukkede sammenslutninger til Bundesvergabeamt. De nedlagde principalt påstand om, at den ordregivende myndigheds beslutning om at tildele kontrakten til EDS/ORGA skulle annulleres, subsidiært, at udbuddet skulle tilbagekaldes.

25. Ved afgørelse af 19. marts 2001 afviste Bundesvergabeamt (ottende afdeling) begge påstande på grund af manglende søgsmålskompetence og manglende retlig interesse og anførte i begrundelsen, at klagernes bud under alle omstændigheder skulle have været udelukket i henhold til BVergG's § 52, stk. 1, idet Austria Cards deltog i de tre berørte sammenslutninger af bydende, hvilket kunne hindre den effektive konkurrence som følge af den udveksling af informationer og forhandlinger om buddenes vilkår, som denne tredobbelte deltagelse muliggjorde.

26. Det fremgår af sagens akter, at Verfassungsgerichtshof (Østrig) ved dom af 12. juni 2001 annullerede Bundesvergabeamts afgørelse med den begrundelse, at de tre berørte sammenslutningers forfatningsbestemte ret til at få sagen behandlet for en domstol var blevet krænket. Bundesvergabeamt skulle inden den afgjorde sagen have anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt en bydende, hvis bud ikke er blevet udelukket af den ordregivende myndighed, kan fratages retten til at anlægge sag for den kompetente nationale myndighed.

27. Den 28. og 29. marts 2001 indbragte Debis, der er den tredje af de bydende, der var blevet udelukket, og ARGE Telekom endnu en serie af klager for Bundesvergabeamt, hvori de bl.a.nedlagde påstand om

annullation af Hauptverbands beslutning, der afviste at tilbagekalde udbuddet, og en påstand i form af en begæring om foreløbige forholdsregler samt en påstand om anordning af et forbud mod at tildele kontrakten inden for en frist på to måneder at regne fra klagens indgivelse for så vidt angår den af Debis indbragte klage, eller indtil Bundesvergabeamt havde truffet afgørelse i hovedsagen (ARGE Telekom).

28. Ved afgørelse af 5. april 2001 tog Bundesvergabeamt stilling til begæringen om foreløbige forholdsregler og forbød Hauptverband at tildele kontrakten indtil den 20. april 2001.

29. Debis og ARGE Telekom har i deres søgsmål gjort argumenter gældende, der både er baseret på national lovgivning og fællesskabsretten, for at påvise den uregelmæssighed, som de foreholder udbuddet. De mener, at udbuddet skulle have været tilbagekaldt, da det fulgte af Bundesvergabeamts afgørelse af 15. marts 2001, at der kun var en enkelt virksomhed, der kunne få tildelt kontrakten. Hvis buddene fra Siemens, ARGE Telekom og Debis således kunne udelukkes med hjemmel i BVergG's § 52, stk. 1, med den begrundelse, at de kunne skade princippet om effektiv konkurrence, følger det af bestemmelserne i BVergG's § 55, stk. 2 og 3, at udbuddet skulle have været tilbagekaldt. Der var således kun en bydende tilbage (EDS/ORGA). Udbuddet var endvidere i strid med fællesskabsretten, eftersom punkt 1.8 i udbudsmaterialet indeholdt et ulovligt udvælgelseskriterium. Punktet indeholdt nemlig et forbud mod at give mere end 30% af kontrakten i underentreprise, og i alle tilfælde de karaktergivende dele af kontrakten, navnlig levering og styring af kortenes livscyklus. På denne måde blev klagerne tvunget til at medtage Austria Card i den sammenslutning af bydende, de havde dannet. Hvis dette punkt 1.8 ikke havde indeholdt denne betingelse for at afgive bud, kunne klagerne have givet denne del af kontrakten til en underentreprenør. Klagerne vurderer, at betingelsen er i strid med fællesskabsretten. De har påberåbt sig Domstolens dom af 2. december 1999 i Holst Italia-sagen [4]. Det følger af denne dom, at tredjemand skal kunne udføre tjenesteydelser, der er en del af udbuddet.

30. Ved afgørelse af 20. april 2001 imødekom Bundesvergabeamt (niende afdeling) Debis' og ARGE Telekoms principale påstande og annullerede i henhold til BVergG's § 113, stk. 2, nr. 2), Hauptverbands beslutning om ikke at tilbagekalde udbuddet. Som begrundelse anførte Bundesvergabeamt i det væsentligste, at udbuddet skulle have været tilbagekaldt, da det indeholdt en grundlæggende bestemmelse, der var ulovlig. Det af Hauptverband opstillede forbud mod underentreprise tilsidesatte nemlig den ret, som den bydende i henhold Domstolens fortolkning i Holst Italia-dommen [5] kan udlede af fællesskabsretten, og hvorefter denne tillige kan henvise til en underentreprenør med henblik på at godtgøre sin kapacitet.

4 — Sag C-176/98, Sml. I, s. 8607.

5 — Jf. fodnote 4.

31. På trods af denne afgørelse besluttede Hauptverband den 23. april 2001 at tildele EDS/ORGA kontrakten, hvorefter kontrakten blev indgået med denne sammenslutning af bydende. Da Hauptverband fandt, dels at virkningerne af den foreløbige forholdsregel, som Bundesvergabeamt anordnede den 5. april 2001, var udløbet den 20. april 2001 og ikke var blevet forlænget, dels at Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001 kun indeholdt en vanskeligt forståelig angivelse vedrørende »annullation af en manglende tilbagekaldelse«, antog Hauptverband, at der ikke var blevet truffet en retligt bindende afgørelse om, at dens beslutning om at tildele kontrakten til den sammenslutning af bydende, der havde afgivet det laveste bud, ikke skulle være gyldig eller skulle have været annulleret.

32. Endvidere besluttede Hauptverband at anlægge sag ved Verfassungsgerichtshof med påstand om annullation af Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001. Det fremgår af sagens akter, at Verfassungsgerichtshof først ved kendelse af 22. maj 2001 afviste Hauptverbands begæring om, at der skulle ske udsættelse af Bundesvergabeamts omtvistede afgørelse. Afvisningen blev begrundet med, at den omtvistede kontrakt allerede var blevet tildelt. Herefter annullerede Verfassungsgerichtshof den nævnte afgørelse ved dom af 2. marts 2002.

33. Den 30. april 2001 indbragte Siemens en klage for Bundesvergabeamt med påstand om annullation af flere beslutninger truffet af Hauptverband i forbindelse med beslutningen om at tildele EDS/ORGA kontrakten. Siemens var af den opfattelse, at Hauptverbands beslutning om ikke at tilbagekalde den udbudsprocedure, der blev indledt i 1999, gjorde Hauptverbands beslutning om at tildele kontrakten ulovlig, idet denne blev truffet i en anden udbudsprocedure, der ikke havde været genstand for de påkrævede offentliggørelser. Annullationssøgsmålet var ledsaget af en begæring om foreløbige forholdsregler. Ved afgørelse af 11. maj 2001 afviste Bundesvergabeamt Siemens' begæring om foreløbige forholdsregler, idet den senere ville træffe afgørelse i klagesagen.

34. Den 17. maj 2001 fremsatte ARGE Telekom også en begæring om foreløbige forholdsregler og nedlagde påstand om annullation af forskellige beslutninger, der var blevet truffet af Hauptverband i forbindelse med beslutningen om ikke at tilbagekalde udbuddet.

35. Den 18. maj 2001 fremsatte Siemens på ny en begæring om foreløbige forholdsregler, samtidig med at selskabet nedlagde påstand om annullation af den ordregivende myndigheds beslutninger om ikke at tilbagekalde udbuddet, at tildele kontrakten til EDS/ORGA, at fremsende en meddelelse om tildelingen og dermed indgå kontrakten med EDS/ORGA uden gyldigt at have offentliggjort beslutningen om tildelingen af kontrakten.

36. Ved afgørelse af 9. juli 2001 tog Bundesvergabeamt ikke ARGE Telekom og Siemens' begæring om foreløbige forholdsregler til følge, idet den i øvrigt udsatte sagens afgørelse.

37. Da Bundesvergabeamt (niende afdeling) er af den opfattelse, at løsningen på de sager, der var anlagt af Siemens den 30. april og den 18. maj 2001 og af ARGE Telekom den 17. maj 2001, nødvendiggør en fortolkning af flere bestemmelser i direktiv 89/665, har den ved kendelse af 11. juli 2001 besluttet at forelægge Domstolen de nedenfor angivne præjudicielle spørgsmål.

B — *De præjudicielle spørgsmål og forklaringerne hertil*

»1) Skal bestemmelserne i direktiv 89/665/EØF, navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), eventuelt sammenholdt med artikel 2, stk. 7, fortolkes således, at hvis en national klageinstans som omhandlet i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665/EØF træffer afgørelse om at annullere den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at tilbagekalde udbudsproceduren, er retsvirkningen heraf, at den pågældende udbudsprocedure — når den nationale retsorden ikke giver hjemmel til effektivt og tvangsmæssigt at gennemføre klageinstansens afgørelse over for den ordregivende myndighed — uden videre ophører ved den nationale klageinstans' afgørelse, uden at den ordregivende myndighed selv skal foretage nogen yderligere handling?

2) Når en bestemmelse i et udbud, som ved at forbyde underentreprise med hensyn til væsentlige dele af ydelsen i strid med Domstolens praksis, navnlig dommen i sag C-176/98, Holst Italia mod Commune di Cagliari, forhindrer den bydende i ved hjælp af kontrakten med underentreprenøren som bevismiddel at godtgøre, at han faktisk råder over tredjemands midler, og således fratager ham retten til at bevise sin formåen under henvisning til tredjemands midler og til at godtgøre, at han faktisk råder over tredjemands midler, fremgår det da af fællesskabsretten, at denne bestemmelse er i åbenbar strid hermed, således at en kontrakt, der er indgået på grundlag af et sådant udbud, må anses for ugyldig, navnlig når den nationale retsorden allerede indeholder bestemmelser om, at retsstridige aftaler er ugyldige?

3) Fremgår det af bestemmelserne i direktiv 89/665/EØF, navnlig artikel 2, stk. 7, eller af nogen anden bestemmelse i fællesskabsretten — navnlig under hensyn til, at fællesskabsretten skal fortolkes efter princippet om den effektive virkning — at en kontrakt, som er indgået i strid med indholdet af en afgørelse, en national klageinstans som omhandlet i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665/EØF har truffet om at annullere den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at tilbagekalde udbudsproceduren, er ugyldig, navnlig hvis den nationale retsorden allerede indeholder bestemmelser, hvorefter aftaler, der strider mod lov og god moral, er ugyldige, men den nationale retsorden ikke giver hjemmel til en effektiv og tvangsmæssig gennemførelse af klageinstansens afgørelse over for den ordregivende myndighed?

4) a) Skal bestemmelserne i direktiv 89/665/EØF, navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), eventuelt sammenholdt med artikel 2, stk. 7, fortolkes således, at såfremt den nationale retsorden ikke i øvrigt giver hjemmel til effektivt og tvangsmæssigt at gennemføre klageinstansens afgørelse over for den ordregivende myndighed, har klageinstansen kompetence til ved umiddelbar anvendelse af artikel 2, stk. 1, litra b), sammenholdt med artikel 2, stk. 7, at udstede et påbud, der kan tvangsfuldbyrdes, til den ordregivende myndighed om at foranledige den ulovlige beslutning annulleret, skønt den nationale retsorden i forbindelse med behandlingen af klager fra de bydende efter artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665/EØF kun giver klageinstansen kompetence til at træffe afgørelser, der ikke kan tvangsfuldbyrdes, om annullation af ordregiverens beslutninger?

4) b) Såfremt spørgsmål 4 a), besvares bekræftende: Har klageinstansen i et sådant tilfælde i henhold til artikel 2, stk. 7, i direktiv 89/665/EØF, eventuelt sammenholdt med andre bestemmelser i fællesskabsretten, kompetence til som tvangsmiddel selv at true ordregivende myndigheder med de efter et retligt skøn passende bøder, som er nødvendige til gennemtvingelsen af påbuddene, og at idømme sådanne bøder samt til at true medlemmer af de ledende organer i ordregivende myndigheder med bøde og hæfte og idømme sådanne straffe, når de ordregivende myndigheder eller medlemmer af den ordregivende myndigheds ledende organer ikke efterkommer klageinstansens påbud?«

38. Bundesvergabeamt har udførligt redegjort for de forelagte spørgsmål i sin forelæggelseskendelse. Jeg vil i det følgende referere hovedpunkterne.

39. Bundesvergabeamt har uddybet sit første spørgsmål ved at anføre, at dens afgørelser i henhold til BVergG's § 113, stk. 2, nr. 2), ikke indeholder påbud til den ordregivende myndighed, som kan tvangsfuldbyrdes på begæring af den klager, der gives medhold. På dette punkt adskiller Bundesvergabeamts kompetence sig fra lignende nationale organer inden for andre områder, f.eks. i relation til regler om handel, byggeri, og vand. Disse organer kan træffe afgørelser, der kan tvangsfuldbyrdes direkte. Dette indebærer, at retsstillingen for de berørte parter på udbudsområdet er væsentlig svagere, end den er for parterne inden for andre retsområder. Den forelæggende ret ønsker derfor at få oplyst, om det resultat, der følger af den nationale lovgivning, er foreneligt med kravene i fællesskabsretten, navnlig kravene i henhold til artikel 2, stk. 7, i direktiv 89/665.

40. I forbindelse med det andet spørgsmål har Bundesvergabeamt gjort opmærksom på, at den i overensstemmelse med Domstolens praksis i sin afgørelse af 20. april 2001 har lagt til grund, at enhver bydende kan godtgøre sin formåen under henvisning til underentreprenører, når han kan godtgøre faktisk at råde over disses midler. Bundesvergabeamt har således vurderet, at en bestemmelse i udbudsbetingelserne, hvorefter underentreprise umiddelbart og for en stor del udelukkes, er i strid med fællesskabsretten, og at en sådan udbudsprocedure ikke må føres til ende, men skal tilbagekaldes.

De fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige udbud indeholder ganske vist ikke udtrykkelige regler om, hvorvidt ulovlige tildelinger fører til, at kontrakter indgået på grundlag heraf bliver ugyldige. Det følger heraf, at spørgsmålet om en kontrakts gyldighed kan anses for at være et spørgsmål, der er reguleret i national ret.

Dette resultat er imidlertid ikke tilfredsstillende set i lyset af princippet om fællesskabsrettens effektive virkning. En ordregivende myndighed, som ikke overholder fællesskabsrettens bestemmelser eller tilsidesætter klageinstansens afgørelser, kan således hindre virkeliggørelsen af fællesskabsrettens mål uden at skulle frygte den mindste sanktion herfor, såfremt den nationale retsorden som i det foreliggende tilfælde ikke kan sikre en tvangsfuldbyrdelse af klageinstansens afgørelser.

I denne sammenhæng har Bundesvergabeamt fundet det nyttigt at få oplyst, om en kontrakt, der er indgået på grundlag af et udbud, hvori fællesskabsretlige bestemmelser er tilsidesat, privatretligt skal anses for ugyldig, da den strider mod lov eller redelig handlemåde.

41. Hvad angår de to første spørgsmål har Bundesvergabeamt yderligere anført, at såfremt den indgåede kontrakt skal anses for at være ugyldig, forbliver Bundesvergabeamt kompetent til at annullere den ordregivende myndigheds beslutninger [og eventuelt til at træffe yderligere foranstaltninger, såfremt Domstolen måtte besvare spørgsmål 4 a) og b) bekræftende], fordi kontraktindgåelsens ugyldighed medfører, at tilslaget ligeledes må anses for ugyldigt. Ifølge den forelæggende ret må fællesskabsbestemmelserne derfor fortolkes mere præcist, for at der kan tages stilling til de nationale retsinstansers kompetence til at træffe afgørelse om gyldigheden af tilslaget og af den kontrakt, der er indgået på grundlag heraf.

42. Hvad angår det tredje spørgsmål har Bundesvergabeamt hævdet, at Hauptverband som ordregivende myndighed ved at indgå kontrakten ikke blot har tilsidesat bestemmelserne i fællesskabsretten om udbud, men også bevidst har sat sig ud over den nationale klageinstans' afgørelse som omhandlet i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665. En sådan adfærd er i strid med god moral, med de konsekvenser, der følger heraf for spørgsmålet om kontraktens gyldighed.

43. I forbindelse med spørgsmål 4 a) og b) har Bundesvergabeamt anført, at de nationale bestemmelser ikke sikrer, at klageinstansens afgørelser gyldigt kan fuldbyrdes, idet der i national lovgivning ikke er fastsat regler om tvangsfuldbyrdelse af en annulleret afgørelse, der er truffet af den ordregivende myndighed. Det er ganske vist korrekt, at artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 overlader medlemsstaterne en vid valgmulighed i forbindelse med tildelingen af beføjelser til klageinstansen, men hvis resultatet heraf er, at den effektive virkning af fællesskabsbestemmelserne om offentlige udbud bliver utilstrækkelig, bør det, som den forelæggende ret synes at antage, overvejes at give klageinstansen kompetence til at anvende de i direktivet fastsatte beføjelser direkte. Det er på grundlag af disse overvejelser, at Bundesvergabeamt stiller spørgsmålet, om de tvangsmidler, som er fastsat i de nationale administrative bestemmelser, er tilstrækkelige til at sikre en effektiv overholdelse af fællesskabsbestemmelserne.

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

44. I forelæggelseskendelsen har Bundesvergabeamt anmodet Domstolen om at

behandle de forelagte præjudicielle spørgsmål i henhold til hasteproceduren i procesreglementets artikel 104a. En hasteprocedure vil kunne hindre, at den ordregivende myndighed omgår anvendelsen af fællesskabsretten som fortolket af Domstolen ved at fastholde en faktisk situation, der ikke kan ændres. Hvis de forelagte spørgsmål besvares bekræftende, kan en alvorlig skade undgås, da opfyldelsen af kontrakten mellem Hauptverband og EDS/ORGA endnu ikke var påbegyndt på det tidspunkt, hvor forelæggelseskendelsen blev afsagt.

45. Ved kendelse af 13. september 2001 tog Rettens præsident ikke denne begæring til følge. Begrundelsen var, at de omstændigheder, der var anført af den forelæggende ret, ikke godtgjorde, at det i særlig grad var uopsætteligt at besvare spørgsmålene.

46. Forelæggelseskendelsen indgik til Domstolens Justitskontor den 9. april 2001. ARGE Telekom, Hauptverband, EDS/ORGA, den østrigske regering og Kommissionen har indgivet deres skriftlige indlæg i henhold til artikel 20 i EF-statutten for Domstolen. Hauptverband, den østrigske regering og Kommissionen har videre udbygget deres stillingtagen under retsmødet den 18. september 2003.

V — Stillingtagen

A — *Indledende bemærkninger*

47. Baggrunden for forelæggelseskendelsen, som jeg omfattende har gennemgået i punkt 19-37, og den forelæggende rets uddybning af de præjudicielle spørgsmål giver mig anledning til at fremkomme med nogle indledende bemærkninger.

48. Så snart Hauptverband i henhold til BVergG's § 53 i kraft af sin stilling som ordregivende myndighed havde underrettet de forbigåede bydende om, at den påtænkte at tildele kontrakten til EDS/ORGA, klagede tre sammenslutninger til Bundesvergabeamt:

1. I den første serie af klager har klagerne i hovedsagen nedlagt påstand om annullation af Hauptverbands beslutning om at tildele EDS/ORGA kontrakten og om at tilbagekalde udbuddet. Der blev ikke givet klagerne

medhold, idet deres klager blev afvist ved afgørelse af 19. marts 2001.

2. I den anden serie af klager har de bydende, der blev forbigået, bl.a. nedlagt påstand om, at Bundesvergabeamt annullerer Hauptverbands — fiktive — beslutning om ikke at iværksætte tilbagekaldelsen som ordregivende myndighed. De bydende forpligtede sig til at vælge dette retsmiddel, da det ikke længere var muligt, som også Hauptverband og den østrigske regering har understreget i deres skriftlige og mundtlige indlæg, at anfægte selve beslutningen om tildeling i en ny sag for Bundesvergabeamt. Klagerne blev givet medhold i denne anden klage. Ved foreløbige forholdsregler, der trådte i kraft den 5. april 2001, blev det forbudt Hauptverband at tildele kontrakten indtil den 20. april 2001. Ved kendelse af 20. april 2001 annullerede Bundesvergabeamt efterfølgende den fiktive beslutning om ikke at tilbagekalde udbudsproceduren. Denne afgørelse forhindrede imidlertid ikke den ordregivende myndighed i et par dage senere at indgå kontrakt med EDS/ORGA.

3. En tredje serie klager blev indgivet, hvori de bydende, der var blevet forbigået, i det væsentligste nedlagde påstand om annullation af de beslutninger, Hauptverband tog efter beslutningen om at udvælge EDS/ORGA som den »bedste bydende«, dvs. ved at tilsidesætte Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001, hvoraf det fremgår, at udbudsproceduren skulle tilbagekaldes. Det er på baggrund af denne tredje serie af klager, at Bundesvergabeamt har forelagt nærværende præjudicielle spørgsmål. Det kan udledes af forelæggelseskendelsen, at klagerne i denne sag i det væsentlige har baseret deres påstande på to hovedteser:

— Beslutningen om tildeling af 18. december 2000 er ugyldig fra begyndelsen, idet det såkaldte »chipkort udvalg« endnu ikke havde givet den nødvendige tilladelse.

— De beslutninger, der førte til indgåelsen af kontrakten mellem Hauptverband og EDS/ORGA, er alle ugyldige, idet de blev truffet i forbindelse med en ugyldig udbudsprocedure.

49. Det er godtgjort, at Hauptverband og EDS/ORGA har indgået en kontrakt, hvormed den anden udbudsfase, der blev indledt den 22. februar 2000, blev afsluttet. Ifølge østrigsk ret er det alene de civile domstole,

der har kompetence til at træffe afgørelse om denne kontrakts gyldighed og den skadeserstatning, der eventuelt er forbundet hermed.

50. Det fremgår af indholdet af de forelagte spørgsmål læst i sammenhæng med den udførlige uddybning heraf, at Bundesvergabeamt er i tvivl om, hvorvidt dens kompetence er tilstrækkelig til at sikre en effektiv gennemførelse af direktiv 89/665, eftersom den udbudsprocedure, som den finder er i strid med fællesskabsretten, alligevel blev afsluttet med et tilslag og indgåelsen af en betydelig kontrakt.

51. For så vidt som denne baggrund for spørgsmålene har fået den forelæggende ret til stiltiende eller udtrykkeligt at rejse tvivl om, hvorvidt den østrigske lovgivning om udbud som sådan er forenelig med direktiv 89/665, overskrider retten dermed rammerne for anvendelsen af artikel 234 EF om den præjudicielle procedure, som begrænser samarbejdet mellem den nationale ret og Domstolen til en fortolkning af fællesskabsretten, som muliggør en løsning af tvisten i hovedsagen.

52. Det skal herefter undersøges, om Domstolens besvarelse af de forelagte spørgsmål kan anvendes til at løse tvisten i hovedsagen.

53. Det er navnlig i betragtning af disse begrænsninger, at det først skal undersøges, om spørgsmålene kan antages til realitetsbehandling.

B — *Formaliteten*

54. Hauptverband, den østrigske regering og Kommissionen har i deres skriftlige indlæg og i deres mundtlige indlæg under retsmødet anført — dog med vidt forskellige begrundelser — at spørgsmålene ikke kan antages til realitetsforhandling.

55. Kommissionen anser det for tvivlsomt, om den forelæggende ret har karakter af en domstol, idet denne i selve forelæggelseskendelsen selv har erkendt, at dens afgørelser ikke indeholder »påbud til den ordregivende myndighed, som kan tvangsfuldbyrdes«. Derfor rejser Kommissionen tvivl om, hvorvidt de spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt i denne sag, kan antages til realitetsbehandling under hensyn til Domstolens praksis, herunder navnlig Victoria Film-dommen [6] og Salzmann-dommen [7], hvorefter de nationale retsinstanser kun kan forelægge spørgsmål for Domstolen i henhold til artikel 234 EF, hvis der verserer en tvist for dem, og hvis forelæggelsen sker med henblik på afgørelse af en retssag.

6 — Dom af 12.11.1998, sag C-134/97, Sml. I, s. 7023, præmis 14.

7 — Dom af 14.6.2001, sag C-178/99, Sml. I, s. 4421, præmis 14.

56. Den østrigske regering finder ikke, at det er muligt at antage spørgsmålene til realitetsbehandling, eftersom de er uforståelige for personer, der ikke har kendskab til de materielle regler og den østrigske lovgivning vedrørende offentlige kontrakter. Regeringen mener, at man kan stille krav til den foreliggende ret om, at præjudicielle spørgsmål, der vedrører komplekse og grundlæggende aspekter i relation til opbygningen af den nationale retsorden, formuleres således, at spørgsmålene også er klare og forståelige for personer, som ikke har kendskab til den relevante nationale retsorden.

57. Hauptverband finder, at de forelagte spørgsmål skal afvises, idet forelæggelseskendelsen indeholder en utilstrækkelig beskrivelse af hovedsagens faktiske omstændigheder. I den foreliggende sag vedrører tvisten ikke én klagesag, men tre forskellige. I øvrigt har Bundesvergabeamt i sin forelæggelseskendelse undladt at nævne de sager, der verserer for Verfassungsgerichtshof og for Handelsgericht Wien.

58. Endvidere har Bundesvergabeamt ikke kompetence til at forelægge spørgsmålene, da den efter afgørelsen af 19. marts 2001 ikke længere havde kompetence til at behandle en sag anlagt til prøvelse af beslutningen om tildeling af kontrakten. Bundesvergabeamt har derfor ikke længere kompetence til at træffe afgørelse om gyldigheden af denne beslutning eller om de beslutninger, Hauptverband efterfølgende har truffet. Endvidere har Bundesvergabeamt ingen kompetence til at tage stilling til gyldigheden af en privatretlig kontrakt, der er indgået ved afslutningen af en udbudsprocedure.

59. Endelig har den østrigske regering og Hauptverband under retsmødet gjort opmærksom på retsvirkningerne af Verfassungsgerichtshofs dom af 2. marts 2002 vedrørende formaliteten omkring anmodningen om en præjudiciel afgørelse. Med denne dom blev Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001 annulleret. Verfassungsgerichtshof fastslog, at det er logisk umuligt at annullere en afgørelse, der går ud på, at der ikke skal handles. Derfor skulle de klager, der blev indbragt herom af sammenslutningerne af de bydende, der ikke fik kontrakten tildelt, have været afvist. Idet Bundesvergabeamt har behandlet realiteten i en klagesag, selv om klagen skulle have været afvist, har den tillagt sig en kompetence, som den ikke har. Dermed blev Hauptverbands ret til at få sagen behandlet for en domstol tilsidesat.

60. Den østrigske regering og Hauptverband har bekræftet, at Verfassungsgerichtshofs dom er ensbetydende med, at de for Domstolen forelagte spørgsmål i det mindste delvis, nemlig for så vidt de udtrykkeligt eller implicit vedrører Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001, ikke længere er interessante for løsningen af tvisten i hovedsagen og er blevet hypotetiske. I medfør af Domstolens praksis skal de derfor afvises. Dette gælder i hvert fald det første spørgs-

mål, måske også det tredje spørgsmål samt spørgsmål 4 a) og 4 b).

61. Jeg kan kort besvare Kommissionens første argument til støtte for ikke at antage spørgsmålene til realitetsforhandling. Domstolen har for nylig i GAT-dommen [8] udtrykkeligt anført, at Bundesvergabeamts afgørelser klart kan sidestilles med en domstolsafgørelse, og at Domstolen derfor har kompetence til at besvare spørgsmål, der forelægges af denne instans. Domstolen har i den forbindelse henvist til BVergG's § 125, stk. 2, hvoraf det fremgår, 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. Det følger heraf, at Domstolen har kompetence til at besvare de af Bundesvergabeamt forelagte spørgsmål.

62. Jeg mener ligeledes, at den anden formalitetsindsigelse, som den østrigske regering har fremsat, er ubegrundet. Den detaljerede forelæggelseskendelse og den gennemgang, den indeholder, giver klart mulighed for at forstå, hvad den forelæggende ret ønsker oplyst med de forelagte spørgsmål, selv om deres formulering ikke er klar ved den første læsning. I øvrigt synes den østrigske regering med denne indsigelse, der først og fremmest henviser til den nationale lovgivning, at overse, at proceduren i artikel 234 EF ikke vedrører fortolkning og gyldighed af den nationale lovgivning, men derimod af fællesskabsretten, hvilket i den foreliggende sag særligt vil sige fortolkningen af et vist antal bestemmelser i direktiv 89/665 og 92/50 [9].

63. Den tredje formalitetsindsigelse, der er fremsat af Hauptverband, er mere overbevisende, navnlig når den sammenholdes med de forudgående bemærkninger i punkt 48-53. Det fremgår ganske vist af Domstolens faste praksis, at det er den nationale domstol, der har kompetence til at undersøge, om forelæggelseskendelsen er i overensstemmelse med de nationale materielle og processuelle regler [10], at det tilkommer denne at fastlægge de relevante faktiske omstændigheder [11] og at tage stilling hertil [12], men at denne kompetence ikke

8 — Dom af 19.6.2003, sag C-315/01, Sml. I, s. 6351.

9 — Jf. dom af 16.12.1976, sag 63/76, Inzirillo, Sml. s. 2057, præmis 6.

10 — Jf. bl.a. dom af 16.3.1978, sag 104/77, Oehlenschläger, Sml. s. 791, præmis 4, og af 28.1.1999, sag C-181/96, Wilkens, Sml. I, s. 399, præmis 33.

11 — Jf. bl.a. dom af 5.10.1999, forenede sager C-175/98 og C-177/98, Lirussi og Bizzaro, Sml. I, s. 6881, præmis 37 og 38, af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 18, og af 30.9.2003, sag C-167/01, Inspire Art, Sml. I, s. 10155, præmis 43.

12 — Jf. bl.a. dom af 16.7.1992, sag C-343/90, Lourenço Dias, Sml. I, s. 4673, præmis 14, og Canal Satélite Digital-dommen, jf. ovenfor i fodnote 11, præmis 43.

er ubegrænset. Såfremt det klart kan udledes af forelæggelseskendelsen, sagens akter og af de skriftlige og mundtlige indlæg, at besvarelsen af de forelagte spørgsmål ikke kan have nogen indflydelse på afgørelsen af tvisten i hovedsagen, hvorfor de har en hypotetisk karakter, skal spørgsmålene ligeledes ifølge Domstolens faste praksis afvises, uden at Domstolen tager stilling hertil [13].

64. Derfor vil jeg i lyset af det ovenfor anførte undersøge, om de af den forelæggende ret forelagte spørgsmål har interesse for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

65. Som jeg allerede har nævnt ovenfor i punkt 48-51, har Hauptverband indgået en kontrakt med EDS/ORGA uden at tage hensyn til Bundesvergabeamts afgørelse, hvorved Hauptverbands — fiktive — beslutning om ikke at tilbagekalde udbudsproceduren blev annulleret. I tvisten i hovedsagen har klagerne nu bl.a. bekræftet, at Hauptverbands beslutninger, der til sidst førte til indgåelsen af kontrakten, alle er ugyldige, idet de blev truffet inden for rammerne af en ugyldig udbudsprocedure.

66. Da det nu ligger fast, at det i den østrigske retsorden ikke er Bundesvergabeamt, men de civile domstole, der har kompetence til at træffe afgørelse om gyldigheden af den kontrakt, der blev indgået den 23. april 2002 mellem Hauptverband og EDS/ORGA, kan besvarelsen af de forelagte spørgsmål i princippet ikke bidrage til en løsning af tvisten i hovedsagen.

67. Ifølge østrigsk lovgivning har de civile domstole kompetence til at træffe afgørelse om aftaler, der er indgået efter tildelingen af en kontrakt. I henhold til artikel 2, stk. 6, sidste afsnit, i direktiv 89/665 begrænser østrigsk lovgivning denne retsinstans' beføjelser til at træffe afgørelse om at tilkende skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse af udbudsreglerne.

68. Nu hvor det ser ud til at være blevet fastlagt, at den ordregivende myndigheds beslutning om tildeling i den situation, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen, ikke er blevet annulleret af Bundesvergabeamt, og at der til gennemførelse af beslutningen blev indgået en eller flere aftaler efter tildelingen af kontrakten, må det antages, at det kun er de civile domstole, der er kompetente til at træffe afgørelse om de kontrakter, der er indgået som følge af nærværende udbudsprocedure.

69. På baggrund af ovenstående er jeg af den opfattelse, at de af Bundesvergabeamt forelagte spørgsmål, der kan sammenfattes til at vedrøre spørgsmålet om, hvorvidt de

13 — Jf. bl.a. dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 21, af 21.3.2002, sag C-451/99, Cura Anlagen, Sml. I, s. 3193, præmis 26, og Inspire Art-dommen, jf. ovenfor i fodnote 11, præmis 47.

beføjelser, den tillagt i medfør af BVergG, opfylder de minimumsbetingelser, der er fastsat i artikel 2, stk. 7, i direktiv 89/665, er rent hypotetiske.

70. Spørgsmålenes hypotetiske karakter fremgår i øvrigt af deres indhold. Når de læses i sammenhæng, indeholder de, som jeg allerede har bemærket ovenfor i punkt 51, en opfordring til Domstolen om at foretage en prøvelse af foreneligheden mellem den ordning for retsbeskyttelse i almindelighed, der findes i de nationale bestemmelser om offentlige udbud, i forhold til den anvendelige fællesskabsret, hvilket ligger langt fra den egentlige retstvist i hovedsagen. Dermed overser den forelæggende ret, at proceduren i artikel 234 EF pålægger Domstolen at bidrage til retsplejen i medlemsstaterne og ikke at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål [14].

71. Det sidste punkt, der skal overvejes i forbindelse med stillingtagen til, om de forelagte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, er følgerne af Verfassungsgerichtshofs dom af 2. marts 2002.

72. Ifølge forelæggelseskendelsen har Bundesvergabeamt først og fremmest forelagt spørgsmålene, idet dens afgørelse af 20. april 2001, hvormed den ordregivende myndigheds — fiktive — beslutning om ikke at tilbagekalde udbudsproceduren blev annulleret, ikke kunne tvangsfuldbyrdes i henhold til østrigsk ret. Dette fremgår ubestrideligt af formuleringen af det første og det tredje spørgsmål samt af spørgsmål 4 a) og b). Da Verfassungsgerichtshof netop havde annulleret afgørelsen af 20. april 2001 med den begrundelse, at Bundesvergabeamt ikke havde kompetence til at træffe en sådan afgørelse, har disse spørgsmål, der er direkte forbundet med denne afgørelse, mistet deres begrundelse. De er således, selv om man ser bort fra de ovenfor anførte argumenter, der taler herfor, blevet rent hypotetiske.

73. Selv om det andet spørgsmål ikke direkte omhandler afgørelsen af 20. april 2001, er jeg af den overbevisning, at også dette spørgsmål er påvirket af den nævnte afgørelse truffet af Verfassungsgerichtshof. Således var den indholdsmæssige begrundelse for den — annullerede — afgørelse af 20. april 2001 støttet på den antagelse, at udbudsproceduren var ugyldig, idet den indeholdt en udbudsbetingelse, der skulle være i strid med fællesskabsretten, som fortolket af Domstolen i Holst Italia-dommen [15]. Denne antagelse er kernen i det

14 — Inspire Art-dommen, jf. ovenfor i fodnote 11, præmis 45.

15 — Jf. fodnote 4.

andet spørgsmål. Uanset hvor korrekt denne antagelse måtte være, tilkommer det ikke Domstolen at tage stilling hertil, eftersom den udgør en del af en afgørelse, der er truffet af Bundesvergabeamt, og som ikke længere kan have den mindste indflydelse på løsningen af tvisten i hovedsagen.

74. På baggrund af det ovenfor anførte er det min konklusion, at de spørgsmål, Bundesvergabeamt har forelagt Domstolen i denne sag, ikke er relevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, og at de derfor skal afvises, da de udelukkende er hypotetiske.

C — *Realiteten*

75. Hvis Domstolen vælger ikke at følge mit forslag om at afvise alle de forelagte spørgsmål, men alene de spørgsmål, der berøres direkte af Bundesverfassungsgerichtshofs dom af 2. marts 2002, dvs. det første og det tredje spørgsmål samt spørgsmål 4 a) og b), vil jeg subsidiært tage stilling til det andet spørgsmål.

76. Kommissionen har på dette punkt af gode grunde anført, at den forudsætning, der ligger til grund for dette spørgsmål, er ukorrekt, nemlig at det skulle følge af Holst Italia-dommen [16], at den betingelse for tilladelse til anvendelse af underentreprise, der er opstillet i punkt 1.8 i udbudsbetingelserne af 15. marts 2000, er i strid med fællesskabsretten.

77. Direktiv 92/50, der finder anvendelse på udbuddet i den foreliggende sag, indeholder nemlig ingen bestemmelser, der medfører, at et forbud mod underentreprise i sig selv er forbudt. Det fremgår af dette direktivs artikel 25, at den ordregivende myndighed kan anmode den bydende om i sit bud at anføre, hvilken del af kontrakten han agter at give i underentreprise til tredjemand. Endvidere bestemmes det i direktivets artikel 32, stk. 2, litra h), at tjenesteyderens tekniske kapacitet, afhængig af arten, mængden og anvendelsen af de tjenesteydelser, der skal præsteres, bl.a. kan bevises ved at oplyse, hvor stor en del af kontrakten, tjenesteyderen eventuelt agter at give i underentreprise.

78. Som Hauptverband, den østrigske regering og Kommissionen med rette har gjort gældende, skal der for at kunne tages stilling til, om et forbud mod underentreprise kan tillades, sondres mellem et sådant forbud, der forekommer i forbindelse med undersøgelsen af de bydendes formåen, og

16 — Jf. fodnote 4.

et forbud, der forekommer under gennemførelsen af kontrakten, efter at den er tildelt.

79. Holst Italia-dommen [17], som Bundesvergabeamt har henvist til, omhandler bedømmelses- og udvælgelsesfasen ved indgåelsen af kontrakten.

I dommens præmis 26 fastslog Domstolen herom: »Det fremgår således af disse bestemmelsers formål og ordlyd, at ingen kan udelukkes fra at deltage i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt alene med den begrundelse, at han ved aftalens opfyldelse agter at benytte ressourcer, som han ikke selv er i besiddelse af, men som tilhører en eller flere andre juridiske personer.«

I samme doms præmis 31 anførte Domstolen følgende begrundelse: »[...] direktiv 92/50 skal fortolkes således, at en tjenesteyder efter dette direktiv med henblik på at godtgøre, at han opfylder de økonomiske, finansielle og tekniske betingelser for at deltage i en udbudsprocedure vedrørende afslutning af en offentlig tjenesteydelsesaftale, kan henvise til andre virksomheders kvalifikationer, uanset hvorledes han retligt er forbundet med dem, såfremt han kan bevise, at han virkeligt råder over de af disse virksomheders ressourcer, der er nødvendige for at opfylde aftalen [...]«

80. Jeg fortolker denne dom som følger: De potentielle bydende i et udbud kan ikke udelukkes med den begrundelse, at de ikke selv råder over den nødvendige kapacitet til at udføre kontrakten. Et sådant forbud kunne, særligt i tilfælde af større og teknisk komplicerede kontrakter, føre til en betydelig begrænsning af antallet af bydende fra starten. Dermed vil virkningen af direktiv 92/50 blive svækket. Imidlertid kan den ordregivende myndighed for at sikre en korrekt udførelse af kontrakten, efter den er blevet indgået, stille krav om, at den ansøger, der henviser til kapaciteten hos andre virksomheder, indestår for, at han har rådighed over disse virksomheders ressourcer.

81. Det fremgår imidlertid af ordlyden af punkt 1.8 i udbudsbetingelserne, som jeg har gengivet ovenfor i dette forslags punkt 20, at betingelserne ikke omhandler bedømmelses- og udvælgelsesfasen i udbudsproceduren, men den fase, hvor kontrakten om udførelsen af den udbudte opgave indgås.

82. I denne fase er direktiv 92/50 ikke til hinder for et forbud mod eller en begrænsning af brugen af underentrepriser, hvormed den ordregivende myndighed tilsigter

17 — Jf. fodnote 4.

at undgå, at udførelsen af vigtige dele af kontrakten overlades til virksomheder, hvis kapacitet og egenskaber ordregiveren ikke har kunnet kontrollere i løbet af udbudsproceduren. Direktivets artikel 25 finder ifølge sin ordlyd udtrykkeligt anvendelse på bedømmelses- og udvælgelsesfasen i udbudsproceduren. Denne bestemmelse har til formål at give den ordregivende myndighed et overblik over de pågældende virksomheders formåen, hvilket er nødvendigt for at kunne foretage en korrekt vurdering af buddene. Heraf kan der ikke udledes noget argument til støtte for et forbud mod at benytte sig af underentreprise i den fase, hvor der efter tildelingen indgås en kontrakt med den udvalgte bydende om udførelse af opgaven.

83. Det følger heraf, at den forudsætning, som ligger til grund for Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001, dvs. at punkt 1.8 i udbudsbetingelserne er i strid med fællesskabsretten, hvorfor udbuddet skulle have været tilbagekaldt i sin helhed, i sig selv er urigtig.

84. Selv om Bundesvergabeamt ikke i sine spørgsmål har anmodet om en prøvelse af sin fortolkning af Holst Italia-dommen [18], er det min opfattelse, at Domstolen vanskeligt kan lade en åbenbart urigtig fortolkning af sin praksis være uomtalt. Dette gælder så meget desto mere, hvis denne forkerte fortolkning ligger til grund for den forelæggende rets beslutning, som de præjudicielle spørgsmål beror på, og disse spørgsmål af samme grund kan betragtes som hypotetiske.

85. Endvidere gælder det, når der ses bort fra den materielle forudsætning for afgørelsen af 20. april — og hvis det antages, at der har fundet et udbud sted, der indeholdt udbudsbetingelser, der var i strid med fællesskabsretten, eller at udbuddet blev videreført på trods af en afgørelse om denne uforenelighed truffet af en klageinstans som omhandlet i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665 — at gyldigheden og en eventuel annullation af de allerede indgåede kontrakter skal vurderes i henhold til den nationale lovgivning, der finder anvendelse.

86. Denne opfattelse finder bl.a. støtte i Domstolens dom i sagen Alcatel Austria m. fl. [19] og i generaladvokat Albers forslag til afgørelse i dommen i sagen Kommissionen mod Østrig [20].

18 — Jf. fodnote 4.

19 — Dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Sml. I, s. 7671.

20 — Dom af 28.10.1999, sag C-328/96, Sml. I, s. 7479, præmis 48.

VI — Forslag til afgørelse

87. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene således:

»— Spørgsmålene, som Bundesvergabeamt har forelagt ved forelæggelseskendelse af 11. juli 2001, afvises.

— Subsidiært afvises det første og det tredje spørgsmål samt spørgsmål 4 a) og b), mens det andet spørgsmål besvares således:

»Såfremt der er blevet afviklet en udbudsprocedure, der indeholdt en udbudsbetingelse, som er i strid med fællesskabsretten, eller hvis kontrakten er blevet tildelt på trods af en afgørelse om denne uforenelighed, der er truffet af en klageinstans som omhandlet i artikel 2, stk. 8, 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, skal gyldigheden og en eventuel annullation af de allerede indgåede kontrakter vurderes i henhold til den nationale lovgivning, der finder anvendelse.««