

Sag C-274/21

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

28. april 2021

Forelæggende ret:

Bundesverwaltungsgericht (Østrig)

Afgørelse af:

22. april 2021

Klager:

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

Indklagede:

Republik Österreich

Bundesbeschaffung GmbH

Hovedsagens genstand

Procedure med henblik på iværksættelse af foreløbige forholdsregler i forbindelse med en klage over en eller flere beslutninger i en udbudsprocedure

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

Fortolkning af direktiv 89/665/EØF og forordning (EU) nr. 1215/2012; spørgsmål om, hvorvidt nationale retsfor skrifter vedrørende retsafgifter i sager om retsbeskyttelse i forbindelse med en sag ved Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Østrig, BvwG) om foreløbige forholdsregler og konsekvenserne af ikke at betale disse afgifter er i overensstemmelse med EU-retten; artikel 267 TEUF

Præjudicielle spørgsmål

1. Er en procedure med henblik på foreløbige forholdsregler, som er hjemlet i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU, og som på nationalt plan i Østrig også er hjemlet ved Bundesverwaltungsgericht [forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager], hvori der f.eks. også kan opnås et midlertidigt forbud mod indgåelse af rammeaftaler eller indgåelse af leveringskontrakter, en tvist på det civil- og handelsretlige område i henhold til artikel 1, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (Bruxelles Ia-forordningen)? Er en sådan procedure med henblik på foreløbige forholdsregler, jf. til det foregående spørgsmål, i det mindste et civilretligt spørgsmål i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF)? Er proceduren med henblik på foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU en procedure med henblik på et foreløbigt retsmiddel som omhandlet i artikel 35 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (Bruxelles Ia-forordningen)?

2. Skal ækvivalensprincippet, henset til de øvrige EU-retlige bestemmelser, fortolkes således, at det tillægger borgerne subjektive rettigheder over for medlemsstaten og er til hinder for anvendelsen af nationale østrigske forskrifter, hvorefter retten, inden den behandler en begæring om foreløbige forholdsregler, som fastsat i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU, skal undersøge, hvilken form for udbudsprocedure, der er tale om, den (skønnede) værdi af kontrakten samt summen af de beslutninger, der kan anfægtes særskilt, og som er blevet anfægtet i relation til bestemte udbudsprocedurer, henholdsvis eventuelt også delkontrakterne i relation til en bestemt udbudsprocedure, for at retsformanden for den kompetente afdeling ved retten dernæst eventuelt kan udstede et pålæg om korrektion med henblik på efteropkrævning af retsafgifter, og den retsafdeling, der har kompetence til at behandle klagen, i tilfælde af, at afgifterne ikke betales før eller senest samtidig med en afvisning af begæringen om foreløbige forholdsregler på grund af manglende efterbetaling, skal fastsætte retsafgifterne, idet kravet i modsat fald fortabes, når en manglende betaling af retsafgifter i (øvrige) civile sager i Østrig, som f.eks. erstatningssager eller sager om forbud på grund af krænkelse af konkurrenceregler, ikke er til hinder for behandling af en begæring om foreløbige forholdsregler, der indgives i tilknytning hertil, uanset spørgsmålet om, hvorvidt der i et eller andet omfang udestår retsafgifter vedrørende retsbeskyttelsen, og en manglende betaling af faste retsafgifter heller ikke principielt er til hinder for behandling af en begæring om foreløbige forholdsregler, der er indgivet ved civile domstole, udskilt fra et søgsmål; og når det endvidere ved en sammenligning forholder sig således i Østrig, at manglende betaling af retsafgifter vedrørende klager over administrative afgørelser eller af retsafgifter vedrørende retsmidler til prøvelse af afgørelser truffet af forvaltningsdomstolene, der iværksættes ved

Verfassungsgerichtshof [forfatningsdomstol] eller Verwaltungsgerichtshof [forvaltningsdomstol], ikke fører til afvisning af retsmidlet på grund af manglende afgiftsbetaling og f.eks. heller ikke fører til, at begæringer om indrømmelse af opsættende virkning i forbindelse med sådanne appel- og revisionsankesager kun kan afvises fra realitetsbehandling?

2.1. Skal ækvivalensprincippet, henset til de øvrige EU-retlige bestemmelser, fortolkes således, at det er til hinder for anvendelsen af nationale østrigske forskrifter, hvorefter retsformanden som enedommer skal udstede et pålæg om korrektion af retsafgiften, fordi der ikke er betalt tilstrækkelige retsafgifter, inden en begæring om foreløbige forholdsregler, som fastsat i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU, behandles, og denne enedommer skal afvise begæringen om foreløbige forholdsregler på grund af manglende afgiftsbetaling, når der i øvrigt i forbindelse med civile søgsmål i Østrig for så vidt angår en begæring om foreløbige forholdsregler, der er indgivet sammen med et søgsmål, i henhold til Gerichtsgebührengesetz [lov om retsafgifter] principielt ikke skal betales yderligere faste retsafgifter ud over dem i forbindelse med søgsmålet i første instans, og når der heller ikke for så vidt angår begæringer om indrømmelse af opsættende virkning, der indgives sammen med et søgsmål til prøvelse af en afgørelse til en forvaltningsdomstol, sammen med en revisionsanke til Verwaltungsgerichtshof [forvaltningsdomstol] eller sammen med en appel til Verfassungsgerichtshof [forfatningsdomstol], og som funktionelt tager sigte på en identisk eller lignende retsbeskyttelse som en begæring om foreløbige forholdsregler, skal betales særskilte afgifter for disse accessoriske begæringer om indrømmelse af opsættende virkning?

3. Skal kravet i henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), i Rådets direktiv 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 (89/665/EØF) (EFT L 395 af 30.12.1989, s. 33), som ændret ved direktiv 2014/24/EU, om

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,

henset til de øvrige EU-retlige bestemmelser fortolkes således, at dette krav om hastebehandling stifter en subjektiv ret til, at der uden ugrundet ophold træffes afgørelse om en begæring om foreløbige forholdsregler, og at dette krav er til hinder for anvendelsen af nationale østrigske forskrifter, hvorefter retten også i tilfælde af uigennemsigtigt gennemførte udbudsprocedurer, inden den behandler en begæring om foreløbige forholdsregler, som har til formål at forhindre, at ordregiveren foretager yderligere indkøb, også selv om det i så henseende ikke har nogen relevans for afgørelsen skal undersøge, hvilken form for udbudsprocedure, der er tale om, den (skønnede) værdi af kontrakten samt summen af de beslutninger, der kan anfægtes særskilt, og som er blevet anfægtet henholdsvis ønskes anfægtet i relation til bestemte udbudsprocedurer, henholdsvis eventuelt også delkontrakterne i relation til en bestemt udbudsprocedure, for at retsformanden for den kompetente afdeling ved retten dernæst eventuelt kan

udstede et pålæg om korrektion med henblik på efteropkrævning af retsafgifter, og den retsafdeling, der har kompetence til at træffe afgørelse om klagen, i tilfælde af, at afgifterne ikke betales før eller senest samtidig med en afvisning af begæringen om foreløbige forholdsregler på grund af manglende efterbetaling af afgift, skal fastsætte retsafgifterne, idet kravet over for klageren i modsat fald fortabes?

4. Skal retten til en retfærdig rettergang ved en domstol i henhold til artikel 47 [...] i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (2012/C 326/02, DE 26.10.2012 Den Europæiske Unions Tidende C 326/391) henset til de øvrige EU-retlige bestemmelser fortolkes således, at denne ret tillægger borgerne subjektive rettigheder og er til hinder for anvendelsen af nationale østrigske forskrifter, hvorefter retten også i tilfælde af uigennemsigtigt gennemførte udbudsprocedurer, inden den behandler en begæring om foreløbige forholdsregler, som har til formål at forhindre, at ordregiveren foretager yderligere indkøb, også selv om det ikke har nogen relevans for afgørelsen, skal undersøge, hvilken form for udbudsprocedure, der er tale om, den (skønnede) værdi af kontrakten samt summen af de beslutninger, der kan anfægtes særskilt, og som er blevet anfægtet i relation til bestemte udbudsprocedurer, henholdsvis eventuelt også delkontrakterne i relation til en bestemt udbudsprocedure, for at retsformanden for den kompetente afdeling ved retten dernæst eventuelt kan udstede et pålæg om korrektion med henblik på efteropkrævning af retsafgifter, og den retsafdeling, der har kompetence til at træffe afgørelse om klagen, i tilfælde af, at afgifterne ikke betales før eller senest samtidig med en afvisning af begæringen om foreløbige forholdsregler på grund af manglende efterbetaling, skal fastsætte retsafgifterne, idet kravet over for klageren i modsat fald fortabes?

5. Skal ækvivalensprincippet henset til de øvrige EU-retlige bestemmelser fortolkes således, at det tillægger borgerne subjektive rettigheder over for medlemsstaten og er til hinder for anvendelsen af nationale østrigske forskrifter, hvorefter en retsafdeling ved en forvaltningsdomstol som retsinstans i tilfælde af manglende betaling af faste retsafgifter for begæringen om foreløbige forholdsregler som omhandlet i direktiv 89/665/EØF i den gældende affattelse skal fastsætte faste retsafgifter (med deraf følgende reducerede muligheder for retsbeskyttelse for den afgiftspligtige), når afgifter vedrørende søgsmål, foreløbige forholdsregler og retsmidler i civile sager i øvrigt i tilfælde af manglende betaling fastsættes ved en afgørelse i henhold til Gerichtliches Einbringungsgesetz [lov om retsinstansernes opkrævninger] og afgifter vedrørende retsmidler inden for forvaltningsretten for så vidt angår appeller til en forvaltningsdomstol eller til Verfassungsgerichtshof [forfatningsdomstol] henholdsvis afgifter vedrørende revisionsanke til Verwaltungsgerichtshof [forvaltningsdomstol], såfremt disse afgifter ikke betales, i reglen fastsættes ved en afgørelse truffet af en skattemyndighed, til prøvelse af hvilken (sc. afgørelsen om afgiftsfastsættelsen) der altid kan anlægges sag ved en forvaltningsdomstol og derefter iværksættes revisionsanke ved Verwaltungsgerichtshof [forvaltningsdomstol] eller appel ved Verfassungsgerichtshof [forfatningsdomstol]?

6. Skal artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU under hensyntagen til EU-rettens øvrige bestemmelser fortolkes således, at indgåelsen af en rammeaftale med en enkelt økonomisk aktør i henhold til artikel 33, stk. 3, i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU er en kontraktindgåelse i henhold til artikel 2a, stk. 2, i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU?

6.1. Skal formuleringen »kontrakter baseret på denne rammeaftale« i artikel 33, stk. 3, i direktiv 2014/24/EU fortolkes således, at der foreligger en kontrakt baseret på en rammeaftale, når ordregiveren tildeler en enkelt kontrakt med udtrykkelig henvisning til den indgåede rammeaftale? Eller skal den citerede passage »kontrakter baseret på denne rammeaftale« fortolkes således, at der, når den samlede mængde i en rammeaftale som omhandlet i Domstolens dom C-216/17, præmis 64, allerede er opbrugt, ikke længere foreligger en kontrakt, der er baseret på den oprindeligt indgåede rammeaftale?

7. Skal retten til en retfærdig rettergang ved en domstol i henhold til artikel 47 [...] i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (2012/C 326/02, DE 26.10.2012 Den Europæiske Unions Tidende C 326/391) henset til de øvrige EU-retlige bestemmelser fortolkes således, at denne ret er til hinder for anvendelsen af en bestemmelse, hvorefter den ordregiver, der er anført i sagen vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, i proceduren med henblik på foreløbige forholdsregler skal give meddelelse om alle nødvendige oplysninger og fremlægge alle nødvendige dokumenter – idet der i modsat fald kan træffes en afgørelse over for denne på grund af undladelsen – når denne ordregivers tjenestemænd eller medarbejdere, som skal meddele disse oplysninger på vegne af ordregiveren, derved i visse tilfælde endog risikerer at skulle belaste sig selv i strafferetlig henseende som følge af denne meddelelse af oplysninger eller forelæggelse af dokumenter?

8. Skal kravet i henhold til artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 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 (89/665/EØF) (EFT L 395 af 30.12.1989, s. 33), som ændret ved direktiv 2014/24/EU, om *at klageprocedurer ved tildeling af kontrakter frem for alt skal gennemføres effektivt*, yderligere henset til adgangen til effektive retsmidler i medfør af chartrets artikel 47 og under hensyntagen til de øvrige EU-retlige bestemmelser fortolkes således, at disse bestemmelser stifter subjektive rettigheder og er til hinder for anvendelsen af nationale forskrifter, hvorefter det påhviler en klager, der søger retsbeskyttelse ved at indgive begæring om foreløbige forholdsregler, at angive den konkrete udbudsprocedure og den konkrete beslutning, som ordregiveren har truffet, i sin begæring, selv om den pågældende klager i forbindelse med udbud uden forudgående offentliggørelse i reglen ikke ved, hvor mange uigennemsigtige udbudsprocedurer ordregiveren har gennemført, og hvor mange beslutninger om kontraktindgåelse der allerede er truffet i de uigennemsigtige udbudsprocedurer?

9. Skal kravet om en retfærdig rettergang ved en domstol i henhold til chartrets artikel 47 under hensyntagen til de øvrige EU-retlige bestemmelser fortolkes således, at denne bestemmelse stifter subjektive rettigheder og er til hinder for anvendelsen af nationale forskrifter, hvorefter det påhviler klageren, der søger retsbeskyttelse, i sin begæring om foreløbige [forholdsregler] at angive den konkrete udbudsprocedure og den konkrete beslutning, som ordregiveren har truffet, og som kan anfægtes særskilt og også anfægtes, selv om den pågældende klager i forbindelse med udbud uden forudgående offentliggørelse, som er uigennemsigtige for klageren, i reglen ikke kan vide, hvor mange uigennemsigtige udbudsprocedurer ordregiveren har gennemført, og hvor mange beslutninger om kontraktindgåelse der allerede er truffet i de uigennemsigtige udbudsprocedurer?

10. Skal kravet om en retfærdig rettergang ved en domstol i henhold til chartrets artikel 47 under hensyntagen til de øvrige EU-retlige bestemmelser fortolkes således, at denne bestemmelse stifter subjektive rettigheder og er til hinder for anvendelsen af nationale forskrifter, hvorefter det påhviler klageren, der søger retsbeskyttelse ved begæring om foreløbige forholdsregler, at betale faste retsafgifter med et beløb, som denne ikke kan forudse, fordi klageren i forbindelse med udbud uden forudgående offentliggørelse, som er uigennemsigtige for klageren, i reglen ikke kan vide, hvorvidt og i givet fald hvor mange uigennemsigtige udbudsprocedurer ordregiveren har gennemført, hvad den anslåede værdi af disse er, og hvor mange beslutninger om kontraktindgåelse, der kan anfægtes særskilt, der allerede er truffet i de uigennemsigtige udbudsprocedurer?

Anførte fællesskabsforskrifter

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), navnlig artikel 81, stk. 1

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (Bruxelles Ia-forordningen), navnlig artikel 1, stk. 1, og artikel 35

Direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU, navnlig artikel 1, stk. 1, artikel 2, stk. 1, litra a), og artikel 2a, stk. 2

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, navnlig artikel 33, stk. 3

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, navnlig artikel 47

Anførte nationale retsforskrifter

BundesvergabeGesetz 2018 (forbundsloven om tildeling af offentlige kontrakter af 2018), BGBl I 2018/65 (herefter »BVergG«), navnlig §§ 2, 31, 46, 142 ff., 334, 336, 340 ff., 344, 350, 353, 354, 356, 382

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (almindelig lov om forvaltningssager, herefter »AVG«), navnlig §§ 49 og 51

BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 – BVwG-PauschGebV Vergabe 2018, BGBl II 2018/212 [bekendtgørelse om Bundesverwaltungsgerichts (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) faste retsafgifter i sager om tildeling af offentlige kontrakter, herefter »bekendtgørelsen om faste retsafgifter«]

De anførte bestemmelser i BVerG og i bekendtgørelsen om faste retsafgifter kan sammenfattes som følger:

- Klager før kontrakttildelelse, hvorved særskilt anfægtelige beslutninger truffet af ordregivere kan erklæres for ugyldige, dvs. annulleres som omhandlet i direktiv 89/665/EØF i den gældende affattelse, er betinget af, at der endnu ikke er tildelt kontrakt i udbudsproceduren. Hvis kontrakten er tildelt, er der kun mulighed for et anerkendelsessøgsmål.
- Klager kan kun tage sigte på annullering af en særskilt anfægtelig beslutning, hvorved svaret på spørgsmålet om, hvad der i det enkelte tilfælde er en særskilt anfægtelig beslutning, afhængigt af udbudsprocedurens form kan findes i listen over sådanne beslutninger i BVerG's § 2, nr. 15, litra a).
- Direkte tildelinger, som fastsat i BVerG's § 46, er på nuværende tidspunkt på grundlag af en forordning, hvori beløbet er fastsat, kun tilladt op til 100 000 EUR.
- Vedtagelse af foreløbige forholdsregler, som fastsat i BVerG's §§ 350 ff. (i EU-retten i artikel 2 i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU), må kun finde sted med henblik på at sikre klager, der er rettet mod særskilt anfægtelige beslutninger i relation til bestemte udbudsprocedurer. Fra det tidspunkt, hvor der er tildelt kontrakt, må der ikke vedtages foreløbige forholdsregler støttet på BVerG's § 351.
- I BVerG's § 344, stk. 1, og § 350, stk. 2, bestemmes det, at en klager skal angive udbudsproceduren og de beslutninger truffet af ordregiveren, som anfægtes i relation hertil, idet disse beslutninger skal kunne anfægtes særskilt i henhold til listen i BVerG's § 2, nr. 15.
- Som det fremgår af BVerG's § 344, stk. 1 og 2, og § 350, stk. 2, skal indgivelsen af en klage og en begæring om foreløbige forholdsregler som sikringsforanstaltning i forbindelse hermed principielt altid vedrøre én enkelt beslutning truffet af ordregiveren.

– For så vidt angår klager vedrørende direkte tildelinger skal der for hver procedure med direkte tildeling og for hver beslutning, der anfægtes særskilt, erlægges en fast retsafgift på 324 EUR. For en yderligere indgivet begæring om foreløbige forholdsregler skal der yderligere betales 50% af denne afgift, dvs. 486 EUR (for hver direkte tildeling).

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

- 1 I efteråret 2020 indgik indklagede (mindst) 15 rammeaftaler om levering af antigenests til påvisning af Covid-19, i alle tilfælde i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse. Disse rammeaftaler blev i alle tilfælde indgået med en enkelt økonomisk aktør (artikel 33, stk. 3, i direktiv 2014/24/EU).
- 2 Klageren indgav den 1. december 2020 processkrift til den forelæggende ret, hvori klageren foreholdt indklagede at have indgået 21 rammeaftaler til en værdi à 3 mio. EUR om indkøb af Covid-19-antigenests på uigennemsigtig måde. Klageren gjorde gældende, at denne fremgangsmåde og de enkelte afkald, der blev foretaget i forbindelse med disse rammeaftaler, havde skadet klageren i strid med udbudsreglerne.
- 3 Klageren anmodede om, at Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Østrig) skulle indlede en klageprocedure vedrørende lovligheden af den/de valgte udbudsprocedure(r), opfordringerne til at afgive tilbud inden for rammerne af udbud med forhandling uden offentliggørelse og de videre planlagte afkald henholdsvis indkaldelser af tilbud på grundlag af rammeaftaler indgået af Bundesbeschaffung GmbH (herefter »BBG«) og annullere forskellige beslutninger truffet af de indklagede.
- 4 Den 1. december 2020 indgav klageren endvidere en begæring om foreløbige forholdsregler, hvorefter Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) blev anmodet om at forbyde indklagede at fortsætte udbudsproceduren henholdsvis udbudsprocedurerne, at indgå leveringskontrakter ved direkte tildeling samt at foretage afkald henholdsvis at indkalde tilbud på grundlag af rammeaftaler indgået af BBG vedrørende levering af antigenest og at gennemføre et udbud med forhandling uden offentliggørelse vedrørende leveringen af antigenests, så længe klageproceduren verserede.
- 5 Allerede den 1. december 2020 udstedte Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) et pålæg om korrektion, eftersom det på grundlag af processkrifterne ikke var klart, hvilke konkrete, særskilt anfægtelige beslutninger, i hvilke udbudsprocedurer klageren ønskede annulleret, og med henblik på hvilke bestemte udbudsprocedurer klageren forsøgte at udvirke midlertidige forholdsregler med et bestemt indhold.
- 6 Ved processkrift af 7. december 2020 meddelte klageren, at klageren kun anfægtede én af de indklagedes særskilt anfægtelige beslutninger vedrørende en udbudsprocedure, nærmere betegnet beslutningen om valget af udbudsproceduren

for bestilling af yderligere »antigentests SARS-Cov-2 (Covid-19)« til brug for massetests i Østrig.

- 7 I et processkrift af 9. december 2020 forklarede klageren, at dennes klage ikke var rettet mod de af BBG indgåede rammeaftaler, men mod Republikken Østrigs ulovlige afkald, idet de af BBG indgåede rammeaftaler var begrænset til en afkaldsvolumen på tre mio. EUR. Et afkald, der gik ud over dette beløb, var derfor en direkte tildeling, der stred mod udbudsreglerne. Klageren angav tre virksomheder, i forbindelse med hvilke klageren anfægtede den pågældende indkøbsbeslutning henholdsvis et yderligere afkald på grundlag af en rammeaftale.
- 8 Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) anmodede klageren om at fremsætte bemærkninger vedrørende de faste retsafgifter, der skulle erlægges. Klageren anførte, at denne ikke havde anfægtet BBG's indgåelse af de 21 rammeaftaler, men derimod Republikken Østrigs direkte tildeling vedrørende bestilling af yderligere (forventet to) millioner antigenest SARS-Cov-2 (Covid-19). Det var fuldstændig udelukket, at den afgift, der skulle erlægges, skulle beregnes på grundlag af den samlede værdi af de 21 rammeaftaler. Det var udelukkende værdien af de kontrakter, der allerede var blevet tildelt eller påtænkt tildelt, der skulle anvendes.
- 9 Klageren anmodede den forelæggende ret om konkret at undersøge, hvilke udbudsprocedurer der var tale om, og hvilke af de beslutninger, som den ordregivende myndighed havde truffet, der kunne anfægtes, selv om angivelsen af udbudsproceduren henholdsvis udbudsprocedurerne og den enkelte anfægtelige beslutning, som den ordregivende myndighed har truffet, i henhold til BvergG er en del af klagerens påberåbelsesbyrde.
- 10 Ved sit processkrift af 5. januar 2021 anførte klageren, at dennes klage, uden at dette fremgik af det indledende processkrift af 1. december 2020, nu udelukkende tog sigte på afkaldene på grundlag af rammeaftalerne med virksomhederne S og I fra den 20. november 2020. I denne forbindelse antog klageren, at den tilladte afkaldsvolumen på grundlag af rammeaftalerne med S og I var overskredet. Klageren gjorde gentagne gange gældende, at denne i så henseende ønskede at anfægte de afkald, der oversteg den anslåede værdi af den enkelte rammeaftale, som »direkte tildeling« (i overensstemmelse med definitionerne i den nationale BVerG). Hvorvidt klageren dermed muligvis objektivt som omhandlet i den nationale retspraksis mener udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, vil efterfølgende skulle undersøges af Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager).
- 11 Med hensyn til forbuddet mod at skulle belaste sig selv skal de faktiske omstændigheder konkretiseres således, at der ifølge en avisartikel åbenbart er blevet indgivet anmeldelse mod medlemmer af forbundsregeringen (som omhandlet i § 80 i Strafprozessordnung, strafferetsplejeloven). Den kompetente anklagemyndighed har bekræftet, at den har modtaget en anmeldelse af et strafbart

forhold, hvormed det er muligt, at der fremadrettet kan blive iværksat strafferetlig forfølgning.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 12 Klageren har gjort gældende, at indkøbsforløbet var uigennemsigtigt, eftersom det ikke er kendt, om BBG med henblik på indgåelse af den pågældende kontrakt gennemførte enkelte særskilte udbud uden forudgående offentliggørelse med hver virksomhed for sig eller ét enkelt udbud med alle virksomheder. Som følge heraf var klageren ved angivelsen af udbuddene tvunget til også at tage hensyn til mulige udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse og dermed mulige indkaldelser af tilbud på grundlag af eksisterende rammeaftaler. Som der er redegjort udførligt for i klagen, er den beslutning, som klageren har anfægtet, de facto én enkelt konkret beslutning truffet af de indklagede, nemlig beslutningen om at bestille flere millioner antigen-tests SARS-Cov-2 (Covid-19) uden iagttagelse af formalia (uden nogen form for udbudsretligt grundlag).
- 13 På grund af denne grove tilsidesættelse af det udbudsretlige krav om gennemsigtighed har klageren hverken adgang til offentliggørelsen eller til udbudsmaterialet. Der er derimod tale om en form for direkte tildeling af kontrakter til et mercifret millionbeløb, som formelt set ikke burde henholdsvis ikke burde kunne skjules.
- 14 Henset til adgangen til effektive retsmidler er en konkret angivelse af udbudsproceduren ikke et krav. Ved indkøb af et gode til et tocifret millionbeløb uden offentliggørelse, uden at andre sikre oplysninger (f.eks. udbudsmaterialet) er tilgængelige for klageren, og alene på grundlag af viden, der stammer fra oplysninger i medierne, kan en konkret angivelse af udbudsproceduren umuligt påhvile klageren. Det ville i givet fald – navnlig henset til den grove tilsidesættelse af kravet om gennemsigtighed – indebære en udhuling af retten til effektiv retsbeskyttelse.
- 15 En fortolkning af bestemmelserne i BVerG 2018, hvorefter klageren er forpligtet til at angive det nøjagtige antal af og den nøjagtige betegnelse på udbudsproceduren henholdsvis udbudsprocedurerne og specificere de af den indklagedes beslutninger, som kan anfægtes særskilt, uden nogen mulighed for at have fået kendskab hertil på grund af den manglende gennemsigtighed fra den indklagedes side, ville være i strid med kravene til en effektiv retsbeskyttelse i henhold til Domstolens faste praksis.
- 16 De indklagede har bestridt klagerens adgang til klageproceduren og har nedlagt påstand om, at begæringerne om foreløbige forholdsregler afvises, subsidiært forkastes.
- 17 Eftersom klageren i henhold til den klare ordlyd i BVerG 2018's § 344, hvorefter en klage i henhold til BVerG 2018's § 342, stk. 1, under alle omstændigheder skal indeholde en angivelse af den pågældende udbudsprocedure og af den beslutning,

der kan anfægtes særskilt, selv er forpligtet til allerede i anmodningen at angive præcist, hvilken beslutning der anfægtes, er Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) ifølge retspraksis ved Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol, Østrig) under ingen omstændigheder forpligtet til at undersøge de faktiske omstændigheder.

- 18 Efter de indklagedes opfattelse er klagerens påstande udokumenterede og tager ikke sigte på at håndhæve en tilbudsgivers subjektive ret. Påstandene kan derfor ikke antages til realitetsbehandling.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 19 Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) skal i den foreliggende sag tage stilling til en situation, hvor klageren har foretaget forskellige angivelser både af de forhold, der anfægtes, og af påstanden om foreløbige forholdsregler.
- 20 Afhængigt af antallet af anfægtede beslutninger i relation til et bestemt udbud og afhængigt af, hvilken form for udbudsprocedure, der gøres til genstand for en klage og en begæring om midlertidige forholdsregler, skal der i Østrig betales faste retsafgifter.
- 21 Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) kan ifølge den nationale fortolkning af denne afgiftsordning i henhold til praksis ved Verfassungsgerichtshof (forfatningsdomstol, Østrig) ikke imødekomme, forkaste eller afvise hverken en klage eller en begæring om foreløbige forholdsregler henholdsvis indstille en given procedure, efter at den pågældende begæring om retsbeskyttelse er frafaldet, før de skyldige faste retsafgifter er betalt henholdsvis fastsat ved kendelse, eftersom de faste retsafgifter, som skal erlægges i hvert enkelt tilfælde, ikke længere må fastsættes, efter at begæringen om retsbeskyttelse er blevet behandlet. Betalingen af tilstrækkelige afgifter er således en forudsætning for, at der kan træffes afgørelse i en sag.
- 22 Såfremt de skyldige afgifter ikke fastsættes, kan tjenestemændene ved domstolen anses for i strid med lovgivningen culpøst at have påført statskassen formueskader.
- 23 Derudover findes ordninger med sådanne bestemmelser om forfald henholdsvis forældelse vedrørende afgifter for retsbeskyttelse, som er begrænset af procedurens varighed, ikke i den østrigske forbundsretsorden. I andre tilfælde gælder der i reglen væsentligt længere frister for muligheden for at fastsætte retsafgifter [f.eks. fem år i civile sager og tre år i forbindelse med revisionsanke til Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol)].
- 24 Dermed er det navnlig i forbindelse med uigennemsigtige indkøbsforløb som de i sagen omhandlede nødvendigt, inden afgifterne fastsættes, at foretage meget

omfattende undersøgelser af de faktiske omstændigheder, som til tider slet ikke ville nødvendige for at behandle begæringerne om retsbeskyttelse som sådan.

- 25 Klageren har ved indgivelsen af sin begæring om retsbeskyttelse (hvorved afgiften bliver skyldig) i forbindelse med sådanne for klageren uigennemsigtige indkøbsforløb undertiden slet ikke mulighed for at vide, hvor store faste retsafgifter denne i sidste ende skal betale, afhængigt af, hvor mange direkte tildelinger eller udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse der rent faktisk har fundet sted, og hvor mange særskilt anfægtelige beslutninger der er truffet i denne forbindelse.
- 26 Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) skal ifølge afgiftsreglerne desuden undersøge, om klageren som følge af en eller flere ændringer af dennes begæring om retsbeskyttelse eventuelt har trukket begæring tilbage, hvilket kan føre til en efterfølgende nedsættelse af de faste retsafgifter med 25% for hver afgiftspligtig begæring om retsbeskyttelse. Det skal også undersøges, om der under alle omstændigheder reelt er blevet fremført nye, yderligere anbringender om retsbeskyttelse.
- 27 I denne forbindelse er det afgørende ifølge Verwaltungsgerichtshofs (forvaltningsdomstol) praksis ikke (primært), at klageren f.eks. har specificeret udbuddet, men at begæringen indholdsmæssigt tog sigte herpå, idet den proceduremæssige byrde og den mulige nytteværdi afhænger heraf.
- 28 Ved en anfægtelse i forbindelse med kontrakter om vareindkøb (f.eks. af antigentests) med en anslået værdi på tre millioner pr. rammeaftale og med tre anfægtede beslutninger, herunder begæring om foreløbige forholdsregler hos centrale offentlige ordregivende myndigheder som Republikken Østrig og 21 påståede forhold vedrørende rammeaftaler, vil der skulle betales 1 061 424 EUR i faste retsafgifter.
- 29 Klageren har indtil videre betalt 486 EUR i faste retsafgifter.
- 30 I en situation med uigennemsigtige udbudsforløb og procesanbringender, der afspejler det processuelle forsigtighedsprincip, om eksempelvis 21 udbud og på grundlag heraf anfægtelse af tre beslutninger, der kan anfægtes særskilt, og en værdi på mere end det tyvedobbelte af tærskelværdien for vareindkøbskontrakter, konfronteres en part som klageren dermed muligvis først på grundlag af et pålæg om korrektion af retsafgiften med en efteropkrævning af faste retsafgifter på et millionbeløb, som klageren ikke nødvendigvis kunne forudse.
- 31 Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) skal nu i overensstemmelse med retspraksis vedrørende V 64/2019 fra Verfassungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) som øverste retsinstans i første omgang udstede et pålæg om korrektion af retsafgiften, fordi der ikke er betalt tilstrækkelig retsafgift, og skal derefter, idet de efteropkrævede faste retsafgifter ikke er blevet erlagt, fastsætte disse afgifter med henblik på at tilvejebringe et

fuldbyrdsgrundlag, inden eksempelvis de i eksemplet beskrevne klagepunkter og begæring om foreløbige forholdsregler må behandles endeligt.

- 32 I denne forbindelse præciseres det, at forpligtelsen til at betale retsafgifter ifølge den nationale lovgivnings ordlyd heller ikke bortfalder, såfremt klagepunkterne og begæringerne om foreløbige forholdsregler skal afvises på grund af manglende afgiftsbetaling.
- 33 I henhold til denne lov er det kun særskilt anfægtelige beslutninger i relation til en bestemt udbudsprocedure, der kan annulleres som omhandlet i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU og erklæres for ugyldige ifølge BVerG's terminologi.
- 34 De beslutninger, der kan komme i betragtning i den foreliggende sag, er således enten, i tilfælde af en procedure med direkte tildeling i henhold til BVerG, et *valg af direkte tildeling* eller, i tilfælde af et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse om indgåelse af en rammeaftale med en enkelt økonomisk aktør/erhvervsdrivende, de ordregiverbeslutninger desangående, der fremgår af listen i § 2, nr. 15, litra a).
- 35 I overensstemmelse hermed skal klageren i sin klage og i sin dertil svarende begæring om foreløbige forholdsregler angive udbudsproceduren og den beslutning, der kan anfægtes særskilt. I tilfælde af flere »indbragte« udbudsprocedurer skal det være klart, hvilken særskilt anfægtelig beslutning der anfægtes, og hvilken udbudsprocedure den vedrører.
- 36 I forbindelse med en rammeaftale, der indgås med en enkelt økonomisk aktør/erhvervsdrivende i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, er den sidste beslutning desangående, som den udvalgte leverandørs konkurrenter kan anfægte, beslutningen om, med hvilken leverandør rammeaftalen skal indgås.
- 37 Derefter er den eneste mulighed for en klager i henhold til direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU i tilfælde af et uigennemsigtigt udbud det udbudsspecifikke retsmiddel bestående i et anerkendelsessøgsmål.
- 38 Såfremt det på grundlag af beviserne konkluderes, at der faktisk er tale om direkte tildelinger som omhandlet i BVerG's § 31, stk. 11, er det kun valget af proceduren med direkte tildeling, der kan anfægtes ved klage.
- 39 I forbindelse med klager er spørgsmålet for Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) i den foreliggende sag i første omgang, om en retsbeskyttelse med sådanne angivelsesforpligtelser vedrørende udbudsproceduren i tilfælde af klager og begæring om foreløbige forholdsregler er forholdsmæssig, effektiv og retfærdig, når der er tale om udbudsprocedurer, der er uigennemsigtige for klageren.

- 40 Såfremt der ikke er dækning for disse forpligtelser i EU-retten og disse dermed er ugyldige henholdsvis fortrænges, kunne det være en mulighed i så fald at tildele Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) en kompetence til ex officio at foretage undersøgelser og til at erklære konstaterede beslutninger truffet af ordregiver i relation til bestemte udbudsprocedurer for ugyldige, som herefter kan annulleres inden kontrakttildelingen. Såfremt de omhandlede angivelsesforpligtelser derimod er i overensstemmelse med EU-retten, skal Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) i givet fald afvise klagerne og begæringerne efter en korrektionsprocedure i mangel af en behørig angivelse.

Ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet

- 41 Materiel udbudsret som summen af de bestemmelser, der navnlig regulerer, hvordan ordregivere, der er bundet af udbudsretten, og erhvervsdrivende, som ønsker at blive leverandører, skal forholde sig inden kontraktens indgåelse, er ifølge den her fremførte opfattelse i sin egenskab af lovgivning om indgåelse af kontrakter særlig civilret og er dermed omfattet af Bruxelles Ia-forordningens anvendelsesområde.
- 42 I henhold til Bruxelles Ia-forordningens artikel 25 kan den retlige kompetence fastlægges ved værnetingsaftale. Den østrigske Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) har på udbudsområdet udelukket værnetingsaftaler i henhold til national procesret. Deraf kan det muligvis sluttes, at den udbudsret, som i Østrig er reguleret i BVerG, ikke er civilret.
- 43 Spørgsmålet om, hvorvidt den materielle udbudsret er civilret (første præjudicielle spørgsmål) er en forudsætning for de præjudicielle spørgsmål i forbindelse med ækvivalensprincippet.
- 44 Den tyske Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) lægger i al fald – ved en international sammenligning – til grund, at udbudsretten henhører under civilretten (BVerwG 2.5.2007, BVerwG 6 B 10.07 med yderligere henvisninger).
- 45 Eftersom mulighederne for at indgå kontrakt ved hjælp af foreløbige forholdsregler, som fastsat i direktiv 89/665/EØF i den gældende affattelse og ligeledes i den nationale BVerG, kan undergives strenge tidsmæssige begrænsninger, er den forelæggende ret af den opfattelse, at proceduren med henblik på foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU ligeledes er en sag vedrørende civilretlige krav som omhandlet i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 15.10.2009, 15BSW 17056/06 Micaleff mod Malta.
- 46 Det EU-retlige ækvivalensprincip kræver, at håndhævelsen af rettigheder i henhold til EU-retten ikke uden saglig grund må være vanskeligere end håndhævelsen af rettigheder, der følger af den nationale retsorden.

- 47 EU-retten forbyder således med ækvivalensprincippet, at retsforfølgningen vedrørende rettigheder, der udledes af EU-retten, i procesretten forskelsbehandles i forhold til processuelle regler, når disse anvendes til at forfølge rettigheder, der er stiftet ved rent nationale lovregler.
- 48 I civile sager, der iværksættes ved et søgsmål, som anlægges ved en Bezirksgericht (distriktsdomstol) eller en Landgericht (regional domstol) som første instans, skal der betales faste retsafgifter afhængigt af sagens værdi, som sagsøgeren, der kan sammenlignes med klageren i udbudsretten, i reglen kender på forhånd. Sagsøgeren ved således, hvilke retsafgifter han skal påregne at skulle betale.
- 49 Mens der i henhold til BVerG for begæringen om foreløbige forholdsregler i henhold til § 340, stk. 1, nr. 4, skal erlægges faste retsafgifter, der svarer til 50% af de afgifter, som skal betales for klagen, også selv om der indgives begæring om foreløbige forholdsregler sammen med de klager, hvorved proceduren iværksættes, betaler man ved de civile domstole i Østrig ikke nogen særskilt fast afgift for en sådan begæring om foreløbige forholdsregler, der indgives sammen med et søgsmål, idet der som udgangspunkt skal betales retsafgift for søgsmålet.
- 50 Her synes det dog at være centralt, at det i forbindelse med faste retsafgifter i henhold til Gerichtsgebührengesetz (lov om retsafgifter) for så vidt angår søgsmål og begæringer om foreløbige forholdsregler ikke er en forudsætning for en afgørelse i sagen, at afgifterne allerede er betalt, og at statens afgiftskrav ikke går tabt, når der træffes en afgørelse.
- 51 Til forskel fra de faste afgifter i henhold til BVerG bliver faste retsafgifter i tilfælde af manglende betaling fastsat ved en afgørelse truffet af en administrativ myndighed, uden at dette i øvrigt har indflydelse på behandlingen af søgsmålet eller begæringen om foreløbige forholdsregler.
- 52 Derefter kan afgørelsen om de fastsatte afgifter indbringes for Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) som ret med fuld prøvelsesbeføjelse. Til prøvelse af afgiftsavgørelser, som Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) har truffet i sådanne sager, kan der derefter endvidere iværksættes revisionsanke ved Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) eller appel ved Verfassungsgerichtshof (forfatningsdomstol).
- 53 I så henseende synes klager, der indgiver klager og begæringer om foreløbige forholdsregler til Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager), og som gør brug af de i EU-retten foreskrevne retsbeskyttelsesprocedurer i henhold til direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU, i flere henseender at være ringere stillet set i forhold til rent nationale retsbeskyttelsesprocedurer.
- 54 I al fald skal der, i modsætning til civile sager, altid betales yderligere faste retsafgifter for en indgiven begæring om foreløbige forholdsregler, som ved

Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) i reglen indgives i tilknytning til klagen.

- 55 Klagen og begæringen om foreløbige forholdsregler afvises i henhold til BVerG, såfremt klageren efter et pålæg om afgiftskorrektion ikke betaler sine faste retsafgifter med det beløb, som efter rettens opfattelse er skyldigt; klageren mister den materielle ret til behandling af sine anbringender om retsbeskyttelse alene på grund af manglende betaling af retsafgifter. I henhold til BVerG kan en klage eller begæring om foreløbige forholdsregler heller ikke afvises af andre årsager end en manglende afgiftsbetaling forud for en fastsættelse af afgifterne, heller ikke selv om sagen i så henseende allerede var moden til påkendelse. Navnlig ordregivere, som konfronteres med begæringer om foreløbige forholdsregler, der ifølge loven har opsættende virkning, kan eventuelt blive påført ulemper som følge af, at spørgsmålet om retsafgifter først skal afklares, inden begæringerne om foreløbige forholdsregler kan behandles, idet dommerne i modsat fald kan ifalde ansvar for ikke at have fastsat retsafgifter.
- 56 Såfremt Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) som retsinstans fastsætter de faste retsafgifter i henhold til BVerG, har klageren ikke som ellers ret til at indbringe afgørelsen for en forvaltningsdomstol med fuld prøvelsesbeføjelse, men har kun mulighed for enten at iværksætte en revisionsanke ved Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol), hvor spørgsmål om bedømmelse af beviser kun kan behandles i meget begrænset omfang, eller en appel ved Verfassungsgerichtshof (forfatningsdomstol), hvor der principielt kun kan iværksættes appel vedrørende anvendelse af lovstridige, generelle og abstrakte regler eller vedrørende en forfatningsstridig retsanvendelse i det konkrete tilfælde.
- 57 Uanset den forelæggende rets opfattelse, hvorefter retsafgiftsordningen for civile søgsmål og dermed forbundne begæringer om foreløbige forholdsregler og retsafgiftsordningen for klager, anerkendessøgsmål og begæringer om foreløbige forholdsregler i hvert enkelt tilfælde skal være udformet lige gunstigt i overensstemmelse med det EU-retlige ækvivalensprincip, skal der med henblik på en yderligere retssammenligning også redegøres for retsafgiftsordningen i forbindelse med påklage af afgørelser til forvaltningsdomstole, revisionsanke til Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) og appeller af en forvaltningsdomstols afgørelser til Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol).
- 58 I disse sammenhænge skal der også betales afgifter. Såfremt der i forbindelse med påklage af afgørelser til en forvaltningsdomstol eller revisionsanke til Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) indgives begæringer om indrømmelse (henholdsvis nægtelse) af opsættende virkning, hvorved der til tider i realiteten opnås det samme som ved foreløbige forholdsregler, har Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) hidtil altid indtaget det standpunkt, at sådanne begæringer, som indgives sammen med klagen eller revisionsanken, er af accessorisk karakter og ikke pålægges yderligere fast retsafgift.

- 59 Betaling af retsafgifter er ikke en betingelse for den materielle behandling af det enkelte retsmiddel i nogen af de ovenfor beskrevne retsafgiftsordninger på det forvaltningsretlige område.
- 60 Såfremt retsafgifterne i forbindelse med de tre ovenfor beskrevne retsmidler ikke erlægges, fastsætter den kompetente skattemyndighed disse afgifter ved en afgørelse. Den afgiftspligtige kan herefter indbringe afgørelsen for Bundesfinanzgericht (forvaltningsdomstol i skatte- og afgiftsretlige sager, Østrig) som ret med fuld prøvelsesbeføjelse, og til prøvelse af denne rets afgørelser kan der herefter iværksættes revisionsanke til Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) eller appel til Verwaltungsgerichtshof (forfatningsdomstol).
- 61 Ifølge det EU-retlige effektivitetsprincip bør nationale bestemmelser ikke gøre det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder på området for offentlige kontrakter, der tillægges ved EU-retten. Der henvises også til dette krav om en effektiv mulighed for retsforfølgning i artikel 1 i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU henholdsvis i chartrets artikel 47.
- 62 Direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU skal sikre hurtige og effektive klageprocedurer, der kan føre til annullering af beslutninger truffet af ordregiveren. Ved hjælp af foreløbige forholdsregler på grundlag af dette direktiv skal der så hurtigt som muligt kunne træffes foreløbige forholdsregler i forbindelse med den principale påstand om klage og annullering.
- 63 I henhold til dette direktivs artikel 1, stk. 1, er rammeaftaler i denne forbindelse også kontrakter ifølge direktivet.
- 64 Bestemmelserne i dette direktiv er ubetingede og tilstrækkeligt præcise til, at de i visse tilfælde kan skabe subjektive rettigheder for en borger, jf. f.eks. Domstolens dom i sag C-391/15.
- 65 I så henseende er Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) af den opfattelse, at der i EU-retten gælder en subjektiv ret til, at klager og begæring om foreløbige forholdsregler skal behandles så hurtigt som muligt og uafhængigt af spørgsmål vedrørende faste retsafgifter.
- 66 Med hensyn til den nationale retsafgiftsordning, der er etableret specifikt med henblik på retsbeskyttelsen på udbudsområdet, er Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) i tvivl om, hvorvidt den kan være i overensstemmelse med EU-retten, effektiv, retfærdig, forholdsmæssig og kan fremme en hurtig procedure, når man i tilfælde med uigennemsigtige udbudsprocedurer ved indgivelsen af klagen eller begæringen udløser en afgiftsskyld, hvis størrelse man eventuelt slet ikke har mulighed for at kende på indgivelsestidspunktet.
- 67 Spørgsmålet er med andre ord, om det navnlig er forholdsmæssigt, effektivt og retfærdigt henholdsvis fremmer en hurtig procedure vedrørende klager og

begæring om foreløbige forholdsregler, når Bundesverwaltungsgerichtshof (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) endog i tilfælde, hvor klagen og begæringen om foreløbige forholdsregler kan være moden til påkendelse, alligevel på et andet plan først skal undersøge, hvor mange af ordregiverens beslutninger der ved klagen og begæringen om foreløbige forholdsregler desangående ifølge den objektivt angivne partshensigt blev anfægtet af klageren ved procedurernes iværksættelse, hvornår disse beslutninger blev truffet, hvor mange udbudsprocedurer de vedrører, og hvor mange klagepåstande og begæring om foreløbige forholdsregler desangående klageren derefter, i den foreliggende sag f.eks. den 5. januar 2021, fortsat har opretholdt.

De enkelte præjudicielle spørgsmål

- 68 Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) er af den opfattelse, at det først skal afklares, hvad der gælder i EU-retten, hvorvidt EU-retten har direkte virkning, og om anvendelsen af modstridende nationale bestemmelser skal undlades, inden der herefter på grundlag af denne præciserede retsstilling skal foretages mere eller mindre omfattende undersøgelser af de faktiske forhold vedrørende den relevante retsstilling i den konkrete sag.
- 69 **Det første spørgsmål:** Såfremt den materielle udbudsret er en bestemt del af civilretten, synes det EU-retlige ækvivalensprincip at kræve, at reglerne for håndhævelsen ikke må være mindre gunstige for klageren inden for udbudsretten end i den øvrige rent nationale civilret.
- 70 Det foreslås, at disse spørgsmål besvares således, at den materielle udbudsret som summen af de bestemmelser, som fastsætter rettigheder og pligter i den kontraktforberedende fase inden kontraktens indgåelse, er et område inden for civilretten på linje med de øvrige bestemmelser om indgåelse af kontrakter; og at de foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU ligeledes er sager vedrørende civilret, men i det mindste er procedurer som omhandlet i Bruxelles Ia-forordningens artikel 35.
- 71 **Spørgsmål 2:** Med dette spørgsmål ønskes det oplyst, om det EU-retlige ækvivalensprincip og den øvrige EU-ret indebærer, at det ovenfor beskrevne nationale afgiftssystem ikke kan anvendes.
- 72 Såfremt Domstolen besvarer spørgsmålet således, at EU-retten indebærer, at begæringen om foreløbige forholdsregler og andre retsmidler i Østrig, der beskytter borgerne, kan behandles uanset spørgsmålet om de faste retsafgifter og betalingen heraf, kan Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) i den foreliggende sag anse de undersøgelsesforanstaltninger, der er nødvendige med henblik på fastsættelsen af afgifterne, for subsidiære og kan efter princippet om effektiviteten i procesgangen afhængigt af undersøgelsens konklusion højst sandsynligt meget hurtigt behandle

den eller de indgivne begæringer om foreløbige forholdsregler uden først at skulle foretage omfattende undersøgelser vedrørende antallet af udbudsprocedurer.

- 73 **Spørgsmål 2.1:** Navnlig på baggrund af det EU-retlige ækvivalensprincip spørges, om en begæring om foreløbige forholdsregler i henhold til EU-retten må pålægges en særskilt fast retsafgift, når den indgives i tilknytning til en klage, selv om begæringer om foreløbige forholdsregler, der indgives i tilknytning til et søgsmål, inden for den øvrige civilret ikke udløser yderligere afgift ud over retsafgiften ved sagsanlæg og begæringer om opsættende virkning, der er knyttet til et retsmiddel, inden for det forvaltningsretlige område i øvrigt ikke udløser yderligere afgift.
- 74 Såfremt Domstolen med andre ord fastslår, at klageren på grund af procesretlig forskelsbehandling i forhold til andre appellanter i Østrig ikke skal betale yderligere afgifter for foreløbige forholdsregler for begæringer om foreløbige forholdsregler, der er indgivet sammen med klagen, kan klagerens anmodning om foreløbige forholdsregler behandles væsentligt hurtigere og navnlig uden, at det er nødvendigt at foretage afgiftsspecifikke undersøgelser.
- 75 **Spørgsmål 3:** Med dette spørgsmål ønskes det oplyst, om det EU-retligt set, navnlig på baggrund af kravet om hurtig behandling i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665/EØS som ændret ved direktiv 2014/23/EU henholdsvis kravet om hurtig fastsættelse af foranstaltninger i samme direktivs artikel 2, stk. 1, litra a), er ulovligt at knytte den hurtige behandling af en klage henholdsvis en begæring om foreløbige forholdsregler sammen med, at de retsafgifter, der skal betales for en sådan klage henholdsvis begæring, enten er betalt eller bliver betalt efter et pålæg om korrektion af afgiften, idet klagen henholdsvis begæringen i modsat fald afvises på grund af manglende afgiftsbetaling, når den pågældende klage henholdsvis begæring uafhængigt af afgiftsspørgsmålet eventuelt kunne behandles meget hurtigt. Det foreslås, at dette spørgsmål besvares således, at dette er ulovligt.
- 76 **Fjerde spørgsmål:** Ifølge den forelæggende rets opfattelse er det uretfærdigt for alle parter, når retten som i denne sag i tilfælde af et uigennemsigtigt udbudsforløb skal foretage omfattende undersøgelser af de faktiske omstændigheder, der er relevante for afgiftsberegningen, eventuelt skal udstede et pålæg om korrektion af afgiften og derefter muligvis skal afvise klagen henholdsvis begæringen om foreløbige forholdsregler på grund af manglende betaling af det pågældende afgiftsbeløb. Såfremt en sådan afgiftsordning er ulovlig i henhold til EU-retten og dermed heller ikke kan anvendes på nationalt plan, kan Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) eventuelt behandle den omhandlede klage og begæring langt hurtigere.
- 77 **Femte spørgsmål:** En administrativ myndigheds fastsættelse af retsafgifter kan i reglen indbringes for en forvaltningsdomstol med fuld prøvelsesbeføjelse, mens fastsættelsen af afgifter i forbindelse med de udbudsspecifikke retsafgifter i henhold til BVerG for så vidt angår klager, anerkendelsessøgsmål og begæringer

om foreløbige forholdsregler, når første instans har truffet afgørelse om afgiften, kun kan appelleres til Verfassungsgerichtshof (forfatningsdomstol) og Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol), hvorved disse to øverste retsinstanser ikke foretager en omfattende prøvelse (jf. præmis 57 ovenfor).

- 78 Til sammenligning træffes der for så vidt angår retsafgifter vedrørende søgsmål i civile sager eller retsmidler i forvaltningsretlige sager en administrativ afgørelse om afgiftsfastsættelsen, til prøvelse af hvilken der altid kan anlægges sag ved en forvaltningsdomstol og dernæst iværksættes revisionsanke ved Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) eller appel ved Verfassungsgerichtshof (forfatningsdomstol).
- 79 Efter den forelæggende rets opfattelse er en sådan national ordning for retsafgifter inden for retsbeskyttelsen på udbudsområdet i henhold til BVerG, der indebærer en forskelsbehandling med hensyn til retsbeskyttelsen, generelt ulovlig i henhold til EU-retten, navnlig når man også tager i betragtning, at betalingen af disse retsafgifter i modsætning til andre retsafgifter endog er en betingelse for, at der kan træffes afgørelse i sagen.
- 80 **Sjette spørgsmål:** Med dette spørgsmål ønskes det oplyst, om indgåelsen af en rammeaftale med en enkelt økonomisk aktør navnlig i lyset af artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665/EØF som ændret ved direktiv 2014/23/EU ud fra ordregiverens synspunkt er en indgåelse af en kontrakt og dermed en kontrakttilde­ling i henhold til national ret.
- 81 Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, vil det med henblik på den fortsatte undersøgelsesprocedure ved Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) i overensstemmelse med EU-retten stå klart, at det allerede fra dette tidspunkt kun var anerkendelsessøgsmål i henhold til BVerG's § 334, der kunne antages til realitetsbehandling, og at begæringer om foreløbige forholdsregler alene som følge af, at »kontrakttilde­lingen« allerede havde fundet sted, skal afvises.
- 82 Det foreslås, at disse to spørgsmål besvares således, at indgåelsen af en rammeaftale med en enkelt økonomisk aktør er en indgåelse af en kontrakt henholdsvis en kontrakttilde­ling, eftersom artikel 1 i det nævnte direktiv allerede sidestiller disse.
- 83 **Spørgsmål 6.1:** Med dette spørgsmål skal det afklares, om kontrakter baseret på en rammeaftale i henhold til EU-retten også er baseret på denne rammeaftale, når den samlede mængde i en rammeaftale som omhandlet i Domstolens dom C-216/17, i denne forbindelse allerede er overskredet. Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, skal det i henhold til den nationale lovgivning i tilfælde af sådanne undersøgelsesresultater lægges til grund, at de kontrakter, der overskrider den samlede mængde, ligeledes kun kan anfægtes med anerkendelsespåstande, eftersom de er tildelt efter indgåelsen af rammeaftalen, uden at der i så henseende kan træffes afgørelse om foreløbige forholdsregler.

- 84 Konkluderer Domstolen derimod, at specifikke kontrakter, efter at den samlede mængde i den oprindelige rammeaftale er overskredet, ikke længere er baseret på den oprindelige rammeaftale, skal det i et sådant tilfælde prøves, om nye specifikke ordrer enten er (var) direkte tildelinger i henhold til national ret, eller var tænkt eller tildelt som vareindkøbskontrakt i en uigennemsigtig udbudsprocedure, eller skal anses for specifikke kontrakter på basis af endnu en ny rammeaftale, der er indgået på uigennemsigtig vis. I så fald kan der i så henseende stadig indgives nye klager før kontrakttildelelse henholdsvis begæringer om foreløbige forholdsregler desangående. Afhængigt heraf skal det derefter vurderes, om klager, anerkendelsessøgsmål eller begæringer om foreløbige forholdsregler vedrørende sådanne nye indkøb kan antages til realitetsbehandling.
- 85 Af hensyn til procesøkonomien foreslås det, at de to spørgsmål besvares således, at kontrakter, der er indgået på basis af en rammeaftale, også er baseret på rammeaftalen, når den samlede mængde i rammeaftalen allerede var opbrugt.
- 86 **Syvende spørgsmål:** Dette spørgsmål vedrører oplysningspligten set på baggrund af forbuddet mod at skulle belaste sig selv.
- 87 AVG's § 49, stk. 1, nr. 1, der finder anvendelse i denne sammenhæng, fastsætter en ret for vidnet til at nægte at afgive oplysninger, hvorefter vidnet kan nægte at afgive forklaring vedrørende spørgsmål, hvis besvarelse kan udsætte vidnet eller en af dets slægtninge for et direkte økonomisk tab eller for risiko for strafforfølgning eller vanære.
- 88 I henhold til AVG's § 51 finder denne nægtelsesret også anvendelse på parter i en sag, idet retten dog ikke gælder med hensyn til et økonomisk tab.
- 89 I henhold til BVerG's § 336 kan der inden for rammerne af en skønsmæssig afgørelse træffes en afgørelse på grund af undladelse på grundlag af modpartens påstande, såfremt en part ikke afgiver oplysninger eller krævede dokumenter ikke fremlægges.
- 90 I forbindelse med BVerG's § 336 er der imidlertid ikke fastsat nogen ret til at nægte at afgive oplysninger eller forklaring som i AVG's § 49, stk. 1, nr. 1.
- 91 Efter Bundesverwaltungsgerichts (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) opfattelse kan det være i strid med forbuddet mod at skulle belaste sig selv, når tjenestemænd eller medarbejdere på ordregivers side for at undgå risikoen for en afgørelse på grund af undladelse skal afgive oplysninger, selv om der derigennem muligvis bliver videregivet faktiske omstændigheder, som efterfølgende kan bruges mod disse tjenestemænd og medarbejdere i en straffesag (eller en erstatningssag).
- 92 Hvis der modsat ikke fandtes en sådan mulighed for en afgørelse på grund af undladelse i tilfælde af, at der ikke afgives oplysninger henholdsvis fremlægges dokumenter, ville dette begrænse effektiviteten af retsbeskyttelsen på udbudsområdet.

- 93 Ud fra betragtninger vedrørende de grundlæggende rettigheder foreslås det, at dette spørgsmål besvares således, at forpligtelser til at afgive oplysninger og fremlægge dokumenter ikke gælder, såfremt der derigennem opstår en forpligtelse for fysiske personer, der handler på vegne af ordregiveren, til at belaste sig selv.
- 94 **Det ottende og det niende spørgsmål:** Med disse spørgsmål ønskes det oplyst, om de nationale ordninger er tilstrækkeligt effektive og retfærdige i tilfælde af et udbudsforløb, der er uigennemsigtigt for klageren.
- 95 Det forekommer i det mindste realistisk og muligt, at klageren på tidspunktet for indleveringen af det processkrift, hvorved proceduren blev iværksat, ikke vidste, hvor mange udbudsprocedurer indklagede gennemfører henholdsvis har gennemført og i hvilken form (direkte tildelinger, udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse), og hvor mange særskilt anfægtelige beslutninger indklagede allerede har truffet i denne eller disse udbudsprocedurer.
- 96 Dermed blev klageren muligvis pålagt en påberåbelsesbyrde vedrørende udbudsprocedurer og særskilt anfægtelige beslutninger, der skal angives præcist, uden at der var gennemsigthed desangående. I overensstemmelse hermed nedlagde klageren vage påstande.
- 97 På den anden side skal enhver sagsøger i en østrigsk civil sag inden for rammerne af dennes påberåbelsesbyrde fremlægge de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for kravet, og bærer, medmindre der gælder andre lovbestemte regler for bevisbyrden, efter det generelle princip også den objektive bevisbyrde, såfremt de faktiske omstændigheder, der fremføres til fordel for denne og ligger til grund for kravet, ikke eller kun delvist kan dokumenteres.
- 98 Sådanne risici i forbindelse med påberåbelsesbyrden og bevisbyrden synes derfor at være et generelt iboende træk i den østrigske retsorden, navnlig inden for det civile område (f.eks. inden for erstatningsretten og konkurrenceretten).
- 99 Når der i BVerG som forudsætning for en klage og begæring om foreløbige forholdsregler, der kan antages til realitetsbehandling, i hvert enkelt tilfælde kræves en angivelse af den konkret anfægtede, særskilt anfægtelige beslutning i relation til en bestemt udbudsprocedure, idet sagen i modsat fald afvises efter pålæg om korrektion, vil det i en del tilfælde være yderst vanskeligt eller umuligt for en klager – navnlig rettidigt før kontrakttildelelse – med tilstrækkelig sikkerhed at kunne vide, hvor mange særskilt anfægtelige beslutninger der allerede er truffet, og i hvor mange udbudsprocedurer.
- 100 Hvis man imidlertid betragter manglen på gennemsigthed for en klager i forhold til andre retsbeskyttelsessystemer og navnlig søgsmålene ved de østrigske civile domstole, forholder det sig ved en sammenligning også i disse systemer således, at den sagsøger, der søger retsbeskyttelse, først bærer påberåbelsesbyrden og dernæst den objektive bevisbyrde, dvs. risikoen for, at de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for kravet, ikke kan bevises.

- 101 På baggrund af resultaterne af denne sammenligning af de processuelle regler foreslås det derfor at besvare spørgsmålene således, at retsbeskyttelsessystemet i BVerG i sig selv hverken forekommer ineffektivt eller uretfærdigt i EU-rettens forstand som følge af sådanne angivelsesforpligtelser.
- 102 **Tiende spørgsmål:** Med dette spørgsmål ønskes det oplyst, om retten til en retfærdig rettergang i henhold til chartrets artikel 47 i tilfælde af udbudsforløb, som er uigennemsigtige for den, som søger retsbeskyttelse, tillader, at der anvendes en retsafgiftsordning, hvorefter størrelsen af de retsafgifter, som i sidste ende skal betales, afhænger af størrelsen af den anslåede værdi, af antallet af gennemførte udbudsprocedurer med en bestemt værdi og af antallet af anfægtede, særskilt anfægtelige beslutninger.
- 103 Ifølge den forelæggende rets opfattelse fører uigennemsigtheden for klageren i det foreliggende tilfælde til, at det forekommer uretfærdigt at kræve faste retsafgifter for klager og begæringer om foreløbige forholdsregler for hver særskilt anfægtelig beslutning i relation til en bestemt udbudsprocedure, så snart retten på behørig vis har fastslået, hvor mange særskilt anfægtelige beslutninger klageren ønsker at anfægte, hvor mange udbudsprocedurer de vedrører, og hvad deres anslåede værdi er. Det uretfærdige element består i, at for den, der søger retsbeskyttelse ved en civilretlig domstol står det i reglen allerede ved iværksættelsen af søgsmålet inklusive en dertil knyttet begæring om foreløbige forholdsregler klart, hvor meget han skal betale i retsafgifter. I retsafgiftsordningen i henhold til BVerG's § 340 må de, der søger retsbeskyttelse, eventuelt regne med betydelige »afgiftsoverraskelser«.
- 104 Såfremt det ottende og det niende spørgsmål besvares således, at EU-retten kræver, at angivelsesforpligtelserne vedrørende den anfægtede afgørelse og den berørte udbudsprocedure allerede bortfalder, når der indgives klage eller begæring i forbindelse med anfægtede uigennemsigtige udbud, men at størrelsen af den afgift, der skal betales i henhold til BVerG's § 340 og bekendtgørelsen om faste retsafgifter, alligevel først skal fastslås i løbet af proceduren vedrørende klage og begæring på grundlag af de udbudsprocedurer, der kan konstateres på dette tidspunkt, med en bestemt anslået værdi og på grundlag af antallet af beslutninger, der skal ophæves, vil uigennemsigtheden med hensyn til afgiftsbeløbets størrelse ved indgivelsen af klagen eller begæringen fremstå endnu tydeligere.
- 105 Det foreslås derfor, at spørgsmålet besvares således, at det ud fra et EU-retligt synspunkt er uretfærdigt, når klageren som følge af afgiftsbestemmelserne skal betale afgifter, som han på grund af et uigennemsigtigt udbudsforløb endnu ikke kunne forudse på tidspunktet for indgivelsen af klagen eller begæringen, og at de nationale afgiftsbestemmelser derfor ikke kan anvendes.