FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 2. april 1998 *

I — Indledning

1. Den foreliggende sag vedrører tildelingen af en offentlig kontrakt om levering af busser til ekspres regional rutekørsel i Østrig. Den rejser navnlig spørgsmål om, hvilke organer der er kompetente til at efterprøve indgåelsen af de pågældende kontrakter, de retsmidler, der står til rådighed, og anvendelsen af nationale klagefrister, når det pågældende EF-direktiv ikke er blevet gennemført inden for de fastsatte frister.

II — Retlige og faktiske omstændigheder

A — *Fællesskabsretten*

2. Artikel 1 i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [1] (herefter »direktiv om klageprocedurer i forbindelse med offentlige forsyninger«), med ændringer, bestemmer således:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over ordregivernes beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 8, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende tilbudsgivning eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret, for så vidt angår:

a) de fremgangsmåder ved tilbudsgivning, der henhører under direktiv 93/38/EØF [2], og

* Originalsprog: engelsk.

1 — EFT L 76, s. 14.

2 — Denne bestemmelse henviste oprindelig til Rådets direktiv 90/531/EØF af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1). Artikel 45, stk. 3 og 4, i Rådets nævnte direktiv 93/38/EØF bestemmer imidlertid, at direktiv 90/531 ophører med at have virkning fra det tidspunkt, hvor medlemsstaterne gennemfører direktivet, og at henvisningerne til direktiv 90/531 skal forstås som henvisninger til direktivet.

b) overholdelsen af artikel 3, stk. 2, litra a), i nævnte direktiv, når det drejer sig om ordregivere, for hvilke denne bestemmelse finder anvendelse.

Artikel 2 i direktiv 92/13 bestemmer følgende af relevans for sagen:

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

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

enten

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller forhindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at suspendere eller foranledige suspension af den pågældende udbudsprocedure eller gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af ordregiveren og

3. Medlemsstaterne påser, 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 få tildelt en bestemt ordre, 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 anvende en sådan procedure, på forhånd har underrettet ordregiveren om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage.«

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsbekendtgørelsen, den periodisk vejledende bekendtgørelse, bekendtgørelsen om anvendelse af et kvalifikationssystem, anmodningen om at afgive bud, udbudsbetingelserne eller ethvert andet

dokument i forbindelse med den pågældende udbudsprocedure

instanser med den fornødne kompetence hertil, først skal annulleres eller erklæres ulovlig.

eller

c) hurtigst muligt, som hastesag, hvis det lader sig gøre, og om nødvendigt ved en afsluttende procedure med hensyn til sagens substans, at træffe andre foranstaltninger end de i litra a) og b) nævnte, der har til formål at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør og forhindre, at der påføres de pågældende interesser skade, herunder især muligheden for at kræve betaling af et bestemt beløb, såfremt overtrædelsen ikke bringes til ophør eller undgås.

2. De i stk. 1 omhandlede beføjelser kan tillægges særlige instanser, der har ansvaret for forskellige aspekter af klageproceduren.

...

Medlemsstaterne kan foretage dette valg for så vidt angår samtlige ordregivere eller for visse kategorier af ordregivere, der fastlægges på grundlag af objektive kriterier, idet de under alle omstændigheder skal sikre, at de trufne foranstaltninger er effektive hvad angår det formål at forhindre, at der påføres de pågældende interesser skade

8. Medlemsstaterne påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt.

d) og, i begge ovennævnte tilfælde, at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

9. 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 ordregiveren og til myndigheden i første instans.

Når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at en beslutning er ulovlig, kan medlemsstaterne bestemme, at den anfægtede beslutning, hvis deres nationale retssystem kræver det, og hvis dette retssystem omfatter

Udnævnelsen af medlemmerne af den 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. I det mindste skal formanden for denne uafhængige instans 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.«

3. Artikel 2 i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tildudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [3] (herefter »direktivet om offentlige forsyninger«) bestemmer således i det omfang, det er relevant for sagen:

»1. Dette direktiv gælder for ordregivere:

a) der er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2

b) der ikke er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2, og som driver virksomhed på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder, der er indrømmet af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

2. Dette direktiv gælder for følgende former for virksomhed:

...

c) drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.

For transportydelser anses et net for at bestå, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed ...«

3 — EFT L 199, s. 84.

B — *Bestemmelsernes gennemførelse i national ret*

4. Ifølge artikel 65 i samt bilag XVI til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, som blev undertegnet i Porto den 2. maj 1992, var Republikken Østrig forpligtet til at gennemføre en række EF-retsakter på området for offentlige kontrakter senest den 1. januar 1994 [4], herunder Rådets direktiv 90/531 [5] og 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 [6] (herefter »klageproceduredirektivet«). Disse direktiver blev gennemført på forbundsniveau ved Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen [7] (forbundslov om indgåelse af offentlige kontrakter) (herefter »BVergG«), som trådte i kraft den 1. januar 1994. Ifølge BVergG's fjerde afdeling, som regulerer retsbeskyttelsen (Rechtsschutz) på området, er der mulighed for at iværksætte en klageprocedure ved Bundesvergabeamt (forbundskontor for licitationer). § 92, stk. 3, fastsætter en frist for en tilbudsgiver, som ikke har fået tildelt en offentlig kontrakt, til at anlægge sag vedrørende kontraktens indgåelse, på to måneder, efter at den pågældende har fået meddelelse om, hvem kontrakten er blevet tildelt. Ifølge BVergG's § 7, stk. 2, er det udtrykkeligt udelukket at anvende bestemmelserne i lovens fjerde del på vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

5. Ifølge artikel 168 i akten af 24. juni 1994 [8] vedrørende vilkårene for Kongeriget Norges, Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union, skulle direktivet om offentlige forsyninger og direktivet om klageprocedurer i forbindelse med offentlige forsyninger være gennemført i østrigsk ret på tiltrædelsesdatoen, dvs. den 1. januar 1995 [9]. Gennemførelsen af direktivet om offentlige forsyninger på forbundsniveau skete ved en ændring til BVergG, som blev indført ved lov af 30. december 1996 [10], hvorved Bundesvergabeamt's prøvelseskompetence blev udvidet til at omfatte indgåelse af offentlige kontrakter om de pågældende offentlige forsyninger, og som trådte i kraft den 1. januar 1997, uden at der blev foretaget nogen ændring af bestemmelserne om de procedurer, som allerede var iværksat ved Bundesvergabeamt.

C — *Faktiske omstændigheder og sagens gang*

6. Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (herefter »Növog«) er et privatretligt selskab. Det driver buslinjer på

4 — På denne dato trådte aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde i kraft. Det var et år senere end den dato, som oprindelig var fastsat i aftalens artikel 129, stk. 3.

5 — Direktivet er nævnt i fodnote 2.

6 — EFT L 395, s. 33.

7 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* nr. 462/1993.

8 — EFT C 241, s. 21.

9 — Republikken Østrig var forpligtet til at gennemføre direktiv 93/38, som afløste direktiv 90/531, i national ret senest den 1.7.1994 og at gennemføre direktiv 92/13 inden den 1.7.1994 i overensstemmelse med artikel 1 og 3 samt bilag 14, B, punkt 4) og 5a) i afgørelse truffet af Det Blandede EØS-udvalg nr. 7/94 den 21.3.1994 om ændring af protokol 47 og visse bilag til EØS aftalen (EFT L 160, s. 1). Den foreliggende sag vedrører imidlertid ikke perioden mellem den 1.7.1994 og den 1.1.1995.

10 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* nr. 776/1996.

grundlag af en koncession fra Amt der Niederösterreichischen Landesregierung. Ifølge Bundesvergabeamt nyder Növog særlige rettigheder og er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/38 [11]. Da Növog driver et net til betjening af offentligheden med bustransportydelser, er selskabet efter Bundesvergabeamt's opfattelse en ordregiver [12].

7. Ved skrivelse af 26. april 1996 til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Offentlige Publikationer iværksatte Növog en udbudsprocedure med henblik på levering af 36-46 busser til ekspres regional rutekørsel i Bundesland Niederösterreich. Tilbuddene blev åbnet den 27. juni 1995. De tilbudsgivere, som ikke fik tildelt kontrakten, blev informeret herom ved anbefalet skrivelse, der fremgår at være blevet afsendt den 16. november 1995. EvoBus Austria GmbH (herefter »EvoBus«) indgav en klage til Bundesvergabeamt den 19. juli 1996 over proceduren for tildelingen af den i sagen omhandlede offentlige kontrakt. Heri besværede EvoBus sig over, at det accepterede bud efterfølgende var blevet ændret på grund af en ændring af tilbagekøbsprisen for busserne, som oprindelig udgjorde 34%, men derpå blev hævet til 55%.

8. Bundesvergabeamt forelagde Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 177 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab:

»1) Kan det udledes af disse eller af andre bestemmelser i Rådets direktiv 92/13/EØF [artikel 1, stk. 1, 2 og 3, og artikel 2, stk. 1 samt stk. 7, 8 og 9] at private har et individuelt krav på gennemførelse af en klageprocedure for en myndighed eller en ret, der opfylder betingelserne i direktivets artikel 2, stk. 9, som er tilstrækkeligt præcist og konkret til, at en privat kan påberåbe sig kravet over for en medlemsstat under en procedure, såfremt medlemsstaten ikke har gennemført det pågældende direktiv?

Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

2) Skal en national ret med Bundesvergabeamt's kompetence, når den gennemfører en klageprocedure, undlade at anvende bestemmelser i national ret såsom BVergG's § 7, stk. 2, sammenholdt med BVergG's § 67, stk. 1, såfremt disse bestemmelser forhindrer den i at gennemføre klageproceduren, også selv om det har været den nationale lovgivers hensigt at denne procedure udelukkende skal tjene til gennemførelsen af direktiv 89/665/EØF?

11 — Jf. artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/38.
12 — Jf. artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38.

Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

3) Skal den forelæggende ret under de nævnte omstændigheder undlade at anvende denne eller tilsvarende procedureforskrifter i national ret, såfremt de hindrer eller forhindrer en effektiv gennemførelse af en klageprocedure?«

9. Der er afgivet skriftlige og mundtlige indlæg af Republikken Østrig og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Endvidere har Növog afgivet mundtligt indlæg.

III — Gennemgang af sagen

A — *Spørgsmålet, om Bundesvergabeamt er en ret*

10. Af de grunde, som jeg har anført i mit forslag til afgørelse i Walter Tögel-sagen [13], hvori jeg har henvist til generaladvokat Léger's forslag til afgørelse og Domstolens dom i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. [14], skal jeg for det første bemærke, at Bundesvergabeamt efter min opfattelse er en »ret i en af medlemsstaterne« i traktatens artikel 177's forstand.

B — *Første og andet spørgsmål*

11. Det er ubestridt mellem parterne, at direktivet om klageprocedurer i forbindelse med offentlige forsyninger (direktiv 92/13) burde have været gennemført, men endnu ikke var det på datoen for tildelingen af den omhandlede kontrakt og på den dato, da EvoBus iværksatte en klageprocedure i henhold til direktivet, hvilket skete den 17. juli 1996. Det første og andet spørgsmål, som den nationale ret stiller, går ud på, om en privatperson kan påberåbe sig at have en direkte adgang til at iværksætte en klageprocedure for Bundesvergabeamt vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt inden for transportsektoren af den karakter, som er omhandlet i artikel 2 i direktiv 92/13, svarende til den klageprocedure i national ret, som er omhandlet i BVergG's fjerde del. I Tögel-sagen [15] fik Domstolen forelagt et spørgsmål af Bundesvergabeamt, som havde næsten samme ordlyd, og som vedrørte artikel 1, stk. 1, i klageproceduredirektivet (som svarer til artikel 1, stk. 1, i direktiv 92/13), i det omfang, dette direktiv ved artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om sam-

13 — Sag C-76/97, hvori jeg også har fremsat forslag til afgørelse i dag.

14 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Sml. I, s. 73, forslag til afgørelse af 16.9.1997, punkt 34-45.

15 — Som er nævnt ovenfor.

ordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [16] (herefter »tjenesteydelsesdirektivet«) blev udvidet til at gælde for offentlige tjenesteydelser. De to sager adskiller sig ved, at BVergG ikke indeholder nogen bestemmelse om Bundesvergabeamt's kompetence vedrørende tjenesteydelser, mens det udtrykkeligt er udelukket at anvende lovens fjerde del på offentlige forsyninger. Det er derfor af de ovenfor nævnte grunde nødvendigt at foretage en mere indgående behandling i denne sag af det andet spørgsmål vedrørende de forpligtelser og begrænsninger, der gælder efter fællesskabsretten ved fortolkningen af en national lov, som falder inden for anvendelsesområdet for et direktiv, der ikke er gennemført i national ret.

12. I Dorsch Consult-sagen [17], hvori de faktiske omstændigheder i det væsentlige var de samme som i Tögel-sagen, havde Forbundstilsynsudvalget vedrørende Licitationsspørgsmål (herefter »forbundstilsynsmyndigheden«) (Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes) forelagt Domstolen et spørgsmål om, hvorvidt de instanser, som medlemsstaterne har oprettet efter klageproceduredirektivet til at behandle sager om indgåelse af offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter, efter tjenesteydelsesdirektivets artikel 41 også var kompetent til at behandle sager om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Domstolen svarede, at dette resultat ikke fulgte af artikel 41 [18]. Domstolen bemærkede, at medlemsstaterne er forpligtet til i den nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister vedrørende borgernes rettigheder efter fællesskabsretten. Medlemsstaterne skal sikre en effektiv beskyttelse af disse rettigheder. Bortset fra dette punkt tilkommer det ikke Domstolen at medvirke ved afgørelsen af kompetenceproblemer inden for det nationale domstolssystem [19]. Ganske vist pålægger direktivets artikel 41 medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der kan indgives klage vedrørende offentlige tjenesteydelsesaftaler, »men bestemmelsen angiver ikke, hvem de kompetente nationale instanser er, ligesom den ikke angiver, at det skal være de samme instanser som dem, medlemsstaterne har oprettet vedrørende offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter« [20]. Dette udelukkede, at tjenesteydelsesdirektivets artikel 41 kunne afføde en direkte anvendelig ret til at anlægge sag ved forbundstilsynsmyndigheden, da der manglede en af de væsentlige betingelser herfor, fordi det ikke var muligt at fastslå en person eller en myndighed, som var forpligtet til at gennemføre den pågældende klageprocedure [21].

13. Domstolen henviste i Dorsch Consult-sagen til den pligt, der »påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene *inden for deres kompetence*«, til at træffe alle de foranstaltninger, som er egnet til at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, hvilket indebærer en forpligtelse for den nationale domstol ved anven-

16 — EFT L 209, s. 1.

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

18 — Præmis 46.

19 — Se præmis 40. Domstolen henviste til dommen af 18.1.1996, sag C-446/93, SEIM, Sml. I, s. 73, præmis 32. Se endvidere dom af 19.12.1968, sag 13/68, Salgoil, Sml. 1965-1968, s. 553, org. ref.: Rec. s. 661, på s. 676, og af 9.7.1985, sag 179/84, Bozzetti, Sml. s. 2301, præmis 17.

20 — Præmis 41.

21 — Se dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 12 og 23-27; se endvidere punkt 48 i generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse af 15.5.1997 i Dorsch Consult-sagen.

delsen af nationale retsforskrifter »til, i videst muligt omfang, at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat« [22]. Af dette krav følger, at den nationale domstol »skal bedømme, om de relevante regler i *national ret* giver mulighed for at indrømme borgerne en klageadgang i sager vedrørende indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler ... [og] navnlig pligt til at bedømme, om den nævnte klageadgang kan udøves for de samme instanser som dem, der er oprettet for sager vedrørende indgåelse af offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter« [23].

14. Jeg skal i den forbindelse henvise til mit forslag til afgørelse i Tögel-sagen [24], som jeg også fremsætter i dag, hvori jeg har fremført en række andre argumenter vedrørende muligheden for, at tjenesteydelsesdirektivets artikel 41 har direkte virkning, og vedrørende retsbeskyttelsens effektivitet, og hvori jeg foreslår, at Domstolen besvarer de to første spørgsmål, som Bundesvergabeamt har forelagt i denne sag, på samme måde som i konklusionen i Dorsch Consult-dommen.

15. Den samme argumentation har i princippet gyldighed for artikel 1, stk. 1, i direktivet om klageprocedurer i forbindelse med offentlige forsyninger, selv om en national domstols anvendelse heraf kan kompliceres af, at artikel 2, stk. 1, indeholder alternativer hvad angår den bestående klageprocedure, som ikke er indeholdt i klageproceduredirektivets artikel 2, stk. 1. Den konklusion, der foreslås i Tögel-sagen, skal imidlertid modificeres under hensyn til det problem, som Bundesvergabeamt udtrykkeligt har rejst i det andet spørgsmål, nemlig om muligheden for *efter fællesskabsretten* at tilsidesætte nationale retsforskrifter såsom BVergG's § 7, stk. 2, som udtrykkeligt afskærer Bundesvergabeamt fra at behandle klagesager om indgåelse af kontrakter inden for de områder, som er reguleret af direktivet om klageprocedurer i forbindelse med offentlige forsyninger [25].

16. Den fortolkningspligt, som påhviler de nationale domstole, og som Domstolen omtalte i Dorsch Consult-sagen, fastslog Domstolen for første gang i Von Colson og Kamann-sagen [26], hvori den ligeledes fastslog, at det tilkommer den nationale domstol alene at afgøre et fortolkningsspørgsmål vedrørende national ret [27], og at der påhviler den nationale domstol en forpligtelse til at fortolke national ret i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav »under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret« [28].

22 — Dommens præmis 43, min fremhævelse. Domstolen henviste til dom af 19.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, af 16.12.1993, sag C-334/92, Wagner Miret, Sml. I, s. 6911, præmis 20, og af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 26.

23 — Præmis 46, min fremhævelse.

24 — Se ovenfor.

25 — Denne situation kan modstilles med situationen i Dorsch Consult-sagen — se dommens præmis 18 og 42 — hvor den pågældende tyske bekendtgørelse alene henviste til forbundstilsynsmyndighedens kompetence vedrørende indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter, og Domstolen bemærkede, at det var ubestridt, at den tyske forbundsregering havde til hensigt at udvide denne myndigheds kompetence til offentlige tjenesteydelseskontrakter.

26 — Dom af 10.4.1984, sag 14/83, Sml. s. 1891, præmis 26, herefter »Von Colson-dommen«.

27 — Se samme doms præmis 25.

28 — Samme doms præmis 28.

17. I dommen i sagen Kolpinghuis Nijmegen [29] foretog Domstolen en vigtig kvalifikation af den fortolkningspligt for de nationale domstole, som den havde fastslået for første gang i Von Colson-dommen, og fortsatte med at udtale:

»Den nationale domstols forpligtelse til at henholde sig til direktivets indhold, når den fortolker de relevante bestemmelser i sin nationale ret, begrænses dog af de almindelige retsgrundsætninger, som udgør en del af fællesskabsretten, navnlig retssikkerhedsprincippet og forbuddet mod loves tilbagevirkende gyldighed« [30].

Domstolen udtalte, at den fastslåede regel vedrørte de »grænser, fællesskabsretten eventuelt kan sætte for den nationale domstols forpligtelse til *eller mulighed for* at fortolke nationale bestemmelser på baggrund af direktivet« [31]. Selv om sagen vedrørte det strafferetlige ansvar for personer, som handler i strid med direktivet, har disse principper også gyldighed i en situation, hvor fællesskabsretten kun har civilretlige følger.

18. De begrænsninger, som gælder for de nationale domstoles fortolkningspligt — under hensyntagen til det skøn, de råder over i henhold til national ret, og til fællesskabsrettens generelle principper — kan efter min opfattelse sammenfattes med den vigtige karakteristik af denne forpligtelse, som Domstolen har givet i Marleasing- og de efterfølgende domme, og hvorefter denne udgør en forpligtelse til at fortolke national ret »*i videst muligt omfang* i lyset af direktivets ordlyd og formål« [32]. Såvel i Wagner Miret-dommen [33] som i Faccini Dori-dommen [34] erkendte Domstolen, at de nationale retter undertiden er ude af stand til at fortolke nationale bestemmelser, således at de er i overensstemmelse med direktivet, og at det i sådanne tilfælde følger af dommen i sagen Francovich m.fl. [35], at den pågældende medlemsstat kan være forpligtet til at erstatte det tab, der opstår på grund af den manglende gennemførelse af direktivet.

19. De begrænsninger, som Domstolen har fastslået for de nationale retters fortolkningspligt i Von Colson-dommen og Kolpinghuis Nijmegen-dommen, er ikke de samme. I Von Colson-dommen tales der om det skøn, som den nationale domstol råder over i henhold til national ret. I Kolpinghuis Nijmegen-dommen fastslog Domstolen derimod, at selve fællesskabsretten indeholder en begrænsning for den nationale rets forpligtelse og beføjelser, som derfor gælder uafhængigt af, hvilket skøn der tilkommer den efter de nationale fortolkningsregler. I sit forslag til afgørelse i Marleasing-sagen fremhævede generaladvokat Van Gerven således, at fortolkningspligten »begrænses ... af selve

29 — Dom af 8.10.1987, sag 80/86, Sml. s. 3969, præmis 12.

30 — Jf. sidstnævnte doms præmis 13.

31 — Jf. sidstnævnte doms præmis 15, min fremhævelse.

32 — Marleasing-dommens præmis 8, min fremhævelse; se endvidere Wagner Miret-dommen, a.st., præmis 20, og Faccini Dori-dommen, a.st., præmis 26.

33 — Dommens præmis 22.

34 — Dommens præmis 27.

35 — Dommen er nævnt ovenfor.

fællesskabsretten« [36]. Denne begrænsning kan forklares ved, at de nationale myndigheder, herunder de nationale domstole, ved gennemførelsen af fællesskabsretten eller ved fortolkningen af nationale bestemmelser til gennemførelse heraf, skal handle i overensstemmelse med fællesskabsrettens generelle principper [37].

20. Republikken Østrigs befuldmægtigede gjorde under den mundtlige forhandling gældende, at det følger af princippet i østrigsk ret om institutionernes begrænsede kompetence, at det er usandsynligt, at BVergG kan fortolkes således, at Bundesvergabeamt's kompetence kan udvides til typer af kontrakter, som ikke var udtrykkeligt omhandlet i de relevante bestemmelser, og at dette argument så meget mere må gælde for de sektorer, som udtrykkeligt er udelukket fra bestemmelserne [38]. Det er derfor udelukkende for at give en så fyldestgørende besvarelse af det andet spørgsmål på grundlag af fællesskabsretten, at jeg giver udtryk for den opfattelse — som er helt uafhængig af omfanget af det fortolkningsskøn, som tilkommer den nationale domstol efter national ret — at det vil være i strid med fællesskabsrettens retssikkerhedsprincip, at et direktiv anses for gennemført i national ret ved lovforskrifter, som efter selve deres ordlyd — således som det er tilfældet med BVergG's § 7, stk. 2 — udelukker anvendelsen af de relevante lovbestemmelser på det område, som er reguleret af direktivet. En sådan fortolkning vil medføre, at borgerne efterlades i uvished om deres rettigheder. En uvished herom vil ikke blot være i strid med fællesskabsrettens generelle principper, men vil også bringe virkeliggørelsen af det med direktivet tilsigtede resultat i fare. En sådan fortolkning kan derfor ikke fratage private deres ret til erstatning for det tab, de har lidt på grund af den manglende gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med, hvad der er fastsat i Francovich-dommen [39].

21. Som konklusion på min gennemgang af den foreliggende problemstilling skal jeg foreslå Domstolen at besvare det første og andet spørgsmål, som er forelagt af Bundesvergabeamt, ved at gentage de to første punktummer i domskonklusionen i Dorsch Consult-sagen, dog med den ændring, at der henvises til artikel 1, stk. 1, i direktivet om klageprocedurer i forbindelse med offentlige forsyninger, og gøres følgende tilføjelse:

Det vil dog være i strid med retssikkerhedsprincippet, såfremt artikel 1, stk. 1, i direktivet om klageprocedurer i forbindelse med offentlige forsyninger anses for gennemført ved en national lov, hvorved der oprettes instanser, som er kompetente til at behandle sager om indgåelse af offentlige indkøbs-

36 — Se forslagets punkt 8. Generaladvokat Van Gerven gentog den formulering, der var anvendt i Kolpinghuis Nijmegen-dommens præmis 13, men tilføjede, at et direktiv ikke kan indføre en civilretlig sanktion såsom ugyldighed i national ret.

37 — Dom af 13.7.1989, sag 5/88, Wachauf, Sml. s. 2609, præmis 17, 19 og 22.

38 — Se tillige Verfassungsgerichtshof's afgørelse B 3067/95 9 af 11.12.1995, som jeg har behandlet i punkt 27 i mit forslag til afgørelse i Tögel-sagen.

39 Dommen er nævnt ovenfor

-samt bygge- og anlægskontrakter, hvis loven efter sin ordlyd udtrykkeligt udelukker muligheden for at anvende de relevante lovbestemmelser på det område, som er reguleret af dette direktiv.

C — *Tredje spørgsmål*

22. Det tredje spørgsmål vedrører i det væsentlige anvendelsen af fristen i henhold til BVergG's § 92, stk. 3, for iværksættelse af en klageprocedure ved Bundesvergabeamt. Bundesvergabeamt har alene stillet dette spørgsmål for det tilfælde, at det første spørgsmål besvares bekræftende. Under hensyn til min opfattelse, hvorefter fællesskabsretten udelukker, at Bundesvergabeamt kan have kompetence i denne sag, er tidsfristen for indgivelse af en klageprocedure ved denne instans uden betydning. Det er derfor unødvendigt udtrykkeligt at besvare det tredje spørgsmål. For fuldstændighedens skyld skal jeg dog kort nævne, at det efter Domstolens praksis undtagelsesvis er muligt at anvende nationale frister for indgivelse af en sag hvad angår rettigheder, som er omfattet af et direktiv, der ikke er blevet gennemført.

23. Muligheden herfor blev nævnt første gang i Emmott-dommen [40]. I denne dom bemærkede Domstolen [41], at fastsættelsen af rimelige, præklusive søgsmålsfrister i princippet opfylder de betingelser, som er fastsat i Rewe-dommen [42] og San Giorgio-dommen [43] for at anvende nationale processuelle regler, nemlig at disse ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende nationale søgsmål, og at de ikke må være udformet således, at de i praksis umuliggør hævdelse af rettigheder, som hjemles ved Fællesskabets retsorden. Domstolen fastslog dog også i Emmott-dommen, »at indtil direktivet er korrekt gennemført, kan den medlemsstat, som undlader dette, ikke påberåbe sig, at en sag, som en borger har anlagt imod den med det formål at beskytte rettigheder, som dette direktiv giver ham, er anlagt for sent, og at en søgsmålsfrist efter national ret først kan begynde at løbe fra dette tidspunkt« [44].

24. I en række senere domme, hvoraf den seneste er Fantask-dommen [45], har Domstolen dog antaget, at »afgørelsen i dommen i Emmott-sagen var begrundet i de særlige omstændigheder i denne, idet en afvisning af sagsøgerens krav ville være ensbetydende med, at hun var fuldstændig afskåret fra at påberåbe sig sin ret til ligebehandling efter et fællesskabsdirektiv«.

40 — Dom af 25.7.1991, sag C-208/96, Sml. I, s. 4269.

41 — Se dommens præmis 17.

42 — Dom af 16.12.1976, sag 33/76, Sml. s. 1989, præmis 5.

43 — Dom af 9.11.1983, sag 199/82, Sml. s. 3595, præmis 12.

44 — Se den ovenfor nævnte doms præmis 23.

45 — Dom af 2.12.1997, sag C-188/95, Sml. I, s. 6783, præmis 51. Se endvidere dom af 27.10.1993, sag C-338/91, Steenhorst-Neerings, Sml. I, s. 5475, præmis 20, af 6.12.1994, sag C-410/92, Johnson, Sml. I, s. 5483, præmis 26, samt domme af 17.7.1997, sag C-90/94, Haahr Petroleum, Sml. I, s. 4085, præmis 52, og forenede sager C-114/95 og C-115/95, Texaco og Olieselskabet Danmark, Sml. I, s. 4263, præmis 48.

25. Hvad angår den foreliggende sag skal jeg bemærke, at de bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som er indeholdt i direktivet om offentlige forsyninger, tilsyneladende blev gennemført inden for den fastsatte frist ved BVergG. Republikken Østrigs befuldmægtigede anførte under den mundtlige forhandling, at de almindelige civile retter er kompetente til at påkende tvister om overtrædelser af BVergG, så længe Bundesvergabeamt ikke er tillagt nogen udtrykkelig kompetence hertil. Hvis dette er tilfældet, og hvis disse retter råder over tilstrækkelige søgsmålsmuligheder, kan EvoBus ikke siges helt at være berøvet muligheden for at gøre sine rettigheder efter direktivet om klageprocedurer i forbindelse med offentlige forsyninger gældende, uanset udtalelsen i anden betragtning til direktivet, hvorefter »de nuværende mekanismer på ... nationalt plan ... til sikring af denne anvendelse [anvendelsen af direktivet om offentlige forsyninger] ikke altid [er] tilstrækkelige«. Forholdet ville naturligvis være anderledes, hvis der inden gennemførelsen af direktivet om klageprocedurer i forbindelse med offentlige forsyninger ikke var nogen national ret, som havde kompetence til at gennemføre bestemmelserne i direktivet om offentlige forsyninger, uanset om direktivet var gennemført ved BVergG eller i medfør af princippet om direktivers direkte virkning, eller hvis de kompetente nationale domstole ikke rådede over tilstrækkelige retsmidler til at sikre beskyttelsen af de rettigheder, som tilkommer private efter direktivet om offentlige forsyninger, uanset deres fællesskabsretlige forpligtelse hertil. I så fald kunne den bedste løsning være at anlægge en erstatningssag mod staten i overensstemmelse med Domstolens dom i Francovich-sagen [46].

26. Efter de foreliggende omstændigheder er det nødvendigt, at jeg også går ind på det særskilte problem, om fristen efter BVergG's § 92, stk. 3, er rimelig.

IV — Forslag til afgørelse

27. På grundlag af de foregående betragtninger skal jeg foreslå Domstolen, at de af Bundesvergabeamt forelagte spørgsmål besvares på følgende måde:

»Det følger ikke af artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energifor-

46 — Dommen er nævnt ovenfor. Se endvidere punkt 48 i generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse af 15.5.1997 i Dorsch Consult sagen.

syning samt transport og telekommunikation, at de klageinstanser, som har kompetence til at behandle sager om indgåelse af offentlige bygge- og anlægs-samt indkøbskontrakter også kan behandle sager om indgåelse af kontrakter inden for de førstnævnte områder, hvis ikke direktivet er gennemført inden for den fastsatte frist. Det følger dog af kravet om, at national ret skal fortolkes i overensstemmelse med direktiv 92/13, og af kravet om en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder, at den nationale domstol skal bedømme, om de relevante regler i national ret giver mulighed for at indrømme borgerne en klageadgang i sager vedrørende indgåelse af kontrakter inden for de pågældende områder. Det vil imidlertid være i strid med retssikkerhedsprincippet, såfremt det nævnte direktivs artikel 1, stk. 1, anses for gennemført ved en national lov, hvorved der oprettes instanser, som er kompetent til at behandle sager om indgåelse af offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter, hvis loven efter sin ordlyd udtrykkeligt udelukker muligheden for at anvende de relevante lovbestemmelser på det område, som er reguleret af direktivet.«