FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 10. juni 1999 *

1. Bundesvergabeamt (Østrig) har fået forelagt en tvist om tildeling af en offentlig kontrakt, som ifølge denne rejser en række 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 [1] (herefter »klagedirektivet«).

2. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr i Østrig, den ordregivende myndighed, offentliggjorde i maj 1996 et udbud vedrørende installation på de østrigske motorveje af et elektronisk system, der muliggjorde automatisk transmission af visse data.

3. Den 5. september 1996 blev der givet tilslag, og kontrakten blev indgået samme dag med den valgte byder. Ifølge den forelæggende instans fik de øvrige bydende kendskab til kontrakten gennem pressen.

4. Den 18. september 1996 forkastede Bundesvergabeamt en række klager om midlertidige foranstaltninger, gående ud på forbud mod at opfylde den allerede indgåede kontrakt. I retsinstansens hovedafgørelse af 4. april 1997 fastslog man forskellige overtrædelser af Bundesvergabegesetz.

5. Verfassungsgerichtshof ophævede afgørelsen af 18. september, hvorefter Bundesvergabeamt ophævede sin afgørelse af 4. april 1997 og forbød foreløbigt opfyldelse af kontrakten. Forbuddet blev foreløbigt tilsidesat ved en dom afsagt af Verfassungsgerichtshof den 10. oktober 1997.

6. Den 3. marts 1998 forelagde Bundesvergabeamt Domstolen en række spørgsmål vedrørende klagedirektivet til præjudiciel afgørelse.

7. Klagedirektivets artikel 1 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

* Originalsprog: fransk.

1 — EFT L 395, s. 33.

for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som 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 ...«

8. Klagedirektivets artikel 2, stk. 1, bestemmer:

»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.«

9. Klagedirektivets artikel 2, stk. 6, bestemmer:

»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.«

10. De nationale bestemmelser, som finder anvendelse i hovedsagen, er bestemmelserne i Bundesvergabegesetz (BGBl nr. 462/1993) i affattelsen inden ændringen i 1997 (herefter »BVergG«).

11. BVergG's § 9, punkt 14, definerer begrebet »tilslag« således:

»Ved tilslag forstås der en erklæring til byderen om, at hans bud er antaget.«

12. BVergG's § 41, stk. 1, er sålydende:

»1. Under forløbet af fristen for at give tilslag stiftes der et kontraktforhold mellem ordregiveren og byderen på det tidspunkt, på hvilket byderen modtager meddelelse om, at hans bud er antaget. Hvis tilslagsfristen overtrædes eller orden afviger fra buddet, stiftes kontraktforholdet først med en skriftlig erklæring fra byderen om, at han accepterer ordren. Der indrømmes byderen en rimelig fast frist til at afgive denne erklæring.«

13. Bvergg's § 91 fastsætter kompetencen for den forelæggende instans, Bundesvergabeamt, således.

»1. Bundesvergabeamt kan efter påklage træffe afgørelse i klagesager i henhold til bestemmelserne i dette kapitel.

2. Bundesvergabeamt kan indtil det tidspunkt, hvor der gives tilslag, træffe afgørelse vedrørende krav om

1. anordning af midlertidige foranstaltninger og

2. tilsidesættelse af retsstridige afgørelser fra en ordregivende myndighed, som er ugyldige,

med henblik på fjernelsen af overtrædelser af denne lov og bekendtgørelserne til gennemførelse heraf.

3. Når tilslag er givet, kan Bundesvergabeamt fastslå, om den byder, der afgav det bedste tilbud, ikke fik tilslag på grund af en tilsidesættelse af denne lov eller en bekendtgørelse til gennemførelse deraf. Under en sådan procedure kan Bundesvergabeamt efter krav fra den ordregivende myndighed fastslå, om der ikke burde være blevet givet tilslag til en forbigået byder eller ansøger, selv om bestemmelserne i denne lov og bekendtgørelsen til gennemførelse heraf, var blevet overholdt.«

14. Endelig bestemmer Bvergg's § 94 bl.a.:

»1. Bundesvergabeamt skal ophæve en afgørelse truffet af den ordregivende myndighed under en procedure om indgåelse en offentlig kontrakt, hvilket sker ved en afgørelse, der tager hensyn til en af Mæglingskommissionen i samme sag afgivet udtalelse, når førstnævnte afgørelse

1) strider mod bestemmelserne i denne forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bekendtgørelser, og

2) er afgørende for udfaldet af proceduren for indgåelse af kontrakten.

3) Når tilslag er givet, skal Bundesvergabeamt blot fastslå på betingelserne i stk. 1, om den påståede overtrædelse foreligger.«

15. Ved kendelse af 3. marts 1998 forelagde Bundesvergabeamt (Fjerde Afdeling) nedenstående spørgsmål i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF):

»1) Er medlemsstaterne ved gennemførelsen af direktiv 89/665/EØF efter dettes artikel 2, stk. 6, forpligtet til i den afgørelse inden kontraktafslutningen, som træffes af ordregiveren vedrørende spørgsmålet, med hvilken bydende i en udbudsprocedure ordregiveren på grundlag af procedurens resultater vil indgå kontrakt (altså afgørelsen om tilslag) — trods muligheden for at begrænse retsvirkningerne af klageproceduren efter kontraktafslutningen til ydelse af erstatning — altid at indføre en procedure, i hvilken klageren, såfremt betingelserne er opfyldt, kan få ordregiverens afgørelse kendt ugyldig?

2) Alene for det tilfælde, at Domstolen besvarer det første spørgsmål bekræf-

tende, forelægges nedenstående spørgsmål:

Er den i det første spørgsmål beskrevne forpligtelse så konkret og bestemt, at borgerne allerede på det grundlag er sikret ret til, at der gennemføres en klageprocedure, som opfylder kravene i artikel 1 i direktiv 89/665/EØF, hvorunder den nationale ret i hvert fald skal have mulighed for, jf. direktivets artikel 2, stk. 1, litra a) og litra b), at træffe midlertidige foranstaltninger og at kende tilslagsafgørelsen fra ordregiveren ugyldig, og at en borger med held kan påberåbe sig denne forpligtelse over for en medlemsstat under en procedure?

3) Alene for det tilfælde, at Domstolen besvarer det andet spørgsmål bekræftende, forelægges endelig følgende spørgsmål:

Er den i det første spørgsmål beskrevne forpligtelse også så konkret og bestemt, at nationale retter i retssager dels skal bortse fra modstående nationale regler, hvis overholdelse ville afskære retten fra at opfylde ovennævnte forpligtelse, dels direkte skal opfylde denne forpligtelse som en del af Fællesskabets retsorden, også selv om de nationale retsregler ikke giver grundlag herfor?«

Indledende bemærkning

16. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, der er indklaget i hovedsagen, og den østrigske regering har gjort gældende, at hovedsagen reelt ikke længere foreligger. Kontrakten er jo allerede opfyldt fuldt ud. Følgelig har det ikke længere nogen interesse at besvare de forelagte spørgsmål, eftersom klagerne i hovedsagen kun på dette trin kan opnå erstatning, hvis tilkendelse under alle omstændigheder er foreskrevet i national ret.

17. Også Kommissionen har udtrykt tvivl om, hvorvidt de præjudicielle spørgsmål kan påkendes i realiteten. Kommissionens argument er her, at de forelagte spørgsmål, selv om de nævner klagedirektivets artikel 2, stk. 6, i virkeligheden tager sigte på fortolkningen af denne bestemmelses stk. 1. Dette stk. angår imidlertid perioden inden indgåelsen af kontrakt, mens der i sagen her allerede var indgået kontrakt.

18. Den forelæggende instans har i første række anført, at det påhviler den at afgøre sagen i sidste instans ifølge de nationale retsplejeregler, idet anke til Verfassungsgerichtshof er et ekstraordinært retsmiddel, der ikke indgår i retsmidlerne i instansfølgen i sagen. EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF), stk. 3, forpligter den således til at forelægge Domstolen spørgsmål

om fællesskabsretten, der opstår under sagen.

19. Det må imidlertid bemærkes, at det forhold, at den forelæggende instans skal påkende sagen i sidste instans, ikke udelukker muligheden for, at de forelagte spørgsmål har hypotetisk karakter.

20. Den forelæggende instans tilføjer imidlertid, at det ifølge national ret stadig er et spørgsmål, om den havde ret eller ligefrem pligt til efter fællesskabsretten at ophæve sin afgørelse af 4. april 1997, hvorved den afsluttede den første nationale procedure i hovedsagen med at fastslå, at der under udbudsproceduren ikke var blevet givet tilslag til byderen med det bedste bud. Vedrørende dette spørgsmål i hovedsagen, som under alle omstændigheder skal løses uafhængigt af den hermed forbundne udbudsprocedure, forbliver spørgsmålene præjudicielle, også selv om den pågældende udbudsprocedure i mellemtiden skulle være helt afsluttet.

21. Den forelæggende instans fremhæver endvidere, at det på dette stadium endnu ikke er muligt at antage, at det er tilfældet. Der skal således tages hensyn til, at garantiperioden for de pågældende ydelser endnu ikke er udløbet, og at ordregiveren altså eventuelt har mulighed for at ophæve kontrakten, der hermed endnu ikke kan anses for at være opfyldt fuldt ud.

22. Det er også Kommissionens opfattelse, at den afgørelse, som ønskes fra Domstolen, vil kunne få betydning for den senere udvikling i den nationale sag.

23. Den noterer for det første, at der verserer en straffesag, som skal afgøre, om tilslaget var behæftet med ulovligheder. Hvis det skulle være tilfældet, vil ordregiveren have ret til at ophæve kontrakten, og Kommissionen finder, at man oven i købet kunne have pligt til at ophæve kontrakten, alt efter hvordan man i den konkrete sag fortolker fællesskabsrettens krav.

24. Kommissionen lægger endvidere vægt på, at omfanget af et eventuelt erstatningskrav fra klagernes side kan blive påvirket af besvarelsen af de forelagte spørgsmål.

25. Endelig påpeger Kommissionen, at Domstolens svar på det første spørgsmål kan medføre ugyldighed af kontrakten eller af afgørelsen om tilslag, hvilket vil gøre det nødvendigt at afgøre andet og tredje spørgsmål.

26. Jeg finder, at Kommissionens betragtninger kan berettige til den konklusion, at besvarelsen af de forelagte spørgsmål vil kunne øve indflydelse på den senere udvikling i hovedsagen. Det kan derfor ikke antages, at den forelæggende instans'

anmodning må afvises med den begrundelse, at spørgsmålene er hypotetiske.

Første spørgsmål

27. Bundesvergabeamt spørger nærmere bestemt, om klagedirektivet pålægger medlemsstaterne uden undtagelse at fastsætte, at en afgørelse om at tildele en kontrakt kan gøres til genstand for en klageprocedure, hvorunder en byder kan få ophævet afgørelsen.

28. Klagedirektivets artikel 2, stk. 1, opregner de retsmidler, som medlemsstaterne har pligt til at indføre. De skal muliggøre »midlertidige foranstaltninger« som »hastesag«, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade [litra a)], annullere ulovlige beslutninger [litra b)] og tilkende erstatning [litra c)].

29. Ganske vist definerer bestemmelsen ikke udtømmende de »ulovlige beslutninger«, der kan kræves annulleret, idet der blot som eksempel nævnes 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.

30. Denne kategori bør imidlertid omfatte en ulovlig beslutning om at tildele kontrakten. Klagedirektivets formål er jo, således som det bl.a. fremgår af artikel 1, stk. 1, samt af tredje og fjerde betragtning, at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger, for at det kan sikres, at der sker overholdelse af EF-direktiverne vedrørende offentlige kontrakter, hvis formål er at åbne området for offentlige kontrakter for fællesskabskonkurrencen.

31. Et sådant formål ville blive bragt i fare, dersom den vigtigste afgørelse under proceduren, nemlig tilslaget selv, paradoksalt nok ikke skulle anses for en del af de ulovlige beslutninger, som kan påklages med påstand om annullation, således som klagerne i hovedsagen ganske rigtigt har fremhævet.

32. Domstolen [2] har således allerede fastslået betydningen af dette effektivitetsformål i forbindelse med direktivet ved at fremhæve, at dette tilsigter »på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan at styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af Fællesskabets direktiver vedrørende offentlige kontrakter, *især*

2 — Jf. dom af 11.8.1995, sag C-433/93, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2303, præmis 23.

på et stadium, hor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør«.

33. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr har imidlertid gjort gældende, at klagedirektivets artikel 2, stk. 6, tillader en medlemsstat at fastsætte, at de instanser, som er kompetente i klagesagerne, efter indgåelsen af den kontrakt, der følger efter tilslaget, blot kan tilkende en skadelidt erstatning.

34. Ifølge ministeriet har den østrigske lovgiver konkret ikke gjort andet end at benytte denne mulighed og har altså rettet sig efter klagedirektivet, selv om det, som følge af det mulige sammenfald mellem meddelelsen om tilslagsafgørelsen og indgåelsen af kontrakten, kan blive umuligt at søge ophævelse af afgørelsen om tilslag.

35. En sådan opfattelse tager ikke hensyn til den kronologi, der er knyttet til retsmidlerne efter artikel 2, stk. 1 og 6.

36. Den begrænsning af retsmidlerne, der fastsættes i stk. 6, angår den kontrakt, *som følger efter* tilslaget. Denne bestemmelse indebærer altså, at indgåelsen af kontrakten og afgørelsen om tilslag ikke tidsmæssigt kan falde sammen, således som fællesskabslovgiver ser det.

37. Som Kommissionen skriver, forudser klagedirektivet altså klart en adskillelse i to faser af klageproceduren. Før kontraktindgåelsen finder artikel 2, stk. 1, anvendelse og pålægger medlemsstaterne at indføre en fuldstændig retsbeskyttelse. Efter kontraktindgåelsen indtræder begrænsningen ifølge samme artikels stk. 6, og retsmidlerne kan alene medføre, at der ydes erstatning.

38. Man må i øvrigt ikke undervurdere betydningen af kontrasten mellem disse to faser. Annullation af en afgørelse kan gøre det muligt for en byder, som har klaget, at bevare alle sine chancer for at få tildelt kontrakten. Desuden udgør den blotte erstatning ofte en lidet tilfredsstillende kompensation for en ved kontrakt forbigået virksomhed, navnlig i betragtning af de vanskeligheder, virksomheden vil kunne blive udsat for ved at skulle påvise tabets omfang og årsagsforbindelse med tilsidesættelsen af fællesskabsretten. Den ordregivende myndighed kan således have let ved at forringe de chancer for succes, som klageren under alle omstændigheder ville have haft. Tillige risikerer klageren at være tilbageholdende med eventuelt at ødelægge sine fremtidige forbindelser med den ordregivende myndighed ved en klagesag, når myndigheden under ingen omstændigheder

ville være i stand til at bringe klageren i en position, hvor han kunne få tilslag [3].

39. Den effektive virkning af klagedirektivet og navnlig det formål, der henvises til i artikel 1, nemlig at indføre hurtige og effektive klagemuligheder, ville blive bragt i fare, såfremt en medlemsstat kunne give begrænsningen i artikel 2, stk. 6, et sådant omfang, at den ordregivende myndigheds væsentligste beslutning, nemlig tildelingen af kontrakten, systematisk ville blive omfattet af begrænsningen, således at beslutningen kom til at ligge uden for den fuldstændig beskyttelse, der er indført ved artikel 2, stk. 1.

40. Formålet med at styrke retsmidlerne, der forfølges ved klagedirektivet, forudsætter, at medlemsstaternes mulighed for at begrænse disse anses for at være en undtagelse og altså må fortolkes strengt.

41. Den tager udelukkende sigte på at drage konsekvenserne af, at det er nødvendigt at værne om retssikkerheden ved at beskytte kontrakten, den retsakt, hvis særlige status i forbindelse med udbudsproceduren, som retsakten i princippet afslutter, hermed anerkendes.

42. Derimod kan man heraf ikke udlede en mulighed for at begrænse retsmidlerne til prøvelse af de forvaltningsakter, som *går for ud* for indgåelsen af kontrakten.

43. En national lovgivning kan således ikke støttes på artikel 2, stk. 6, for at udelukke en klage med krav om annullation af afgørelsen om tildeling af kontrakten.

44. Man må i øvrigt fremhæve, at denne løsning fuldt og helt er i overensstemmelse med den tanke, at klagedirektivet ikke griber ind i medlemsstaternes privatretlige system. Dette afgør suverænt, hvilke retsvirkninger der skal flyde af de i direktivet indførte klagemuligheder på den kontrakt, der *følger efter* kontrakttildeligen.

45. Jeg skal endelig tilføje, at der ville opstå en hel række paradoksale konsekvenser, hvis man accepterede, at en national lovgivning fastlægger tidspunktet for kontraktindgåelsen, fra hvilket retsbeskyttelsen af de forbigåede bydere er begrænset, således at også tilslagsafgørelsen ville blive omfattet af begrænsningen.

46. Som allerede nævnt ville den vigtigste afgørelse således ikke kunne påklages med krav om annullation i modsætning til andre

3 — Vedrørende disse overvejelser skal jeg henvise til betragtningerne til Kommissionens forslag (KOM(87) 134 endelig udg.) og det ændrede forslag (KOM(88) 733 endelig udg.).

og mindre vigtige afgørelser alene på grund af, at disse er blevet truffet tidligere.

47. Desuden ville uregelmæssigheder ved den pågældende afgørelse højst sandsynligt forblive uden nogen som helst følge for tilslaget. Den eneste måde at anfægte denne på ville således være et forsøg på at opnå annullation af kontrakten, selv om problemet ikke egentlig ligger dér, men i den manglende overholdelse af gyldighedsbetingelserne for en forvaltningsakt, som ikke falder sammen med denne. Effektivitets- og smidighedsbetragtninger vedrørende proceduren ville dermed føre til et krav om, at der indføres en separat procedure, som gør det muligt rettidigt at undersøge spørgsmålet om gyldigheden af afgørelsen om tildelingen.

48. Jeg skal nu gennemgå virkningerne af de ovenfor fremlagte principper på den konkrete sag.

49. Som den forelæggende instans forklarer, anses en kontrakt i østrigsk ret for at være afsluttet, når afgørelsen om tildeling meddeles den valgte byder. Civilretligt betragtes denne meddelelse som svaret på byderens tilbud.

50. Den eneste undtagelse fra denne situation er, at kontrakten indgås efter tildelingsfristen, eller hvis kontrakten afviger fra tilbuddet. I et sådant tilfælde indgås kontrakten efter skriftligt svar fra den valgte byder på meddelelsen fra den ordregivende myndighed.

51. Ifølge Bundesvergabeamt forholder det sig vel formelt således, at afgørelsen om tildeling falder før indgåelsen af kontrakten. Imidlertid træffes den i ordregiverens interne organisationssystem og meddeles ikke de implicerede, før den afsendes til den valgte byder, hvilken afsendelse — der altså er den første ydre virkning af afgørelsen — besegler kontrakten og hermed freder afgørelsen for annullationskrav.

52. Den forelæggende instans finder, at det heraf følger, at tilslagsafgørelsen som sådan, altså den, ved hvilken den ordregivende myndighed vælger den byder, som han vil indgå kontrakt med, ikke kan anfægtes. Som hovedregel har forbigåede bydere i øvrigt ikke kendskab hertil og kan ej heller få det.

53. Man må derfor konkludere, at den nationale lovgivning har til virkning, at det som hovedregel ikke er muligt at rejse krav om annullation af tilslagsafgørelsen.

54. Det følger af de ovenstående betragtninger, at en sådan retstilstand ikke opfylder kravene i klagedirektivet.

55. Indklagede i hovedsagen anfægter imidlertid den beskrivelse, den forelæggende instans har givet af gældende national ret.

56. Dette spørgsmål henhører imidlertid under dennes kompetence, som konkret skal gennemføre de principper, Domstolen har knæsat, og principperne skal finde anvendelse i det konkrete tilfælde. Domstolen kan ikke erstatte den beskrivelse, den forelæggende instans har givet af gældende national ret, med sin egen analyse.

57. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr har navnlig bestridt, at de forbigåede bydere ikke kan få kendskab til tilslagsafgørelsen før indgåelsen af kontrakten. Ministeriet gør herved gældende, at de kan påberåbe sig lovgivningen om aktindsigt hos forvaltningen for at kræve, at denne giver dem oplysning om sin afgørelse.

58. Det må imidlertid fremhæves, at en sådan mulighed ikke kan anses for på rimelig måde at kompensere for, at forvaltningen ikke har pligt til at give oplysning om tilslagsafgørelsen til de forbigåede bydere inden afslutningen af kontrakten, for at byderne kan opnå en reel mulighed for at klage.

59. Dette gælder så meget desto mere på udbudsområdet, hvor procedurerne for indgåelse, således som der henvises til i klagedirektivet, er karakteriseret af at være korte, mens det under retsmødet blev forklaret, at den nationale lovgivning om aktindsigt hos forvaltningen indrømmer denne en svarfrist på to måneder.

60. Den østrigske regering har gjort gældende, at selv om klagedirektivet skulle fortolkes således, at det indeholder en sondring mellem beslutningen om at give tilslag og afslutningen af kontrakten herom, præciserer det intetsteds den frist, som skal adskille de to stadier. Denne frist kan altså blot ses som et »sekund til eftertanke«.

61. Man må imidlertid på området her tage hensyn til de krav om effektiv virkning, som ligger i klagedirektivet. Som anført forlanger dette, at det er muligt at kræve annullation af tilslagsafgørelsen. Heraf følger nødvendigvis, at der må være et rimeligt tidsrum, der vel skal tage hensyn til den korte karakter af proceduren om indgåelse af offentlige kontrakter mellem det tidspunkt, hvor tilslagsafgørelsen meddeles de forbigåede bydere, som således kan anfægte den, og kontraktindgåelsen, fra hvilket tidspunkt artikel 2, stk. 6, finder anvendelse.

62. Det Forenede Kongerige har fremhævet, at der findes forskellige typer udbudsprocedurer. Man kan derfor ikke fastsætte

en enkelt frist. Det skal heraf følge, at det må påhvile lovgiver at tage initiativ på området.

63. Det er imidlertid min opfattelse, at det forhold, at klagedirektivet ikke nævner nogen præcise frister, ikke hindrer Domstolen i at fortolke det i overensstemmelse med kravene om effektiv virkning. Som påvist ovenfor sikres denne virkning kun, såfremt tilslagsafgørelsen er anfægtelig. Der skal altså være en rimelig frist for at gøre det. Denne vil naturligvis kunne variere efter omstændighederne, herunder navnlig efter hvilken type tilslagsprocedurer der er tale om.

64. Den østrigske regering, der støttes af den tyske regering, påpeger, at klagedirektivet er et samordningsdirektiv og ikke noget harmoniseringsdirektiv. Det må derfor formodes, at Rådet ikke ville tvinge medlemsstaterne, såsom Republikken Østrig, Forbundsrepublikken Tyskland og i et vist omfang Det Forenede Kongerige — i hvilke sammenfaldet mellem meddelelsen af tilslagsafgørelsen og kontraktindgåelsen er mulig — til at ændre deres procedure for indgåelse af kontrakter.

65. Det må imidlertid fastslås, at denne opfattelse ikke genfindes i de forberedende arbejder til klagedirektivet.

66. Tværtimod opregner Kommissionen i fremlæggelsen af betragtningerne og grundene til det ændrede direktivforslag udtrykkeligt blandt manglerne i de nationale ordninger for retsmidler det forhold, at muligheden for via en forvaltnings- eller retssag at opnå annullation af afgørelsen om tilslag på kontrakten ikke findes i samtlige medlemsstater [4].

67. Det er således klart, at det i hvert fald var Kommissionens tanke, at klagedirektivet skulle indføre en sådan mulighed.

68. Under alle omstændigheder er det afgørende her selve formuleringen af klagedirektivet som vedtaget af lovgiveren. Forholdet er således det, at selv om det ikke er så klart, at det ikke behøver nogen som helst fortolkning, står det dog fast, at vi har set, at det ikke er så uklart, at der må tys til

4 — Ændringsforslag til rådsdirektiv om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af reglerne for proceduren for indgåelse af offentlige indkøbssamt bygge- og anlægskontrakter (fremlagt af Kommissionen i medfør af EF-traktatens artikel 149, stk. 3. Dok. KOM(88) 733 endelig udg.).

ydre fortolkningsbidrag for at fastslå, hvad der har været lovgivers vilje.

69. Det Forenede Kongeriges regering gør gældende, at den fortolkning, som Kommissionen og klagerne har foreslået af klagedirektivet, direkte modsiger det system, fællesskabslovgiver indførte ved Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [5]. Som det bevidnes navnlig af dette direktivs artikel 7, 9 og 10, er det detaljeret og udtømmende. Det fastsætter imidlertid ingen frist mellem tilslagsafgørelsen og kontraktindgåelsen.

70. Man kan ikke komme uden om at konstatere, at der til de af Det Forenede Kongerige nævnte bestemmelser svarer tilsvarende bestemmelser, som allerede findes i tidligere direktiver, navnlig direktiv 89/740/EØF [6] og 88/295/EØF [7].

71. Det fremgår imidlertid klart af klagedirektivet, at det tager sigte på at fuldstændiggøre det regelsæt, der blev indført ved de ovennævnte to direktiver. Således hedder det i første betragtning til klagedirektivet, at de tidligere direktiver »ikke indeholder særlige bestemmelser, som kan sikre en effektiv anvendelse«.

5 — EFT L 199, s. 1.

6 — Rådets direktiv af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 210, s. 1).

7 — Rådets direktiv af 22.3.1988 om ændring af direktiv 77/62/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb samt om ophævelse af visse bestemmelser i direktiv 80/767/EØF (EFT L 127, s. 1).

72. Den konklusion er følgelig uundgåelig, at direktiv 93/36 ikke fremtræder som så udtømmende, at klagedirektivet ikke skulle kunne tilføje noget til dets bestemmelser.

73. Således citeres artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/36 af Det Forenede Kongerige, fordi det nøjes med at bestemme følgende: »Senest 15 dage efter modtagelsen af anmodningen skal den ordregivende myndighed meddele alle forbigåede ansøgere eller bydende, der anmoder derom, begrundelsen for, at deres ansøgning eller bud er forkastet, og i tilfælde af indgivelse af bud, navnet på den, hvis bud er antaget.« Der nævnes ingen mulighed for at klage over tilslagsafgørelsen.

74. Denne bestemmelse er imidlertid identisk med artikel 5a, stk. 1, i direktiv 89/440, der, som vi har set, ifølge Rådet, ikke indeholdt særlige bestemmelser vedrørende klagemulighederne.

75. Jeg skal i øvrigt tilføje, at man kan rejse det spørgsmål, hvorfor Rådet skulle fastsætte en så kort frist, nemlig 15 dage, for forvaltningens svar til den forbigåede byder, hvis ikke Rådets formål var, at denne skulle informeres rettidigt, således at han kunne nå at opnå annullation af afgørelsen,

før det var for sent, og før kontrakten blev tildelt.

76. Af de foranstående grunde skal jeg foreslå Domstolen at besvare første spørgsmål således.

77. Klagedirektivets bestemmelser i artikel 2, stk. 6, og stk. 1, litra a) og b), taget under ét skal fortolkes således, at medlemsstaterne hvad angår den afgørelse, den ordregivende myndighed træffer inden kontraktindgåelsen, og hvorved myndigheden på grundlag af udbudsprocedurens resultater vælger den deltagende byder, som han vil indgå kontrakt med (dvs. afgørelsen om tildeling af kontrakten), har pligt til under alle omstændigheder at fastsætte en klageprocedure, der kan sætte klageren i stand til, uanset muligheden for at begrænse retsvirkningerne af denne procedure efter kontraktindgåelse til ydelse af erstatning, at opnå annullation af afgørelsen, når betingelserne herfor er opfyldt.

Andet spørgsmål

78. Med det andet spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt nærmere bestemt klarlagt, om bestemmelserne i klagedirektivets artikel 2, stk. 1, litra a) og b), som fortolket ovenfor, har direkte virkning.

79. Indklagede i hovedsagen og den østrigske regering finder, at klagedirektivet overlader medlemsstaterne en skønsmargen for at fastsætte de kompetente klageorganer, som klagedirektivet kræver oprettet.

80. Denne pligt har således ikke den ubetingede og præcise karakter, der kræves, for at den kan have direkte virkning.

81. Klagerne i hovedsagen fremhæver derimod, at indholdet af medlemsstaternes pligt er klar og præcis. De har ikke noget frit skøn på området. Deres spillerum er alene begrænset til valget af det kompetente organ.

82. Kommissionen har først henvist til Domstolens faste praksis vedrørende direkte virkning. Heraf fremgår følgende [8]:

»... Når direktivbestemmelserne ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, kan der i mangel af rettidige gennemførelsesforanstaltninger støttes ret herpå over for enhver national regel, der ikke er i overensstemmelse med direktivet, ligesom pri-

8 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357.

vate over for staten kan påberåbe sig bestemmelser, der efter deres indhold tillægger private rettigheder i forhold til staten.«

83. Især »udelukker den omstændighed, at medlemsstaterne kan vælge mellem flere forskellige midler til at nå det mål, som tilsigtes med direktivet, ikke, at private ved de nationale domstole kan gøre de rettigheder gældende, som kan fastslås med tilstrækkelig sikkerhed alene på grundlag af direktivets bestemmelser«.

84. Det er ubestrideligt, at indholdet af medlemsstaternes pligt i denne sag klart er afgrænset. De skal indføre muligheden for, at de forbigåede bydere kan rejse klage med krav om annullation af afgørelsen om at give tilslag.

85. Det er lige så klart, at den nævnte pligt nødvendigvis stifter ret for private, eftersom det er dem, der skal sætte den klage i gang, som klagedirektivet kræver indført [9].

86. Følgelig er det eneste udestående spørgsmål det, om den omstændighed, at medlemsstaterne skal indføre de egnede organer og herved har en skønsmargen, betyder, at den omtvistede bestemmelse ikke kan tillægges direkte virkning.

87. Kommissionen påpeger i denne sammenhæng helt rigtigt, at spørgsmålet allerede er blevet rejst i sagerne Dorsch Consult [10] og HI [11] samt i en række andre sager [12]. Det fremgår af denne retspraksis, at medlemsstaternes spillerum vedrørende indretningen af klagesystemet hindrer, at klagedirektivet kan antages at have direkte virkning.

88. Det er imidlertid Kommissionens opfattelse, at denne sag grundlæggende adskiller sig fra de ovenfor nævnte. De østrigske myndigheder havde allerede anvendt deres spillerum og endeligt indført organer og procedurer til gennemførelse af bestemmelserne i klagedirektivet, hvorimod de pågældende nationale lovgivninger i samtlige tidligere nævnte sager ikke indeholdt skabelse af nødvendige kompetencer, hvorfor en yderligere aktion fra de nationale myndigheders side var påkrævet.

89. I sagen her er situationen en ganske anden. Således fastsætter Bvergg's § 91

9 — Jf. klagedirektivets artikel 1, stk. 1 og stk. 3, første punktum.

10 — Dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Sml. I, s. 4961.

11 — Dom af 4.3.1999, sag C-258/97, Sml. I, s. 1405.

12 — Dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, og af 24.9.1998, sag C-111/97, EvoBus Austria, Sml. I, s. 5411.

udtrykkeligt, at Bundesvergabeamt er kompetent til at påkende lovligheden af udbudsproceduren og tilslagsafgørelser inden for Bvergg's anvendelsesområde. Indtaling af erstatningskrav henvises til de almindelige domstole.

90. Kompetenceordningen ses følgelig at være endelig indført, så meget desto mere som loven gentager samtlige de retsmidler, der fastsættes i klagedirektivets artikel 2, stk. 1. Den nationale lovgiver har derfor allerede konkretiseret pligten til at indføre en klageinstans, og borgeren vil altid ifølge substansen i sit klagepunkt kunne afgøre, hvad der er den kompetente instans.

91. Den analyse kan jeg tiltræde.

92. Argumentet om eksistensen af et spillerum kan ifølge sin karakter kun påberåbes, så længe spillerummet ikke er blevet anvendt. Når det så er sket, er det nødvendigvis væk og kan ikke længere hindre anerkendelsen af en direkte virkning.

93. Det forhold, at skønsbeføjelsen muligvis ikke er blevet udnyttet i overensstemmelse med klagedirektivet, er uden betydning i den henseende.

94. Det er således min opfattelse, at man ikke i denne kontekst på samme måde kan behandle den situation, i hvilken en medlemsstat har indført det nødvendige organ, men alene har undladt at tildele dets kompetencer det nødvendige indhold, og den, i hvilken der slet ikke er blevet vedtaget nogen bestemmelse for at gennemføre pligten til at indføre en klageadgang.

95. I sidstnævnte tilfælde står man faktisk over for en uovervindelig hindring for at antage direkte virkning. I det første tilfælde derimod er der ingen grund til at udelukke direkte virkning, eftersom det organ, der skal gennemføre pligten ifølge klagedirektivet, allerede findes.

96. Jeg skal tilføje, at jeg også deler Kommissionens synspunkt om, at det konkret ikke er sikkert, at klagerne overhovedet har behov for at påberåbe sig den direkte virkning. Som påpeget ovenfor følger hele vanskeligheden af det praktiske sammen-

fald mellem meddelelsen om tilslagsafgørelsen og indgåelsen af kontrakten.

97. Imidlertid anser jeg ikke denne omstændighed for at være en nødvendig konsekvens af de nationale regler. Disse hindrer ikke en ordregivende myndighed i at offentliggøre sin afgørelse om tilslag en vis tid inden indgåelsen af kontrakten, ligesom Bundesvergabeamt da ikke er afskåret fra at behandle en klage over denne afgørelse ved eventuelt at træffe de nødvendige midlertidige foranstaltninger.

98. Dette blev i øvrigt bekræftet under retsmødet, hvorunder de klagende parter, uden at blive modsagt på dette punkt, fremhævede, at visse offentlige organer i Østrig i praksis overholdt en frist mellem det tidspunkt, hvor tilslagsafgørelsen blev meddelt de forbigåede bydere, og det tidspunkt, hvor kontrakten blev afsluttet.

99. De omhandlede nationale regler synes derfor at være en konform gennemførelse af kravene i klagedirektivet. Følgelig er anvendelsen af begrebet direkte virkning overflødig.

100. Lad mig en passant nævne, at denne konstatering åbenbart ikke indebærer, at de nævnte regler er en korrekt gennemførelse af klagedirektivet, et spørgsmål, der ikke opstår i forbindelse med sagen her.

101. Af de ovenstående grunde foreslår jeg Domstolen at besvare Bundesvergabeamt's andet spørgsmål med, at bestemmelserne i klagedirektivets artikel 2, stk. 6, og stk. 1, litra a) og b), set under ét, skal fortolkes således, at de dér beskrevne pligter er tilstrækkeligt konkrete og præcise til, at borgerne med retsvirkning kan påberåbe sig disse pligter over for en medlemsstat i en procedure, når den pågældende medlemsstat allerede har vedtaget en endelig lovgivning vedrørende kompetencen for de klageinstanser, der skal gennemføre klageprocedurernes forskellige led, og allerede har indført regler for sagsbehandlingen, som skal regulere de forskellige trin i klagesagen.

Tredje spørgsmål

102. Med dette spørgsmål søger Bundesvergabeamt oplyst, om det er pligtig at anvende foranstaltningerne i klagedirektivets artikel 2, stk. 1, litra a) og b), selv om Bvergg ikke indeholder bestemmelser herom, eller selv om bestemmelserne i denne lov hindrer det.

103. Jeg skal først bemærke, at dette spørgsmål er snævert forbundet med det foregående. Ligesom det opstår det kun, såfremt vi faktisk står over for et problem med direkte virkning og ikke over for et spørgsmål om fortolkning eller gennemførelse af den nationale ret i overensstemmelse med klagedirektivet.

104. Når det er sagt, finder jeg, at Domstolens praksis giver os et klart svar: I og med, at en fællesskabsretlig regel tilkender borgerne en ret i forhold til medlemsstaten, kan den kompetente nationale retsinstans i sagen kun give adgang til fuld anvendelse af den EF-retlige regel og undlade, hvor det er nødvendigt, at anvende de modstående nationale regler.

105. Dette princip er allerede blevet fastslået i Simmenthal-dommen [13], ved hvilken Domstolen fastslog, at

»... enhver national ret inden for sin kompetence har pligt til at anvende fællesskabsretten fuldt ud og til at beskytte de rettigheder, som fællesskabsretten tillægger private, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, hvad enten denne er vedtaget før eller efter fællesskabsreglen.

... [D]en nationale dommer har pligt til at sikre beskyttelsen af rettigheder, der er affødt af bestemmelserne i Fællesskabets retsorden, uden at han behøver at anmode om eller afvente de hertil bemyndigede nationale organers faktiske ophævelse af eventuelle nationale foranstaltninger, som måtte udgøre en hindring for den umiddelbare og øjeblikkelige anvendelse af fællesskabsreglerne.«

106. Jeg foreslår at besvare det tredje spørgsmål fra Bundesvergabeamt med, at den nationale klageinstans, som inden for sin kompetence skal anvende de EF-retlige regler, har pligt til at sikre beskyttelsen af de rettigheder, der er fastsat i det EF-retlige systems regler, og at påse, at disse regler får fuld virkning, idet instansen, eventuelt på eget initiativ, skal undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, der ville stride herimod, og uden at afvente eller at fremsætte begæring til de kompetente nationale organer om at fjerne eventuelle nationale tiltag, som kan hindre den direkte og umiddelbare virkning af EF-reglerne.

13 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Sml. s. 629.

Forslag til afgørelse

107. Af de ovenstående grunde skal jeg foreslå Domstolen at bevare Bundesvergabeamt's spørgsmål således:

»1) Klagedirektivets bestemmelser i artikel 2, stk. 6, og stk. 1, litra a) og b), set under ét, skal fortolkes således, at medlemsstaterne hvad angår den afgørelse, den ordregivende myndighed træffer inden kontraktindgåelsen, og hvorved myndigheden på grundlag af udbudsprocedurens resultater vælger den deltagende byder, som han vil indgå kontrakt med (dvs. afgørelsen om tildeling af kontrakten), har pligt til under alle omstændigheder at fastsætte en klageprocedure, der kan sætte klageren i stand til, uanset muligheden for at begrænse retsvirkningerne af denne procedure efter kontraktindgåelse til ydelse af erstatning, at opnå annullation af afgørelsen, når betingelserne herfor er opfyldt.

2) Bestemmelserne i klagedirektivets artikel 2, stk. 6, og artikel 2, stk. 1, litra a) og b), set under ét, skal fortolkes således, at de deri beskrevne pligter er tilstrækkeligt konkrete og præcise til, at borgerne med retsvirkning kan påberåbe sig disse pligter over for en medlemsstat i en procedure, når den pågældende medlemsstat allerede har vedtaget en endelig lovgivning vedrørende kompetencen for de klageinstanser, der skal gennemføre klageprocedurernes forskellige led, og allerede har indført regler for sagsbehandlingen, som skal regulere de forskellige trin i klagesagen.

3) Den nationale klageinstans, som inden for sin kompetence skal anvende de fællesskabsretlige regler, har pligt til at sikre beskyttelsen af de rettigheder, der

er fastsat i det fællesskabsretlige systems regler, og at påse, at disse regler får fuld virkning, idet instansen, eventuelt på eget initiativ, skal undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, der ville stride herimod, og uden at afvente eller at fremsætte begæring til de kompetente nationale organer om at fjerne eventuelle nationale tiltag, som kan hindre den direkte og umiddelbare virkning af fællesskabsreglerne.«