FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 7. februar 2002 [1]

I — Indledning

1. Med den foreliggende præjudicielle anmodning ønsker Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) (herefter »den forelæggende ret«) oplyst, om den kan se bort fra den endelige karakter af en udbudsbekendtgørelse vedrørende en indkøbskontrakt, der ikke blev anfægtet inden for den i national ret fastsatte frist, og i en (senere) sag, der er anlagt af en bydende på grund af dennes udelukkelse i forbindelse med kontraktens tildeling, alligevel tage højde for, at en klausul i udbudsbekendtgørelsen er i strid med fællesskabsretten. I det konkrete tilfælde drejer det sig om beviset for en bydendes formåen i henhold til artikel 22 i direktiv 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [2] (herefter »indkøbsdirektivet«). Den forelæggende ret ønsker oplyst, om det nationale princip om, at forvaltningsakter, som er i strid med loven (artikel 5 i lov nr. 2248 af 20.3.1865), ikke behøver at blive anvendt, også gælder for klausuler i en udbudsbekendtgørelse, som er i strid med fællesskabsretten. Retten ønsker endvidere oplyst, om dette princip også kan udledes af artikel 6 EU, sammenholdt med retten til retfærdig rettergang og adgangen til effektive retsmidler i henhold til artikel 6 og 13 i den europæiske menneskerettighedskonvention. Undersøgelsen af den præjudicielle anmodning nødvendiggør tillige en fortolkning af direktiv 89/665/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter [3] (herefter »kontroldirektivet«).

II — De faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

2. I hovedsagen har Santex SpA (herefter »sagsøgeren«) anlagt sag mod Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia (herefter »sagsøgte«), da sagsøgeren blev udelukket fra en udbudsprocedure vedrørende en indkøbskontrakt. I denne henseende har sagsøgeren anfægtet beslutningen om tildeling samt udbudsbekendtgørelsen, som efter sagsøgerens opfattelse indeholder en betingelse for deltagelse i udbuddet, som er i strid med fællesskabsretten.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Rådets direktiv af 14.6.1993, EFT L 199, s. 1.

3 — Rådets direktiv af 21.12.1989, EFT L 395, s. 33.

3. Ifølge forelæggelseskendelsen offentliggjorde sagsøgte den 23. oktober 1996 en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* vedrørende »direkte levering til hjemmet af absorberende inkontinensprodukter« til et anslået årligt beløb på 1 067 372 000 ITL. Bekendtgørelsen indeholdt en klausul, hvorefter kun virksomheder, som kunne bevise, at de i de sidste tre år havde opnået en samlet omsætning ved en ydelse som den, udbuddet vedrørte, på mindst tre gange værdien af den anslåede årlige værdi af kontrakten, ville få adgang til at afgive bud.

4. Ved skrivelse af 25. november 1996 meddelte sagsøgeren formanden for sagsøgtes ansvarlige udvalg, at den ovennævnte klausul udgjorde en urimelig konkurrencebegrænsning. Da de lokale sundhedstjenester (aziende sanitarie locali) først for nylig havde indført ydelser af denne art, ville denne klausul udelukke mange ansøgere, herunder også sagsøgeren, selv om selskabet i det foregående år havde haft en samlet omsætning, som svarede til to gange den årlige værdi af kontrakten.

5. Derpå udsatte sagsøgtes udvalg åbningen af buddene og anmodede de berørte virksomheder om at fremsende omfattende dokumentation, idet udvalget gjorde opmærksom på, at den pågældende klausul kunne fortolkes som en henvisning til de bydende virksomheders samlede omsætning, og at leveringen af sådanne varer, som kontrakten vedrørte, derfor ikke udgjorde en betingelse for adgangen til at afgive bud, men udelukkende ville blive taget i betragtning ved kvalitetsvurderingen [4].

6. Selskabet Sca Mölnlycke SpA, som havde fået tildelt kontrakten vedrørende levering af lignende produkter i den forudgående periode, gjorde indsigelse mod denne fortolkning. I en skrivelse til sagsøgte stillede selskabet krav om, at den pågældende klausul i udbudsbekendtgørelsen blev nøje overholdt.

7. Derpå anmodede sagsøgte de bydende virksomheder om at supplere den allerede indsendte dokumentation med oplysning om den omsætning, de havde opnået ved levering af sådanne varer, som den omhandlede kontrakt vedrørte, samt en liste over de sundhedstjenester, hvortil varerne var blevet leveret.

8. Udbudsproceduren blev afsluttet med, at sagsøgeren og to andre selskaber blev udelukket, og selskabet Mölnlycke fik tildelt kontrakten.

9. Sagsøgeren, som gjorde gældende, at selskabet havde fået tildelt kontrakten, hvis det havde fået adgang til at deltage, anfægtede såvel udelukkelsen fra udbuddet og

4 — Udbudsudvalgets afgørelse nr. 1 af 12.12.1996.

den senere kontrakttildeling som selve udbudsbekendtgørelsen som følge af, at loven var tilsidesat, og at der var udøvet magtmisbrug.

10. Sagsøgte og selskabet Mölnlycke, som er interveneret i sagen, har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsen er blevet anfægtet for sent, hvorfor sagen skal afvises som ubegrundet.

11. Den forelæggende ret tog den under sagen fremsatte begæring om udsættelse af gennemførelsen af de anfægtede tiltag til følge, idet den fandt, at de fællesskabsretlige konkurrenceprincipper var blevet tilsidesat. Da der i udbudsbekendtgørelsen var fastsat et kriterium om et bestemt omsætningsniveau, var de konkurrerende virksomheders mulighed for at deltage i udbuddet blevet begrænset på en ulovlig og uforholdsmæssig måde. Selv om det måtte antages, at udbudsbekendtgørelsen blev anfægtet for sent, var det ikke desto mindre muligt at undlade at anvende klausulen i udbudsbekendtgørelsen, da fællesskabsretten var blevet tilsidesat.

12. Denne kendelse blev ophævet af Femte Afdeling ved Consiglio di Stato ved kendelse af 29. august 1997, som ikke indeholdt nogen begrundelse, hverken faktisk eller retligt.

13. Efter afslutningen af sagen om foreløbige forholdsregler indgik sagsøgte, som i mellemtiden havde forlænget sin tidligere leveringskontrakt med selskabet Mölnlycke, endelig kontrakt med dette selskab for den efterfølgende periode.

14. Den forelæggende ret har nu i hovedsagen anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse med hensyn til, om artikel 22 i direktiv 93/36 eller artikel 6, stk. 2, EU sammenholdt med artikel 6 og 13 i den europæiske menneskerettighedskonvention skal fortolkes således, at klausuler i en udbudsbekendtgørelse, som strider mod fællesskabsretten, heller ikke behøver at blive anvendt, hvis de ikke er blevet anfægtet inden for den frist, der er fastsat i de nationale processuelle regler.

15. Den italienske, den franske og den østrigske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

III — Den præjudicielle anmodning

16. Som led i begrundelsen for den præjudicielle anmodning har den forelæggende ret anført, at det for dens afgørelse er væsentligt, at udbudsbekendtgørelsen indeholder en klausul, der er i strid med fælles-

skabsretten og de nationale gennemførelsesbestemmelser [5]. Navnlig er kravet om, at omsætningen i de sidste tre år i forbindelse med tjenester som dem, udbuddet vedrørte, skulle være mindst tre gange så stor som kontraktens værdi, i strid med proportionalitetsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling af de bydende virksomheder. I henhold til de nationale processuelle regler skal den forelæggende ret imidlertid først tage stilling til indsigelsen om, at klagen blev indgivet for sent.

17. Formalitetsindsigelsen er baseret på, at sagsøgeren allerede som følge af klausulen i udbudsbekendtgørelsen var forhindret i at deltage. Klausulen påvirkede således umiddelbart og direkte sagsøgerens interesse i at deltage i udbuddet og skulle derfor, efter at sagsøgeren fik kendskab hertil, have været anfægtet inden for fristen på 60 dage i henhold til artikel 36 i kongeligt dekret nr. 1054 af 26. juni 1924 [6].

18. Efter den forelæggende rets opfattelse skal de rettigheder og interesser, som tilkommer deltagerne i et udbud af offentlige kontrakter, beskyttes effektivt, såvel inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde som i den nationale retsorden. Derfor må de klausuler i udbudsbekendtgørelser, som uberettiget begrænser kriteriet om, at offentlige udbud skal have en så bred deltagelse som muligt, ikke anvendes.

19. Med henblik herpå har man i reglen baseret sig på to retsprincipper: For det første princippet om automatisk indføjelse af ufravigelige bestemmelser i udbudslovgivningen ved en analog anvendelse af artikel 1339 i den italienske civillovbog [7], hvilket ikke synes anvendeligt i den konkrete sag. For det andet princippet om, at visse bestemmelser ikke anvendes i henhold til den fortsat gældende artikel 5 i lov nr. 2248 af 20. marts 1865, bilag E [8].

20. Under hensyntagen til dette princip har Consiglio di Stato generelt fastslået, at en forvaltningsdomstol — ligesom de almindelige domstole — kan undlade at anvende en bestemmelse i en administrativ forskrift, som er i strid med en trinhøjere retsregel, og som berører en individuel rettighed. Consiglio di Stato anvendte imidlertid ikke denne regel i forbindelse med den foreliggende udbudsbekendtgørelse, da ingen individuel rettighed var involveret. Udbudsbekendtgørelsen skulle derfor have været anfægtet inden for fristen på 60 dage, således at klausulerne i udbudsbekendtgørelsen skal anvendes efter udløbet af denne frist.

5 — Den forelæggende ret er af den opfattelse, at der er tale om en tilsidesættelse af såvel artikel 22 i direktiv 93/36 som artikel 3, stk. 1, litra c), i lovdekret nr. 358 af 24.7.1992.

6 — Bestemmelser, som konsoliderer lovene om det italienske Consiglio di Stato, der i henhold til artikel 19 i lov nr. 1034 af 6.12.1971 også gælder for regionale forvaltningsdomstole.

7 — »Klausuler og priser på varer eller tjenesteydelser, som er foreskrevet ved lov, er i retlig henseende en del af kontrakten, og de træder om nødvendigt i stedet for afvigende bestemmelser, som er aftalt af parterne.«

8 — »Domstolene anvender almindelige og lokale lov- og forvaltningsforskrifter, for så vidt som de er i overensstemmelse med loven.«

21. I italiensk ret sondres mellem berettigede forventninger, som altid kræver, at den foranstaltning, der påvirker disse, anfægtes inden for fristen, og individuelle rettigheder, som kan beskyttes ved at benytte muligheden for at undlade at anvende visse bestemmelser. Denne sondring, som ofte forekommer i national ret, er ikke berettiget på fællesskabsplan.

22. Den forelæggende ret har henvist til Simmenthal-dommen [9], hvori Domstolen fastslog, at den nationale dommer, der har til opgave at anvende fællesskabsrettens bestemmelser, har pligt til at sikre disse reglers fulde virkning, idet han i påkommende tilfælde skal undlade at anvende en modstridende bestemmelse i national lovgivning, uden at han behøver at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af denne bestemmelse.

23. Endvidere er den forelæggende ret af den opfattelse, at det på grundlag af Domstolens domme i van Schijndel og van Veen-sagen [10] samt Eco Swiss-sagen [11] først skal undersøges, om det i betragtning af det særlige forløb, den administrative procedure forud for tildelingen af den pågældende indkøbskontrakt har, ikke er blevet gjort uforholdsmæssigt vanskeligt eller umuligt at anvende fællesskabsretten, og om virkningen af den retsbeskyttelse, de fællesskabsretlige bestemmelser giver, er blevet påvirket.

24. Ved først at tilkendegive den holdning, at den omtvistede bestemmelse ville blive fortolket restriktivt eller blive ændret, har sagsøgte givet sagsøgeren det indtryk, at det ikke var nødvendigt at anfægte udbudsbekendtgørelsen. Sagsøgte har ved sin adfærd skabt en objektiv situation med retsusikkerhed for sagsøgeren. Derfor bør de principper, som Domstolen udviklede i Peterbroeck-dommen [12], finde anvendelse.

25. I den foreliggende sag er det i det offentliges interesse at konstatere, om den anfægtede udelukkelse er ulovlig dels med henblik på en effektiv gennemførelse af fællesskabsretten, dels på grund af det offentliges interesse i, at udbud åbnes for en så bred deltagelse som muligt med henblik på at kunne vælge det kvalitativt bedste produkt til den mest fordelagtige pris.

26. Et indgreb ex officio fra den nationale domstols side var berettiget. Således fastslog Domstolen i Océano Grupo Editorial-dommen [13] i forbindelse med forbrugeraftaler, at den nationale domstol, når den prøver spørgsmålet om, hvorvidt en sag kan antages til realitetsbehandling, er berettiget til ex officio at tage stilling til, om de pågældende kontraktvilkår er retsstridige.

9 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Sml. s. 629, præmis 24.

10 — Dom af 14.12.1995, forenede sager C-430/93 og C-431/93, Sml. I, s. 4705.

11 — Dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Sml. I, s. 3055.

12 — Dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Sml. I, s. 4599.

13 — Dom af 27.6.2000, forenede sager C-240/98 — C-244/98, Sml. I, s. 4941.

27. Den konklusion, der følger af Eco Swiss-dommen [14], hvorefter anvendelsen af fællesskabsretten ikke er påkrævet ex officio i tilfælde af manglende overholdelse af visse, nationale procesretlige regler, kan ikke overføres til de faktiske og retlige forhold, der gør sig gældende i den foreliggende sag.

28. Den forelæggende ret har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 22 i direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 fortolkes således, at de kompetente nationale retsinstanser har pligt til at beskytte Unionens borgere, hvis rettigheder er blevet krænket ved retsakter, der er vedtaget i strid med fællesskabsretten, ved at benytte sig af muligheden for i medfør af artikel 5 i den italienske lov af 20. marts 1865 også at undlade at anvende de klausuler i en udbudsbekendtgørelse, som strider mod fællesskabsretten, men som ikke er blevet anfægtet inden for de korte præklusive klagefrister i de nationale processuelle regler, således at fællesskabsretten anvendes ex officio hver gang det er godtgjort, dels at anvendelsen af fællesskabsretten er gjort uforholdsmæssig vanskelig eller i hvert fald besværliggjort, dels at der findes en offentlig interesse af fællesskabsretlig eller national karakter, som begrunder en sådan anvendelse?

2) Kan det samme udledes af artikel 6, stk. 2, EU [15], der — ved at foreskrive, at de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, skal respekteres — har overtaget princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse som fastslået i den nævnte konventions artikel 6 og 13?«

IV — De relevante retsregler

A — *Fællesskabsret*

29. Direktiv 93/36 (indkøbsdirektivet) bestemmer i artikel 22:

»1. Bevis for leverandørens finansielle og økonomiske formåen kan normalt føres ved en eller flere af følgende oplysninger:

[...]

14 — Nævnt i fodnote 11.

15 — Denne fodnote er uden betydning for den danske oversættelse.

c) en erklæring om den samlede omsætning og omsætningen i forbindelse med leveringen af sådanne varer, som aftalen vedrører, i de sidste tre regnskabsår.

2. De ordregivende myndigheder skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud anføre, hvilken eller hvilke af de i stk. 1 nævnte former for dokumentation de har valgt, samt hvilke andre former for bevis ud over de i stk. 1 anførte, de forlanger forelagt.

3. Såfremt leverandøren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed forlangte dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet.«

30. Artikel 1, stk. 1 og 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), samt artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 (kontroldirektivet) er også relevante i den foreliggende sag:

»*Artikel 1*

1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klager 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.

2. [...]

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.«

»*Artikel 2*

1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i

artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

[...]

6. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser på den kontrakt, som er indgået efter tildeling af en kontrakt, fastlægges efter national ret.

Endvidere kan en medlemsstat, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, bestemme, at den ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, er begrænset til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.

[...]«

»*Artikel 3*

1. Kommissionen kan påberåbe sig den i denne artikel fastlagte procedure, når den før indgåelsen af en kontrakt finder, at der er begået en klar og åbenbar overtrædelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter i forbindelse med en kontraktindgåelsesprocedure, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF.

[...]«

B — *Italiensk ret*

31. Artikel 13 i lovdekret nr. 358 af 24. juli 1992, der har overskriften »Bekendtgørelse af lovbestemmelserne om offentlige indkøbskontrakter, som gennemfører direktiv 77/62/EØF, 80/767/EØF og 88/295/EØF«, gennemfører artikel 22 i direktiv 93/36 og har følgende ordlyd:

»*Artikel 13*

1. Bevis for de bydende virksomheders finansielle og økonomiske formåen kan føres ved et eller flere af følgende dokumenter:

[...]

c) en erklæring om den samlede omsætning eller omsætningen i forbindelse med leveringen af sådanne varer, som aftalen vedrører, i de sidste tre regnskabsår.

2. De ordregivende myndigheder skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud angive, hvilke af de i stk. 1 nævnte dokumenter, der skal fremlægges, samt de eventuelle andre former for dokumentation, de forlanger forelagt. [...]

3. Såfremt leverandøren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den forlangte dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet.«

32. Artikel 36, stk. 1, i kongeligt dekret nr. 1054 af 26. juni 1924, som stadfæster lovene om Consiglio di Stato, hvis anvendelsesområde ved artikel 19 i lov nr. 1034 af 6. december 1971 er blevet udvidet til at omfatte forvaltningsdomstolene, er endvidere af betydning for den foreliggende sag (herefter »artikel 36 i lov af 26. juni 1924«). Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»*Artikel 36*

1. Bortset fra tilfælde, hvor der er fastsat frister i særlove vedrørende klageadgang, er fristen for indgivelse af en klage til Consiglio di Stato som domsmyndighed 60 dage, regnet fra den dag, hvor der er blevet givet meddelelse om forvaltningens afgørelse i de former og under de betingelser, som er fastsat i administrative forskrifter, eller fra den dag, hvor den berørte må anses for at have fået fuldt kendskab til afgørelsen [...]«

33. Endelig skal artikel 5 i lov nr. 2248 af 20. marts 1865 citeres i forbindelse med den foreliggende sag:

»*Artikel 5*

Domstolene anvender almindelige og lokale lov- og forvaltningsforskrifter, for så vidt som de er i overensstemmelse med loven.«

V — Parternes indlæg

34. Den *italienske regering* har anført, at ifølge den forelæggende ret har de fællesskabsretlige bestemmelser direkte virkning, og beskyttelse af Fællesskabets retsorden kræver således, at de nationale domstole, uanset overholdelsen af de nationale procesretlige regler, sikrer en effektiv anvendelse af disse bestemmelser.

35. Consiglio di Stato har imidlertid senest i dom af 7. april 1998 bekræftet sin praksis på udbudsområdet og fastslået, at en akt, som begrænser en ansøgers ret til at deltage i en udbudsprocedure, skal anfægtes inden for den normale frist på 60 dage. Efter udløbet af denne frist kan man ikke længere undlade at anvende forvaltningsakten. Forvaltningsakten kan ikke længere anfægtes, og enhver sag, som måtte blive anlagt til prøvelse heraf, vil ikke kunne antages til realitetsbehandling, og ligeledes vil alle anbringender, som måtte henvise til dens ulovlighed, skulle afvises.

36. Forvaltningsaktens endelige karakter sanktionerer passiviteten hos den person, som mener, at vedkommendes rettigheder er blevet tilsidesat, og forstærker formodningen for, at myndigheden handler lovligt. En forvaltningsakts endelige karakter er — ligesom retsinstitutterne forældelse og retskraft — en forudsætning for retssikkerhed. Såfremt det forblev muligt at anfægte udbudsbekendtgørelsen, ville konkurrenternes berettigede forventning og økonomiske interesser blive krænket.

37. Den retlige karakter af artikel 22 i direktiv 93/36 er ikke af afgørende betydning for løsningen af tvisten i hovedsagen. Derimod er det afgørende, om kravene til den finansielle og økonomiske formåen i udbudsbekendtgørelsen er lovlige. Dette er efter den italienske regerings opfattelse uden tvivl tilfældet. Direktivets artikel 22 har i øvrigt heller ikke direkte virkning.

38. I betragtning af medlemsstaternes generelle forpligtelse til at samarbejde ved gennemførelsen af fællesskabsretten i henhold til artikel 10 EF, hvilket også gælder for de nationale domstole, er spørgsmålet, hvordan denne forpligtelse forholder sig til principperne i de nationale procesretlige regler.

39. Den italienske regering har henvist til Domstolens praksis, hvorefter det i mangel af fællesskabsretlige bestemmelser på området tilkommer hver enkelt medlemsstat at fastsætte de processuelle betingelser for den klageadgang, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, som er tillagt borgerne ved de fællesskabsretlige bestemmelser, som har direkte virkning. Heraf følger, at disse betingelser ikke må være mindre gunstige end i forbindelse med sager, som kun vedrører national ret, og de må ikke gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der følger af fællesskabsretten.

40. I henhold til italiensk ret kan forvaltningsakter anfægtes inden for 60 dage. Enhver tilsidesættelse af såvel national ret som fællesskabsretten kan medføre, at forvaltningsakten erklæres ulovlig. Der foreligger således ikke forskelsbehandling, og der er intet, der hindrer en effektiv anvendelse af fællesskabsretten. Hvis man gav retten mulighed for at undlade at anvende nationale procesretlige regler, når der er sket en tilsidesættelse af en bestemmelse i fællesskabsretten, som har direkte virkning, vil dette medføre en ubegrundet forskelsbehandling af sammenlignelige nationale bestemmelser.

41. Det princip om effektiv domstolsbeskyttelse, der følger af artikel 6 og 13 i den europæiske menneskerettighedskonvention, gælder kun for fællesskabsretsakter og nationale retsakter, der er afledt heraf; det kan ikke anvendes til skade for nationale procesretlige regler.

42. Den italienske regering har derfor foreslået, at det præjudicielle spørgsmål besvares således:

For så vidt der ikke foreligger nogen objektiv begrundelse for at anvende forskellige processuelle regler i forbindelse med søgsmål, der på den ene side er baseret på fællesskabsretlige bestemmelser, som har direkte virkning, og på den anden side på nationale regler med samme indhold, er det ikke muligt at undlade at anvende nationale processuelle regler, som har til formål at gøre de rettigheder, som angiveligt er tilsidesat, gældende for domstolene.

43. Den *østrigske regering* er af den opfattelse, at formålet med det første præjudicielle spørgsmål er at få oplyst, om de gældende fællesskabsbestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter er til hinder for anvendelsen af de præklusionsregler, som følger af national ret. Den retlige ramme afgøres derfor af kontroldirektivet i forbindelse med indgåelse af indkøbssamt bygge- og anlægskontrakter, dvs. direktiv 89/665.

44. Republikken Østrig er af den opfattelse, at der kan fastsættes frister for indgivelsen af klager til den kompetente klageinstans i forbindelse med en udbudsprocedure på betingelse af, at kontroldirektivets målsætninger ikke omgås, og at det effektivitets- og ligebehandlingsprincip, der følger af EF-traktaten, ikke tilsidesættes. Direktivet selv indeholder ingen bestemmelser, der præcist regulerer, hvordan klageinstanserne skal være organiseret, og hvilken procedure der skal følges. Det tilkommer derfor medlemsstaterne af udforme de procesretlige regler.

45. Den i den foreliggende sag omhandlede frist på 60 dage, som borgerne har til at anfægte lovligheden af forvaltningsakter, har ikke til formål at begrænse beskyttelsen af de andre ansøgeres og bydendes rettigheder. Det er tværtimod i de øvrige ansøgeres og bydendes interesse, men også i det offentliges interesse i en fungerende forvaltning og ikke mindst i klagernes egen interesse, at ulovlige beslutninger påvises og ophæves så hurtigt som muligt, efter at de er kommet til de berørtes kendskab.

46. Republikken Østrig har derfor foreslået, at det præjudicielle spørgsmål besvares således:

Direktiv 89/665 er ikke til hinder for nationale bestemmelser, som i tilfælde af kendskab til, at udbudsbestemmelserne er blevet tilsidesat, fastsætter en frist for indledningen af en klageprocedure i forbindelse med en konkret beslutning truffet af den ordregivende myndighed, idet den pågældende beslutning ved manglende overholdelse af denne frist ikke længere kan anfægtes som led i den videre udbudsprocedure. Den fastsatte frist må ikke være udformet således, at det bliver gjort umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at indlede eller gennemføre klageprocedurer. Det kan foreskrives, at når der er kendskab til en tilsidesættelse af udbudsbestemmelser, skal de berørte gøre enhver uregelmæssighed gældende inden for den fastsatte frist, da berørte interesser i modsat fald fortabes.

47. Den *franske regering* har forstået det første spørgsmål således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om en national domstol er forpligtet til ex officio at undersøge en national akts forenelighed med en fællesskabsretlig bestemmelse, såfremt denne akt ikke er blevet anfægtet inden for den frist, der er fastsat i de nationale processuelle regler. Den franske regering har foreslået, at dette spørgsmål besvares benægtende.

48. Den franske regering har også henvist til Peterbroeck-dommen [16] og er nået til den konklusion, at en klagefrist på 60 dage som den, der i Italien gælder for prøvelse af forvaltningsakter, ikke gør det umuligt eller

16 — Nævnt i fodnote 12, præmis 12.

uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der følger af fællesskabsretten.

49. Præklusionsregler gør det muligt at anvende retssikkerhedsprincippet over for begge parter, idet klageadgangen reguleres og tidsbegrænses. Retssikkerhed er et af de grundlæggende principper i Fællesskabets retsorden. Disse principper er bestemmelser, der er begrundet i hensynet til den offentlige orden, og som skal overholdes af parterne og domstolen.

50. For så vidt som den forelæggende ret er af den opfattelse, at den ordregivende myndigheds adfærd i den foreliggende sag efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen har bidraget til, at sagsøgerens klage må afvises, har den franske regering henvist til Edis-dommen [17]. Det følger ganske vist heraf, at en national myndigheds adfærd sammenholdt med en frist kan føre til, at sagsøgeren afskæres fuldstændigt fra at gøre sine rettigheder gældende ved de nationale domstole. En virksomhed som sagsøgeren kunne imidlertid ikke være uvidende om, at det var nødvendigt som en retssikrende foranstaltning at indgive klage inden for den fastsatte frist, selv om der samtidig føres forhandlinger med den ordregivende myndighed.

17 — Dom af 15.9.1998, sag C-231/96, Sml. I, s. 4951, præmis 48.

51. Den franske regering har derfor foreslået, at de præjudicielle spørgsmål besvares således:

Fællesskabsretten forpligter ikke en national domstol, som behandler en sag inden for rammerne af sin kompetence, til ex officio at undersøge en national akts forenelighed med fællesskabsretten, såfremt denne akt ikke er blevet anfægtet af den berørte inden for den frist, der er fastsat i de nationale procesretlige regler.

For så vidt som artikel 6, stk. 2, EU henviser til artikel 6 og 13 i den europæiske menneskerettighedskonvention, fastsætter den ingen yderligere forpligtelser i denne henseende.

52. *Kommissionen* har i sit indlæg indledningsvis anført, at de kriterier for vurdering af medlemsstaternes domstolsordninger, der er fastsat i Domstolens praksis, f.eks. forbuddet mod forskelsbehandling og kravet om, at udøvelsen af rettigheder ikke må gøres umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig, kun kan finde anvendelse, når fællesskabsretten ikke selv enten direkte eller gennem harmoniserede bestemmelser indeholder de regler, som skal anvendes i national ret. På området for offentlige kontrakter findes direktiv 89/665, og anmodningen om præjudiciel afgørelse skal undersøges på grundlag heraf.

53. Kommissionen har derfor foreslået, at det præjudicielle spørgsmål omformuleres på følgende måde:

Skal direktiv 89/665 fortolkes således, at de kompetente nationale retter har pligt til at beskytte Unionens borgere, hvis rettigheder er blevet krænket ved en akt, der er vedtaget i strid med direktiv 93/36, ved at undlade at anvende klausuler i en udbudsbekendtgørelse, som er uforenelige med fællesskabsretten, men som ikke er blevet anfægtet inden for fristerne i de nationale processuelle regler, med henblik på ex officio at anvende fællesskabsretten under hele udbuddet, herunder beslutningen om tildeling af kontrakten?

54. I betragtning af, at medlemsstaterne i henhold til direktiv 89/665 skal sikre, at der effektivt og hurtigt kan indgives klage over den ordregivende myndigheds beslutninger, hvorved ulovlige beslutninger, uafhængigt af, om en forudgående beslutning er eller ikke er blevet anfægtet inden for de fastsatte frister, kan annulleres, skal det undersøges, om såvel beslutningen om tildeling af en kontrakt som beslutningen om udelukkelse fra et udbud er »beslutninger« i direktivets forstand.

55. Listen i kontroldirektivets artikel 2, stk. 1, litra b), over ulovlige beslutninger, der kan anfægtes, indeholder kun eksempler og er på ingen måde udtømmende. Med hensyn til beslutningen om tildeling har Kommissionen henvist Alcatel-dommen [18], hvori det blev fastslået, at beslutningen om tildeling er en beslutning som omhandlet i direktiv 89/665.

56. Med hensyn til beslutningen om udelukkelse har Kommissionen fastslået, at den ordregivende myndighed med denne akt besvarer virksomhedens ansøgning om at deltage i udbuddet. Den ordregivende myndighed henviser i denne beslutning til de generelle og særlige klausuler i udbudsbekendtgørelsen og tager dermed stilling til fortolkningen heraf. Dette udgør således en ny og selvstændig beslutning. Såfremt udbudsbekendtgørelsen er i strid med fællesskabsretten, er den ordregivende myndighed endog forpligtet til at anvende fællesskabsretten direkte og træffe en lovlig beslutning.

57. Beslutningen om udelukkelse er således en beslutning som omhandlet i direktiv 89/665, der skal kunne efterprøves ved hjælp af et hurtigt og effektivt retsmiddel, uden at det er nødvendigt at tage hensyn til en ulovlig udbudsbekendtgørelse, som derfor ikke må anvendes.

58. I den foreliggende sag gav den ordregivende myndighed desuden indledningsvis

18 — Dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671 (herefter »Alcatel-dommen«).

indtryk af, at den omtvistede klausul i udbudsbekendtgørelsen kunne betragtes som et tildelingskriterium og ikke som et udvælgelseskriterium, og fortolkede således udbudsbekendtgørelsen i overensstemmelse med fællesskabsretten eller anvendte den direkte.

59. Forarbejderne til direktiv 89/665 bekræfter den opfattelse, der er givet udtryk for ovenfor. I Kommissionens oprindelige forslag var der fastsat følgende: »Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der på hvert stadium af tildelingen af offentlige kontrakter er adgang til effektive forvaltningsretlige og/eller judicielle retsmidler [...]« [19]. Under forarbejderne i Rådet udgik passagen »på hvert stadium af tildelingen af offentlige kontrakter« uden forklaring, mens den italienske delegation anmodede om, at udtrykket »beslutninger« blev erstattet med »enhver beslutning«. Denne anmodning blev senere igen taget tilbage i forbindelse med en fælleserklæring vedrørende artikel 1, som blev optaget i protokollen. Denne fælleserklæring har følgende ordlyd: Rådet og Kommissionen erklærer, at ved enhver person, der udelukkes fra at deltage i en offentlig udbudsprocedure på grund af en påstået tilsidesættelse, forstås i direktivet en person, som har eller havde en interesse i tildelingen af en offentlig kontrakt, og hvis rettigheder er blevet krænket eller vil kunne krænkes.

19 — EFT 1987 C 230, s. 6.

60. Kommissionen har foreslået, at det præjudicielle spørgsmål besvares således:

Direktiv 89/665 pålægger en kompetent national ret en forpligtelse til at sikre beskyttelsen af Unionens borgere, hvis rettigheder er blevet krænket ved forvaltningsakter, der er vedtaget i strid med direktiv 93/36, ved at benytte sig af muligheden for at undlade at anvende klausuler i en udbudsbekendtgørelse, som strider mod fællesskabsretten, men som ikke er blevet anfægtet inden for fristen i de nationale processuelle regler, således at fællesskabsretten anvendes ex officio under hele udbuddet, herunder beslutningen om tildelingen.

VI — Vurdering

61. Læser man de præjudicielle spørgsmål i sammenhæng med anmodningen om en præjudiciel afgørelse, er det klart, at den forelæggende ret, på trods af formuleringen af det første spørgsmål, ikke anmoder om en fortolkning af artikel 22 i direktiv 93/36. Den forelæggende ret synes at være overbevist om, at den omtvistede klausul er ulovlig. Den har antaget, at klausulen strider mod såvel artikel 22 i direktiv 93/36 som mod artikel 3, stk. 1, litra c), i

lovdekret nr. 358 af 24. juli 1992, der blev udstedt til gennemførelse af fællesskabsbestemmelsen i national ret.

62. Den italienske regering har ganske vist gjort gældende, at den anser klausulen for at være i overensstemmelse med de relevante bestemmelser. Men såfremt klausulen imidlertid ikke skulle betragtes som værende i strid med fællesskabsretten, vil den forelæggende rets supplerende spørgsmål med hensyn til, om og i givet fald under hvilke omstændigheder det er muligt at undlade at anvende klausulen, være uden genstand. Med henblik på den videre undersøgelse af de præjudicielle spørgsmål må det derfor — som den forelæggende ret har gjort — antages, at den omtvistede klausul er ulovlig i henhold til såvel fællesskabsretten som de nationale gennemførelsesbestemmelser.

63. Den forelæggende ret er nu, når den skal afgøre den verserende sag, stillet over for det problem, at den anser den klausul, som var årsagen til, at sagsøgeren blev udelukket fra udbudsproceduren, for at være ulovlig, men at denne er blevet endelig i henhold til nationale procesretlige regler [20]. Det fremgår af den italienske regerings indlæg, at en sag til prøvelse af forvaltningsakten, der anlægges for sent, ikke alene vil blive afvist, men også at alle anbringender i en anden sag, der er baseret på forvaltningsaktens påståede ulovlighed, skal forkastes. Dette betyder, at en efterprøvelse af den pågældende forvaltningsakt som et led i sagsbehandlingen sædvanligvis heller ikke længere er mulig i en senere forvaltningsretlig tvist.

64. Den refererende dommers spørgsmål under retsmødet gav anledning til en diskussion, som førte til følgende konklusioner: Efterprøvelse af en forvaltningsakt, der hævdes at være ulovlig, som et led i sagsbehandlingen er i princippet ikke ukendt i italiensk ret. I et civilt søgsmål, som vedrører f.eks. et erstatningskrav på grundlag af den ulovlige forvaltningsakt, er en sådan efterprøvelse absolut mulig. Det er kun i forvaltningsretlige tvister, hvor der må antages at foreligge en offentlig interesse i forvaltningsaktens endelighed, at det ikke kan gøres gældende, at akten er ulovlig.

65. Den forelæggende ret har i den præjudicielle anmodning på sin side henvist til, at med henblik på at sikre individuelle rettigheder — i overensstemmelse med Consiglio di Statos praksis — kan forvaltningsdomstolen ligesom de almindelige domstole også undlade at anvende en bestemmelse i en administrativ forskrift, som er i strid med en trinhøjere retsregel. Den forelæggende ret nærer ingen tvivl om, at dette også gælder med hensyn til de forvaltningsakter, som er i strid med fællesskabsretten.

20 — Jf. artikel 36 i kongeligt dekret nr. 1054 af 26.6.1924, hvorefter forvaltningsakter skal anfægtes inden for 60 dage, efter at de er kommet til den berørtes kendskab, idet de i modsat fald bliver endelige.

66. Således synes kvalificeringen af den potentielle sagsøgers retsstilling — om den pågældende kan gøre individuelle rettigheder eller »kun« berettigede interesser gældende — at være afgørende for, om det i henhold til national ret er muligt som et led i sagsbehandlingen at foretage en efterprøvelse af en forvaltningsakt, der betragtes som ulovlig.

67. Da sagsøgerens retsstilling som følge af tilsidesættelsen af artikel 22 i direktiv 93/36 og den deraf følgende tilsidesættelse af gennemførelsesbestemmelsen ikke ser ud til at være en krænkelse af »individuelle rettigheder« i henhold til italiensk ret, er det ikke muligt for den forelæggende ret at tage hensyn til den ulovlighed, der efter dens opfattelse forelå i forbindelse med udbudsbekendtgørelsen inden for rammerne af sagen, hvor beslutningen om udelukkelse skal prøves.

68. På denne baggrund skal den forelæggende rets første spørgsmål — i modsætning til den måde, parterne opfattede det på under sagens behandling for Domstolen — forstås således, at den ønsker oplyst, om artikel 22 i direktiv 93/36 giver en bydende individuelle rettigheder. Der er i den henseende tale om at definere retsstillingen for deltagerne i udbudsproceduren, som denne er nærmere fastsat i artikel 22 i direktiv 93/36.

69. I dette perspektiv er den italienske regerings bemærkninger vedrørende karakteren af artikel 22 i direktiv 93/36 og i givet fald dennes direkte virkning relevante, da Domstolens praksis vedrørende direktivbestemmelsers direkte virkning er baseret på, at den retsstilling, som et direktiv giver private, skal beskyttes. Private kan ifølge en retspraksis, der nu ligger fast, gøre direktivbestemmelser gældende over for staten, som ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, såfremt de fastsætter rettigheder[21].

70. Artikel 22 findes i afsnit IV i direktiv 93/36 under kapitel 2 med overskriften »Kriterier for kvalitativ udvælgelse«. Bestemmelsen fastsætter, hvilke beviser den ordregivende myndighed kan kræve, at de potentielle leverandører fører for deres finansielle og økonomiske formåen. Direktivet fastsætter tre muligheder i denne henseende:

»a) relevante erklæringer fra bank

b) fremlæggelse af virksomhedens balance eller udtog heraf, såfremt offentliggørelse af balancen er foreskrevet i lovgivningen i det land, hvor leverandøren er etableret

21 — Jf. om dette princip dom af 19.1.1982, sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 25.

c) en erklæring om den samlede omsætning og omsætningen i forbindelse med leveringen af sådanne varer, som aftalen vedrører, i de sidste tre regnskabsår.«

71. Det fremgår af bestemmelsens stk. 2, at de forskellige beviser kan kræves både alternativt og kumulativt, og at opregningen af beviser ikke er udtømmende. Således skal den ordregivende myndighed anføre i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud, hvilke *andre* former for bevis ud over de i stk. 1 anførte den forlanger forelagt. Endvidere giver stk. 3 den potentielle leverandør mulighed for at godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet, såfremt leverandøren af »en gyldig grund« ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed forlangte dokumentation.

72. Bestemmelsen indeholder således garantier for, at der gives den potentielle leverandør mulighed for at deltage i udbudsproceduren.

73. Den foreliggende sag vedrører ikke spørgsmålet, om direktivbestemmelser kan anvendes umiddelbart, da der ikke hersker tvivl om, at den pågældende direktivbestemmelse blev gennemført korrekt[22] i national ret. De problemer, der i tvisten i hovedsagen opstår som følge af tilsidesættelsen af disse bestemmelser, opstår på niveauet for retsbeskyttelsen.

74. Retsbeskyttelsen over for en ulovlig klausul i en udbudsbekendtgørelse kan gøre sig gældende på forskellige niveauer. For det første kan der være tale om en direkte sag til prøvelse af udbudsbekendtgørelsen, der — som nævnt — i henhold til italiensk ret skal anlægges inden for 60 dage. For det andet kan ulovligheden imidlertid også fortsætte, muligvis blive forstærket eller endog først blive kendt på et senere tidspunkt under udbuddet, i hvilken forbindelse det ikke længere er udbudsbekendtgørelsen som sådan, der anlægges sag til prøvelse af, men den afgørelse, der regulerer eller afslutter den omhandlede del af udbuddet. I tvisten i hovedsagen er det beslutningen om udelukkelse, som direkte berører sagsøgeren, og som er genstand for dennes annullationssøgsmål.

75. Spørgsmålet i dette tilfælde er, om og i givet fald i hvilket omfang den oprindelige ulovlighed af en klausul i en udbudsbekendtgørelse kan føre til, at den senere afgørelse ophæves.

76. I princippet tilkommer det den nationale retsorden at fastsætte ordningen for

22 — I det mindste blev spørgsmålet om en eventuel uregelmæssighed i forbindelse med gennemførelsen af bestemmelsen i direktivet ikke rejst, og en sådan fremgår heller ikke umiddelbart.

adgangen til at få forvaltningsakter prøvet. Når der er tale om gennemførelsen af virkningerne af fællesskabsretten, skal der imidlertid tages hensyn til de principper, som Domstolen har udviklet i sin faste praksis. Der er i den forbindelse tale om ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. Ifølge disse principper, som først er blevet betegnet sådan i Domstolens nyere praksis[23], må reglerne for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten medfører for borgerne, ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden[24].

77. Domstolen har gentagne gange fastslået[25], at det i medfør af princippet om samarbejde er medlemsstaternes domstole, der skal sikre borgerne den retsbeskyttelse, som følger af fællesskabsrettens direkte virkning. »*Når der ikke er udstedt fællesskabsbestemmelser på området*, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkning medfører for borgerne«[26].

78. Det skal derfor indledningsvis undersøges, om der findes fællesskabsretlige bestemmelser, der regulerer de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag. Direktiv 89/665 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbssamt bygge- og anlægskontrakter opstiller mindstekrav til den retsbeskyttelse, der skal sikres. Direktivets artikel 1, stk. 1, foreskriver, at medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter. I henhold til artikel 1, stk. 3, sikrer medlemsstaterne, at der er adgang til klageprocedurerne, 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.

79. En bydende, der er blevet udelukket, er uden tvivl en af de klageberettigede, som

23 — Jf. Edis-dommen, nævnt i fodnote 17, præmis 34.

24 — Jf. de domme, der er henvist til i Peterbroeck-dommen, nævnt i fodnote 12, præmis 12, samt i den italienske regerings skriftlige indlæg, s. 9.

25 — Jf. bl.a. domme af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5, og sag 45/76, Comet, Sml. s. 2043, præmis 12-16, dom af 27.2.1980, sag 68/79, Just, Sml. s. 501, præmis 25, af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595, præmis 14, af 25.2.1988, forenede sager 331/85, 376/85 og 378/85, Bianco og Girard, Sml. s. 1099, præmis 12, af 24.3.1988, sag 104/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1799, præmis 7, af 14.7.1988, forenede sager 123/87 og 330/87, Jeunehomme og EGI, Sml. s. 4517, præmis 17, af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 43, af 9.6.1992, sag C-96/91, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 3789, præmis 12, og Peterbroeck-dommen, nævnt i fodnote 12, præmis 12.

26 — Jf. Peterbroeck-dommen, nævnt i fodnote 12, præmis 12, min fremhævelse.

kan gøre brug af klageproceduren. Det er imidlertid ikke klart, hvilke beslutninger der kan eller skal gøres til genstand for klage. Direktivet indeholder ingen udtømmende opregning af de beslutninger, der kan efterprøves. I artikel 2, stk. 1, litra b), hedder det kun:

»Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes [...] omfatter de nødvendige beføjelser til 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.«

80. Selv om tvisten i hovedsagen muligvis vedrører diskriminerende økonomiske eller finansielle specifikationer, er det ikke klart, på hvilket stadium af udbudsproceduren disse skal gøres gældende. Det afgørende er således, om beslutningen om udelukkelse som sådan udgør en beslutning, der kan påklages som omhandlet i direktivet, og om den diskriminerende udformning af de økonomiske eller finansielle specifikationer i givet fald kan gøres gældende inden for rammerne af denne klagesag.

81. I Alcatel-dommen [27] skulle Domstolen tage stilling til, om beslutningen om tilslag udgør en beslutning som omhandlet i direktiv 89/665. Dette spørgsmål besvarede Domstolen bekræftende. Ved undersøgelsen af dette spørgsmål lagde Domstolen vægt på de forskellige stadier af udbudsproceduren, der er omfattet af direktiv 89/665. »Hermed indeholder direktiv 89/665 en sondring mellem stadiet inden kontraktafslutningen, på hvilket artikel 2, stk. 1, finder anvendelse, og stadiet efter kontraktafslutningen, i relation til hvilken medlemsstaten ifølge artikel 2, stk. 6, andet afsnit, kan bestemme, at den ansvarlige instans' beføjelser i klagesager er begrænset til tilkendelse af erstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse« [28].

82. Beslutningen om udelukkelse træffes logisk set — om end i praksis tidsmæssigt undertiden kun et sekund — inden beslutningen om tildeling. Der synes således ikke på grundlag af selve afviklingen af udbuddet at være nogen grund til, at en beslutning om udelukkelse ikke skulle kunne efterprøves fuldt ud.

83. Da målsætningen med direktiv 89/665, som defineret i direktivets artikel 1, stk. 3, er, at der skal være adgang til klageprocedurerne i det mindste for personer, der

27 — Dommen nævnt i fodnote 18.

28 — Jf. dommens præmis 37.

har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbskontrakt, skal den beslutning, som direkte vedrører den fortsatte deltagelse i eller udelukkelse fra kontraktildelingen, kunne efterprøves. Beslutningen om udelukkelse er også en beslutning, hvori den ordregivende myndighed fortolker udbudsbetingelserne og anvender dem selvstændigt over for en ansøger. Denne anvendelse af tidligere fastsatte betingelser over for en bestemt ansøger har absolut et selvstændigt normativt indhold, som skal kunne efterprøves [29].

84. Denne opfattelse bekræftes af forarbejderne til direktivet, som Kommissionen udtrykkeligt har henvist til som led i denne procedure [30]. Den fælleserklæring, som i sidste instans blev optaget i protokollen, har følgende ordlyd: Rådet og Kommissionen erklærer, at ved enhver person, der udelukkes fra at deltage i en offentlig udbudsprocedure på grund af en påstået tilsidesættelse, forstås i direktivet en person, som har eller havde en interesse i tildelingen af en offentlig kontrakt, og hvis rettigheder er blevet krænket eller vil kunne krænkes.

85. Med hensyn til såvel de personer, der har ret til at indgive en klage, som karakteren af den beslutning, der kan påklages, taler denne erklæring for, at retsbeskyttelsen i forbindelse med den ordregivende myndigheds beslutninger bør være omfattende.

86. Beslutningen om udelukkelse skal derfor anses for en beslutning, hvor det skal være muligt at indlede en klagesag. Såfremt klagesagen på nationalt plan, hvor medlemsstaten udøver sine beføjelser i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665, anlægges i form af et annullationssøgsmål ved forvaltningsdomstolene, skal sagen kunne anlægges til prøvelse af en beslutning om udelukkelse. Det forhold, at tidligere dispositioner som led i proceduren ikke er blevet anfægtet, kan ikke i sig selv være til hinder for, at der kan indgives klage over en beslutning om udelukkelse.

87. Det er imidlertid uklart, hvilke virkninger den endelige karakter af en forvaltningsakt, der er vedtaget på et tidligere stadium af udbudsproceduren, har med hensyn til spørgsmålet, om klagen over beslutningen om udelukkelse er begrundet. Udbudsbekendtgørelsens endelige karakter har nemlig indholdsmæssigt samme virkning som en præklusionsregel, da — som forklaret ovenfor [31] — anbringender, der er baseret på dennes ulovlighed, skal forkastes.

29 — Med hensyn til en vidtgående retsbeskyttelse i forbindelse med alle beslutninger inden for rammerne af en udbudsprocedure henvises til generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 28.6.2001 i sag C-92/00, Hospital Ingenieure (dom afsagt den 18.6.2002, Sml. I, s. 5553), punkt 21 ff.; indirekte vedrørende efterprøvelsen af beslutninger inden for rammerne af en udbudsprocedure, som følger efter en tidligere beslutning, jf. generaladvokat Mischos forslag til afgørelse af 10.6.1999 i Alcatel-sagen, der er nævnt i fodnote 18, punkt 46.

30 — Jf. punkt 59 ovenfor.

31 — Jf. punkt 63 ovenfor.

88. Domstolen har allerede flere gange haft lejlighed til at tage stilling til lovligheden af nationale præklusionsregler, der påberåbes over for fællesskabsretten [32]. I den forbindelse har Domstolen i hvert tilfælde nøje undersøgt de betingelser og omstændigheder, hvorunder den relevante fællesskabsret ikke kunne gøres gældende, og har på grundlag heraf vurderet, om præklusionsreglerne er lovlige eller ulovlige. Det er derfor ikke muligt at give et generelt svar på spørgsmålet, om en præklusionsregel er lovlig.

89. I Peterbroeck-sagen, som allerede er omtalt flere gange [33], vedrørte tvisten mellem dette selskab og den belgiske stat den skatteprocent, der var gældende for ikkehjemmehørende. Anbringendet om tilsidesættelse af fællesskabsretten blev første gang gjort gældende i tvisten i hovedsagen som et nyt anbringende for Cour d'appel. Efter de relevante bestemmelser i national ret kunne borgerne ikke for Cour d'appel påberåbe sig et nyt anbringende, der var støttet på fællesskabsretten, efter udløbet af en frist på 60 dage, som blev regnet fra det tidspunkt, hvor Skattedirektoratet havde indleveret en bekræftet kopi af den anfægtede afgørelse [34].

90. Efter Domstolens opfattelse er en frist på 60 dage, som pålægges borgerne, ikke i sig selv kritisabel [35]. Domstolen har imidlertid anført, at med henblik på anvendelsen af ækvivalens- og 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, for de forskellige nationale retter. Under denne synsvinkel skal der i givet fald tages hensyn til de principper, der ligger til grund for den nationale retspleje, bl.a. kontradiktionsprincippet, retssikkerhedsprincippet og princippet om en hensigtsmæssig sagsbehandling [36].

91. Efter at have undersøgt de særlige kendetegn i forbindelse med den pågældende sag, nåede Domstolen til den konklusion, at fællesskabsretten er til hinder for, at der anvendes en national processuel bestemmelse, som afskærer den nationale ret fra under en sag, der henhører under dens kompetence, af egen drift at tage stilling til, om en national retsakt er forenelig med en bestemmelse i fællesskabsretten, når denne bestemmelse ikke af borgeren er blevet påberåbt inden for en vis frist [37].

92. De forenede sager van Schijndel og van Veen [38] vedrørte anvendelsen af Fællesska-

32 — Jf. f.eks. Peterbroeck-dommen, nævnt i fodnote 12, Van Schijndel og Van Veen-dommen, nævnt i fodnote 10, Edis-dommen, nævnt i fodnote 17, og Eco Swiss-dommen, nævnt i fodnote 11.

33 — Nævnt i fodnote 12.

34 — Jf. dommens præmis 15.

35 — Jf. dommens præmis 16.

36 — Jf. dommens præmis 14.

37 — Jf. dommens præmis 21 og konklusion.

38 — Nævnt i fodnote 10.

bets konkurrenceregler i henhold til traktaten i en tvist vedrørende obligatorisk tilslutning til en erhvervspensionsordning. I den forbindelse var anbringendet om tilsidesættelse af fællesskabsretten først blevet gjort gældende som led i kassationsanken for Hoge Raad der Nederlanden. Karakteren af et kassationsanbringende indebærer, at kun nye argumenter af retlig karakter må gøres gældende. Til støtte for deres anbringende havde appellanterne påberåbt sig faktiske forhold og omstændigheder, som ikke var blevet fremført til støtte for deres påstande for de tidligere instanser[39]. Den forelæggende ret skulle afgøre, om den alligevel af egen drift skulle tage hensyn til fællesskabsretten.

93. Domstolen fastslog i denne forbindelse: »Når domstolene efter national ret af egen drift skal inddrage anbringender, der støttes på en bindende national regel, som parterne ikke har påberåbt sig, må en sådan forpligtelse også gælde, såfremt der er tale om bindende fællesskabsregler [...] Det samme gælder, såfremt national ret giver domstolen mulighed for af egen drift at anvende den bindende retsregel [...]«[40]. I forbindelse med undersøgelsen af ækvivalens- og effektivitetsprincippet anførte Domstolen, at hvert enkelt tilfælde skal bedømmes »under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn, for de forskellige nationale retsinstanser«[41].

94. Domstolen konkluderede, at den nationale domstol af egen drift skulle tage hensyn til bindende fællesskabsretlige bestemmelser på samme måde som bindende nationale bestemmelser. Dette gælder imidlertid kun, for så vidt som domstolene ikke tvinges til at »se bort fra princippet om, at de ikke aktivt griber ind i procesførelsen«, ved at »gå ud over den afgrænsning af sagen, som parterne har foretaget«[42].

95. Edis-sagen[43] vedrørte tilbagesøgning af fejlagtigt erlagte beløb i forbindelse med et gebyr, der var i strid med fællesskabsretten. Gebyrets ulovlighed kom først frem i forbindelse med en dom afsagt af Domstolen[44]. Under henvisning til en præklusiv frist på tre år, der var gældende inden for afgiftslovgivningen, afviste myndigheden den gebyrpligtiges tilbagesøgningskrav. Domstolen fastslog, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at en medlemsstat afskærer tilbagebetalingskrav vedrørende afgifter, der er opkrævet i strid med fællesskabsretten, under henvisning til en national, præklusiv frist på tre år, forudsat at denne finder anvendelse uden forskel på tilbagebetalingskrav vedrørende sådanne afgifter, der støttes på fællesskabsretten, og krav, der støttes på national ret.

96. Eco Swiss-sagen[45] vedrørte bl.a. spørgsmålet, om en national ret skal und-

39 — Jf. dommens præmis 11.

40 — Jf. dommens præmis 13 ff.

41 — Jf. dommens præmis 19.

42 — Jf. domskonklusionen.

43 — Nævnt i fodnote 17.

44 — Dom af 20.4.1993, forenede sager C-71/91 og C-178/91, Ponente Carni og Cispadana Costruzioni, Sml. I, s. 1915; jf. præmis 5 i Edis-dommen, nævnt i fodnote 17.

45 — Nævnt i fodnote 11.

lade at anvende en national processuel regel, hvorefter en voldgiftskendelse på visse betingelser opnår retskraft, for at kunne anvende fællesskabsretten på de relevante faktiske omstændigheder [46]. Domstolen besvarede dette spørgsmål benægtende. Den frist, der i medlemsstatens retsorden var fastsat for anlæggelse af sag om ophævelse, bevirkede efter Domstolen opfattelse ikke, at udøvelsen af de rettigheder, der er erhvervet i kraft af Fællesskabets retsorden, blev alt for vanskelig eller praktisk umulig [47].

97. For at kunne vurdere, hvilke konsekvenser denne retspraksis har for den foreliggende sag, må det antages, at præklusionsfrister i sig selv ikke kan anfægtes. Som Peterbroeck-sagen viser, kan en præklusionsfrist på 60 dage ikke anfægtes i sig selv. For så vidt angår fællesskabsretten kan anvendelsen af præklusionsfrister i forbindelse med offentlige udbud heller ikke i sig selv kritiseres. Jeg tilkendegav også et sådant synspunkt i mit forslag til afgørelse af 8. november 2001 i Universale Bau-sagen [48].

98. Det fremgår imidlertid af de nævnte domme [49], at der i forbindelse med undersøgelsen af, om præklusionsregler er forenelige med fællesskabsretten, skal tages hensyn til ækvivalens- og effektivitetsprincippet samt de konkrete omstændigheder i den faktiske og retlige sammenhæng [50].

99. Med hensyn til principperne om ækvivalens og effektivitet er det allerede beskrevet ovenfor [51], at disse frem for alt finder anvendelse, såfremt der ikke er vedtaget fællesskabsretlige bestemmelser på det pågældende område. Derfor var det, hvad angår spørgsmålet om muligheden for at påklage en beslutning om udelukkelse, nødvendigt at henholde sig til direktiv 89/665. Her drejer det sig imidlertid om spørgsmålet om, hvorvidt præklusionsregler inden for rammerne af tildeling af offentlige kontrakter er lovlige. Direktiv 89/665 indeholder ingen udtrykkelige bestemmelser herom [52]. Vurderingen af, om præklusionsregler er lovlige, afhænger derfor af, om ækvivalens- og effektivitetsprincippet er overholdt.

100. Med hensyn til ækvivalensprincippet må det i mangel af modstridende oplysninger antages, at præklusionsfristen gælder på samme måde for påberåbelsen af rettigheder på grundlag af national ret som på grundlag af fællesskabsretten.

46 — Jf. dommens præmis 43.

47 — Jf. dommens præmis 45.

48 — Dom af 12.12.2002, sag C-470/99, Sml. I, s. 11617, punkt 68.

49 — Jf. punkt 89-96 ovenfor.

50 — Jf. Peterbroeck-dommen, nævnt i fodnote 12, præmis 12 og 14, Van Schijndel og Van Veen-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 17 og 19, og Edis-dommen, nævnt i fodnote 17, præmis 19.

51 — Jf. punkt 77 og 78.

52 — Jf. i den forbindelse mine bemærkninger i forslaget til afgørelse i Universale Bau-sagen, nævnt i fodnote 48, punkt 69.

101. Effektivitetsprincippet kræver materielt set[53], at de nationale processuelle regler ikke i praksis må gøre det umuligt eller uforholdsmæssig vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden. Hvis det i forbindelse med tildelingen af en kontrakt viser sig, at en forudgående forvaltningsakt er i strid med fællesskabsretten, må det antages, at klagefristen på 60 dage ikke er til hinder for en effektiv anvendelse af fællesskabsretten. For denne opfattelse taler retssikkerhedshensyn og hensynet til en hensigtsmæssig sagsbehandling. Disse hensyn kræver, at konkurrenternes forventning om, at de tidligere stadier af proceduren er forløbet korrekt, beskyttes.

102. Direktiv 89/665, som foreskriver »effektive« og »hurtige« foranstaltninger til prøvelse af den ordregivende myndigheds beslutninger[54], giver heller ikke som udgangspunkt grundlag for at kritisere en klagefrist på 60 dage. På den anden side blev der allerede i forbindelse med undersøgelsen af muligheden for at anfægte en beslutning om udelukkelse henvist til, at en senere beslutning i et udbud kan være en udmøntning af en tidligere beslutning, som har selvstændigt normativt indhold.

103. En ren abstrakt vurdering af præklusionsfristen vil derfor ikke tilgodese problematikken i den foreliggende sag. Der skal derimod også tages hensyn til de konkrete omstændigheder og forløbet af proceduren forud for sagen til prøvelse af beslutningen om udelukkelse. Den klausul, hvoraf tvisten udspringer, blev ganske vist offentliggjort sammen med udbudsbekendtgørelsen. Den blev dermed bekendtgjort for de parter, der var interesserede i kontrakten. Sagsøgeren nærede allerede på dette stadium betænkeligheder med hensyn til klausulens lovlighed og meddelte også den ordregivende myndighed dette.

104. Den ordregivende myndighed reagerede på de betænkeligheder, som sagsøgeren havde givet udtryk for, ved at udsætte åbningen af buddene og anmode de selskaber, der var berørt af problemet, om at indsende fuldstændig dokumentation, idet udgangspunktet var, *»at klausulen kunne fortolkes som en henvisning til de deltagende virksomheders samlede omsætning, og at leveringen af produkter svarende til de ønskede [...] således herefter kunne bedømmes, men dog ikke som vilkår for at deltage i udbuddet, men udelukkende som dokumentationsbevis ved karaktergivningen for kvalitet«*[55].

105. Den ordregivende myndighed gav dermed indtryk af, at den ville tage hensyn til sagsøgerens betænkeligheder, og skabte en formodning om, at den ville anvende den

53 — Jf. fast retspraksis i denne henseende, nævnt i fodnote 25.
54 — Jf. direktivets artikel 1, stk. 1.
55 — Ordret fra forelæggelseskendelsen, der henviser til den ordregivende myndigheds afgørelse nr. 1 af 12.12.1996.

pågældende klausul i overensstemmelse med fællesskabsretten. Det var først ved beslutningen om udelukkelse, at myndigheden definitivt fastlagde sin stilling til fortolkning af udbudsbetingelserne. I den forbindelse fortolkede den ordregivende myndighed udbudsbetingelserne således, at de — under alle omstændigheder ifølge vurderingen foretaget af den nationale domstol, der behandler tvisten — kom til at fremstå som ulovlige (med hensyn til fællesskabsretten).

106. Jeg lægger vægt på, at en anden fortolkning af udbudsbetingelserne kunne have forhindret, at klausulen var ulovlig, *og* at den ordregivende myndighed indledningsvis gav indtryk af, at den ville gå frem på denne måde. Sagsøgeren fik først endelig klarhed over den fortolkning af udbudsbetingelserne, der ifølge sagsøgeren var ulovlige, gennem beslutningen om udelukkelse. Ved denne beslutning skete der en konkretisering af den ulovlighed, der ganske vist allerede fandtes latent i udbudsbetingelserne.

107. Det er derfor også muligt at forfægte det standpunkt, at sagsøgeren først gennem beslutningen om udelukkelse fik endelig vished for, at udbudsbetingelserne var ulovlige. Dette kendskab vil på sin side kunne få konsekvenser for tidspunktet for, hvornår fristen på 60 dage begynder at løbe. Om denne altid begynder at løbe med offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen eller under de givne omstændigheder eventuelt først på det tidspunkt, hvor det blev kendt, at en bestemt klausul var ulovlig, er i sidste instans et spørgsmål, som skal besvares inden for rammerne af de nationale procesretlige regler.

108. I den foreliggende situation vil man under alle omstændigheder skulle antage, at det blev gjort uforholdsmæssigt vanskeligt for sagsøgeren at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden. Det vil derfor være urimeligt, hvis sagsøgeren i en sag til prøvelse af beslutningen om udelukkelse ikke længere vil kunne gøre tilsidesættelsen af fællesskabsretten gældende, som ganske vist allerede fandtes i udbudsbetingelserne, men som først senere i form af beslutningen om udelukkelse krænkede sagsøgerens rettigheder.

109. Den franske regering har henvist til, at sagsøgeren som en retssikrende foranstaltning kunne have indgivet klage over udbudsbetingelserne, også selv om der blev ført forhandlinger med den ordregivende myndighed med hensyn til den efter sagsøgerens opfattelse ulovlige klausul i udbudsbekendtgørelsen. Dette kunne have være tilfældet, hvis den ordregivende myndighed ikke havde reageret på de betænkeligheder, som sagsøgeren gav udtryk for. I betragtning af den måde, hvorpå den ordregivende myndighed imidlertid indledningsvis reagerede på disse betænkeligheder, kunne sagsøgeren med rette have en forventning om, at der ville blive taget hensyn til disse betænkeligheder, og at der i givet fald også ville blive truffet de fornødne foranstaltninger. I den henseende må man heller ikke overse, at sagsøgeren afventede et positivt udfald af tildelingen af kontrakten, og at det i denne situation muligvis ikke var

hensigtsmæssigt at bringe selskabets fremtidige forbindelser med den ordregivende myndighed i fare med en klagesag[56].

110. Det synes heller ikke at være i overensstemmelse med ånden i direktiv 89/665 at indgive klage som en retssikrende foranstaltning. Det hedder i direktivets artikel 1, stk. 3, andet punktum: »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.« Denne mulighed, som medlemsstaterne har fået, tyder på, at der absolut skal være mulighed for en mindelig løsning, inden der klages. Det er under alle omstændigheder ikke i de berørte parters interesse at overrumple den ordregivende myndighed med en klagesag.

111. Med hensyn til konsekvenserne af denne situation rejser der sig det spørgsmål, om fristen på 60 dage til at anfægte udbudsbekendtgørelsen ikke allerede var suspenderet. Man kan også forestille sig, at klagefristen blev afbrudt som følge af den ordregivende myndigheds adfærd, da det var klart, at denne indledningsvis reagerede på sagsøgerens betænkeligheder og anmodede om supplerende oplysninger fra ikke blot sagsøgeren, men også andre berørte bydende. Da det i den konkrete situation blev gjort uforholdsmæssigt vanskeligt for sagsøgeren at gøre de rettigheder gældende, som tillægges i fællesskabsretten, er en unuanceret fastholdelse af fristen på 60 dage under alle omstændigheder uhensigtsmæssig.

112. Det tilkommer den forelæggende ret at udnytte alle muligheder i den nationale retsorden for at sikre, at de fællesskabsretlige bestemmelser finder anvendelse i den konkrete sag. Hvis der ikke findes mindre indgribende midler, kan den forelæggende ret være forpligtet til — som den allerede selv har påpeget — at benytte sig af muligheden for i medfør af artikel 5 i den nationale lov nr. 2248 af 20. marts 1865 at undlade at anvende visse bestemmelser. De yderligere retlige konsekvenser, der følger af en eventuel annullation af beslutningen om udelukkelse, er et anliggende for den nationale retsorden.

113. Som følge af den foreslåede fremgangsmåde er det ikke nødvendigt at behandle den forelæggende rets andet spørgsmål nærmere, da den interesse, den udelukkede bydende har i en korrekt anvendelse af fællesskabsretten, tages i betragtning gennem udnyttelsen af de muligheder, som den nationale retsorden giver.

56 — Jf. med hensyn til en sammenlignelig situation generaladvokat Mischos forslag til afgørelse af 10.6.1999 i Alcatel-sagen, nævnt i fodnote 29, punkt 38.

VII — Forslag til afgørelse

På baggrund af ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer den præjudicielle anmodning således:

»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 de kompetente retter har pligt til at muliggøre et effektivt og hurtigt retsmiddel mod enhver beslutning truffet af den ordregivende myndighed, herunder beslutningen om udelukkelse af en virksomhed, uanset om en tidligere beslutning blev anfægtet, hvis og for så vidt som myndigheden ved sin adfærd har gjort det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for en unionsborger, hvis rettigheder er blevet krænket ved dispositioner, der strider mod fællesskabsretten, at gøre de rettigheder, der tillægges i fællesskabsretten, gældende for domstolene. Det påhviler den nationale ret at afgøre, om det i den forbindelse er nødvendigt at benytte sig af muligheden for i medfør af artikel 5 i den nationale lov nr. 2248 af 20. marts 1865 at undlade at anvende visse bestemmelser.«