FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 25. februar 2003 [1]

1. Bundesvergabeamt (Østrig) har anmodet Domstolen om en fortolkning 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 [2], som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [3] (herefter direktiv 89/665).

2. Bundesvergabeamt ønsker i forbindelse med en sag vedrørende en østrigsk erhvervsdrivende, som ikke har indgivet begæring om en mæglingsprocedure i henhold til østrigsk ret, at få oplyst, om ovennævnte bestemmelse skal fortolkes således, at en erhvervsdrivende kun har interesse i en offentlig kontrakt, når han har udtømt alle de klagemuligheder, han i henhold til national ret har til rådighed, for at forhindre, at en anden bydende tildeles kontrakten, og for at opnå, at han dermed selv får kontrakten tildelt.

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT L 395, s. 33.
3 — EFT L 209, s. 1.

I — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

3. Artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 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 samme direktivs artikel 2, stk. 1 og 6:

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

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

[...]

6. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser på den kontrakt, som er indgået efter tildeling af en kontrakt, fastlægges efter national ret.

Endvidere kan en medlemsstat, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, bestemme, at den ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, er begrænset til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.

[...]«

B — *Nationale bestemmelser*

5. Direktiv 89/665 er blevet gennemført i østrigsk ret ved Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997, forbundslov af 1997 om indgåelse af offentlige kontrakter, BGBl. I, 1997/56, herefter »BVergG«). BVergG fastsætter bestemmelser om oprettelse af Bundes-Vergabekontrollkommission (østrigsk forbundsmyndighed for kontrol med udbud, herefter »B-VKK«) og et Bundesvergabeamt (østrigsk forbundskontor for udbud).

6. BVergG's § 109 fastlægger beføjelserne for B-VKK. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»1. B-VKK har kompetence til:

1) indtil tildelingen af kontrakten at bilægge uenighed mellem den ordregivende myndighed og en eller flere ansøgere eller bydende vedrørende anvendelsen af denne forbundslov og de i henhold hertil udstedte bestemmelser

[...]

6. En begæring om B-VKK's indgriben, som er indgivet i medfør af stk. 1, nr. 1, skal forelægges for B-VKK's direktion snarest muligt efter, at uenigheden er blevet kendt.

7. I tilfælde af, at B-VKK's indgriben ikke sker på foranledning af den ordregivende myndighed, skal B-VKK uden ophold underrette myndigheden om sin indgriben.

8. Den ordregivende myndighed kan inden for en frist på fire uger efter [...] den i stk. 7 omhandlede underretning ikke tildele kontrakten, idet udbuddet ellers er ugyldigt [...]«

7. BVergG's § 113 afgrænser de beføjelser, som er tillagt Bundesvergabeamt. Det hedder i bestemmelsen:

»1. Bundesvergabeamt har kompetence til på begæring at gennemføre klageprocedurer i henhold til nedenstående bestemmelser.

2. Indtil tildelingen af kontrakten har Bundesvergabeamt kompetence til, med henblik på at bringe overtrædelser af nærvæ-

rende forbundslov og de i henhold hertil udstedte bestemmelser til ophør,

a) at fastsætte foreløbige forholdsregler, samt

b) at annullere ulovlige beslutninger, truffet af den ordregivende myndighed.

3. Efter tildelingen af kontrakten, eller efter udbudsprocedurens afslutning, har Bundesvergabeamt kompetence til at fastslå, at kontrakten som følge af en overtrædelse af nærværende forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser ikke er blevet tildelt den bydende, der afgav det bedste bud [...].«

8. BVergG's § 115, stk. 1, bestemmer:

»En erhvervsdrivende, som gør gældende, at han har interesse i indgåelsen af en kontrakt, der er omfattet af denne forbundslov, kan indgive klage over en beslutning, truffet af den ordregivende myndighed under en udbudsprocedure, med påstand om, at beslutningen er ulovlig, når han som følge af den påståede ulovlighed har lidt eller vil kunne lide skade.«

9. I henhold til BvergG's § 122, stk. 1,

»[har] [e]n forbigået ansøger eller bydende [...], i tilfælde af, at et organ, hvis handlinger kan tilregnes en ordregivende myndighed, har begået en culpøs overtrædelse af denne forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser, krav på, at den ordregivende myndighed erstatter ham hans udgifter i forbindelse med udarbejdelsen af buddet, samt de øvrige udgifter, der er opstået som følge af deltagelsen i udbudsproceduren«.

10. I medfør af BVergG's § 125, stk. 2, 1. pkt., kan et erstatningssøgsmål, der skal anlægges ved de civile domstole, kun admitteres, såfremt Bundesvergabeamt forinden har truffet afgørelse i henhold til BVergG's § 113, stk. 3.

II — Tvisten i hovedsagen

11. I efteråret 1999 iværksatte Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (herefter »Asfinag«) et udbud om en offentlig tjenesteydelsesaftale bestående i »tilsyn med udførelse og installation af elektrisk udstyr, bygninger og mekanisk udstyr på de primære og sekundære betalingsanlæg for vejafgifter, samt udfærdigelse af et system for dataoverførsel som led i projektet LKW Maut Österreich«. Åbningen af buddene fandt sted den 18. november 1999.

12. Sammen med andre partnere afgav selskabet Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker Gmbh (herefter »sagsøgeren«) et bud som bydende konsortium. Ved skrivelse af 28. januar 2000 blev sagsøgeren underrettet om, at det af konsortiet afgivne bud ved vurderingen af buddene havde opnået en placering som næstbedste bud, og således ikke var blevet antaget. Ved skrivelse af 8. februar 2001 fik konsortiet meddelelse om, at aftalen var blevet tildelt en konkurrent, samt om kontraktsummen.

13. Sagsøgeren har derfor indgivet klage til Bundesvergabeamt i henhold til BVergG's § 113, stk. 3, med påstand om, at det fastslås, at aftalen ikke var blevet tildelt den bydende, der afgav det bedste bud, idet ordregiver ved fastsættelsen af tildelingskriterierne har tilsidesat forpligtelsen til at fastslå den bydende, der har afgivet det bedste bud, på forståelig måde i overensstemmelse med BVergG's § 53.

14. For Bundesvergabeamt har Asfinag understreget, at det i medfør af BVergG's § 115, stk. 1, kun er den erhvervsdrivende, som gør gældende, at han har interesse i indgåelsen af en kontrakt, der er omfattet af loven, som kan indgive en klage til prøvelse af lovligheden af en beslutning truffet af den ordregivende myndighed, for så vidt som han som følge af den manglende lovlighed har lidt eller vil kunne lide skade. Ifølge Asfinag er det åbenbart, at sagsøgeren ikke har haft interesse i indgåelse af den omhandlede aftale, eftersom konsortiet ikke har indgivet en begæring om en mæglingsprocedure ved B-VKK, hvilket det havde adgang til i medfør af BVergG's § 109, stk. 1.

15. Til støtte for sin antagelse har Asfinag gjort gældende, at bestemmelserne om offentlige kontrakter ikke i sig selv har et formål, men at de inkorporerer de førkontraktuelle forpligtelser, som alle parter i en procedure for indgåelse af en kontrakt har, herunder også de bydende. Ifølge Asfinag er en bydende, der ikke mener, at kriterierne for tildeling af kontrakten er i overensstemmelse med loven, bl.a. i henhold til BVergG's § 109, stk. 6, forpligtet til at rejse denne indsigelse så hurtigt som muligt for B-VKK, og således eventuelt før åbningen af buddene. Konkurrenceprincippet er til hinder for, at en bydende, som ikke mener, at tildelingskriterierne er i overensstemmelse med loven, først indgiver et bud for at se, om det er det mest fordelagtige, og herefter tilpasser sin handlemåde efter resultatet af tildelingen af kontrakten, idet han ikke indgiver begæring, hvis han har afgivet det mest fordelagtige bud, men kun, hvis han ikke har opnået tildeling af kontrakten eller ikke har afgivet det mest fordelagtige bud, idet han i så fald henvender sig til de kompetente myndigheder for gennem en annullation af udbuddet at få en »ny chance«.

16. Efter Asfinags opfattelse følger det af BVergG's § 109, stk. 6, at afgivelse af et bud, forud for hvilket der ikke er blevet indgivet en begæring om en mæglingsprocedure til B-VKK, medfører udelukkelse af adgangen til at påberåbe sig ulovligheder vedrørende udbudsproceduren, som den

bydende burde have haft kendskab til på det tidspunkt, hvor han udarbejdede sit bud, hvis han havde udvist den fornødne agtpågivenhed. Hvis sagsøgeren i den foreliggende sag havde indgivet begæring til B-VKK, inden konsortiet udarbejdede sit bud og havde henledt Asfinags opmærksomhed på de påståede fejl, ville det ikke have haft udgifter til udarbejdelse af buddet.

17. Sagsøgeren har afvist argumentet om, at konsortiet ikke har den fornødne interesse, idet det har gjort gældende, at i henhold til fast afgørelsespraksis fra de organer, som fører kontrol med tildeling af offentlige kontrakter, godtgør indleveringen af et bud inden for fristen i tilstrækkelig grad interessen i opnåelse af kontrakten.

III — De præjudicielle spørgsmål

18. Idet Bundesvergabeamt var af den opfattelse, at de østrigske bestemmelser, som finder anvendelse i hovedsagen, skal fortolkes i lyset af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, og at afgørelsen af hovedsagen derfor forudsætter en fortolkning af denne bestemmelse, har retten besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 1, stk. 3, i [...] direktiv 89/665[...] fortolkes således, at enhver erhvervsdrivende, der under en udbudsprocedure har afgivet bud eller har anmodet om at deltage i en udbudsprocedure, har klageadgang?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende:

Skal ovennævnte direktivbestemmelse fortolkes således, at en erhvervsdrivende kun har eller havde interesse i en offentlig kontrakt, der er i udbud, når han — ud over at deltage i udbudsproceduren — udtømmer eller har udtømt alle de klagemuligheder, han i henhold til national ret har til rådighed, for at forhindre, at en anden bydende tildeles kontrakten, og for at opnå, at han selv får kontrakten tildelt?«

19. I forelæggelseskendelsen udtalte Bundesvergabeamt, at Verfassungsgerichtshof (den østrigske forfatningsdomstol) i dom af 12. juni 2001 (B-485/01-12, B-584/01-9, B-685/01-6) under hensyntagen til dom af 8. marts 2001 (B-707/00) har fastslået, at adgangen til at iværksætte en klageprocedure i medfør af artikel 1 i direktiv 89/665 i henhold til Domstolens praksis[4] skal fortolkes vidt, og at der derfor bør indrømmes enhver person, som ønsker at

4 — Jf. dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, præmis 34 og 35.

opnå en bestemt offentlig kontrakt, der er i udbud, adgang hertil. Spørgsmålet er således, hvorvidt dette bør være tilfældet, uanset om denne person har eller ikke har benyttet sig af muligheden for at udtømme de midler til retsbeskyttelse, som findes i de nationale bestemmelser om offentlige kontrakter, hvilket den ordregivende myndighed har givet ham adgang til (spørgsmål 1), og om den omstændighed, at ikke alle nationale muligheder for retsbeskyttelse er udtømt, indebærer, at interessen i indgåelse af kontrakten fortabes (spørgsmål 2).

IV — Vurdering

A — *Om Domstolens kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål*

20. Kommissionen har i sine skriftlige indlæg rejst problemet, om Domstolen har kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål, idet Bundesvergabeamts afgørelser ifølge Kommissionens opfattelse ikke har karakter af retsafgørelser.

21. Det skal dog bemærkes, at Domstolen har taget stilling til dette spørgsmål i Felix Swoboda-dommen af 14. december 2002 [5], i det mindste hvad angår spørgsmål stillet af Bundesvergabeamt, inden for rammerne af dets beføjelser i perioden efter tildelingen af kontrakten. I denne sammenhæng har Domstolen anset Bundesvergabeamt for en ret i artikel 234 EF's forstand [6].

22. Det fremgår imidlertid af forelæggelseskendelsen, at Bundesvergabeamt i hovedsagen udøver præcis de samme beføjelser i perioden efter tildelingen af kontrakten. Sagen blev faktisk anlagt på grundlag af BVergG's § 113, stk. 3 [7], der bestemmer, at »*efter tildelingen af kontrakten*, eller efter udbudsprocedurens afslutning, har Bundesvergabeamt kompetence til at fastslå, at kontrakten som følge af en overtrædelse af nærværende forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser ikke er blevet tildelt den bydende, der afgav det bedste bud [...]« [8].

23. Domstolen bør derfor anses for at have kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål, som Bundesvergabeamt har forelagt.

5 — Sag C-411/00, Sml. I, s. 10567.
6 — Felix Swoboda-dommen, præmis 26-28.
7 — Jf. punkt 13 ovenfor.
8 — Min fremhævelse.

B — *Om de præjudicielle spørgsmål*

24. Jeg vil ligesom den franske regering foreslå, at de to præjudicielle spørgsmål behandles samlet.

25. Hvert præjudicielt spørgsmål svarer således til den opfattelse, som forfægtes af en af parterne i hovedsagen vedrørende det omtvistede punkt, nemlig begrebet »interesse i en kontrakt«: Det første spørgsmål afspejler sagsøgerens opfattelse, hvorefter indgivelse af et bud under en udbudsprocedure eller en anmodning om at deltage i en udbudsprocedure er tilstrækkeligt til, at den bydende en gang for alle kan anses for at have interesse i at få tildelt en kontrakt, mens det andet spørgsmål refererer til Asfinags opfattelse, hvorefter den bydende kan anses for at have mistet interessen til at få tildelt en offentlig kontrakt, når vedkommende ikke træffer eller ikke har truffet alle de foranstaltninger, som står til hans rådighed i henhold til nationale bestemmelser, for at undgå, at den offentlige kontrakt bliver tildelt en anden bydende, i det tilfælde, den omstændighed, at den bydende ikke har indbragt sagen for B-VKK.

26. Sagsøgeren og den østrigske regering har under retsmødet bekræftet, at der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen ikke bestod nogen forpligtelse for sagsøgeren til at indbringe sagen for B-VKK, idet sagsøgeren ved skrivelse af 28. januar 2000 var blevet oplyst om, at konsortiets bud var placeret som nummer to i udbudsproceduren, og at buddet derfor ikke var blevet antaget.

27. Forelæggelseskendelsen indeholder ikke oplysninger, der får mig til at antage, at denne påstand er ukorrekt.

28. De præjudicielle spørgsmål kan derfor sammenfattes til spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 89/665 skal forstås således, at en bydende kun har eller havde en interesse i at få tildelt en offentlig kontrakt, når han forud har indbragt en sag for en rådgivende kommission, som det var frivilligt at indbringe sagen for.

29. Jeg er af den opfattelse, at dette spørgsmål skal besvares benægtende.

30. På den ene side er det givet på forhånd, at direktiv 89/665 på ingen måde opstiller betingelser for, hvordan den bydende kan fortabe interessen i at få tildelt en kontrakt.

31. På den anden side vil et bekræftende svar forudsætte, at man af direktivet udleder en forpligtelse for den bydende til at

indbringe sagen for en rådgivende kommission, hvilken indbringelse blot er frivillig ifølge national ret. En sådan forpligtelse kan ikke udledes.

32. Direktivet er ganske vist ikke til hinder for, at erhvervsdrivende pålægges bestemte forpligtelser ved national lovgivning.

33. Det fremgår af det sidste punktum i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 at: »[M]medlemsstaterne kan navnlig kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en sådan [klage]procedure, på forhånd har underrettet den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage«.

34. Herom vidner ligeledes Universale Bau m.fl.-dommen af 12. december 2002 [9], hvor Domstolen fastslog, at nationale præklusionsfrister var forenelige direktiv 89/665, for så vidt som de var rimelige.

35. Til gengæld er det ikke direktivet selv, der pålægger de erhvervsdrivende sådanne forpligtelser, hvilket det på grund af den manglende direkte virkning i forhold til en borger i øvrigt aldrig faktisk kan gøre [10].

36. Jeg foreslår imidlertid, at de præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 ikke indebærer, at en erhvervsdrivende kun har eller kun havde en interesse i at få tildelt en bestemt offentlig kontrakt, når han — foruden sin deltagelse i udbudsproceduren — træffer eller har truffet alle de foranstaltninger, som står til hans rådighed i henhold til nationale bestemmelser, for at forhindre, at en anden bydende fik tildelt kontrakten, og at hans eget bud blev antaget.

37. Subsidiært ønsker jeg imidlertid at behandle de præjudicielle spørgsmål fra en anden vinkel.

38. De kan også forstås således, at Bundesvergabeamt ønsker at få oplyst, om direktiv 89/665 er til hinder for en national retsregel, hvorefter den bydende fortaber sin interesse i at få tildelt kontrakten, hvis han ikke har truffet alle foranstaltninger, der står ham til rådighed, for at forhindre, at kontrakten bliver tildelt en anden bydende.

9 — Sag C-470/99, Sml. I, s. 11617.

10 — Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 48, af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 22-25, af 13.7.2000, sag C-456/98, Centrosteel, Sml. I, s. 6007, præmis 15, og af 26.9.2000, sag C-443/98, Unilever, Sml. I, s. 7535, præmis 50 og 51.

39. Jeg understreger, at jeg ikke har fundet klare henvisninger i forelæggelseskendelsen til østrigske retsregler, hvorefter — selv om indbringelse af sagen for B-VKK er frivillig — den omstændighed, at sagen ikke indbringes, medfører, at den bydende fortaber sin interesse i at få tildelt kontrakten. Imidlertid er den forelæggende ret enekompetent til at fortolke national ret, og man kan ikke på forhånd udelukke, at en sådan regel eksisterer. For nu at sikre, at svaret til Bundesvergabeamt bliver så brugbart som muligt, vil jeg herefter foreslå, at man ligeledes besvarer de andre præjudicielle spørgsmål, således som jeg har omformuleret dem.

40. Under retsmødet har den franske og den østrigske regering samt Kommissionen med rette gjort gældende, at svaret på de stillede spørgsmål bør tage udgangspunkt i Universale-Bau m.fl.-dommen, som blev afsagt efter, at de havde indgivet skriftlige indlæg.

41. I denne sag, hvor Domstolen også havde fået spørgsmål forelagt af Bundesvergabeamt, udtalte denne sig således:

»[...] at direktiv 89/665 ikke er til hinder for nationale bestemmelser, som fastsætter, at klager over en afgørelse truffet af den ordregivende myndighed skal være indgivet inden for en fastsat frist, idet der ellers sker præklusion, og at uregelmæssigheder i forbindelse med udbuddet, som påberåbes til støtte for klagen, ligeledes skal gøres gældende inden for denne frist, således at det, såfremt fristen overskrides, ikke længere er muligt at anfægte en sådan afgørelse eller at gøre sådanne uregelmæssigheder gældende, såfremt den pågældende frist er rimelig« [11].

42. Jeg er ligesom de ovennævnte processdeltagere af den opfattelse, at denne dom kan overføres på det foreliggende tilfælde.

43. Rent faktisk indeholder direktiv 89/665, som Domstolen fastslog i Universale Bau m.fl.-dommen, ingen bestemmelser, der specifikt vedrører fristerne for de klageprocedurer, det har til formål at indføre [12]. Dette direktiv indeholder ligeledes — som jeg i øvrigt allerede har nævnt [13] — ingen bestemmelser, der vedrører de betingelser, hvorunder en bydende kan fortabe interessen i at få tildelt en kontrakt.

44. Direktiv 89/665 bestemmer i artikel 1, stk. 3, at der skal gives klageadgang til alle, »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«, men direktivet beskriver ikke mere fyldestgørende hverken begrebet interesse

11 — Universale-Bau m.fl.-dommen, præmis 79.
12 — Universale Bau m.fl.-dommen, præmis 71.
13 — Jf. punkt 30 ovenfor.

eller de eventuelle betingelser for fortabelse af interessen i at få tildelt en kontrakt i tilfælde af mangel på agtpågivenhed fra den bydendes side, der i et sådant tilfælde ikke anses for at have en interesse eller at have haft en sådan interesse. Det tilkommer således hver medlemsstats nationale retsorden at fastsætte de frister, der finder anvendelse [14].

45. På dette trin af min argumentation skal jeg citere præmis 72 til 76 i Universale Bau m.fl.-dommen, som forekommer mig at finde anvendelse mutatis mutandis på det forelagte spørgsmål.

»72 Hvad angår de processuelle betingelser for klageadgangen, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, fællesskabsretten tillægger de ansøgere og bydende, som berøres af de ordregivende myndigheders beslutninger, bemærkes imidlertid, *at disse ikke må være til skade for den effektive virkning af direktiv 89/665.*

73 Det skal derfor undersøges, om nationale bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede under hensyn til formålet med direktivet er til skade for de rettigheder, borgerne er tillagt ved fællesskabsretten.

74 I denne forbindelse bemærkes, som det fremgår af første og anden betragtning til direktiv 89/665, at direktivet har til formål at styrke de mekanismer, som fandtes på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan til sikring af en effektiv anvendelse af direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør. Med dette formål for øje er det i direktivets artikel 1, stk. 1, fastsat, at medlemsstaterne skal sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger.

75 Den fulde opfyldelse af det formål, direktiv 89/665 forfølger, vil imidlertid 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.

76 Det skal desuden tages i betragtning, at fastsættelse af rimelige præklusive søgsmålsfrister i princippet opfylder

14 — Jf. analogt Universale Bau m.fl.-dommen, præmis 71 in fine.

det effektivitetskrav, der følger af direktiv 89/665, for så vidt som den er udtryk for en anvendelse af det grundlæggende retssikkerhedsprincip (jf. analogt hertil, for så vidt angår det fællesskabsretlige effektivitetsprincip, dom af 10.7.1997, sag C-261/95, Palmisani, Sml. I, s. 4025, præmis 28, og af 16.5.2000, sag C-78/98, Preston m.fl., Sml. I, s. 3201, præmis 33)« [15].

46. Ligesom det var tilfældet med de præklusive frister i Universale Bau m.fl.-sagen, er jeg af den opfattelse, at en national bestemmelse, der pålægger en bydende at træffe alle de foranstaltninger, der *med rimelighed* står til hans rådighed, for at forhindre, at en anden bydende får kontrakten tildelt — idet han i modsat fald fortaber interessen i at få en kontrakt tildelt — bidrager til, at der effektivt og hurtigt kan indgives klage, hvilket er et af formålene med direktiv 89/665 [16]. En sådan bestemmelse opfylder desuden kravet om effektivitet, som følger af direktiv 89/665, for så vidt som den er i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet.

47. Jeg skal imidlertid understrege, at denne fortabelse af interessen i at få tildelt den offentlige kontrakt kun indtræder, hvis den bydende ikke har truffet alle de foranstaltninger, der *med rimelighed* står til hans rådighed, ligesom de præklusive frister skal være rimelige [17].

48. Under retsmødet har sagsøgeren gjort gældende, at selskabet manglede tilstrækkelig information til på brugbar måde at indbringe en klage ved B-VKK, efter at konsortiet ved skrivelse af 28. januar 2000 havde fået oplyst, at dets bud var placeret som nummer to under licitationsproceduren og derfor ikke var blevet antaget.

49. Det tilkommer altså den forelæggende ret at undersøge, hvorvidt sagsøgeren under sådanne omstændigheder havde *rimelig* mulighed for at indbringe en sag ved B-VKK. Hvis dette ikke er tilfældet, kan man ikke bebrejde konsortiet, at det ikke udnyttede denne mulighed.

50. Jeg foreslår derfor, at de præjudicielle spørgsmål subsidiært besvares med, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 ikke er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter en erhvervsdrivende kun har eller kun havde interesse i at få tildelt en bestemt offentlig kontrakt, når han — foruden sin deltagelse i udbudsproceduren — træffer eller har truffet alle de foranstaltninger, som med rimelighed står til hans rådighed i henhold til nationale bestemmelser, for at forhindre, at en anden bydende fik tildelt kontrakten, og at hans eget bud blev antaget.

15 — Min fremhævelse.

16 — Jf. ligeledes Alcatel Austria m.fl.-dommen, præmis 34, og dom af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 52.

17 — Universale Bau m.fl.-dommen, præmis 79.

V — Forslag til afgørelse

51. På baggrund af ovenstående betragtninger skal jeg foreslå, at de præjudicielle spørgsmål, som er stillet af Bundesvergabeamt, besvares på følgende måde:

»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 Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, indebærer ikke, at en erhvervsdrivende kun har eller kun havde en interesse i at få tildelt en bestemt offentlig kontrakt, når han — foruden sin deltagelse i udbudsproceduren — træffer eller har truffet alle de foranstaltninger, som står til hans rådighed i henhold til nationale bestemmelser, for at forhindre, at en anden bydende fik tildelt kontrakten, og at hans eget bud blev antaget.

Artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 er imidlertid ikke til hinder for en national bestemmelse, hvorefter en erhvervsdrivende kun har eller kun havde interesse i at få tildelt en bestemt offentlig kontrakt, når han — foruden sin deltagelse i udbudsproceduren — træffer eller har truffet alle de foranstaltninger, som med rimelighed står til hans rådighed i henhold til nationale bestemmelser, for at forhindre, at en anden bydende fik tildelt kontrakten, og at hans eget bud blev antaget.«