Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Ottende Afdeling)

21. december 2016*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 89/665/EØF — klageprocedurer i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter — artikel 1, stk. 3 — søgsmålsinteresse — artikel 2a, stk. 2 — begrebet »den berørte tilbudsgiver« — retten for en tilbudsgiver, der af den ordregivende myndighed er blevet endeligt udelukket, til at indgive en klage over den senere beslutning om tildeling af kontrakten«

I sag C-355/15,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol, Østrig) ved afgørelse af 20. maj 2015, indgået til Domstolen den 13. juli 2015, i sagen:

**Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH**

mod

**Universität für Bodenkultur Wien,**

**VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien,**

har

DOMSTOLEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne M. Safjan og D. Šváby (refererende dommer),

generaladvokat: M. Wathelet,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH ved Rechtsanwalt J. Schramm

— Universität für Bodenkultur Wien ved Rechtsanwalt O. Sturm

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

* Processprog: tysk.

— den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato S. Varone

— den polske regering ved B. Majczyna, som befuldmægtiget

— Europa-Kommissionen ved B.-R. Killmann og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

## Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 3, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT 2007, L 335, s. 31) (herefter »direktiv 89/665«).

2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH og Caverion Österreich GmbH (herefter under ét »konsortiet«) på den ene side og Universität für Bodenkultur Wien (universitetet for naturressourcer og biovidenskab i Wien, Østrig, herefter »BOKU Wien«) på den anden side vedrørende sidstnævntes tildeling af en rammeaftale vedrørende offentlige tjenesteydelseskontrakter til VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien (herefter »Vamed«).

### Retsforskrifter

*EU-retten*

Direktiv 89/665

3 Følgende fremgår af 3., 4., 6., 8., 18., 25. og 27. betragtning til direktiv 2007/66, hvilket direktiv ændrer direktiv 89/665:

»(3) Høring af de berørte parter har sammen med Domstolens praksis afdækket en række svagheder ved medlemsstaternes eksisterende klageordninger. På grund af disse svagheder er det ikke altid muligt ved hjælp af mekanismerne i [bl.a. direktiv 89/665] at sørge for, at fællesskabsbestemmelserne overholdes, især på et tidspunkt, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør. […]

(4) En af de svagheder, der er blevet påpeget som væsentlig, er, at der ikke er nogen frist, som gør det muligt at klage effektivt i perioden mellem beslutningen om tildeling af en kontrakt og indgåelsen af den pågældende kontrakt. Dette fører undertiden til en meget hurtig undertegnelse af kontrakten, fordi de ordregivende myndigheder og ordregivere ønsker at gøre virkningerne af den omtvistede tildelingsbeslutning endelige. For at afhjælpe denne svaghed, der er en alvorlig hindring for en effektiv retsbeskyttelse af de berørte tilbudsgivere, det vil sige dem, der endnu ikke er endeligt udelukket, bør der indføres en minimumsstandstill-periode, inden for hvilken indgåelsen af den pågældende kontrakt suspenderes […]

[...]

(6) Standstill-perioden bør give de berørte tilbudsgivere tilstrækkelig tid til at gennemgå tildelingsbeslutningen og vurdere, om det er hensigtsmæssigt at indlede en klageprocedure. Når tilbudsgiverne underrettes om tildelingsbeslutningen, bør de have de relevante oplysninger, der er nødvendig for en effektiv klageadgang. […]

[...]

(8) [...] [Standstill-perioden er] ikke nødvendig, hvis den eneste berørte tilbudsgiver er den person, der får tildelt kontrakten, og der ikke er nogen berørte ansøgere. I dette tilfælde er der ikke andre tilbageværende deltagere i udbudsproceduren, som har interesse i at modtage underretning og drage fordel af en standstill-periode med henblik på en effektiv klageadgang.

[...]

(18) For at forebygge alvorlige overtrædelser af standstill-forpligtelsen og automatisk suspension, der er forudsætninger for effektiv klageadgang, bør effektive sanktioner finde anvendelse. Kontrakter, der er indgået i strid med standstill-perioden eller automatisk suspension, bør derfor anses for principielt uden virkning, hvis de er kombineret med overtrædelser af [bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114 og berigtigelse i EUT 2004, L 231, s. 24), for så vidt disse overtrædelser har påvirket mulighederne for at få tildelt kontrakten for den tilbudsgiver, der klager.

[...]

(25) Af hensyn til retssikkerheden for så vidt angår de ordregivende myndigheders og ordregiverens beslutninger er det på længere sigt nødvendigt at indføre en rimelig minimumsfrist for forældelse af klager, der har til formål at få fastslået, at den pågældende kontrakt er uden virkning.

[...]

(27) [...] Af hensyn til retssikkerheden kan det kun i en begrænset periode gøres gældende, at en kontrakt er uden virkning. Disse tidsfrister bør respekteres.«

4 Artikel 1 i direktiv 89/665 har følgende ordlyd:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i direktiv [2004/18], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 10-18 i nævnte direktiv. […]

[...]

Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv [2004/18], 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 artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

[...]

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 bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

[…]«

5 Direktiv 89/665 fastsætter flere tilfælde, hvor det efter vedtagelsen af beslutningen om tildeling af en kontrakt kortvarigt ikke er tilladt for den ordregivende myndighed at indgå en kontrakt med den ordremodtagende enhed. Et sådant forbud følger bl.a. af den automatiske opsættende virkning, som er knyttet til eventuelle forudgående klager indgivet til den ordregivende myndighed i henhold til dette direktivs artikel 1, stk. 5, og af klager indbragt for et organ i første instans i henhold til det nævnte direktivs artikel 2, stk. 3. Disse forbud supplerer den ordregivende myndigheds forpligtelse i henhold til det samme direktivs artikel 2a til at respektere en standstill-periode fra vedtagelsen af beslutningen om tildeling af en kontrakt og kontraktindgåelsen med den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten. Nævnte artikel 2a bestemmer:

»1. Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 3, omhandlede personer har tilstrækkelige frister, som sikrer effektiv mulighed for at klage over ordregivende myndigheders tildelingsbeslutninger, idet de vedtager de nødvendige bestemmelser, som opfylder mindstekravene i stk. 2 og i artikel 2c.

2. En kontraktindgåelse efter beslutningen om tildeling af en kontrakt, der er omfattet af direktiv [2004/18], kan tidligst finde sted efter udløbet af en frist på mindst 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, efter udløbet af en frist på enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, eller mindst 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages.

Tilbudsgivere anses for at være berørte, hvis de endnu ikke er endeligt udelukket. En udelukkelse er endelig, hvis den er meddelt de berørte tilbudsgivere og enten er fundet lovlig af en uafhængig klageinstans eller ikke længere kan blive genstand for klageprocedure.

[…]

Meddelelsen af beslutningen om tildeling til hver af de berørte tilbudsgivere og ansøgere ledsages af følgende:

— en kort redegørelse for de relevante grunde […] og

— en præcis angivelse af den nøjagtige standstill-periode, der finder anvendelse i henhold til de nationale bestemmelser for gennemførelsen af dette stykke.«

6 Artikel 2b, stk. 1, i direktiv 89/665 har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne kan fastsætte, at fristerne i dette direktivs artikel 2a, stk. 2, ikke finder anvendelse på:

[…]

b) tilfælde, hvor den eneste berørte tilbudsgiver som omhandlet i dette direktivs artikel 2a, stk. 2, er den tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, og der ikke er nogen berørte ansøgere

[…]«

7 Dette direktivs artikel 2d, stk. 1, bestemmer:

»Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:

[...]

b) hvis bestemmelserne i dette direktivs artikel 1, stk. 5, artikel 2, stk. 3, eller artikel 2a, stk. 2, er overtrådt, og denne overtrædelse har frataget tilbudsgiver muligheden for at iværksætte retslige skridt forud for indgåelsen af kontrakten, såfremt en sådan overtrædelse er kombineret med en overtrædelse af direktiv [2004/18], og denne overtrædelse har påvirket mulighederne for at få tildelt kontrakten for den tilbudsgiver, der klager

[...]«

Direktiv 2004/18

8 I henhold til artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18, som ændret ved Kommissionens forordning (EU) nr. 1251/2011 af 30. november 2011 (EUT 2011, L 319, s. 17) (herefter »direktiv 2004/18«), finder dette direktiv anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter, der indgås af andre ordregivende myndigheder end statslige myndigheder, og hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger 200 000 EUR.

9 Det nævnte direktivs artikel 44, stk. 1, bestemmer:

»Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne i artikel 53 og 55 under hensyn til artikel 24, efter at de ordregivende myndigheder har undersøgt, om de økonomiske aktører, der ikke er udelukket i henhold til artikel 45 og 46, er egnede; en sådan egnethedsundersøgelse udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiel formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 47-52 og om nødvendigt i overensstemmelse med de ikke-diskriminerende regler og kriterier, der er nævnt i stk. 3.«

*Østrigsk ret*

10 § 331 i Bundesvergabegesetz 2006 (forbundslov om offentlige kontrakter af 2006, BGBl. I, 17/2006), i den affattelse, som finder anvendelse på hovedsagen, er indeholdt i den del af denne lov, som vedrører anerkendelsessøgsmål. § 331, stk. 1, bestemmer:

»En erhvervsdrivende, som har interesse i at indgå en kontrakt, der er omfattet af denne forbundslovs anvendelsesområde, kan, såfremt den pågældende har lidt eller risikere at lide skade som følge af den angivelige retsstridighed, fremsætte begæring om, at det fastslås [...]«

## Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

11 I løbet af oktober måned 2012 indledte BOKU Wien en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt i form af et udbud med forhandling og med offentliggørelse af en forudgående udbudsbekendtgørelse med henblik på indgåelse af en rammeaftale vedrørende den tekniske ledelse, reparation og vedligeholdelse samt service i forbindelse med de tekniske installationer i universitetets bygninger og laboratorieudstyr med en tilbudsgiver.

12 Alene konsortiet og Vamed afgav et bud inden for den fastsatte frist.

13 Ved en afgørelse af 20. december 2013, som blev meddelt konsortiet, blev sidstnævnte udelukket fra den nævnte udbudsprocedure med den begrundelse, at den originale dokumentation for, at der var stillet en bankgaranti, ikke var blevet forelagt inden for den fastsatte frist.

14 Den klage, som konsortiet indgav over denne afgørelse, blev forkastet ved dom afsagt af Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Østrig) den 31. januar 2014. Den ekstraordinære revisionsanke, som blev iværksat til prøvelse af denne dom, blev ligeledes forkastet ved en kendelse afsagt af Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol, Østrig) den 25. maj 2014.

15 Ved en tildelingsbeslutning af 14. marts 2014, som blev meddelt Vamed, valgte BOKU Wien denne virksomheds bud. Rammeaftalen blev dernæst indgået, og Vamed begyndte at præstere de pågældende tjenester.

16 Konsortiet indbragte denne tildelingsbeslutning for Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager). Klagen blev forkastet ved en dom af 8. august 2014 med den begrundelse, at en tilbudsgiver, hvis bud med rette er blevet fravalgt, ikke kan få sine rettigheder krænket ved retsstridige forhold, der vedrører valget af et andet bud med henblik på tildeling.

17 I forbindelse med revisionsanken iværksat til prøvelse af sidstnævnte dom for den forelæggende ret har konsortiet gjort gældende, at den i hovedsagen omhandlede situation og den sag, som gav anledning til dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ligner hinanden. I begge tilfælde var der kun to tilbudsgivere, og selv om konsortiet reelt blev udelukket, har det anført, at buddet fra Vamed burde være blevet fravalgt, eftersom beregningerne vedrørende væsentlige poster i dette bud ud fra et økonomisk synspunkt ikke kunne forklares og efterprøves. Derfor er der, som i forbindelse med den nævnte dom, to tilbudsgivere, som begge har en ligeværdig økonomisk interesse i, at den andens bud udelukkes, og som kan gøre denne interesse gældende, selv hvis vedkommendes eget bud må fravælges.

18 Den forelæggende ret har oplyst, at i henhold til § 331 i forbundsloven om offentlige kontrakter af 2006 kan en klage, hvorved der er nedlagt påstand om, at det fastslås, at en beslutning på området for offentlige kontrakter er uregelmæssig, kun antages til realitetsbehandling, hvis den erhvervsdrivende, som indgiver klagen, har interesse i, at den pågældende kontrakt indgås, og denne uregelmæssighed har bevirket, at den erhvervsdrivende har lidt eller risikerer at lide skade.

19 Den forelæggende ret har undersøgt dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), og har bemærket, at i forbindelse med denne dom blev uregelmæssigheden af det bud, som den tilbudsgiver, der anlagde søgsmålet, havde afgivet, ikke fastslået af den ordregivende myndighed i forbindelse med proceduren for indgåelse af den pågældende kontakt, men i forbindelse med det søgsmål, som denne tilbudsgiver havde anlagt til prøvelse af beslutningen om at tildele denne kontrakt til en anden tilbudsgiver. Den forelæggende ret har anført, at Domstolen i den nævnte doms præmis 33 fastslog, at hvor begge tilbudsgiveres bud anfægtes inden for rammerne af den samme sag og på samme grundlag, kan begge konkurrenter påberåbe sig en ligeværdig legitim interesse i, at den andens bud udelukkes. Heraf følger, at i denne situation har den tilbudsgiver, hvis bud ikke er blevet antaget, en retsbeskyttelse, selv om dette bud ikke opfylder de tekniske specifikationer for det omhandlede udbud.

20 Den forelæggende ret er i tvivl med hensyn til, om den lære, som kan udledes af dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), også kan anvendes, når to tilbudsgivere, der oprindeligt har afgivet et bud, og den ordregivende myndighed selv på forhånd og endeligt har fastslået, at den tilbudsgiver, som ønsker at anfægte tildelingsbeslutningen, skal udelukkes. Den forelæggende rets tvivl er baseret på diverse elementer, som den har konstateret i direktiv 89/665, herunder først og fremmest begrebet »den berørte tilbudsgiver« som omhandlet i dette direktivs artikel 2a, stk. 2.

21 Selv om dette direktiv ifølge den forelæggende ret ikke synes at beskytte tilbudsgivere, der er blevet endeligt udelukket, mod uregelmæssigheder, som den beslutning om tildeling af en kontrakt, som træffes efter deres endelige udelukkelse, kan være behæftet med, rejser den forelæggende ret imidlertid spørgsmålet om, hvorvidt det ligebehandlingsprincip, der finder anvendelse på tilbudsgivere, kan begrunde, at en sådan tilbudsgiver, som er blevet endeligt udelukket, ikke desto mindre indrømmes en adgang til at klage over denne beslutning, når denne alene er til fordel for den anden tilbudsgiver, som stadig er med i proceduren.

22 Dersom det måtte fastslås, at den tilbudsgiver, som er blevet endeligt udelukket fra udbudsproceduren, ikke desto mindre har en adgang til at klage over tildelingsbeslutningen, har den forelæggende ret endvidere for det første oplyst, at Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) også har fastslået, at det ikke var nødvendigt at tage hensyn til de af konsortiet hævdede grunde til, at Vameds bud blev udelukket, eftersom de ikke klart fremgik af sagsakterne. En sådan opfattelse kan imidlertid være begrundet i nødvendigheden af at indføre klageprocedurer, som gennemføres så hurtigt som muligt som nævnt i artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665. For det andet har den forelæggende ret rejst spørgsmålet om, hvorvidt det har nogen betydning i forbindelse med retten til en effektiv retsbeskyttelse, at grundene til at de to foreliggende bud skulle fravælges, er de samme eller forskellige.

23 På denne baggrund har Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 1, stk. 3, i direktiv [89/665] på baggrund af […] Domstolens dom af 4. juli 2013[, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], fortolkes således, at en tilbudsgiver, hvis bud retskraftigt er blevet udelukket af ordregiveren, og som derfor ikke er berørt tilbudsgiver i henhold til artikel 2a i direktiv 89/665, kan nægtes adgang til at klage over en tildelingsbeslutning (beslutning om indgåelse af en rammeaftale) og indgåelsen af en kontrakt (herunder den i henhold til direktivets artikel 2, stk. 7, krævede ydelse af skadeserstatning), selv om kun to tilbudsgivere har afgivet bud, og buddet afgivet af den valgte tilbudsgiver, hvis bud er blevet antaget, ifølge [de anbringender, der er gjort gældende af den ikke-berørte tilbudsgiver, som har indgivet klagen,] ligeledes burde have været udelukket?

2) Såfremt [det første spørgsmål] besvares benægtende, [s]kal artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 på baggrund af […] Domstolens dom af 4. juli 2013[, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], [da] fortolkes således, at den ikke-berørte tilbudsgiver (i henhold til direktivets artikel 2a) da kun skal indrømmes adgang til at klage

a) såfremt det af klageprocedurens sagsakter klart fremgår, at den valgte tilbudsgivers bud ikke er lovligt?

b) såfremt det af [lignende] grunde fremgår, at den valgte tilbudsgivers bud ikke er lovligt?«

## Om de præjudicielle spørgsmål

24 Indledningsvis bemærkes, at i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 finder dette direktiv kun anvendelse på klager vedrørende procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter, der er omhandlet i direktiv 2004/18, og som ikke er undtaget fra sidstnævnte direktivs anvendelsesområde ved direktivets artikel 10-18.

25 Selv om forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder nogen angivelser med hensyn til værdien af den i hovedsagen omhandlede rammeaftale med henblik på tærskelværdien i direktiv 2004/18, der er fastsat til 200 000 EUR for offentlige tjenesteydelseskontrakter, der indgås af andre ordregivende myndigheder

end statslige myndigheder i overensstemmelse med dette direktivs artikel 7, litra b), fremgår det af flere oplysninger i de nationale sagsakter, at værdien af rammeaftalen langt overskrider denne tærskelværdi, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at undersøge.

26 Eftersom den nævnte rammeaftale efter sin art desuden ikke er omfattet af de udelukkelser, der er fastsat i artikel 10-18 i direktiv 2004/18, er det intet til hinder for, at Domstolen besvarer de forelagte spørgsmål.

*Det første spørgsmål*

27 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, henset til dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en tilbudsgiver, der er blevet udelukket fra en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt ved en beslutning fra den ordregivende myndighed, som er blevet endelig, og som derfor ikke er en berørt tilbudsgiver som omhandlet i dette direktivs artikel 2a, nægtes adgang til at klage over beslutningen om tildeling af den pågældende offentlige kontrakt og indgåelsen af kontrakten, når alene denne fravalgte tilbudsgiver og den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten, har afgivet bud, og den nævnte tilbudsgiver har gjort gældende, at buddet fra den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten, også burde være blevet fravalgt.

28 I denne henseende bemærkes, at det følger af bestemmelserne i artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, at der, for at procedurerne for at indgive klage over de beslutninger, der træffes af en ordregivende myndighed, kan anses for at være effektive, skal være adgang hertil, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse (jf. dom af 5.4.2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 23).

29 I nævnte doms præmis 26 og 27 fremhævede Domstolen, at dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), var en konkretisering af kravene i artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 under omstændigheder, hvor to tilbudsgivere efter en offentlig udbudsprocedure indgiver klage med henblik på gensidigt at udelukke hinanden. I en sådan situation har hver af de to tilbudsgivere således interesse i at opnå en bestemt kontrakt.

30 Situationen i hovedsagen adskiller sig imidlertid betydeligt fra situationerne i de to sager, der gav anledning til dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), og af 5. april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199).

31 For det første havde buddene fra de tilbudsgivere, som var omhandlet i de sager, der gav anledning til disse to domme, til forskel fra buddet afgivet af konsortiet i hovedsagen ikke været genstand for en beslutning om udelukkelse fra den ordregivende myndighed.

32 For det andet var det inden for rammerne af én og samme klageprocedure vedrørende beslutningen om tildeling af en kontrakt, at hver af tilbudsgiverne i disse to sager anfægtede lovligheden af den andens bud, idet de begge havde en ligeværdig legitim interesse i, at den andens bud blev udelukket, idet disse anfægtelser kunne føre til, at det var umuligt for den ordregivende myndighed at udvælge et lovligt bud (jf. i denne retning dom af 4.7.2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 33, og af 5.4.2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 24). I den foreliggende hovedsag forholder det sig derimod således, at konsortiet indgav en klage først over den beslutning, hvormed konsortiet blev udelukket, og dernæst over beslutningen om tildeling af kontrakten, og det er inden for rammerne af den anden sag, at det har påberåbt sig, at buddet afgivet af den virksomhed, som blev tildelt kontrakten, er uregelmæssigt.

33 Heraf følger, at det i retspraksis udviklede princip, der følger af dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), og af 5. april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), ikke finder anvendelse på den processuelle situation og tvist, der er omhandlet i hovedsagen.

34 Det bemærkes endvidere, at som det fremgår af artikel 1, stk. 3, og artikel 2a i direktiv 89/665, sikrer dette en effektiv klageadgang i forbindelse med uregelmæssige beslutninger truffet inden for rammerne af en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, idet de gør det muligt for enhver udelukket tilbudsgiver at anfægte ikke blot beslutningen om udelukkelse, men også, så længe der ikke er blevet truffet afgørelse med hensyn til denne anfægtelse, senere beslutninger, som måtte være til skade for ham, i tilfælde af at udelukkelsen af ham ophæves.

35 Under disse omstændigheder kan dette direktivs artikel 1, stk. 3, ikke fortolkes således, at det er til hinder for, at en tilbudsgiver som konsortiet nægtes adgang til at klage over beslutningen om tildeling af en kontrakt, fordi tilbudsgiveren skal anses for en tilbudsgiver, som er endeligt udelukket som omhandlet i dette direktivs artikel 2a, stk. 2, andet afsnit.

36 På baggrund af samtlige disse betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at en tilbudsgiver, der er blevet udelukket fra en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt ved en beslutning fra den ordregivende myndighed, som er blevet endelig, nægtes adgang til at klage over beslutningen om tildeling af den pågældende offentlige kontrakt og indgåelsen af kontrakten, når alene denne fravalgte tilbudsgiver og den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten, har afgivet bud, og den nævnte tilbudsgiver har gjort gældende, at buddet fra den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten, også burde være blevet fravalgt.

*Det andet spørgsmål*

37 Under hensyn til besvarelsen af det første spørgsmål er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål.

**Sagens omkostninger**

38 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Ottende Afdeling) for ret:

**Artikel 1, stk. 3, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at en tilbudsgiver, der er blevet udelukket fra en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt ved en beslutning fra den ordregivende myndighed, som er blevet endelig, nægtes adgang til at klage over beslutningen om tildeling af den pågældende offentlige kontrakt og indgåelsen af kontrakten, når alene denne fravalgte tilbudsgiver og den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten, har afgivet bud, og den nævnte tilbudsgiver har gjort gældende, at buddet fra den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten, også burde være blevet fravalgt.**

Underskrifter