DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

28. oktober 1999 *

I sag C-81/98,

angående en anmodning, som Bundesvergabeamt (Østrig) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Alcatel Austria AG m.fl.,

Siemens AG Österreich,

Sag-Schrack Anlagentechnik AG

mod

Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr,

at opnå en præjudiciel afgørelse 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 (EFT L 395, s. 33),

har

* Processprog: tysk.

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af P.J.G. Kapteyn som fungerende formand for Sjette Afdeling (refererende dommer), og dommerne G. Hirsch og H. Ragnemalm,

generaladvokat: J. Mischo
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Alcatel Austria AG m.fl. ved advokaterne S. Köck og M. Oder, Wien

— Siemens AG Österreich ved advokat M. Breitenfeld

— Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr ved fuldmægtig W. Peschorn, Finanzprokuratur

— den østrigske regering ved kontorchef W. Okresek, Forbundskanslerens Kontor, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin og B. Brandtner, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, bistået af advokat R. Roniger, Bruxelles

— EFTA's tilsynsmyndighed ved H. Óttarsdóttir, sagsbehandler i Afdelingen for Juridiske sager og Eksekutivsager, EFTA's tilsynsmyndighed, og T. Thomassen, ekspeditionssekretær i Afdelingen for Fri Bevægelighed for Varer, EFTA's tilsynsmyndighed, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 28. april 1999 er afgivet mundtlige indlæg af Siemens AG Österreich ved advokat M. Breitenfeld, af Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr ved W. Peschorn, af den østrigske regering ved M. Fruhmann, Forbundskanslerens Kontor, som befuldmægtiget, af den tyske regering ved afdelingschef W.-D. Plessing, Forbundsfinansministeriet, som befuldmægtiget, af Det Forenede Kongeriges regering ved barrister M. Hoskins og af Kommissionen ved advokat R. Roniger,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 10. juni 1999,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 3. marts 1998, indgået til Domstolen den 25. marts 1998, har Bundesvergabeamt i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33).

2 Disse spørgsmål er blevet rejst under en tvist mellem på den ene side Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich og Sag-Schrack Anlagentechnik AG og

på den anden side Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr (herefter »Bundesministerium«) i anledning af tildeling af en offentlig indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakt.

Den retlige baggrund

Fællesskabsretten

3 Artikel 1 i direktiv 89/665 bestemmer:

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

2. Medlemsstaterne påser, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en procedure for tildeling af kontrakter, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler, der omsætter fællesskabsretten, og de øvrige nationale regler.

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.«

4 Artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 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) ...«

5 Artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 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.«

Østrigsk ret

6 I Østrig er tildelingen af offentlige kontrakter på forbundsplan reguleret ved Bundesvergabegesetz (forbundslov om indgåelse af offentlige kontrakter, BGBl. nr. 462/1993, herefter »BVergG«), der gjaldt på sagens relevante tidspunkt, som affattet før ændringen i 1997 (BGBl. nr. 776/1996).

7 Ifølge BVergG's § 9, punkt 14, forstås der ved tilslag en erklæring til den bydende om, at hans bud er antaget.

8 BVergG's § 41, stk. 1, bestemmer, at der under forløbet af fristen for at give tilslag stiftes et kontraktforhold mellem den ordregivende myndighed og den bydende på det tidspunkt, hvor den bydende modtager meddelelse om, at hans bud er antaget.

9 Ifølge BVergG's § 91, stk. 2, er Bundesvergabeamt kompetent til indtil det tidspunkt, hvor der gives tilslag, med henblik på at efterprøve overtrædelser af BVergG og de i henhold hertil udstedte bekendtgørelser, at træffe midlertidige foranstaltninger, ligesom Bundesvergabeamt kan tilsidesætte retsstridige afgørelser fra en ordregivende myndighed som ugyldige.

10 Det fremgår af BVergG's § 91, stk. 3, at Bundesvergabeamt efter tildeling af tilslag har kompetence til at fastslå, at tilslag ikke gives den bydende, der har fremsat det bedste tilbud, såfremt der foreligger en tilsidesættelse af BVergG eller af de i henhold hertil udstedte bekendtgørelser.

11 BVergG's § 94 bestemmer 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.

...«

De faktiske omstændigheder

12 Med henblik på, at der i det østrigske motorvejsnet skulle installeres et elektronisk system til automatisk transmission af visse data, offentliggjorde Bundesministerium den 23. maj 1996 et udbud vedrørende levering, installation og igangsætning af alle komponenter i et hardware- og softwaresystem.

13 Udbuddet fandt sted i en åben procedure som forudsat i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).

14 Den 5. september 1996 blev Kapsch AG givet tilslag, og kontrakten blev indgået samme dag med Kapsch AG. De øvrige bydende, der fik kendskab til kontrakten gennem pressen, indledte en klageprocedure ved Bundesvergabeamt mellem den 10. og 22. september 1996.

15 Den 18. september 1996 forkastede Bundesvergabeamt klagernes krav om midlertidige foranstaltninger gående ud på en udsættelse af opfyldelsen af kontrakten. Dette blev begrundet med, at Bundesvergabeamt i medfør af BVergG's § 91, stk. 2, ikke længere, når tilslag er givet, er beføjet til at træffe afgørelser om midlertidige foranstaltninger. Denne afgørelse blev indbragt for Verfassungsgerichtshof.

16 I medfør af BVergG's § 91, stk. 3, fastslog Bundesvergabeamt herefter ved afgørelse af 4. april 1997, at BVergG på en række punkter var blevet overtrådt, hvorefter myndigheden afsluttede den verserende procedure.

17 Verfassungsgerichtshof har ophævet Bundesvergabeamt's afgørelse af 18. september 1996.

18 Under hensyn til sidstnævnte dom genoptog Bundesvergabeamt behandlingen af realiteten i den procedure, der blev afsluttet den 4. april 1997, og traf den 18. august 1997 en afgørelse, hvorefter det foreløbigt forbydes den ordregivende myndighed at fortsætte opfyldelsen af den kontrakt, der blev afsluttet den 5. september 1996.

19 Efter Republikken Østrigs anke af nævnte afgørelse til Verfassungsgerichtshof tillagde denne ved kendelse af 10. oktober 1997 afgørelsen opsættende virkning, hvilket bevirkede, at den afgørelse om midlertidige foranstaltninger, som Bundesvergabeamt traf den 18. august 1997, foreløbig var uden retsvirkning.

20 I sin forelæggelseskendelse fastslår Bundesvergabeamt, at BVergG ikke opdeler udbudsproceduren i en offentligretlig og en privatretlig del. Den ordregivende myndighed optræder derimod under udbudsproceduren udelukkende som indehaver af privatretlige rettigheder, hvilket betyder, at staten som ordregivende myndighed anvender civilrettens regler, former og midler. Ifølge BVergG's § 41, stk. 1, stiftes der under forløbet af fristen for at give tilslag et kontraktforhold mellem den ordregivende myndighed og den bydende på det tidspunkt, hvor den bydende modtager meddelelse om, at hans bud er antaget.

21 Følgelig antager den forelæggende ret, at tilslag og kontraktafslutning i Østrig som hovedregel ikke formelt falder sammen. Den ordregivende myndigheds afgørelse om, med hvem den vil kontrahere, falder som altovervejende hovedregel allerede før den skriftlige udformning af afgørelsen, og denne afgørelse er i sig selv endnu ikke grundlag for kontraktafslutning, fordi den bydende som minimum må have kendskab til den, men i praksis er forholdet det, at den ordregivende myndigheds afgørelse om, hvem der skal have tilslag, er en afgørelse, som træffes i ordregiverens interne organisationssystem, og en sådan afgørelse fremtræder ikke i forhold til tredjemand ifølge østrigsk ret. Som følge

heraf falder tilslagserklæring og kontraktafslutning sammen i tredjemands øjne, fordi tredjemand som regel ikke bliver bekendt, henholdsvis kan blive bekendt, med den af ordregiveren på sit indre område trufne afgørelse — i hvert fald ikke på lovlig vis. Således kan man ikke anfægte tilslagsafgørelsen selv, dvs. den ordregivende myndigheds afgørelse af, hvem den vil kontrahere med. Tidspunktet for, hvornår der er givet tilslag, er af afgørende betydning for, hvorledes kontrolproceduren ved Bundesvergabeamt forløber.

22 Videre udtaler den forelæggende ret, at Bundesvergabeamt ifølge BVergG's § 91, stk. 2, er kompetent til indtil det tidspunkt, hvor der gives tilslag, med henblik på at efterprøve overtrædelser af BVergG og de i henhold hertil udstedte bekendtgørelser, at træffe midlertidige foranstaltninger, ligesom Bundesvergabeamt kan tilsidesætte retsstridige afgørelser fra en ordregivende myndighed som ugyldige. Når tilslag er givet, er Bundesvergabeamt alene kompetent til at fastslå, om den bydende, der afgav det bedste bud, ikke fik tilslag på grund af en tilsidesættelse af BVergG eller af en i henhold hertil udstedt bekendtgørelse. Ifølge BVergG's § 98, stk. 1, skal der ydes erstatning i tilfælde af, at en ordregivende myndighed culpøst har overtrådt BVergG; erstatningen skal ydes en forbigået ansøger eller bydende, og den skal ydes af den ordregivende myndighed, som hæfter for, hvorledes selve den udbydende tjenestegrens organer har handlet.

23 Endelig bemærker den forelæggende ret, at der ifølge BVergG's § 102, stk. 2, alene er mulighed for at rejse erstatningssøgsmål for de ordinære domstole, såfremt der af Bundesvergabeamt er blevet truffet en afgørelse i § 91, stk. 3's forstand. Uden at det i øvrigt berører denne bestemmelse, er retten og parterne i sagen for Bundesvergabeamt bundet af denne konstatering. Af udformningen af klageproceduren følger, at den østrigske lovgiver på anvendelsesområdet for BVergG har gjort brug af den valgmulighed, nemlig erstatningstilkendelse, der er indrømmet lovgiver ved artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665.

De præjudicielle spørgsmål

24 På denne baggrund har Bundesvergabeamt besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»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 bekræftende, 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?«

Formaliteten

25 Bundesministerium og den østrigske regering har gjort gældende, at der, for så vidt som kontrakten allerede er blevet opfyldt fuldt ud, ikke længere reelt foreligger en tvist i hovedsagen. Følgelig har det ikke længere nogen interesse at besvare de forelagte spørgsmål, eftersom sagsøgeren i hovedsagen kun på dette trin kan opnå erstatning, hvis tilkendelse under alle omstændigheder er foreskrevet i BVergG.

26 Selv om Kommissionen har udtrykt tvivl om, hvorvidt de forelagte spørgsmål kan påkendes i realiteten, er det dog dens opfattelse, at Domstolens dom kan få betydning for den senere udvikling i hovedsagen, navnlig i det omfang, hvori størrelsen af den eventuelle erstatning til sagsøgerne i hovedsagen kan blive berørt af svaret på de forelagte spørgsmål; hertil kommer, at svaret på det første spørgsmål kan medføre, at kontrakten eller afgørelsen om tilslag er ugyldige, hvormed det bliver nødvendigt at træffe afgørelse vedrørende det andet og det tredje spørgsmål.

27 I forelæggelseskendelsen har den nationale ret præciseret, at et spørgsmål, der måtte afklares i den nationale sag, er det spørgsmål, om Bundesvergabeamt var berettiget eller endog efter fællesskabsretten var forpligtet til at ophæve sin afgørelse af 4. april 1997, hvormed Bundesvergabeamt afsluttede den første udbudsprocedure med den udtalelse, at bydende, der havde indgivet det bedste bud, ikke fik tilslag. For dette procedurespørgsmål forbliver de præjudicielle spørgsmål relevante, også selv om den i hovedsagen omtvistede udbudsprocedure i mellemtiden måtte være afviklet.

28 Under disse omstændigheder må det fastslås, at besvarelsen af de forelagte spørgsmål vil kunne få virkning for udfaldet af tvisten i hovedsagen, hvorfor disse spørgsmål vil være at besvare.

Første spørgsmål

29 Med det første spørgsmål ønsker den nationale ret nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, litra a) og b), sammenholdt med artikel 2, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at medlemsstaterne — med hensyn til den afgørelse, som den ordregivende myndighed træffer inden kontraktafslutningen, og ved hvilken ordregiveren vælger den bydende, der har deltaget i udbudsproceduren, og med hvem han indgår kontrakt — altid er forpligtet til at indføre en klageprocedure, i hvilken klageren, såfremt betingelserne er opfyldt, kan få ordregiverens afgørelse kendt ugyldig, uanset muligheden for at få tilkendt erstatning, når kontrakten er blevet indgået.

30 Artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 opregner de foranstaltninger, der kan træffes i forbindelse med de klageprocedurer, som medlemsstaterne er forpligtet til at indføre i national ret. Ifølge denne bestemmelses litra a) er der tale om som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger. Litra b) hjemler mulighed for, at ulovlige beslutninger annulleres eller foranlediges annulleret, og litra c) vedrører tilkendelse af erstatning.

31 Det er ubestridt, at artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 ikke definerer de ulovlige beslutninger, som kan kræves annulleret. Fællesskabslovgiver har blot bestemt, at de i litra b) omtalte ulovlige beslutninger bl.a. er sådanne beslutninger, som angår de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet.

32 Det kan dog ikke udledes af ordlyden af artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, at en ulovlig beslutning om tildeling af en offentlige kontrakt ikke er blandt de ulovlige beslutninger, som kan kræves annulleret.

33 Som det fremgår af første og anden betragtning til direktiv 89/665, tager dette sigte på, såvel på nationalt plan som på fællesskabsplan, at styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af Fællesskabets direktiver vedrørende offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør (jf. dom af 11.8.1995, sag C-433/93, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2303, præmis 23).

34 I denne forbindelse pålægger artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 medlemsstaterne at træffe foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage, således at der sikres overholdelse af fællesskabsdirektiverne om offentlige kontrakter.

35 Hvad angår disse klageprocedurer fremgår det af nævnte bestemmelse, at disses genstand er de ordregivende myndigheders beslutninger, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret, uden at bestemmelsen indeholder en begrænsning vedrørende disse beslutningers art og indhold.

36 Bundesministerium og den østrigske regering har nærmere bestemt gjort gældende, at indretningen af klageproceduren for Bundesvergabeamt er af en sådan art, at en ordregivende myndigheds beslutning ikke længere kan anfægtes, når kontrakt er indgået, medmindre beslutningens ulovlighed har medført skade for klageren i en national klagesag, og at proceduren, som skal begrænses til at lette bedømmelsen af betingelserne for, hvornår de ordinære domstole kan tilkende erstatning, er i overensstemmelse med artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665.

37 Det bemærkes, således som generaladvokaten har anført i punkt 36 og 37 i forslaget til afgørelse, at det allerede fremgår af selve ordlyden af artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665, at den dér fastsatte begrænsning vedrørende klageprocedurerne kun vedrører den situation, som foreligger efter kontraktindgåelsen, der følger efter afgørelsen om tilslag. 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.

38 Desuden kunne den fortolkning, som Bundesministerium og den østrigske regering har foreslået, bevirke, at den ordregivende myndigheds vigtigste beslutning, nemlig tilslaget, systematisk falder uden for de foranstaltninger, der ifølge artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 skal træffes med henblik på de klager, som omtalt i artikel 1. På denne måde ville formålet med direktiv 89/665, som er beskrevet i nærværende doms præmis 34, nemlig at indføre effektive og hurtige klageprocedurer, hvis genstand er de ulovlige beslutninger fra den ordregivende myndighed, på et trin, hvor overtrædelserne endnu kan afhjælpes, blive bragt i fare.

39 Den østrigske regering har desuden gjort gældende, at selv om direktiv 89/665 skulle fortolkes således, at det indeholder en sondring mellem beslutningen om at

give tilslag og afslutningen af kontrakten herom, præciserer det på ingen måde den frist, som skal adskille de to stadier. I denne forbindelse har Det Forenede Kongeriges regering under retsmødet anført, at der ikke bør fastsættes en enkelt frist, eftersom der findes forskellige typer udbudsprocedurer.

40 Argumentet om en manglende frist mellem afgørelsen om tilslag og indgåelsen af kontrakt er ikke relevant. At der ikke findes nogen udtrykkelig bestemmelse herom, kan ikke begrunde en fortolkning af direktiv 89/665, hvorefter afgørelserne om at give tilslag på offentlige kontrakter systematisk falder uden for de foranstaltninger, som ifølge artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 skal træffes med henblik på klageprocedurerne ifølge artikel 1.

41 Hvad angår fristen mellem afgørelsen om tilslag og indgåelsen af kontrakt har Det Forenede Kongeriges regering herudover gjort gældende, at en sådan frist ikke er fastsat i direktiv 93/36, og at dette er udtømmende, således som det fremgår af artikel 7, 9 og 10.

42 Herved er det tilstrækkeligt, således som generaladvokaten har anført i punkt 70 og 71 i forslaget til afgørelse, at fastslå, at de omtalte bestemmelser ligger på linje med de tilsvarende bestemmelser i de direktiver, der gik forud for direktiv 89/665, i hvis første betragtning det anføres, at disse »indeholder ikke særlige bestemmelser, som kan sikre en effektiv anvendelse«.

43 Det følger af de ovenstående betragtninger, at artikel 2, stk. 1, litra a) og b), sammenholdt med artikel 2, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at medlemsstaterne — med hensyn til den afgørelse, som den ordregivende myndighed træffer inden kontraktafslutningen, og ved hvilken ordregiveren vælger den bydende, der har deltaget i udbudsproceduren, og med hvem han indgår kontrakt — altid er forpligtet til at indføre en klageprocedure, i hvilken klageren, såfremt betingelserne er opfyldt, kan få ordregiverens afgørelse

kendt ugyldig, uanset muligheden for at få tilkendt erstatning, når kontrakten er blevet indgået.

Andet og tredje spørgsmål

44 Med det andet og tredje spørgsmål, som behandles samlet, spørger den forelæggende ret nærmere bestemt, om artikel 2, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at de klageinstanser i medlemsstaterne, som har kompetence i udbudssager vedrørende offentlige kontrakter, i tilfælde af manglende fuldstændig gennemførelse af denne bestemmelse i national ret også er beføjet til at påkende klager på de i denne bestemmelse fastsatte betingelser.

45 Det bemærkes, at BVergG's § 91, stk. 2, bestemmer, at Bundesvergabeamt har kompetence til at undersøge lovligheden af procedurerne og tilslagsafgørelserne inden for BVergG's anvendelsesområde, og at den nationale lovgiver derfor allerede har opfyldt sin forpligtelse til at indføre en klageinstans, således som generaladvokaten har anført i punkt 90 i forslaget til afgørelse.

46 Men som anført af den forelæggende ret i kendelsen (jf. præmis 20, 21 og 22 i nærværende dom) er den ordregivende myndigheds afgørelse om, hvem der skal gives tilslag, en afgørelse, som træffes i det interne organisationssystem, og som tredjemænd ikke gøres bekendt med ifølge østrigsk ret.

47 Det fremgår af de af den forelæggende ret givne forklaringer, at staten som ordregivende myndighed anvender civilrettens regler, former og midler i udbudsproceduren, således at tilslag med hensyn til en offentlig kontrakt sker ved, at der indgås en kontrakt mellem myndigheden og den bydende.

48 Erklæringen om tilslag og kontraktafslutningen er i praksis sammenfaldende, hvorfor der i et sådant system ikke udstedes en forvaltningsakt, som de interesserede kan få kendskab til, og som kan gøres til genstand for et krav om annullation, som fastsat i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665.

49 Under sådanne omstændigheder skal det — når det er tvivlsomt, om den nationale ret er i stand til at tilkende borgerne en klageret i udbudssager på de i direktiv 89/665 fastsatte betingelser, navnlig betingelserne i artikel 2, stk. 1, litra a) og b) — påpeges, at såfremt nationale regler ikke kan fortolkes som værende i overensstemmelse med direktiv 89/665, kan de berørte ifølge de relevante procedurer i national ret rejse krav om erstatning for skade, der er lidt som følge af den manglende gennemførelse af direktivet inden for den fastsatte frist (jf. navnlig dom af 8.10.1996, forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofer m.fl., Sml. I, s. 4845).

50 Det andet og det tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 2, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 89/665 ikke kan fortolkes således, at de klageinstanser i medlemsstaterne, som har kompetence i udbudssager vedrørende offentlige kontrakter er beføjet til at påkende klager på de i denne bestemmelse fastsatte betingelser, uanset at der ikke foreligger en afgørelse om tilslag, som kan gøres til genstand for et krav om annullation.

Sagens omkostninger

51 De udgifter, der er afholdt af den østrigske, af den tyske og af Det Forenede Kongeriges regering samt af Kommissionen og EFTA's tilsynsmyndighed, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt ved kendelse af 3. marts 1998, for ret:

1) **Artikel 2, stk. 1, litra a) og b), sammenholdt med artikel 2, stk. 6, andet afsnit, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at medlemsstaterne — med hensyn til den afgørelse, som den ordregivende myndighed træffer inden kontraktafslutningen, og ved hvilken ordregiveren vælger den bydende, der**

har deltaget i udbudsproceduren, og med hvem han indgår kontrakt — altid er forpligtet til at indføre en klageprocedure, i hvilken klageren, såfremt betingelserne er opfyldt, kan få ordregiverens afgørelse kendt ugyldig, uanset muligheden for at få tilkendt erstatning, når kontrakten er blevet indgået.

2) **Artikel 2, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 89/665 kan ikke fortolkes således, at de klageinstanser i medlemsstaterne, som har kompetence i udbudssager vedrørende offentlige kontrakter, er beføjet til at påkende klager på de i denne bestemmelse fastsatte betingelser, uanset at der ikke foreligger en afgørelse om tilslag, som kan gøres til genstand for et krav om annullation.**

Kapteyn Hirsch Ragnemalm

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. oktober 1999.

R. Grass

Justitssekretær

J.C. Moitinho de Almeida

Formand for Sjette Afdeling