DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

4. februar 1999 *

I sag C-103/97,

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

Josef Köllensperger GmbH & Co. KG,

Atzwanger AG

mod

Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 2, stk. 8, 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 L 395, s. 33),

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. J. G. Kapteyn (refererende dommer), og dommerne G. Hirsch, G. F. Mancini, H. Ragnemalm og R. Schintgen,

generaladvokat: A. Saggio
justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz ved advokaterne C. C. Schwaighofer og M. E. Sallinger, Innsbruck

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

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent H. van Lier og C. Schmidt, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der er afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 18. juni 1998 af den østrigske regering ved M. Fruhmann, Forbundskancelliet, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved H. van Lier og C. Schmidt,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 24. september 1998,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 7. november 1996, indgået til Domstolen den 10. marts 1997, har Tiroler Landesvergabeamt (Udbudsorganet for delstaten Tirol) i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 2, stk. 8, 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 L 395, s. 33).

2 Spørgsmålene er rejst i en sag mellem på den ene side Josef Köllensperger GmbH & Co. KG (herefter »Köllensperger«) og Atzwanger AG (herefter »Atzwanger«), og på den anden side Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz (det fælleskommunale distriktshospital i Schwaz) i forbindelse med udbud angående udvidelsesarbejder på hospitalscentret i Schwaz.

3 Direktiv 89/665 har til formål at sikre, at fællesskabsdirektiverne vedrørende offentlige kontrakter finder anvendelse så effektivt og hurtigt som muligt. Eftersom de daværende almindelige klageadgange såvel på nationalt plan som på fællesskabsplan fandtes utilstrækkelige, og idet særdirektiverne ikke indeholdt bestemmelser om særlige klageadgange, blev medlemsstaterne ved dette direktiv pålagt inden den 21. december 1991 at indføre passende klageprocedurer i tilfælde af, at fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter viser sig at være ulovlige (artikel 1, stk. 1, og artikel 5).

4 Det bestemmes i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665:

»Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes

dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af den kompetente myndighed i første instans, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til traktatens artikel 177, og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og til myndigheden i første instans.

Udnævnelsen af medlemmerne af denne uafhængige instans og udløbet af deres embedsperiode er undergivet de samme betingelser, som gælder for dommere, for så vidt angår den myndighed, der er ansvarlig for deres udnævnelse, varigheden af deres embedsperiode og muligheden for deres afsættelse. Formanden for denne uafhængige instans skal mindst have samme juridiske og faglige kvalifikationer som en dommer. Den uafhængige instans træffer sine afgørelser efter en kontradiktorisk procedure, og disse afgørelser har på grundlag af bestemmelser, som fastsættes af hver medlemsstat, retsvirkninger med bindende kraft.«

5 I Østrig er direktiv 89/665 blevet gennemført på forbundsplan ved Bundesvergabegesetz (forbundslov om indgåelse af offentlige kontrakter). Denne lov fastlægger to procedurer, dels en forligsprocedure ved Bundesvergabekontrolkommission (forbundskommissionen for tilsyn med udbud), dels en procedure ved Bundesvergabeamt (forbundsorganet for udbud).

6 Direktivet er i delstaten Tirol gennemført ved Tiroler Gesetz über die Vergabe von Aufträgen (lov om indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter for delstaten Tirol, herefter »udbudsloven«). Denne lov bemyndiger Tiroler Landesvergabeamt til at træffe afgørelse i klagesager i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter.

7 Det bestemmes i § 6 i udbudsloven:

»1. Landesvergabeamt oprettes under Amt der Tiroler Landesregierung (regeringen for delstaten Tirol). Det består af følgende personer:

a) en formand, der har kendskab til udbud af kontrakter

b) en juridisk medarbejder i Amt der Tiroler Landesregierung som referent

c) en dommer

d) og medlemmer, der har kendskab til udbud af kontrakter, og som indstilles — med ét medlem fra hver organisation — af henholdsvis Wirtschaftskammer Tirol (Tirol's erhvervsforening), Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer für Tirol und Vorarlberg (Foreningen af arkitekter og rådgivende ingeniører i Tirol og Vorarlberg), Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol (Foreningen af arbejdere og funktionærer i Tirol) og Tiroler Gemeindeverband (Forbundet af kommuner i Tirol).

...

3. Medlemmerne af Landesvergabeamt udnævnes af delstatens regering for en periode på fem år. De skal være valgbare til delstatens lovgivende forsamling. Med hensyn til de medlemmer, som er omtalt i stk. 1, litra d), og i stk. 2,

opfordrer delstatens regering de indstillingsberettigede til at afgive en indstilling inden for en nærmere fastsat rimelig frist. Såfremt indstillingen ikke indgives rettidigt, finder udnævnelsen sted uden indstilling. Præsidenten for Oberlandesgericht Innsbruck høres inden udnævnelsen af det i stk. 1, litra c), nævnte medlem. Hvert medlem tildeles en suppleant, som udnævnes på samme måde. Ved forfald erstattes hvert medlem af dets suppleant.

4. Et medlem eller en suppleant ophører med sine funktioner førtidigt, hvis den pågældende fratræder, eller hvis udnævnelsen tilbagekaldes. Et medlem, som er udpeget i henhold til stk. 1, litra b) og c), ophører ligeledes med sine funktioner, når vedkommende udtræder af sin tjeneste eller sit embede. Fratrædelsen skal meddeles skriftligt til delstatens regering. (...) Udnævnelsen skal tilbagekaldes, når betingelserne for udnævnelsen ikke længere er til stede, eller når der opstår forhold, som må antages på varig måde at forstyrre den forskriftsmæssige opfyldelse af embedet. Såfremt et medlem eller en suppleant ophører med sine funktioner førtidigt, skal der straks udnævnes et nyt medlem eller en ny suppleant for den resterende embedsperiode.

...

6. Landesvergabeamt er beslutningsdygtigt, når alle dets medlemmer er behørigt indkaldt, og når formanden, referenten, dommermedlemmet og mindst ét andet medlem er til stede. Det træffer afgørelse ved simpelt flertal. I tilfælde af stemmelighed er formandens stemme afgørende. Det er ikke muligt at undlade at stemme.

7. Medlemmerne af Landesvergabeamt kan ikke pålægges instrukser under udøvelsen af deres hverv. Deres beslutninger kan ikke administrativt ophæves eller ændres.

8. Landesvergabeamt's sekretariatsopgaver udføres af Amt der Tiroler Landesregierung.«

8 Den 6. april 1995 indgav Köllensperger og Atzwanger en klage til Tiroler Landesvergabeamt med henblik på at få annulleret udbuddet vedrørende udvidelsesarbejderne på Bezirkskrankenhaus i Schwaz, idet de gjorde gældende, at udbudsloven var blevet overtrådt.

9 Ved afgørelse af 27. juni 1995 afviste Tiroler Landesvergabeamt klagen med den begrundelse, at der var givet tilslag til det selskab, der havde afgivet det mest fordelagtige bud. Heraf kunne det ifølge Tiroler Landesvergabeamt udledes, at Köllensperger og Atzwanger heller ikke ville have fået tildelt den pågældende kontrakt, selv om bestemmelserne i udbudsloven var blevet overholdt.

10 De nævnte selskaber indbragte sagen for Verfassungsgerichtshof.

11 Verfassungsgerichtshof ophævede den 12. juni 1996 afgørelsen fra Tiroler Landesvergabeamt med den begrundelse, at dettes sammensætning på det tidspunkt, da det traf afgørelsen, dvs. den 27. juni 1995, ikke opfyldte kravene i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665.

12 Ifølge Verfassungsgerichtshof besad formanden for denne instans — som var civilingeniør — ikke de juridiske eller erhvervsmæssige forudsætninger for at bestride et dommerembede, og afgørelsen af 27. juni 1995 tilsidesatte således sagsøgernes ret til en procedure for en dommer i henhold til loven, hvilket er en forfatningsretligt beskyttet rettighed.

13 Den 16. juli 1996 trak den person, der var formand for Tiroler Landesvergabeamt på det tidspunkt, afgørelsen blev truffet, sig tilbage med virkning fra den 12. juli, hvorefter Tiroler Landesregierung udnævnte en ny formand.

14 Under den genoptagne behandling af sagen ved Tiroler Landesvergabeamt gjorde Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz gældende, at sammensætningen af denne instans fortsat ikke var i overensstemmelse med direktiv 89/665.

15 Idet Tiroler Landesvergabeamt havde visse tvivl med hensyn til de medlemmer, der er omfattet af § 6, stk. 1, litra d), i udbudsloven, besluttede det at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 2 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 fortolkes således, at (Tiroler) Landesvergabeamt (kontoret for udbud i delstaten Tirol), der blev oprettet ved (Tiroler) Landesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (lov om indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter for delstaten Tirol) af 6. juli 1994 (*Landesgesetzblatt für Tirol*) (*Lovtidende for delstaten Tirol*) nr. 87/1994, er en klageinstans som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 8?

2) Indebærer Tiroler Vergabegesetz (lov om indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter) af 6. juli 1994 (*Landesgesetzblatt für Tirol*) (*Lovtidende for delstaten Tirol*) nr. 87/1994, at den klageprocedure, der er omhandlet i artikel 1 i Rådets direktiv 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, er gennemført i national ret?«

Antagelse af de præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling

16 Indledningsvis skal det undersøges, om Tiroler Landesvergabeamt er en ret efter betydningen i traktatens artikel 177, og om spørgsmålene således kan antages til realitetsbehandling.

17 I den forbindelse bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at Domstolen, for at bedømme, om det organ, der forelægger en sag, er en ret efter betydningen i traktatens artikel 177 — et spørgsmål, som alene skal afgøres på grundlag af fællesskabsretten — tager en hel række forhold i betragtning, nemlig om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, samt om det er uafhængigt (jf. senest dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 23, af 30.6.1966, sag 61/65, Vaassen-Göbbels, Sml. 1965-1968, s. 227, org. ref.: Rec. s. 377, af 11.6.1987, sag 14/86, Pretore di Salò, Sml. s. 2545, præmis 7, af 17.10.1989, sag 109/88, Danfoss, Sml. s. 3199, præmis 7 og 8, af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo m.fl., Sml. I, s. 1477, og af 19.10.1995, sag C-111/94, Job Centre, Sml. I, s. 3361, præmis 9).

18 Der er ingen tvivl om, at de fem første kriterier er opfyldt. Således følger det af bestemmelserne i § 6 i udbudsloven, som vedrører Tiroler Landesvergabeamt's sammensætning og virke, at organet opfylder disse kriterier.

19 Derimod fremgår det ikke tydeligt, at betingelsen om uafhængighed er opfyldt.

20 Som generaladvokaten har anført i punkt 25 i sit forslag til afgørelse, indeholder udbudsloven således ingen særlige bestemmelser om, hvornår medlemmerne af Tiroler Landesvergabeamt skal vige deres sæde eller ikke må deltage i behandlingen af en sag.

21 Desuden forekommer udtrykket i udbudslovens § 6, stk. 4, om fjernelse af medlemmer, »når der opstår forhold, som må antages på varig måde at forstyrre den forskriftsmæssige opfyldelse af embedet«, umiddelbart at være for ubestemt til at indeholde garantier mod utilbørlige indgreb eller pres fra den udøvende magt.

22 I den forbindelse bemærkes for det første, at det udtrykkelig fremgår af § 5, stk. 2, i udbudsloven, at Algemeine Verwaltungsverfahrensgesetz fra 1991 (almindelig lov om forvaltningsvirksomhed), medmindre andet er bestemt, finder anvendelse på tilsynsprocedurer i forbindelse med udbudsprocedurer. Denne lov indeholder meget præcise bestemmelser for, under hvilke omstændigheder medlemmerne af det pågældende organ er forpligtet til ikke at deltage i behandlingen af en sag. Desuden følger det af praksis fra Verwaltungsgerichtshof, at tilsidesættelsen af denne forpligtelse udgør en formel mangel, som de berørte parter kan påberåbe sig under retssager.

23 For det andet skal der tages hensyn til udbudslovens § 6, stk. 7. Denne bestemmelse, som udtrykkeligt forbyder, at der gives instrukser til medlemmerne af Tiroler Landesvergabeamt i forbindelse med udøvelsen af deres hverv, gentager indholdet af artikel 20 i den østrigske forbundsforfatning vedrørende uafhængigheden af kollegiale myndigheder med domstolslignende karakter, og Tiroler Landesvergabeamt er en sådan myndighed.

24 De nævnte regler er således, når de læses i sammenhæng, til hinder for den antagelse, at § 6, stk. 4, i udbudsloven ikke sikrer Landesvergabeamt's medlemmer uafhængighed. Det tilkommer ikke Domstolen at anstille formodninger om, at en sådan bestemmelse vil blive anvendt på en måde, som ville være i strid med den østrigske forfatning og principperne for en retsstat.

25 Det følger af ovenstående, at Tiroler Landesvergabeamt skal betragtes som en ret efter betydningen i traktatens artikel 177, og at dets spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

De præjudicielle spørgsmål

26 Med spørgsmålene ønsker Tiroler Landesvergabeamt nærmere bestemt oplyst, om bestemmelser som dem, der vedrører dets sammensætning og virke, opfylder betingelserne i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665.

27 Det bemærkes, at denne bestemmelse vedrører organer, som er ansvarlige for klageprocedurerne vedrørende afgørelser, som er truffet af de myndigheder i første instans, som er kompetente med hensyn til udbud i forbindelse med offentlige kontrakter, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 89/665.

28 I henhold til direktivets artikel 2, stk. 8, første afsnit, har medlemsstaterne to valgmuligheder ved iværksættelsen af en tilsynsordning for offentlige kontrakter.

29 Den første mulighed er at overlade kompetencen til at behandle klager til retsinstanser. Den anden mulighed er i første fase at overlade kompetencen til organer, som ikke er retsinstanser. I så fald skal de af disse organer trufne afgørelser enten kunne appelleres til en retsinstans eller kunne indbringes for en anden instans, som skal opfylde de særlige krav i artikel 2, stk. 8, andet afsnit, i direktiv 89/665, således at der sikres en tilstrækkelig klageadgang.

30 Heraf følger, at hvis den kompetente klageinstans er en retsinstans, således som det er tilfældet i hovedsagen i denne sag, finder disse garantibestemmelser ikke anvendelse.

31 På baggrund af ovenstående skal de præjudicielle spørgsmål besvares således, at betingelserne i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665 ikke finder anvendelse på bestemmelser som dem, der vedrører Tiroler Landesvergabeamt's sammensætning og virke.

Sagens omkostninger

32 De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering og af Kommissionen, 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 Tiroler Landesvergabeamt ved kendelse af 7. november 1996, for ret:

Betingelserne i artikel 2, stk. 8, 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 finder ikke anvendelse på bestem-

melser som dem, der vedrører Tiroler Landesvergabeamt's sammensætning og virke.

Kapteyn Hirsch Mancini

Ragnemalm Schintgen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 4. februar 1999.

R. Grass P. J. G. Kapteyn

Justitssekretær Formand for Sjette Afdeling