

DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

12. februar 2004 *

I sag C-230/02,

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

Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG

mod

Republik Österreich,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), 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-

* Processprog: tysk.

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),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af V. Skouris som fungerende formand for Sjette Afdeling og dommerne C. Gulmann, J.N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissechet og R. Schintgen (refererende dommer),

generaladvokat: L.A. Geelhoed

justitssekretær: ekspeditionssekretær M.-F. Contet,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG ved Rechtsanwalt P. Schmutzner

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner, som befuldmægtiget,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 10. september 2003 er afgivet mundtlige indlæg af Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG ved P. Schmutzger, af den østrigske regering ved M. Winkler, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved J.C. Schieferer, som befuldmægtiget,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 16. oktober 2003,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelse af 14. maj 2002, indgået til Domstolens Justitskontor den 20. juni 2002, har Bundesvergabeamt i medfør af artikel 234 EF forelagt tre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), 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 (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 under en sag mellem Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG (herefter »Grossmann«) og Republik Österreich, repræsenteret ved Forbundsfinansministeriet (herefter »ministeriet«), vedrørende en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt.

Relevante retsfor skrifter

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 Artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 har følgende ordlyd:

»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.«

Nationale bestemmelser

- 5 Direktiv 89/665 er blevet gennemført i østrigsk ret ved Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (østrigsk forbundslov af 1997 om indgåelse af offentlige kontrakter, BGBl. I, 1997/56, herefter »BVergG«). I henhold til BVergG skal der oprettes en Bundes-Vergabekontrollkommission (østrigsk forbundsmyndighed for kontrol med udbud, herefter »B-VKK«), og et Bundesvergabeamt (forbundskontor for udbud).
- 6 BVergG's § 109 fastlægger B-VKK's beføjelser. 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 fastlægger, hvilke beføjelser der 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 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 [...]«

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 budet, samt de øvrige udgifter, der er opstået som følge af deltagelsen i udbudsproceduren«.

10 I medfør af BVergG's § 125, stk. 2, kan et erstatningssøgsmaal, der skal anlægges ved de civile domstole, kun admitteres, såfremt Bundesvergabeamt forud for dette søgsmaal har truffet afgørelse i henhold til § 113, stk. 3. Bundesvergabeamts

afgørelse er bindende for den ret, som skal træffe afgørelse i erstatningssøgsmålet, samt for parterne i sagen for Bundesvergabeamt.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 11 Den 27. januar 1998 iværksatte ministeriet et udbud af en kontrakt vedrørende »charterflyvning for den østrigske regering og dens delegationer med jet- og propeldrevne fly«. Grossmann afgav et bud på denne kontrakt.
- 12 Den 3. april 1998 besluttede ministeriet at annullere det første udbud i overensstemmelse med BverG's § 55, stk. 2, der bestemmer, at »[...] udbud kan tilbagekaldes, når der, efter afvisning af bud i henhold til § 52, kun er et bud tilbage«.
- 13 Den 28. juli 1998 iværksatte ministeriet et nyt udbud af den østrigske regerings og dens delegationers tjensterejser med charterfly. Grossmann indhentede udbudsmaterialet, men afgav ikke bud.
- 14 Ved skrivelse af 8. oktober 1998 oplyste den østrigske regering Grossmann om, at den forventede at tildele kontrakten til Lauda Air Luftfahrt AG (herefter »Lauda Air«). Grossmann modtog denne skrivelse dagen efter. Kontrakten med Lauda Air blev indgået den 29. oktober 1998.

- 15 Ved klageskrift af 19. oktober 1998, der blev indleveret til postbesørgelse den 23. oktober 1998 og modtaget af Bundesvergabeamt den 27. oktober 1998, har Grossmann indgivet klage med påstand om annullation af ordregiverens afgørelse om at tildele Lauda Air kontrakten. Grossmann har til støtte for sin klage i det væsentlige gjort gældende, at udbuddet fra begyndelsen var »tilpasset« en enkelt bydende, nemlig Lauda Air.
- 16 Ved beslutning af 4. januar 1999 afviste Bundesvergabeamt Grossmanns klage med hjemmel i BVergG's § 115, stk. 1, og § 113, stk. 2 og 3, hvilket blev begrundet med, at Grossmann ikke havde godtgjort, at selskabet havde retlig interesse i at få tildelt hele kontrakten, og at Bundesvergabeamt efter tildelingen af kontrakten under alle omstændigheder ikke længere har kompetence til at annullere denne.
- 17 Med hensyn til den manglende interesse fastslog Bundesvergabeamt for det første, at idet Grossmann ikke rådede over større flytyper, var selskabet ikke i stand til at levere samtlige udbudte ydelser, og for det andet, at det havde givet afkald på at afgive bud inden for rammerne af det andet udbud af den omhandlede kontrakt.
- 18 Grossmann anlagde sag ved Verfassungsgerichtshof (Østrig) til prøvelse af denne beslutning. Verfassungsgerichtshof ophævede beslutningen ved dom af 10. december 2001, idet den fandt, at den forfatningssikrede ret til behandling for en domstol var blevet tilsidesat som følge af, at Bundesvergabeamt med urette havde undladt at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt den fortolkning, den havde givet BVergG's § 115, stk. 1, var forenelig med fællesskabsretten.
- 19 Bundesvergabeamt har i sin forelæggelseskendelse forklaret, at bestemmelserne i BVergG's § 109, stk. 1, 6 og 8, har til formål at sikre, at der ikke indgås en

kontrakt under mæglingproceduren. Bundesvergabeamt tilføjer, at såfremt der ikke i løbet af denne procedure opnås en mindelig ordning, kan en erhvervsdrivende fortsat, inden kontrakten indgås, påstå enhver afgørelse fra den ordregivende myndigheds side annulleret, herunder også afgørelsen om tildeling af kontrakten, hvorimod Bundesvergabeamt efter tildelingen kun har kompetence til at fastslå, at den nævnte kontrakt ikke er blevet tildelt den bydende, der afgav det mest fordelagtige bud, som følge af en tilsidesættelse af BVergG eller de med hjemmel heri udstedte bestemmelser.

- 20 Den forelæggende ret har i den forbindelse bemærket, at det ganske vist er korrekt, at Grossmanns klage, hvori der var nedlagt påstand om annullation af beslutningen om at tildele kontrakten til Lauda Air, blev modtaget, inden kontrakten mellem sidstnævnte og den ordregivende myndighed var blevet indgået, men at Bundesvergabeamt, under overholdelse af den frist, der var givet retten, først kunne behandle klagen efter indgåelsen af den nævnte kontrakt. Bundesvergabeamt har også understreget, at klagen først blev afsendt den 23. oktober 1998, selv om den ordregivende myndighed ved skrivelse af 8. oktober 1998, der kom frem til selskabet dagen efter, havde oplyst Grossmann om, at den havde til hensigt at tildele kontrakten til Lauda Air.
- 21 Bundesvergabeamt har således konstateret, at Grossmann lod fjorten dage gå, fra der blev givet selskabet meddelelse om beslutningen om tildeling (den 9.10.1998) til dets indgivelse af klage til Bundesvergabeamt (den 23.10.1998), uden at der blev indgivet anmodning om mægling ved B-VKK (hvilken anmodning ville have fået den i BVergG's § 109, stk. 8, fastsatte frist på fire uger til at løbe, i løbet af hvilken frist den ordregivende myndighed ikke kan tildele kontrakten), eller, i tilfælde af en forgæves mæglingprocedure, uden at der blev fremsat begæring om foreløbige foranstaltninger og nedlagt påstand om annullation af beslutningen om tildeling. Det er således ifølge den forelæggende ret et spørgsmål, om Grossmann har godtgjort en interesse i at klage i henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, når selskabet, der angiveligt ikke var i stand til at levere de omhandlede ydelser som følge af, at der fandtes diskriminerende bestemmelser i udbudsmaterialet som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 1, litra b), ikke afgav bud under proceduren for indgåelse af den omhandlede kontrakt.

- 22 Det er under disse omstændigheder, at Bundesvergabeamt har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 1, stk. 3, i Rådets 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?

For det tilfælde, at dette spørgsmål besvares benægtende:

2) Skal ovennævnte [...] bestemmelse fortolkes således, at en erhvervsdrivende kun har eller har haft interesse i en offentlig kontrakt, der er i udbud, når han — ud over at deltage i udbudsproceduren — udtømmer [...] alle de klagemuligheder, han har i henhold til national ret for at forhindre, at en anden bydende tildeles kontrakten?

3) Skal artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 [...] fortolkes således, at der også må indrømmes en erhvervsdrivende adgang til at anfægte et udbud, som han finder er ulovligt eller er udtryk for en forskelsbehandling, når han ikke er i stand til at udføre alle de udbudte opgaver, og derfor ikke har afgivet et bud i forbindelse med indgåelsen af den pågældende kontrakt?«

Første og tredje spørgsmål

- 23 Under hensyntagen til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, således som de er gengivet af den forelæggende ret, skal det første og tredje spørgsmål, der behandles samlet, forstås således, at det nærmere bestemt ønskes oplyst, om artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at de er til hinder for, at det antages, at en person efter tildelingen af en offentlig kontrakt ikke har adgang til de klageprocedurer, der er fastsat i det nævnte direktiv, når denne person ikke har deltaget i udbuddet med den begrundelse, at han ikke ville have været i stand til at levere samtlige udbudte ydelser som følge af, at der var specifikationer i udbudsmaterialet, som angiveligt var diskriminerende, men alligevel ikke har klaget over de nævnte specifikationer inden tildelingen af kontrakten.
- 24 Men henblik på at afgøre, om en person, der befinder sig i en situation som den, der er beskrevet i de således omformulerede spørgsmål, er klageberettiget som omhandlet i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, skal de to omstændigheder, at personen ikke deltog i udbuddet af den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt, og heller ikke klagede over udbuddet inden tildelingen af denne kontrakt, behandles hver for sig efter hinanden.

Manglende deltagelse i udbuddet

- 25 Det bemærkes i den forbindelse, at medlemsstaterne i henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 er forpligtet til at sikre, at der er adgang til de klageprocedurer, der indfører, »i det mindste« for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået tilsidesættelse af fællesskabsretten om offentlige kontrakter eller af nationale bestemmelser, der gennemfører denne ret.

- 26 Det følger heraf, at medlemsstaterne ikke er forpligtet til at give enhver, som ønsker at opnå tildeling af en offentlig kontrakt, adgang til de nævnte klageprocedurer, men at de har mulighed for at kræve, at den pågældende har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede tilsidesættelse (jf. dom af 19.6.2003, sag C-249/01, Hackermüller, Sml. I, s. 6319, præmis 18).
- 27 På den baggrund bemærkes, at deltagelsen i et udbud af en kontrakt som anført af Kommissionen i dens skriftlige indlæg, i princippet — set i lyset af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 — kan være en gyldig betingelse, der skal opfyldes for at godtgøre, at den pågældende person har interesse i at opnå den omhandlede kontrakt eller risikerer at lide skade som følge af, at beslutningen om at tildele den nævnte kontrakt som hævdet er ulovlig. Hvis der ikke er afgivet et bud, kan en sådan person vanskeligt påvise, at han har interesse i at modsætte sig denne beslutning, eller at han har lidt eller vil kunne lide skade som følge af denne tildeling.
- 28 En virksomhed vil imidlertid, i den situation, hvor den ikke har afgivet et bud som følge af, at der er specifikationer i udbudsmaterialet eller udbudsbetingelserne, som angiveligt er diskriminerende, og som netop har forhindret virksomheden i at kunne levere samtlige udbudte ydelser, være berettiget til at klage direkte over de nævnte specifikationer, hvilket endog kan ske inden afslutningen af udbuddet af den pågældende offentlige kontrakt.
- 29 Det vil således for det første være urimeligt at kræve, at en virksomhed, der hævder at have lidt skade som følge af diskriminerende bestemmelser i udbudsmaterialet, skal afgive bud inden for rammerne af det omhandlede udbud, inden den kan anvende klageprocedurerne i direktiv 89/665 over for sådanne specifikationer, selv om virksomheden, som følge af de nævnte specifikationer, ikke har nogen chance for at få tildelt denne kontrakt.

- 30 For det andet følger det klart af ordlyden af artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, at de klageprocedurer, det påhviler medlemsstaterne at indføre i overensstemmelse med direktivet, bl.a. skal gøre det muligt at »annullere [...] ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer [...]«. Det skal således være muligt for en virksomhed at klage direkte over sådanne diskriminerende specifikationer uden at afvente udbuddets afslutning.

Manglende klage over udbuddet

- 31 Grossmann har i den foreliggende sag kritiseret den ordregivende myndighed for i relation til en kontrakt, der vedrører charterflyvninger, at have opstillet krav, som kun et luftfartsselskab, der udbyder ruteflyvninger, reelt er i stand til at opfylde, hvilket har været ensbetydende med, at antallet af ansøgere, der kunne levere samtlige de udbudte ydelser, blev begrænset.
- 32 Det fremgår imidlertid af sagens akter, at Grossmann ikke klagede direkte over den beslutning, hvorved den ordregivende myndighed fastsatte udbudsbetingelserne, men afventede meddelelsen om beslutningen om at tildele kontrakten til Lauda Air, inden der blev indgivet en klage til Bundesvergabeamt med påstand om annullation af denne beslutning.
- 33 I den forbindelse har Bundesvergabeamt i sin forelæggelseskendelse anført, at en erhvervsdrivende i henhold til BVergG's § 115, stk. 1, når han inden for rammerne af et udbud gør gældende, at han har interesse i indgåelsen af en offentlig kontrakt, og at den ulovlighed, han påberåber sig, har forvoldt eller vil kunne forvolde ham skade, kan indgive en klage over den ordregivende myndigheds beslutning.

- 34 Den forelæggende ret ønsker således nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at en person, der ikke blot har undladt at deltage i et udbud af en offentlig kontrakt, men som også har undladt at klage over den ordregivende myndigheds beslutning, der fastsatte udbudsbetingelserne, anses for at have mistet sin interesse i at få tildelt denne kontrakt og dermed retten til at få adgang til de i det nævnte direktiv fastsatte klageprocedurer.
- 35 Dette spørgsmål skal behandles i lyset af formålet med direktiv 89/665.
- 36 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 tilsidesættelserne 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 (jf. bl.a. dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, præmis 33 og 34, af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 74, og af 19.6.2003, sag C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner m.fl., Sml. I, s. 6413, præmis 30).
- 37 Det må fastslås, at det forhold, at en person ikke klager over en beslutning, hvorved den ordregivende myndighed har fastsat udbudsbetingelser, som personen ellers mener er diskriminerende over for ham, for så vidt som de forhindrer ham i at deltage i det omhandlede udbud, men venter med at indgive en klage over udbuddet til den kompetente instans, indtil beslutningen om at tildele

denne kontrakt er blevet meddelt, idet denne klage netop støttes på, at de nævnte betingelser er diskriminerende, ikke er i overensstemmelse med direktiv 89/665's formål om hurtighed og effektivitet.

38 En sådan adfærd kan således, for så vidt som den uden objektiv begrundelse kan forsinke indledningen af klageprocedurerne, som det ved direktiv 89/665 er blevet pålagt medlemsstaterne at gennemføre, skade den effektive anvendelse af fællesskabsdirektiverne på området for tildeling af offentlige kontrakter.

39 Under disse omstændigheder kan afvisningen af at anerkende, at en person, der hverken har deltaget i udbuddet af kontrakten eller klaget over den ordregivende myndigheds beslutning, der fastsætter udbudsbetingelserne, har interesse i at opnå den omhandlede kontrakt og dermed skal gives adgang til klageprocedurerne i direktiv 89/665, ikke skade den effektive virkning af det nævnte direktiv.

40 Under hensyntagen til det ovenfor anførte skal det første og tredje præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at bestemmelserne ikke er til hinder for, at det antages, at en person efter tildelingen af en offentlig kontrakt ikke har adgang til de klageprocedurer, der er fastsat i det nævnte direktiv, når denne person ikke har deltaget i udbuddet med den begrundelse, at han ikke ville have været i stand til at levere samtlige udbudte ydelser som følge af, at der var specifikationer i udbudsmaterialet, som angiveligt var diskriminerende, men alligevel ikke har klaget over de nævnte specifikationer inden tildelingen af kontrakten.

Andet spørgsmål

- 41 Det andet spørgsmål må i lyset af de faktiske omstændigheder i hovedsagen, således som de er gengivet af den forelæggende ret, forstås således, at det nærmere bestemt ønskes oplyst, om artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at en person, der har deltaget i et udbud af en offentlig kontrakt, anses for at have mistet sin interesse i at opnå denne kontrakt som følge af, at han undlod at forelægge sagen for et mæglingsorgan som B-VKK, inden der blev indgivet en klage i henhold til det nævnte direktiv.
- 42 Det er i den forbindelse tilstrækkeligt at henvise til, at Domstolen i præmis 31 og 34 i Fritsch, Chiari & Partner m.fl.-dommen fastslog, at selv om artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 udtrykkeligt giver medlemsstaterne hjemmel til at fastsætte de nærmere bestemmelser, hvorefter de skal give alle personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået tilsidesættelse, adgang til de i dette direktiv fastsatte klageprocedurer, giver dette dem imidlertid ikke mulighed for at anlægge en fortolkning af begrebet »interesse i at opnå en offentlig kontrakt«, som kan være til skade for direktivets effektive virkning. Det forhold, at adgangen til de i direktivet fastsatte klageprocedurer betinges af, at sagen først forelægges et mæglingsorgan som B-VKK, er i strid med direktivets formål om hurtighed og effektivitet.
- 43 Det andet spørgsmål skal herefter besvares med, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at en person, der har deltaget i et udbud af en offentlig kontrakt, anses for at have mistet sin interesse i at opnå denne kontrakt som følge af, at han undlod at forelægge sagen for et mæglingsorgan som B-VKK, der er indført ved BvergG, inden der blev indgivet en klage i henhold til det nævnte direktiv.

Sagens omkostninger

- 44 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 14. maj 2002, for ret:

- 1) Artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), 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 tjensteydelsesaftaler, skal fortolkes således, at

bestemmelserne ikke er til hinder for, at det antages, at en person efter tildelingen af en offentlig kontrakt ikke har adgang til de klageprocedurer, der er fastsat i det nævnte direktiv, når denne person ikke har deltaget i udbuddet med den begrundelse, at han ikke ville have været i stand til at levere samtlige udbudte ydelser som følge af, at der var specifikationer i udbudsmaterialet, som angiveligt var diskriminerende, men alligevel ikke har klaget over de nævnte specifikationer inden tildelingen af kontrakten.

- 2) Artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 92/50, skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at en person, der har deltaget i et udbud af en offentlig kontrakt, anses for at have mistet sin interesse i at opnå denne kontrakt som følge af, at han undlod at forelægge sagen for et mæglingsorgan som Bundes-Vergabekontrollkommission (østrigsk forbundsmyndighed for kontrol med udbud), der er indført ved Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (forbundslov af 1997 om indgåelse af offentlige kontrakter), inden der blev indgivet en klage i henhold til det nævnte direktiv.

Skouris

Gulmann

Cunha Rodrigues

Puissochet

Schintgen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. februar 2004.

Justitssekretær

Præsident

R. Grass

V. Skouris