



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

11. september 2014*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige indkøb — direktiv 89/665/EØF — artikel 2d, stk. 4 — fortolkning og gyldighed — klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter — kontrakten betragtes som værende uden virkning — ikke omfattet«

I sag C-19/13,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (Italien) ved afgørelse af 14. december 2012, indgået til Domstolen den 15. januar 2013, i sagen:

Ministero dell'Interno

mod

Fastweb SpA,

procesdeltager:

Telecom Italia SpA,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby og C. Vajda (refererende dommer),

generaladvokat: Y. Bot

justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 20. marts 2014,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Fastweb SpA ved avvocati P. Stella Richter og G. L. Tosato
- Telecom Italia SpA ved avvocati F. Cardarelli, F. Lattanzi og F.S. Cantella
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato G. Fiengo

* Processprog: italiensk.

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den polske regering ved B. Majczyna, M. Szwarc og E. Gromnicka, som befuldmægtigede

— Europa-Parlamentet ved J. Rodrigues og L. Visaggio, som befuldmægtigede

— Rådet for Den Europæiske Union ved P. Mahnič Bruni og A. Vitro, som befuldmægtigede

— Europa-Kommissionen ved L. Pignataro-Nolin og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 10. april 2014, afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen og gyldigheden af artikel 2d, stk. 4, 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 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF (EUT L 335, s. 31, herefter »direktiv 89/665«).
- 2 Denne anmodning er fremsat i forbindelse med en tvist mellem Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (herefter »indenrigsministeriet«) og Fastweb SpA (herefter »Fastweb«) om tildelingen til Telecom Italia SpA (herefter »Telecom Italia«) af en offentlig kontrakt om levering af elektroniske kommunikationstjenesteydelser i forbindelse med et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2007/66

- 3 3., 13., 14., 21., 26. og 36. betragtning til direktiv 2007/66 har følgende ordlyd:

»(3) [...] garantiernes for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, der tilstræbes ved [direktiv 89/665 og 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)], bør styrkes for at sikre, at de positive virkninger af den modernisering og forenkling af reglerne om offentlige kontrakter, der er gennemført ved [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114)] og [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 134, s. 1)], til fulde kan komme hele Fællesskabet til gode. For at nå de resultater, der tilstræbes af fællesskabslovgiver, bør der følgelig foretages en række væsentlige præciseringer i direktiv [89/665] og [92/13]

[...]

- (13) For at modvirke ulovlig indgåelse af direkte tildelte kontrakter, der af Domstolen er blevet betegnet som den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter, som en ordregivende myndighed eller en ordregiver kan begå, bør der indføres sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning. Derfor bør en kontrakt, der bygger på en ulovlig direkte tildeling, i princippet betragtes som værende uden virkning. Retsvirkningen »uden virkning« bør ikke indtræde automatisk, men bør fastslås af eller være resultatet af en afgørelse truffet af en uafhængig klageinstans.
- (14) Retsvirkningen »uden virkning« er den mest effektive måde at genskabe konkurrencen og til at skabe nye forretningsmuligheder for de økonomiske aktører, der ulovligt er blevet frataget deres mulighed for at konkurrere. Direkte tildelte kontrakter bør i dette direktivs forstand omfatte enhver indgåelse af kontrakter uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, jf. direktiv [2004/18]. Dette svarer til procedurer uden forudgående udbud, jf. direktiv [2004/17].

[...]

- (21) Når medlemsstaterne fastlægger regler, der sikrer, at en kontrakt anses for at være uden virkning, skal det have til formål, at kontraktparternes rettigheder og forpligtelser ikke længere bør håndhæves og opfyldes. Følgerne af, at en kontrakt betragtes som værende uden virkning, bør fastlægges i national ret. Det kan således bestemmes i national ret, at f.eks. samtlige kontraktlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft (*ex tunc*), eller at annulleringens omfang omvendt begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt (*ex nunc*). Dette bør ikke føre til, at der ikke findes virkningsfulde sanktioner, hvis forpligtelserne i henhold til en kontrakt allerede er opfyldt fuldt ud eller næsten fuldt ud. I sådanne tilfælde bør medlemsstaterne ligeledes fastsætte alternative sanktioner, der tager hensyn til, i hvilket omfang en kontrakt fortsat gælder i overensstemmelse med national ret. Tilsvarende skal der i national ret fastlægges regler om følgerne med hensyn til tilbagebetaling af allerede betalte beløb samt enhver anden mulig form for tilbagegivelse, herunder tilbagegivelse i penge, hvis tilbagegivelse i naturalier ikke er mulig.

[...]

- (26) For at undgå retsusikkerhed, der kan opstå på grund af retsvirkningen »uden virkning«, bør medlemsstaterne indføre en undtagelse fra retsvirkningen »uden virkning« i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed eller ordregiveren finder, at kontrakter indgået uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* er tilladt i henhold til direktiv [2004/18] og [2004/17] og har anvendt en minimumsstandstill-periode, der giver mulighed for effektive retsmidler. Den frivillige offentliggørelse, der udløser denne standstill-periode, medfører ikke nogen udvidelse af de forpligtelser, der følger af direktiv [2004/18] og [2004/17].

[...]

- (36) I dette direktiv overholdes de grundlæggende rettigheder og de principper, som anerkendes i bl.a. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Dette direktiv har navnlig til formål at sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med chartrets artikel 47, første og andet afsnit.«

Direktiv 89/665

- 4 Fjerde betragtning til det anfægtede direktiv har følgende ordlyd:

»[...] adgang til på fællesskabsplan at konkurrere om offentlige kontrakter kræver en betydelig udvidelse af garantierne for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, og for at der kan opnås en faktisk virkning er det vigtigt, at der findes effektive og hurtige klagemuligheder i tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af de nationale regler, der omsætter denne ret.«

- 5 Artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 lyder:

»Medlemsstaterne træffer for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv [2004/18], 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 artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende indgåelse af kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.«

- 6 Artikel 2 i direktiv 89/665, med overskriften »Krav til klageprocedurerne«, bestemmer følgende i stk. 1:

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

[...]

- 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.«

- 7 Artikel 2, stk. 7, første led, i direktiv 89/665 bestemmer:

»Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser for den kontrakt, som følger efter tildelingen af en ordre, fastlægges i national ret, jf. dog de i artikel 2d-2f omhandlede tilfælde.«

- 8 Artikel 2d, i direktiv 89/665, der har overskriften »Retsvirkningen »uden virkning««, fastsætter:

»1. Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:

- a) hvis den ordregivende myndighed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, selv om dette ikke er tilladt i henhold til direktiv [2004/18]

[...]

2. Følgerne af, at en kontrakt anses for at være uden virkning, fastlægges i national ret.

Det kan fastsættes i national ret, at alle allerede opfyldte kontraktlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft, eller at annulleringens omfang begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt. I sidstnævnte tilfælde beslutter medlemsstaterne at anvende andre sanktioner, jf. artikel 2e, stk. 2.

[...]

4. Medlemsstaterne fastsætter, at denne artikels stk. 1, litra a), ikke finder anvendelse, hvis:

- den ordregivende myndighed finder, at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* er tilladt i henhold til direktiv [2004/18]
- den ordregivende myndighed i *Den Europæiske Unions Tidende* har offentliggjort en bekendtgørelse som beskrevet i dette direktivs artikel 3a, hvoraf det fremgår, at myndigheden agter at indgå kontrakten, og
- kontrakten ikke er indgået inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.

— [...]«

- 9 Ifølge artikel 3a i direktiv 89/665, med overskriften »Indholdet af en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed«, skal den i artikel 2d, stk. 4, andet led, omhandlede bekendtgørelse indeholde ordregiverens navn og kontaktoplysninger, en beskrivelse af genstanden for kontrakten, begrundelsen for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, navn på og kontaktoplysninger for den økonomiske aktør, som er blevet valgt i henhold til beslutningen om kontrakttildeling, og eventuelle andre oplysninger, som ordregiveren måtte finde nyttige.

Direktiv 2004/18

- 10 Artikel 2 i direktiv 2004/18 med overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter« fastsætter følgende:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

- 11 Artikel 31 i direktiv 2004/18 med overskriften »Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse« bestemmer:

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

- 1) For så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelsesktrakter:

[...]

- b) når kontrakten af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør

[...]«

Direktiv 2009/81/EF

- 12 Artikel 28 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/28/EF af 31. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/13/EF og 2004/17/EF (EUT L 216, s. 76) med overskriften »Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse« er affattet således:

»I nedenstående tilfælde kan de ordregivende myndigheder/ordregiverne indgå kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og som krævet i artikel 30, stk. 3, skal de begrunde anvendelsen af denne procedure i bekendtgørelserne om indgåede kontrakter:

- 1) for så vidt angår bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter:

[...]

- e) når kontrakten af tekniske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør.

[...]«

- 13 Direktivets artikel 60, med overskriften »Retsvirkningen «uden virkning« har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed/ordregiveren, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning, i hvert af følgende tilfælde:

- a) hvis den ordregivende myndighed/ordregiveren har tildelt en ordre uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, uden at dette er tilladt i henhold til nærværende direktiv

[...]

4. Medlemsstaterne fastsætter, at stk. 1, litra a), ikke finder anvendelse, hvis

— den ordregivende myndighed/ordregiveren mener, at ordretildeling uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* i henhold til nærværende direktiv er tilladt

— den ordregivende myndighed/ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* som beskrevet i artikel 64, hvormed den bekendtgør, at den vil indgå kontrakten, og

— kontrakten ikke er indgået inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.

— [...]«

Italiensk ret

- 14 Direktiv 2007/66 blev gennemført i italiensk ret ved lovdekret nr. 53 af 20. marts 2010, hvis indhold siden blev indarbejdet i artikel 120-125 i decreto legislativo n° 104, Codice di procedura amministrativa (lovdekret nr. 104, lov om forvaltningsproceduren), af 2. juli 2010 (almindeligt tillæg til GURI nr. 158 af 7.7.2010, herefter »lov om forvaltningsproceduren«).
- 15 Det fremgår af artikel 121 i lov om forvaltningsproceduren, at i tilfælde af alvorlige overtrædelser, såsom et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, skal en kontrakt, der indgås efter en sådan procedure, anses for at være uden virkning, med visse undtagelser og uanset forvaltningsdomstolens skøn.
- 16 Blandt undtagelserne til denne regel fastsætter lovens artikel 121, stk. 5, der gennemfører artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665, at en kontrakt dog bevarer sin virkning, når den ordregivende myndighed ved en begrundet akt inden indledningen af tildelingsproceduren har erklæret, at proceduren med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er tilladt i henhold til lov om forvaltningsproceduren, har offentliggjort en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigthed og ikke har indgået den pågældende kontrakt inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den omhandlede bekendtgørelse er blevet offentliggjort.
- 17 Ifølge artikel 122 i lov om forvaltningsproceduren vedrørende de øvrige tilfælde af overtrædelser fastslår den nationale retsinstans – inden for de grænser, der er fastsat i denne artikel – om kontrakten bør fratages sine virkninger.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 18 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Ministero dell'Interno i 2003 indgik en aftale med Telecom Italia om regulering og udvikling af telekommunikationsydelser.
- 19 Da denne aftale ville udløbe den 31. december 2011, besluttede Ministero dell'Interno at udpege Telecom Italia som leverandør til og teknologisk partner for ministeriet vedrørende regulering og udvikling af disse ydelser.
- 20 Med henblik på tildelingen af kontrakten om elektronisk kommunikation var Ministero dell'Interno af den opfattelse, at der kunne anvendes et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til artikel 28, stk. 1, litra e), i direktiv 2009/81 og artikel 57, stk. 2, litra b), i decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lovdekret nr. 163 – lov om offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter til gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF) af 12. april 2006 (almindeligt supplement til GURI nr. 231 af 2.10.2008, herefter »lovdekret nr. 163/2006«).
- 21 I henhold til denne sidstnævnte bestemmelse kan den ordregivende myndighed indgå en kontrakt ved anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, »når kontrakten af tekniske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør«.
- 22 I det foreliggende tilfælde mente Ministero dell'Interno, at Telecom Italia af tekniske grunde og for at beskytte enkelte enerettigheder var den eneste økonomiske aktør, der ville være i stand til at gennemføre den pågældende kontrakt.

- 23 Efter den 20. december 2011 at have indhentet en positiv udtalelse fra Avvocatura Generale (statsadvokaten) om den påtænkte fremgangsmåde, offentliggjorde Ministero dell'Interno samme dag i *Den Europæiske Unions Tidende* en bekendtgørelse, hvoraf det fremgår, at ministeriet agtede at indgå en kontrakt med Telecom Italia.
- 24 Den 22. december 2011 indbød Ministero dell'Interno Telecom Italia til at deltage i forhandlingen.
- 25 Efter forhandlingen indgik parterne den 31. december 2011 en rammeaftale om »levering af elektroniske kommunikationstjenester til Dipartimento di pubblica sicurezza og Arma dei Carabinieri, og navnlig tjenesteydelser inden for fastnettelefoni, mobiltelefoni og dataoverførsel«.
- 26 Bekendtgørelsen om indgåelse af kontrakten blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 16. februar 2012.
- 27 Fastweb anlagde sag ved Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol i Lazio) med påstand om annullation af tildelingen af kontrakten, og at den skulle betragtes som værende uden virkning med den begrundelse, at betingelserne i artikel 28 i direktiv 2009/81 og artikel 57 i lovdekret nr. 163/2006 om udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse ikke var opfyldt.
- 28 Tribunale amministrativo regionale per il Lazio tog Fastwebs påstand til følge. Den fandt, at begrundelsen for at anvende denne fremgangsmåde, som Ministero dell'Interno havde påberåbt sig, ikke udgjorde tekniske grunde i medfør af artikel 57, stk. 2, litra b), i lovdekret nr. 163/2006, på grundlag af hvilke kontrakten alene kan indgås med en enkelt, bestemt økonomisk aktør, men snarere praktiske hensyn. Idet den annullerede tildelingsafgørelsen, fandt Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, at den kontrakt, som blev indgået den 31. december 2011, ikke kunne betragtes som værende uden virkning i henhold til artikel 121, stk. 5, i lov om forvaltningsproceduren, eftersom betingelserne i denne bestemmelse, som udelukker anvendelsen af dette princip, var opfyldt. I medfør af artikel 122 i denne lov besluttede Tribunale amministrativo regionale per il Lazio imidlertid, at kontrakten var uden virkning fra den 31. december 2013.
- 29 Ministero dell'Interno og Telecom Italia appellerede denne dom til Consiglio di Stato.
- 30 Ved kendelse af 8. januar 2013 stadfæstede Consiglio di Stato annullationen af kontrakttildelingen med henvisning til, at Ministero dell'Interno ikke havde godtgjort, at betingelserne for at benytte proceduren med udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var opfyldt. Consiglio di Stato fandt således, at det af sagens oplysninger fremgik, at det ikke var objektivt umuligt at overlade forskellige økonomiske aktører varetagelsen af kontrakten, men at en sådan løsning var uhensigtsmæssig, navnlig fordi den efter Ministero dell'Internos opfattelse medførte forandringer og omkostninger og krævede en tilpasningsperiode.
- 31 Selv om Consiglio di Stato i denne forbindelse har bemærket, at direktiv 2009/81 indeholder bestemmelser om klageprocedurer, som stort set er identiske med bestemmelserne i direktiv 89/665, fokuserer den imidlertid i sine bemærkninger på direktiv 89/665.
- 32 Da den imidlertid er i tvivl om, hvilke konsekvenser der bør drages af en sådan annullation med hensyn til virkningerne af den omhandlede kontrakt og under hensyntagen til ordlyden af artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665, har Consiglio di Stato besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Domstolen anmodes om at fastslå, om artikel 2d, stk. 4, i direktiv 2007/66 skal fortolkes således, at hvis en ordregivende myndighed inden direkte tildeling af kontrakten til en bestemt økonomisk aktør, der er blevet valgt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, har offentliggjort bekendtgørelsen med henblik på frivillig

gennemsigtighed og ventet mindst ti kalenderdage inden indgåelse af kontrakten, må den nationale retsinstans automatisk – aldrig og under ingen omstændigheder – beslutte, at kontrakten er »uden virkning«, selv om det er lagt til grund, at de bestemmelser, hvorefter kontrakten på bestemte betingelser må tildeles uden afholdelse af en udbudsprocedure, er blevet tilsidesat.

- 2) Er artikel 2d, stk. 4, i direktiv [89/665] – såfremt den fortolkes således, at kontrakten efter national ret (artikel 122 i Codice del processo amministrativo) ikke må betragtes som værende uden virkning, selv om retsinstansen har fastslået, at de bestemmelser, hvorefter kontrakten kan tildeles uden afholdelse af en udbudsprocedure, er blevet tilsidesat – forenelig med principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og konkurrence samt sikrer adgangen til effektive retsmidler som fastlagt i [chartrets] artikel 47 [...]?»

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

- 33 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at denne bestemmelse udelukker, at en offentlig kontrakt, der indgås uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, uden at betingelserne i direktiv 2004/18 for at anvende denne fremgangsmåde er opfyldt, fastslås at være uden virkning, når den ordregivende myndighed i *Den Europæiske Unions Tidende* har offentliggjort en bekendtgørelse med henblik på at sikre forudgående gennemsigtighed og inden indgåelsen af kontrakten har overholdt minimumsstandstill-perioden på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.
- 34 Det bemærkes indledningsvis, at direktiv 89/665, som tilsigter at beskytte de bydende mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, skal styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af de EU-retlige bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør (dom, C-212/02, EU:C:2004:386, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).
- 35 Som det desuden fremgår af tredje og fjerde betragtning til direktiv 2007/66, har det til formål at forbedre de garantier for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, der tilstræbes ved direktiv 89/665, for at sikre effektiviteten af klageprocedurerne, der iværksættes af personer, der har interesse i at opnå en offentlig kontrakt.
- 36 Artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 pålægger medlemsstaterne at iværksætte 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 artikel 2-2f i dette direktiv.
- 37 Med henblik herpå bestemmer artikel 2 i direktiv 89/665 med overskriften »Krav til klageprocedurerne«, i stk. 1, litra b), at medlemsstaterne er forpligtede til at fastsætte, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, har beføjelse til at annullere eller foranledige annulation af de ulovlige beslutninger.
- 38 Artikel 2d, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665 kræver i denne henseende, at den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, fastslår, at en kontrakt betragtes som værende uden virkning, når den ordregivende myndighed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, og dette ikke er tilladt i henhold til direktiv 2004/18.

- 39 EU-lovgiver fastsatte imidlertid i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 en undtagelse til denne regel om at kontrakt betragtes som værende uden virkning. Ifølge denne bestemmelse finder denne regel for det første ikke anvendelse, hvis den ordregivende myndighed vurderer, at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, er tilladt i henhold til direktiv 2004/18, for det andet hvis den ordregivende myndighed i *Den Europæiske Unions Tidende* har offentliggjort en bekendtgørelse, som beskrevet i dette direktivs artikel 3a, hvoraf det fremgår, at myndigheden agter at indgå kontrakten, og for det tredje hvis kontrakten ikke er indgået inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.
- 40 Eftersom artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 udgør en undtagelse til reglen om, at kontrakten skal betragtes som værende uden virkning som omhandlet i artikel 2d, stk. 1, i nævnte direktiv, skal den fortolkes snævert (jf. analogt dom, C-275/08, EU:C:2009:632, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis). Fortolkningen af denne undtagelse skal imidlertid være forenelig med de formål, der forfølges med den. Dette princip om snæver fortolkning betyder således ikke, at de ord, der anvendes til at definere den undtagelse, som er omhandlet i nævnte artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665, skal fortolkes således, at undtagelsen fratages sin virkning (jf. analogt dom, C-86/09, EU:C:2010:334, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).
- 41 Fastweb har gjort gældende, at denne undtagelse i overensstemmelse med formålene med direktiv 89/665 og med reglerne om etableringsfrihed og konkurrence, som tilstræbes ved de EU-retlige udbudsbestemmelser, blot er fakultativ. Fastweb har i denne henseende gjort gældende, at det fremgår af 20.-22. betragtning til direktiv 2007/66, at artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 ikke udelukker anvendelse af strengere sanktioner i henhold til national ret, og dermed den nationale rets mulighed for på grundlag af afvejningen af de berørte offentlige og private interesser at afgøre, om kontrakten skal fastslås at være uden virkning.
- 42 Det bemærkes i denne henseende, at ifølge artikel 2, stk. 7, i direktiv 89/665 fastlægges virkningerne af udøvelsen af de i nævnte artikel 2, stk. 1, omhandlede beføjelser for den kontrakt, som er indgået efter tildelingen af en kontrakt, i henhold til national ret, jf. dog de i direktivets artikel 2d-2f omhandlede tilfælde. Det følger heraf, at for de situationer, der bl.a. er nævnt i dette direktivs artikel 2d, fastsættes de foranstaltninger, der kan træffes med henblik på klageprocedurerne mod de ordregivende myndigheder, alene efter reglerne i dette direktiv. Det bemærkes i denne henseende, at ifølge artikel 2, stk. 7, i direktiv 89/665 er de i dette direktivs artikel 2d-2f omhandlede tilfælde ikke omfattet af den almindelige regel om, at virkningerne af en tilsidesættelse af EU-retten vedrørende offentlige kontrakter fastlægges i national ret. Følgelig kan medlemsstaterne ikke i national ret fastsætte bestemmelser om virkningerne af tilsidesættelser af EU-udbudsretten under omstændigheder som dem, der er omhandlet i artikel 2d, stk. 4, i det nævnte direktiv.
- 43 Selv om det fremgår af 13. og 14. betragtning til direktiv 2007/66, at ulovlig indgåelse af direkte tildelte kontrakter udgør den alvorligste tilsidesættelse af EU-retten vedrørende offentlige kontrakter, hvor der i princippet bør fastsættes sanktionen om, at kontrakten skal betragtes som værende uden virkning, lægger 26. betragtning til direktivet vægt på nødvendigheden af at undgå retsusikkerhed, der kan opstå på grund af en sådan manglende virkning i det særlige tilfælde, der er nævnt i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665.
- 44 Således som generaladvokaten har fremhævet i punkt 57 i forslaget til afgørelse, har EU-lovgiver ved indførelsen af denne undtagelse i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 til reglen om at kontrakten skal anses for at være uden virkning søgt at forene de forskellige berørte parter interesser, nemlig interessen for den skadelidte virksomhed, som skal sikres muligheden for, at klagen behandles før indgåelse af kontrakten, og at den ulovligt indgåede kontrakt annulleres, og interessen for den ordregivende myndighed og for den udvalgte virksomhed, hvilket indebærer, at den retsusikkerhed, der kan opstå på grund af retsvirkningen »uden virkning«, undgås.

- 45 På baggrund af det ovenstående må det fastslås, at det ville være i strid med såvel ordlyden af som formålet med artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 at give de nationale retter mulighed for at fastslå, at kontrakten er uden virkninger, såfremt de tre betingelser i denne bestemmelse er opfyldt.
- 46 Med henblik på at nå de i artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 fastsatte mål, bl.a. tilvejebringelsen af effektive retsmidler mod de ordregivende myndigheders beslutninger, som er i strid med bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter, bør den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, imidlertid udøve en effektiv kontrol ved undersøgelsen af, om betingelserne i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 er opfyldt.
- 47 Betingelsen i den nævnte artikel 2d, stk. 4, første led, vedrører nærmere bestemt den omstændighed, at den ordregivende myndighed finder, at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* er tilladt i henhold til direktiv 2004/18. Endvidere bestemmer kravet i artikel 2d, stk. 4, andet led, i direktiv 89/665, at den ordregivende myndighed i *Den Europæiske Unions Tidende* offentliggør en bekendtgørelse, som beskrevet i dette direktivs artikel 3a, hvoraf det fremgår, at myndigheden agter at indgå kontrakten. I overensstemmelse med denne artikel 3a, litra c), skal bekendtgørelsen indeholde begrundelsen for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.
- 48 I sidstnævnte henseende skal den nævnte begrundelse klart og utvetydigt angive de betragtninger, der ligger til grund for den ordregivende myndigheds vurdering af, at den kunne indgå kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, med henblik på at gøre det muligt for de interesserede parter under fuldt kendskab til sagen at afgøre, om sagen skal indbringes for den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, og for sidstnævnte at udøve en effektiv kontrol.
- 49 Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, anvendte den ordregivende myndighed i hovedsagen et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse med henvisning til artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18. I denne henseende skal det bemærkes, at udbud efter forhandling kun kan benyttes under de udtømmende opregnede omstændigheder, der nævnes i artikel 30 og 31 i direktiv 2004/18, og at proceduren er en undtagelse i forhold til offentlige og begrænsede udbud (dom, C-292/07, EU:C:2009:246, præmis 106 og den deri nævnte retspraksis).
- 50 Den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, er i forbindelse med sin kontrol forpligtet til ved vedtagelsen af beslutningen om at indgå en kontrakt under anvendelse af et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse at undersøge, om den ordregivende myndighed har udvist den fornødne omhu, og om den ordregivende myndighed kunne vurdere, at betingelserne i artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18 faktisk var opfyldt.
- 51 Blandt de forhold, som denne instans med henblik herpå skal tage hensyn til, fremgår de omstændigheder og grunde, som er nævnt i den i artikel 2d, stk. 4, andet led i direktiv 89/665 fastsatte bekendtgørelse, og som førte den ordregivende myndighed til at anvende den i artikel 31 i direktiv 2004/18 fastsatte udbud efter forhandling.
- 52 Hvis den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, konstaterer, at betingelserne i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 ikke er opfyldt, skal den i så fald erklære kontrakten »uden virkning« i overensstemmelse med reglen i artikel 2, stk. 1, litra a). Instansen fastsætter følgerne af, at kontrakten betragtes som værende uden virkning i medfør af artikel 2d, stk. 2, i direktiv 89/665, i overensstemmelse med national ret.
- 53 Hvis instansen til gengæld konstaterer, at disse betingelserne er opfyldt, har den pligt til at opretholde kontraktens virkninger i henhold til artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665.

- 54 Det første spørgsmål skal herefter besvares med, at artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at såfremt en offentlig kontrakt indgås uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, skønt dette ikke var godkendt i henhold til direktiv 2004/18, udelukker denne bestemmelse, at kontrakten betragtes som værende uden virkning, når de betingelser, der er fastsat i den nævnte bestemmelse, er opfyldt, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

Det andet spørgsmål

- 55 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst – såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende – om artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 er forenelig med principperne om ikke-forskelsbehandling og adgangen til effektive retsmidler som fastlagt i chartrets artikel 47.
- 56 Fastweb har i denne forbindelse gjort gældende, at offentliggørelse af en bekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed og overholdelsen af en minimumsstandstill-periode på ti dage mellem denne offentliggørelse og indgåelsen af kontrakten ikke sikrer iagttagelsen af princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse. En sådan offentliggørelse er således ingen garanti for, at potentielle konkurrenter underrettes om, at en bestemt økonomisk aktør tildeles en kontrakt, navnlig hvis offentliggørelsen sker i en periode med nedsat eller afbrudt aktivitet.
- 57 For så vidt angår den grundlæggende ret til en effektiv domstolsbeskyttelse bestemmer chartrets artikel 47, stk. 1, at enhver, hvis rettigheder og friheder som sikret af EU-retten er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne artikel.
- 58 Det følger af fast retspraksis, at det er foreneligt med retten til en effektiv domstolsbeskyttelse, at der af retssikkerhedshensyn fastsættes rimelige præklusive søgsmålsfrister, som både beskytter borgeren og den pågældende myndighed. Sådanne frister må ikke være af en sådan karakter, at de i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der hjemles i Unionens retsorden (jf. i denne retning dom, C-603/10, EU:C:2012:639, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).
- 59 Desuden skal bestemmelserne i direktiv 89/665, som tilsigter at beskytte de bydende mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af de EU-retlige bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør. En sådan beskyttelse er ikke effektiv, såfremt den berørte part ikke kan påberåbe sig disse regler over for den ordregivende myndighed (jf. i denne retning dom, EU:C:2004:386, præmis 20).
- 60 En effektiv domstolsbeskyttelse kræver således, at de berørte parter bliver underrettet om en beslutning om tildeling en vis tid før indgåelsen af kontrakten, således at disse har en reel mulighed for at indgive en klage, herunder bl.a. en begæring om foreløbige forholdsregler frem til tidspunktet for kontraktens indgåelse (jf. i denne retning domme, C-444/06, EU:C:2008:190, præmis 38 og 39, og C-456/08, EU:C:2010:46, præmis 33).
- 61 Artikel 2d, stk. 4, andet led i direktiv 89/665 sikrer gennem offentliggørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* af en bekendtgørelse, hvoraf det fremgår, at myndigheden agter at indgå kontrakten som omhandlet i artikel 3a i direktiv 89/665, gennemsigtigheden i en kontrakts tildeling. Således har nævnte bestemmelse til formål at sikre, at alle potentielt berørte kandidater har mulighed for at få kendskab til den ordregivende myndigheds beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. I overensstemmelse med 2d, stk. 4, tredje led, er den ordregivende myndighed endvidere forpligtet til at overholde en standstill-periode på ti dage. De berørte parter er således i stand til at anfægte tildelingen af en kontrakt, inden kontrakten indgås.

- 62 Det skal desuden understreges, at selv når den i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 fastsatte standstill-periode på mindst ti kalenderdage er udløbet, kan skadelidte økonomiske aktører anlægge en erstatningssag i henhold til artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665.
- 63 Der skal i denne henseende, således som det fremgår af denne doms præmis 44, tages hensyn til den omstændighed, at EU-lovgiver med den i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 fastsatte undtagelse søger at forene de forskellige berørte parter interesser, nemlig den skadelidte virksomhed, ved at give den mulighed for at indgive klagen før indgåelse af kontrakten og opnå annullation af den ulovligt indgåede kontrakt, og den ordregivende myndighed og den udvalgte virksomhed, ved at begrænse den retsusikkerhed, der kan opstå på grund af, at udbuddet betragtes som værende uden virkning.
- 64 På baggrund af det ovenstående må det fastslås, at artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665, for så vidt som den fastsætter opretholdelsen af virkningerne af en kontrakt, ikke er i strid med kravene i henhold til chartrets artikel 47.
- 65 Det samme gør sig gældende med hensyn til princippet om forbud mod forskelsbehandling, der på området for offentlige kontrakter forfølger de samme mål om at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater (jf. bl.a. domme, C-91/08, EU:C:2010:182, præmis 48, og C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 28). Som det allerede er fastslået i denne doms præmis 61, har artikel 2d, stk. 4, andet led, i direktiv 89/665 nemlig til formål at sikre, at alle potentielt berørte kandidater er i stand til at få kendskab til den ordregivende myndigheds beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og dermed anlægge sag til prøvelse af en sådan beslutning med henblik på at efterprøve beslutningens lovlighed.
- 66 Henset til det ovenstående skal det andet spørgsmål besvares med, at gennemgangen af spørgsmålet intet har frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665.

Sagens omkostninger

- 67 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parter udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

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

- 1) **Artikel 2d, stk. 4, 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 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, skal fortolkes således, at såfremt en offentlig kontrakt indgås uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, skønt dette ikke var godkendt i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, udelukker denne bestemmelse, at kontrakten betragtes som værende uden virkning, når de betingelser, der er fastsat i den nævnte bestemmelse, er opfyldt, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.**
- 2) **Gennemgangen af det andet spørgsmål har intet frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 2007/66.**

Underskrifter