DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

11. oktober 2007 *

I sag C-241/06,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Tyskland), ved afgørelse af 18. maj 2006, indgået til Domstolen den 30. maj 2006, i sagen:

Lämmerzahl GmbH

mod

Freie Hansestadt Bremen,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Rosas, og dommerne J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), J. Klučka, P. Lindh og A. Arabadjiev,

* Processprog: tysk.

generaladvokat: E. Sharpston
justitssekretær: fuldmægtig J. Swedenborg,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 28. marts 2007,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Lämmerzahl GmbH ved Rechtsanwalt A. Kus

— Freie Hansestadt Bremen ved Rechtsanwälte W. Dierks og J. van Dyk

— Republikken Litauen ved D. Kriaučiūnas, som befuldmægtiget

— Republikken Østrig ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved X. Lewis og B. Schima, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 7. juni 2007,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører 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), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1, herefter »direktiv 89/665«).

2 Anmodningen er blevet indgivet under en sag mellem selskabet Lämmerzahl GmbH (herefter »Lämmerzahl«) og Freie Hansestadt Bremen (herefter »Bremen«) vedrørende en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt.

Retsforskrifter

Fællesskabsretten

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

»1. Medlemsstaterne træffer for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/

EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst 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.

[...]

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 Det bestemmes i artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), som ændret ved Kommissionens direktiv 2001/78/EF af 13. september 2001 (EFT L 285, s. 1, herefter »direktiv 93/36«):

»1. a) Afsnit II, III og IV samt artikel 6 og 7 finder anvendelse på offentlige indkøbsaftaler:

i) der indgås af ordregivende myndigheder som omhandlet i artikel 1, litra b), [...] såfremt den anslåede værdi eksklusive moms mindst andrager modværdien i [EUR] af 200 000 særlige trækningsrettigheder (SDR)

[...]

b) Dette direktiv finder anvendelse på offentlige indkøbsaftaler, såfremt den anslåede værdi er lig med eller overstiger den fastsatte tærskel på tidspunktet for bekendtgørelsens offentliggørelse som omhandlet i artikel 9, stk. 2.

[...]«

5 Artikel 9, stk. 4, første punktum, i direktiv 93/36, som er indeholdt i direktivets afsnit III, har følgende ordlyd:

»Bekendtgørelserne udformes i overensstemmelse med modellerne i bilag IV og skal indeholde de deri krævede oplysninger.«

6 Modellerne på udbudsbekendtgørelserne i bilag IV til direktiv 93/36 indeholder følgende formuleringer:

»II.2) Ordrens mængde eller omfang

II.2.1) Samlet mængde eller omfang (*i givet fald inklusive alle delaftaler og optioner*)

[...]

II.2.2) Optioner (*i givet fald*). Angiv, hvornår de kan gøres gældende (*hvis dette er muligt*)

[...]

II.3) Kontraktens varighed eller frist for dens udførelse

Enten: Periode i måneder [...] og/eller dage [...] fra kontraktens underskrivelse

Eller: Startdato [...] og/eller slutdato [...] (*dd/mm/åååå*).«

7 Artikel 10, stk. 1 og 1a, i direktiv 93/36 har følgende ordlyd:

»1. Ved offentligt udbud kan den af de ordregivende myndigheder fastsatte frist for modtagelse af bud ikke være under 52 dage regnet fra datoen for afsendelsen af bekendtgørelsen.

1a. I stedet for fristen i stk. 1 for modtagelse af bud kan anvendes en frist, der er tilstrækkeligt lang til, at de interesserede kan afgive antagelige bud, og som generelt skal være på mindst 36 dage og under ingen omstændigheder mindre end 22 dage fra datoen for fremsendelsen af udbudsbekendtgørelsen, hvis de ordregivende myndigheder har sendt en vejledende bekendtgørelse som omhandlet i artikel 9,

stk. 1, og som er udarbejdet i overensstemmelse med modellen i bilag IV A (forhåndsmeddelelse), til *De Europæiske Fællesskabers Tidende* mindst 52 dage og højst tolv måneder før datoen for afsendelsen til *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af bekendtgørelsen i overensstemmelse med artikel 9, stk. 2, forudsat at den vejledende bekendtgørelse derudover mindst indeholdt så mange af de oplysninger, der er anført i bekendtgørelsesmodellen i bilag IV B (offentligt udbud), som stod til rådighed på tidspunktet for offentliggørelsen af bekendtgørelsen.«

De nationale bestemmelser

8 § 100, stk. 1, i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (herefter »GWB«) bestemmer:

»Denne del [af GWB] finder alene anvendelse på kontrakter, hvis værdi når eller overstiger de beløb, som er fastsat ved de bekendtgørelser, der er omhandlet i § 127 (tærskelværdier).«

9 GWB's § 107, stk. 3, har følgende ordlyd:

»En anmodning kan ikke tages under behandling, hvis klageren allerede under udbudsproceduren var bekendt med den påståede krænkelse af udbudsreglerne og ikke straks indgav klage til den ordregivende myndighed. Anmodningen kan endvidere ikke tages under behandling, når der ikke hos den ordregivende myndighed er indgivet klage over en krænkelse af udbudsreglerne, der kan konstateres på baggrund af udbudsbekendtgørelsen, senest ved udløbet af den frist for afgivelse af bud eller fremsættelse af anmodninger om deltagelse i udbudsproceduren, der fremgår af udbudsbekendtgørelsen.«

10 GWB's § 127, stk. 1, bestemmer:

»Forbundsregeringen kan med Bundesrats godkendelse ved bekendtgørelse vedtage de bestemmelser [...], som er nødvendige for at gennemføre de tærskelværdier, der fremgår af fællesskabsdirektiverne om samordning af procedurer i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, i tysk ret.«

11 § 2, stk. 3, i Vergabeverordnung, i den affattelse, der fandt anvendelse på tidspunktet for det i hovedsagen omhandlede udbud, har følgende ordlyd:

»Tærskelværdien er

[...]

for alle andre indkøbs- eller tjenesteydelsesaftaler: 200 000 EUR.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12 I marts 2005 offentliggjorde Bremen et nationalt udbud vedrørende standardsoftware bestemt til elektronisk sagsbehandling ved socialrådgivning til voksne og økonomisk støtte.

13 Fristen for indgivelse af bud som angivet i udbudsbekendtgørelsen udløb den 12. april 2005 kl. 15.00.

14 Udbudsbekendtgørelsen vedrørende dette udbud indeholdt hverken en angivelse af kontraktens anslåede værdi eller en angivelse af kontraktens mængde og omfang.

15 Udbudsbekendtgørelsen præciserede, at udbudsmaterialet vedrørende det i hovedsagen omhandlede udbud kunne downloades via Bremens hjemmeside, hvis adresse blev oplyst. Udbudsmaterialet indeholdt følgende formulering under overskriften »Mængde«:

»Der er ca. 200 ansatte fordelt decentraliseret på området for økonomisk støtte og 45 ansatte på området for socialrådgivning til voksne, i 6 socialcentre, og ca. 65 ansatte i hovedafdelingen.«

16 Den formular, med hvilken Bremen opfordrede tilbudsgiverne til at angive deres pris, indeholdt derimod ikke nogen angivelse af den samlede mængde licenser, der skulle købes, men stillede blot krav om, at den individuelle pris for hver licens blev angivet.

17 Efter en første forespørgsel fra Lämmerzahl fremsendte Bremen ved skrivelse af 24. marts 2005 oplysninger til selskabet uden dog at præcisere antallet af licenser, der skulle købes.

18 Lämmerzahl anmodede ved en ny henvendelse Bremen om at oplyse, om den ordregivende myndighed ville købe sammenlagt 310 licenser, et antal, der blev udledt af udbudsmaterialet ved at lægge de tal, der blev oplyst heri, nemlig 200, 45 og 65, sammen, og om der skulle afgives et bud opgjort i tal, hvori alle de udbudte licenser tages i betragtning. Ved skrivelse af 6. april 2005 svarede Bremen Lämmerzahl, at »den samlede pris, dvs. totalprisen for licenser (omkostninger ved udstedelse), vedligeholdelsesudgifter og service (uddannelse)«, skulle angives.

19 Den 8. april 2005 indgav Lämmerzahl et bud med en bruttopris på 691 940 EUR, svarende til en nettopris på 603 500 EUR.

20 Ved skrivelse af 6. juli 2005 informerede Bremen Lämmerzahl om, at selskabets bud ikke var blevet antaget, idet gennemgangen af de indgivne bud havde vist, at selskabets bud ikke var det økonomisk mest fordelagtige.

21 Den 14. juli 2005 fremsendte Lämmerzahl en skrivelse til den ordregivende myndighed, hvori selskabet anførte for det første, at der ikke var blevet gennemført et EU-udbud, og for det andet, at det software, selskabet havde tilbudt, ikke var blevet testet korrekt.

22 Den 21. juli 2005 indgav Lämmerzahl en klage til Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen, hvori selskabet anførte, at der burde have været gennemført et EU-udbud, idet tærskelværdien på 200 000 EUR var overskredet. Selskabet anførte, at det først var nået til denne konklusion, da det modtog juridisk rådgivning den 14. juli 2005, og at indsigelsen derfor var rettidig. Selskabet henviste for så vidt angår realiteten til, at den ordregivende myndighed ikke havde udført testproceduren korrekt.

23 Ved afgørelse af 2. august 2005 afviste Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen klagen. Det fandt, at selv hvis der var tale om en overskridelse af tærskelværdien, skulle sagen afvises i henhold til GWB's § 107, stk. 3, andet punktum, idet Lämmerzahl havde været i stand til at opdage den overtrædelse, som selskabet gjorde gældende i klageproceduren, på grundlag af udbudsbekendtgørelsen. Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen fastslog ligeledes, at på grund af den præklusion, som blev gjort gældende mod Lämmerzahl, var selskabet ligeledes afskåret fra at indbringe sagen for de udbudsretlige klageinstanser.

24 Lämmerzahl indbragte denne afgørelse for Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen. Til støtte for appellen gjorde selskabet gældende, at det modsat Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremens opfattelse ikke på grundlag af udbudsbekendtgørelsen havde været muligt at fastslå, at den valgte procedure var i strid med udbudsreglerne. Bremen anførte, at Lämmerzahl på grund af selskabets ekspertise burde have været klar over, at tærskelværdien var overskredet. Lämmerzahl gentog ligeledes sine indsigelser vedrørende testprocedurens utilstrækkelighed og gjorde gældende, at det bud, der blev antaget, indeholdt en ulovlig sammenblandet beregning, hvilket burde have medført, at dette bud blev udelukket. Bremen anfægtede disse to anbringenders berettigelse.

25 Lämmerzahl nedlagde påstand om, at appellens opsættende virkning forlænges, indtil appellen var påkendt. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen forkastede denne påstand ved afgørelse af 7. november 2005. Retten tilsluttede sig i denne afgørelse Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremens opfattelse af, at Lämmerzahl med henblik på præklusionsreglen i GWB's § 107, stk. 3, andet punktum, skulle behandles, som om værdien af den udbudte kontrakt ikke nåede op på tærskelværdien på 200 000 EUR, således at Lämmerzahl ikke havde mulighed for at klage.

26 Bremen antog således selskabet Prosoz Herten GmbH's bud og indgik en kontrakt med dette selskab den 6. og 9. marts 2006.

27 I forelæggelsesafgørelsen præciserer Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen ikke værdien af den kontrakt, der blev indgået mellem Bremen og Prosoz Herten GmbH, men anfører, at »buddene fra alle de bydende i den ene budvariant lå over 200 000 EUR (mellem 232 452,80 EUR og 887 300 EUR og/eller 3 218 000 EUR), og kun én ud af fire bydende i den anden budvariant med et bud på 134 050 EUR lå under tærskelværdien (helt uden beregning af licensudgifter), mens de øvrige bud lå mellem 210 252,80 EUR og 907 300 EUR og/eller 2 774 800 EUR [...]«.

28 Lämmerzahl har ved Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen gjort gældende, at rettens synspunkt i afgørelse af 7. november 2005 vanskeliggør klageadgangen på en måde, som er uforholdsmæssig og i strid med direktiv 89/665.

29 Retten har i forelæggelsesafgørelsen præciseret, at den særlige problematik i hovedsagen består i, at for så vidt angår overtrædelser af udbudsreglerne, der direkte vedrører kontraktens værdi og dermed også den til enhver tid gældende tærskelværdi, fører den præklusion, der følger af GWB's § 107, stk. 3, andet punktum, ifølge Kammergerichts praksis, som Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen i sin afgørelse af 7. november 2005 tiltrådte og udvidede, til, at den primærretlige beskyttelse generelt er udelukket.

30 Ifølge Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen følger det heraf, at hvis den anslåede værdi af kontrakten fra begyndelsen ulovligt har været fastsat for lavt,

mister den prækluderede ikke kun retten til at anfægte den fulgte fremgangsmåde eller fastsættelsen af kontraktens værdi, men også retten til at anfægte andre overtrædelser, der — isoleret betragtet — ikke ville være omfattet af præklusionsvirkningen, og som, hvis den ordregivende myndighed i øvrigt havde handlet retmæssigt, ville kunne prøves.

31 Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen har rejst tvivl ved, om en sådan anvendelse af de nationale præklusionsregler bringer direktiv 89/665's effektivitet i fare, og særligt, om den er forenelig med direktivets artikel 1.

32 På denne baggrund har Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det foreneligt med direktiv 89/665, navnlig med artikel 1, stk. 1 og 3, at en bydende generelt nægtes adgang til efterprøvelse af en ordregivende myndigheds beslutning om indgåelse af offentlige kontrakter, fordi den bydende selvforskyldt ikke har gjort en overtrædelse af udbudsreglerne gældende inden for den i den nationale lovgivning fastsatte indsigelsesfrist, når overtrædelsen vedrører

a) den valgte udbudsform

eller

b) rigtigheden af fastsættelsen af kontraktens værdi (klart fejlagtigt anslået værdi eller utilstrækkelig gennemsigtighed i fastsættelsen)

og der på grundlag af den korrekt fastsatte værdi af kontrakten eller den værdi, der korrekt skulle fastsættes, ville være mulighed for en efterprøvelse af yderligere og — isoleret betragtet — ikke prækluderede overtrædelser af udbudsreglerne?

2) Skal der i givet fald stilles særlige krav til de oplysninger i udbudsbekendtgørelsen, der er væsentlige for fastsættelsen af kontraktens værdi, for at det kan antages, at de overtrædelser af udbudsreglerne, der vedrører fastsættelsen af kontraktens værdi, har til følge, at den primærretlige beskyttelse er udelukket, også når den korrekt fastsatte værdi af kontrakten eller den værdi, der korrekt skulle fastsættes, overstiger den gældende tærskelværdi?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Om det andet spørgsmål

33 Med det andet spørgsmål, som skal undersøges først, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilke krav der stilles ifølge fællesskabsretten for så vidt angår for det første de angivelser af en kontrakts anslåede værdi, der skal fremgå af en udbudsbekendtgørelse, og for det andet, hvilke klagemuligheder der foreligger i tilfælde af, at der ikke findes sådanne angivelser.

Parternes argumenter

34 Lämmerzahl har ikke anført specifikt, hvilke oplysninger vedrørende en kontrakts værdi, der burde fremgå af en udbudsbekendtgørelse, men har understreget, at med

henblik på anvendelsen af en præklusionsfrist kan de berørte ikke pålægges forhold, som den ordregivende myndighed ikke har angivet i udbudsbekendtgørelsen.

35 Den litauiske regering har anført, at den ordregivende myndighed er forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen at angive alle oplysninger vedrørende kontraktens omfang, som gør tilbudsgiverne i stand til objektivt at fastslå, om kontraktens værdi når den tærskelværdi, der er fastsat i Fællesskabets udbudsdirektiver.

36 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i lignende retning anført, at de betingelser, som udbudsbekendtgørelsen ifølge de nationale bestemmelser er underlagt, før præklusionsfristen begynder at løbe, skal anvendes af de nationale retter på en måde, som ikke gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for de berørte at udøve de rettigheder, som de tillægges ved direktiv 89/665.

37 Bremen og den østrigske regering har vedrørende dette synspunkt anført, at Fællesskabets direktiver ikke stiller krav om, at kontraktens anslåede værdi skal angives i udbudsbekendtgørelsen, idet en sådan angivelse ikke ville være hensigtsmæssig ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt.

Domstolens bemærkninger

38 Ud fra de oplysninger, der fremgår af sagens akter, forekommer den i hovedsagen omhandlede kontrakt at være om ikke en indkøbskontrakt så en blandet indkøbs- og tjenesteydelseskontrakt, hvori værdien af indkøbet er dominerende. Herefter er det Fællesskabets direktiver om indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, der er relevante, og ikke direktiverne om indgåelse af tjenesteydelsesaftaler.

39 Hvad angår offentlige indkøbskontrakter, som henhører under anvendelsesområdet for direktiv 93/36, blev indholdet af udbudsbekendtgørelsen på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen reguleret ved artikel 9, stk. 4, første punktum, og bilag IV til direktiv 93/36, idet disse bestemmelser efterfølgende er blevet erstattet af artikel 36, stk. 1, og bilag VII A til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114), og af bilag II til Kommissionens forordning (EF) nr. 1564/2005 af 7. september 2005 om standardformularer til brug ved offentliggørelse af bekendtgørelser under procedurer til indgåelse af offentlige kontrakter i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (EUT L 257, s. 1).

40 Artikel 9, stk. 4, første punktum, i direktiv 93/36 kræver, at bekendtgørelserne udformes i overensstemmelse med modellerne i bilag IV til direktivet, og at de indeholder de deri krævede oplysninger.

41 Det er i modellen i bilag IV fastsat, at kontraktens samlede mængde eller omfang (i givet fald inklusive alle delaftaler og optioner) skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

42 Det følger heraf, at der i en udbudsbekendtgørelse vedrørende en offentlig indkøbskontrakt, som henhører under anvendelsesområdet for direktiv 93/36, i overensstemmelse med direktivet skal være angivet den samlede mængde eller omfang med hensyn til den omhandlede kontrakt.

43 Hvis denne forpligtelse i et specifikt tilfælde ikke er opfyldt, er der tale om en tilsidesættelse af de fællesskabsretlige udbudsbestemmelser i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, hvilket giver ret til at klage i overensstemmelse med denne bestemmelse.

44 Følgelig skal andet spørgsmål besvares med, at i overensstemmelse med artikel 9, stk. 4, i og bilag IV til direktiv 93/36 skal udbudsbekendtgørelsen vedrørende en kontrakt, som henhører under anvendelsesområdet for dette direktiv, præcisere kontraktens samlede mængde eller omfang. Undladelse af en sådan angivelse skal kunne gøres til genstand for en klage i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665.

Om det første spørgsmål

45 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt at løse to problemer. For det første ønsker retten oplyst, under hvilke betingelser fællesskabsretten tillader, at national ret fastsætter en præklusionsfrist for klager over valget af fremgangsmåde ved indgåelse af offentlige kontrakter, over vurderingen af kontraktens værdi eller over de handlinger, der foretages under de første faser i udbudsproceduren. For det andet ønsker den forelæggende ret — hvis en sådan præklusionsregel kan tillades — oplyst, hvorvidt det er foreneligt med fællesskabsretten, at reglen generelt udstrækkes til at omfatte klager over den ordregivende myndigheds afgørelser, herunder afgørelser truffet under de senere faser i udbudsproceduren.

Parternes argumenter

46 Lämmerzahl har anført, at GWB's § 107, stk. 3, alene foreskriver præklusion for overtrædelser, »der kan konstateres på baggrund af udbudsbekendtgørelsen«, et begreb, som ifølge selskabet skal fortolkes strengt. Selskabet har anført, at det i hovedsagen var umuligt at udlede af de oplysninger, som var angivet i udbudsbekendtgørelsen, at kontraktens anslåede værdi oversteg tærskelværdien i Fællesskabets direktiver, og at den nationale udbudsprocedure derfor ikke var

korrekt. Den omstændighed, at selskabet var blevet underlagt præklusion, selv om det ikke kunne udlede en overtrædelse af fællesskabsreglerne af den ordregivende myndigheds oplysninger, har berøvet selskabet en effektiv klageadgang, hvilket er i strid med direktiv 89/665.

47 Den litauiske regering har ligeledes understreget, at de berørte i henhold til dette direktiv skal sikres en effektiv klageadgang. Følgelig kan præklusionsfristen, når de berørte ikke har modtaget objektive og fuldstændige oplysninger om den omhandlede kontrakts omfang, først begynde at løbe på det tidspunkt, hvor de fik kendskab til eller var i stand til at få kendskab til, at den valgte procedure var fejlagtig. Direktiv 89/665 skal anvendes, hvis der er tvivl om, hvorvidt tærskelværdien for anvendelsen af Fællesskabets direktiver er nået.

48 Den østrigske regering og Kommissionen har anført, at nationale bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede er forenelige med direktiv 89/665, hvis de opfylder visse betingelser. Den østrigske regering har anført, at bestemmelserne alene er forenelige med direktivet, hvis den præklusionsfrist, som de fastsætter, er rimelig, og den ordregivende myndighed ikke ved sin adfærd har gjort det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve klageretten. Kommissionen har gjort gældende, at sådanne nationale bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten, hvis tilbudsgiverne råder over en effektiv klageadgang, som gør det muligt for dem at anlægge sag til prøvelse af enhver overtrædelse af de grundlæggende bestemmelser i EF-traktaten.

49 Bremen er af den opfattelse, at direktiv 89/665, således som direktivet er blevet fortolket af Domstolen, giver medlemsstaterne mulighed for at fastsætte præklusionsfrister for indsigelser vedrørende udbudsprocedurerne. GWB's § 107, stk. 3, er forenelig med direktivet, og dette gælder endog i tilfælde, hvor den ordregivende

myndighed har givet fejlagtige angivelser vedrørende fastsættelsen af kontraktens værdi. Selv om det er muligt, at tilbudsgiveren kommer frem til en højere vurdering af kontrakten på grundlag af de oplysninger, der fremgår af udbudsbekendtgørelsen, eller endog på grund af, at der ikke foreligger relevante oplysninger, og ikke indgiver klage, medfører dette imidlertid ifølge Bremen ikke en principiel udelukkelse af hans klageadgang.

Domstolens bemærkninger

50 Hvad angår dette spørgsmåls første led bemærkes, at direktiv 89/665 ikke er til hinder for nationale bestemmelser, som fastsætter, at klager over en beslutning truffet af den ordregivende myndighed skal være indgivet inden for en fastsat frist, og at enhver uregelmæssighed i forbindelse med udbudsproceduren, som påberåbes til støtte for klagen, ligeledes skal gøres gældende inden for denne frist, idet der ellers sker præklusion, således at det, såfremt fristen overskrides, ikke længere er muligt at anfægte en sådan beslutning eller at gøre sådanne uregelmæssigheder gældende, såfremt den pågældende frist er rimelig (dom af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 79, og af 27.2.2003, sag C-327/00, Santex, Sml. I, s. 1877, præmis 50).

51 Dette synspunkt bygger på den betragtning, at den fulde opfyldelse af det formål, direktiv 89/665 forfølger, ville blive bragt i fare, såfremt ansøgerne og de bydende på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren kunne påberåbe sig overtrædelser af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter, og således forpligte den ordregivende myndighed til at omgøre proceduren i sin helhed for at afhjælpe disse overtrædelser (dommen i sagen Universale-Bau m.fl., præmis 75).

52 De nationale præklusionsfrister, herunder deres anvendelsesbestemmelser, må derimod ikke i sig selv kunne gøre det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, som den berørte i givet fald udleder af fællesskabsretten (Santex-dommen, præmis 55, jf. ligeledes i denne retning dommen i sagen Universale-Bau m.fl., præmis 73).

53 Det skal således undersøges, hvorvidt anvendelsen af en præklusionsregel som den i hovedsagen omhandlede kan betragtes som rimelig, eller om den derimod gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, som den berørte udleder af fællesskabsretten.

54 Det fremgår af sagens akter, at Lämmerzahl ved gentagne forespørgsler og egne initiativer har forsøgt at få bekræftet den konklusion, som selskabet har udledt på grundlag af udbudsmaterialet og med en vis grad af usikkerhed, nemlig at kontrakten omfattede 310 licenser og uddannelsesforanstaltninger. Derimod er selv det seneste svar fra den ordregivende myndighed, nemlig skrivelsen af 6. april 2005, uklar, tvetydig og undvigende i denne forbindelse.

55 En udbudsbekendtgørelse, som mangler oplysninger vedrørende kontraktens anslåede værdi, fulgt af den ordregivende myndigheds undvigende handlemåde i forhold til en potentiel tilbudsgivers henvendelser, såsom den i hovedsagen omhandlede, må — henset til at der forelå en præklusionsfrist — anses for at have gjort det uforholdsmæssigt vanskeligt for den berørte bydende at udøve de rettigheder, fællesskabsretten tillægger ham (jf. i denne retning Santex-dommen, præmis 61).

56 Det følger heraf, at selv om en national præklusionsregel som den, der findes i GWB's § 107, stk. 3, andet punktum, i princippet kan betragtes som forenelig med fællesskabsretten, er dens anvendelse over for en tilbudsgiver under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede i strid med det krav om effektivitet, som følger af direktiv 89/665.

57 Det må fastslås, at direktiv 89/665, særligt dets artikel 1, stk. 1 og 3, er til hinder for, at en præklusionsregel i national ret anvendes på en sådan måde, at en tilbudsgivers

klageadgang vedrørende valget af udbudsprocedure eller vurderingen af en kontrakts værdi nægtes, når den ordregivende myndighed ikke klart har angivet den pågældende kontrakts samlede mængde eller omfang til tilbudsgiveren.

58 Hvad angår første spørgsmåls andet led skal det bemærkes, at GWB's § 107, stk. 3, andet punktum, fastsætter udløbet af fristen for afgivelse af bud eller fremsættelse af anmodninger om deltagelse i udbudsproceduren som præklusionsfrist. Bestemmelsen forekommer af denne grund kun at kunne finde anvendelse på uregelmæssigheder, som kan konstateres før udløbet af disse frister. Sådanne uregelmæssigheder kan omfatte unøjagtigheder i vurderingen af kontraktens værdi eller fejlagtigt valg af udbudsprocedure. De kan derimod ikke omfatte situationer, som f.eks. først kan opstå under senere faser i udbudsproceduren.

59 I hovedsagen har sagsøgeren gjort uregelmæssigheder gældende, som ud over manglende oplysninger vedrørende kontraktens værdi og fejlagtigt valg af udbudsprocedure, vedrørte dels den finansielle præsentation af det bud, der blev accepteret, dels de test af software, som blev tilbudt. En uregelmæssighed i den finansielle præsentation af et bud kan imidlertid først konstateres efter åbningen af kuverterne med buddene. Samme betragtning gør sig gældende for så vidt angår test af tilbudt software. Overtrædelser af denne type kan således først finde sted efter udløbet af den præklusionsfrist, der er fastsat i en regel som den i hovedsagen omhandlede.

60 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at i afgørelse af 7. november 2005 anvendte Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen den i hovedsagen omhandlede præklusionsregel på en sådan måde, at den omfattede alle de beslutninger, som kunne træffes af den ordregivende myndighed i løbet af udbudsproceduren.

61 En sådan anvendelse af præklusionsreglen gør det praktisk umuligt at udøve de rettigheder, som den berørte udleder af fællesskabsretten, for så vidt angår de uregelmæssigheder, som først kan opstå efter udløbet af fristen for indgivelse af bud. Den er derfor i strid med direktiv 89/665, særligt med direktivets artikel 1, stk. 1 og 3

62 Det tilkommer den nationale ret i videst muligt omfang at fortolke den nationale lovgivning, den skal anvende, i overensstemmelse med formålet med direktiv 89/665 (jf. i denne retning Santex-dommen, præmis 62 og 63).

63 Er en sådan fortolkning i overensstemmelse med formålet med direktiv 89/665 ikke mulig, er den nationale domstol forpligtet til at forkaste anvendelsen af nationale bestemmelser, der er i strid med direktivet (dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 24, og Santex-dommen, præmis 64). Artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 er ubetinget og tilstrækkeligt præcis til at blive påberåbt over for en ordregivende myndighed (jf. i denne retning dom af 2.6.2005, sag C-15/04, Koppensteiner, Sml. I, s. 4855, præmis 38).

64 Herefter skal første spørgsmål besvares med, at direktiv 89/665, særligt dets artikel 1, stk. 1 og 3, er til hinder for, at en præklusionsregel i national ret anvendes på en sådan måde, at en tilbudsgivers klageadgang vedrørende valget af udbudsprocedure eller vurderingen af en kontrakts værdi nægtes, når den ordregivende myndighed ikke klart har angivet den pågældende kontrakts samlede mængde eller omfang til tilbudsgiveren. Samme bestemmelser i direktivet er ligeledes til hinder for, at en sådan regel generelt gælder for klager over den ordregivende myndigheds afgørelser, herunder afgørelser truffet under faser i udbudsproceduren, der ligger efter den frist, som er fastsat i denne præklusionsregel.

Sagens omkostninger

65 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 de nævnte parters udgifter kan de udgifter, der er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

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

1) **I overensstemmelse med artikel 9, stk. 4, i og bilag IV til Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved Kommissionens direktiv 2001/78/EF af 13. september 2001, skal udbudsbekendtgørelsen vedrørende en kontrakt, som henhører under anvendelsesområdet for dette direktiv, præcisere kontraktens samlede mængde eller omfang. Undladelse af en sådan angivelse skal kunne gøres til genstand for en klage i henhold til artikel 1, stk. 1, 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 Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.**

2) **Direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 92/50, særligt dets artikel 1, stk. 1 og 3, er til hinder for, at en præklusionsregel i national ret anvendes på en**

sådan måde, at en tilbudsgivers klageadgang vedrørende valget af udbudsprocedure eller vurderingen af en kontrakts værdi nægtes, når den ordregivende myndighed ikke klart har angivet den pågældende kontrakts samlede mængde eller omfang til tilbudsgiveren. Samme bestemmelser i direktivet er ligeledes til hinder for, at en sådan regel generelt gælder for klager over den ordregivende myndigheds afgørelser, herunder afgørelser truffet under faser i udbudsproceduren, der ligger efter den frist, som er fastsat i denne præklusionsregel.

Underskrifter