

DOMSTOLENS DOM  
17. september 1997 \*

I sag C-54/96,

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

**Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH**

mod

**Bundesbaugesellschaft Berlin mbH,**

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 41 i 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

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, J.L. Murray og L. Sevón samt dommerne C.N. Kakouris, P.J.G. Kapteyn, C. Gulmann, D.A.O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann (refererende dommer), H. Ragnemalm, M. Wathelet og R. Schintgen,

\* Processprog: tysk.

generaladvokat: G. Tesaro  
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH ved advokat Franz Günter Siebeck, München
- den tyske regering ved afdelingschef Ernst Röder og ekspeditionssekretær Bernd Kloke, begge Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtigede
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Hendrik van Lier og Claudia Schmidt, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der er afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 28. januar 1997 af Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH, af den tyske regering og af Kommissionen,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 15. maj 1997,

afsagt følgende

## Dom

- 1 Ved kendelse af 5. februar 1996, indgået til Domstolen den 21. februar 1996, har Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (Forbundsrepublikken Tysklands

- tilsynsmyndighed vedrørende licitationsspørgsmål, herefter »forbundstilsynsmyndigheden«) i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt et spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjensteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).
- 2 Dette spørgsmål er blevet rejst under en tvist mellem Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH (herefter »Dorsch Consult«) og Bundesbaugesellschaft Berlin mbH (herefter »ordregiveren«) om indgåelse af en tjensteydelsesaftale.
  - 3 Ordregiveren offentliggjorde den 28. juni 1995 i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* et udbud vedrørende en aftale om tjensteydelser på arkitektområdet og det bygningstekniske område. Den 25. august 1995 afgav Dorsch Consult bud til ordregiveren. Ordregiveren, der havde modtaget 18 bud, udvalgte syv bud til bedømmelse, herunder Dorsch Consult's bud. Den 30. november 1995 udvalgte man to virksomheder tilligemed en arkitekt, med henblik på dannelse af et konsortium til gennemførelse af de udbudte ydelser. Aftalen blev underskrevet den 12. januar 1996. Den 25. januar 1996 blev Dorsch Consult underrettet om, at dets bud ikke var det økonomisk mest fordelagtige.
  - 4 Dorsch Consult havde allerede den 14. december 1995 — efter at have fået kendskab til, at ordregiveren ikke havde udvalgt firmaet med henblik på aftalens gennemførelse, men før dets bud formelt var blevet forkastet — forelagt sagen for Forbundsministeriet for Landsplanlægning, Anlægsarbejder og Byplanlægning, som er kontrolmyndighed i licitationsspørgsmål, for at få standset udbudsproceduren og for at opnå tilslag fra ordregiveren. Det var firmaets opfattelse, at ordregiveren ved at give en anden virksomhed tilslag havde tilsidesat såvel bestemmelserne i direktiv 92/50 som i § 57a, stk. 1, i Haushaltsgrundsatzgesetz (lov om grundregler for statsbudgettet, herefter »HGrG«). Ved afgørelse af 20. december 1995 erklærede kontrolmyndigheden i licitationsspørgsmål sig for inkompetent med henvisning til, at myndigheden efter HGrG's § 57a og § 57b ikke var beføjet til at udøve kontrol med indgåelse af aftaler, når de vedrører tjensteydelser.

- 5 Under disse omstændigheder forelagde Dorsch Consult den 27. december 1995 en ansøgning for forbundstilsynsmyndigheden med henblik på en afgørelse fra denne. Dorsch Consult gjorde gældende, at kontrolmyndigheden i licitationsspørgsmål med urette havde anset sig for inkompetent. Nærmere anførte Dorsch Consult, at da 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) ikke var blevet gennemført, gjaldt det umiddelbart og skulle anvendes af de instanser, som er kompetente i klagesager.
  
- 6 Forbundstilsynsmyndigheden fastslog, at Forbundsrepublikken Tyskland endnu ikke havde gennemført direktiv 92/50. Selv om der fandtes et cirkulære udstedt den 11. juni 1993 af Forbundsøkonomiministeriet, hvori udtales, at direktivet gjaldt umiddelbart og skulle anvendes af myndighederne, kunne dette ikke anses for en korrekt gennemførelse af direktivet. Ifølge forbundstilsynsmyndigheden har kontrolmyndigheden ikke efter national ret beføjelse til at tage stilling til, om reglerne vedrørende indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler er blevet overholdt. Det er i øvrigt muligt, at bestemmelserne i direktiv 92/50 har direkte virkning. Endelig rejser forbundstilsynsmyndigheden det spørgsmål, om kompetencen for de allerede oprettede kontrolmyndigheder i medfør af artikel 41 i direktiv 92/50 også gælder umiddelbart for indgåelsen af offentlige tjenesteydelsesaftaler.
  
- 7 Forbundstilsynsmyndigheden har derfor udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Skal artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 fortolkes således, at de instanser i medlemsstaterne, som er oprettet i henhold til 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, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF, efter den 30. juni 1993 også kan behandle sager om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaft-

taler, der er omfattet af direktiv 92/50/EØF, hvorunder der klages over, at der foreligger overtrædelser enten af fællesskabsretten på området for udbud af offentlige kontrakter eller af nationale regler til gennemførelse af fællesskabsretten?»

### Relevante retsregler

- 8 Direktiv 92/50 har til formål at regulere indgåelsen af offentlige tjenesteydelsesaftaler og finder anvendelse på aftaler med en værdi over en bestemt grænse. Vedrørende retsbeskyttelsen bestemmer artikel 41 følgende:

»Artikel 1, stk. 1, i ... direktiv 89/665/EØF ... affattes således:

'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.'«

- 9 Ifølge artikel 44, stk. 1, i direktiv 92/50 skulle medlemsstaterne have gennemført direktivet inden den 1. juli 1993.

10 Direktiv 89/665 bestemmer i artikel 2, stk. 8:

»Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af den kompetente myndighed i første instans, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til traktatens artikel 177, og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og til myndigheden i første instans.

Udnævnelsen af medlemmerne af denne uafhængige instans og udløbet af deres embedsperiode er undergivet de samme betingelser, som gælder for dommere, for så vidt angår den myndighed, der er ansvarlig for deres udnævnelse, varigheden af deres embedsperiode og muligheden for deres afsættelse. Formanden for denne uafhængige instans skal mindst have samme juridiske og faglige kvalifikationer som en dommer. Den uafhængige instans træffer sine afgørelser efter en kontradiktorisk procedure, og disse afgørelser har på grundlag af bestemmelser, som fastsættes af hver medlemsstat, retsvirkninger med bindende kraft.«

11 Direktiv 89/665 blev gennemført i tysk ret ved lov af 26. november 1993 (BGBl. I, s. 1928), som supplerede HGrG, idet man herved tilføjede § 57a, § 57b og § 57c.

12 HGrG's § 57a, stk. 1, bestemmer følgende:

»Med henblik på opfyldelsen af de pligter, der følger af direktiver vedtaget af De Europæiske Fællesskaber, regulerer forbundsregeringen med Forbundsrådets godkendelse ved bekendtgørelse indgåelsen af indkøbs-, bygge- og anlægs- samt tjenesteydelseskontrakter såvel som de konkurrencer, der skal føre til tilslag for offentlige tjenesteydelsesaftaler.«

- 13 I HGrG's § 57b, stk. 1, indføres der for fremgangsmåderne ved indgåelse af de indkøbs-, bygge- og anlægs-samt tjenesteydelseskontrakter, der omhandles i § 57a, stk. 1, en kontrol, der foretages af kontrolmyndighederne. Ifølge stk. 2 fastsætter forbundsregeringen ved bekendtgørelse og med godkendelse fra Forbundsrådet bestemmelser for den kompetence, der er tillagt kontrolmyndighederne. Ifølge stk. 3 har kontrolmyndigheden pligt til at indlede en efterprøvelsesprocedure, såfremt der må antages at foreligge en overtrædelse af de regler om indgåelse af aftaler, som skal anvendes i henhold til en bekendtgørelse udstedt med hjemmel i § 57a. Navnlig skal myndigheden indlede den nævnte procedure, når en person, som har, eller som havde interesse i en bestemt kontrakt, gør gældende, at de ovennævnte bestemmelser er tilsidesat.
- 14 Ifølge HGrG's § 57b, stk. 4, efterprøver kontrolmyndigheden, at de regler, der er blevet vedtaget i medfør af § 57a, er overholdt. Myndigheden kan pålægge ordregiveren at ophæve regler eller ulovlige afgørelser eller at vedtage lovlige regler eller afgørelser. Den kan desuden midlertidigt standse fremgangsmåden for indgåelse af kontrakten. Kontrolmyndigheden kan med hjemmel i § 57b, stk. 5, afkræve ordregiveren de nødvendige oplysninger for, at myndigheden kan udføre sin opgave. Stk. 6 bestemmer, at erstatningssag i anledning af, at de gældende regler for indgåelse af kontrakter er overtrådt, skal anlægges ved de almindelige domstole.
- 15 HGrG's § 57c, stk. 1, bestemmer, at såvel forbundet som delstaterne skal oprette en tilsynsmyndighed, der udøver sine funktioner uafhængigt og på eget ansvar, og hvis opgave det er at overvåge fremgangsmåderne for indgåelse af kontrakter på de områder, som vedrører dem. Ifølge § 57c, stk. 2, 3 og 4, arbejder tilsynsmyndigheden i afdelinger sammensat af en formand, en tjenestemandsansat bisidder og en bisidder, der udøver sit hverv som lægmand. De er uafhængige og er kun bundet af loven. Formanden og en af bisidderne skal være tjenestemænd. Med hensyn til ophævelse eller tilbagekaldelse af deres udnævnelse samt hvad angår reglerne om deres uafhængighed og afsættelse anvendes forskellige bestemmelser i Richtergesetz (lov om dommeres forhold) analogt. Hvad angår ophævelse eller tilbagekaldelse af udnævnelsen af et lægmedlem anvendes visse bestemmelser i Richtergesetz

også analogt. Et lægmedlems udnævnelse skal ophæves, hvis den pågældende groft tilsidesætter sine pligter. Embedsperioden for lægmedlemmer af tilsynsmyndigheden er fem år.

- 16 Ifølge § 57c, stk. 5, foretager tilsynsmyndigheden en prøvelse af lovligheden af de afgørelser, der træffes af kontrolmyndighederne, hvorimod den ikke efterprøver de faktiske omstændigheder, som disse myndigheder har lagt til grund. Såfremt det fastslås, at en afgørelse er ulovlig, pålægger tilsynsmyndigheden kontrolmyndigheden at træffe en ny afgørelse under hensyn til tilsynsmyndighedens opfattelse. Efter HGrG's § 57c, stk. 6, skal tilsynsmyndigheden have forelagt sagen inden for en frist på fire uger, efter at kontrolmyndigheden har truffet afgørelse, og en sag kan indbringes af enhver, der gør gældende, at der foreligger en overtrædelse af reglerne om indgåelse af kontrakter.
- 17 HGrG's § 57c, stk. 7, indfører en tilsynsmyndighed på forbundsplan. Dennes tjenstemandsansatte medlemmer udnævnes blandt formændene for og bisidderne i de afdelinger i Bundeskartellamt (forbundsmonopolmyndigheden), der har decisionsbeføjelse. Bundeskartellamt's formand fastsætter bestemmelserne om sammensætningen af forbundstilsynsmyndigheden samt om oprettelsen og sammensætningen af afdelingerne. Han udnævner læge bisiddere og deres suppleanter på forslag fra de offentligretlige brancheorganisationer. Efter bemyndigelse fra forbundsregeringen udøver formanden tillige tjenstligt tilsyn. forbundstilsynsmyndigheden vedrørende indgåelse af kontrakter har tillige en forretningsorden.
- 18 I medfør af HGrG's § 57a har forbundsregeringen udstedt en bekendtgørelse om indgåelse af kontrakter. Bekendtgørelsen gælder imidlertid kun for indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, ikke for tjensteydelsesaftaler. Direktiv 92/50 er stadig ikke blevet gennemført af Forbundsrepublikken Tyskland.



- 19 I medfør af HGrG's § 57b og 57c har forbundsregeringen udstedt en bekendtgørelse om fremgangsmåden ved kontrol af offentlige kontrakter (BGBl. 1994 I, s. 324). § 2, stk. 3, i denne bekendtgørelse er sålydende:

»Kontrolmyndighedens afgørelse vedrørende ordregiveren meddeles skriftligt, skal være begrundet og skal straks meddeles ordregiveren. Kontrolmyndigheden tillader uopholdeligt til enhver, der har gjort gældende, at der foreligger en tilside-sættelse af reglerne om indgåelse af kontrakter, afgørelsens tekst, henleder adres-satens opmærksomhed på muligheden for at forelægge sagen for den instans, der har tilsyn med indgåelse af kontrakter, inden for en frist på fire uger og oplyser, hvilken tilsynsinstans sagen skal forelægges for.«

- 20 § 3 bestemmer:

- »1) Sagsbehandlingen ved tilsynsmyndigheden vedrørende indgåelse af kontrakter sker på grundlag af HGrG's § 57c og nærværende bekendtgørelse og ifølge myndighedens forretningsorden.
- 2) Tilsynsmyndigheden vedrørende indgåelse af kontrakter er i medfør af artikel 177 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab pligtig at forelægge De Europæiske Fællesskabers Domstol en sag, når den finder det nød-vendigt, at sidstnævnte træffer en afgørelse vedrørende fortolkningen af trak-taten eller vedrørende gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt på grundlag af traktaten, for at myndigheden kan træffe afgørelse.
- 3) Før den pågældende afdeling træffer afgørelse, skal parterne i sagen høres af kontrolmyndigheden.

- 4) Afdelingen kan ikke udsætte fremgangsmåden for indgåelse af kontrakt eller give andre instrukser vedrørende fremgangsmåden for indgåelse af kontrakt.
  - 5) Afdelingen træffer afgørelse ved absolut flertal. Afgørelsen, der meddeles skriftligt, skal være begrundet og straks tilstilles parterne.«
- 21 Forretningsordenen for forbundstilsynsmyndigheden vedrørende indgåelse af kontrakter indeholder bestemmelser om organisatoriske spørgsmål, om opgavefordelingen samt om sagsbehandlingen, hvori indgår en mundtlig forhandling, hvortil de berørte personer indkaldes, såvel som de krav, som afgørelserne fra forbundstilsynsmyndigheden skal opfylde.

### Formaliteten

- 22 Før der gives en besvarelse af det forelagte spørgsmål, må det undersøges, om forbundstilsynsmyndigheden i den tvist, som har foranlediget nærværende præjudicielle spørgsmål, skal bedømmes som en ret efter betydningen i traktatens artikel 177. Dette spørgsmål må udsøndres fra spørgsmålet om, hvorvidt forbundstilsynsmyndigheden opfylder betingelserne i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665, der ikke er genstand for nærværende sag.
- 23 For at bedømme, om det organ, der forelægger en sag, er en ret efter betydningen i traktatens artikel 177 — et spørgsmål, som alene skal afgøres på grundlag af fællesskabsretten — tager Domstolen en hel række forhold i betragtning, nemlig om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler samt om det er uafhængigt (jf. bl.a. dom af 30.6.1966, sag 61/65, Vaassen-Göbbels, Sml. 1965-1968, s. 227, org. ref.: Rec. s. 377, af 11.6.1987,

sag 14/86, Pretore di Salò, Sml. s. 2545, præmis 7, af 17.10.1989, sag 109/88, Danfoss, Sml. s. 3199, præmis 7 og 8, af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo m.fl., Sml. I, s. 1477, og af 19.10.1995, sag C-111/94, Job Centre, Sml. I, s. 3361, præmis 9).

- 24 Hvad angår spørgsmålet, om organet er oprettet ved lov, har Kommissionen gjort gældende, at HGrG er en rammelov om budgetforhold, der hverken stifter rettigheder eller pligter for borgerne i deres egenskab af retssubjekter. Den bemærker i øvrigt, at forbundstilsynsmyndigheden kun har den funktion at efterprøve afgørelserne fra kontrolmyndighederne. På området for offentlige tjenesteydelsesaftaler findes der imidlertid ikke for nærværende nogen kompetent kontrolmyndighed. Heraf udleder Kommissionen, at forbundstilsynsmyndigheden konkret ikke er oprettet ved lov.
- 25 Herom bemærkes blot, at forbundstilsynsmyndigheden er blevet oprettet ved HGrG's § 57c, stk. 7. Det kan derfor ikke bestrides, at den er oprettet ved lov. I forbindelse med konstateringen af, at oprettelsen er sket ved lov, er det uden betydning, at den nationale lovgivning ikke konkret har tillagt forbundstilsynsmyndigheden beføjelser på området for offentlige tjenesteydelsesaftaler.
- 26 I øvrigt bemærkes, at forbundstilsynsmyndigheden utvivlsomt har varig karakter.
- 27 Kommissionen har tillige bestridt, at forbundstilsynsmyndigheden har karakter af en obligatorisk retsinstans, hvilken betingelse ifølge Kommissionen kan forstås på to måder. Den kan enten betyde, at parterne er pligtige at lade sagen gå til det forelæggende organ for at få løst deres tvist, eller at organets afgørelser skal være bindende. Kommissionen anser den anden fortolkning for den rigtige og bemærker, at den nationale lovgivning ikke fastsætter, at afgørelserne fra forbundstilsynsmyndigheden er eksigible.

- 28 Det må først fastslås, at bestemmelserne i HGrG's § 57c opretter tilsynsmyndigheden som et organ, der alene skal bedømme lovligheden af afgørelserne fra kontrolmyndigheden. For at støtte ret på en angivelig tilsidesættelse af de gældende regler for indgåelse af kontrakter er den klagende part tvunget til at forelægge sagen for tilsynsmyndigheden.
- 29 Det følger dernæst af HGrG's § 57c, stk. 5, at tilsynsmyndigheden, når den fastslår, at kontrolmyndigheden har truffet ulovlige afgørelser, pålægger denne at træffe en ny afgørelse under hensyntagen til afgørelsen fra tilsynsmyndigheden vedrørende retsspørgsmålene. Heraf følger, at afgørelserne fra tilsynsmyndigheden har bindende virkning.
- 30 Kommissionen har herudover gjort gældende, at forbundstilsynsmyndigheden, da den ikke, efter hvad den selv har oplyst, foretager en kontradiktorisk sagsbehandling, ikke kan anses for en ret efter betydningen i traktatens artikel 177.
- 31 Det må påpeges, at kravet om en kontradiktorisk sagsbehandling ikke er et absolut kriterium. Det må desuden fastslås, at parterne i tvisten for kontrolmyndigheden vedrørende indgåelse af kontrakter efter § 3, stk. 3, i bekendtgørelsen om fremgangsmåden for kontrol med indgåelse af offentlige kontrakter skal høres, før den pågældende afdeling træffer afgørelse.
- 32 Ifølge Kommissionen er kriteriet om, at der anvendes retsregler, heller ikke opfyldt, for ifølge HGrG's § 57c og §3, stk. 1, i bekendtgørelsen om fremgangsmåden for kontrol med indgåelse af offentlige kontrakter fastsættes reglerne om sagsbehandlingen ved forbundstilsynsmyndigheden i dennes forretningsorden, der ikke har retsvirkning over for tredjemand og ikke er offentliggjort.

- 33 Det står imidlertid fast, at forbundstilsynsmyndigheden er pligtig at anvende reglerne for indgåelse af kontrakter, således som disse fremgår af EF-direktiverne og af de nationale bekendtgørelser til gennemførelse heraf. Desuden er de almindelige sagsbehandlingskrav, såsom pligten til at høre parterne, at træffe afgørelse ved absolut flertal og begrunde afgørelserne, nævnt i § 3 i bekendtgørelsen om fremgangsmåden for kontrol af offentlige kontrakter, som er offentliggjort i *Bundesgesetzblatt*. Forbundstilsynsmyndigheden anvender følgelig retsregler.
- 34 Endelig er det Dorsch Consult's og Kommissionens opfattelse, at forbundstilsynsmyndigheden ikke er uafhængig. Myndigheden er knyttet til den organisatoriske opbygning af Bundeskartellamt, der på sin side er undergivet økonomiministerens kontrol. Der er intet bestemt om varigheden af embedsperioden hverken for formanden eller for de tjenestemænd, der er bisiddere, og de regler, der skal sikre upartiskhed, angår alene de læge medlemmer.
- 35 Først bemærkes, at tilsynsmyndigheden efter § 57c, stk. 1, i HGrG udfører sit hverv uafhængigt og på eget ansvar. Efter HGrG's § 57c, stk. 2, er afdelingernes medlemmer uafhængige og alene bundet af loven.
- 36 Herefter skal det fremhæves, at efter HGrG's § 57c, stk. 3, finder de væsentligste bestemmelser i den tyske lov om dommeres forhold vedrørende ophævelse eller tilbagekaldelse af deres udnævnelse samt reglerne om deres uafhængighed og afsættelighed analog anvendelse på de medlemmer af afdelingerne, der er tjenestemænd. I al almindelighed finder bestemmelserne i loven om dommeres forhold vedrørende ophævelse af deres udnævnelse samt deres afsættelighed også anvendelse på de læge medlemmer. Disse medlemmers upartiskhed sikres i øvrigt ved HGrG's § 57c, stk. 2, hvorefter de ikke må behandle sager, i hvilke de selv har deltaget i en afgørelse vedrørende tilslag på en kontrakt, eller i hvilke de selv har afgivet bud eller har været repræsentanter for bydere.

- 37 Endvidere bemærkes, at forbundstilsynsmyndigheden på det i sagen omhandlede område udøver en retlig funktion. Den kan således fastslå ulovligheden af afgørelserne fra kontrolmyndigheden og pålægge denne at træffe en ny afgørelse.
- 38 Af det ovenstående følger, at forbundstilsynsmyndigheden inden for det sagsområde, der har givet anledning til nærværende præjudicielle spørgsmål, skal betragtes som en ret efter betydningen i traktatens artikel 177, således at Domstolen kan behandle det præjudicielle spørgsmål.

### De præjudicielle spørgsmål

- 39 Indholdet af den forelæggende rets spørgsmål er reelt, om det følger af artikel 41 i direktiv 92/50, at den manglende gennemførelse af direktivet inden for den fastsatte frist bevirker, at de instanser i medlemsstaterne, der er klagemyndighed i relation til fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, også er beføjet til at behandle klager vedrørende fremgangsmåder for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.
- 40 Først bemærkes, at medlemsstaterne er forpligtet til i den nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister, der vedrører borgernes af fællesskabsretten følgende rettigheder, idet det herved er forudsat, at medlemsstaterne er forpligtet til konkret at sikre, at disse rettigheder effektivt beskyttes. På baggrund heraf tilkommer det ikke Domstolen at medvirke ved afgørelsen af de kompetencespørgsmål, som den nærmere afgrænsning af visse på fællesskabsretten hvilende retspositioner nationalretligt kan give anledning til (dom af 18.1.1996, sag C-446/93, SEIM, Sml. I, s. 73, præmis 32).
- 41 Herefter må det fastslås, at artikel 41 i direktiv 92/50 ganske vist pålægger medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt kan indgives klage vedrørende offentlige tjenesteydelsesaftaler, men bestemmelsen

angiver ikke, hvem de kompetente nationale instanser er, ligesom den ikke angiver, at det skal være de samme instanser som dem, medlemsstaterne har oprettet vedrørende offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter.

- 42 Det står imidlertid fast, for det første, at HGrG's § 57a, § 57b og § 57c tager sigte på at gennemføre direktiv 89/665, og, for det andet, at netop § 57a fremstår som den grundlæggende regel for gennemførelsen af direktiv 92/50, hvilket forbundsregeringen endnu ikke har taget skridt til.
- 43 Under disse omstændigheder må det påpeges, for det første, at den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af EF-traktatens artikel 5 til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Heraf følger, at den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsfor skrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til, i videst muligt omfang, at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 189, stk. 3 (jf. dom af 13.11.1990, sag C-106/89, *Marleasing*, Sml. I, s. 4135, præmis 8, af 16.12.1993, sag C-334/92, *Wagner Miret*, Sml. I, s. 6911, præmis 20, og af 14.7.1994, sag C-91/92, *Faccini Dori*, Sml. I, s. 3325, præmis 26).
- 44 For det andet bemærkes, at spørgsmålet om udpegelse af et organ, der har kompetence til at behandle klager vedrørende offentlige tjenesteydelsesaftaler, har betydning, selv om direktiv 92/50 ikke er gennemført. I tilfælde, hvor en medlemsstat har undladt at træffe de nødvendige gennemførelsesforanstaltninger eller har truffet foranstaltninger, som ikke er i overensstemmelse med et direktiv, har Domstolen nemlig på visse betingelser anerkendt, at borgerne for domstolene kan gøre et direktiv gældende over for en medlemsstat, som ikke har efterkommet direktivet. Selv om denne mindstegaranti ikke kan berettige en medlemsstat til at undlade rettidigt at træffe egnede foranstaltninger med henblik på at gennemføre hvert direktivs mål (jf. navnlig dom af 2.5.1996, sag C-253/95, *Kommissionen mod Tyskland*, Sml. I, s. 2423, præmis 13), kan garantien dog tildele borgerne ret til at påberåbe sig direktiv 92/50's materielle bestemmelser over for en medlemsstat.

- 45 Herudover må der henvises til, at såfremt nationale regler ikke kan fortolkes som værende i overensstemmelse med direktiv 92/50, kan de berørte retssubjekter ifølge de relevante procedurer i national ret rejse krav om erstatning for skade, der er lidt som følge af den manglende gennemførelse af direktivet inden for den fastsatte frist (jf. navnlig dom af 8.10.1996, forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofer m.fl., Sml. I, s. 4845).
- 46 Det præjudicielle spørgsmål må følgelig besvares med, at det ikke følger af artikel 41 i direktiv 92/50, at de instanser, som af medlemsstaterne er oprettet til at behandle klagesager vedrørende fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, ved manglende gennemførelse af dette direktiv inden for den fastsatte frist også kan behandle klager vedrørende fremgangsmåder for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Imidlertid følger det af kravet om, at national ret skal fortolkes i overensstemmelse med direktiv 92/50, og af kravet om en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder, at den nationale domstol skal bedømme, om de relevante regler i national ret giver mulighed for at indrømme borgerne en klageadgang i sager vedrørende indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Under omstændigheder som de i denne sag foreliggende har den nationale domstol navnlig pligt til at bedømme, om den nævnte klageadgang kan udøves for de samme instanser som dem, der er oprettet for sager vedrørende indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter.

### Sagens omkostninger

- 47 De udgifter, der er afholdt af den tyske regering og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 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

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes ved kendelse af 5. februar 1996, for ret:

Det følger ikke af artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, at de instanser, som af medlemsstaterne er oprettet til at behandle klagesager vedrørende fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter samt indkøbskontrakter, ved manglende gennemførelse af dette direktiv inden for den fastsatte frist også kan behandle klager vedrørende fremgangsmåder for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Imidlertid følger det af kravet om, at national ret skal fortolkes i overensstemmelse med direktiv 92/50, og af kravet om en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder, at den nationale domstol skal bedømme, om de relevante regler i national ret giver mulighed for at indrømme borgerne en klageadgang i sager vedrørende indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Under omstændigheder som de i denne sag foreliggende har den nationale domstol navnlig pligt til at bedømme, om den nævnte klageadgang kan udøves for de samme instanser som dem, der er oprettet for sager vedrørende indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter.

Rodríguez Iglesias

Mancini

Moitinho de Almeida

Murray

Sevón

Kakouris

Kapteyn

Gulmann

Edward

Puissochet

Hirsch

Jann

Ragnemalm

Wathelet

Schintgen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. september 1997.

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær

Præsident