FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

fremsat den 15. marts 2005 [1]

I — Indledning

1. Den foreliggende præjudicielle sag vedrører adgangen til at påklage de ordregivende myndigheders beslutninger om tildeling af kontrakt, nærmere bestemt den søgsmålskompetence, der tilkommer det enkelte medlem af en »association momentanée« i henhold til belgisk ret (herefter »konsortium«), der ifølge fællesskabsretten er en sammenslutning af entreprenører (eller en »gruppe af økonomiske aktører« ifølge de nye udbudsdirektiver [2]).

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

2. Artikel 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 indkøbssamt bygge- og anlægskontrakter [3] (herefter »direktivet«) bestemmer bl.a.:

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Artikel 4, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 134, s. 114) og artikel 11, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) (EFT L 134, s. 1).

3 — EFT L 395, s. 33, som affattet ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

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.«

3. Artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 bestemmer bl.a.:

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

[...]

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

[...]«

4. Artikel 21 i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter[4] bestemmer:

»Der kan afgives bud af sammenslutninger af entreprenører. Det kan ikke forlanges af sådanne sammenslutninger, at de med henblik på afgivelse af bud antager en bestemt retlig form, men den udvalgte sammenslutning kan være nødsaget til at foretage en sådan ændring, når den har fået tildelt kontrakten.«

4 — EFT L 199, s. 54, som senere ændret.

B — *National ret*

5. De relevante bestemmelser findes i artikel 19, stk. 1, i lovene om Conseil d'État, der blev samordnet den 12. januar 1973, og som bl.a. regulerer spørgsmålet om søgsmålskompetence i sager, hvor der er nedlagt påstand om annullation.

6. Artikel 53 i code des sociétés (belgisk selskabslov) regulerer væsentlige aspekter af spørgsmålet om legitimation udadtil for en »association momentanée«.

7. Artikel 552, stk. 2, i code des sociétés bestemmer, at et »société anonyme« bl.a. for domstolene repræsenteres af dets bestyrelse. Bestemmelsen giver endvidere mulighed for, at det i vedtægterne kan bestemmes, at et eller flere medlemmer af bestyrelsen kan repræsentere denne.

III — Sagens faktiske omstændigheder, den forudgående administrative procedure og de præjudicielle spørgsmål

8. Den 30. september 1997 offentliggjorde Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (herefter »FOREM«) en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, hvori kontraktens genstand blev beskrevet således: »tegning, opførelse og finansiering af en bygning på ca. 6 500 m^2 (netto) over jorden til brug for FOREM's administration (regionaldirektoratet i Liège)«; det blev ligeledes præciseret, at der var fri adgang til at afgive alternative bud. Der blev efterfølgende offentliggjort fire berigtigelser.

9. Den 20. februar 1998 blev buddene åbnet. Der var afgivet fem bud, heriblandt buddene fra to sammenslutninger af entreprenører (associations momentanées, konsortier), nemlig Espace Trianon-Sofibail og C.I.D.P.-B.P.C. Sammenslutningen Trianon-Sofibail består af Espace Trianon SA (herefter »Espace«) og Société Wallone de Location-Financement SA (herefter »Sofibail«).

10. Den 22. december 1998 besluttede FOREM's forvaltningskomité at tildele kontrakten vedrørende tegning, opførelse og finansiering af en bygning på ca. 6 500 m^2 netto over jorden til brug for FOREM's administration, regionaldirektorat i Liège, til konsortiet C.I.D.P.-B.P.C.

11. Den 8. januar 1999 godkendte forvaltningskomitéen for FOREM »den begrundede

beslutning som vedtaget på mødet den 22. december 1998«.

12. Den 25. januar 1999 blev beslutningen om tildeling meddelt Espace og »Sofibail«.

13. Den 19. februar 1999 anlagde Espace og Sofibail sag ved Conseil d'État med påstand om annullation af beslutningen om tildeling af kontrakten.

14. Den 8. marts 1999 anlagde Espace og Sofibail sag ved Conseil d'État med påstand om annullation af godkendelsen af 8. januar 1998.

15. I forbindelse med afgørelsen af, om sagerne kunne antages til realitetsbehandling, fandt Conseil d'État, at de på Espaces' vegne trufne beslutninger om sagsanlæg ikke var lovlige, idet de ikke var truffet af selskabets bestyrelse, som fastsat i dets vedtægter. De af Sofibail trufne beslutninger var derimod lovlige.

16. Henset til at buddet var blevet afgivet på vegne af sammenslutningen af entreprenører Espace-Sofibail, og at en af dens medlemmes beslutning ikke var lovlig, efterprøvede Conseil d'État, hvilke konsekvenser dette havde for sagernes antagelse til realitetsbehandling.

17. Ved dom af 25. februar 2004 besluttede Conseil d'État at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er artikel 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 til hinder for en bestemmelse i en national lovgivning som artikel 19, stk. 1, i lovene om Conseil d'État, der blev samordnet den 12. januar 1973, og som fortolkes således, at den forpligter medlemmerne af et konsortium, som ikke er en juridisk person, og som i egenskab af et sådant deltog i en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt, uden at få den nævnte kontrakt tildelt, til at klage i fællesskab — enten som medlemmer af konsortiet eller i deres eget navn — når der klages over beslutningen om tildeling af den nævnte kontrakt?

2) Skal spørgsmålet besvares anderledes i det tilfælde, hvor medlemmerne af konsortiet har klaget i fællesskab, men hvor et af medlemmernes klage må afvises?

3) Er artikel 1 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samord-

ning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter til hinder for en bestemmelse i en national lovgivning som artikel 19, stk. 1, i lovene om Conseil d'État, der blev samordnet den 12. januar 1973, og som fortolkes således, at den forbyder et medlem af et sådant konsortium på egne vegne, enten i medlemmets egenskab af medlem af konsortiet eller i medlemmets eget navn, at klage over en beslutning om tildeling?«

præjudiciel anmodning i henhold til artikel 234 EF. De spørgsmål, som er forelagt i denne sag, skal følgelig forstås således, at de tager sigte på en fortolkning af fællesskabsretten.

20. Mens det første og det tredje præjudicielle spørgsmål angår det principielle problem med hensyn til, hvilken søgsmålskompetence der tilkommer de enkelte medlemmer af en sammenslutning af entreprenører, angår det andet præjudicielle spørgsmål alene den situation, at samtlige medlemmer af sammenslutningen af enterprenører i fællesskab har indgivet klage, men hvor ét af medlemmernes klage skal afvises.

IV — Stillingtagen

A — *Generelle bemærkninger*

18. Samtlige tre præjudicielle spørgsmål vedrører i det væsentlige de fællesskabsretlige regler om, hvorvidt klager indgivet af medlemmer af en sammenslutning af entreprenører kan antages til realitetsbehandling, navnlig for så vidt angår et konsortium i henhold til belgisk ret.

19. Henset til de præjudicielle spørgsmåls formulering bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt national ret er forenelig med fællesskabsretten, ikke kan være genstand for en

21. De retsspørgsmål, der opstår i denne forbindelse, skal imidlertid betragtes særskilt i forhold til det spørgsmål — der ikke er genstand for nærværende sag — om, og under hvilke betingelser, fællesskabsretten kræver, at der indrømmes en sammenslutning af entreprenører søgsmålskompetence inden for rammerne af de klageprocedurer, der er indført med direktivet.

22. Nærværende vurdering skal imidlertid af processuelle hensyn også i en anden henseende begrænses til de særlige omstændigheder i den foreliggende præjudicielle anmodning.

23. Hovedsagen, dvs. den nationale klageprocedure, angår således efterprøvelsen af en beslutning, som ordregiver har truffet om indgåelse af en kontrakt, dvs. tildelingen. De besvarelser, der gives under nærværende præjudicielle sag, kan imidlertid ikke uden videre overføres til klager over andre beslutninger, som ordregiver har truffet, f.eks. at en ansøger ikke er blevet udvalgt som tilbudsgiver, dvs. ikke opfordret til at afgive bud, eller at bud ikke antages. Det bemærkes endvidere, at hovedsagen angår annullation af en beslutning.

24. Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål er følgelig begrænset til at angå omstændigheder svarende til dem, der foreligger i hovedsagen. Dette betyder, at fællesskabsretten i givet fald kan medføre andre forpligtelser i forbindelse med den blotte konstatering af en ulovlighed og ved tilkendelse af skadeserstatning.

25. Hertil kommer, at den sammenslutning af entreprenører, som hovedsagen angår, er stiftet i henhold til aftale og ikke — så vidt det fremgår af oplysningerne i sagen — er en juridisk person i henhold til national ret.

26. I denne forbindelse henvises imidlertid til, at de materielle udbudsdirektiver, såvel de ældre som de nye, udtrykkeligt giver mulighed for, at »sammenslutninger af entreprenører« eller »grupper af økonomiske aktører« kan være tilbudsgivere. Fællesskabsretten indrømmer således disse ansøgere og tilbudsgivere visse rettigheder, navnlig retten til at deltage i en udbudsprocedure. Det følger således af fællesskabsretten, at sammenslutninger af entreprenører har en delvis retsevne.

27. Endvidere skal jeg under nærværende præjudicielle forelæggelse alene komme ind på henholdsvis spørgsmålet om reglen om enstemmighed og manglende søgsmålskompetence for enkelte medlemmer af en sammenslutning af entreprenører, men ikke på spørgsmålet om forenelighed med andre eksisterende eller tænkelige nationale ordninger i medlemsstaterne for så vidt angår klageadgangen for medlemmerne af en sammenslutning af entreprenører.

28. Endelig bemærkes, at såfremt fællesskabsretten forpligter medlemsstaterne til at indrømme sammenslutningen som sådan søgsmålskompetence, er de enkelte deltageres søgsmålskompetence ikke længere påkrævet for at sikre en effektiv retsbeskyttelse. I så fald ville det her omtvistede retsspørgsmål alene være et spørgsmål om, hvem der kan handle på vegne af den søgsmålskompetente sammenslutning af entreprenører.

B — *Det første og det tredje præjudicielle spørgsmål*

29. Såvel det første som det tredje præjudicielle spørgsmål tager udgangspunkt i den nationale ordning, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, hvorefter alene samtlige medlemmer af et konsortium, og ikke tillige et enkelt medlem, kan lade den ordregivende myndigheds beslutning om tildeling efterprøve, dvs. kan anlægge sag til prøvelse af denne beslutning. Det første og det tredje præjudicielle spørgsmål bør derfor besvares under ét.

1) Udgangspunkt: begrebet »interesse« i direktivets forstand

30. Udgangspunktet findes i de betingelser, der er fastsat i direktivets artikel 1, stk. 3, for søgsmålskompetence. I henhold hertil skal medlemsstaterne sikre, 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.

31. Domstolen har i sin praksis vedrørende søgsmålskompetence til stadighed understreget [5], at opfyldelsen af disse betingelser er afgørende i henhold til fællesskabsretten.

32. Makedoniko-dommen, der vedrører en sammenslutning af entreprenører, giver værdifuld vejledning for den foreliggende præjudicielle sag. I den nævnte dom lagde Domstolen til grund, at det er »på grundlag af« de forhold, der nævnes i direktivets artikel 1, stk. 3, »at spørgsmålet, om en sammenslutning af entreprenører [...] skal have adgang til de klageprocedurer, der er fastsat i direktiv 89/665, [skal bedømmes]« [6].

33. Domstolen finder følgelig, at det er afgørende, om sammenslutningen af entreprenører kan anses for at have eller have haft interesse i at opnå den omhandlede kontrakt, og for at have lidt eller vil kunne lide skade som følge af ordregivers beslutning, i den forstand, hvori disse udtryk er anvendt i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 [7].

34. Dette kan overføres på problemstillingen i den foreliggende præjudicielle sag, der angår søgsmålskompetencen, ikke for sam-

5 — Dom af 23.1.2003, sag C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki, Sml. I, s. 1091, præmis 65, og af 12.2.2004, sag C-230/02, Grossmann Air Service, Sml. I, s. 1791, præmis 25.

6 — Dom i sag C-57/01, nævnt i fodnote 5, præmis 66.

7 — Dom i sag C-57/01, nævnt i fodnote 5, præmis 72.

menslutningen af entreprenører som sådan, men for dens medlemmer.

35. I henhold til direktivet skal der således indrømmes søgsmålskompetence for den, der har interesse i at opnå den kontrakt, som vil være genstand for klageproceduren. For så vidt angår søgsmålskompetencen og den interesse, som denne forudsætter, bemærkes endvidere, at en klageadgang ikke kan være begrundet i en hvilken som helst interesse.

36. Dette skal også understreges for så vidt angår sammenslutninger af entreprenører. Denne supplerende bemærkning skyldes, at der både kan være forskel mellem sammenslutningen og dens medlemmers interesser og mellem de enkelte medlemmers interesser, hvilket Kommissionen i øvrigt også har understreget.

37. Medlemmerne af en sammenslutning af entreprenører har ganske vist interesse i, at den sammenslutning, de indgår i, har økonomisk succes. Et medlem af en sammenslutning af entreprenører har imidlertid alene interesse i, at *sammenslutningen* får tildelt kontrakten, men ikke i, at medlemmet *selv* tildeles kontrakten.

38. Spørgsmålet, om der foreligger en interesse *i den forstand*, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, stk. 3, skal afgøres på grundlag af de udbudsrelevante aktiviteter, der udøves af sammenslutningen af entreprenører.

39. I modsætning til det af Kommissionen anførte, skal medlemsstaterne nemlig som udgangspunkt alene sikre, at erhvervsdrivende, der har deltaget i den udbudsprocedure, som begæres efterprøvet, har søgsmålskompetence [8].

40. Der findes ganske vist undtagelser fra denne regel, men disse gælder kun i bestemte situationer: Deltagelse i en udbudsprocedure kan ikke kræves som forudsætning, såfremt ordregiver ikke har gennemført en formel udbudsprocedure [9]. Tilsvarende har også en virksomhed, der alene har undladt at deltage, fordi det syntes udsigtsløst på baggrund af udbudsbetingelserne, også adgang til de klageprocedurer, der er indført i henhold til direktivet [10].

41. Ifølge Domstolens praksis kan der følgelig kun bortses fra kravet om deltagelse i en

8 — Dom i sag C-230/02, nævnt i fodnote 5, præmis 27.

9 — Dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle, Sml. I, s. 1, præmis 34 og 41 ff.

10 — Dom i sag C-230/02, nævnt i fodnote 5, præmis 28 f.

udbudsprocedure i de situationer, hvor deltagelse ikke var mulig eller i det mindste forekom udsigtsløs. Det afgørende er således, at den manglende mulighed for at deltage i en udbudsprocedure med positivt resultat skyldes den ordregivende myndigheds adfærd. De tilfælde af *umulighed*, der skyldes, at en virksomhed slet ikke *ønsker* at deltage i en udbudsprocedure, skal imidlertid udeholdes. Dette gælder tillige de enkelte medlemmer af en sammenslutning af entreprenører, der ikke selv *ønsker* at deltage i en udbudsprocedure.

42. For så vidt angår virksomheder, der slutter sig sammen i en sammenslutning af entreprenører, idet de ikke enkeltvis vil kunne deltage med positivt resultat, bemærkes, at deres manglende kapacitet ikke skyldes den ordregivende myndigheds adfærd.

43. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund i hovedsagen, adskiller sig følgelig fra de tilfælde af umulighed, hvor der ikke kan kræves deltagelse, på endnu et punkt: Deltagelse har fundet sted, og der blev endog givet bud. Den omstændighed, at dette blev afgivet på vegne af sammenslutningen af entreprenører, og ikke af de enkelte medlemmer, er ikke afgørende. Medlemmerne optræder nemlig ikke under klageproceduren som virksomheder uden tilknytning til den bydende, dvs. sammenslutningen, men som medlemmer af denne. Henset til at de enkelte virksomheder således påberåber sig, at de optræder som medlemmer af en sammenslutning af entreprenører, må det følgelig også være sammenslutningens adfærd, der skal tilregnes dem, eller lægges dem til last.

2) Materiel rets betydning for søgsmålskompetencen

44. Den processuelle ret til at indgive en klage følger således af den materielle deltagelse i en udbudsprocedure, enten som ansøger eller, som det er tilfældet i hovedsagen, som bydende.

45. Denne parallelitet forekommer også i Makedoniko Metro-dommen, hvori det fastslås, »at hvis en beslutning, som er truffet af en ordregivende myndighed, skader de rettigheder, fællesskabsretten tillægger en sammenslutning af entreprenører inden for rammerne af en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, skal denne sammenslutning have adgang til de i direktiv 89/665 fastsatte klageprocedurer« [11].

11 — Dom i sag C-57/01, nævnt i fodnote 5, præmis 73.

46. Ifølge fællesskabsretten skal der følgelig indrømmes søgsmålskompetence til den, der råder over de materielle rettigheder. Ved sammenslutninger af entreprenører tilkommer de rettigheder, der følger af udbudsdirektiverne, imidlertid sammenslutningerne som sådan. Det er netop sammenslutningen, der under en udbudsprocedure optræder som sådan udadtil. Det er således også kun denne, der kan være adressat for en beslutning om tildeling.

47. Tilsvarende kan den omstændighed, at også medlemmerne af en sammenslutning af entreprenører i henhold til national ret — eventuelt sågar udadtil — kan være pålagt visse forpligtelser, være afgørende for national processuel ret. Princippet om parallelitet mellem materielle rettigheder og forpligtelser på den ene side og retsbeskyttelse på den anden side kan også være af betydning i national ret.

48. Besvarelsen af disse præjudicielle spørgsmål skal ifølge fællesskabsretten således ske under hensyn til princippet om, at direktivet har til formål at gennemføre rettigheder, der udledes af de materielle direktiver om offentlige kontrakter.

49. Såfremt man anvender dette princip på tvisten i hovedsagen, fører det til, at direktivet alene skal sikre retsbeskyttelse for *de bydende*, konkret altså sammenslutningen af entreprenører. Tvisten i hovedsagen kendetegnes af de faktiske omstændigheder, der er typiske med hensyn til sammenslutninger af entreprenører, nemlig at de bydende ikke individuelt ville være i stand til at udføre hele ordren som følge af deres specialisering. Det bemærkes, at dette heller ikke var deres hensigt.

50. Parallelitetsprincippet taler således snarere imod, at der ifølge direktivet tillige skal indrømmes de enkelte medlemmer søgsmålskompetence.

51. Af direktivet kan der følgelig kun udledes en søgsmålskompetence for sammenslutningen af entreprenører som sådan. Det følger således heraf, at de enkelte medlemmer af en sådan sammenslutning ikke i henhold til fællesskabsretten har ret til at påklage en beslutning om tildeling i *eget* navn.

52. Herefter skal det fortsat afklares, om medlemmerne af en sammenslutning af entreprenører i det mindste individuelt kan indlede en klageprocedure i sammenslutningens navn.

53. I denne forbindelse, som ved alle nationale processuelle regler, henvises til principperne om ækvivalens og effektivitet.

54. Disse fællesskabsretlige principper er for så vidt angår den udbudsretlige retsbeskyttelse endog udtrykkeligt sikret i direktivets artikel 1. Med hensyn til kravet om effektivitet forpligtes medlemsstaterne ved direktivets artikel 1, stk. 1, til at sikre, at der *effektivt* og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger. De retningslinjer, der følger af det i denne forbindelse relevante krav om effektivitet, er imidlertid ikke fast definerede.

55. Domstolen har således i en sag, der angår den udbudsretlige retsbeskyttelse, understreget, at med henblik på »anvendelsen af effektivitetsprincippet skal hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om, hvorvidt en national processuel bestemmelse gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at anvende fællesskabsretten, bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn« [12].

56. I Fritsch-dommen understregede Domstolen et andet princip:

»Det bemærkes tillige, at den omstændighed, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 udtrykkeligt giver medlemsstaterne hjemmel til at fastsætte de nærmere bestemmelser, hvorefter de skal give alle personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse, adgang til de i direktivet fastsatte klageprocedurer, imidlertid ikke giver dem mulighed for at anlægge en fortolkning af begrebet »interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt«, som kan være til skade for direktivets effektive virkning« [13].

57. I Grossmann Air Service-dommen anerkendte Domstolen endog principielt lovligheden af nationale bestemmelser, som indeholder en nærmere definition af begrebet »interesse«, og som følgelig begrænser søgsmålskompetencen:

»Under disse omstændigheder kan afvisningen af at anerkende, at en person, der hverken har deltaget i udbuddet af kontrakten eller klaget over den ordregivende myndigheds beslutning, der fastsætter udbudsbetingelserne, har interesse i at opnå den omhandlede kontrakt og dermed skal gives adgang til klageprocedurerne i direktiv

12 — Dom af 27.2.2003, sag C-327/00, Santex, Sml. I, s. 1877, præmis 56, jf. dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 14.

13 — Dom af 19.6.2003, sag C-410/01, Fritsch m.fl., Sml. I, s. 6413, præmis 34.

89/665, ikke skade den effektive virkning af det nævnte direktiv« [14].

58. Det kan således udledes af den nævnte retspraksis, at det alene er sammenslutningen af entreprenører, der har den interesse, der er nødvendig for søgsmålskompetencen, men ikke det enkelte medlem.

3) Vurdering af virkningerne af kravet om enstemmighed

59. De virkninger, der følger af kravet om enstemmighed, skal tillige vurderes på grundlag af principperne om ækvivalens og effektivitet.

60. Dette gælder i henseende til den af Kommissionen nævnte virkning, hvorefter kravet om enstemmighed begrænser mulighederne for at indlede en klageprocedure; denne begrænsning vejer så meget desto tungere som følge af det krav om hurtighed, der gælder på området for indgåelse af offentlige kontrakter.

61. Imidlertid skal også andre bydende end sammenslutninger af entreprenører opfylde tilsvarende procesforudsætninger og påse, at de er repræsenteret i overensstemmelse med, hvad der gælder for den konkrete retlige form, der er valgt. Også for så vidt angår sammenslutninger er der således strengt taget kun tale om den interne meningsdannelse, således som denne også finder sted for andre bydende.

62. Den omstændighed, at kravet om enstemmighed endvidere kan medføre, at varetagelsen af sammenslutningens interesser kan afhænge af et enkelt medlem, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at de nævnte principper er tilsidesat. Et samarbejde mellem de enkelte medlemmer af en sammenslutning af entreprenører er nemlig ikke specielt inden for udbudsretten; derimod er det nødvendigt med et samarbejde allerede inden deltagelsen i en udbudsprocedure, og navnlig længe inden der afgives bud, f.eks. ved sammenslutningens etablering.

63. Den omstændighed, at de enkelte medlemmer kan have forskellige interesser, kan for så vidt angår kravet om enstemmighed ganske vist vanskeliggøre indledningen af en klageprocedure, men man må ikke se bort fra, at flertallet af medlemmerne kan have andre interesser end de enkelte medlemmer, også i relation til spørgsmålet om en klageprocedure.

14 — Dom i sag C-230/02, nævnt i fodnote 5, præmis 39.

64. Kommissionen finder, at kravet om enstemmighed tilskynder sammenslutninger af entreprenører til at vælge en bestemt retlig form. Hertil bemærkes, at denne regel snarere fører til, at der tages afstand fra en bestemt retlig form.

65. I øvrigt skal enhver sammenslutning af entreprenører indgå i et samarbejde under konkrete former, normalt ved indgåelse af en aftale. Heri finder jeg imidlertid ikke, til forskel fra Kommissionen, at der foreligger en overtrædelse af artikel 21 i direktiv 93/37. Det indebærer nemlig ikke et krav om anvendelse af en bestemt retlig form. Beslutningen om at danne en sammenslutning af entreprenører træffes bevidst og med kendskab til de fordele og ulemper, der er forbundet dermed.

66. En sådan aftale kan også regulere udøvelsen af klageadgangen. De fordele, der følger for de enkelte medlemmer af en sådan aftale, kan imidlertid ikke betragtes som en forpligtelse til at anvende en bestemt retlig form.

67. For så vidt som Kommissionen endelig gør gældende, at kravet om enstemmighed allerede har en afskrækkende virkning ved etableringen af en sammenslutning af entreprenører, ser den bort fra, at det netop er kendskabet til eventuelle problemer i forbindelse med udnyttelsen af klageadgangene, der gør det muligt at træffe de nødvendige foranstaltninger i aftalen mellem medlemmerne. Denne aftale kan f.eks. indeholde regler om repræsentation ved ét af medlemmerne eller en bestemt flertalsregel.

68. Kravet om enstemmighed kan lige så lidt betragtes som forskelsbehandling i forhold til andre selskabsretlige former. Bydende, der ikke optræder i form af en sammenslutning af entreprenører, skal nemlig også overholde gældende selskabs- og udbudsretlige bestemmelser. Dette omfatter f.eks. bestemmelserne om selskabers repræsentation ved de kompetente organer. De særlige karakteristika, der gælder for sammenslutninger af entreprenører, viser blot, at samtlige retlige former har særlige kendetegn.

69. Den handlingslammelse som følge af kravet om enstemmighed, som Kommissionen har henvist til i flere henseender, kan lovgiver som allerede nævnt forebygge i den nationale retsorden, idet kravet om enstemmighed alene tillægges gyldighed som dispositiv ret. Det er således muligt at vedtage andre løsninger ved en passende udformning af vedtægterne eller — efter omstændighederne — ved beslutning truffet af medlemmerne direkte i henhold til de relevante bestemmelser i national selskabsret.

70. I den foreliggende sag er der flere gange blevet henvist til muligheden for at indgå en aftale om flertalsbeslutninger eller fastsætte repræsentation ved ét medlem, eksempelvis gennem et »mandat«, som det er muligt i henhold til belgisk ret.

71. Den forenklede adgang til effektive klageprocedurer, som fællesskabslovgiver har haft for øje, ville imidlertid blive skadet, såfremt national ret indeholdt bestemmelser om repræsentation, der var ensbetydende med, at udenlandske sammenslutninger af entreprenører stilles ringere, eller hvis opfyldelse ikke var mulig i praksis.

72. Den omstændighed, at det i flere medlemsstater også er muligt for det enkelte medlem af en sammenslutning af entreprenører at indlede en klageprocedure, ændrer ikke det forhold, at dette ikke kræves i henhold til direktivet. Ganske vist kan medlemsstaterne principielt gå videre end de minimumsstandarder, der er fastsat i direktiverne [15]. Dette rejser imidlertid spørgsmål om, hvorvidt en national ordning, der umiddelbart betragtet forekommer fordelagtig, idet den er gunstig for de bydende, er forenelig med fællesskabsretten. Dette retsspørgsmål er imidlertid ikke genstand for nærværende præjudicielle forelæggelse.

73. Endelig taler den omstændighed, at også de andre medlemmer af en sammenslutning af entreprenører skal beskyttes, imod en fællesskabsretlig forpligtelse for medlemsstaterne til også at indrømme de enkelte medlemmer søgsmålskompetence.

74. Såfremt det enkelte medlem indrømmes søgsmålskompetence, kan det føre til, at — endog — flertallet af medlemmerne, imod deres ønske, tvinges til at deltage i en klageprocedure, og hvis de får medhold inddrages de i en ny eller en fortsat udbudsprocedure, som de eventuelt ikke længere har interesse i, idet de i mellemtiden allerede har indgået andre kontrakter.

75. Jeg skal ikke her komme nærmere ind på spørgsmålet om, hvorvidt fællesskabsretten omvendt forbyder, at der indrømmes det enkelte medlem af en sammenslutning af entreprenører søgsmålskompetence. Nærværende sag har alene til formål at afklare, om fællesskabsretten er til hinder for et specielt nationalt forbud eller — med andre ord — om den tillader, at søgsmålskompetencen begrænses til at kunne udøves af medlemmerne af sammenslutningen i fællesskab.

76. Fællesskabsretten kræver følgelig principielt ikke, at medlemsstaterne indrømmer det enkelte medlem af en sammenslutning af entreprenører søgsmålskompetence, således at dette medlem på egne vegne kan indlede en klageprocedure. Tilsvarende kræver fællesskabsretten heller ikke, at det enkelte

15 — Dom af 19.6.2003, sag C-315/01, GAT, Sml. I, s. 6351, præmis 45.

medlem skal kunne indlede en klageprocedure på vegne af sammenslutningen. Et sådant krav gælder i hvert fald ikke for medlemsstater, hvis nationale ret ikke er præceptiv, idet den tillader, at sammenslutninger af entreprenører, dvs. deres medlemmer, vedtager en anden regel, eksempelvis i vedtægterne eller senere i form af en beslutning.

77. Det første og det tredje præjudicielle spørgsmål skal følgelig besvares med, at artikel 1 i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en bestemmelse i en national lovgivning, som forpligter medlemmerne af et konsortium, som ikke er en juridisk person, og som i egenskab af et sådant deltog i en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt, uden at få den nævnte kontrakt tildelt, til at klage i fællesskab — enten som medlemmer af konsortiet eller i deres eget navn — når der klages over beslutningen om tildeling af den nævnte kontrakt, og som forbyder det enkelte medlem af et sådant konsortium på egne vegne, enten i medlemmets egenskab af medlem af konsortiet eller i medlemmets eget navn, at klage over en beslutning om tildeling. Dette gælder under den forudsætning, at den nationale bestemmelse ikke gør en anvendelse af fællesskabsretten umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig. Dette er tilfældet, såfremt national ret tillader, at medlemmerne af sammenslutningen af entreprenører vedtager andre løsninger.

C — *Det andet præjudicielle spørgsmål*

78. Det andet præjudicielle spørgsmål angår søgsmålskompetencen i én bestemt situation, nemlig hvor medlemmerne af konsortiet har klaget i fællesskab, men hvor ét af medlemmernes klage må afvises.

79. Dette vedrører det retlige spørgsmål om, hvorvidt der for så vidt angår det nationale krav om enstemmighed ifølge fællesskabsretten skal sondres alt efter årsagen til den manglende enstemmighed.

80. Ifølge Kommissionen og FOREM skal dette spørgsmål, om end med forskellige begrundelser, besvares: nej.

81. Som Østrig med rette har understreget, skal det andet præjudicielle spørgsmål besvares under hensyn til principperne om ækvivalens og effektivitet — eller, som anført ovenfor, på grundlag af det princip, der klart har fundet udtryk i direktivets artikel 1, om en hurtig og effektiv retsbeskyttelse.

82. Disse principper kan være tilsidesat i visse situationer eller for så vidt angår visse nationale lovbestemmelser. Nærværende præjudicielle sag angår spørgsmålet om, hvilke begrænsninger disse to principper indebærer med hensyn til de virkninger, der følger af en anvendelse af kravet om enstemmighed under de faktiske omstændigheder, der foreligger i tvisten i hovedsagen.

83. Som det klart fremgår af Santex-dommen [16], og i modsætning til Universale Bau-dommen [17], skal lovligheden af en processuel bestemmelse i national ret henset til de to principper tillige vurderes under hensyn til omstændighederne i den konkrete sag. Uforenelighed med fællesskabsretten af en bestemmelse, der ved første betragtning opfylder de fællesskabsretlige krav, kan således først vise sig i visse situationer.

84. Under en præjudiciel sag i henhold til artikel 234 EF er Domstolens kompetence imidlertid begrænset til en besvarelse af de forelagte spørgsmål, og den har ikke adgang til at udtale sig generelt. Jeg skal følgelig ikke gennemgå andre faktiske omstændigheder end dem, der foreligger i tvisten i hovedsagen, og alene foretage en retlig vurdering af disse på baggrund af fællesskabsretten.

85. Den nationale bestemmelse, som hovedsagen angår, hvorefter reglerne, der regulerer den interne beslutningsprocedure, skal respekteres i en situation som den her foreliggende, er i hvert fald ikke til hinder for princippet om en hurtig og effektiv retsbeskyttelse.

86. Det andet præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at det første spørgsmål ikke skal besvares anderledes i det tilfælde, hvor medlemmerne af konsortiet har klaget i fællesskab, men hvor et af medlemmernes klage må afvises.

16 — Dom i sag C-327/00, nævnt i fodnote 12.

17 — Dom af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617.

V — Forslag til afgørelse

87. Henset til samtlige de anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 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 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en bestemmelse i en national lovgivning,

— som forpligter medlemmerne af et konsortium, som ikke er en juridisk person, og som i egenskab af et sådant deltog i en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt, uden at få den nævnte kontrakt tildelt, til at klage i fællesskab — enten som medlemmer af konsortiet eller i deres navn — når der klages over beslutningen om tildeling af den nævnte kontrakt

— som forbyder det enkelte medlem af et sådant konsortium på egne vegne, enten i medlemmets egenskab af medlem af konsortiet eller i medlemmets eget navn, at klage over en beslutning om tildeling.

Dette gælder under den forudsætning, at den nationale bestemmelse ikke gør en anvendelse af fællesskabsretten umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig. Disse principper respekteres under alle omstændigheder, når national ret tillader, at medlemmerne af sammenslutningen af entreprenører vedtager andre løsninger.

2) Spørgsmålet skal ikke besvares anderledes i det tilfælde, hvor medlemmerne af konsortiet har klaget i fællesskab, men hvor et af medlemmernes klage må afvises i medfør af national ret.«