FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

föredraget den 16 oktober 2003 [1]

I — Inledning

1. Bundesvergabeamt (Österrike) har i detta mål ställt frågor om tolkningen av 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 [2], i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster [3] (nedan kallat direktiv 89/665).

2. Frågorna har uppkommit i en tvist mellan Grossmann Air Service och Republiken Österrike.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

3. I artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av direktiv 71/305/EEG, 77/62/EEG och 92/50/EEG, kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställs i följande artiklar, särskilt artikel 2.7, om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.

...

1 — Originalspråk: nederländska.

2 — EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48.

3 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

3. Medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Det förutses, att en medlemsstat skall kunna kräva av den person som begär prövning, att han dessförinnan meddelat den avtalsslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering, och att han ämnar söka prövning."

4. Artikel 2.1 b i direktiv 89/665 har följande lydelse:

"1. Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att:

...

b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättandet av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen."

B — *Den nationella lagstiftningen*

5. Direktiv 89/665 har införlivats med österrikisk rätt genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (förbundslag från år 1997 om offentlig upphandling, BGBl. I, 1997/56, nedan kallad BVergG). I BVergG föreskrivs att det skall inrättas en Bundes-Vergabekontrollkommission (kontrollkommitté för tillsyn över upphandlingar, nedan kallad B-VKK) och en Bundesvergabeamt (federal upphandlingsmyndighet).

6. Enligt 109 § i BVergG skall B-VKK vara behörig att fram till tilldelningen av kontraktet medla vad gäller meningsskiljaktigheter mellan den upphandlande myndigheten och en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare vid verkställande av denna förbundslag eller av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag (första stycket). En ansökan om att B-VKK skall vidta åtgärder skall inges till ledningen för denna myndighet så fort som möjligt efter det att sökanden fick kännedom om meningsskiljaktigheterna (sjätte stycket). Den upphandlande myndigheten får vidare inte tilldela någon upphandlingskontraktet under de fyra veckor som följer efter det att den fått kännedom om att B-VKK skall vidta åtgärder på grund av en anbudssökandes eller anbudsgivares ansökan om medling vid äventyr av ogiltigförklaring av beslutet att tilldela kontraktet (åttonde stycket).

7. Enligt 113 § i BVergG är Bundesvergabeamt behörigt att på ansökan genomföra överprövningsförfaranden (första stycket). För att få åsidosättanden av denna för-

bundslag och av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag att upphöra, är Bundesvergabeamt fram till tilldelningen av kontraktet behörigt att föreskriva interimistiska åtgärder och undanröja olagliga beslut av den upphandlande myndigheten (andra stycket). Efter det att kontraktet har tilldelats eller upphandlingsförfarandet avslutats är Bundesvergabeamt behörigt att fastställa att kontraktet, på grund av en överträdelse av denna förbundslag eller av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag, inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet (tredje stycket).

8. I 115 § första stycket i BVergG föreskrivs att en företagare som gör gällande ett intresse av att sluta ett avtal som faller inom tillämpningsområdet för denna förbundslag kan ansöka om prövning av beslut som fattats av den upphandlande myndigheten under upphandlingsförfarandet och hävda att beslutet är rättsstridigt, när denna rättsstridighet har skadat eller riskerar att skada honom.

III — Bakgrund och förfarandet

9. Bundesministerium für Finanzen (österrikiska finansdepartementet) inledde den 27 januari 1998 ett anbudsförfarande gällande beställningsflyg med jetplan och propellerplan för den österrikiska förbundsregeringen och dess delegationer. Grossmann Air Service lämnade härvid ett anbud.

10. Anbudsförfarandet återkallades emellertid den 3 april 1998. Den 28 juli 1998 inleddes ett nytt anbudsförfarande beträffande dessa beställningsflyg. Grossmann Air Service skaffade sig visserligen det aktuella materialet i anbudsförfarandet, men lämnade inte något nytt anbud.

11. Den österrikiska regeringen informerade i skrivelse av den 8 oktober 1998 Grossmann Air Service att den avsåg att tilldela företaget Lauda Air Luftfahrt AG (nedan kallat Lauda Air) upphandlingskontraktet. Denna skrivelse kom Grossmann Air Service till handa den 9 oktober 1998. Den 29 oktober 1998 slöts avtal med Lauda Air.

12. Grossmann Air Service begärde en överprövning som daterades den 19 oktober 1998, lämnades in för postbefordran den 23 oktober 1998 och inkom till Bundesvergabeamt den 27 oktober 1998. Ansökan avsåg den upphandlande myndighetens beslut att tilldela Lauda Air kontraktet på flygtjänster, och Grossmann Air Service yrkade att beslutet skulle ogiltigförklaras. Grossmann Air Service hävdade att anbudsinfordran redan från början hade "avpassats" för en enda anbudsgivare, nämligen Lauda Air, med följd att det redan på förhand var utsiktslöst för andra anbudssökande att få kontraktet.

13. Bundesvergabeamt avvisade ansökan genom beslut av den 4 januari 1999 enligt 115 § första stycket och 113 § andra och tredje styckena BVergG.

14. Bundesvergabeamt ansåg att Grossmann Air Service hade underlåtit att göra sitt rättsliga intresse gällande med avseende på hela den tjänst som upphandlats. Grossmann Air Service förfogade inte över de större flygplanstyper som krävdes, med följd att företaget inte kunde tillhandahålla alla de tjänster som efterfrågades. Företaget hade dessutom inte lämnat något anbud vid den andra upphandlingen. Bundesvergabeamt var för övrigt efter tilldelning av upphandlingskontraktet inte längre behörigt att undanröja beslutet.

15. Grossmann Air Service har därefter överklagat till Verfassungsgerichtshof. Verfassungsgerichtshof upphävde Bundesvergabeamts beslut genom dom av den 10 december 2001 (B 405/99-9), på grund av att den grundlagsskyddade rätten att få sin talan prövad i domstol hade åsidosatts. Verfassungsgericht uttalade vidare att enbart den omständigheten att Grossmann Air Service inte på ett tidigare stadium i upphandlingsförfarandet gjort gällande att anbudsförfarandet var rättsstridigt inte nödvändigtvis var tillräckligt för att kunna konstatera att det saknades ett rättsligt intresse av att få sin talan prövad.

16. Bundesvergabeamt har till följd av ovanstående ställt följande tolkningsfrågor.

Tolkningsfrågorna

"1) Skall artikel 1.3 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 tolkas så att varje företagare som har lämnat ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling eller anmält att han önskar delta i ett förfarande för offentlig upphandling är behörig att ansöka om ett prövningsförfarande?

För det fall fråga 1 bevaras nekande:

2) Skall den ovannämnda direktivbestämmelsen förstås så att en företagare endast har eller har haft intresse av att tilldelas upphandlingskontrakt i en viss offentlig upphandling om han, förutom att ha deltagit i upphandlingsförfarandet, vidtar alla åtgärder som enligt nationella bestäm-

melser står honom till buds för att förhindra att kontraktet tilldelas en annan anbudsgivare?

3) Skall artikel 1.3 jämförd med artikel 2.1 b i direktivet tolkas så att det även måste finnas rättslig möjlighet för en företagare att få till stånd en prövning av ett anbudsförfarande, som enligt hans mening är rättsstridigt eller diskriminerande, även om han inte är kapabel att tillhandahålla hela den tjänst som upphandlingen omfattar och därför inte har lämnat något anbud i upphandlingsförfarandet?"

Närmare om tolkningsfrågorna

17. Den hänskjutande domstolen har genom de två första frågorna pekat på att Grossmann Air Service lät en tidsperiod på 14 dagar förflyta från det att beslutet om tilldelning av upphandlingskontraktet kom till företagets kännedom (den 9 oktober 1998) till dess ansökan om prövning inkom till Bundesvergabeamt (den 23 oktober 1998) — , utan att företaget vänt sig till B-VKK i syfte att inleda ett medlingsförfarande och på det sättet erhålla den frist på fyra veckor som regleras i 109 § åttonde stycket BVergG. För det fall att någon förlikning inte kom till stånd skulle företaget då kunna vända sig till Bundesvergabeamt för att utverka ett interimistiskt förordnande och för att få tilldelningen av upphandlingskontraktet ogiltigförklarad. Enligt den hänskjutande domstolen är det således av intresse att få klarlagt huruvida förutsättningarna för att begära prövning enligt 115 § första stycket BVergG jämförd med 109 § första stycket första raden samt sjätte och åttonde styckena i samma lag, mot bakgrund av tolkningen av artikel 1.3 i direktiv 89/665, skall förstås så att varje anbudsgivare som önskar tilldelas ett visst offentligt upphandlingskontrakt bara på detta sätt kan visa ett intresse av att få sluta ett avtal som faller inom tillämpningsområdet för denna förbundslag eller om den omständighet att inte alla rättsmedel som står till buds i nationell rätt har uttömts innebär att detta intresse har bortfallit.

18. Bundesvergabeamt har genom fråga 3 pekat på att enligt Verfassungsgericht, enligt dess dom av den 10 december 2001, innebär artikel 2.1 b i direktiv 89/665 en skyldighet att vid prövningsförfarandet stryka diskriminerande upphandlings- villkor. En tolkning, enligt vilken behörigheten att ansöka om prövning för att föra talan mot diskriminerande upphandlingsvillkor görs beroende av om sökanden kan uppfylla dessa villkor, torde strida mot (den gemenskapsrättsliga) målsättningen att garantera ett fullständigt och effektivt rättsskydd vid anbudsförfaranden. Således torde ett flygföretag, som på ett trovärdigt sätt har visat att det har ett intresse av att

ingå avtal beträffande flygtjänster och som anser sig diskriminerat genom det sätt på vilket anbudsförfarandet beträffande flygtjänsterna har utformats — som ett sammanhållet upphandlingskontrakt — ha ett rättsligt intresse i den mening som avses i 115 § första stycket BVergG och därmed en rätt till prövning av de upphandlingsvillkor som det påstår är rättsstridiga, eftersom företaget annars inte skulle kunna föra talan beträffande det anbudsförfarande som det påstår är rättsstridigt och de skador som eventuellt har uppkommit som en följd härav.

19. Mot bakgrund av det anförda uppkommer frågan huruvida en företagare även har behörighet att ansöka om prövning i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 89/665, om han på grund av upphandlingsvillkor, som han anser innehåller diskriminerande bestämmelser i den mening som avses i artikel 2.1 b i detta direktiv, vänder sig till prövningsmyndigheten för att föra talan beträffande de skador som därigenom eventuellt har uppkommit eller riskerar att uppkomma, fastän han inte är kapabel att tillhandahålla en tjänst av det slag som anges i anbudsinfordran och därför inte har lämnat något anbud i upphandlingsförfarandet.

Förfarandet inför domstolen

20. Hänskjutandebeslutet skrevs in i domstolens register den 20 juni 2002. Grossmann Air Service, den österrikiska regeringen och kommissionen har lämnat skriftliga yttranden. De har vid den muntliga förhandlingen den 10 september 2003 närmare utvecklat sin ståndpunkt.

IV — Bedömning

21. Mot bakgrund av domstolens senare rättspraxis behöver de två första frågorna inte ges någon utförlig behandling. Dessa frågor syftar i realiteten till att få kännedom om huruvida en företagare har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 89/665 och således får använda sig av de prövningsförfaranden som föreskrivs i direktivet för att kunna klargöra om ett beslut om tilldelning av ett upphandlingskontrakt är rättsstridigt, även om inte alla rättsmedel som står till buds i nationell rätt har uttömts, i syfte att hindra att kontraktet tilldelas en annan.

22. Bland annat dessa frågor har nyligen aktualiserats i domen i målet Hackermüller [4] och framför allt i domen i målet Fritsch m. fl. [5]

23. I båda målen aktualiserades frågan, om varje företagare som önskar komma i fråga

4 — Dom av den 19 juni 2003 i mål C-249/01, Hackermüller (REG 2003, s. I-6319).

5 — Dom av den 19 juni 2003 i mål C-410/01, Fritsch m. fl. (REG 2003, s. I-6413).

för att tilldelas ett offentligt upphandlingskontrakt kan inleda ett prövningsförfarande enligt artikel 1.3 i direktiv 89/665. Det framgår av domen i målet Hackermüller att så inte är fallet och att en medlemsstat som kompletterande villkor kan kräva att den berörda personen skall ha skadats eller riskerar att skadas av den överträdelse som han gör gällande.

24. Den andra frågan har uttryckligen besvarats i domen i målet Fritsch. I detta mål aktualiserades likaså frågan om den nationella lagstiftaren får göra en anbudsgivares intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling, och således anbudsgivarens behörighet att inleda det prövningsförfarande som föreskrivs i direktivet, beroende av villkoret att anbudsgivaren först har vänt sig till en förlikningskommitté som B-VKK. Domstolen gav ett nekande svar på denna fråga. Ett sådant villkor skulle strida mot skyndsamhets- och effektivitetssyftena med direktivet. I artikel 1.3 i direktiv 89/665 tillåts visserligen medlemsstaterna uttryckligen att bestämma på vilket sätt de skall tillse att de prövningsförfaranden som föreskrivs i direktivet skall kunna åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Detta innebär emellertid inte att de kan tolka begreppet "intresse av att få avtal om offentlig upphandling" på ett sätt som kan äventyra direktivets ändamålsenliga verkan. Det är frågan om ett sådant äventyrande, om en företagare anses ha förlorat sitt intresse av att erhålla det kontrakt som upphandlingen avser på grund av att han inte först har vänt sig till en förlikningskommitté som B-VKK.

25. I de mål som har angivits ovan hade anbudssökandena deltagit i respektive anbudsförfarande. Det framgår av hänskjutandebeslutet att så inte har skett i det aktuella fallet. Jag anser dock liksom kommissionen att ett deltagande i anbudsförfarandet i princip är ett villkor för att kunna visa att det är fråga om ett intresse som skulle ha beaktats vid tilldelningen av det offentliga upphandlingskontraktet och för att kunna visa en eventuell skada till följd av den påstått rättsstridiga tilldelningen. Den som inte har deltagit i anbudsförfarandet kan knappast vidhålla att han har ett intresse av att motsätta sig ett påstått rättsstridigt beslut om tilldelning av ett offentligt upphandlingskontrakt.

26. Den tredje frågan avser emellertid en något annan situation. I denna är det inte meningsfullt för potentiella anbudssökande att delta i upphandlingen, eftersom de tjänster som skall upphandlas har angivits på ett sådant sätt att anbudssökandena redan på förhand inte kan uppfylla dem. Frågan är då om det i en sådan situation måste finnas en möjlighet att direkt få till

stånd en prövning av diskriminerande upphandlingsvillkor.

27. Enligt min mening bör frågan besvaras jakande. Domstolen har i sin senare rättspraxis tolkat det i artikel 1.1 i direktiv 89/665 använda begreppet "beslut av upphandlande myndigheter" extensivt.[6] Det framgår vidare av ordalydelsen i artikel 2.1 b i nämnda direktiv att den nationella domstolens behörighet vid prövning, bland annat, skall innefatta "åsidosätta ... olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer ...". Det förefaller mig således obestridligt att de prövningsmöjligheter som åsyftas med direktiv 89/665 även skall utsträckas till beslut i vilka de tjänster som efterfrågats i anbudsförfarandet har omdefinierats.

28. En sådan prövningsmöjlighet skulle emellertid ha begränsad praktisk betydelse, om huruvida den inte skulle vara tillgänglig för företag som redan på förhand till följd av diskriminerande upphandlingsvillkor var uteslutna från att delta i anbudsförfarandet. Det kan dessutom i en sådan situation ofta vara fråga om det är mödan värt att ändå delta i anbudsförfarandet och att bära de därmed förbundna kostnaderna bara för att behålla sin rätt att få till stånd en prövning av diskriminerande upphandlingsvillkor. Därför skall i princip även dessa företag anses vara intressenter i anbudsförfarandet och således även vara berättigade att ansöka om prövning.

29. I målet vid den nationella domstolen är de upphandlingsvillkor som gäller för de efterfrågade tjänsterna av betydelse. Genom att de olika delarna i de efterfrågade flygtransporttjänsterna har fogats samman till ett paket reduceras kretsen av anbudssökande som skulle kunna leverera hela paketet starkt, trots att potentiella anbudssökande redan på förhand var uteslutna från en eller flera delar av paketet. Av det som har hävdats i punkten ovan följer även att de skall anses vara intressenter vid anbudsförfarandet och således anses vara berättigade att ansöka om prövning. Villkoret är emellertid att intressenterna utan dessa påstått diskriminerande upphandlingsvillkor skulle ha varit kapabla att kunna delta i förfarandet

30. Jag vill avslutningsvis peka på att rättssäkerhetens intresse kräver att användandet av denna prövningsmöjlighet sker på ett så tidigt stadium som möjligt. Att ansöka om prövning efter det att upphandlingskontraktet har tilldelats måste anses vara för sent. Det är emellertid den nationella domstolen som skall bestämma detta.

6 — Dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI (REG 2002, s. I-5553).

V — Förslag till avgörande

31. Mot bakgrund av vad som ovan anförts, föreslår jag att domstolen skall besvara tolkningsfrågorna på följande sätt:

— Artikel 1.3 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 ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster skall tolkas så att det i direktivet angivna prövningsförfarandet är tillgängligt för var och en som har lämnat ett anbud eller har deltagit i ett förfarande för offentlig upphandling.

— Artikel 1.3 i direktiv 89/665/EEG utgör hinder mot att en företagare som har deltagit i ett förfarande för offentlig upphandling inte längre anses ha något intresse av att tilldelas upphandlingskontraktet, eftersom han inte, innan han ansökte om ett sådant prövningsförfarande som avses i direktivet, hade vänt sig till en förlikningskommitté såsom den genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 inrättade B-VKK.

— Artikel 1.3 jämförd med artikel 2.1 b i direktiv 89/665/EEG skall tolkas så att en företagare som berörs vid tilldelningen av ett upphandlingskontrakt skall ha en rättslig möjlighet att direkt ansöka om en prövning av de villkor i anbudsvillkoren som enligt hans mening är rättsstridiga respektive diskriminerande. Denna möjlighet skall även vara tillgänglig för den som kan göra sannolikt att han skulle ha deltagit i upphandlingen om de nämnda diskriminerande villkoren inte skulle ha existerat.