

DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)
24. september 1998 *

I sag C-111/97,

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

EvoBus Austria GmbH

mod

Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (Növog),

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af 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 (EFT L 76, s. 14),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Ragnemalm, og dommerne G. F. Mancini, P. J. G. Kapteyn (refererende dommer), J. L. Murray og K. M. Ioannou,

* Processprog: tysk.

generaladvokat: N. Fennelly
justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- den østrigske regering ved kontorchef Wolf Okresek, Forbundskanslerens Kontor, som befuldmægtiget
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Hendrik van Lier og Claudia Schmidt, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 12. februar 1998 er afgivet mundtlige indlæg af Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (Növog) ved advokatfuldmægtig Claus Casati, Wien, af den østrigske regering ved Michael Fruhmann, Forbunds-kanslerens Kontor, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved Hendrik van Lier og Claudia Schmidt,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 2. april 1998,

afsagt følgende

Dom

¹ Ved kendelse af 25. november 1996, indgået til Domstolen den 17. marts 1997, har Bundesvergabeamt i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt tre præjudicielle

spørgsmål vedrørende fortolkningen af 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 (EFT L 76, s. 14).

- 2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem EvoBus Austria GmbH (herefter »EvoBus«) og Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (herefter »Növog«) vedrørende tildelingen af en offentlig kontrakt om levering af busser.

Retsforskrifter

- 3 Ifølge direktiv 92/13 skulle medlemsstaterne inden den 1. januar 1993 have fastsat passende klageprocedurer, som giver mulighed for at udøve retlig kontrol med lovligheden af de udbudsprocedurer, som anvendes inden for de nævnte sektorer.
- 4 Direktivets artikel 1 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 ...

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.

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.«

5 Endvidere bestemmes følgende i artikel 2:

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

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

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

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.

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

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

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

...

7. Når en person fremsætter et krav om skadeserstatning for så vidt angår omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller med deltagelse i en udbudsprocedure, skal vedkommende alene bevise, at der er sket overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende tilbudsgivning eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret, samt at han ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, men at denne mulighed blev forspildt på grund af overtrædelsen.

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

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.

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.«

6 I Østrig er nedenstående direktiver blevet gennemført i national ret ved Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (forbundslov om indgåelse af offentlige kontrakter, BGBl. 1993, nr. 463, herefter »BVergG«), som trådte i kraft den 1. januar 1994:

— 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), og

— Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juli 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84).

7 § 7, stk. 2, i BVergG bestemmer således:

»Denne lov gælder kun inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation i det omfang, det er fastsat i tredje afdeling, fjerde kapitel. Bestemmelserne i fjerde afdeling gælder ikke for indgåelse af kontrakter på de nævnte områder.«

8 Ifølge BVergG's fjerde afdeling, som regulerer retsbeskyttelsen (Rechtsschutz) på området, er der mulighed for at iværksætte en klageprocedure ved Bundesvergabeamt. Således fastsætter § 91, stk. 3, 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.

- 9 § 67, stk. 1, i BVergG's fjerde kapitel, som indeholder »Særlige bestemmelser om ordregivere inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation«, bestemmer som følger:

»Bestemmelserne i dette kapitel gælder kun for offentlige ordregivere, såfremt de udøver en virksomhed i stk. 2's forstand, samt for private ordregivere.«

- 10 Direktiv 92/13 blev gennemført i national ret ved en ændringslov til forbundsloven om indgåelse af offentlige kontrakter og ved lov om beskæftigelse af udlændinge (BGBI. 1996, nr. 776). Denne lov trådte i kraft den 1. januar 1997.

Tvisten i hovedsagen

- 11 Den 18. juli 1996 anmodede EvoBus Bundesvergabeamt (forbundsankenævn for offentlige bygge- og anlægskontrakter) at iværksætte en klageprocedure i henhold til § 91, stk. 3, i BVergG. Anmodningen vedrørte den udbudsprocedure, som Növog havde iværksat vedrørende leveringen af 36-46 busser til ekspres regional rutekørsel.
- 12 Til støtte for anmodningen gjorde EvoBus gældende, at budet efterfølgende var blevet ændret under denne udbudsprocedure, hvorved tilbagekøbsprisen for busserne var steget fra 34% til 55%.

13 Af disse grunde har Bundesvergabeamt besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

- »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?

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?»

Første og andet spørgsmål

- 14 Med det første og andet spørgsmål, som bør behandles under ét, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt at få oplyst, om artikel 1, stk. 1, 2 og 3, og artikel 2, stk. 1 samt stk. 7, 8 og 9, eller andre bestemmelser i direktiv 92/13 skal fortolkes således, at de instanser, som medlemsstaterne har oprettet til at behandle klagesager vedrørende fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægs- samt indkøbskontrakter, også kan behandle klager vedrørende fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, hvis ikke det nævnte direktiv er gennemført inden for den fastsatte frist.
- 15 Herom bemærkes for det første, at Domstolen i dom af 17. september 1997 (sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 40) udtalte, at medlemsstaterne er forpligtet til i den nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister, der vedrører borgernes af fællesskabsretten følgende rettigheder, idet det herved er forudsat, at medlemsstaterne er forpligtet til konkret at sikre, at disse rettigheder effektivt beskyttes. Bortset fra på dette punkt tilkommer det ikke Domstolen at medvirke ved afgørelsen af de kompetenceproblemer inden for det nationale domstolssystem, som fastlæggelsen af visse rettigheder efter fællesskabsretten kan give anledning til.
- 16 Endvidere bemærkes, at artikel 1 i direktiv 92/13 vel pålægger medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger til at sikre en effektiv klageadgang på området for indgåelse af offentlige kontrakter inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, men at denne bestemmelse ikke angiver de instanser, som er kompetente på nationalt plan, og heller ikke kræver, at disse

instanser er de samme som de, medlemsstaterne har udpeget på området for indgåelse af offentlige bygge- og anlægs-samt indkøbskontrakter.

- 17 Det er ubestridt, at direktiv 92/13 ikke var gennemført i østrigsk ret på den dato, da EvoBus rejste sag ved Bundesvergabeamt, hvilket skete den 18. juli 1996.
- 18 Domstolen har under tilsvarende omstændigheder fastslået i præmis 43 i den ovennævnte dom i Dorsch Consult-sagen, at den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af EF-traktatens artikel 5 til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Heraf følger, at den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsfor skrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til, i videst muligt omfang, at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 189, stk. 3 (jf. dom af 13.11.1990, 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).
- 19 Den nationale domstol skal som følge af denne pligt bedømme, om de relevante regler i national ret giver mulighed for at indrømme borgerne en klageadgang i sager vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. Under omstændigheder som de i denne sag foreliggende har den nationale domstol 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 (jf. Dorsch Consult-dommen, a.st., præmis 46, *in fine*).

- 20 Det er imidlertid ubestridt i hovedsagen, at de dispositioner, som træffes af ordregivere i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i § 67, stk. 2, i BVergG, ifølge samme lovs § 7, stk. 2, og § 67, stk. 1, udtrykkeligt er udelukket fra den klageadgang, som er indført ved loven i medfør af direktiv 89/665.
- 21 I betragtning af disse omstændigheder må det påpeges, at såfremt nationale regler ikke kan fortolkes som værende i overensstemmelse med direktiv 92/13, kan de berørte retssubjekter ifølge de relevante procedurer i national ret rejse krav om erstatning for skade, der er lidt som følge af den manglende gennemførelse af direktivet inden for den fastsatte frist (jf. Dorsch Consult-dommen, a.st., præmis 45; jf. hvad angår medlemsstaternes erstatningsansvar ved manglende gennemførelse af et direktiv navnlig dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, og af 8.10.1996, forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofer m.fl., Sml. I, s. 4845).
- 22 Det første og andet spørgsmål må herefter besvares med, at hverken artikel 1, stk. 1, 2 og 3, eller artikel 2, stk. 1, samt stk. 7, 8 og 9, eller de øvrige bestemmelser i direktiv 92/13 kan fortolkes således, at de instanser, som af medlemsstaterne er oprettet til at behandle klagesager vedrørende fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, også kan behandle klager vedrørende fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, hvis ikke det nævnte direktiv er gennemført inden for den fastsatte frist. Imidlertid følger det 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 vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. Den nationale domstol har 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. Såfremt de nationale regler ikke kan fortolkes som værende i overensstemmelse med direktiv 92/13, kan de berørte retssubjekter ifølge de relevante procedurer i national ret rejse krav om erstatning for skade, der er lidt som følge af den manglende gennemførelse af direktivet inden for den fastsatte frist.

Tredje spørgsmål

- 23 Under hensyn til besvarelsen af det første og andet spørgsmål er det uforholdt at besvare det tredje spørgsmål.

Sagens omkostninger

- 24 De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering og af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt ved kendelse af 25. november 1996, for ret:

Hverken artikel 1, stk. 1, 2 og 3, eller artikel 2, stk. 1, samt stk. 7, 8 og 9, eller de øvrige bestemmelser 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 kan fortolkes således, at de instanser, som af medlemsstaterne er oprettet til at behandle klagesager vedrørende fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter, også kan behandle klager vedrørende fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, hvis ikke det nævnte direktiv er gennemført inden for den fastsatte frist. Imidlertid følger det 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 vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. Den nationale domstol har 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. Såfremt de nationale regler ikke kan fortolkes som værende i overensstemmelse med direktiv 92/13, kan de berørte retssubjekter ifølge de relevante procedurer i national ret rejse krav om erstatning for skade, der er lidt som følge af den manglende gennemførelse af direktivet inden for den fastsatte frist.

Ragnemalm

Mancini

Kapteyn

Murray

Ioannou

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. september 1998.

R. Grass

H. Ragnemalm

Justitssekretær

Formand for Sjette Afdeling