Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
YVES BOT
föredraget den 10 april 2014[1]

Mål C-19/13

Ministero dell'Interno
mot
Fastweb SpA

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Italien))

"Offentlig upphandling — Direktiv 89/665/EEG — Prövningsförfarande avseende offentlig upphandling — Villkoren för ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling är inte uppfyllda — Prövningsorganets behörighet att upphäva ett tilldelningsbeslut — Räckvidd av undantaget i artikel 2d.4 i direktiv 89/665 enligt vilket prövningsorganet ska upprätthålla avtalets giltighet — Principen om likabehandling — Rätt till ett effektivt rättsmedel"

1. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande har domstolen ombetts att förtydliga räckvidden av en nationell domstols befogenheter avseende ogiltigförklaring och sanktioner, enligt artikel 2d i direktiv89/665/EEG[2], när denna domstol konstaterar att ett offentligt upphandlingskontrakt har tilldelats i strid mot reglerna om offentliggörande och inbjudan att lämna anbud i direktiv 2004/18/EG[3].

2. Direktiv 89/665 är avsett att säkra en effektiv tillämpning av bestämmelser om offentlig upphandling genom att garantera tillgång till snabba och effektiva rättsmedel i samtliga medlemsstater[4]. Genom den ändring som infördes i och med direktiv 2007/66 var det unionslagstiftarens avsikt att göra detta förfarande effektivare genom att förstärka garantierna för insyn och likabehandling. På grund härav infördes sanktioner som skulle vara effektiva och avskräckande i artikel 2d i direktiv 89/665[5], för att säkerställa ett effektivt rättsligt skydd för de potentiella anbudsgivarna och de ekonomiska aktörerna som lidit skada samt att bekämpa de allvarligaste överträdelserna av lagstiftningen om offentlig upphandling, nämligen otillåten direkttilldelning.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Rådets direktiv 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, s. 33; svensk specialutgåva, område 06 volym 3 s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007) (nedan kallat direktiv 89/665).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

4 — Se skäl 3 samt artikel 1.1 i direktiv 89/665. Se även dom kommissionen mot Tyskland, mål C-503/04, EU:C:2007:432, punkt 35 och där angiven rättspraxis.

5 — Se skälen 27 och 28 i direktiv 2007/66.

3. I enlighet med artikel 2d.1 a i direktiv 89/665 ska medlemsstaterna därför se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt om den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* (nedan kallad EUT) utan att detta är tillåtet enligt direktiv 2004/18.

4. Det finns dock ett undantag från denna princip i artikel 2d.4 i direktiv 89/665, vars räckvidd ska utredas här.

5. I denna bestämmelse anges följande:

”Medlemsstaterna ska föreskriva att punkt 1 a i den här artikeln inte ska tillämpas om

— den upphandlande myndigheten anser att tilldelningen av ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med direktiv 2004/18 …,

— den upphandlande myndigheten i *Europeiska unionens officiella tidning* har offentliggjort ett meddelande enligt artikel 3a där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet, och

— avtalet inte har ingåtts före utgången av en minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då detta meddelande offentliggjordes.”

6. Enligt artikel 3a i direktiv 89/665 ska den upphandlande myndighetens meddelande att den har för avsikt att ingå avtalet innehålla myndighetens namn och kontaktuppgifter. Det ska även innehålla en beskrivning av avtalets ändamål och en motivering av beslutet att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling i EUT. Myndigheten ska härutöver ange namn och kontaktuppgifter avseende den ekonomiska aktör som tilldelats kontraktet enligt tilldelningsbeslutet och, i förekommande fall, tillägga andra uppgifter som den härvid anser vara lämpliga.

7. Artikel 2d.4 i direktiv 89/665 är avsedd att göra det enklare att rikta anspråk före avtalets ingående, eftersom en domstol kan rätta till en överträdelse av reglerna om offentlig upphandling genom att ett meddelande om avsikt att ingå avtalet offentliggörs [6] och att avtalet inte ingås före utgången av en tidsfrist på minst tio kalenderdagar [7].

8. Consiglio di Stato (Italien) önskar genom förevarande begäran om förhandsavgörande få klarhet i huruvida denna bestämmelse är giltig med beaktande av principen om likabehandling, som enligt rättspraxis är en grundläggande princip i unionsrätten, och rätten till ett effektivt rättsmedel, som har fastslagits i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).

9. Begäran har framställts i ett mål mellan Ministero dell’Interno (inrikesministeriet) och Fastweb SpA (nedan kallat Fastweb). Målet rör tilldelningen av ett offentligt upphandlingskontrakt till Telecom Italia SpA (nedan kallat Telecom Italia) avseende elektroniska telekommunikationstjänster för en period av sju år och till ett värde av 521 500 000 euro.

10. I målet är det ostridigt att Ministero dell’Interno inte följde reglerna om offentlig upphandling när det tilldelade kontraktet genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling i EUT.

6 — Detta meddelande kallas även ”meddelande om frivillig förhandsinsyn”.

7 — Se skäl 28 i direktiv 2007/66.

11. I dom av den 8 januari 2013 fann Consiglio di Stato att tilldelningsbeslutet var rättsstridigt och upphävde det.

12. Consiglio di Stato konstaterade dock att Ministero dell'Interno offentliggjort ett meddelande i EUT där det uttryckte att det hade för avsikt att ingå avtalet med Telecom Italia, i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 3a i direktiv 89/665. Consiglio di Stato noterade även att Ministero dell'Interno hade iakttagit tidsfristen på minst tio kalenderdagar mellan tilldelningen av upphandlingen och avtalets ingående. Med tillämpning av artikel 2d.4 i direktivet skulle således den nationella domstolen vara skyldig att upprätthålla avtalets giltighet, trots att det stred mot reglerna.

13. Det är mot denna bakgrund som Consiglio di Stato önskar få klarhet i hur omfattande en nationell domstols befogenheter att upphäva ett tilldelningsbeslut och att utdöma sanktioner är.

14. Consiglio di Stato har därför beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Ska artikel 2d.4 i direktiv [89/665] tolkas så, att den omständigheten att en upphandlande myndighet, innan den tilldelar ett kontrakt direkt till en viss ekonomisk aktör, som valts ut utan att ett meddelande om upphandling dessförinnan har offentliggjorts, offentliggör ett meddelande om frivillig förhandsinsyn i *Europeiska unionens officiella tidning* och väntar åtminstone tio dagar innan den ingår avtalet automatiskt utgör hinder – alltid och under alla omständigheter – för att den nationella domstolen förklarar avtalet ogiltigt, även om den konstaterar att det är fråga om en överträdelse av bestämmelser som på vissa villkor tillåter att kontraktet tilldelas utan att ett anbudsförfarande har genomförts?

2) För det fall den ska tolkas så, att den utgör hinder för att med tillämpning av nationell lagstiftning (artikel 122 i förvaltningsprocesslagen) anse att ett avtal är ogiltigt trots att den nationella domstolen har konstaterat en överträdelse av bestämmelser som på vissa villkor tillåter att ett kontrakt tilldelas utan att ett anbudsförfarande har genomförts, är då artikel 2d.4 i direktiv [89/665] förenlig med principen om likställighet mellan parterna, icke-diskrimineringsprincipen och principen om skydd för konkurrensen, och säkerställer den rätten till ett effektivt rättsmedel som stadgas i artikel 47 i [stadgan]?”

15. Parterna i målet vid den nationella domstolen, Italiens regering, Österrikes regering, Polens regering och Europaparlamentet, Europeiska unionens råd och Europeiska kommissionen har inkommit med yttranden.

16. I förevarande förslag till avgörande anser jag att det inte strider vare sig mot ändamålet med direktiv 89/665 eller mot lydelsen i artikel 2d däri att en medlemsstat ger ett prövningsorgan utrymme för skönsmässig bedömning beträffande i vilken utsträckning ett avtal som ingåtts utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i EUT ska förklaras ogiltigt, om prövningsorganet konstaterar att den upphandlande myndigheten medvetet och avsiktligt har åsidosatt reglerna om offentliggörande och inbjudan att lämna anbud som uppställs i direktiv 2004/18, trots att den offentliggjort ett meddelande i EUT där den uttrycker sin avsikt att ingå avtal och trots iakttagandet av en minsta frist på tio dagar mellan tilldelningen av upphandlingskontraktet och avtalets ingående.

I – **Bakgrund till det nationella målet**

17. År 2003 ingick avdelningen för allmän säkerhet vid Ministero dell'Interno ett avtal med Telecom Italia för organisering och utveckling av telekommunikationstjänster, vilket löpte till och med den 31 december 2011.

18. När avtalet var nära att löpa ut utsåg Ministero dell'Interno, genom beslut av den 15 december 2011, Telecom Italia till fortsatt leverantör och teknisk partner för organisering och utveckling av dessa tjänster.

19. För tilldelningen av kontraktet ansåg Ministero dell'Interno att ett förhandlat förfarande kunde tillämpas, utan föregående offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling, med stöd av artikel 57.2 b i lagstiftningsdekret nr 163 av den 12 april 2006 om offentliga kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster med tillämpning av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) av den 12 april 2006 [8], genom vilket artikel 28.1 e i direktiv 2009/81/EG införlivats med den italienska rättsordningen [9].

20. Enligt denna bestämmelse får en upphandlande myndighet tillämpa ett förhandlade förfarandet utan föregående offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling "[o]m kontraktet, av tekniska skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör".

21. I förevarande fall bedömde Ministero dell'Interno att Telecom Italia var den enda ekonomiska aktören som hade förmågan att tillhandahålla de tjänster som skulle upphandlas, av tekniska skäl och för att företaget innehade (vissa) ensamrätter.

22. Beslutet hänsköts till Avvocatura Generale dello Stato, som i yttrande av den 20 december 2011 tillstyrkte att det planerade förfarandet var förenligt med lagstiftningen.

23. Samma dag offentliggjorde Ministero dell'Interno ett meddelande i EUT där den uttryckte sin avsikt att tilldela Telecom Italia kontraktet avseende "tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster, till avdelningen för allmän säkerhet och karabinjärerna, såsom telefonitjänster och mobil datakommunikation, i enlighet med samtliga krav på sekretess och informationssäkerhet med hänsyn till rikets säkerhet".

24. Den 22 december 2011 fattade Ministero dell'Interno det administrativa beslutet att bjuda in Telecom Italia att delta i förhandlingar som skulle inledas den 23 december 2011.

25. Den 31 december 2011, det vill säga vid utgången av tidsfristen på tio dagar från den dag då meddelandet offentliggjordes i EUT, undertecknade parterna ett ramavtal för en löptid på sju år och till ett värde av 521 500 000 euro.

26. Meddelandet om att kontraktet tilldelats offentliggjordes i EUT den 16 februari 2012.

27. Fastweb väckte talan vid Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, som är det behöriga prövningsorganet för tvister om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt i Italien. Fastweb yrkade att tilldelningsbeslutet skulle upphävas och att avtalet skulle förklaras ogiltigt. Till stöd för sin talan anförde bolaget att villkoren för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling i artikel 28.1 e i direktiv 2009/81 inte var uppfyllda.

8 — Ordinarie supplement till GURI nr 100 av den 2 maj 2006. Dekret i dess lydelse enligt lagstiftningsdekret nr 152 av den 11 september 2008 (ordinarie supplement till GURI nr 231 av den 2 oktober 2008) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163/2006).

9 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (EUT L 216, s. 76), i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1251/2011 av den 30 november 2011 (EUT L 319, s. 43) (nedan kallat direktiv 2009/81). Artikel 28.1 e i direktiv 2009/81 har i huvudsak samma innehåll som artikel 31.1 b i direktiv 2004/18.

28. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio biföll Fastwebs talan i den del den avsåg att tilldelningsbeslutet skulle upphävas. Domstolen fann att de uppgifter och omständigheter som åberopats av Ministero dell'Interno inte utgjorde sådana ”tekniska skäl” som avses i artikel 57.2. b i lagstiftningsdekret nr 163/2006, utan utgjorde överväganden avseende lämpligheten i att tilldela kontraktet till en annan ekonomisk aktör och de problem detta skulle kunna leda till. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ansåg dock att den inte kunde förklara avtalet ogiltigt, eftersom Ministero dell'Interno hade uppfyllt kravet på insyn och iakttagit tidsfristen på minst tio dagar under vilken avtal inte fick ingås enligt artikel 121.5 i förvaltningsprocesslagen, genom vilken artikel 2d i direktiv 89/665 har införlivats med italiensk rätt.

29. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ansåg däremot att dessa bestämmelser inte utgjorde hinder för att förklara avtalet ogiltigt från och med den 31 december 2013 med stöd av artikel 122 i förvaltningsprocesslagen.

30. Både Ministero dell'Interno och Telecom Italia har överklagat domen till Consiglio di Stato.

31. Consiglio di Stato har fastställt underinstansens dom i den del den avser upphävande av tilldelningsbeslutet. Domstolen har även funnit att den upphandlande myndigheten inte förmått styrka att villkoren för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om offentlig upphandling var uppfyllda. Consiglio di Stato anser härvid nämligen att det inte framgick av inkomna yttranden och handlingar, däribland den tekniska rapporten, att det var objektivt omöjligt att låta andra ekonomiska aktörer utföra de aktuella tjänsterna, utan snarare att denna lösning framstod som mindre lämplig, framför allt på grund av att den enligt Ministero dell'Interno skulle leda till förändringar och kostnader samt kräva tid för anpassning.

32. Consiglio di Stato önskar däremot få klarhet i vilka konsekvenser upphävandet av tilldelningsbeslutet får för det aktuella avtalets verkningar, med beaktande av de principer som unionslagstiftaren har fastslagit i artikel 2d.4 i direktiv 89/665.

II – **Italiensk rätt**

33. Direktiv 89/665 har införlivats med den italienska rättsordningen genom lagstiftningsdekret nr 53 av den 20 mars 2010, vars bestämmelser sedermera har tagits in i artikel 120 och följande artiklar i förvaltningsprocesslagen.

34. Genom artikel 121.1 i förvaltningsprocesslagen har artikel 2d.1 i direktiv 89/665 införlivats med den italienska rättsordningen. I nämnda artikel 121.1 anges att den domstol som upphäver det slutgiltiga tilldelningsbeslutet ska förklara avtalet ogiltigt – med angivande av huruvida förklaringen att avtalet är ogiltigt endast omfattar prestationer som ännu inte fullgjorts vid tidpunkten för avgörandets offentliggörande eller om den ska ha retroaktiva verkningar, vilket beror på parternas yrkanden och bedömningen av hur allvarligt den upphandlande myndighetens agerande är samt de faktiska omständigheterna – i följande fall:

— Om kontraktet slutligt tilldelats utan föregående offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling i EUT eller i Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, när sådant offentliggörande krävs enligt lagstiftningsdekret nr 163/2006.

— Om kontraktet slutligt tilldelas genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av meddelande eller genom en löpande tilldelning utan att detta är tillåtet samt att detta leder till en underlåtenhet att offentliggöra ett meddelande i EUT eller i Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, när sådant offentliggörande krävs enligt lagstiftningsdekret nr 163/2006.

35. Artikel 2d.4 i direktiv 89/665 har införlivats med italiensk rätt genom artikel 121.5 i förvaltningsprocesslagen, vari stadgas att vad som föreskrivs i artikel 121.1 a och 121.1 b inte ska äga tillämpning och avtalet inte förklaras ogiltigt, om den upphandlande myndigheten

— i ett motiverat beslut före inledandet av upphandlingsförfarandet har förklarat att förfarandet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i EUT eller Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana är tillåtet enligt lagstiftningsdekret nr 163/2006,

— har offentliggjort ett meddelande om upphandling på gemenskapsnivå eller upphandlingar understigande tröskelvärdet, i EUT respektive i Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, om frivillig förhandlingsinsyn i enlighet med artikel 79 bis i lagstiftningsdekret nr 163/2006, vari den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet,

— har ingått avtalet först efter att tio kalenderdagar förflutit efter att meddelandet som avses i artikel 121.1 b offentliggjordes.

36. Beträffande de fall som inte undantas enligt artikel 121.1, anges härutöver i artikel 122 i förvaltningsprocesslagen att domstolen som upphäver det slutgiltiga tilldelningsbeslutet även ska bestämma huruvida avtalet ska förklaras ogiltigt och i sådant fall ange från vilken tidpunkt detta ska gälla. Domstolen ska därvid särskilt beakta parternas intressen, sökandens faktiska möjlighet att tilldelas kontraktet mot bakgrund av de brister som konstaterats, i vilken mån avtalet har fullgjorts samt möjligheten att återuppta det, om bristen avseende tilldelningen inte föranleder en skyldighet att ta om förfarandet och om ett återupptagande av avtalet har begärts.

37. Artikel 3a i direktiv 89/665, som rör innehållet i ett meddelande om frivillig förhandsinsyn, har införlivats genom artikel 79 bis i lagstiftningsdekret nr 163/2006.

III – **Min bedömning**

38. Jag har valt att pröva Consiglio di Statos två frågor tillsammans.

39. Consiglio di Stato har ställt dessa frågor i syfte att få klarhet i huruvida en nationell domstol enligt artikel 2d.4 i direktiv 89/665, jämförd med principen om likabehandling och rätten till ett effektivt rättsmedel, oavsett omständigheterna, är skyldig att upprätthålla verkningarna av ett avtal som ingåtts utan föregående offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling, om den upphandlande myndigheten har offentliggjort ett meddelande i EUT vari den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet och, i enlighet med nämnda bestämmelse, inte ingår avtalet förrän åtminstone tio kalenderdagar förflutit mellan tilldelningen av upphandlingskontraktet och avtalets undertecknande.

40. Jag anser att så inte är fallet. Jag anser nämligen att artikel 2d.4 i direktiv 89/665 inte kan instifta en sådan automatik, vilket riskerar att bestämmelserna som unionslagstiftaren infört i direktiv 2007/66 fråntas ändamålsenlig verkan och att vissa grundläggande principer som lagstiftaren tillerkänt den ekonomiska aktören som lidit skada åsidosätts.

41. Enligt artikel 2 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.

42. Domstolen har härvid funnit att principen om likabehandling av anbudsgivare eller anbudssökande utgör en grundläggande unionsrättslig princip på området för offentliga upphandlingar [10]. Denna princip ser till att fri rörlighet av tjänster inom Europeiska unionen säkerställs och syftar till att främja sund och effektiv konkurrens mellan berörda ekonomiska aktörer i samtliga medlemsstater [11]. Såsom domstolen påpekat utgör den följaktligen hinder mot all form av förhandling mellan den upphandlande myndigheten och en anbudsgivare under ett upphandlingsförfarande. Förutom att vara ett skydd mot diskriminering på grund av nationalitet innebär principen om likabehandling även en skyldighet att lämna insyn under förfarandet av en offentlig upphandling [12]. Denna skyldighet att lämna insyn består i huvudsak i att garantera varje potentiell anbudsgivare en tillräcklig grad av offentlighet för att tjänstekoncessionen ska kunna öppnas för konkurrens och för att det ska gå att kontrollera om förfarandena är opartiska [13]. Detta syftar till att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida, så att dessa anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud [14].

43. Sådana skyldigheter medför rättigheter för ekonomiska aktörer vilka måste åtnjuta ett effektivt domstolsskydd från de nationella domstolarna. De sistnämnda måste följaktligen ha möjlighet att garantera att dess domar verkställs fullt ut och måste kunna vidta sanktionsåtgärder som är effektiva, proportionerliga och avskräckande i syfte att säkerställa effektivitet i regelverket beträffande offentliga upphandlingar.

44. Det var för att säkerställa effektiv efterlevnad av dessa principer samt ett effektivt rättsligt skydd för de berörda anbudsgivarna mot risken för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida, som unionslagstiftaren, genom direktiv 2007/66, valde att förstärka möjligheten till effektiv och skyndsam rättslig prövning i medlemsstaterna för dem som har ett intresse av att erhålla ett särskilt kontrakt och som har skadats av en påstådd överträdelse [15].

45. I direktiv 89/665 fastställs i princip endast att de minimivillkor som prövningsförfaranden i de nationella rättsordningarna måste uppfylla [16] och utesluter inte, enligt skäl 20 i direktiv 2007/66, att strängare sanktioner tillämpas enligt nationell lagstiftning, samtidigt som, enligt skäl 34 i sistnämnda direktiv, principen om medlemsstaternas självständighet i processuella frågor följs.

46. Medlemsstaterna åläggs i artikel 1.1 i direktiv 89/665 en skyldighet att säkerställa att ekonomiska aktörer som lidit skada har möjlighet till effektiv prövning, och så skyndsamt som möjligt, mot en upphandlande myndighets rättsstridiga beslut, i enlighet med villkoren i artiklarna 2–2f i direktivet [17].

47. I detta syfte och enligt artikel 2.1 i direktivet, ska medlemsstaterna se till att prövningsorganet har följande befogenheter:

— befogenhet att vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare,

10 — Se hur denna princip utvecklats i mitt förslag till avgörande i mål Wall, C-91/08, EU:C:2009:659, punkt 34 och följande punkter.

11 — Se, bland annat, dom Manova, mål C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 28. Se, även, dom Wall, EU:C:2010:182, i vilken domstolen klargjorde, i punkt 48, att ”[artiklarna 43 EG och 49 EG] och principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, har nämligen samma syften som [rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 (EGT L 285, s. 1)], vilka särskilt avser fri rörlighet för tjänster och en icke snedvriden konkurrens i medlemsstaterna”.

12 — Se dom kommissionen/CAS Succhi di Frutta, mål C-496/99 P, (EU:C:2004:236), punkt 109 och där angiven rättspraxis, samt dom Parking Brixen, mål C-458/03, (EU:C:2005:605), punkt 49 och där angiven rättspraxis.

13 — Se domen Wall (EU:C:2010:182), punkt 36 och där angiven rättspraxis.

14 — Se dom kommissionen/Belgien, mål C-87/94 (EU:C:1996:161), punkterna 54–56).

15 — Se, bland annat, skälen 3 och 4 i direktivet. Se även dom kommissionen/Österrike, mål C-212/02 (EU:C:2004:386), punkterna 20–22.

16 — Se dom Strabag m.fl., mål C-314/09 (EU:C:2010:567), punkt 33 och där angiven rättspraxis.

17 — Se, även dom GAT, mål C-315/01 (EU:C:2003:360), punkt 44 och där angiven rättspraxis.

— befogenhet att åsidosätta beslut som fattats på olagligt sätt, och

— befogenhet att bevilja skadestånd till personer som lidit skada.

48. I artikel 2.7 i direktiv 89/665 har unionslagstiftaren överlåtit åt medlemsstaterna att i sin nationella lagstiftning bestämma vilka verkningar som ska vara knutna till utövandet av dessa befogenheter när det gäller frågan om avtalets fortsatta giltighet.

49. Från denna rätt har lagstiftaren dock undantagit de fall som anges i artikel 2d–2f i direktiv 89/665 och särskilt de fall där den nationella domstolen har upphävt ett tilldelningsbeslut på grund av ett åsidosättande av reglerna om offentliggörande och inbjudan att lämna anbud i direktiv 2004/18. I dessa fall har lagstiftaren således valt att avgränsa prövningsorganets befogenheter genom att uttryckligen fastställa vilka verkningar som ska vara knutna till upphävandet av ett tilldelningsbeslut.

50. Enligt artikel 2d.1 a i direktiv 89/665, under artikelrubriken ”Ogiltighet”, ska prövningsorganet förklara ett avtal ogiltigt om den upphandlande myndigheten har tilldelat kontraktet utan föregående offentliggörande av meddelande om offentlig upphandling i EUT, i strid mot bestämmelserna i direktiv 2004/18. Ordalydelsen är klar och det saknas, i princip, handlingsutrymme för medlemsstaterna.

51. Unionslagstiftaren har rättfärdigat denna avgränsning i skäl 13 i direktiv 2007/66, med förklaringen att en otillåten direkttilldelning, enligt domstolens praxis, utgör den allvarligaste överträdelsen av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling[18]. Därför har den ansett att effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner bör föreskrivas, vilket innebär att ett avtal ska förklaras ogiltigt.

52. Om prövningsorganet finner att ett beslut om tilldelning av upphandling genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av meddelande om offentliggörande var otillåtet, ska den upphäva tilldelningsbeslutet för att återupprätta konkurrensen och skapa affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som lidit skada[19].

53. Det stränga kravet i denna princip mildras dock något genom artikel 2d.2 i direktiv 89/665, eftersom unionslagstiftaren därigenom har överlåtit åt medlemsstaterna att bestämma följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt.

54. Härutöver finns det ett undantag från denna princip, vilket framgår av artikel 2d.4 i direktivet och vars lydelse och räckvidd jag ska tolka här.

55. Det kan upprepas att det i denna bestämmelse anges att ”[m]edlemsstaterna ska föreskriva att punkt 1 a i den här artikeln inte ska tillämpas om den upphandlande myndigheten”

— för det första, anser att tilldelningen av ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande är tillåten i enlighet med direktiv 2004/18,

— för det andra, uppfyller skyldigheten att lämna insyn innan avtalet ingås, genom att offentliggöra ett meddelande om frivillig förhandsinsyn i EUT, och

— för det tredje, inte har ingått avtalet före utgången av en minsta tidsfrist på tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då meddelandet där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet offentliggjorts i EUT.

18 — Se dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03 (EU:C:2005:5), punkt 37.

19 — Skäl 14 i direktiv 2007/66.

56. Parlamentet och rådet bekräftade vid den muntliga förhandlingen att nyss nämnda villkor är kumulativa.

57. Det framgår mycket tydligt av skälen 13, 14 och 26 i direktiv 2007/66 att unionslagstiftaren genom införandet av detta undantag har försökt att göra en avvägning mellan berörda intressen, nämligen dels det skadelidande företaget, som ges möjlighet att ansöka om åsidosättande av ett olagligt beslut genom interimistiskt förfarande innan avtalet ingås, dels den upphandlande myndigheten och det utvalda företaget, vilka undviker den rättsosäkerhet som följer av att ett avtal förklaras ogiltigt.

58. Unionslagstiftaren har formulerat artikel 2d.4 i direktiv 89/665 i tvingande ordalag och bestämmelsen kräver, om inget annat anges, att prövningsorganet ska upprätthålla ett avtals giltighet, trots att det befunnits vara ogiltigt, om samtliga tre villkor är uppfyllda. Skälet till detta är att bevara den eftersträvade balansen mellan de berörda parterna.

59. Genom att införa en separat bestämmelse som är så specifik som artikel 2d.4 är, i den ursprungliga versionen av direktiv 89/665, antar jag att unionslagstiftaren avsåg att urskilja en gemensam och tvingande regel för samtliga medlemsstater. I motsats till övriga bestämmelser – där lagstiftaren uttryckligen har överlåtit åt medlemsstaterna att bestämma, inom ramen för deras processuella autonomi, följderna av att ett kontrakt förklaras ogiltigt och utan verkan [20] – verkar artikel 2d.4 i direktiv 89/665 inte tillåta att medlemsstaterna föreskriver en strängare sanktion på sätt som anges i skäl 20 i direktiv 2007/66 och, i synnerhet, att kontraktet förklaras ogiltigt.

60. Innebär detta dock, såsom den nationella domstolen uttryckligen har frågat, att det ”automatiskt utgör hinder – alltid och under alla omständigheter” – för att prövningsorganet förklarar kontraktet ogiltigt?

61. Jag anser att prövningsorganets handlingsutrymme avser den domstolsmässiga prövning som krävs för att uppfylla villkoren i artikel 2d.4 i direktiv 89/665, i synnerhet avseende det första villkoret.

62. Om prövningsorganet finner att villkoren i denna bestämmelse är uppfyllda, är organet skyldigt att upprätthålla avtalets giltighet i enlighet med bestämmelsens lydelse och ändamål. Om prövningsorganet däremot vid sin domstolsmässiga prövning finner att villkoren inte är uppfyllda, ska avtalet förklaras ogiltigt i enlighet med artikel 2d.1 a i direktiv 89/665, varvid prövningsorganet har sådant handlingsutrymme som överlåtits enligt artikel 2d.2.

63. Prövningsorganets utrymme för skönsmässig bedömning beror således på utgången av dess domstolsmässiga prövning.

64. Det är av två skäl som jag betonar omfattningen av denna prövning.

65. Det första har att göra med förverkligandet av de mål unionslagstiftaren eftersträvat med artikel 1.1 i direktiv 89/665, i synnerhet målet att säkerställa att det finns effektiva rättsmedel mot de beslut som fattats av de upphandlande myndigheterna i strid mot reglerna om offentlig upphandling.

66. Den domstolsmässiga prövningen är till för att säkerställa efterlevnaden av likabehandlingsprincipen och insynsskyldigheten som följer härav, genom att, i förekommande fall, vidta effektiva och avskräckande sanktioner.

20 — Se, bland annat, artikel 2d.3 i direktiv 89/665 vari införs ett avsteg från artikel 2d.1, genom att det anges att ”Medlemsstaterna får föreskriva att … prövningsorgan[et] … inte behöver anse att ett avtal är ogiltigt, även om det har tilldelats på olagligt sätt … om prövningsorganet finner … att tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas”. Denna bestämmelses lydelse är tydlig och det är uppenbart att unionslagstiftaren har överlåtit åt den nationella domstolen att bedöma vilken sanktion som är mest lämplig med beaktande av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

67. Denna prövning är även till för att säkerställa att en talan som väcks av ett företag som lidit skada får full effekt, i enlighet med artikel 47 i stadgan. Unionslagstiftarens åtagande är, enligt skäl 36 i direktiv 2007/66, att detta ”direktiv respekterar de grundläggande rättigheterna och följer de principer som erkänns särskilt i [stadgan]”. Direktivet syftar särskilt till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel i enlighet med artikel 47 i stadgan. Dock förutsätter rätten till effektiva rättsmedel att den nationella domstolen har ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende huruvida tillämplig lagstiftning efterlevts och, i förekommande fall, huruvida kraven i artikel 2d.4 i direktiv 89/665 uppfyllts.

68. Det andra skälet har att göra med den formulering som unionslagstiftaren har valt att använda i första kravet i artikel 2d.4 första strecksatsen i direktivet.

69. Det kan erinras om att den nationella domstolen, enligt denna bestämmelse, nämligen ska godta ett kontrakt trots att det ingåtts i strid mot reglerna, om ”den upphandlande myndigheten *anser* att tilldelningen av ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med direktiv 2004/18/EG” [21].

70. Det förefaller dock vara extremt svårt att uppfylla ovannämnda krav genom att ge den upphandlande myndigheten ett utrymme för skönsmässig bedömning som är lika omfattande som utrymmet i denna bestämmelse, utan att underkastas någon form av domstolsmässig prövning.

71. Under sådana omständigheter är villkoret nämligen helt beroende av en kontrahents vilja och de skadelidande ekonomiska aktörernas rättsskydd bristfälligt [22].

72. För det första skulle den upphandlande myndigheten, i strid med lydelsen, sammanhanget och ändamålet i bestämmelserna i direktiv 89/665, enligt villkoret, ha friheten att bestämma om den ska inleda ett anbudsförfarande eller inte, och således om den ska följa principerna om insyn och icke-diskriminering, vilka framgår av artikel 2 i direktiv 2004/18, eller inte, genom att garanteras att ett kontrakt som ingås i strid med reglerna om offentliggörande inte kommer att förklaras ogiltigt, så länge den upphandlande myndigheten har offentliggjort ett meddelande i EUT där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet och avtalet inte har ingåtts före utgången av en minsta tidsfrist på tio kalenderdagar. De ekonomiska aktörer som uteslutits har på så sätt endast möjlighet att väcka talan om skadestånd, vilket inte skulle ge rätt till förnyad inbjudan att lämna anbud i upphandlingen som tilldelats i strid med reglerna.

73. Det finns dock uppenbarligen en paradox.

74. Det kan nämligen erinras om att avsikten i direktiv 89/665 uttryckligen är att öka garantierna för insyn och icke-diskriminering vid offentliga upphandlingar, för att fullt ut säkerställa ett domstolsskydd för de ekonomiska aktörer som lidit skada [23]. Vidare kan det även påpekas att det var för att bekämpa olaglig direkttilldelning av upphandlingar och för att skydda möjliga anbudsgivare mot den upphandlande myndighetens godtycke som unionslagstiftaren valde att, genom direktiv 2007/66, förstärka möjligheten till en effektiv och skyndsam rättslig prövning [24].

21 — Min kursivering. Denna lydelse återfinns i artikel 2e.2 i Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om ändring av Rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling (KOM(2006) 195 slutlig av den 4 maj 2006. En liknande formulering återfinns i punkt 3 i motiveringen till detta förslag, vari anges att ”[n]är en upphandlande myndighet *anser* att den har rätt att tilldela en direktupphandling … skall den … vänta med att ingå avtalet i minst 10 kalenderdagar efter att ha ombesörjt tillräcklig offentlighet genom ett förenklat meddelande om tilldelning” (min kursivering).

22 — Ett sådant villkor föreligger när det är kontrahenten själv som bestämmer huruvida en skyldighet ska uppstå eller verkställas.

23 — Se skäl 3 i direktivet.

24 — Domen kommissionen/Österrike (EU:C:2004:386), punkterna 20–22.

75. För det andra gör villkoret det möjligt för den upphandlande myndigheten att direkttilldela upphandlingen, i strid med kraven som uppställs i direktiv 2004/18, genom att följa ytterst få formaliteter och riskera ytterst få sanktioner, och därigenom åsidosätta rättigheter som getts.

76. Såsom Fastweb har angett i sitt yttrande, är det därigenom enklare att tilldela ett utvalt företag ett offentligt upphandlingskontrakt istället för att ordna ett korrekt anbudsförfarande som följer reglerna om offentliggörande och inbjudan till anbudsgivning som uppställs i direktiv 2004/18.

77. Först och främst undviks tidsplanen för anbudsinfordran och den offentliga upphandlingen kan tilldelas fortare. Förevarande mål är ett perfekt exempel på detta, eftersom förfarandet för att tilldela upphandlingen i fråga, ett kontrakt på sju år och till ett värde av 521 500 000 euro, påbörjades den 15 december 2011 och avslutades den 31 december 2011, tio dagar senare.

78. Vidare är förfarandet för offentliggörande annorlunda. Vid ett korrekt anbudsförfarande är nämligen den upphandlande myndigheten skyldig att offentliggöra ett meddelande om offentlig upphandling och meddela samtliga anbudsgivare om det beslut som fattats. Föregående offentliggörande och inbjudan till anbudsgivning har således formaliserats. Vid ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling är den upphandlande myndigheten endast skyldig att offentliggöra ett meddelande i EUT, varvid berörda företag har tio dagar på sig för att rikta anspråk före ingåendet av avtalet. Det är uppenbart att detta offentliggörande inte garanterar den information som berörda får på samma sätt som ett offentliggörande av anbudsinfordran i EUT, eller ett meddelande till var och en om det beslut som fattats av den upphandlande myndigheten skulle göra, vilket således begränsar domstolsprövningen.

79. Slutligen, när tilldelningen är olaglig, bland annat på grund av brister i anbudsförfarandet, kan avtalet förklaras ogiltigt. I det förfarande som avses i artikel 2d.4 i direktiv 89/665 ska däremot prövningsorganet upprätthålla giltigheten av ett avtal som ingåtts i strid med reglerna om offentliggörande och inbjudan till anbudsgivning, om den upphandlande myndigheten publicerar ett meddelande om frivillig förhandlingsinsyn och inte ingår avtalet före utgången av en minsta tidsfrist på tio kalenderdagar. Prövningsorganet kan visserligen tillerkänna dem skadestånd, men utdömandet av skadestånd gör det inte möjligt att få till stånd en förnyad inbjudan att lämna anbud i den olagligt tilldelade upphandlingen.

80. Följaktligen anser jag att det verkar vara absolut nödvändigt att prövningsorganet beaktar den upphandlande myndighetens beteende vid sin domstolsmässiga prövning av villkoren i artikel 2d.4 i direktiv 89/665. Prövningsorganet ska, enligt min mening, i synnerhet bedöma huruvida den har handlat i god tro och med erforderlig omsorg när den ingick avtalet och huruvida dess skäl för att tilldela upphandlingen genom ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om offentlig upphandling i EUT är eller var berättigade.

81. Detta är även den åsikt som den italienska och den polska regeringen samt rådet och kommissionen har gett uttryck för i sina yttranden [25].

25 — Se punkterna 22 och 27 i den italienska regeringens yttrande, punkt 12 i den polska regeringens yttrande, punkt 33 i rådets yttrande och punkt 48 i kommissionens yttrande.

82. Man ska nämligen inte glömma bort att upprätthållandet av ett avtals giltighet enligt artikel 2d.4 i direktiv 89/665 grundar sig på den upphandlande myndighetens goda tro och är avsett att säkerställa avtalsparternas rättssäkerhet. Unionslagstiftaren har uttryckligen angett detta i skäl 26 i direktiv 2007/66, där den betonar nödvändigheten att ”undvika rättsosäkerhet till följd av ogiltighet bör medlemsstaterna föreskriva om ett undantag från beslut om [ett avtals] ogiltighet”. Domstolen har vidare uttryckligen godkänt detta i domen kommissionen mot Tyskland [26].

83. Det kan emellertid varken finnas rättssäkerhet eller skydd för berättigade förväntningar när den upphandlande myndigheten har handlat i ond tro vid tillämpningen av regelverket och medvetet och avsiktligt har brutit mot lagstiftningen om offentlig upphandling.

84. Vid den muntliga förhandlingen gjorde Telecom Italia gällande att artikel 2d.4 första strecksatsen i direktiv 89/665 inte ålägger den upphandlande myndigheten någon skyldighet att handla i god tro och med omsorg. Bolaget anser att den enda skyldighet som myndigheten har är en motiveringsskyldighet. Jag delar inte alls denna tolkning av den aktuella bestämmelsen. Att myndigheterna handlar i god tro ingår som en oskiljbar del av deras funktionssätt och ger upphov till de berättigade förväntningar som enskilda måste kunna ha på myndigheternas verksamhet. Det rör sig således om en av de grundläggande principerna som styr myndigheternas dagliga verksamhet. Av detta följer att det är uppenbart att det vid tillämpningen av artikel 2d.4 första strecksatsen i direktiv 89/665 är en förutsättning att den upphandlande myndigheten har handlat i god tro.

85. Det är således absolut nödvändigt att den nationella domstolen beaktar vilka skäl som, logiskt och ärligt, kan ha legat till grund för den upphandlande myndighetens uppfattning att den hade rätt att tilldela upphandlingen genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling och att därvid göra skillnad mellan ett misstag i god tro och ett avsiktligt åsidosättande av regelverket om offentlig upphandling. Det är efter en sådan prövning som den nationella domstolen har möjlighet att fastställa vilken sanktion som är mest lämplig.

86. Det finns således två tänkbara fall.

87. Det första fallet är att den nationella domstolen finner att den upphandlande myndighetens oriktiga bedömning är ursäktlig, eftersom den har bevisat att den var i god tro. Vid sådant förhållande är den nationella domstolen skyldig att upprätthålla avtalets giltighet i enlighet med artikel 2d.4 i direktiv 89/665, så att den eftersträvade balansen mellan de olika parternas intressen bevaras.

88. I det avseendet finns det ingenting som tyder på att prövningsorganet får besluta om alternativa sanktioner, som dem som avses i artikel 2e.2 i direktiv 89/665.

89. För det första får prövningsorganet endast besluta om en alternativ sanktion om den verkligen är ett alternativ till en annan sanktion. Med andra ord måste det finnas en rättslig grund för prövningsorganets beslut att utdöma en sanktion. I ett fall där samtliga villkor i artikel 2d.4 i direktiv 89/665 är uppfyllda, har unionslagstiftaren emellertid, såsom anförts ovan, ställt upp ett krav på att prövningsorganet ska upprätthålla avtalets giltighet och organet har således inte någon möjlighet att påföra den upphandlande myndigheten en sanktion i form av att kontraktet förklaras ogiltigt. Någon ”sanktion” i den mening som avses i direktivet blir således inte aktuell.

26 — EU:C:2007:432, punkt 33 och där angiven rättspraxis. Se, även, analogt, domen Strabag m.fl. (EU:C:2010:567), vari domstolen förtydligade att tidsfrister har införts ”för att förhindra att det uppstår en situation där anbudssökande och anbudsgivare när som helst kan göra gällande överträdelser av … lagstiftning[en om offentlig upphandling] och därigenom tvinga den upphandlande myndigheten att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna” (punkt 37 och där angiven rättspraxis).

90. Vad för det andra beträffar de alternativa sanktioner som avses i artikel 2e i direktiv 89/665 har unionslagstiftaren uttryckligen begränsat dem till att gälla i fall där prövningsorganet får välja mellan att utdöma en ekonomisk sanktion eller att förkorta kontraktets varaktighet i stället för att förklara kontraktet ogiltigt och här nämns inte den situation som omfattas av artikel 2d.2 i direktiv 89/665 [27].

91. Vid sådana förhållanden uppkommer frågan om det materiella tillämpningsområdet för artikel 2e i direktiv 89/665 bör utvidgas. Jag anser inte det, eftersom en sådan tolkning skulle strida mot själva lydelsen av artikel 2.7 i direktivet samt mot unionslagstiftarens avsikt. I den sistnämnda bestämmelsen har lagstiftaren nämligen uttryckligen undantagit de fall som avses i artikel 2e i direktiv 89/665 från det handlingsutrymme som medlemsstaterna ges när det gäller att bestämma vilka verkningar som ska vara knutna till utövandet av medlemsstaternas befogenhet att utdöma sanktioner.

92. Det andra fallet är att den nationella domstolen finner att den oriktiga bedömningen inte är ursäktlig och att den upphandlande myndigheten medvetet och avsiktligt har åsidosatt reglerna om offentliggörande och föregående inbjudan att lämna anbud. I det fallet blir det naturligtvis aktuellt att utdöma en sanktion för denna underlåtenhet att iaktta gällande regler. Det finns då nämligen inga legitima skäl att upprätthålla verkningarna av ett avtal, när avtalets ingående, enligt domstolens praxis utgör den allvarligaste överträdelsen av lagstiftningen om offentlig upphandling.

93. Vid sådana förhållanden ska prövningsorganet således förklara avtalet ogiltigt i enlighet med principen i artikel 2d.1 a i direktiv 89/665 och återställa i dess fulla rätt den ekonomiska aktör som lidit skada av det rättsstridiga beteendet.

94. I en sådan situation kan medlemsstaterna inte vara förhindrade att förklara ett kontrakt ogiltigt, eftersom det annars hade stått den upphandlande myndigheten fritt att åsidosätta reglerna om offentliggörande och inbjudan att lämna anbud, vilka krävs enligt lag, mot att, i förekommande fall, behöva betala skadestånd till den ekonomiska aktören som lidit skada. En sådan tolkning äventyrar emellertid med säkerhet de ändamål som unionslagstiftaren eftersträvade med antagandet av direktiv 2007/66 [28].

95. Det kan erinras om att målet är att säkerställa att sanktionen är effektiv. I en situation där den upphandlande myndigheten uppenbarligen har handlat med avsikt att kringgå de tillämpliga bestämmelserna är det emellertid endast en ogiltigförklaring av kontraktet som är en tillräckligt avskräckande och effektiv sanktion.

96. Det kan även erinras om att ändamålet med direktiv 89/665 är att garantera att principen om likabehandling iakttas. Det är emellertid endast genom att upphäva ett avtal som ingåtts på ett rättsstridigt sätt och förklarats ogiltigt som det blir möjligt att återupprätta konkurrensen på marknaden och skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på ett rättsstridigt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter.

97. Det ska dock påpekas att prövningsorganet fortfarande har ett utrymme för egen bedömning för att fastställa i vilken utsträckning avtalet ska vara ogiltigt, i enlighet med artikel 2d.2 i direktiv 89/665.

27 — Det är fråga om följande fall. Det första fallet, som avses i artikel 1.5 i direktiv 89/665, är att avtalet ingås trots att den ekonomiska aktör som lidit skada har lämnat in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten. Det andra fallet, som avses i artikel 2.3 i direktivet, är att den upphandlande myndigheten ingår avtalet innan den nationella domstolen har prövat ansökan om intermistiska åtgärder eller ansökan om prövning. Det tredje fallet, som avses i artikel 2a.2 i direktivet, är att avtal enligt tilldelningsbeslutet ingås före utgången av minst tio dagar efter det att anbudsgivarna och anbudssökandena har delgetts tilldelningsbeslutet. Det fjärde fallet är att avtalet har förklarats ogiltigt av de skäl som uttryckligen anges i artikel 2d.1 i direktivet.

28 — För att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av en bestämmelse, när en version på ett unionsspråk skiljer sig från en annan språkversion, ska bestämmelsen, enligt fast rättspraxis, tolkas inte bara med hänsyn till systematiken i de föreskrifter i vilka den ingår, utan även med det ändamål som unionslagstiftaren eftersträvar, se bland annat dom Endendijk, mål C-187/07 (EU:C:2008:197), punkt 22 och följande punkter.

98. Som anförts ovan överlåter denna bestämmelse nämligen åt medlemsstaterna att, i nationell lagstiftning, bestämma följderna av att ett avtal anses ogiltigt. Enligt unionslagstiftaren kan medlemsstaterna således överlåta åt prövningsorganet att fastställa ett retroaktivt upphörande av alla skyldigheter enligt avtalet eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. Unionslagstiftaren har i det senare fallet ändå lämnat ett stort utrymme för skönsmässig bedömning åt prövningsorganet. Det hänvisas nämligen uttryckligen till artikel 2e.2 i direktiv 89/665. Enligt denna bestämmelse får medlemsstaterna ge prövningsorganet stort utrymme för egen bedömning för att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter, bland annat hur allvarlig överträdelsen är, den upphandlande myndighetens agerande och, i de fall som avses i artikel 2d.2, i vilken utsträckning avtalet fortfarande är giltigt, vid bedömningen av, i det enskilda fallet, huruvida avtalstidens längd ska förkortas eller den upphandlande myndigheten åläggas avgifter.

99. Det är således här, i en jämförelse av artiklarna 2d.2 och 2e.2 i direktiv 89/665 som prövningsorganets utrymme för skönsmässig bedömning framkommer, när den ska förklara ett avtal ogiltigt, vilket ingåtts på olagligt sätt.

100. Med beaktande av samtliga delar är det således mitt intryck att vare sig ändamålet med direktiv 89/665 eller lydelsen i artikel 2d däri utgör hinder mot att en medlemsstat ger ett prövningsorgan utrymme för skönsmässig bedömning beträffande i vilken utsträckning ett avtal som ingåtts utan att föregås av ett offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i EUT ska förklaras ogiltigt, när prövningsorganet konstaterar att – trots att den upphandlande myndigheten offentliggjort ett meddelande i EUT där den uttrycker sin avsikt att ingå avtal och iakttagit en minimiperiod på minst tio kalenderdagar mellan tilldelningen av upphandlingen och avtalets undertecknande – den medvetet och avsiktligt har åsidosatt reglerna om offentliggörande och inbjudan att lämna anbud som uppställs i direktiv 2004/18.

101. Tvärtom anser jag att en sådan tolkning krävs för att garantera en ändamålsenlig verkan av direktiv 89/665 och säkerställa ett skydd av grundläggande rättigheter åt de ekonomiska aktörer som på ett otillåtet sätt förlorat möjligheten att delta i ett offentligt upphandlingsförfarande.

102. I målet vid den nationella domstolen anser jag att det alltså faller på den nationella domstolen som är behörig att bedöma lagligheten av de skäl som Ministero dell'Interno grundade sig på när det tilldelade kontraktet i fråga genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i EUT.

103. I detta avseende vill jag göra följande anmärkningar.

104. I förevarande mål ansåg Ministero dell'Interno att det kunde tillämpa detta förfarande med stöd av artikel 57.2 b i lagstiftningsdekret nr 163/2006, varigenom artikel 28.1 e i direktiv 2009/81 införlivats med italiensk rätt.

105. Såsom nämnts ovan är ett sådant förfarande tillåtet, enligt denna bestämmelse, ”om kontraktet, av tekniska skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör”.

106. I förevarande fall ansåg Ministero dell'Interno att Telecom Italia var den enda ekonomiska aktör som kunde tillhandahålla de tjänster som skulle upphandlas, av tekniska skäl och för att företaget innehade (vissa) ensamrätter.

107. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio fann emellertid att de uppgifter och omständigheter som åberopats av Ministero dell'Interno inte utgjorde sådana ”tekniska skäl” som avses i artikel 57.2. b i lagstiftningsdekret nr 163/2006, men grundade sin bedömning på överväganden avseende lämpligheten i att tilldela kontraktet till en annan ekonomisk aktör och de problem detta skulle kunna leda till.

108. På ett liknande sätt fann Consiglio di Stato att den upphandlande myndigheten inte hade förmått styrka att villkoren för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om offentlig upphandling var uppfyllda. Den ansåg härvid nämligen att det inte framgick av inkomna yttranden och handlingar, däribland den tekniska rapporten, att det var objektivt omöjligt att tilldela kontraktet avseende tjänsterna i fråga till andra ekonomiska aktörer. Det framstod endast som en mindre lämplig lösning, framför allt på grund av att den enligt Ministero dell'Interno skulle leda till förändringar och kostnader samt kräva tid för anpassning.

109. Det är sant att av vad som framgår av de uppgifter som jag har tillgång till verkar Ministero dell'Interno inte åberopa några specifika tekniska skäl och inte heller några krav avseende särskild utrustning i fråga eller marknadens känslighet.

110. Jag förstår att det kan vara legitimt på säkerhets- eller försvarsområdet att vissa av bestämmelserna om offentlig upphandling inte är tillämpliga, eftersom vissa avtal är så pass känsliga att det vore olämpligt att ta till föregående offentliggörande och konkurrensutsättning till de ekonomiska aktörerna. Detta gäller upphandlingar som genomförs av underrättelsetjänster, eller upphandlingar för all typ av underrättelseverksamhet, inbegripet kontraspionage. Detta gäller också andra inköp av särskilt känslig karaktär som kräver extremt hög sekretess, som exempelvis vissa inköp som avser gränsskydd eller bekämpning av terrorism eller inköp som särskilt avser verksamhet av känslig karaktär som bedrivs av ordnings- och säkerhetsstyrkor.

111. I förevarande fall verkar Ministero dell'Interno inte åberopa några sådana omständigheter. Visserligen har det preciserat att upphandlingen avser ”tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster, till avdelningen för allmän säkerhet och karabinjärerna, såsom telefonitjänster och mobil datakommunikation, *i enlighet med samtliga krav på sekretess och informationssäkerhet med hänsyn till rikets säkerhet*” [29]. Det framstår likväl, bland annat mot bakgrund av vad som fastslogs av Tribunale amministrativo regionale per il Lazio och Consiglio di Stato, som att Ministero dell'Interno inte har gett stöd för att marknaden och utrustningen i fråga skulle vara känslig och inte har åberopat några särskilda krav på, till exempel, informationssäkerhet eller skydd av konfidentiella sekretessbelagda uppgifter som med hänsyn till rikets säkerhet skulle kräva särskilt skydd och innebära ett särskilt urval av kandidat.

112. Jag är vidare förvånad över händelseutvecklingen och i synnerhet hur snabbt kontraktet tilldelades. Jag delar i det avseendet de tvivel som kommissionen uttryckte vid den muntliga förhandlingen. Det framgår nämligen av handlingarna i målet att Ministero dell'Interno beslutade att förnya telefonikontraktet som hade ingåtts år 2003 med Telecom Italia endast 15 dagar innan det förra kontraktet löpte ut, det vill säga den 15 december 2011. Vidare framgår det även av handlingarna i målet att kontraktet undertecknades den 31 december 2011, det vill säga 15 dagar senare. En sådan inställning förvånar mig med tanke på hur betydande kontraktet var för myndighetens verksamhet, kontraktets längd (sju år) och dess värde (521 500 000 euro) utan att tro att det var underförstått mellan Ministero dell'Interno och Telecom Italia att avtalet skulle komma att förnyas.

113. Slutligen anser jag att det även ska beaktas att Ministero dell'Interno är en offentlig myndighet som har tillgång till juridiska rådgivare som är tillräckligt kunniga för att oriktiga bedömningar ska kunna undvikas i fråga om de krav som gäller för att en upphandling ska kunna tilldelas utan föregående offentliggörande och inbjudan att lämna anbud.

114. Sedan detta klargjorts anser jag att det ankommer på behörig nationell domstol att pröva om, med beaktande av samtliga uppgifter som den har tillgång till, en sådan felaktighet är ursäktlig eller om den grundar sig på ett medvetet och avsiktligt åsidosättande av regelverket om offentlig upphandling.

29 — Min kursivering.

115. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag följaktligen att artikel 2d.4 i direktiv 89/665, jämförd med principen om likabehandling och rätten till ett effektivt rättsmedel, ska tolkas på så sätt att den inte utgör hinder mot att en medlemsstat lämnar ett prövningsorgan utrymme att efter eget skön bedöma i vilken utsträckning ett avtal som ingåtts utan att föregås av ett offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* ska förklaras ogiltigt, när prövningsorganet konstaterar att den upphandlande myndigheten – trots att den har offentliggjort ett meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning* där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet och har iakttagit en minsta frist på tio dagar mellan tilldelningen av kontraktet och avtalets undertecknande – medvetet och avsiktligt har åsidosatt reglerna om offentliggörande och inbjudan att lämna anbud i direktiv 2004/18.

IV – **Förslag till avgörande**

116. Mot bakgrund av övervägandena ovan föreslår jag att den av Consiglio di Stato ställda frågan ska besvaras enligt följande:

Artikel 2d.4 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, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007, jämförd med principen om likabehandling och rätten till ett effektivt rättsmedel, ska tolkas på så sätt att den inte utgör hinder mot att en medlemsstat lämnar ett prövningsorgan utrymme att efter eget skön bedöma i vilken utsträckning ett avtal som ingåtts utan att föregås av ett offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i Europeiska unionens officiella tidning ska förklaras ogiltigt, när prövningsorganet konstaterar att den upphandlande myndigheten – trots att den har offentliggjort ett meddelande i Europeiska unionens officiella tidning där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet och har iakttagit en minsta frist på tio dagar mellan tilldelningen av kontraktet och avtalets undertecknande – medvetet och avsiktligt har åsidosatt reglerna om offentliggörande och inbjudan att lämna anbud i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.