DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

18. juni 2002 *

I sag C-92/00,

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

Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-GmbH (HI)

mod

Stadt Wien,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 2, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) samt af direktiv 92/50, som affattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangs-

* Processprog: tysk.

måderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 328, s. 1),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, F. Macken, og dommerne C. Gulmann, J.-P. Puissochet, V. Skouris (refererende dommer), og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: A. Tizzano
justitssekretær: R. Grass,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-GmbH (HI) ved Rechtsanwalt R. Kurbos

— den østrigske regering ved H. Dossi, som befuldmægtiget

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

på grundlag af den refererende dommers rapport,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 28. juni 2001,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 17. februar 2000, indgået til Domstolen den 10. marts 2000, har Vergabekontrollsenat des Landes Wien i medfør af artikel 234 EF forelagt tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 2, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1, herefter »direktiv 89/665«) samt af direktiv 92/50, som affattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 328, s. 1, herefter »direktiv 92/50«).

2 Disse spørgsmål er rejst under en sag mellem det tyske selskab Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-GmbH (herefter »HI«) og Stadt Wien (herefter »byen Wien«) vedrørende sidstnævntes tilbagekaldelse af et udbud om en offentlig tjenesteydelsesaftale, som HI havde afgivet bud på.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

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

»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.«

4 Artikel 2, stk. 1 og 5, 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

[...]

[...]

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

5 Artikel 12, stk. 2, i direktiv 92/50 bestemmer:

»De ordregivende myndigheder underretter hurtigst muligt ansøgere og bydende om, hvilke afgørelser der er truffet med hensyn til kontrakttildelingen, herunder bl.a. begrundelsen for, at de har besluttet ikke at tildele en kontrakt, som har

været udbudt, eller at gøre proceduren om; underretningen sker skriftligt, hvis der anmodes herom. De underretter også De Europæiske Fællesskabers Publikationskontor om disse afgørelser.«

Nationale retsforskrifter

6 Wiener Landesvergabegesetz (lov udstedt af delstaten Wien om indgåelse af offentlige kontrakter, LGBl nr. 36/1995, som ændret ved LGBl nr. 30/1999, herefter »WLVergG«) indeholder følgende bestemmelser i § 32, stk. 2-4, der vedrører »berigtigelse og tilbagekaldelse af udbud«:

»2. Udbuddet kan tilbagekaldes inden udløbet af fristen for afgivelse af bud, såfremt der foreligger omstændigheder, som ville have udelukket foretagelse af udbuddet, hvis de havde været kendt tidligere, eller medført, at det ville have fået et væsentligt andet indhold.

3. Udbuddet skal tilbagekaldes efter udbudsfristens udløb, såfremt der foreligger tvingende grunde dertil. Sådanne tvingende grunde foreligger navnlig, når

1) de i stk. 2 nævnte omstændigheder først blev kendt efter udløbet af fristen for afgivelse af bud,

eller

2) samtlige bud skulle forkastes.

4. Udbuddet kan tilbagekaldes, f.eks. når

1) der ikke er afgivet et økonomisk acceptabelt bud, eller

2) [...] der kun er ét bud tilbage efter forkastelse af de øvrige.«

7 Vergabekontrollsenat des Landes Wien er ifølge WLVergG kompetent til at gennemføre efterprøvelsesprocedurer vedrørende udbud af offentlige kontrakter om leverancer, arbejder og tjenesteydelser.

8 Navnlig er Vergabekontrollsenat ifølge WLVergG's § 94, stk. 2, kompetent til at træffe afgørelse i sager i første og anden instans, og dens afgørelser kan ikke ændres eller ophæves af administrative myndigheder. Ifølge samme bestemmelses stk. 3 er efterprøvelsesproceduren undergivet bestemmelserne i Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (forvaltningsloven) og i Verwaltungsvollstreckungsgesetz (lov om fuldbyrdelse af administrative afgørelser), medmindre der findes særregler herom i WLVergG.

9 WLVergG's § 95 bestemmer:

»1. Vergabekontrollsenat består af syv medlemmer. De udnævnes af delstatens regering for en embedsperiode på seks år. De kan genudnævnes. Tre medlemmer, som også kan være sagkyndige offentligt ansatte ved Wien kommunes magistrat, udnævnes efter høring af kommunalbestyrelsen, et medlem efter høring af Wirtschaftskammer Wien, et medlem efter høring af Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, samt et medlem efter høring af Kammer der Architekten- und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederöstereich und Burgenland. Formanden skal tilhøre dommerstanden og udnævnes efter høring af præsidenten for Oberlandesgericht Wien [...]

2. Medlemmerne og suppleanterne skal have særligt kendskab til offentligt udbud, og de medlemmer og suppleanter, der udnævnes efter høring af kommunalbestyrelsen, særligt kendskab til økonomiske eller tekniske forhold.

[...]

3a. Et medlem skal afsættes fra sit embede ved en af Vergabekontrollsenat truffet afgørelse, såfremt vedkommende på grund af en fysisk eller psykisk mangel er varigt ude af stand til at udøve sit hverv normalt eller groft har tilsidesat sine forpligtelser. Afgørelsen træffes efter høring af det pågældende medlem. Denne kan ikke deltage i afstemningen.

4. Medlemmerne af Vergabekontrollsenat er uafhængige ved udøvelse af deres hverv og ikke bundet af nogen anvisninger.

5. Medlemmerne af Vergabekontrollsenat har tavshedspligt i henhold til artikel 20, stk. 3, i Bundesverfassungsgesetz.

6. Vergabekontrollsenat afholder møde efter indkaldelse fra formanden. Såfremt et medlem er inhabilt eller midlertidigt er forhindret i at give møde, skal suppleanten indkaldes. Medlemmerne af Vergabekontrollsenat kan ikke træffe afgørelse vedrørende en udbudsprocedure, såfremt tildelingen af kontrakten henhører under kompetenceområdet for den institution (for så vidt angår ansatte ved Wien kommunes magistrat, den pågældende tjenestegren, enhed eller bedrift), som de tilhører. Såfremt der er alvorlig tvivl om et medlems upartiskhed, skal han vige sit sæde og anmode om at blive erstattet. Parter kan afvise medlemmer af Vergabekontrollsenat under henvisning til inhabilitet. Vergabekontrollsenat træffer afgørelse om et medlems eventuelle inhabilitet og om indsigelser desangående, uden at det pågældende medlem kan deltage i afstemningen. Navnene på medlemmerne af Vergabekontrollsenat og den institution (for så vidt angår ansatte ved Wien kommune, den pågældende tjenestegren, enhed eller bedrift), som de tilhører, skal på formandens foranledning offentliggøres i Amtsblatt der Stadt Wien i begyndelsen af hvert kalenderår.

7. Afstemningen i klagesager foretages i den af formanden fastlagte rækkefølge. Afgørelsen træffes med simpelt flertal af mindst fem medlemmer. Et medlem kan ikke afholde sig fra at afgive stemme. Møderne er lukkede. Der skal optages beslutningsreferat vedrørende mødets forløb. Afgørelserne skal udfærdiges skriftligt med angivelse af navnene på de medlemmer af Vergabekontrollsenat, som har deltaget i afstemningen. Afgørelsen skal underskrives af formanden [...]

8. Medlemskab af Vergabekontrollsenat er et offentligt tillidshverv. Medlemmerne aflægger ed over for Landeshauptmann.

[...]

10. Vergabekontrollsenat vedtager en forretningsorden.

[...]«

10 WLVergG's § 99, som vedrører »Vergabekontrollsenats kompetence«, bestemmer:

»1. Vergabekontrollsenat har efter påklage kompetence til at træffe afgørelse som omhandlet i følgende bestemmelser:

1) Indtil der er givet tilslag, har Vergabekontrollsenat kompetence til at bringe retsstridige forhold til ophør i henhold til § 101 ved anordning af foreløbige forholdsregler samt til at ophæve retsstridige beslutninger fra ordregivere.

2) Efter at der er givet tilslag, har Vergabekontrollsenat kompetence til at fastslå, om en undladelse af at tildele klageren kontrakten som den bedst bydende beror på en retskrænkelse i nærværende lovs § 47 og § 48, stk. 2's

forstand. Under klagesagen har Vergabekontrollsenat endvidere på ordregiverens begæring kompetence til at fastslå, om en forbigået ansøger eller tilbudsgiver uanset den fastslåede retskrænkelse ikke ville have fået tilslag.

2. Det påhviler alene Vergabekontrollsenat at gennemføre en efterprøvelsesprocedure, såfremt den beslutning, der hævdes at være retsstridig, har væsentlig betydning for udbudsprocedurens udfald.«

11 WLVergG's § 101 bestemmer:

»Vergabekontrollsenat skal ophæve de beslutninger, som en ordregiver har truffet under en udbudsprocedure, såfremt

1) der i den offentlige udbudsbekendtgørelse, hvorved virksomheder opfordres til at afgive bud under en procedure om begrænset udbud eller udbud efter forhandling, eller der i udbudsmaterialet anvendes diskriminerende betingelser med hensyn til tekniske specifikationer eller den økonomiske eller finansielle formåen

2) en ansøger afvises i strid med kriterierne i den offentlige udbudsbekendtgørelse, hvorved virksomhederne opfordres til at afgive bud under en procedure om begrænset udbud eller udbud efter forhandling, og såfremt ordregiveren, hvis de tilsidesatte bestemmelser var blevet overholdt, kunne være kommet til et for klageren gunstigt resultat.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at byen Wien, repræsenteret ved Magistrat der Stadt Wien — Wiener Krankenanstaltenverbund, som ordregivende myndighed offentliggjorde et udbud vedrørende »gennemførelse af projektledelsen med henblik på fuldførelsen af den samlede strategi for madforsyningen i institutioner henhørende under Wiener Krankenanstaltenverbund« i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 24. december 1996 og i Amtsblatt zur *Wiener Zeitung* den 30. december 1996.

13 Efter at der var afgivet bud, herunder bud fra HI, tilbagekaldte byen Wien udbuddet inden for den fastsatte tilslagsfrist. Ved skrivelse af 25. marts 1997 informerede den HI om, at den havde opgivet at gennemføre udbudsproceduren »af tvingende grunde i henhold til WLVergG's § 32, stk. 3, punkt 1«.

14 Som svar på en begæring om oplysninger fra HI gav byen Wien i en skrivelse af 14. april 1997 følgende forklaring på tilbagekaldelsen af udbuddet:

»Som et resultat af den projektledelse, firmaet Humanomed forestod i 1996, blev den oprindelige masterplan ændret. Under de drøftelser heraf, som ledelsen foretog efter udløbet af fristen for indgivelse af bud, men inden udløbet af tilslagsfristen, blev det fastslået, at projektet i fremtiden burde decentraliseres. Det blev derfor besluttet, at der ikke skulle oprettes et centralt koordineringsorgan.

Det er således ikke længere nødvendigt at udpege en ekstern projektleder. Såfremt man havde været bekendt med de nævnte grunde på et tidligere tidspunkt, ville der følgelig ikke have været grundlag for at iværksætte en udbudsprocedure. Hvis det findes nødvendigt at oprette en anden rådgivende ledelse i forbindelse med projektet »madforsyning«, må der iværksættes en udbudsprocedure med andre materielle betingelser.«

15 HI indgav herefter flere klager til Vergabekontrollsenat navnlig med henblik på gennemførelse af en efterprøvelsesprocedure, anordning af foreløbige forholdsregler, bestemmelse om at erklære en række nærmere angivne udbudsdokumenter ugyldige samt krav om, at tilbagekaldelsen af udbuddet blev ophævet. I en skrivelse, hvori det sagsøgende selskab supplerede klagen vedrørende det sidstnævnte krav, fremførte det en række yderligere grunde, som efter dets opfattelse medførte, at tilbagekaldelsen af udbuddet var retsstridigt, og rejste på ny krav om ophævelse af afgørelsen herom.

16 Navnlig anførte HI, at det havde mistanke om, at byen Wien havde direkte eller indirekte andel i selskabet Humanomeds kapital. HI fremhævede, at selskabet havde gjort et væsentligt forarbejde i forbindelse med udbuddet, ledet projektet og haft væsentlig indflydelse på udarbejdelsen af masterplanen, og at byen Wien havde tilbagekaldt udbuddet for at omgå forpligtelsen til at forkaste selskabet Humanomeds bud med det formål at fortsætte samarbejdet med dette selskab. Heraf konkluderede HI, at beslutningen om tilbagekaldelsen var diskriminerende, da den havde til formål at begunstige et østrigsk selskab til skade for en ansøger fra en anden medlemsstat end Republikken Østrig.

17 Ved afgørelser af 30. april og 10. juni 1997 afviste Vergabekontrollsenat kravet om, at tilbagekaldelsen af udbuddet blev ophævet med den begrundelse, at det ifølge WLVergG's § 101 kun er muligt at ophæve visse af de beslutninger, som træffes under en udbudsprocedure, og at disse beslutninger er udtømmende opregnet.

18 Verfassungsgerichtshof (Forfatningsdomstolen) (Østrig), for hvem de sager, HI havde anlagt til prøvelse af disse afslag, blev indbragt, ophævede afgørelserne med den begrundelse, at klagerens forfatningssikrede ret til at få spørgsmålet prøvet ved domstolene var tilsidesat. Forfatningsdomstolen fastslog, at Vergabekontrollsenat var forpligtet til at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt beslutningen om tilbagekaldelse af udbuddet er en beslutning i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665.

19 Den forelæggende ret har for det første fremhævet, at en entreprenør i medfør af national ret kan rejse civilretligt krav om erstatning ved de almindelige domstole, såfremt udbudsproceduren tilbagekaldes på grund af misbrug.

20 Endvidere fremgår det af forelæggelseskendelsen, at det er Vergabekontrollsenats opfattelse, at betingelserne for tilbagekaldelse af et udbud ikke er et spørgsmål, der er reguleret i de direktiver, som fastsætter materielle regler for offentlige tjenesteydelsesaftaler, da beslutningen om en sådan tilbagekaldelse ikke er nogen beslutning i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, og derfor ikke efter dette direktiv skal kunne prøves under en efterprøvelsesprocedure.

21 Da Vergabekontrollsenat er af den opfattelse, at byen Wien har opfyldt kravene i henhold til artikel 12, stk. 2, i direktiv 92/50, rejser den det spørgsmål, om prøvelsen af en beslutning om at tilbagekalde et udbud — såfremt fællesskabsretten stiller krav om, at en sådan beslutning skal kunne gøres til genstand for kontrol — kan begrænses til, om beslutningen er truffet vilkårligt eller proforma.

22 Hvad angår spørgsmålet om, hvilket tidspunkt der er afgørende for bedømmelsen af, om en sådan beslutning er lovlig, anfører den forelæggende ret, at den omstændighed, at det er den ordregivende myndigheds beslutning, som er genstand for efterprøvelsen, og som dermed udgør sagens genstand, taler for, at tidspunktet for denne beslutning er afgørende, men at princippet om den effektive virkning, som fremgår af betragtningerne til direktiv 89/665, taler for at lægge tidspunktet for klageinstansens afgørelse til grund.

23 Af disse grunde har Vergabekontrollsenat des Landes Wien besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det en betingelse efter artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665/EØF [...], at en ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud vedrørende tjenesteydelser kan prøves under en klageprocedure og eventuelt ophæves?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende spørges: Indeholder direktiv [89/665/EØF] eller direktiv 92/50/EØF nogen bestemmelser, som er til hinder for at begrænse prøvelsen til, om tilbagekaldelsen af udbuddet er sket vilkårligt eller proforma?

3) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende spørges: Hvilket tidspunkt er afgørende for bedømmelsen af, om den ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde udbudsproceduren er lovlig?«

Formaliteten med hensyn til de præjudicielle spørgsmål

24 Det skal først undersøges, om Vergabekontrollsenat des Landes Wien udgør en ret ifølge artikel 234 EF, og om dens spørgsmål følgelig kan realitetsbehandles.

25 Ved bedømmelsen af, om det organ, der forelægger et præjudicielt spørgsmål, er en ret ifølge artikel 234 EF — hvilket spørgsmål alene skal afgøres på grundlag af fællesskabsretten — tager Domstolen ifølge fast praksis en helhed af omstændigheder i betragtning, nemlig om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og om det er uafhængigt (jf. bl.a. dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 23, og af 4.2.1999, sag C-103/97, Köllensperger og Atzwanger, Sml. I, s. 551, præmis 17).

26 I så henseende bemærkes for det første, at det fremgår klart af bestemmelserne i WLVergG's § 94, at Vergabekontrollsenat opfylder betingelserne om, at det er oprettet ved lov, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling og træffer afgørelse på grundlag af retsregler.

27 For det andet må det fastslås, at bestemmelserne i WLVergG's § 95, som vedrører Vergabekontrollsenats sammensætning og funktionsmåde, sikrer, at dette organ har en permanent karakter og — når bestemmelsen sammenholdes med § 94, stk. 3 — at det er uafhængigt.

28 Følgelig må Vergabekontrollsenat des Landes Wien anses for en ret ifølge artikel 234 EF, hvorfor dens spørgsmål må fremmes til realitetsbehandling.

Realiteten

Første spørgsmål

29 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Vergabekontrollsenat med det første spørgsmål ønsker oplyst, om en beslutning om tilbagekaldelse af et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale hører til de »beslutninger« fra »de ordregivende myndigheder[]«, for hvilke medlemsstaterne ifølge artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 er forpligtet til at indføre klageprocedurer i national ret, der dels er effektive, dels virker hurtigst muligt.

30 Artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 fastlægger ikke de ulovlige beslutninger, som kan kræves annulleret, men opregner blot de foranstaltninger, som medlemsstaterne er forpligtet til at træffe med henblik på de klageprocedurer, som er omhandlet i direktivets artikel 1 (jf. i denne retning dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, præmis 30 og 31), der fastlægger direktivets anvendelsesområde.

31 Det første spørgsmål må derfor forstås således, at det nærmere betegnet ønskes oplyst, om det er en betingelse efter artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, at den ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde udbuddet vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale kan gøres til genstand for en klageprocedure og i givet fald kan annulleres med den begrundelse, at den tilsidesætter fællesskabsrettens bestemmelser om offentlige kontrakter eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser.

32 For at kunne besvare dette spørgsmål, således som det er omformuleret, må begrebet »de ordregivende myndigheders beslutninger« i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 fortolkes.

33 Den østrigske regering og Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at medlemsstaterne er forpligtet til at indføre klageprocedurer, som gør det muligt at anfægte en beslutning om tilbagekaldelse af udbuddet vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale, hvis tilbagekaldelsen er reguleret af direktiv 92/50. Efter deres opfattelse er en tilbagekaldelse imidlertid udelukkende reguleret af nationale retsforskrifter og derfor ikke omfattet af direktiv 89/665's anvendelsesområde.

34 Navnlig fremhæver Kommissionen, at den i sit forslag til Rådets direktiv 87/C 230/05 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1987 C 230, s. 6) udtrykkeligt havde foreslået, at medlemsstaternes forpligtelse til at indføre klageprocedurer ikke blot omfatter de beslutninger, som de ordregivende myndigheder træffer i strid med Fællesskabets bestemmelser, men også beslutninger truffet i strid med nationale retsforskrifter. Ved behandlingen af forslaget blev forpligtelsen til at indføre klageprocedurer imidlertid begrænset til sit nuværende omfang, hvor den udelukkende omfatter beslutninger, som er i strid med »fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret«.

35 Den østrigske regering anfører, at den antagelse, at en beslutning om tilbagekaldelse af et udbud ikke udgør nogen beslutning i direktiv 89/665's forstand, bekræftes af direktivets artikel 2, stk. 1, litra b), som udelukkende vedrører de beslutninger, den ordregivende myndighed vedtager under en procedure om indgåelse af en offentlig kontrakt, hvorimod en beslutning om tilbagekaldelse af et udbud bringer en sådan procedure til ophør. Såfremt tilbagekaldelsen af et udbud udgør et misbrug, er den nationale lovgiver derfor efter den østrigske regerings opfattelse ifølge direktiv 89/665 alene forpligtet til at sikre, at ansøgerne og de bydende har mulighed for at opnå erstatning.

36 Indledningsvis bemærkes, at medlemsstaterne ifølge artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 er forpligtet til at indføre procedurer, som gør det muligt at indgive klage over de beslutninger, der træffes under en udbudsprocedure, såfremt beslutningerne er i strid med fællesskabsrettens bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser.

37 Hvis en beslutning, der er truffet af en ordregivende myndighed under en procedure om indgåelse af en offentlig kontrakt, er undergivet fællesskabsrettens bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter og således kan komme i strid hermed, følger det af artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, at der skal kunne iværksættes en klageprocedure vedrørende denne beslutning.

38 For at kunne afgøre, om den ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale henhører under de beslutninger, for hvilke medlemsstaterne i medfør af direktiv 89/665 er forpligtet til at indføre klageprocedurer med henblik på annullation, må det følgelig undersøges, om en sådan beslutning er omfattet af fællesskabsrettens regler vedrørende offentlige kontrakter.

39 I så henseende må det konstateres, at den eneste bestemmelse i direktiv 92/50, som særlig vedrører en beslutning om tilbagekaldelse af udbud, er artikel 12, stk. 2, som bl.a. foreskriver, at den ordregivende myndighed, når den beslutter ikke at tildele en kontrakt, hurtigst muligt skal begrunde sin beslutning herom over for ansøgere og bydende.

40 Domstolen har tidligere haft lejlighed til at præcisere omfanget af forpligtelsen til at begrunde en beslutning om ikke at tildele kontrakt i forbindelse med Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54),

som ændret ved direktiv 97/52 (herefter »direktiv 93/37«), der i artikel 8, stk. 2, indeholder en bestemmelse svarende til artikel 12, stk. 2, i direktiv 92/50. Navnlig fastslog Domstolen i dommen af 16. september 1999 i sagen Fracasso og Leitschutz (sag C-27/98, Sml. I, s. 5697, præmis 23 og 25), at den ordregivende myndigheds beføjelse til at undlade at tildele en kontrakt, som har været udbudt — hvilken beføjelse direktiv 93/37 stiltiende anerkender — ikke efter artikel 8, stk. 2, i direktiv 93/37 er begrænset til undtagelsestilfælde eller gjort betinget af, at der foreligger vægtige grunde.

41 Følgelig må artikel 12, stk. 2, i direktiv 92/50 fortolkes således, at den indeholder en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at begrunde sin beslutning over for ansøgere og bydende, såfremt den vælger at tilbagekalde udbuddet vedrørende en offentlig kontrakt, men at dette ikke er ensbetydende med, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at føre udbudsproceduren til ende.

42 Selv om direktiv 92/50 ikke indeholder særlige bestemmelser vedrørende de materielle eller formelle betingelser for en beslutning om at tilbagekalde et udbud, bortset fra at denne skal begrundes, er en sådan beslutning dog undergivet fællesskabsrettens grundlæggende principper, navnlig EF-traktatens principper vedrørende etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

43 I den forbindelse bemærkes, at samordningen på fællesskabsplan af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter ifølge Domstolens faste praksis har til formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat (jf. bl.a. dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16, og af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, præmis 32).

44 Direktiv 92/50 forfølger et sådant formål. Som det fremgår af 20. betragtning, tilsigter forordningen i kraft af en forbedring af tjenesteydernes adgang til udbudsprocedurerne at afskaffe enhver praksis, der er konkurrencebegrænsende i almindelighed, og som begrænser andre medlemsstaters statsborgeres deltagelse i kontrakter i særdeleshed.

45 Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemskuelighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt (jf. i denne retning dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 31, og af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 61).

46 I så henseende bør det fremhæves, at kravet i artikel 12, stk. 2, i direktiv 92/50 om, at der gives en begrundelse for en beslutning om at tilbagekalde et udbud, netop er begrundet i ønsket om at sikre et vist minimum af gennemskuelighed i de procedurer om tildeling af offentlige kontrakter, som direktivet finder anvendelse på, og dermed at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

47 Selv om direktiv 92/50 ikke indeholder særlige bestemmelser om betingelserne for tilbagekaldelse af et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale, er de ordregivende myndigheder som følge af det anførte forpligtet til, når de vedtager en beslutning, at overholde traktatens grundlæggende bestemmelser i almindelighed og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed (jf. analogt Telaustria og Telefonadress-dommen, som vedrørte indgåelsen af offentlige indkøbsaftaler, præmis 60).

48 Da en ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale er omfattet af de pågældende materielle regler i fællesskabsretten, må det konkluderes, at en sådan beslutning også er omfattet af de bestemmelser, som er fastsat i direktiv 89/665 med henblik på at sikre overholdelsen af fællesskabsrettens forskrifter vedrørende offentlige kontrakter.

49 Denne konstatering bekræftes for det første af ordlyden af bestemmelserne i direktiv 89/665. Som Domstolen fremhævede i præmis 35 i Alcatel Austria m.fl.-dommen, indeholder bestemmelsen i dette direktivs artikel 1, stk. 1, ikke nogen begrænsninger vedrørende de heri omhandlede beslutningers art og indhold. En sådan begrænsning kan heller ikke udledes af ordlyden af dette direktivs artikel 2, stk. 1, litra b) (jf. i denne retning Alcatel Austria m.fl.-dommen, præmis 32). I øvrigt vil det være uforeneligt med samme direktivs artikel 2, stk. 1, litra a) — hvorefter medlemsstaterne skal sikre, at der kan træffes midlertidige foranstaltninger hvad angår alle de beslutninger, der træffes af de ordregivende myndigheder — at anlægge en indskrænkende fortolkning af de »beslutninger«, for hvilke medlemsstaterne skal sikre indførelse af en klageprocedure.

50 Også ifølge opbygningen af direktiv 89/665 er det nødvendigt at fortolke dette begreb vidt, da medlemsstaterne ifølge artikel 2, stk. 5, når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at den ordregivende myndigheds beslutning er ulovlig, kan bestemme, at den anfægtede beslutning først skal annulleres.

51 Hvis man antog, at medlemsstaterne ikke var forpligtet til at indføre klageprocedurer med henblik på annullation af beslutninger om tilbagekaldelse af udbud, kunne de nemlig ved at udnytte deres beføjelse efter den bestemmelse, som er nævnt i den foregående præmis, fratage bydende, som lider skade ved sådanne beslutninger, der er truffet i strid med fællesskabsrettens bestemmelser, muligheden for at anlægge erstatningssag.

52 Endelig må det fastslås, at enhver anden fortolkning ville skade den effektive virkning af direktiv 89/665. Som det fremgår af første og anden betragtning har dette direktiv nemlig til formål, såvel på nationalt plan som på fællesskabsplan, at styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af Fællesskabets direktiver om indgåelse af offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør, og det er netop for at sikre overholdelsen af disse direktiver, at artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 pålægger medlemsstaterne at træffe foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og hurtigst muligt kan indgives klage over de pågældende beslutninger (jf. i denne retning Alcatel Austria m.fl.-dommen, præmis 33 og 34).

53 Den fuldstændige opfyldelse af formålet med direktiv 89/665 ville imidlertid blive bragt i fare, hvis de ordregivende myndigheder havde mulighed for at tilbagekalde et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale uden at skulle følge de procedurer for en domstolskontrol, der skal sikre den faktiske overholdelse på alle punkter af de direktiver, som fastsætter materielle regler om offentlige kontrakter, og af de principper, som disse direktiver bygger på.

54 På grundlag af de foranstående betragtninger må det fastslås, at en beslutning om tilbagekaldelse af et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale henhører under de beslutninger, for hvilke medlemsstaterne i medfør af direktiv 89/665 er forpligtet til at indføre klageprocedurer med henblik på annullation for at sikre overholdelsen af fællesskabsrettens bestemmelser om offentlige kontrakter og de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser.

55 Det første spørgsmål må herefter besvares med, at det er en betingelse efter artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, at den ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale kan gøres til genstand for en klageprocedure og i givet fald kan annulleres med den begrundelse, at den tilsidesætter fællesskabsrettens bestemmelser om offentlige kontrakter eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser.

Andet spørgsmål

56 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en national ordning, som begrænser prøvelsen af, om tilbagekaldelsen af et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale er lovlig, til spørgsmålet om tilbagekaldelsen er sket vilkårligt, er forenelig med bestemmelserne i direktiv 89/665 og 92/50.

57 Herom bemærkes indledningsvis, at spørgsmålet vedrørende omfanget af domstolskontrollen med en beslutning, som er vedtaget under en procedure om indgåelse af offentlige kontrakter, ikke er reguleret i direktiv 92/50, men udelukkende i direktiv 89/665. Det andet spørgsmål må derfor forstås således, at det ønskes oplyst, om direktiv 89/665 er til hinder for en national ordning, som begrænser prøvelsen af, om tilbagekaldelsen af et udbud er lovligt, til spørgsmålet, om tilbagekaldelsen er sket vilkårligt.

58 Da direktiv 89/665 er begrænset til en samordning af de gældende ordninger i medlemsstaterne med henblik på at sikre den fulde og effektive anvendelse af de direktiver, som indeholder materielle regler vedrørende offentlige kontrakter, fastlægger den ikke udtrykkeligt omfanget af de klageprocedurer, som medlemsstaterne skal indføre i denne forbindelse.

59 Følgelig bør spørgsmålet om omfanget af den domstolskontrol, der udøves i forbindelse med de klageprocedurer, der er omhandlet i direktiv 89/665, bedømmes på grundlag af dette direktivs formål under skyldig hensyntagen til, at dettes effektivitet ikke bringes i fare.

60 I så henseende bemærkes, som det fremgår af sjette betragtning til og artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, at direktivet pålægger medlemsstaterne at indføre passende procedurer, som gør det muligt at indgive klage, såfremt en procedure om indgåelse af offentlige kontrakter er ulovlig.

61 Under hensyn til formålet med direktiv 89/665, som er at forstærke klageprocedurerne, kan omfanget af den retlige kontrol, der skal udøves i forbindelse med de heri omhandlede klageprocedurer, i mangel af modstående angivelser ikke fortolkes indskrænkende.

62 Følgelig bør de nationale domstole selv i tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder råder over et vidt skøn med hensyn til at tilbagekalde udbud, således som det er tilfældet i hovedsagen, i medfør af direktiv 89/665 have mulighed for at efterprøve, om en beslutning om tilbagekaldelse af udbud er forenelig med de pågældende bestemmelser i fællesskabsretten.

63 Det må derfor fastslås, at direktiv 89/665 hverken efter sin ordlyd eller sit formål indeholder grundlag for at antage, at medlemsstaterne kan begrænse efterprøvelsen af, hvorvidt en beslutning om at tilbagekalde et udbud, er lovligt, til spørgsmålet, om tilbagekaldelsen er sket vilkårligt.

64 Følgelig må det andet spørgsmål besvares med, at direktiv 89/665 er til hinder for, at en national ordning begrænser efterprøvelsen af, om tilbagekaldelsen af et udbud er lovlig, til spørgsmålet, om tilbagekaldelsen er sket vilkårligt.

Tredje spørgsmål

65 Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, hvilket tidspunkt der er afgørende for bedømmelsen af, om den ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud er lovlig

66 Det er herom tilstrækkeligt at fastslå, at direktiv 89/665 udelukkende har til formål at samordne de allerede eksisterende ordninger i medlemsstaterne for at sikre den faktiske overholdelse af fællesskabsrettens bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter, hvorfor direktivet ikke indeholder nogen forskrifter om, hvilket tidspunkt der må anses for afgørende for bedømmelsen af, om en beslutning om tilbagekaldelse af udbud er lovlig.

67 Da der ikke findes særlige fællesskabsretlige bestemmelser på området, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at bestemme, hvilket tidspunkt der må anses for afgørende for bedømmelsen af, om en beslutning om tilbagekaldelse er lovlig, dog således, at de nationale forskrifter herom ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål i national ret (ækvivalensprincippet) og ikke i praksis må gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tilkommer de pågældende efter Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet) (jf. ved en analogi domme af 20.9.2001, sag C-390/98, Banks, Sml. I, s. 6117, præmis 121, og sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297, præmis 29).

68 Det tredje spørgsmål må derfor besvares med, at det skal afgøres efter national ret, hvilket tidspunkt der er afgørende for bedømmelsen af, om den ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud er lovlig, idet de nationale retsforskrifter herom dog ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål i national ret eller i praksis gøre det umuligt eller uforholds-

mæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tilkommer de pågældende efter Fællesskabets retsorden.

Sagens omkostninger

69 De udgifter, der er afholdt af den østrigske 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 Vergabekontrollsenat des Landes Wien af 17. februar 2000, for ret:

1) **Det er en betingelse efter artikel 1, stk. 1, 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, at den ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale kan gøres til genstand for en klageprocedure og i givet fald kan annulleres med den begrundelse, at den tilsidesætter fællesskabsrettens bestemmelser om offentlige kontrakter eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser.

2) Direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 92/50, er til hinder for, at en national ordning begrænser efterprøvelsen af, om tilbagekaldelsen af et udbud er lovlig, til spørgsmålet, om tilbagekaldelsen er sket vilkårligt.

3) Det skal afgøres efter national ret, hvilket tidspunkt der er afgørende for bedømmelsen af, om den ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud er lovlig, idet de nationale retsforskrifter herom dog ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål i national ret eller i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tilkommer de pågældende efter Fællesskabets retsorden.

Macken Gulmann Puissochet

Skouris Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. juni 2002.

R. Grass F. Macken

Justitssekretær Formand for Sjette Afdeling