FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

föredraget den 28 juni 2001 [1]

I — Inledning

1. Vergabekontrollsenat (granskningsnämnd för upphandlingar) i förbundslandet Wien (Österrike) har genom beslut av den 17 februari 2000, vilket inkom till domstolens kansli den 10 mars 2000, i enlighet med artikel 234 EG ställt tre tolkningsfrågor gällande eventuella rättsmedel mot en upphandlande myndighets beslut att återkalla en anbudsinfordran för offentlig upphandling. Den nationella domstolen frågar domstolen särskilt huruvida artikel 2.1 b i direktiv 89/665 [2] ålägger medlemsstaterna att införa domstolsprövning av också denna typ av beslut för att möjliggöra en ogiltigförklaring av dem. Om svaret på denna fråga är jakande ställer Vergabekontrollsenat därefter frågorna huruvida direktiven 89/665 och 92/50 [3] utgör hinder för att den nationella domstol, vid vilken överklagandet i förekommande fall är anhängigt, inskränker sig till att undersöka huruvida det beslut mot vilket talan förs är godtyckligt eller fiktivt (andra frågan) samt vilken den avgörande tidpunkten är för bedömningen av huruvida detta beslut är lagenligt (tredje frågan).

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

2. I artikel 1.1 i direktiv 89/665, i ändrad lydelse enligt artikel 41 i direktiv 92/50, föreskrivs följande:

"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

1 — Originalspråk: italienska.

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, s. 33, svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48, nedan kallat direktiv 89/665 eller rättsmedelsdirektivet).

3 — 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, nedan kallat direktiv 92/50).

offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan."

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 åsidosättande 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."

I punkt 6 andra stycket i samma artikel 2 föreskrivs vidare följande:

"Medlemsstaterna får dessutom bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningsorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen."

I artikel 12.2 i direktiv 92/50, i ändrad lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 328, s.1), föreskrivs följande:

"De upphandlande myndigheterna skall så snart som möjligt underrätta de anbudssökande och anbudsgivarna om de beslut som fattas rörande tilldelningen av kontrakt, inklusive skälen till att de har beslutat att avstå från en upphandling för vilken anbud begärts eller att upprepa förfarandet; dessa upplysningar skall på begäran lämnas skriftligen. Myndigheterna skall även underrätta Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om dessa beslut."

B — *Nationella bestämmelser*

3. Den i Österrike relevanta lagstiftningen på området är Wiener Landesvergabegesetz

(lag om offentlig upphandling för förbundslandet Wien; nedan kallad WLVerG).[4] I 32 § (med rubriken "Rättelse och återkallelse av anbudsinfordringar"), andra, tredje och fjärde styckena i denna lag föreskrivs följande[5]:

"2) Anbudsinfordran kan återkallas under anbudsfristen när det föreligger omständigheter som, om de hade varit kända tidigare, skulle ha inneburit att en upphandling inte skulle ske eller som skulle ha bidragit till en anbudsinfordran med väsentligen annat innehåll.

3) Då anbudsfristen löpt ut skall anbudsinfordran, när tvingande skäl föreligger, återkallas. Tvingande skäl föreligger i synnerhet

1. då sådana omständigheter som beskrivs i andra stycket inte blir kända förrän efter det att anbudsfristen löpt ut,

eller

2. när samtliga anbud skall förkastas.

4) Upphandlingen kan exempelvis återkallas när

1. inget anbud ingivits som är acceptabelt ur ekonomisk synvinkel

eller när

2. andra anbud förkastats och endast ett anbud kvarstår."

4. Vad gäller Vergabekontrollsenats, det vill säga den hänskjutande domstolens, behörighet att företa en rättslig prövning föreskrivs i 99 § i WLVerG att nämnda organ är behörigt att pröva talan mot beslut som den upphandlande myndigheten har fattat i ett förfarande för offentlig upphandling. I synnerhet kan den, av skäl som anges i 101 § i lagen, fram till tidpunkten för tilldelning av kontraktet i en offentlig upphandling, vidta interimistiska åtgärder eller ogiltigförklara olagliga beslut som har fattats av den upphandlande myndigheten. Om kontraktet redan har tilldelats, kan Vergabekontrollsenat fastställa att kontraktet inte har tilldelats den

4 — LGBl nr 36/1995 i dess lydelse enligt LGBl nr 30/1999.

5 — Översättningen av de nationella bestämmelserna är inte officiell.

sökande som har ingivit det förmånligaste anbudet, på grund av att WLVerG åsidosatts, samt, på den upphandlande myndighetens begäran, kontrollera huruvida en förbigången anbudsgivare skulle ha fått kontraktet, om det olagliga beslutet inte hade fattats.

5. I artikel 101 i WLVerG föreskrivs därefter:

"Vergabekontrollsenat skall ogiltigförklara de beslut som den upphandlande myndigheten har fattat i ett upphandlingsförfarande om

1. det i anbudsinfordran i vilken företag uppmanas att inkomma med anbud i ett selektivt eller förhandlat förfarande, eller i underlaget till anbudsförfarandet, förekommer diskriminerande villkor vad gäller tekniska specifikationer avseende prestation eller gällande anbudsgivarens ekonomiska eller finansiella förmåga, eller

2. en anbudsgivares anbud avslås utan stöd av kriterierna i anbudsinfordran i vilken företag uppmanas att inkomma med anbud i ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande, och den upphandlande myndigheten hade kunnat komma till en för sökanden förmånligare slutsats om de åsidosatta föreskrifterna hade iakttagits."

III — Bakgrund och tolkningsfrågor

6. Staden Wien, företrädd av Magistrat der Stadt Wien — Wiener Krankenanstaltenverbund, (nedan kallad staden Wien eller svaranden), offentliggjorde 1996 en anbudsinfordran rörande "projektledning för genomförande av ett strategiskt samlat koncept för livsmedelsförsörjning i Wiener Krankenanstaltenverbunds inrättningar". [6]

7. Sedan anbud ingivits av bland andra det tyska bolaget Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) (nedan kallat HI eller anbudsgivaren) och av det österrikiska bolaget Humanomed, avstod staden Wien från upphandlingen och återkallade anbudsinfordran innan den föreskrivna tidsfristen löpt ut "av tvingande skäl enligt 32 § tredje stycket punkt 1 i WLVerG". Med anledning av en begäran om information från anbudsgivaren svarade staden Wien att det genom resultaten av den utredning som företagits av Humanomed år 1996 hade framkommit att det projekt som först planerats och som anbudsinfordran avsåg skulle genomföras decentraliserat och det

6 — Bilaga till EGT av den 24 december 1996 och kungörelserna i Wiener Zeitung av den 30 december 1996.

beslutades därför att det inte skulle upprättas någon samordningscentral. Följaktligen var det inte längre nödvändigt att tilldela det kontrakt som åsyftades i anbudsinfordran. Det påpekades också i samma brev att beslutet om återkallelse av anbudsinfordran uppenbarligen var berättigat med hänsyn till att omständigheter uppstått som, om de hade varit kända tidigare, skulle ha inneburit att upphandlingsförfarandet aldrig ens skulle ha inletts.

8. HI var inte alls av denna åsikt och angav att beslutet om återkallelse i realiteten grundade sig på svarandens intentioner att favorisera det österrikiska bolaget Humanomed till förfång för ett bolag vilket, liksom sökanden, är från en annan medlemsstat. Förutom misstanken att staden Wien direkt eller indirekt (genom kommunala företag) ägde andelar i Humanomeds bolagskapital, opponerade sig HI mot det faktum att detta bolag varit nära sammankopplat med arbetet att förbereda den sedermera återkallade anbudsinfordran och följaktligen påverkat utformningen av riktlinjerna i det projekt som anbudsinfordran avsåg. Enligt HI borde Humanomed under dessa omständigheter ha uteslutits ur förfarandet med tillämpning av principen om likabehandling av anbudsgivare. Anbudsinfordran återkallades därmed just för att undvika en sådan uteslutning och för att samtidigt fullfölja samarbetet med Humanomed. Av samtliga dessa skäl väckte således HI talan vid Vergabekontrollsenat och yrkade i synnerhet att ett överprövningsförfarande skulle inledas, att interimistiska åtgärder skulle vidtas och att vissa anbudshandlingar, liksom beslutet att återkalla anbudsinfordran, skulle ogiltigförklaras, eftersom de var olagliga och diskriminerande.

9. Genom beslut av den 30 april och av den 10 juni år 1997 ogillade Vergabekontrollsenat HI:s talan. I synnerhet ansåg den att yrkandet om ogiltigförklaring av återkallelsen av anbudsinfordran inte kunde tas upp till sakprövning, då dylika yrkanden enligt 101 § i WLVerG endast kan framföras gentemot vissa uttömmande uppräknade beslut som har fattats under ett upphandlingsförfarande, bland vilka beslut att återkalla en anbudsinfordran inte ingår.

10. Verfassungsgerichtshof (författningsdomstolen) upphävde emellertid Vergabekontrollsenats beslut efter att HI ingivit ett överklagande. Verfassungsgerichtshof fastställde särskilt att det för att kunna döma i saken var nödvändigt att besvara frågan huruvida ett beslut att återkalla en anbudsinfordran faller inom tillämpningsområdet för artikel 2.1 b i direktiv 89/665 eller inte. Med hänsyn till att Europeiska gemenskapernas domstol ännu inte hade haft anledning att uttala sig i denna fråga borde Vergabekontrollsenat ha begärt förhandsavgörande i denna fråga. Genom att inte ha gjort detta hade den sistnämnda domstolen på samma gång åsidosatt artikel 234 tredje

stycket EG och den för HI grundlagsskyddade rätten till domstolsprövning.

IV — Rättslig bedömning

11. Vergabekontrollsenat prövade emellertid målet, efter att det ännu en gång anhängiggjorts där, mot bakgrund av Verfassungsgerichtshofs ovannämnda anvisningar, för att slutligen besluta att begära förhandsavgörande från Europeiska gemenskapernas domstol rörande följande tolkningsfrågor:

A — *Första tolkningsfrågan*

1. Inledning

"1) Krävs det enligt artikel 2.1 b i direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet) att ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en upphandling av tjänster kan överprövas och, i förekommande fall, upphävas i ett prövningsförfarande?

12. Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida skyldigheten för medlemsstaterna enligt artikel 2.1 b i direktiv 89/665 att införa ändamålsenliga rättsmedel mot beslut, som har fattats av behöriga myndigheter under sådana upphandlingsförfaranden som regleras av de gemenskapsrättsliga direktiven om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster (så kallade materiella direktiv), också omfattar beslut att återkalla en anbudsinfordran (i det förevarande fallet avseende tjänster).

2) Om svaret på fråga 1 är jakande: Utgör någon bestämmelse i rättsmedelsdirektivet eller i direktiv 92/50/EEG hinder för en prövning som endast rör huruvida beslutet att återkalla anbudsinfordran är godtyckligt eller fiktivt?

13. Såsom kommissionen har noterat skulle det för övrigt kanske ha varit mer ändamålsenligt att låta denna fråga omfatta åtminstone artikel 1.1 i direktiv 89/665, enligt vilken medlemsstaterna är skyldiga att garantera att "en upphandlande myndighets beslut... kan prövas". Hur som helst är det oundvikligen dessa två bestämmelser som det är nödvändigt att hänvisa till nedan, vilket för övrigt har skett i den diskussion som har förts mellan de berörda.

3) Om fråga 1 besvaras jakande: Vilken tidpunkt är avgörande för bedömningen av huruvida den upphandlande myndighetens beslut att återkalla anbudsinfordran är rättsenligt?"

2. De berördas argument

14. Av dem som har avgivit yttranden i förevarande mål är det endast sökanden i målet vid den nationella domstolen som har besvarat denna fråga jakande. De andra, det vill säga kommissionen och den österrikiska regeringen, men när allt kommer omkring också den hänskjutande domstolen, har däremot förespråkat motsatt lösning på grund av det resonemang som jag nu skall redogöra för.

15. Den målsättning som eftersträvas då medlemsstaterna i artikel 1.1 i direktiv 89/665 åläggs att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att de beslut som fattas av de upphandlande myndigheterna skall kunna prövas snabbt och effektivt, är givetvis den som fastställs i nämnda direktiv, nämligen att garantera en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten avseende offentlig upphandling. Därav följer att skyldigheten att införa rättsmedel så att "olagliga beslut" som har fattats av upphandlande myndigheter, vilka åsyftas i artikel 2.1 b i rättsmedelsdirektivet, endast kan avse beslut av en upphandlande myndighet som faller inom de materiella direktivens tillämpningsområde, det vill säga endast i förhållande till beslut som, med hänsyn till att de utgör föremål för särskild reglering i nämnda direktiv, kan innebära åsidosättande av dessa direktiv. Som kommissionen noterar tyder även förarbetena till direktivet 89/665 på detta. I den första versionen av ovannämnda artikel 1.1 angavs nämligen, i det ursprungliga förslaget, att medlemsstaternas ovannämnda skyldighet även skulle omfatta upphävande av varje beslut som fattats i strid med *gemenskapsrättsliga och/eller nationella* bestämmelser rörande offentlig upphandling. Trots kommissionens och vissa medlemsstaters önskemål ändrades förslaget emellertid såtillvida att denna skyldighet inskränktes till upphävande av de beslut som *har fattats i strid med gemenskapsrätten avseende offentlig upphandling och nationella rättsregler som införlivar denna rätt.*

16. För att beslutet om återkallelse av anbudsinfordran skall kunna hänföras till de "olagliga beslut" vilka nämns i artikel 2.1 b i direktiv 89/665, krävs följaktligen att beslutet är föremål för särskild reglering i det relevanta materiella direktivet, i detta fall direktiv 92/50. Förespråkarna för det ifrågavarande argumentet har vidare framhållit att det i detta direktiv dock inte återfinns några regler gällande villkor och form för återkallelse av en upphandling av tjänster, utan att den upphandlande myndigheten tvärtom inte ens åläggs att avsluta ett upphandlingsförfarande. I artikel 12.2 i direktiv 92/50 föreskrivs endast att den upphandlande myndigheten, om anbudsgivaren begär detta, skall meddela denne skälen till att upphandlingen återkallats. Till skillnad från beslut, genom vilka förfarandet avslutas på så sätt att kontrakt tilldelas, utgör besluten att återkalla anbudsinfordran således inte "ett beslut" i den mening som avses i direktiv 89/665. Denna slutsats bekräftas för övrigt, enligt den österrikiska regeringen, av det faktum att artikel 2.1 b uteslutande gäller de beslut som den upphandlande myndig-

heten skall fatta i enlighet med direktiv 92/50 *under loppet av* ett upphandlingsförfarande, medan ett beslut om återkallelse utgör en rättsakt som *avslutar* ett dylikt förfarande. [7]

17. Detta är dock inte allt. Det följer av gemenskapens rättspraxis att de upphandlande myndigheterna åtnjuter en stor befogenhet att företa skönsmässig bedömning avseende valet att avsluta ett förfarande, antingen genom att besluta att inte tilldela kontraktet eller genom att återkalla aktuell anbudsinfordran. Som framkommit av det ovan angivna fastställs inte i de gemenskapsrättsliga direktiven några begränsningar eller speciella villkor i det avseendet och det krävs inte heller enligt dem att det skall föreligga "allvarliga omständigheter eller undantagsfall" [8]. Även om det inte föreligger någon skyldighet för myndigheten att tilldela ett kontrakt, bekräftar emellertid detta, som förespråkarna för det ifrågavarande argumentet har noterat, att beslutet att avsluta ett upphandlingsförfarande genom att återkalla anbudsinfordran inte är i fråga i direktiv 89/665, och följaktligen inte utgör något beslut i den mening som avses i artikel 2.1 b i direktivet.

18. Den österrikiska regeringen har slutligen gjort gällande att medlemsstaterna enligt artikel 2.6 i direktiv 89/665, där det redan har föreskrivits om ett kontrakt mellan myndigheten och den anbudsgivare som tilldelats detta, kan begränsa rätten för de parter som eventuellt lidit skada till enbart skadestånd och på så sätt utesluta möjligheten att få beslutet om tilldelning av kontraktet upphävt. Denna regering har noterat att det följaktligen inte går att förstå varför de berörda skall erbjudas ett bättre skydd vad gäller beslut att återkalla en anbudsinfordran. Den nationella lagstiftarens enda skyldighet i detta fall består i att säkerställa anbudsgivarnas rätt att begära skadestånd i det fall då den upphandlande myndigheten har återkallat anbudsinfordran på ett lagstridigt sätt. Kommissionen har å sin sida understrukit att den anbudsgivare som lidit skada till följd av ett olagligt beslut om återkallelse inte är fråntagen medel för att tillvarata sina intressen. Å ena sidan förfogar denne nämligen över rättsmedel som föreskrivs i nationell rätt i de fall då nationella bestämmelser har åsidosatts. Å andra sidan kan denne utnyttja de rättsmedel som garanteras i direktiv 89/665 då han anser att den upphandlande myndigheten har inlett en ny anbudsinfordran utan att iaktta gemenskapens direktiv.

7 — Enligt detta argument tyder också dom av den 28 oktober 1999 i mål 81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671) på detta. Enligt denna dom kan samtliga de beslut överklagas som har fattats under loppet av ett upphandlingsförfarande fram till tidpunkten då kontraktet upprättas mellan den upphandlande myndigheten och den anbudsgivare som har tilldelats detta.

8 — Se dom av den 16 september 1999 i mål 27/98, Fracasso och Leitschutz (REG 1999, s. I-5697), särskilt punkterna 23—25. I förslaget till avgörande i detta mål framhåller generaladvokat Saggio att "befogenheten att återkalla myndighetens beslut att inleda en anbudsinfordran utgör ett uttryck för en befogenhet som de upphandlande myndigheterna tillerkänns i medlemsstaternas rättsordningar och att myndigheten, så länge som det inte fattats ett slutgiltigt beslut om tilldelning, i allt väsentligt är fri att inte tilldela ett kontrakt på grund av [att] ett skäl framkommit som är av allmänt intresse eller på grund av en förnyad bedömning av villkoren för att genomföra det planerade projektet (frånvaro av lämpliga resurser, förändring av den aktuella tekniska nivån inom någon viss sektor etc.)" (punkt 13). Avseende de upphandlande myndigheternas befogenhet att företa skönsmässig bedömning, se exempelvis även, mer generellt, bland andra dom av den 23 november 1978 i mål 56/77, Agence européenne d'interims mot kommissionen (REG 1978, s. 2215), punkt 20, samt förstainstansrättens rättspraxis, dom av den 8 maj 1996 i mål T-19/95, Adia interim mot kommissionen (REG 1996, s. II-321), punkt 49, och av den 17 december 1998 i mål T-203/96, Embassy Limousines & Services mot parlamentet (REG 1998, s. II-4239), punkt 54, och av den 24 februari 2000 i mål T-145/98, ADT Projekt mot kommissionen (REG 2000, s. II-387), punkt 147 och av den 6 juli 2000 i mål T-139/99, AICS mot parlamentet (REG 2000, s. II-2849), punkt 39.

3. Bedömning

19. Jag skall nu bedöma detta argument. I det avseendet vill jag framför allt, må vara mycket kortfattat, erinra om syftena med de gemenskapsrättsliga direktiven om offentlig upphandling, vilket i de ovan redovisade argumenten förefaller ha lämnats något därhän. Det är allmänt känt att direktiven reglerar området i syfte att även inom denna sektor göra genomförandet av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster mer effektivt genom att garantera varje ekonomisk aktör inom gemenskapen rätten att delta i upphandlingsförfaranden på lika villkor och med full insyn. Liksom inom andra sektorer har även vad gäller offentlig upphandling kravet att uppnå detta resultat gjort det nödvändigt att införa bestämmelser som går utöver att endast införa förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, och omfattar alla förhållanden som, på ett eller annat sätt, kan medföra särbehandling vad gäller villkoren för tillgång till och deltagande i en verksamhet. Även i detta fall har en gradvis övergång skett från en mer begränsad reglering, som den vilken återfinns i de första direktiven om offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, till en annan mer precis och koncis reglering som framför allt är inriktad på att omfatta området i dess helhet, liksom den som gradvis har vuxit fram och vars huvuddrag numera kan betraktas som praktiskt taget genomförda.

20. Såvitt här är av intresse noterar jag att direktiven i fråga har ett precist syfte som utgör dess röda tråd och vilket uttryckligen nämns i nämnda direktiv och även har understrukits vid upprepade tillfällen i gemenskapens rättspraxis. Direktiven syftar till att garantera likabehandling av deltagarna i ett upphandlingsförfarande samt insyn i detta på alla stadier av förfarandet [9], även genom införande av en skyldighet för medlemsstaterna att införa ändamålsenliga rättsmedel på nationell nivå för att säkerställa att dessa principer faktiskt iakttas, såsom genom det i målet aktuella direktivet. [10] Dessutom bör understrykas att dessa principer gäller på det ifrågavarande området på ett sätt som går utöver direktivens själva ordalydelse. Principerna införs inte genom direktiven, som inte utgör den rättsliga grunden för dem, utan endast syftar till att förenkla tillämpningen av dem och göra denna mer effektiv. Domstolen har i det avseendet konstaterat att "även om direktivet [71/305/EEG [11]] inte uttryckligen nämner principen om likabehandling av anbuds-

9 — Se särskilt dom av den 25 april 1996 i mål 87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), i vilket domstolen fastställde följande: "Under det förfarande när anbuden jämförs måste således i alla stadier både principen om likabehandling av anbudsgivare och principen om insyn iakttas" (punkt 54); se domen i det ovannämnda målet Embassy Limousines & Services mot parlamentet (punkt 85), och av den 14 oktober 1999 i de förenade målen T-191/96 och T-106/97, CAS Succhi di Frutta mot kommissionen (REG 1999, s. II-3181), punkt 72, samt domen i det ovannämnda målet ADT Project mot kommissionen (punkt 164).

10 — Jag vill erinra om att det i de tre första övervägandena i direktiv 89/665 uttryckligen understryks, i första övervägandet, att direktivets syfte just är att råda bot på avsaknaden, i de direktiv som rör offentlig upphandling, av specifika bestämmelser som garanterar en effektiv tillämpning av direktiven. I andra övervägandet påpekas att det är nödvändigt att förstärka de nationella och gemenskapsrättsliga kontrollmekanismerna, vilka inte alltid kan garantera att gemenskapsrättsliga bestämmelser iakttas. I tredje övervägandet understryks slutligen att det krävs "en väsentligt större" garanti för insyn och icke-diskriminering, varför medlemsstaterna åläggs att införa snabba och effektiva rättsmedel i händelse av överträdelse av gemenskapsrättsliga eller nationella regler.

11 — Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5).

givarna, kvarstår likväl att skyldigheten att respektera denna princip är central i direktivet". [12]

21. Av detta följer således inte endast att direktiven om offentlig upphandling skall tolkas enligt de traditionella principerna i gemenskapens rättspraxis, och särskilt enligt principen att bestämmelserna rörande de grundläggande principerna om fri rörlighet skall ges en sådan innebörd att deras räckvidd inte begränsas och deras ändamålsenliga verkan inte inskränks [13], utan framför allt att de skall läsas mot bakgrund av sin angivna funktion, vilken är att fullt ut och på ett effektivt sätt säkerställa att de överordnade principerna om likabehandling och insyn iakttas. Rättsmedelsdirektivet skall i synnerhet tolkas helt i enlighet med de syften som ligger till grund för detta direktiv och regelsystemet i sin helhet, på så sätt att direktivet syftar till att i alla avseenden säkerställa att de materiella direktiven och de bakomliggande principerna faktiskt iakttas. Följaktligen kan det, bortsett från i de fall där detta uttryckligen föreskrivs, inte förutsättas eller implicit underförstås att det, vad gäller de förfaranden som dessa direktiv avser, finns begränsningar av det rättsliga skyddet vilket innebär att etapper och faser i dessa förfaranden inte täcks av detta skydd. Detta överensstämmer även med principen att rättsakter som kan få slutgiltiga rättsverkningar skall vara överprövbara, vilket "utgör (...) en allmän gemenskapsrättslig princip som bygger på författningstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna. Denna princip har även kommit till uttryck i artiklarna 6 och 13 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna". [14] Med andra ord finns det anledning att tillämpa ett resonemang som är helt motsatt det som förespråkarna för det ovan redovisade argumentet förordar.

22. Med hänsyn till ovanstående förefaller ett nekande svar på den här aktuella

12 — Se dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353; svensk specialutgåva, volym 14, s. 229), punkt 33, kallat Stora Bält. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), punkt 51, kallat "Bus wallons". Även kommissionen har för övrigt nyligen erinrat om följande: "Det framgår dessutom av domstolens rättspraxis att medlemsstaterna visserligen enligt fördraget är fria att reglera både innehåll och förfarande, men att de därvid måste följa alla relevanta bestämmelser i gemenskapsrätten och särskilt iaktta de förbud som följer av fördragets bärande principer när det gäller etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster. Domstolen understryker därutöver vikten av de principer och regler som följer av fördraget och anger bland annat att direktiven om offentlig upphandling syftar till att dels 'inom gemenskapen underlätta genomförandet av etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster' dels 'att säkra ändamålsenligheten för de rättigheter som fördraget föreskriver inom sektorn för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten'" [se kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (offentlig upphandling) (EGT C 121, 2000, s. 2), punkt 3, vari hänvisas till dom av den 10 mars 1987 i mål 199/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 1039), och av den 17 november 1993 i mål 71/92, kommissionen mot Spanien (REG 1993, s. I-5923)]. Det är på denna grund som kommissionen kunnat hävda, rörande just koncessioner, att dessa visserligen inte definieras i fördraget och praktiskt taget ignoreras i direktiven om upphandling, men att detta emellertid inte innebär att koncessioner "inte omfattas av fördragets bestämmelser och principer. Om koncessionerna har tillkommit som ett resultat av statliga åtgärder och avser utövande av ekonomisk verksamhet eller leverans av varor omfattas de av tillämpliga bestämmelser i fördraget samt av de principer som följer av domstolens rättspraxis på området" (ibidem, punkt 2).

13 — Se bland många andra den nyligen avkunnade domen av den 24 februari 2000 i mål C-434/97, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-1129), punkt 21, med ytterligare hänvisningar, och av den 9 mars 2000 i mål C-437/97, EKW och Wein & Co. (REG 2000, s. I-1157), punkt 41, med ytterligare hänvisningar. Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokat Mischo i målet Alcatel Austria m.fl. (punkt 40, med särskild hänvisning till artikel 1 i direktiv 89/665).

14 — Dom av den 3 december 1992 i mål C-97/91, Oleificio Borelli mot kommissionen (REG 1992, s. I-6313; svensk specialutgåva, volym 13, s. 205), punkt 14, med vidare hänvisningar, och av den 11 januari 2001 i mål C-1/99, Kofisa Italia (REG 2001, s. I-207), punkt 46 samt i mål C-226/99, Siples (REG 2001, s. I-277), punkt 17.

frågan, vilket är i linje med detta argument, mycket diskutabelt och vad gäller kommissionen till och med överraskande, med hänsyn till den inställning som den brukar ha på området. [15] Hur som helst förefaller argumentet i fråga inte kunna hålla för en kritisk analys.

23. Jag noterar för det första att lydelsen i direktiv 89/665 inte visar på någon begränsning vad beträffar art och innehåll avseende beslut mot vilka medlemsstaterna skall garantera rättsmedel. Tvärtom anges i artikel 1.1 i direktivet, utan därpå följande preciseringar, att direktivet avser "upphandlingsförfaranden" som regleras i relevanta materiella direktiv och att medlemsstaterna vad gäller dessa förfaranden skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att "en upphandlande myndighets beslut" kan bli föremål för en snabb och effektiv prövning, det vill säga varje beslut som har fattats under dessa förfaranden, från början till slut, vare sig förfarandet avslutas genom tilldelning av kontraktet eller tvärtom genom ett beslut om att avstå från upphandlingen eller återkalla anbudsinfordran. Sammanfattningsvis, såsom domstolen själv har angivit i målet Alcatel Austria m.fl., föreskrivs inte i denna artikel "någon begränsning vad gäller nämnda besluts natur eller innehåll" avseende beslut genom vilka gemenskapsrätten avseende offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införlivande av denna gemenskapsrätt har åsidosatts (punkt 35).

24. Å andra sidan motiverar ordalydelsen i den följande artikeln i det berörda direktivet ("åsidosättande av olagliga beslut, vilket innefattar" osv.) samma slutsats, med hänsyn till att det där inte framgår något tecken på begränsning och inte heller något annat som på något sätt tyder på att det är tillåtet att begränsa det område som de ifrågavarande besluten avser utifrån deras innehåll eller det stadium i upphandlingsförfarandet under vilket de fattas eller av andra skäl. [16] Ordalydelsen i artikel 2.1 a, enligt vilken medlemsstaterna skall föreskriva interimistiskt förfarande avseende "varje beslut som fattats av de upphandlande myndigheterna", bekräftar också detta. Jag inser nämligen inte varför föremålet för talan om upphävande enligt 2.1 b måste vara mer begränsat.

25. Redan vid en textanalys framkommer således inte endast att det i direktivet inte

15 — Jag begränsar mig till att exempelvis erinra om att kommissionen, i *Grönboken om offentlig upphandling inom Europeiska unionen* av den 27 november 1996 [KOM(1996)583 slutlig], har hävdat att principerna om icke-diskriminering, likabehandling och insyn skall tillämpas även i de fall som inte omfattas av direktivens tillämpningsområde (offentliga upphandlingar under tröskelvärdet, koncessioner eller liknande kontrakt) (se punkt 3.24). Samma gäller då "upphandlande enheter vid upphandlingar (...) har agerat eller fattat beslut som står i strid med gemenskapsrätten, även om regeln som skall följas eller förbudet inte uttryckligen nämns i direktiven" (punkt 3.29). Se även, i detta hänseende, meddelandet från kommissionen "Offentlig upphandling inom Europeiska unionen" av den 11 mars 1998 [KOM(1998)0143 slutlig] och särskilt kommissionens ovannämnda tolkningsmeddelande om koncessioner av bygg- och anläggningsarbeten enligt EG-rätten.

16 — Se även, för ett motsvarande resonemang, punkterna 32—33 i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl.

finns någonting som stöder argumentet ifråga, utan att det snarare ger stöd för motsatt uppfattning. Jag vill emellertid notera att tolkningen som lagts fram här dessutom är mer förenlig med de syften som anges i direktivet om offentlig upphandling och i synnerhet i direktiv 89/665, vilket just syftar till att förstärka de befintliga mekanismerna, såsom domstolen har påpekat i målet Alcatel Austria m.fl. Såsom HI har framhållit framgår det inte heller med hänsyn till systemets logik varför endast det första av de två huvusakliga sätten att avsluta ett upphandlingsförfarande, det vill säga tilldelning av kontrakt och beslut om återkallelse av upphandlingen, skall vara överprövbart, medan det andra inte är det. Så är fallet även om detta beslut händelsevis skulle fattas helt godtyckligt eller skulle ha som enda syfte att favorisera en viss anbudsgivare, och även om upphandlingen skulle upprepas flera gånger tills den anbudsgivare som man antas ha velat favorisera erhöll kontraktet. Detta skulle, å ena sidan, skapa en uppenbar och omotiverad åtskillnad i förhållande till besluten att tilldela kontrakten, och å andra sidan ge den upphandlande myndigheten frihet att ge andra skäl företräde framför ekonomiska sådana och därvid möjliggöra just den risk för diskriminering och oklarhet som direktiven strävat efter att undvika. Av detta följer att dessa berövas all ändamålsenlig verkan och därmed att deras syften fullständigt motverkas.

26. Såsom jag för övrigt redan erinrat om, framhåller förespråkarna för det aktuella argumentet särskilt parallellen mellan rättsmedelsdirektivet och de materiella direktiven och understryker att de senare inte behandlar beslut om återkallelse av en anbudsinfordran, och att de relevanta besluten följaktligen per definition ligger utanför den förstnämndas tillämpningsområde, oberoende av vilken räckvidd uttrycket "olagliga beslut" som används i detta direktiv har. Jag noterar emellertid framför allt att det återstår att bevisa själva premissen för detta argument, enligt vilken endast de förfaranden och beslut för vilka det i de materiella direktiven föreskrivs specifika regler omfattas av rättsmedelsdirektivet. Det är i själva verket lika rimligt, och snarare mer förenligt med systemets principer och inre logik — vilket jag understrukit flera gånger tidigare — att anse att direktivet omfattar alla etapper och faser i de upphandlingsförfaranden som omfattas av de andra direktiven, inklusive de förfaranden som med anledning av sin speciella natur inte fordrar ett specifikt regelverk eller inte fordrar annat än ett kortfattat sådant, vilket just är fallet med beslut om återkallelse av anbudsinfordran.

27. Bortsett från detta bör det dock noteras att det i förevarande mål tillämpliga materiella direktivet, det vill säga direktiv 92/50, inte alls bortses från besluten att återkalla en anbudsinfordran, även om det i det avseendet, såsom jag redan påpekat, endast föreskrivs att de upphandlande myndigheterna i fall då detta begärs skriftligen skall meddela "skälen till att de har beslutat att avstå från en upphandling" (artikel 12.2 i direktiv 92/50). Det förefaller uppenbart att en sådan motiveringsskyldighet inte är utan betydelse i detta fall, eftersom moti-

veringen av en rättsakt och domstolsprövningen av rättsakten utgör två nära sammanhängande faktorer. Av domstolens rättspraxis framgår även att den förstnämnda är till direkt nytta för den sistnämnda, eftersom det klart och tydligt skall framgå hur den institution som antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att behörig domstol ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt.[17] Då det i direktiven således föreskrivs en motiveringsskyldighet, borde det finnas än starkare skäl till att förutsätta att det föreligger en skyldighet att införa en möjlighet till domstolsprövning.

28. Den ovan redovisade invändningen att den upphandlande myndigheten åtnjuter en så stor befogenhet att företa en skönsmässig bedömning avseende återkallelse av en anbudsinfordran att deltagarna i förfarandet inte har någon rätt till att detta skall avslutas genom tilldelning av kontraktet, kan inte på något sätt få relevans i detta fall. Visserligen uppställs det, bortsett från motiveringsskyldigheten som jag just erinrat om, inga processuella eller materiella villkor för återkallelse, men detta innebär varken att besluten på området inte skulle falla inom rättsmedelsdirektivets tillämpningsområde eller att den befogenhet som tillerkänts de nationella myndigheterna kan utövas helt utan kontroll och begränsningar. Den obestridliga befogenhet att företa en skönsmässig bedömning som dessa myndigheter åtnjuter på området kan visserligen komma att få betydelse avseende räckvidden av en domstolsprövning, vilket vi kommer att se vid bedömningen av den andra frågan, men innebär inte alls någon absolut frihet eller en befrielse från all prövning. Dessa myndigheter skall nämligen alltid agera med iakttagande av relevanta gemenskapsrättsliga och nationella bestämmelser, och särskilt med iakttagande av principerna om likabehandling och insyn vilka, som domstolen har formulerat det, "utgör själva kärnan" i regleringen på området och som därmed har en absolut och ovillkorlig verkan.[18]

29. Innan någon slutsats kan dras på denna punkt skall jag också ta ställning till vissa argument som lagts fram av den österrikiska regeringen respektive kommissionen till stöd för ett nekande svar på den aktuella frågan.

17 — Se den nyligen avkunnade domen av den 22 mars 2001 i mål 17/99, Frankrike mot kommissionen (REG 2001, s. I-2481), punkt 35, med ytterligare hänvisningar. Jag delar helt och hållet den uppfattning som generaladvokat Saggio företrädde i detta avseende i sitt förslag till avgörande i målet Fracasso och Leitschutz, där han påpekat att "skyldigheten att meddela de skäl som ligger till grund för myndighetens beslut att avstå från en upphandling eller upprepa förfarandet, på sådant sätt som avses i artikel 8.2 i direktivet [rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, EGT L 199, s. 54; bestämmelsen är analog med artikel 12.2 i direktiv 92/50], måste bedömas på rätt sätt. Den gör det nämligen möjligt att genomföra en prövning av det administrativa beslutets lagenlighet, åtminstone i det fall beslutet om återkallande förefaller utgöra ett svepskäl eller strida mot andra gemenskapsrättsliga regler" (punkt 17).

18 — Generaladvokat Saggio har i sitt ovannämnda förslag till avgörande i målet Fracasso och Leitschutz noterat att "befogenheten att återkalla myndighets beslut att inleda en anbudsinfordran (...) medför inte att en sådan befogenhet att skydda de egna intressena skulle vara absolut och inte kunna bli föremål för domstolsprövning". Myndigheten får fatta beslut "under förutsättning att detta inte sker godtyckligt eller som ett svepskäl och att det inte medför att regler i direktivet eller andra gemenskapsrättsliga regler eller principer åsidosätts". Artikel 8.2 i direktiv 93/37 (som motsvarar artikel 12 i direktiv 92/50) "avser säkerligen att förhindra att den upphandlande myndigheten gör sig kvitt en potentiell kontrahent på ett fullständigt godtyckligt sätt eller i strid med gemenskapsrättens grundläggande principer" (punkterna 13—18).

30. Den förstnämnda stödjer sig, som framkommit ovan (punkt 18), på artikel 2.6 i direktiv 89/665, och drar av denna artikel slutsatsen att om medlemsstaterna, i fall då kontraktet redan har tilldelats, kan begränsa de berördas rätt till att endast avse skadestånd, finns det ingen anledning att erbjuda dessa ett mer betydande rättsligt skydd avseende beslut om återkallelse. Det bör emellertid invändas att de båda ovannämnda fallen inte är analoga, det vill säga den fas som föregår upprättande av kontraktet (som den här relevanta artikel 2.1 avser) respektive den fas som följer detta upprättande (som artikel 2.6 avser). Det är i själva verket i direktiv 89/665, vilket domstolen har klargjort i målet Alcatel Austria m.fl., som en klar distinktion mellan dessa båda stadier görs genom att olika regelsystem uppställs för dem (punkt 37). Å andra sidan skulle en analogisk utvidgning av tillämpningsområdet för bestämmelserna i artikel 2.6 inte på något sätt kunna motiveras med hänsyn till det aktuella systemets struktur, utan den skulle stå i uppenbar strid med systemets syften. [19]

31. Det kan inte heller anses, såsom den österrikiska regeringen alltjämt verkar göra, att en begäran om ersättning för skada till följd av ett olagligt beslut om återkallelse skulle vara tillräckligt för att tillgodose de rättigheter som tillkommer en anbudsgivare som har tillfogats skada genom denna återkallelse. Jag erinrar endast om att rättsmedelsdirektivet bemyndigar medlemsstaterna att föreskriva att talan om upphävande skall ha väckts innan skadeståndstalan kan väckas (se artikel 2.5 i direktiv 89/665), och att man därför inte, åtminstone när så är fallet, kan bortse från denna sistnämnda typ av talan. Detta förefaller för övrigt medföra ännu ett argument till förmån för ett jakande svar på Vergabekontrollsenats första fråga, med hänsyn till att de eventuellt berörda annars inte heller skulle kunna väcka skadeståndstalan i fall då ifrågavarande medlemsstat utnyttjat den befogenhet som ges i ovannämnda artikel 2.5.

32. Vad gäller kommissionen har den framför allt betonat att den anbudsgivare som eventuellt lidit skada med anledning av ett olagligt beslut att återkalla en anbudsinfordran hur som helst förfogar över rättsmedel som föreskrivs i medlemsstaternas rättsordningar för det fall att nationella bestämmelser har åsidosatts. Jag vet inte om detta kan medföra viss tröst. Det är däremot säkert att det inte motsvarar de ovannämnda kraven på området och det verkar, utan tvekan, vara ett ganska märkligt förhållningssätt hos en institution som i

19 — Generaladvokat Mischo har i det förslag till avgörande som han lagt fram i samma mål understrukit följande: "Prövningsdirektivets ändamålsenliga verkan, och i synnerhet dess syfte, som framgår av artikel 1, att införa snabba och effektiva rättsmedel, skulle äventyras om det vore tillåtet för en medlemsstat att ge begränsningen i artikel 2.6 en sådan omfattning att den upphandlande myndighetens viktigaste beslut, nämligen tilldelningen av upphandlingskontraktet, på ett systematiskt sätt undkommer det fullständiga skydd som införts genom artikel 2.1. Prövningsdirektivets syfte att förstärka rättsmedlen innebär nämligen att medlemsstaternas möjlighet att begränsa dessa rättsmedel skall anses som ett undantag och följaktligen tolkas restriktivt" (punkterna 39—40). Utan att det framgår direkt gäller dessa iakttagelser givetvis, även om de avser upphandlingsbeslut, helt och fullt även beslut att återkalla en anbudsinfordran.

decennier arbetat för att direktiven om offentlig upphandling skall säkerställas på ett effektivt sätt och som därtill föreslagit mer än ett direktiv (såsom direktiv 89/665) just för att förstärka denna garanti på gemenskapsnivå genom att inte låta den drabbas av olikheter och brister i de nationella lagstiftningarna.

33. Kommissionens andra iakttagelse, nämligen att deltagarna i en upphandling som längre fram återkallas på sätt och vis skyddas genom att den upphandlande myndigheten, även om den beslutar att tilldela det ifrågavarande kontraktet genom att lämna en ny anbudsinfordran, är skyldig att iaktta relevanta gemenskapsrättsliga direktiv, vilket i förekommande fall skulle kunna underställas en domstolsprövning i enlighet med bestämmelserna i direktiv 89/665, verkar lika trösterik, men föga avgörande. Jag noterar å andra sidan att den upphandlande myndigheten inte alltid beslutar att offentliggöra en ny anbudsinfordran efter att ha återkallat en första. Även om detta emellertid vore fallet skulle inte en talan om upphävande av beslutet om återkallelse därmed vara onödig, eftersom myndighetens utrymme för skönsmässig bedömning vid en eventuell ny anbudsinfordran, om en sådan talan vann bifall, bortsett från de konsekvenser som jag just angivit (punkt 31), oundvikligen skulle begränsas, eftersom myndigheten skulle vara skyldig att iaktta de principer som har fastställts i domen om upphävande. [20]

34. Mot bakgrund av det ovan angivna anser jag att den första tolkningsfrågan bör besvaras så, att det enligt artikel 2.1 b i direktiv 89/665 krävs att ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en anbudsinfordran avseende tjänster kan överprövas och i förekommande fall upphävas i ett prövningsförfarande.

B — *Andra tolkningsfrågan*

35. Vergabekontrollsenat har ställt frågan för att få klarhet i huruvida, för den händelse att svaret på den första frågan är jakande, någon bestämmelse i direktiv 89/665 eller i direktiv 92/50 utgör hinder för att en domstolsprövning avseende rättsenligheten av ett beslut att återkalla en anbudsinfordran endast kan röra huruvida denna rättsakt är godtycklig eller fiktiv.

20 — Jag vill i det avseendet påpeka att domstolen i målet Simmenthal fastställde att det ligger i en sökandes intresse att ett beslut om upphandling upphävs (i detta fall ett beslut fattat av kommissionen) även om beslutet redan verkställts fullt ut till förmån för andra konkurrenter, "antingen för att kommissionen på ett lämpligt sätt skall återställa sökandens situation eller för att förmå kommissionen att i framtiden göra lämpliga ändringar i regelsystemet för upphandlingar, i fall då detta skulle befinnas strida mot vissa rättsliga krav" (dom av den 6 mars 1979 i mål C-92/78, Simmenthal mot kommissionen) (REG 1979, s. 777), punkt 32. Se, för ett liknande resonemang, den ovannämnda domen i målet CAS Succhi di Frutta mot kommissionen, (punkt 63).

36. Det handlar sanningen att säga om en mycket oklar fråga och motiveringen av frågan i begäran om förhandsavgörande bidrar inte heller till att göra den klarare, även eftersom denna förmodligen återspeglar problem och svårigheter i den österrikiska rättsordningen. Det framstår emellertid som om Vergabekontrollsenat är benägen att ge ett nekande svar, det vill säga att den har för avsikt att begränsa domstolsprövningen av ett beslut om återkallelse av en anbudsinfordran. HI är av motsatt åsikt och hävdar att det inte är möjligt att av direktiv 89/665 sluta sig till att en talan om upphävande av ett beslut om återkallelse skall begränsas till att röra huruvida den ifrågasatta rättsakten är godtycklig eller fiktiv. Enligt HI:s mening skall ett beslut om återkallelse tvärtom kunna bli föremål för en fullständig domstolsprövning. Kommissionen å sin sida noterar, efter att ha upprepat att beslut om återkallelse inte omfattas av direktiv 89/665, endast att om en talan rörande rättsenligheten av ett beslut om återkallelse av en anbudsinfordran har anhängiggjorts vid en nationell domstol, kan denna i vart fall kontrollera huruvida skälen till detta beslut är förenliga med nationella bestämmelser och, i förekommande fall, med gemenskapsrättsliga bestämmelser.

37. Vid en generell bedömning av frågan, då jag således bortser från eventuella situationer som är specifika för den österrikiska rättsordningen, anser jag att det är mycket svårt att i tillämpliga gemenskapsrättsliga direktiv urskilja bestämmelser som är relevanta vad avser den här aktuella frågan, det vill säga bestämmelser som innebär att man kan sluta sig till att omfattningen av en domstolsprövning av ett beslut att återkalla en anbudsinfordran kan begränsas eller tvärtom att den inte kan det. Man skall förvisso vara medveten om vad jag ovan har angivit avseende den befogenhet att företa en skönsmässig bedömning som den upphandlande myndigheten har i detta avseende och de begränsningar som i detta fall liksom i alla analoga fall följer av detta i fråga om domstolsprövning. I gemenskapens rättspraxis har det vid ett flertal tillfällen påpekats att domstolens prövning, med hänsyn till beskaffenheten av den befogenhet som dessa myndigheter åtnjuter, endast skall avse en kontroll av att processuella bestämmelser och regler om motivering har följts, liksom att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga och att bedömningen inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk.[21] Utöver denna begränsning, som direkt hänger samman med den i förevarande fall utövade befogenhetens natur, kvarstår det faktum att de nationella myndigheterna likväl alltid är skyldiga att iaktta de relevanta gemenskapsrättsliga och nationella bestämmelserna och särskilt de ovan vid flera tillfällen nämnda principerna om likabehandling och insyn. Av detta följer att domstolsprövningen även bör omfatta dessa aspekter.

38. Jag anser följaktligen att den förevarande frågan skall besvaras så, att ingen bestämmelse i direktiven 89/665 och 92/50 innebär att det är tillåtet att begränsa domstolsprövningen av rättsenligheten av beslutet att återkalla en anbudsinfordran till att endast röra huruvida beslutet är godtyckligt eller fiktivt.

21 — Se förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet ADT Project mot kommissionen (punkt 147). Se även domen i målet Embassy Limousines & Services mot parlamentet, i vilken domstolen fastställde att prövningen av utövandet av befogenheten att företa en skönsmässig bedömning, för att eventuellt upphäva ett beslut att återkalla en anbudsinfordran, måste inskränka sig till att avse allvarliga och uppenbara fel (punkt 56). Se även, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Agence européenne d'Interims mot kommissionen (punkt 20) och i det ovannämnda målet Adia interim mot kommissionen (punkt 49) samt i det ovannämnda målet AISC (punkt 39).

C — *Tredje tolkningsfrågan*

39. Den österrikiska domstolen har ställt frågan, som även den ställs för det fall den första frågan besvaras jakande, för att få klarhet i vilken tidpunkt som är avgörande för bedömningen av huruvida den upphandlande myndighetens beslut att återkalla anbudsinfordran är rättsenligt.

40. Vergabekontrollsenat noterar i sin motivering till denna fråga att direktiv 89/665 inte innehåller någon hållpunkt i det avseendet och att det, enligt Vergabekontrollsenats mening, finns två möjliga lösningar: tidpunkten för den upphandlande myndighetens beslut eller tidpunkten för prövningsorganets beslut. Det faktum att beslutet om återkallelse är föremål för talan talar för den första lösningen, medan principen om direktivets ändamålsenliga verkan, vilken syftar till att säkerställa att det finns "snabba och effektiva rättsmedel", talar för den andra. Enligt HI:s mening bör man tvärtom utgå från tidpunkten för beslutet avseende den angripna rättsaktens rättsenlighet medan det, enligt kommissionens mening, är den nationella rätten som är avgörande för lösningen av den tredje tolkningsfrågan, eftersom beslutet att återkalla en anbudsinfordran inte regleras i gemenskapsrätten, utan i nationell rätt.

41. Jag noterar för min del att direktiv 89/665 inte innehåller någon bestämmelse avseende vilken tidpunkt som är avgörande för bedömningen av huruvida beslutet att återkalla anbudsinfordran är rättsenligt. Jag tror att det följer av detta direktivs beskaffenhet. Det är inte ett direktiv om harmonisering av lagstiftningar, utan endast ett direktiv om samordning av befintliga förfaranden. Direktivet syftar alltså inte till att skapa en fullständig rättslig ram på området, utan innebär endast att de bestämmelser fastställs som är nödvändiga för att säkerställa en fullständig och effektiv tillämpning av materiella direktiv. Det är därefter i var och en av de nationella rättsordningarna som man, naturligtvis med iakttagande av de regler och principer som har införts genom direktivet, finner närmare bestämmelser och processuella regler om verkställande av det skydd som föreskrivs i detta. Domstolen har nyligen fastställt att det, i avsaknad av specifik gemenskapslagstiftning på området, "i den nationella rättsordningen i varje medlemsstat skall anges vilka domstolar som är behöriga och fastställas förfaranderegler för talan som avser att säkerställa skyddet av de rättigheter som enskilda har på grund av gemenskapsrätten". [22]

42. Jag anser följaktligen att den hänskjutande domstolens tredje fråga skall besvaras så, att fastställandet av den tidpunkt som är avgörande för bedömningen av huruvida den upphandlande myndighetens beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt skall ske med utgångspunkt i tillämplig nationell lagstiftning, utan att detta inverkar på effektiviteten av det skydd som garanteras genom principerna och bestämmelserna i gemenskapsrätten eller innebär att detta skydd inte ges i rätt tid.

22 — Dom av den 15 september 1998 i mål 231/96, Edis (REG 1998, s. I-4951), punkt 19, med ytterligare hänvisningar.

V — Förslag till avgörande

43. Med beaktande av föregående överväganden föreslås att domstolen skall döma att:

1) Det krävs enligt artikel 2.1 b 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 att ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en anbudsinfordran avseende offentlig upphandling av tjänster kan prövas och, i förekommande fall, upphävas i ett prövningsförfarande.

2) Ingen bestämmelse i direktiv 89/665/EEG eller i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster innebär att det är tillåtet att begränsa domstolsprövningen av rättsenligheten av beslutet att återkalla en anbudsinfordran till att endast röra huruvida beslutet är godtyckligt eller fiktivt.

3) Fastställandet av den tidpunkt som är avgörande för bedömningen av huruvida den upphandlande myndighetens beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt skall ske, med utgångspunkt i tillämplig nationell lagstiftning, utan att detta inverkar på effektiviteten av det skydd som garanteras genom principerna och bestämmelserna i gemenskapsrätten eller innebär att detta skydd inte ges i rätt tid.