Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 7 september 2023 [1]

Mål C-303/22

CROSS Zlín a.s.
mot
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,
Ytterligare part:
Statutární město Brno

(begäran om förhandsavgörande från Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno, Tjeckien))

”Begäran om förhandsavgörande – Prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten – Direktiv 89/665 – Medlemsstaternas skyldighet att prövningsförfaranden – Tillgång till prövning – Avtal som ingåtts före ett överklagande till domstol – Verkan av domen – Provisorisk åtgärd för att skjuta upp avtalets rättsverkningar”

1. Ett rättsligt organ i Tjecken frågar EU-domstolen huruvida det nationella systemet för prövning av offentlig upphandling är förenligt med direktiv 89/665/EEG [2] och med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).

2. Det rättsliga organet undrar särskilt huruvida de nationella bestämmelser som gör det möjligt att ingå ett offentligt avtal innan en domstol har prövat en anbudsgivares överklagande av beslutet att utesluta denne från förfarandet och tilldela en konkurrent kontraktet, är förenliga med direktiv 89/665 och artikel 47 i stadgan.

[1] Originalspråk: spanska.

[2] Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt. Direktiv 89/665 [3]

3. I artikel 1 (”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”) föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på kontrakt som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU [av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65)], såvida inte sådana kontrakt är undantagna i enlighet med artiklarna 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 och 37 i det direktivet.

…

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av [direktiv 2014/24] kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.”

…

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.”

4. I artikel 2 (”Krav på prövningsförfaranden”) föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

a) vid första möjliga tillfälle och genom interimistiskt förfarande vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare, inbegripet åtgärder för att skjuta upp eller garantera uppskovet av förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt eller av genomförandet av ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten,

b) antingen åsidosättande eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsinfordran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,

c) bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.

2. De befogenheter som avses i punkt 1 och i artiklarna 2d och 2e får tilldelas separata organ som ansvarar för olika aspekter av prövningsförfarandet.

[3] Här återges den lydelse som följer av Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, 2007, s. 31) liksom av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1).

3. När ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande myndigheten, ska pröva ett beslut om tilldelning av kontrakt, ska medlemsstaterna se till att den upphandlande myndigheten inte kan ingå kontraktet innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av den period under vilken avtal inte får ingås som avses i artiklarna 2a.2, 2d.4 och 2d.5.

4. Utom i de fall som avses i punkt 3 och i artikel 1.5 ska prövningsförfarandena inte nödvändigtvis medföra att de upphandlingar som berörs av prövningen automatiskt skjuts upp.

5. Medlemsstaterna får föreskriva att det behöriga prövningsorganet får ta hänsyn till de sannolika följderna av provisoriska åtgärder för alla berörda intressen som kan skadas, inklusive allmänintresset, och får besluta att inte vidta sådana åtgärder om de negativa följderna kan väga tyngre än fördelarna.

…

6. Medlemsstaterna får föreskriva att när någon kräver skadestånd på grund av att ett beslut har fattats på olagligt sätt, ska det ifrågasatta beslutet först åsidosättas av ett organ som har de nödvändiga befogenheterna.

7. Utom i de fall som avses i artiklarna 2d–2f ska verkan av att de befogenheter har utövats som avses i punkt 1 i den här artikeln på ett avtal som ingås till följd av tilldelningen av det regleras i nationell lagstiftning.

Vidare får medlemsstaterna, utom i de fall där ett beslut ska åsidosättas innan skadestånd beviljas, föreskriva att efter det att ett avtal ingåtts i enlighet med artikel 1.5, punkt 3 i den här artikeln eller artiklarna 2a–2f ska prövningsorganets befogenheter vara begränsade till beslut om skadestånd till den som lidit skada av överträdelsen.

…

9. Om de behöriga prövningsorganen inte är domstolar, ska de alltid ge skriftliga skäl till sina beslut. Dessutom ska det i ett sådant fall vidtas åtgärder för att garantera förfaranden, med vars hjälp en påstådd olaglig åtgärd av ett prövningsorgan eller en påstådd brist i utövandet av dess befogenheter kan bli föremål för domstolsprövning eller prövning av ett annat organ som är en domstol i enlighet med artikel 234 i fördraget och är oberoende av den upphandlande myndigheten och prövningsorganet.

…”

5. Artikel 2a (”Period under vilken avtal inte får ingås”) har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna ska se till att de personer som avses i artikel 1.3 får de tidsfrister som krävs för att effektivt kunna pröva de upphandlande myndigheternas beslut om tilldelning av kontrakt, genom att införa de bestämmelser som krävs för att uppfylla de minimikrav som anges i punkt 2 i den här artikeln och i artikel 2c.

2. Kontrakt enligt beslut om tilldelning av ett kontrakt som omfattas av direktiv 2014/24/EU får inte ingås före utgången av en tidsfrist på minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översänds till de berörda anbudsgivarna och

anbudssökandena, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra medel för kommunikation används, före utgången av en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översänds till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena eller minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.

Anbudsgivarna ska anses vara berörda om de ännu inte har uteslutits definitivt. Ett uteslutande anses definitivt om det har meddelats de berörda anbudsgivarna, och antingen har ansetts vara lagligt av ett oberoende överprövningsorgan eller inte längre kan bli föremål för överprövning.

Anbudssökandena ska anses vara berörda om den upphandlande enheten inte har lämnat information om avslaget på deras ansökan innan de berörda anbudsgivarna meddelats beslutet om tilldelning av kontraktet.

…”

B. Tjeckisk rätt

1. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (lag nr 134/2016 om tilldelning av offentliga kontrakt)

6. I 246 § 1 föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal med den vinnande anbudsgivaren …

d) inom 60 dagar från den dag då förfarandet om överklagande avseende den upphandlande myndighetens beslut inletts, om överklagandet ingetts inom föreskriven frist; den upphandlande myndigheten får dock ingå avtal före utgången av denna frist om [Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (myndigheten för konkurrensskydd, nedan kallad ÚOHS)] har avslagit överklagandet eller det administrativa förfarandet avseende överklagandet har avslutats och beslutet i detta mål har blivit slutgiltigt.”

7. 257 § j har följande lydelse:

”ÚOHS ska genom beslut avsluta det förfarande som inletts,

…

j) om den upphandlande myndigheten under det administrativa förfarandet har ingått ett avtal om genomförande av föremålet för det offentliga kontraktet i fråga.

…”

2. Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (lag nr 500/2004, lagen om förvaltningsförfaranden)

8. I 61 § föreskrivs följande:

”1. Under förfarandets gång får förvaltningsmyndigheten, ex officio eller på begäran av en part, innan förfarandet avslutas besluta om en provisorisk åtgärd, om detta är nödvändigt för att provisoriskt reglera de berörda parternas situation. … En provisorisk åtgärd kan ha som föremål att ålägga en part eller annan person att agera, att avstå från att agera eller att tolerera något, samt att beslagta egendom som kan användas som bevis, eller föremål som kan bli föremål för tvångsverkställighet.

…

3. Förvaltningsmyndigheten ska upphäva den provisoriska åtgärden genom beslut så snart den situation mot bakgrund av vilken åtgärden vidtogs inte längre föreligger. Om förvaltningsmyndigheten inte underlåter att göra så, upphör den provisoriska åtgärden att gälla den dag då beslutet i ärendet blev verkställbart eller började få andra rättsliga verkningar.

…”

3. Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (lag nr 150/2002, förvaltningsprocesslagen)

9. I 38 § föreskrivs följande:

”1. Om ett överklagande har ingetts och en provisorisk reglering är nödvändig för att reglera förhållandet mellan parterna till följd av en risk för allvarlig skada, kan domstolen i beslut förordna om provisoriska åtgärder, varigenom parterna åläggs att agera eller underlåta att agera eller att tolerera något. Av samma skäl får domstolen även ålägga tredje man en sådan skyldighet om en sådan skyldighet rimligen kan avkrävas denne.

…”

10. 72 § 1 har följande lydelse:

”Klagomål får inges inom två månader från den dag då beslutet kom till klagandens kännedom genom delgivande av en kopia av beslutet eller genom något annat sätt i lag föreskrivet sätt, såvida inte en annan tidsfrist föreskrivs i en särskild lag.”

11. 78 § har följande lydelse:

”(1) Om klagomålet är välgrundat ska domstolen upphäva det överklagade beslutet på grund av att det är rättsstridigt eller på grund av förfarandefel. Domstolen ska upphäva det överklagade beslutet på grund av att det är rättsstridigt även om den slår fast att förvaltningsmyndigheten har överskridit de gränser som föreskrivs i lag för myndighetens utrymme för skönsmässiga bedömning eller har missbrukat detta.

…

(4) Domstolen ska, när den upphäver beslutet, samtidigt fastställa att ärendet ska återförvisas till motparten för vidare handläggning.

II. Faktiska omständigheter, det nationella målet och tolkningsfrågan

12. Den 27 september 2019 inledde Statutární město Brno (staden Brno, Tjeckien) ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt rörande utbyggnad av funktionen av trafikledningscentralen för ljussignalsystemet. [4]

13. Bolagen CROSS Zlín, a.s. (nedan kallat CROSS) och Siemens Mobility, s.r.o. deltog i upphandlingsförfarandet och var och en av dem lämnade ett eget anbud.

14. Den 6 april 2020 uteslöt den upphandlande myndigheten CROSS från upphandlingsförfarandet på grund av att det inte uppfyllde villkoren för deltagande i upphandlingsförfarandet.

15. Den 7 april 2020 utsåg den upphandlande myndigheten Siemens Mobility till vinnande anbudsgivare.

16. CROSS ingav klagomål mot beslutet om uteslutning av den 6 april 2020, vilket den upphandlande myndigheten avslog genom beslut av den 4 maj 2020.

17. CROSS överklagade beslutet av den 4 maj 2020 till ÚOHS och yrkade upphävande av dels beslutet om att bolaget skulle uteslutas dels beslutet om att Siemens Mobility skulle utses till vinnande anbudsgivare.

18. Den 3 juli 2020 vidtog ÚOHS en provisorisk åtgärd ex officio, som bestod i att den upphandlande myndigheten förbjöds att ingå avtalet fram till dess att det administrativa förfarandet hade avslutats slutgiltigt.

19. Den 5 augusti 2020 avslog ÚOHS CROSS överklagande.

20. CROSS överklagade beslutet av den 5 augusti 2020 till ÚOHS direktör.

21. Den 9 november 2020 avslog ÚOHS direktör överklagandet. Direktörens beslut vann laga kraft (på myndighetsnivå) [5] den 13 november 2020.

22. Den 18 november 2020 ingick den upphandlande myndigheten ett offentligt kontrakt med Siemens Mobility.

23. Den 13 januari 2021 överklagade CROSS ÚOHS direktörs beslut av den 9 november 2020 till Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno, Tjeckien).

24. CROSS begärde härvid att överklagandet skulle medföra uppskov och att den upphandlande myndigheten, som en förebyggande åtgärd, skulle förbjudas att ingå kontraktet.

[4] Upphandlingsmeddelandet offentliggjordes i *Věstník veřejných zakázek* (*Tidskriften om offentliga upphandlingar*) med nr Z2019 034002 och i *Europeiska unionens officiella tidning* med nr 2019/S 190 461538. Det offentliga kontraktets uppskattade värde uppgick till 13 805 000 CZK (cirka 566 000 euro), exklusive mervärdesskatt.

[5] Med uttrycket laga kraft ”på myndighetsnivå” menar jag att beslutet inte längre kunde överklagas till myndigheten.

25. Genom beslut av den 11 februari 2021 avslog Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno) ÚOHS:s begäran med följande motivering:

– Eftersom kontraktet redan hade ingåtts kunde den upphandlande myndigheten inte förbjudas att ingå det.

– Även om domstolen hade upphävt det överklagade beslutet, skulle ärendet ha återförvisats till ÚOHS, som skulle ha avslutat förfarandet.

– Den upphandlande myndigheten kunde inte heller förbjudas att genomföra detta kontrakt, eftersom det inte förelåg något rättsligt hinder för att ingå kontraktet vid den tidpunkten genom att beslutet från ÚOHS direktör hade vunnit laga kraft.

26. Den 28 mars 2022 gav Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno, Tjeckien) parterna i målet möjlighet att yttra sig över huruvida det var lämpligt att framställa en begäran om förhandsavgörande, mot bakgrund av att det rådde oklarhet om huruvida de nationella bestämmelserna var förenliga med direktiv 89/665 och med artikel 47 i stadgan.

27. Krajský soud v Brně ansåg att de nationella bestämmelserna, enligt vilka det är möjligt att ingå ett offentligt kontrakt så snart beslutet från ÚOHS direktör har vunnit laga kraft (på myndighetsnivå), skulle kunna stå i strid med artikel 2.3 och artikel 2a.2 i direktiv 89/665, eftersom de inte tillförsäkrar anbudsgivare som uteslutits från upphandlingsförfarandet ett effektivt domstolsskydd.

28. Efter det att parterna hade beretts tillfälle att yttra sig beslutade Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno, Tjeckien) att hänskjuta följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Är den tjeckiska lagstiftningen, enligt vilken den upphandlande myndigheten får ingå ett offentligt kontrakt innan ett klagomål ingetts till den domstol som är behörig att pröva lagenligheten av ett beslut, som antagits i andra instans vid Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Byrån för skydd av konkurrens, Tjeckien), om att utesluta en anbudsgivare, förenlig med artikel 2.3 och artikel 2a.2 i direktiv 89/665/EEG, tolkade mot bakgrund av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna?”

III. Förfarandet vid EU-domstolen

29. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 9 maj 2022.

30. Skriftliga yttranden har inkommit från ÚOHS, den tjeckiska och den cypriotiska regeringen samt Europeiska kommissionen. Ovannämnda parter, samt CROSS, deltog i förhandlingen den 25 maj 2023.

IV. Bedömning

A. Inledande anmärkningar

1. Den omständigheten att ÚOHS inte är en domstol

31. Av beslutet att begära förhandsavgörande framgår att även om ÚOHS enligt tjeckisk lag är ett ”prövningsorgan” i den mening som avses i direktiv 89/665, kan det inte anses vara en oavhängig och opartisk domstol, i den mening som avses i artikel 47 i stadgan och punkt 73 i dom av den 21 december 2021, Randstad Italia. [6]

32. EU-domstolen måste hålla sig till den nationella rätten så som den beskrivs av den hänskjutande domstolen, som är behörig att tolka den. [7] Således måste den hänskjutande domstolens uppfattning om ÚOHS rättsliga karaktär godtas.

33. I sitt skriftliga yttrande till EU-domstolen har ÚOHS i själva verket inte hävdat att den är en domstol, [8] utan bara att den är ett ”prövningsorgan” i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 89/665.

2. Föremålet för CROSS överklagande

34. Trots de tvivel som kommissionen har gett uttryck för, [9] riktar sig CROSS överklagande även mot att Siemens Mobility har tilldelats kontraktet. Detta framgår av beslutet att begära förhandsavgörande. [10]

35. Denna omständighet är förenlig med innehållet i tolkningsfrågan, i vilken EU-domstolen ombeds att tolka artikel 2.3 i direktiv 89/665, det vill säga den bestämmelse som reglerar den suspensiva verkan av en ”prövning av ett beslut om tilldelning av ett kontrakt”.

B. Tolkningen av artikel 2.3 i direktiv 89/665

36. Med avseende på de upphandlande myndigheternas beslut (när det rör sig om kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24), ska medlemsstaterna se till att de berörda parterna ges möjlighet att snabbt och effektivt få prövat om dessa myndigheter har åsidosatt de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller de nationella bestämmelser genom vilka dessa införlivas i nationell rätt. Detta är kort sagt syftet med direktiv 89/665.

6 Mål C-497/20, EU:C:2021:1037. Nedan kallad domen Randstad Italia.

7 I ett förfarande enligt artikel 267 FEUF, som vilar på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen, är det dessutom den nationella domstolen som är ensam behörig att fastställa och bedöma omständigheterna i målet (se dom av den 26 april 2017, Farkas, C-564/15, EU:C:2017:302, punkt 37).

8 I punkt 22 i det yttrandet anger ÚOHS att det är oomtvistat ”att [ÚOHS], som är en del av den verkställande makten, inte är någon domstol”. I punkt 35 anger ÚOHS vidare att den ”… inte är en domstol utan en central myndighet, vilket är tillåtet enligt direktiv 89/665”.

9 Punkt 12 i dess skriftliga yttrande.

10 Beslutet att begära förhandsavgörande, punkt 2: ”CROSS överklagade … den upphandlande myndighetens beslut till [ÚOHS] och yrkade upphävande av dels beslutet om att bolaget skulle uteslutas *dels beslutet om att Siemens Mobility skulle utses till vinnande anbudsgivare*.” Min kursivering.

37. Enligt artikel 1.5 i direktivet får medlemsstaterna kräva att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten.

38. Medlemsstaternas processuella autonomi omfattar även ett – fakultativt – införande av ett förfarande för prövning (klagomål) [11] vid den upphandlande myndigheten. Om en sådan prövning begärs kan myndigheten inte ingå avtalet och så skedde i det här aktuella fallet.

39. Förutom sådana *klagomål* till den upphandlande myndigheten, föreskriver direktiv 89/665 verkliga *prövningsförfaranden*, som handläggs av ”de behöriga prövningsorganen”. Det är sådana organ som avses i artikel 2 i direktivet och de kan enligt punkt 9 vara ”domstolar” men de behöver inte vara det (där föreskrivs vilka regler som ska tillämpas om de inte är domstolar). [12]

40. Närmare bestämt föreskrivs i artikel 2.3 i direktiv 89/665 att ett beslut om tilldelning av kontrakt ska kunna prövas av ”ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande myndigheten”. Den bestämmelsen varken kräver eller förbjuder att organet i första instans är en domstol, vilket jag ska återkomma till nedan.

1. Begreppet ”organ i första instans som är oberoende av den upphandlande myndigheten”.

41. Det begrepp som används i artikel 2.3 i direktiv 89/665 är brett. [13] Det kan innefatta följande:

– Andra organ än domstolar som (på myndighetsnivå) anförtros att pröva den upphandlande myndighetens beslut. [14]

– Domstolar som enligt medlemsstatens processuella regler *i första instans* direkt får pröva överklaganden av den upphandlande myndighetens beslut som inte får överklagas till förvaltningsorgan. Dessa domstolar är per definition oberoende av den upphandlande myndigheten.

42. Tonvikten i formuleringen i artikel 2.3 ligger på uttrycket ”organ i första instans” (och eventuellt på dess oberoende av den upphandlande myndigheten), men, som nämnts, inte på huruvida det är en domstol eller inte.

43. Om det föreskrivs i den nationella lagstiftningen (vilket inte tycks vara fallet i Tjeckien) får således en domstol handla som organ i första instans i den mening som avses i artikel 2.3 i direktiv 89/665.

[11] Jag anser att det är lämpligast att använda ordet ”klagomål” i det här sammanhanget. I själva verket handlar det om en begäran om att den som fattat beslutet ska ompröva det.

[12] Prövningsorgan som inte är domstolar och som fattar beslut ska alltid ge skriftliga skäl till sina beslut och de ska kunna bli föremål för ”domstolsprövning eller prövning av ett annat organ som är en domstol i enlighet med artikel [267 FEUF]”.

[13] De olika språkversionerna bekräftar detta: ”Stelle in erster Instanz”, i den tyska, ”body of first instance”, i den engelska, ”instances de premier ressort”, i den franska, ”organo di prima istanza”, i den italienska.

[14] Det måste naturligtvis vara andra organ än den upphandlande myndigheten. Det kan röra sig om självständiga myndigheter, som konkurrensmyndigheter.

2. Uppskov till följd av ett överklagande till ett organ i första instans

44. Enligt artikel 2.3 i direktiv 89/665 ska medlemsstaterna se till att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtalet innan organet i första instans har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av den period som föreskrivs i andra bestämmelser i direktiv 89/665. [15]

45. Enligt artikel 2.3 i direktiv 89/665 ska den automatiska period under vilken avtal inte får ingås bara tillämpas så länge organet i första instans (i förevarande fall ÚOHS) inte har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning.

46. Utom i de fall som avses i artikel 2.3 (och i artikel 1.5) ska prövningsförfarandena inte nödvändigtvis medföra att de upphandlingar som berörs av prövningen automatiskt skjuts upp. Detta föreskrivs i artikel 2.4.

47. Det automatiska uppskovet med upphandlingen ska således tillämpas vid en prövning av ett organ *i första instans* enligt artikel 2.3. Det är denna egenskap (och oberoendet av den upphandlande myndigheten) som är avgörande för att det provisoriska förbudet mot att ingå avtalet ska träda in.

48. Regeln i direktiv 89/665 att ingåendet av avtalet automatiskt ska skjutas upp omfattar, som nämnts, inte *nödvändigtvis* senare överklaganden till domstol av det beslut som har fattats av organet i första instans, om det är ett förvaltningsorgan. För sådana överklaganden till domstol gäller den allmänna bestämmelsen i artikel 2.4 i direktiv 89/665.

49. Jag ska längre fram återkomma till frågan huruvida artikel 47 i stadgan kräver att sådana överklaganden till domstol (efter beslutet av ”organet i första instans”) ska medföra samma uppskov som det som regleras i artikel 2.3 i direktiv 89/665.

3. Olika prövningsorgan, enligt tjeckisk rätt, och uppskov till följd av överklaganden till dessa organ

50. Av den information som har lämnats till domstolen framgår att de berörda personerna har följande möjligheter att angripa ett beslut att tilldela ett kontrakt (rättsmedel i vid mening) i Tjeckien:

– Ett första klagomål till den upphandlande myndigheten. I förevarande fall ingav CROSS det klagomålet till Statutární město Brno (staden Brno) som var den upphandlande myndigheten. På det klagomålet är således artikel 1.5 i direktiv 89/665 tillämplig och i enlighet med den artikeln avstod den upphandlande myndigheten från att ingå avtalet innan prövningen var klar.

– Ett efterföljande överklagande av tilldelningsbeslutet till ÚOHS, som fungerar som ”organ i första instans som är oberoende av den upphandlande myndigheten”. På detta överklagande, som inte är till en domstol, är artikel 2.3 i direktiv 89/665 tillämplig. ÚOHS förbjöd därför, interimistiskt, den upphandlande myndigheten att ingå avtalet.

– Ett sista överklagande, den här gången till en förvaltningsdomstol, vilket är vad som skett i förevarande mål. Ett sådant överklagande medför inte nödvändigtvis och automatiskt ett

[15] I artikel 2a finns detaljerade bestämmelser om den period under vilken avtal inte får ingås.

sådant uppskov som föreskrivs i artikel 2.3 i direktiv 89/665, om det dessförinnan har skett en ”prövning på myndighetsnivå” vid ÚOHS.

51. De är viktigt att påpeka att det i princip inte finns något hinder, som bygger på direktiv 89/665, för att ingå avtalet före eller under domstolsprövningen av överklagandet, om det har föregåtts av ett förfarande vid ÚOHS som har avgjorts där.

C. Effektiv domstolsprövning. Artikel 2.9 i direktiv 89/665 och artikel 47 i stadgan.

52. Vad beträffar direktiv 89/665 har domstolen slagit fast att ”…rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol, som stadfästs i artikel 47 första och andra styckena i stadgan, är relevant på detta område, särskilt när medlemsstaterna i enlighet med denna skyldighet fastställer förfaranderegler för *domstolsprövning* i syfte att tillvarata de rättigheter som unionsrätten tillerkänner *anbudssökande och anbudsgivare som har förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter*”. [16]

53. Enligt artikel 1 i direktiv 89/665 ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas *effektivt*, enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det direktivet.

54. Kravet på *effektivitet* gäller naturligtvis även överklaganden till domstol, vilka omfattas av artikel 47 i stadgan. Detta krav får även konsekvenser för den interimistiska fasen av sådana förfaranden.

55. Enligt artikel 2.3 i direktiv 89/665 medför, som nämnts, en prövning vid ett organ *i första instans* att ingåendet av avtalet skjuts upp. Detta uppskov gäller dock inte automatiskt senare överklaganden till domstol av det beslut som (förvaltnings)organet i första instans har fattat. För sådana gäller den allmänna bestämmelsen i artikel 2.4 i direktiv 89/665.

56. Det är lämpligt att erinra om EU-domstolens rättspraxis rörande de interimistiska åtgärder som krävs i förfaranden rörande rättigheter som bygger på unionsbestämmelser:

– Huvudregeln är att ”en domstol som prövar en tvist som ska avgöras utifrån unionsrätten måste kunna bevilja interimistiska åtgärder för att säkerställa den fulla verkan av det senare domstolsavgörandet avseende förekomsten av de rättigheter som gjorts gällande på grundval av unionsrätten”. [17]

– ”Principen om ett effektivt domstolsskydd för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten skall tolkas så, att en medlemsstats rättsordning måste tillhandahålla en möjlighet för enskilda att utverka interimistiska åtgärder som gäller till dess att den behöriga domstolen prövat huruvida nationella bestämmelser strider mot gemenskapsrätten, när beviljandet av sådana åtgärder är nödvändigt för att säkerställa den fulla verkan av det senare domstolsavgörandet avseende förekomsten av sådana rättigheter.” [18]

[16] Domen Randstad Italia, punkt 49, med hänvisning till dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 128). Min kursivering.

[17] Dom av den 14 maj 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, punkt 297), med hänvisning till dom av den 19 juni 1990, Factortame m.fl. (C-213/89, EU:C:1990:257, punkt 21), och dom av den 15 januari 2013, Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 107).

[18] Dom av den 13 mars 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, punkt 77 och punkt 2 i domslutet).

57. I enlighet med syftet att ”fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel … i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan”,[19] knyter domstolen detta säkerställande till tillvaratagandet av de rättigheter som unionsrätten tillerkänner anbudssökande och anbudsgivare som har förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter.[20] Domstolen har därför slagit fast att de berörda personerna ska ha ”en reell möjlighet att begära omprövning, *och bland annat kunna begära att interimistiska åtgärder vidtas*” till dess att avtalet ingås.[21]

58. Om det behöriga prövningsorganet inte är en domstol (det vill säga att det inte ingår i systemet för domstolsskydd i egentlig mening), vilket det inte är i förevarande fall, krävs enligt ovan citerade rättspraxis att det är möjligt att vända sig till en domstol för att få till stånd en prövning av prövningsorganets beslut.

59. Detta bekräftas av artikel 2.9 i direktiv 89/665 inom området offentlig upphandling: när medlemsstaterna väljer att ha prövningsorgan som är av *administrativ* karaktär, ska deras beslut kunna ”bli föremål för domstolsprövning”.

60. I sådana fall ska enligt artikel 2.9 i direktiv 89/665 ”en påstådd olaglig åtgärd av ett prövningsorgan eller en påstådd brist i utövandet av dess befogenhet” kunna överklagas till en domstol.

61. En sådan domstolsprövning ska innefatta en *möjlighet* för domstolen att besluta om interimistiska åtgärder (eller pröva sådana åtgärder som har beslutats i lägre instanser) för att prövningsorganets brist inte ska bli oåterkallelig på grund av att den upphandlande myndighetens rättsstridiga handlande inte har åtgärdats.[22] Det är bara på det sättet som det rättsmedel som stadfästs i artikel 47 i stadgan kan bli effektivt.

62. I det här sammanhanget är det möjligt (artikel 2.7 andra stycket i direktiv 89/665) att låta prövningsorganets befogenheter vara begränsade till beslut om skadestånd, vilket jag ska återkomma till senare.

63. En isolerad tolkning av artikel 2.7 andra stycket i direktiv 89/665 skulle kunna leda till slutsatsen (vilket en av de parter som yttrade sig vid förhandlingen gjorde gällande) att medlemsstaterna har befogenhet att ovillkorligen föreskriva att den enda reaktionen på ett sådant rättsstridigt handlande kan vara ett sådant skadestånd.

64. Jag anser emellertid att det inte finns fog för ett sådant synsätt och att rätten till ett effektivt rättsmedel bara kan säkerställas genom en samlad tolkning av punkterna 7 och 9 i artikel 2 i direktiv 89/665. Brister eller rättsstridiga åtgärder som beslutas av ett prövningsorgan i första instans som inte är en domstol ska kunna bli föremål för prövning i en domstol i egentlig mening som har fått möjlighet att besluta om interimistiska åtgärder, innan den beslutar huruvida upphävandet av avtalet enbart ska medföra ett skadestånd.

[19] Skäl 36 i direktiv 2007/66.

[20] Domen Randstad Italia, punkt 49, med hänvisning till dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 128).

[21] Beslut av den 23 april 2015, kommissionen/Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punkt 29), där det hänvisas till dom av den 11 september 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 60) (min kursivering).

[22] Ett av syftena med direktiv 2007/66 är just att motverka att ”de upphandlande myndigheterna och de upphandlande enheterna skyndar sig att underteckna kontraktet i avsikt att göra det ifrågasatta beslutets verkningar oåterkalleliga” (skäl 4).

65. Naturligtvis innebär denna möjlighet inte att interimistiska åtgärder alltid ska vidtas, utan det ankommer på domstolen att mot bakgrund av de motstående intressena göra en bedömning av huruvida det föreligger fara i dröjsmål *(periculum in mora)* och huruvida ansökan om den interimistiska åtgärden förefaller vara välgrundad. Det handlar som nämnts om att domstolen ska ha oinskränkt befogenhet att fatta beslut om den interimistiska åtgärden.

66. Jag anser inte att det finns några skäl till att interimistiska åtgärder inte ska kunna vidtas i situationer där avtalet har ingåtts innan överklagandet sker. Visserligen kan domstolen i sådana situationer inte *skjuta upp* något som redan har skett, men den kan fortfarande besluta om andra åtgärder, till exempel att interimistiskt skjuta upp rättsverkningarna av det avtal som redan har ingåtts.

67. Vid förhandlingen gjorde den tjeckiska regeringen och ÚOHS gällande att om en sådan möjlighet godtogs skulle det kunna innebära att det allmänintresse som är förknippat med snabba och effektiva offentliga upphandlingar åsidosätts, eftersom domstolsförfaranden brukar ta lång tid och ett sådant dröjsmål skulle vara ohållbart.

68. Jag anser inte att denna invändning har någon avgörande betydelse:

– Dels gäller konsekvenserna av dröjsmålet på grund av domstolens ingripande inte hela domstolsförfarandet, utan endast den korta tid under vilken domstolen ska fatta beslut om den interimistiska åtgärden. [23] Den omständigheten att överklagade avgöranden normalt sett är verkställbara, innebär att dröjsmålet bara innefattar den tid som domstolen behöver för att fatta beslut om den interimistiska åtgärden. [24]

– Dels byggde de påtalade praktiska svårigheterna på en jämförelse mellan de personella resurser som ÚOHS förfogar över och de personella resurserna vid de tjeckiska förvaltningsdomstolarna. Om så är fallet, ankommer det på den stat som har intresse av att de offentliga upphandlingarna går snabbt att vidta lämpliga processuella åtgärder för att förhindra dröjsmål. Den omständigheten får inte åberopas som motivering till en tolkning av direktivet som försvagar det rättsliga skydd som säkerställs genom artikel 47 i stadgan.

69. Den lösning som jag föreslår går att åstadkomma i det tjeckiska rättsliga systemet, eftersom det föreskrivs i 38 § i lag nr 150/2002 att domstolen kan förordna om ”interimistiska åtgärder, varigenom parterna åläggs att agera eller underlåta att agera eller att tolerera något”, vilket medgavs vid förhandlingen. Bestämmelsen förbjuder inte i sig ett tillfälligt upphävande av det ingångna avtalets rättsverkningar.

70. Jag anser i likhet med kommissionen [25] att denna möjlighet ska användas med försiktighet och att oskäliga eller lättsinniga ansökningar om interimistiska åtgärder ska avslås. Jag anser att domstolen, förutom att konstatera att det föreligger fara i dröjsmål *(periculum in mora)*, måste vara noga med att försäkra sig om att det finns en rättslig grund som i sig visar att det finns en viss sannolikhet för att yrkandet i sak ska vinna bifall (*fumus boni iuris*).

[23] I Tjeckien kan ett överklagande göras till förvaltningsdomstol inom två månader från det att klaganden delgavs det myndighetsbeslut som fattats i andra instans (72 § 1 i lag nr 150/2002). Överklagandet får innehålla en ansökan om en interimistisk åtgärd i form av ett förbud för den upphandlande myndigheten att ingå avtalet så länge domstolsförfarandet pågår. Det är inte tillåtet att ansöka om en interimistisk åtgärd innan ett överklagande har gjorts (38 § i lag nr 150/2002).

[24] Enligt beslutet att begära förhandsavgörande (punkt 18) ska domstolen fatta beslut om en ansökan om interimistiska åtgärder inom 30 dagar från det att ansökan gavs in.

[25] Punkterna 17 och 18 i dess skriftliga yttrande.

71. Dessutom bör den domstol som ska fatta beslut om ansökan om interimistiska åtgärder noga pröva huruvida tvingande skäl av allmänintresse (som inte utan vidare är liktydiga med de ekonomiska intressen som är direkt knutna till avtalet)[26] kräver att det ingångna avtalets rättsverkningar tillfälligt bör upprätthållas.

72. Ovanstående överväganden innebär inte att den mekanism för *automatiskt uppskov* som föreskrivs i artikel 2.3 i direktiv 89/665, ska utsträckas till att omfatta domstolsförfaranden. Jag anser inte att det är nödvändigt att tänja på innebörden av den bestämmelsen och utsträcka verkningarna av det automatiska uppskovet längre än vad lagstiftaren har förutsett. Om det oberoende prövningsorganet inte är en domstol, följer det helt enkelt av artikel 47 i stadgan att domstolen ska ha oinskränkta befogenheter att fatta beslut om den interimistiska åtgärden, i enlighet med reglerna i den nationella rätten.

73. I ett sådant scenario finns det två möjliga situationer:

– Att avtalet mellan den upphandlande myndigheten och den vinnande anbudsgivaren inte har ingåtts. Det interimistiska beslutet handlar om att tillfälligt skjuta upp möjligheten att ingå avtalet.

– Om avtalet har ingåtts kan det interimistiska beslutet påverka rättsverkningarna av avtalet, vilka domstolen har befogenhet att skjuta upp.

D. Verkningarna av domar om ogiltigförklaring av avtalet

74. Det ovan anförda besvarar den hänskjutande domstolens fråga rörande tolkningen av artikel 2.3 i direktiv 89/665.

75. Den har emellertid i sin begäran om förhandsavgörande även uttryckt vissa tvivel som visserligen har samband med interimistiska åtgärder, men som sträcker sig längre än dessa och snarare rör verkningarna av den dom genom vilken målet avslutas. Den har i detta sammanhang påpekat följande:

– Om domstolen upphäver ÚOHS beslut kommer ärendet att återförvisas till den myndigheten för vidare handläggning. Om avtalet har ingåtts dessförinnan, kommer ÚOHS emellertid inte att på nytt pröva överklagandet av den upphandlande myndighetens beslut utan avskriva ärendet.

– Det kan således hända att den uteslutna anbudsgivaren, trots att dennes yrkanden har bifallits av domstolen, inte får möjlighet att tilldelas kontraktet, eftersom avtalet hunnit ingås under tiden som överklagandet till förvaltningsdomstolen prövades och avgjordes.

– I det fallet får den klagande som lyckats få domstolen att ogiltigförklara upphandlingen bara yrka ersättning, i ett tvistemål, för den skada som den upphandlande myndighetens rättsstridiga beslut har vållat.[27]

[26] Jag anser att det inte finns något hinder för att, i tillämpliga delar,, tillämpa bestämmelserna i artikel 2d, i direktiv 98/665 rörande tvingande skäl av allmänintresse och de ekonomiska intressena i fråga, som kriterier för att anpassa ogiltighetsförklaringar av avtal, på den interimistiska fasen vid domstolarna.

[27] Enligt zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (lag nr 99/1963 om civilprocessen). Enligt den hänskjutande domstolen vinner sådana yrkanden sällan bifall.

76. Jag ska ta upp dessa tvivel för fullständighetens skull, även om jag inte är förvissad om att det är strikt nödvändigt att göra det för att lämna ett användbart svar på den fråga som den hänskjutande domstolen sammanfattar i slutet av sin begäran om förhandsavgörande.

77. Jag har vid ett annat tillfälle [28] påpekat att logiken i systemet med överklaganden av en myndighets (som ÚOHS) beslut i princip innebär att om de ogiltigförklaras av en domstol, bör ogiltigförklaringen även omfatta de rättsverkningar de redan har haft, eftersom besluten inte längre har någon rättslig grund.

78. Med andra ord bör en dom genom vilket tilldelningen av ett offentligt kontrakt ogiltigförklaras i princip medföra ett förbud mot att avtalet får rättsverkningar. Ogiltigförklaringen av tilldelningen gäller retroaktivt (*ex tunc*), från och med den tidpunkt då beslutet om tilldelningen fattades. Det är för övrigt det allmänna kriterium som uppställs i direktiv 89/665 efter 2007 års ändring av det, för sådana avtal som medför de allvarligaste överträdelserna av det direktivet. [29]

79. Detta allmänna kriterium medger emellertid undantag och det är vad som föreskrivs i direktiv 89/665 (särskilt för redan ingångna offentliga avtal) till följd av de olägenheter som är förknippade med en ogiltigförklaring. [30] När det till exempel gäller överträdelser av formella krav kan medlemsstaterna ”anse att principen om ogiltighet är olämplig. I dessa fall bör medlemsstaterna ha rätt att föreskriva andra alternativa sanktioner.” [31]

80. Efter den ändring som gjordes genom direktiv 2007/66, gör direktiv 89/665 (skäl 21 [32] och 22 [33] i direktiv 2007/66 och artiklarna 2d och 2e i direktiv 89/665 i dess ändrade lydelse) det möjligt att ”erkänna alla eller vissa tidsmässiga verkningar” av avtal som i princip bör ogiltigförklaras på grund av deras rättsstridiga ursprung, vilket innebär att verkningarna av avtalet bör upprätthållas, samtidigt som sanktioner får föreskrivas och skadestånd beviljas.

81. Direktiv 89/666 föreskriver således möjligheten att låta en dom där en talan om ogiltigförklaring bifalls omfatta ett redan ingånget avtal utan att konsekvenserna av dess ogiltigförklaring dras till sin spets.

[28] Förslag till avgörande i målet Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:440, punkt 64).

[29] Så är fallet med avtal som ingåtts till följd av en ”otillåten direkttilldelning” (skäl 13 i direktiv 2007/66) eller avtal ”som ingås med åsidosättande av den period under vilken avtal inte får ingås och den automatiska förlängningen av den period under vilken avtal inte får ingås” (skäl 18 i direktiv 2007/66). I de fallen är ”[d]et mål som måste uppnås när medlemsstaterna fastställer regler som säkerställer att ett avtal ska anses vara ogiltigt att avtalsparternas rättigheter och skyldigheter bör upphöra att tillvaratas och fullgöras” (skäl 21 i direktiv 2007/66).

[30] Dom av den 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 40): ”Ogiltigförklaringen av ett kontrakt som ingåtts efter det att ett offentligt upphandlingsförfarande genomförts … utgör ett betydande ingrepp av domstolar eller förvaltningsmyndigheter i avtalsförhållanden mellan enskilda och statliga organ. Ett sådant beslut kan också skapa avsevärda störningar och ekonomiska förluster, inte enbart för den anbudsgivare som tilldelats det offentliga kontraktet i fråga, utan även för den upphandlande myndigheten, och därigenom för allmänheten, som är den slutliga användaren av de byggentreprenader eller tjänster som upphandlats genom kontraktet. Såsom det framgår av skäl 25 och 27 i direktiv 2007/66 har unionslagstiftaren således lagt större vikt vid de rättssäkerhetskrav som ställs på en talan som syftar till att ett avtal ska förklaras ogiltigt än på en talan om skadestånd.”

[31] Skäl 19 i direktiv 2007/66.

[32] ”… nationell lagstiftning [kan] till exempel föreskriva ett retroaktivt upphörande av alla kontraktsskyldigheter (*ex tunc*) eller omvänt begränsa upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts (*ex nunc*)”.

[33] ”… medlemsstaterna [får] ge det behöriga prövningsorganet möjlighet att *inte ifrågasätta avtalet eller att erkänna alla eller vissa tidsmässiga verkningar av det*, om exceptionella omständigheter i det aktuella fallet gör det nödvändigt att respektera vissa tvingande hänsyn till ett allmänintresse”. Min kursivering.

82. I det avseendet föreskriver direktiv 89/665 olika lösningar beroende på vilka omständigheter som föreligger:

– Huvudregeln (artikel 2.7) är att ”[u]tom i de fall som avses i artiklarna 2d–2f ska verkan av att de befogenheter har utövats som avses i punkt 1 i den här artikeln på ett avtal som ingås till följd av tilldelningen av det regleras i nationell lagstiftning”.

– Artikel 2d.2 bekräftar att ”[f]öljderna av att ett avtal anses vara ogiltigt ska bestämmas i nationell lagstiftning”. Det får där ”föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla kontraktsskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts”. [34]

– Vidare får medlemsstaterna enligt artikel 2d.3 föreskriva att ”det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten inte behöver anse att ett avtal är ogiltigt, även om det har tilldelats på olagligt sätt av de skäl som anges i punkt 1, om prövningsorganet finner, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, att tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas …”.

– I artikel 2e.1 föreskrivs att medlemsstaterna under vissa omständigheter [35] ska ”föreskriva ogiltighet i enlighet med artikel 2d.1–2e.3 eller alternativa sanktioner”.

– Enligt samma bestämmelse får ”[m]edlemsstaterna … föreskriva att det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten ska besluta, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, om kontraktet bör anses vara ogiltigt eller om alternativa sanktioner bör åläggas”.

83. Sammantaget visar dessa bestämmelser att enligt direktiv 89/665 får under vissa omständigheter de nationella bestämmelserna föreskriva att en dom om ogiltigförklaring av tilldelningen av ett offentligt kontrakt: a) antingen får retroaktiv verkan och påverkar alla kontraktsskyldigheter *ex tunc*, b) eller inte obönhörligen leder till att avtalet förlorar sin verkan.

84. Syftet med dessa bestämmelser är att hitta en balans mellan de *normala* konsekvenserna av en dom om ogiltigförklaring och skyddet av andra allmänna intressen som är förbundna med tillhandahållandet av de tjänster som avtalet avser. Inom detta område, och inom andra, får den nationella lagstiftningen tillåta att en dom om ogiltigförklaring fråntas sin ”naturliga” verkan och att den ersätts av en skyldighet att betala skadestånd eller av andra alternativa åtgärder.

85. De ovannämnda bestämmelserna i direktiv 89/665 (och de nationella bestämmelser genom vilka de införlivas) strider inte mot artikel 47 i stadgan, [36] under förutsättning att det rättsmedel som varje anbudsgivare har rätt till gör det möjligt för denne att erhålla ersättning för den skada denne har lidit, om beslutet att tilldela en annan anbudsgivare kontraktet i efterhand ogiltigförklaras.

[34] I det senare fallet ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av andra sanktioner enligt artikel 2e.2.

[35] Vid överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 som inte omfattas av artikel 2d.1 b.

[36] I sin dom av den 11 september 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 64) slog domstolen fast att ”artikel 2d.4 i direktiv 89/665, i den del som det däri föreskrivs att avtalet ska anses vara giltigt, inte strider mot de krav som uppställs i artikel 47 i stadgan”.

86. Den rätt som skyddas genom artikel 47 i stadgan medför inte en entydig lösning på de problem som uppstår kring rättsverkan av domar om ogiltigförklaring av myndighetsbeslut (eller kontrakt). Från artikel 47 kan visserligen den ovannämnda huvudregeln härledas, men denna regel hindrar inte att utrymme kan ges för de ovannämnda undantagen. [37]

87. Avtalens ogiltighet består emellertid när en nationell domstol i en medlemsstat (som har föreskrivit det i sin lagstiftning) meddelar en dom där tilldelningen av ett kontrakt ogiltigförklaras och tillerkänner domen retroaktiv verkan.

88. I förevarande mål kan de ovanstående övervägandena få en särskild betydelse om den domstol som är behörig att pröva ÚOHS beslut inte beslutar om någon interimistisk åtgärd, efter det att avtalet har ingåtts. Det innebär att om den dom genom vilket målet i förvaltningsdomstolen avslutas upphäver ÚOHS beslut (och det avtal som ÚOHS godkände) och de nationella bestämmelserna kräver att ärendet återförvisas till den myndigheten för vidare handläggning, måste ÚOHS ta ställning till vilka konsekvenserna av avtalets ogiltigförklaring ska bli, på det sätt som föreskrivs i artikel 2d i direktiv 89/665.

V. Förslag till avgörande

89. Mot bakgrund av detta föreslår jag att domstolen ska lämna följande svar till Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno, Tjeckien):

Artiklarna 2.3, 2.9 och 2a.2 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, jämförda med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna,

ska tolkas så, att

de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken den upphandlande myndigheten efter det att förfarandet vid en oberoende prövningsinstans (som inte är en domstol) har avslutats, får ingå ett offentligt kontrakt innan ett överklagande sker till en förvaltningsdomstol som är behörig att pröva lagligheten av beslutet att utesluta en anbudsgivare eller tilldela kontraktet, under förutsättning att den förvaltningsdomstol som ska pröva överklagandet har befogenhet att vidta interimistiska åtgärder som i förekommande fall innebär att verkningarna av det redan ingångna kontraktet skjuts upp.

[37] Jag hänvisar till punkterna 61–70 i mitt förslag till avgörande i målet Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:440).