

DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

18. marts 2004 *

I sag C-314/01,

angående en anmodning, som Bundesvergabeamt (Østrig) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Siemens AG Österreich,

ARGE Telekom & Partner

mod

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger,

procesdeltager: Bietergemeinschaft EDS/ORGA,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende 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

* Processprog: tysk.

samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, og dommerne C. Gulmann, J.-P. Puissechet, R. Schintgen (refererende dommer) og N. Colneric,

generaladvokat: L.A. Geelhoed

justitssekretær: M.-F. Contet,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— ARGE Telekom & Partner ved Rechtsanwalt M. Öhler

— Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ved Rechtsanwalt G. Lansky

— Bietergemeinschaft EDS/ORGA ved Rechtsanwalt R. Regner

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt R. Roniger,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 18. september 2003 er afgivet mundtlige indlæg af Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ved Rechtsanwalt T. Hamerl, af den østrigske regering ved M. Fruhmann og af Kommissionen ved M. Nolin, bistået af R. Roniger,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 20. november 2003,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 11. juli 2001, indgået til Domstolen den 9. august 2001, har Bundesvergabeamt i medfør af artikel 234 EF forelagt fire præjudicielle spørgsmål vedrørende 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 Disse spørgsmål er blevet rejst inden for rammerne af en sag anlagt af selskaberne Siemens AG Österreich (herefter »Siemens«) og ARGE Telekom & Partner (herefter »ARGE Telekom«) mod den ordregivende myndighed Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Sammenslutning af østrigske sociale sikringsorganer, herefter »Hauptverband«), der vedrører et udbud af en offentlig indkøbs- og tjenesteydelseskontrakt.

Relevante retsfor skrifter

Fællesskabsbestemmelser

- 3 Artikel 1, stk. 1, 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.«

- 4 Artikel 2 i direktiv 89/665 præciserer i denne forbindelse de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne. Artikel 2, stk. 1, 6 og 7, bestemmer:

- »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) 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.

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

- 5 Direktiv 92/50 fastlægger de fælles regler for deltagelse i fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, der omfatter muligheden for at give en del af kontrakten i underentreprise til tredjemand. Direktivets artikel 25 har således følgende ordlyd:

»I udbudsbetingelserne kan den ordregivende myndighed anmode den bydende om i buddet at angive, hvilke dele af en aftale han eventuelt har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand.

Denne angivelse berører ikke hovedtjenesteyderens ansvar.«

- 6 Direktiv 92/50 fastsætter også de kvalitative udvælgelseskriterier, der gør det muligt at udvælge de ansøgere, der skal gives adgang til at deltage i den procedure, hvorved der sker tildeling af en offentlig tjenesteydelsesaftale. Direktivets artikel 32 er affattet således:

»1. Tjenesteydernes evne til at udføre tjenesteydelserne kan vurderes på grundlag af navnlig deres faglige dygtighed, deres effektivitet, deres erfaring og deres pålidelighed.

2. Tjenesteyderens tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af følgende måder afhængig af arten, mængden og anvendelsen af de tjenesteydelser, der skal præsteres:

[...]

c) oplysning om de involverede teknikere eller tekniske organer, uanset om de hører til tjenesteyderens virksomhed, navnlig om dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrol

[...]

h) oplysning om, hvor stor en del af kontrakten tjenesteyderen eventuelt agter at give i underentreprise.

3. Den ordregivende myndighed skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud anføre, hvilke af disse former for dokumentation den ønsker at få forelagt.

[...]«

Nationale retsfor skrifter

- 7 Direktiv 89/665 og 92/50 er blevet gennemført i østrisk ret ved Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (forbundslov af 1997 om indgåelse af offentlige kontrakter, BGBl. I, 1997/56, i den version, der er offentliggjort i BGBl. I, 2000/125, herefter »BVerG«).
- 8 BverG's § 31, der vedrører de ydelser, der skal udføres af underentreprenører, bestemmer:

»1. Det skal angives i dokumenterne om indkaldelse af bud, om underentreprise er tilladt. Det er forbudt at give hele kontrakten i underentreprise, med undtagelse af købskontrakter med og underentreprise til virksomheder, der er forbundet med ordregiver. Ved bygge- og anlægskontrakter er det ikke tilladt at give den overvejende del af arbejderne i underentreprise [...] Den ordregivende myndighed skal sikre sig, at kontraktmodtagerens underentreprenører selv udfører den overvejende del af de arbejder, der er givet dem i underentreprise. I undtagelsestilfælde, der begrundes af den ordregivende myndighed i dokumenterne om indkaldelse af bud, kan det bestemmes, at det er tilladt at give den overvejende del af kontrakten i underentreprise. Det er i øvrigt kun tilladt at give delarbejder i underentreprise for så vidt som underentreprenøren har den nødvendige kapacitet til at kunne udføre sin andel.

2. Den ordregivende myndighed skal i dokumenterne om indkaldelse af bud anmode den bydende om i sit bud at angive, hvilken del af kontrakten han eventuelt påtænker at give i underentreprise til tredjemand. Denne angivelse berører ikke kontraktmodtagerens ansvar.«

9 BVerfG's § 40, stk. 1, om tilbagekaldelse af udbud bestemmer:

»I løbet af fristen for afgivelse af bud kan udbuddet tilbagekaldes som følge af tvingende grunde, navnlig såfremt den ordregivende myndighed inden udløbet af fristen for afgivelse af bud bliver bekendt med omstændigheder, der, hvis de havde været bekendt tidligere, ville have udelukket et sådan udbud, eller ville have ført til et udbud med et væsentligt andet indhold.«

10 BVerfG's § 52 ff. omhandler vurderingen af buddene. § 52, stk. 1, bestemmer:

»Før det bud vælges, hvorpå der gives tilslag, skal den ordregivende myndighed på grundlag af resultaterne af gennemgangen uden ophold udelukke følgende bud:

[...]

9) bud fra bydende, der i strid med ærbarhed eller princippet om effektiv konkurrence har indgået aftaler med andre bydende, der skader den ordregivende myndighed

[...]«

11 BVergG's § 113 afgrænser den kompetence, der er tillagt Bundesvergabeamt (østrigsk forbundskontor for udbud). Det hedder i bestemmelsens stk. 2 og 3:

»2. Indtil tildelingen af kontrakten har Bundesvergabeamt kompetence til, med henblik på at bringe overtrædelser af nærværende forbundslov og de i henhold hertil udstedte bestemmelser til ophør,

1) at fastsætte foreløbige forholdsregler samt

2) 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 [...]«

12 BVergG's § 117, stk. 1 og 3, har følgende ordlyd:

»1. Bundesvergabeamt skal ved administrativ afgørelse og under hensyntagen til den udtalelse, som mæglingsorganet har afgivet i sagen, annullere en beslutning, truffet af en ordregivende myndighed inden for rammerne af en udbudsprocedure, når denne beslutning

1) er i strid med bestemmelserne i denne forbundslov eller de i henhold hertil udstedte bestemmelser, og

2) har væsentlig indflydelse på udfaldet af udbudsproceduren.

[...]

3. Efter tildelingen af kontrakten kan Bundesvergabeamt på de i stk. 1 nævnte betingelser blot fastslå, om den påståede ulovlighed foreligger eller ej.«

13 I medfør af BVergG's § 125, stk. 2, kan et erstatningssøgsmål, der skal anlægges ved de civile domstole, kun admitteres, såfremt Bundesvergabeamt forinden har truffet afgørelse i henhold til samme lovs § 113, stk. 3. Bundesvergabeamts afgørelse er bindende for den ret, som skal træffe afgørelse i erstatningssøgsmålet, samt for parterne i sagen for Bundesvergabeamt.

14 § 879, stk. 1, i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch bestemmer:

»En aftale, der strider mod lov og ærbarhed, er ugyldig.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 15 Hauptverband offentliggjorde den 21. september 1999 i *Supplement til De Europæiske Fællesskabers Tidende*, at den påtænkte at iværksætte et udbud af en kontrakt i to faser vedrørende udformning, planlægning og opbygning af et edb-system baseret på chipkort, herunder levering, initialisering, personalisering, fordeling og sletning af kort i hele Østrig, installation og vedligeholdelse af terminaler samt støtte til den enhed, der skulle forestå den elektroniske behandling af systemoplysningerne, støtte til den enhed, der driver kaldecentralen, samt støtte ved kortstyringen og ved andre tjenesteydelser, der er nødvendige for driften af det nævnte system.
- 16 Den 22. februar 2000 besluttede Hauptverband at opfordre fem af de seks konsortier, der havde deltaget i prækvalifikationsfasen, til at afgive bud og at udelukke den sjette ansøger. Punkt 1.8 i udbudsmaterialet af 15. marts 2000, der gentog ordlyden af punkt 1.9 i udbudsbekendtgørelsen af 21. september 1999, bestemte:
- »Underentreprise af dele af kontrakten er tilladt indtil 30% af arbejderne og kun for så vidt den bydende eller sammenslutningen af bydende beholder de karaktergivende dele af ydelsen, nemlig styring af projektet, udformning af systemet, udvikling, opbygning, levering og drift af projektspecifikke centrale komponenter i det samlede system, udvikling, levering og styring af kortenes livscyklus samt udvikling og levering af terminaler.«
- 17 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at denne klausul, der fremhæver kortleverandørens personlige ansvar, blev indsat med henblik på at sikre en korrekt opfyldelse af kontrakten på det tekniske plan.

- 18 Tre af de fire sammenslutninger af bydende, der har afgivet bud, dvs. Siemens, ARGE Telekom og Debis Systemhaus Österreich GmbH (herefter »Debis«), havde kortleverandøren Austria Card, Plastikkard und Ausweissysteme GmbH (herefter »Austria Card«), der skulle forestå leveringen af kortene, som medlem. Den tredje sammenslutning, som Austria Card ikke var medlem af, var Bietergemeinschaft EDS/ORGA (herefter »EDS/ORGA«), der bestod af virksomhederne Electronic Data Systems (EDS Austria) GmbH, Electronic Data Systems (EDS Deutschland), GmbH og ORGA Kartensysteme GmbH.
- 19 Ved skrivelse af 18. december 2000 meddelte Hauptverband de tre førstnævnte sammenslutninger af bydende, at den som ordregiver havde til hensigt at tildele EDS/ORGA kontrakten.
- 20 Efter forgæves at have forsøgt at indlede en mæglingsprocedure ved Bundesvergabebeholdungskommission (østrigsk forbundsmyndighed for kontrol med udbud) klagede de tre udelukkede sammenslutninger til Bundesvergabeamt og nedlagde en principal påstand om, at Hauptverbands beslutning om at tildele kontrakten til EDS/ORGA skulle annulleres, subsidiært, at udbuddet skulle tilbagekaldes.
- 21 Ved afgørelse af 19. marts 2001 afviste Bundesvergabeamt begge påstande i den indbragte klagesag på grund af manglende søgsmålskompetence og manglende retlig interesse, da Hauptverband under alle omstændigheder skulle have udelukket klagerens bud i henhold til BVergG's § 52, stk. 1, idet Austria Cards deltagelse i de tre berørte sammenslutninger af bydende kunne fordreje den frie konkurrence som følge af den udveksling af informationer og forhandlinger om buddenes vilkår, som denne tredobbelte deltagelse muliggjorde.

- 22 Det fremgår af sagen, at Verfassungsgerichtshof (Østrig) ved dom af 12. juni 2001 annullerede denne afgørelse fra Bundesvergabeamt med den begrundelse, at de tre berørte sammenslutningers forfatningsbestemte ret til at få sagen behandlet for en domstol var blevet skadet som følge af, at Bundesvergabeamt havde undladt at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse, inden den traf sin afgørelse.
- 23 Den 28. og 29. marts 2001 indbragte Debis og ARGE Telekom en anden serie af klager til Bundesvergabeamt, hvori de bl.a. nedlagde påstand om annullation af Hauptverbands beslutning, der afviste at tilbagekalde udbuddet, og en påstand i form af en begæring om foreløbige forholdsregler samt en påstand om anordning af et forbud mod at tildele kontrakten inden for en frist på to måneder at regne fra klagens indgivelse for så vidt angår den af Debis indbragte klage, eller indtil Bundesvergabeamt havde truffet afgørelse i hovedsagen for så vidt angår den af ARGE Telekom indbragte klage.
- 24 Ved afgørelse af 5. april 2001 tog Bundesvergabeamt stilling til begæringen om foreløbige forholdsregler og forbød Hauptverband at tildele kontrakten indtil den 20. april 2001.
- 25 Ved afgørelse af 20. april 2001 imødekom Bundesvergabeamt Debis' og ARGE Telekoms principale påstande og annullerede i henhold til BVergG's § 113, stk. 2, nr. 2, Hauptverbands beslutning om ikke at tilbagekalde udbuddet. Som begrundelse anførte Bundesvergabeamt i det væsentlige, at udbuddet indeholdt et ulovligt udvælgelseskriterium, for så vidt som det i udbudsmaterialets punkt 1.8 indeholdte forbud mod underentreprise tilsidesatte den ret, som den bydende i henhold til Domstolens fortolkning (jf. bl.a. dom af 2.12.1999, sag C-176/98, Holst Italia, Sml. I, s. 8607) kan udlede af fællesskabsretten, og hvorefter denne også kan henvise til en underentreprenør med henblik på at godtgøre sin kapacitet til at opfylde den omhandlede kontrakt. Såfremt udbuddet ikke havde nævnt dette vilkår, kunne de udelukkede sammenslutninger have anmodet en underentreprenør om at levere kortene.

- 26 På trods af denne afgørelse besluttede Hauptverband den 23. april 2001 at tildele EDS/ORGA kontrakten. Da Hauptverband fandt dels, at virkningerne af den foreløbige forholdsregel, som Bundesvergabeamt anordnede den 5. april 2001, var udløbet den 20. april 2001 og ikke var blevet forlænget, dels at Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001 kun indeholdt en vanskeligt forståelig angivelse vedrørende »annullation af en manglende tilbagekaldelse«, antog Hauptverband, at der ikke var blevet truffet en retligt bindende afgørelse om, at dens beslutning om at tildele kontrakten til den sammenslutning af bydende, der havde afgivet det laveste bud, ikke skulle have været gyldig eller skulle have været annulleret.
- 27 Endvidere besluttede Hauptverband at anlægge sag ved Verfassungsgerichtshof med påstand om annullation af Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001. Det fremgår af hovedsagens akter og de indlæg, der er fremlagt for Domstolen, at Verfassungsgerichtshof først ved kendelse af 22. maj 2001 afviste Hauptverbands begæring om, at der skulle ske udsættelse af Bundesvergabeamts afgørelse. Afvisningen blev begrundet med, at den omtvistede kontrakt allerede var blevet tildelt. Senere annullerede Verfassungsgerichtshof ved dom af 2. marts 2002 den nævnte afgørelse med den begrundelse, at det var logisk umuligt at annullere en afgørelse, der går ud på, at der ikke skal handles, og at de af Debis og ARGE Telekom indbragte klager med påstand herom skulle have været afvist.
- 28 Den 30. april 2001 indbragte Siemens på ny en klage for Bundesvergabeamt med påstand om annullation af flere beslutninger truffet af Hauptverband efter myndighedens beslutning om at tildele EDS/ORGA kontrakten, idet det i det væsentlige blev gjort gældende, at klageorganets annullation af den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at tilbagekalde udbudsproceduren gjorde Hauptverbands beslutning om at tildele kontrakten ulovlig, idet denne blev truffet i en anden udbudsprocedure, der ikke havde været genstand for de krævede offentliggørelser.
- 29 Den 17. maj 2001 indbragte ARGE Telekom også klager med påstand om annullation af 11 beslutninger, der var blevet truffet af Hauptverband efter beslutningen om ikke at tilbagekalde det omtvistede udbud, hvilket skete på trods af Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001.

30 Da Bundesvergabeamt er af den opfattelse, at løsningen af denne tredje serie af sager nødvendiggør en fortolkning af flere bestemmelser i direktiv 89/665, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal bestemmelserne i direktiv 89/665 [...] navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), eventuelt sammenholdt med artikel 2, stk. 7, fortolkes således, at hvis en national klageinstans som omhandlet i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665 [...] træffer afgørelse om at annullere den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at tilbagekalde udbudsproceduren, er retsvirkningen heraf, at den pågældende udbudsprocedure — når den nationale retsorden ikke giver hjemmel til effektivt og tvangsmæssigt at gennemføre klageinstansens afgørelse over for den ordregivende myndighed — uden videre ophører ved den nationale klageinstans' afgørelse, uden at den ordregivende myndighed selv skal foretage nogen yderligere handling?«
- 2) Når en bestemmelse i et udbud, som ved at forbyde underentreprise med hensyn til væsentlige dele af ydelsen i strid med Domstolens praksis [navnlig Holst Italia-dommen] forhindrer den bydende i ved hjælp af kontrakten med underentreprenøren som bevismiddel at godtgøre, at han faktisk råder over tredjemands midler, og således fratager ham retten til at bevise sin formåen under henvisning til tredjemands midler og til at godtgøre, at han faktisk råder over tredjemands midler, fremgår det da af bestemmelserne i direktiv 89/665 [...] navnlig artikel 2, stk. 7, eventuelt sammenholdt med bestemmelserne i direktiv 92/50 [...] navnlig artikel 25 og artikel 32, stk. 2, litra c), eller af nogen anden bestemmelse i fællesskabsretten — navnlig under hensyn til, at fællesskabsretten skal fortolkes efter princippet om den effektive virkning — at denne bestemmelse er åbenbart i strid med fællesskabsretten, således at en kontrakt, der er indgået på grundlag af et sådant udbud, må anses for ugyldig, navnlig når den nationale retsorden allerede indeholder bestemmelser om, at retsstridige aftaler er ugyldige?

- 3) Fremgår det af bestemmelserne i direktiv 89/665 [...] navnlig artikel 2, stk. 7, eller af nogen anden bestemmelse i fællesskabsretten — navnlig under hensyn til, at fællesskabsretten skal fortolkes efter princippet om den effektive virkning — at en kontrakt, som er indgået i strid med indholdet af en afgørelse, en national klageinstans som omhandlet i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665 [...] har truffet om at annullere den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at tilbagekalde udbudsproceduren, er ugyldig, navnlig hvis den nationale retsorden allerede indeholder bestemmelser, hvorefter aftaler, der strider mod lov og ærbarhed, er ugyldige, men den nationale retsorden ikke giver hjemmel til en effektiv og tvangsmæssig gennemførelse af klageinstansens afgørelse over for den ordregivende myndighed?
- 4) a) Skal bestemmelserne i direktiv 89/665 [...] navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), eventuelt sammenholdt med artikel 2, stk. 7, fortolkes således, at såfremt den nationale retsorden ikke i øvrigt giver hjemmel til effektivt og tvangsmæssigt at gennemføre klageinstansens afgørelse over for den ordregivende myndighed, har klageinstansen kompetence til ved umiddelbar anvendelse af artikel 2, stk. 1, litra b), sammenholdt med artikel 2, stk. 7, at udstede et påbud, der kan tvangsfuldbyrdes, til den ordregivende myndighed om at foranledige den ulovlige beslutning annulleret, skønt den nationale retsorden i forbindelse med behandlingen af klager fra de bydende efter artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 [...] kun giver klageinstansen kompetence til at træffe afgørelser, der ikke kan tvangsfuldbyrdes, om annullation af ordregiverens beslutninger?
- b) Såfremt spørgsmål 4a besvares bekræftende: Har klageinstansen i et sådant tilfælde i henhold til artikel 2, stk. 7, i direktiv 89/665 [...], eventuelt sammenholdt med andre bestemmelser i fællesskabsretten, kompetence til som tvangsmiddel selv at true ordregivende myndigheder med de efter et retligt skøn passende bøder, som er nødvendige til gennemtvangelsen af påbuddene, og at idømme sådanne bøder samt til at true medlemmer af de ledende organer i ordregivende myndigheder med bøde og hæfte og idømme sådanne straffe, når de ordregivende myndigheder eller medlemmer af den ordregivende myndigheds ledende organer ikke efterkommer klageinstansens påbud?«

Formaliteten med hensyn til den præjudicielle forelæggelse

- 31 Det fremgår af samtlige de spørgsmål, der er stillet af den forelæggende ret, at den er i tvivl om, hvorvidt de procedureregler, der er indeholdt i den østrigske lovgivning om offentlige kontrakter, er forenelige med direktiv 89/665, for så vidt som procedurereglerne ikke er tilstrækkelige til at sikre en effektiv fuldbyrdelse af de afgørelser, der træffes af det kompetente klageorgan, eftersom den i hovedsagen omtvistede kontrakt, på trods af Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001, der annullerede Hauptverbands beslutning om ikke at tilbagekalde udbuddet, ikke desto mindre er blevet tildelt EDS/ORGA.
- 32 Det er ubestridt, at Verfassungsgerichtshof ved dom af 2. marts 2002 annullerede Bundesvergabeamts afgørelse af 20. april 2001.
- 33 I denne forbindelse bemærkes, at ifølge fast praksis er den i artikel 234 EF foreskrevne procedure et instrument i samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter (jf. bl.a. dom af 16.7.1992, sag C-343/90, Lourenço Dias, Sml. I, s. 4673, præmis 14, og af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).
- 34 Inden for rammerne af dette samarbejde er det ganske vist den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt — som alene har direkte kendskab til de faktiske omstændigheder i hovedsagen — og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, der er bedst i stand til på grundlag af de særlige omstændigheder i sagen at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen (jf. bl.a. Lourenço Dias-dommen, præmis 15, og dom af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 18, samt Schmidberger-dommen, præmis 31).

35 Det forholder sig dog således, at Domstolen med henblik på at efterprøve sin egen kompetence er beføjet til om fornødent at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt sagen, og bl.a. at afgøre, om den ønskede fortolkning af fællesskabsretten står i forbindelse med hovedsagens realitet og genstand, således at Domstolen ikke foranlediges til at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål. Såfremt det viser sig, at det forelagte spørgsmål klart ikke er relevant for tvistens afgørelse, må Domstolen fastslå, at den ikke kan træffe afgørelse (jf. dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 21, Lourenço Dias-dommen, præmis 20, Canal Satélite Digital-dommen, præmis 19, og dom af 30.9.2003, sag C-167/01, Inspire Art, Sml. I, s. 10155, præmis 44 og 45).

36 I lyset af det ovenfor anførte skal det undersøges, om de spørgsmål, der er stillet af den forelæggende ret, fortsat er relevante for løsningen af tvisterne i hovedsagen, selv om Verfassungsgerichtshof har annulleret Bundesvergabebeamts afgørelse af 20. april 2001.

37 Det fremgår i denne forbindelse af forelæggelseskendelsen, at det er den omstændighed, at denne beslutning af 20. april 2001 ikke kunne tvangsfuldbyrdes i henhold til østrigsk ret, der i det væsentlige har begrundet nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse, hvorfor disse spørgsmål siden den nævnte afgørelses annullation, som Verfassungsgerichtshof i øvrigt har understreget i sin dom af 2. marts 2002, er blevet rent hypotetiske.

38 Det må imidlertid erkendes, at det ikke kan udelukkes, at en besvarelse af det andet spørgsmål, der forbigående vedrører rækkevidden af Holst Italia-dommen, fortsat har interesse for løsningen af tvisterne i hovedsagen, navnlig for det

tilfælde, hvor tvistighederne, efter at Bundesvergabeamt i henhold til BvergG's § 113, stk. 3, har fastslået, at udbudsproceduren er ulovlig, måtte blive fortsat ved de civile domstole, der ifølge østrigsk ret er kompetente til at træffe afgørelse i en sag om erstatning efter tildelingen af en kontrakt.

- 39 Henset til det ovenfor anførte skal det første, tredje og fjerde spørgsmål ikke besvares og Domstolens besvarelse begrænses til det andet spørgsmål.

Det andet spørgsmål

- 40 Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 2, stk. 7, i direktiv 89/665, sammenholdt med artikel 25 og artikel 32, stk. 2, litra c), i direktiv 92/50, skal fortolkes således, at en kontrakt, der er indgået efter en procedure for tildeling af en offentlige indkøbs- og tjenesteydelseskontrakt, hvis lovlighed berøres derved, at en bestemmelse i udbudsmaterialet er uforenelig med fællesskabsretten, skal anses for ulovlig, når national ret fastsætter, at kontrakter, der strider mod loven, er ugyldige.

- 41 Dette spørgsmål hviler på den forudsætning, at en bestemmelse i udbudsmaterialet, der forbyder brug af underentreprise for vigtige dele af en kontrakt, er i strid med direktiv 92/50 som fortolket af Domstolen i Holst Italia-dommen.

- 42 Det bemærkes i denne forbindelse, at direktiv 92/50, der har til formål at fjerne hindringerne for den frie bevægelighed for tjenesteydelser i forbindelse med indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter, udtrykkeligt i artikel 25 giver mulighed for, at den bydende giver en del af en kontrakt i underentreprise til tredjemand, idet denne bestemmelse fastsætter, at den ordregivende myndighed kan anmode denne bydende om i budet at angive, hvilke dele af denne kontrakt han har til hensigt at give i underentreprise. Med hensyn til de kvalitative udvælgelseskriterier fastsætter nævnte direktivs artikel 32, stk. 2, litra c) og h), i øvrigt udtrykkeligt en mulighed for, at tjenesteyderens tekniske formåen kan godtgøres ved oplysning om de involverede teknikere eller tekniske organer, uanset om de hører til denne tjenesteyders virksomhed, hvilken virksomhed denne råder over ved udførelsen af tjenesteydelsen, eller også ved oplysning om, hvor stor en del af kontrakten, tjenesteyderen eventuelt har til hensigt at give i underentreprise.
- 43 Således som Domstolen fastslog i Holst Italia-dommens præmis 26 og 27, fremgår det af disse bestemmelses formål og ordlyd, at ingen kan udelukkes fra at deltage i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt alene med den begrundelse, at han ved aftalens opfyldelse agter at benytte ressourcer, som han ikke selv er i besiddelse af, men som tilhører en eller flere andre juridiske personer. Dette indebærer, at en tjenesteyder, der ikke selv opfylder mindstekravene for deltagelse i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt, således over for den ordregivende myndighed kan henvise til kvalifikationer hos tredjemand, som agtes benyttet, såfremt kontrakten tildeles ham.
- 44 Ifølge Domstolen tilkommer det den tjenesteyder, der med henblik på at få adgang til at deltage i en udbudsprocedure ønsker at henvise til kapaciteten i sammenslutninger eller virksomheder, som han indirekte eller direkte er knyttet til, at godtgøre, at han reelt disponerer over disse sammenslutningers eller virksomheders ressourcer, som han ikke selv ejer, og som er fornødne for aftalens opfyldelse (Holst Italia-dommen, præmis 29).

- 45 Direktiv 92/50 er ikke, således som Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber med rette har bemærket, til hinder for et forbud eller en begrænsning i brugen af underentreprise for opfyldelse af de afgørende dele af en kontrakt, når den ordregivende myndighed netop ikke har været i stand til at efterprøve underentreprenørernes tekniske og økonomiske formåen i forbindelse med vurderingen af buddene og udvælgelsen af det bedste bud.
- 46 Det følger af det ovenfor anførte, at den forudsætning, som det andet spørgsmål er baseret på, kun ville være korrekt, hvis det blev godtgjort, at udbudsmaterialets punkt 1.8 i løbet af den fase, hvor buddene vurderes, og der sker udvælgelse af den bydende, der skal tildeles kontrakten, forbyder, at den valgte medkontrahent giver væsentlige dele af kontrakten i underentreprise. En person, der gør tredjemands tekniske og økonomiske formåen gældende, som denne har til hensigt at gøre brug af, hvis kontrakten tildeles denne person, kan således kun udelukkes, hvis ikke personen kan godtgøre, at han faktisk har rådighed over denne formåen.
- 47 Det fremgår, at udbudsmaterialets punkt 1.8 ikke vedrører vurderings- og udvælgelsesfasen i proceduren for tildeling af kontrakten, men fasen, hvor kontrakten skal opfyldes, og punktet tilsigter netop at undgå, at opfyldelsen af kontraktens vigtige dele overlades til enheder, hvis tekniske og økonomiske formåen den ordregivende myndighed ikke har kunnet efterprøve i forbindelse med udvælgelsen af medkontrahenten. Det tilkommer den nationale ret at efterprøve, om det forholder sig således.
- 48 Såfremt det skulle vise sig, at en klausul i et udbud faktisk er i strid med direktiv 92/50, bl.a. for så vidt som den ulovligt forbyder brug af underentreprise, er det således tilstrækkeligt at bemærke, at i henhold til artikel 1, stk. 1, og artikel 2,

stk. 7, i direktiv 89/665 er medlemsstaterne forpligtede til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger, hvor disse måtte have tilsidesat fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter.

49 Det følger heraf, at den nationale lovgivning for det tilfælde, at en klausul i et udbud er uforenelig med fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter, skal give mulighed for, at denne uforenelighed kan påberåbes inden for rammerne af de i direktiv 89/665 nævnte klageprocedurer.

50 Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at direktiv 89/665, navnlig artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 7, skal fortolkes således, at medlemsstaternes nationale lovgivning for det tilfælde, at en klausul i et udbud er uforenelig med fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter, skal give mulighed for, at denne uforenelighed kan påberåbes inden for rammerne af de i direktiv 89/665 nævnte klageprocedurer.

Sagens omkostninger

51 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 11. juli 2001, for ret:

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, navnlig artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 7, skal fortolkes således, at medlemsstaternes nationale lovgivning for det tilfælde, at en klausul i et udbud er uforenelig med fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter, skal give mulighed for, at denne uforenelighed kan påberåbes inden for rammerne af de i direktiv 89/665 nævnte klageprocedurer.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. marts 2004.

R. Grass

V. Skouris

Justitssekretær

Præsident