

FABRICOM

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)
den 3 mars 2005 *

I de förenade målen C-21/03 och C-34/03,

angående begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställts av Conseil d'État (Belgien) genom beslut av den 27 december 2002, vilka inkom till domstolen den 29 respektive den 22 januari 2003, i målen mellan

Fabricom SA

och

État belge,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C.W.A. Timmermans (referent) samt domarna C. Gulmann, J.-P. Puissochet, N. Colneric och J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: P. Léger,
justitiesekreterare: R. Grass,

* Rättegångsspråk: franska.

med beaktande av det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgivits av:

- Fabricom SA, genom J. Vanden Eynde, avocat, och J.-M. Wolter, avocat,
- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
- Finlands regering, genom T. Pynnä, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom K. Wiedner och B. Stromsky, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 11 november 2004 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 De båda målen rör begäran om förhandsavgörande avseende tolkningen av 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 Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1) (nedan kallat direktiv 92/50), i synnerhet artikel 3.2 i det direktivet, av rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), i dess lydelse enligt direktiv 97/52 (nedan kallat direktiv 93/36), i synnerhet artikel 5.7 i det direktivet, av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), i dess lydelse enligt direktiv 97/52 (nedan kallat direktiv 93/37), i synnerhet artikel 6.6 i det direktivet, samt av rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet för upphandling för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 (EGT L 101, s. 1; nedan kallat direktiv 93/38), i synnerhet artikel 4.2 i det direktivet, jämförda med proportionalitetsprincipen, rätten att bedriva fri handel och industriverksamhet samt skyddet av äganderätten. De båda målen rör även 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 (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i synnerhet artiklarna 2.1 a och 5 i det direktivet, samt av rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127), i synnerhet artiklarna 1 och 2 i det direktivet.

2 Dessa frågor har ställts inom ramen för tvister mellan Fabricom SA (nedan kallat Fabricom) och État belge (belgiska staten), rörande huruvida nationella bestämmelser, som under vissa förutsättningar innebär att en person som ansvarar för att förbereda en upphandling eller ett företag som är närstående förstnämnda person inte får delta i upphandlingen, är rättsstridiga.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsbestämmelser

- 3 I artikel VI.4 i avtalet om offentlig upphandling, som bilagts rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar — vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet — av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986–1994) (EGT L 336, s. 1, svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 3, nedan kallat avtalet om offentlig upphandling), föreskrivs följande:

”Upphandlande enheter skall inte, på ett sådant sätt, att det kan komma att utesluta konkurrens, efterfråga eller acceptera råd som kan användas i sammanställning av underlag för en enskild upphandling från ett företag som kan ha kommersiella intressen i upphandlingen.”

- 4 Enligt artikel 3.2 i direktiv 92/50 gäller följande:

”De upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer.”

- 5 I artikel 5.7 i direktiv 93/36 föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna skall se till att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika leverantörer.”

6 I artikel 6.6 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

"De upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika byggherrar."

7 Enligt artikel 4.2 i direktiv 93/38 gäller följande:

"De upphandlande enheterna skall se till, att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika leverantörer, entreprenörer eller tjänsteproducenter."

8 I skäl 10 i direktiv 97/52, vars lydelse återges på ett analogt sätt i skäl 13 i direktiv 98/4, anges följande:

"Upphandlande myndigheter får begära eller ta emot råd som kan användas för att upprätta specifikationer för ett bestämt upphandlingsförfarande under förutsättning att dessa råd inte hindrar konkurrensen."

9 I artikel 2 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

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

- a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,

...”

- 10 Enligt artikel 1 i direktiv 92/13 gäller följande:

”1. Medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att beslut av upphandlande enheter skall kunna prövas noga och snabbt enligt de förutsättningar som anges i nedanstående artiklar, i synnerhet artikel 2.8, för att avgöra huruvida besluten strider mot gemenskapslagstiftningen om upphandling eller mot nationella regler som har tillkommit för att följa gemenskapslagstiftningen om

- a) upphandlingsförfaranden enligt rådets direktiv 90/531/EEG, och

- b) upphandlande enheter enligt artikel 3.2 a i samma direktiv.

2. Medlemsstaterna skall förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada till följd av den åtskillnad som görs i detta direktiv mellan nationella bestämmelser om införande av gemenskapsrätten och andra nationella bestämmelser.

3. Medlemsstaterna skall se till att prövningsförfaranden med närmare bestämmelser enligt medlemsstaternas bestämmande införs och kan åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få kontrakt om viss offentlig upphandling och som har lidit skada eller riskerat att lida skada av en påstådd överträdelse. Medlemsstaterna kan kräva att den som begär prövning dessförinnan har meddelat upphandlaren att han hävdar att överträdelse har skett och att han ämnar söka prövning av denna.”

11 I artikel 2 i direktiv 92/13 föreskrivs följande:

’1. Medlemsstaterna skall se till att bestämmelserna om prövning enligt artikel 1 ger prövningsorganet behörighet att handla antingen enligt a och b nedan eller enligt c ...:

- a) Att så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder i syfte att åstadkomma rättelse av påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, däribland åtgärder för att avbryta upphandlingen eller förhindra verkställigheten av upphandlarens beslut.

- b) Att undanröja eller låta undanröja beslut som tagits utan stöd i lag, och därvid bland annat undanröja diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i meddelanden om upphandling, meddelanden i förhand om upphandling, meddelande om ett särskilt system för urval av leverantörer, inbjudan att avge anbud, kontraktshandlingar eller annat dokument som har samband med upphandlingen.
- c) Att så tidigt som möjligt och, om det är nödvändigt, efter egna beslut i sak själv vidta andra åtgärder än de som anges ovan under a och b för att rätta konstaterad överträdelse, förebygga att berörda intressen lider skada eller, där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att betala en viss summa till berörda intressen.

Medlemsstaterna får välja ett av dessa alternativ att gälla för alla upphandlare eller för upphandlarkategorier som definierats enligt objektiva kriterier, så länge de åtgärder som syftar till att förebygga skada för berörda intressen blir verkningsfulla.

...”

Nationella bestämmelser

12 I artikel 32 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 8 januari 1996 om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster samt om koncessionsavtal rörande offentliga bygg- och anläggningsarbeten (*Moniteur belge* av den 9 april 1999, s. 11690) (nedan kallad kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring i kunglig kungörelse av den 8 januari 1996), föreskrivs följande:

”...

1. Det är inte tillåtet för personer som har haft ansvar för forskning, experiment, analys eller utveckling avseende bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster att begära att få delta eller lämna ett anbud i en offentlig upphandling av sådana bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster.

2. Ett företag som är närstående till en sådan person som avses i punkt 1 har inte rätt att begära att få delta i en upphandling eller lämna ett anbud, såvida företaget inte kan styrka att det inte därvid åtnjuter en otillbörlig fördel som kan snedvrída de normala konkurrensförhållandena.

Med närstående företag i den mening som avses i förevarande artikel avses varje företag inom vilket en sådan person som avses i punkt 1, direkt eller indirekt, kan utöva ett bestämmande inflytande, eller ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande på denna person eller som, liksom nämnda person, står under ett bestämmande inflytande från ett annat företag på grund av ägarförhållanden, ekonomisk delaktighet eller regler som styr företaget. Det skall presumeras att ett

bestämmande inflytande finns när företaget, direkt eller indirekt, i förhållande till ett annat företag

- 1) innehar majoriteten av bolagskapitalet, eller
- 2) kontrollerar majoriteten av de röster som är hänförliga till företagets ägarbevis, eller
- 3) har rätt att utse fler än hälften av ledamöterna i företagets administrativa, verkställande eller övervakande organ.

Innan ett företag utesluts från en upphandling på grund av att det anses åtnjuta en otillbörlig fördel, skall den upphandlande myndigheten genom rekommenderat brev anmoda detta företag att inom tolv kalenderdagar, eller i förekommande fall inom en längre frist som anges i anmodan, åberopa omständigheter avseende särskilt hur företaget är närstående till andra företag och personer, företagets grad av självständighet och varje förhållande som kan göra det möjligt att fastställa att ett bestämmande inflytande inte föreligger eller att det inte har någon betydelse för den aktuella upphandlingen.

3. Punkt 1 och 2 är inte tillämpliga i fråga om

- 1) offentliga upphandlingar som omfattar såväl utarbetandet av ett projekt som genomförandet av det,
- 2) offentliga upphandlingar som genomförts genom ett förhandlat förfarande utan publicering av ett meddelande, när förfarandet inleds på så sätt som avses i artikel 17.2 i lagen.”

- 13 Artikel 26 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 10 januari 1996 om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (*Moniteur belge* av den 28 april 1999, s. 14144) (nedan kallad kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 10 januari 1996) har i huvudsak en lydelse som är analog med lydelsen av artikel 32 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 8 januari 1996.

Tvisterna i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 14 Fabricom är ett företag inom bygg- och anläggningssektorn som regelbundet har anledning att lämna anbud inom ramen för offentliga upphandlingar, särskilt inom vatten-, energi-, transport och telekommunikationssektorerna.

Mål C-21/03

- 15 Fabricom har genom ansökan som inkom den 25 juni 1999 till Conseil d'État yrkat att artikel 26 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 10 januari 1999 skall ogiltigförklaras.
- 16 Fabricom har gjort gällande att nämnda bestämmelse bland annat strider mot principen om likabehandling av samtliga anbudsgivare, mot principen om ett effektivt rättsmedel, vilken garanteras genom direktiv 92/13, mot proportionalitetsprincipen, mot rätten att bedriva fri handel och industriverksamhet samt mot skyddet av äganderätten såsom det följer av artikel 1 i tilläggsprotokollet Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, vilken undertecknades i Rom den 4 november 1950.

- 17 Belgiska staten har bestritt de grunder som Fabricom har åberopat.
- 18 Conseil d'État har anfört att artikel 26 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 10 januari 1996, i enlighet med ingressen i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 och med den föregående rapporten till konungen, syftar till att förhindra att en person som vill bli tilldelad ett kontrakt genom offentlig upphandling kan dra fördel av forskning, experiment, analys eller utveckling avseende denna upphandling på ett sätt som strider mot den fria konkurrensen.
- 19 Enligt Conseil d'État medför denna bestämmelse ett fullständigt och undantagslöst hinder för en person som ansvarar för forskning, experiment, analys eller utveckling, och följaktligen även för företag som anses vara närstående denna person, att delta i upphandlingen eller att lämna anbud. Bestämmelsen lämnar vidare inte något utrymme för denna person, till skillnad från vad som är fallet med ett företag som är närstående personen, att med hänsyn till omständigheterna i det konkreta fallet styrka att han eller hon inte har kunnat erhålla en fördel som medför att anbudsgivarnas lika ställning rubbas genom en av dessa aktiviteter. I bestämmelsen föreskrivs inte någon uttrycklig skyldighet för den upphandlande myndigheten att inom en viss tid uttala sig om de skäl som det närstående företaget åberopat i syfte att styrka att ett bestämmande inflytande inte föreligger eller att det inte har någon betydelse för den aktuella upphandlingen.
- 20 Conseil d'État anser att utgången i det mål som är anhängigt vid den beror på tolkningen av vissa bestämmelser i direktiven om offentlig upphandling, och har beslutat att vilandeförklara målen samt ställa följande frågor till domstolen:

"1) Strider det mot ... direktiv 93/38 ..., i synnerhet artikel 4.2 i det direktivet, och mot ... direktiv 98/4 ... jämförda med proportionalitetsprincipen, rätten att bedriva fri handel och industriverksamhet samt skyddet för äganderätten, vilket

bland annat följer av tilläggsprotokollet av den 20 mars 1952 till konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, att en person, som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, inte är behörig att begära att få delta i eller lämna ett anbud i en upphandling avseende dessa bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, utan att denna person ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen?

- 2) Skulle svaret på den första frågan bli annorlunda för det fall de ovannämnda direktiven jämförda med *ovannämnda princip, frihet och rättighet* tolkades så, att de endast avsåg privata företag eller företag som utfört prestationer mot ersättning?

- 3) Skall ... direktiv 92/13 ..., i synnerhet artiklarna 1 och 2 i det direktivet, tolkas så, att den upphandlande enheten, fram till dess att förfarandet för bedömning av anbudet avslutats, kan hindra ett företag som är närstående en person som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling avseende bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster från att delta i upphandlingsförfarandet eller lämna ett anbud trots att detta företag efter förfrågan av den upphandlande myndigheten har hävdats att det inte åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrیدا de normala konkurrensvillkoren?"

Mål C-34/03

21 Fabricom har genom en ansökan som inkom den 8 juni 1999 till Conseil d'État yrkat att artikel 32 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 8 januari 1996 skall ogiltigförklaras.

- 22 De grunder som Fabricom åberopade är i huvudsak desamma som dem som åberopats i mål C-21/03. De upplysningar som Conseil d'État lämnat rörande nämnda artikel 32 är identiska med de upplysningar som lämnats i mål C-21/03 rörande artikel 26 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 10 januari 1996.
- 23 Under sådana förhållanden har Conseil d'État beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
- ”1) Strider det mot ... direktiv 92/50 ..., i synnerhet artikel 3.2 i det direktivet, ... direktiv 93/36 ..., i synnerhet artikel 5.7 i det direktivet, ... direktiv 93/37 ..., i synnerhet artikel 6.6 i det direktivet, och ... direktiv 97/52 ..., i synnerhet artiklarna 2.1 b och 3.1 b i det direktivet, jämförda med proportionalitetsprincipen, rätten att fritt bedriva handel och industriverksamhet samt skyddet för äganderätten, vilket skydd bland annat följer av tilläggsprotokollet av den 20 mars 1952 till konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, att en person, som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, inte är behörig att begära att få delta i eller lämna ett anbud i en upphandling av dessa bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, utan att denna person ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen?
 - 2) Skulle svaret på den första frågan bli annorlunda för det fall de ovannämnda direktiven jämförda med *ovannämnda princip, frihet och rättighet* tolkades så, att de endast avsåg privata företag eller företag som utfört prestationer mot ersättning?
 - 3) Skall ... direktiv 89/665 ..., i synnerhet artiklarna 2.1 a och 5 i det direktivet, tolkas så, att den upphandlande myndigheten, fram till dess att förfarandet för

bedömning av anbuden avslutats, kan hindra ett företag som är närstående en person som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling avseende bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster från att delta i upphandlingsförfarandet eller lämna ett anbud trots att detta företag efter förfrågan av den upphandlande myndigheten har hävdats att det inte åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrída de normala konkurrensvillkoren?”

- 24 Målen C-21/03 och C-34/03 har, genom beslut av domstolens ordförande av den 4 mars 2003, förenats vad gäller det skriftliga och det muntliga förfarandet samt domen.

Tolkningsfrågorna

Den första frågan som ställts i målen C-21/03 och C-34/03

- 25 Den nationella domstolen har ställt den första frågan i målen C-21/03 och C-34/03 för att få klarhet i huruvida de gemenskapsrättsliga bestämmelser som frågan avser utgör hinder för en sådan bestämmelse som finns i artikel 26 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 10 januari 1996 och i artikel 32 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 8 januari 1996, enligt vilken en person som har haft ansvar för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster inte får delta eller lämna anbud i en upphandling av dessa bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, utan att denna person ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte leder till en snedvridning av konkurrensen (nedan kallad den i målet vid den nationella domstolen tvistiga bestämmelsen).

- 26 I detta avseende skall det erinras om att skyldigheten att respektera principen om likabehandling är central i direktiven om offentlig upphandling, vilka bland annat syftar till att utveckla en effektiv konkurrens inom deras respektive tillämpningsområde och vilka innehåller föreskrifter om kriterier för tilldelning i avsikt att garantera en sådan konkurrens (dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, *Concordia Bus Finland*, REG 2002, s. I-7213, punkt 81 och där angiven rättspraxis).666
- 27 Enligt fast rättspraxis innebär likabehandlingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (dom av den 14 december 2004 i mål C-434/02, *Arnold André*, REG 2004, s. I-11825, punkt 68 och där angiven rättspraxis, och i mål C-210/03, *Swedish Match m.fl.*, REG 2004, s. I-11893, punkt 70 och där angiven rättspraxis).
- 28 En person som har haft ansvar för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster avseende en offentlig upphandling (nedan kallad person som har utfört visst förberedande arbete) befinner sig emellertid inte nödvändigtvis i samma situation, när det gäller deltagande i upphandlingsförfarandet, som en person som inte har utfört ett sådant arbete.
- 29 För det första kan nämligen en person som har deltagit i visst förberedande arbete ha en fördel när det gäller att formulera anbudet, på grund av den information som personen kan ha erhållit om den ifrågasvarande offentliga upphandlingen när den utförde nämnda förberedande arbete. Samtliga anbudsgivare måste emellertid ha samma chans att formulera sina anbud (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 54).

- 30 För det andra kan nämnda person befinna sig i en situation som kan leda till en intressekonflikt, genom att — såsom Europeiska gemenskapernas kommission med rätta har påpekat — den kan påverka villkoren för upphandlingen på ett för den gynnsamt sätt om den själv lämnar anbud inom ramen för den ifrågavarande upphandlingen, även om den inte har en sådan avsikt. En sådan situation skulle snedvrída konkurrensen mellan anbudsgivarna.
- 31 Med hänsyn till den situation som en person som har utfört visst förberedande arbete kan befinna sig i kan det därför inte anses att likabehandlingsprincipen innebär ett krav på att denna person skall behandlas på samma sätt som samtliga övriga anbudsgivare.
- 32 Fabricom, den österrikiska och den finska regeringen har mot detta i huvudsak anført att det inte finns några sakliga skäl för den skillnad i behandling som är följden av en sådan regel som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, vilken innebär att en person som har utfört visst förberedande arbete inte i något fall får delta i det aktuella upphandlingsförfarandet. Ett sådant förbud är nämligen oproportionerligt. Enligt nämnda parter kan likabehandlingen av samtliga anbudsgivare säkerställas på ett lika effektivt sätt om det finns ett förfarande inom ramen för vilket det i varje konkret fall prövas huruvida det förhållandet att en person har utfört visst förberedande arbete innebär att denna person har givits en konkurrensfördel i förhållande till övriga anbudsgivare. En sådan ordning skulle vara mindre restriktiv för den person som har utfört visst förberedande arbete.
- 33 I detta avseende skall det konstateras att sådan bestämmelse som är i fråga i målet vid den nationella domstolen inte ger den person som har utfört visst förberedande arbete någon möjlighet att i det konkreta fallet visa att sådana problem som avses i punkterna 29–30 i förevarande dom inte föreligger.
- 34 En sådan bestämmelse går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet avseende likabehandling av samtliga anbudsgivare.

- 35 En tillämpning av nämnda bestämmelse kan nämligen ha till följd att personer som har utfört visst förberedande arbete utesluts från upphandlingsförfarandet, fastän deras deltagande i förfarandet inte skulle innebära någon som helst risk för den fria konkurrensen mellan anbudsgivarna.
- 36 Under sådana förhållanden skall den första frågan i målen C-21/03 och C-34/03 besvaras så, att direktiv 92/50, i synnerhet artikel 3.2 i det direktivet, direktiv 93/36, i synnerhet artikel 5.7 i det direktivet, direktiv 93/37, i synnerhet artikel 6.6 i det direktivet, och direktiv 93/38, i synnerhet artikel 4.2 i det direktivet, utgör hinder för en sådan bestämmelse som föreskrivs i artikel 26 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring i kunglig kungörelse av den 10 januari 1996 och i artikel 32 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 8 januari 1996, enligt vilken en person som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster inte får begära att få delta eller lämna ett anbud i en upphandling av dessa bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, utan att denna person ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte leder till en snedvridning av konkurrensen.

Den andra frågan som ställts i målen C-21/03 och C-34/03

- 37 Den nationella domstolen har ställt den andra frågan i målen C-21/03 och C-34/03 för att få klarhet i huruvida svaret på den första frågan skulle vara annorlunda om direktiven 92/50, 93/36, 93/37 och 93/38, jämförda med proportionalitetsprincipen, rätten att bedriva fri handel och industriverksamhet samt skyddet av äganderätten, tolkades på så sätt att de endast skall avse privata företag eller företag som har utfört prestationer mot ersättning.

38 Domstolen anser att denna fråga grundar sig på en hypotes som inte kan godtas.

39 Det finns nämligen inte något i de nämnda direktiven som innebär att dessa, vad gäller frågan om deras tillämplighet på företag som deltar eller planerar att delta i ett offentligt upphandlingsförfarande, kan tolkas så att de endast avser privata företag eller företag som har utfört prestationer mot ersättning. Principen om likabehandling utgör dessutom hinder för att endast privata företag eller företag som har utfört prestationer mot ersättning, och som har utfört visst förberedande arbete, omfattas av en sådan bestämmelse som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, när så inte är fallet med företag som inte har utfört prestationer mot ersättning och som även de har utfört motsvarande förberedande arbete.

40 Den andra frågan i målen C-21/03 och C-34/03 skall således inte besvaras.

Den tredje frågansom ställts i målen C-21/03 och C-34/03

41 Den nationella domstolen har ställt den tredje frågan i målen C-21/03 och C-34/03 för att få klarhet i huruvida direktiv 89/665, i synnerhet artiklarna 2.1 a och 5 i det direktivet, och direktiv 92/13, i synnerhet artiklarna 1 och 2 i det direktivet, utgör hinder för den upphandlande enheten att fram till dess att förfarandet för bedömning av anbud har avslutats hindra ett företag som är närstående en person som har utfört visst förberedande arbete att delta i förfarandet eller att lämna ett anbud, när nämnda företag efter förfrågan av den upphandlande myndigheten har hävdats att det inte av denna anledning åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrída de normala konkurrensvillkoren.

- 42 Det skall i detta avseende erinras om att eftersom det är fråga om förfaranden för att väcka talan som är avsedda att tillvarata rättigheter som följer av gemenskapsrätten och som tillkommer anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter, skall dessa förfaranden inte förta den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 (dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale-Bau m.fl.*, REG 2002, s. I-11617, punkt 72).
- 43 Bestämmelserna i direktiven 89/665 och 92/13 skall skydda anbudsgivarna mot den upphandlande myndighetens godtycke, och syftet med dem är att förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling verkligen tillämpas, särskilt på det stadium där överträdelserna ännu kan rättas till. Ett sådant skydd kan inte vara effektivt om anbudsgivaren inte kan åberopa bestämmelserna gentemot den upphandlande myndigheten (dom av den 24 juni 2004 i mål C-212/02, *kommissionen mot Österrike*, ännu ej offentliggjort i rättsfallssamlingen, punkt 20 och där angiven rättspraxis).
- 44 Den upphandlande myndighetens möjlighet att fram till en mycket långt framskriden punkt i förfarandet fördröja beslutet rörande huruvida det är möjligt för ett företag som är närstående en person som har utfört visst förberedande arbete att delta i förfarandet eller att lämna ett anbud, trots att nämnda myndighet har kännedom om alla omständigheter som behövs för att fatta detta beslut, fråntar nämnda företag möjligheten att åberopa gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling mot den upphandlande myndigheten under en tidsperiod som styrs av nämnda myndighet, och som i förekommande fall kan pågå ända fram till en tidpunkt då överträdelserna inte längre kan rättas till på ett effektivt sätt.
- 45 En sådan situation kan innebära att den ändamålsenliga verkan med direktiven 89/665 och 92/13 förtas, eftersom den kan leda till att berörda parter möjlighet att utöva de rättigheter som följer av gemenskapsrätten omotiverat fördröjs. Nämnda situation strider dessutom mot syftet med direktiven 89/665 och 92/13, som är att skydda anbudsgivarna i förhållande till den upphandlande myndigheten.

- 46 Den tredje fråga som ställts i målen C-21/03 och C-34/03 skall därför besvaras så, att direktiv 89/665, i synnerhet artiklarna 2.1 a och 5 i det direktivet, samt direktiv 92/13, i synnerhet artiklarna 1 och 2 i det direktivet, utgör hinder för den upphandlande enheten att fram till dess att förfarandet för bedömning av anbuderna har avslutats hindra ett företag som är närstående en person som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster att delta i förfarandet eller att lämna ett anbud, när nämnda företag efter förfrågan av den upphandlande myndigheten har hävdats att det inte av denna anledning åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrیدا de normala konkurrensvillkoren.

Rättegångskostnader

- 47 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

På dessa grunder beslutar domstolen (andra avdelningen) följande dom:

- 1) Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, i synnerhet artikel 3.2 i det direktivet, rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, i dess lydelse enligt direktiv 97/52, i synnerhet artikel 5.7 i det direktivet, rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt direktiv 97/52, i synnerhet artikel 6.6 i det direktivet, och rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet för upphandling för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i dess lydelse enligt

Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998, i synnerhet artikel 4.2 i det direktivet, utgör hinder för en sådan bestämmelse som föreskrivs i artikel 26 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 10 januari 1996 om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna och i artikel 32 i kunglig kungörelse av den 25 mars 1999 om ändring av kunglig kungörelse av den 8 januari 1996 om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster samt om koncessionsavtal rörande offentliga bygg- och anläggningsarbeten, enligt vilken en person som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster inte får begära att få delta eller lämna ett anbud i en upphandling av dessa bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, utan att denna person ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte leder till en snedvridning av konkurrensen.

- 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, i synnerhet artiklarna 2.1 a och 5 i det direktivet, samt rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i synnerhet artiklarna 1 och 2 i det direktivet, utgör hinder för den upphandlande enheten att fram till dess att förfarandet för bedömning av anbuden har avslutats hindra ett företag som är närstående en person som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster att delta i förfarandet eller att lämna ett anbud, när nämnda företag efter förfrågan av den upphandlande myndigheten har hävdats att det inte av denna anledning åtnjuter någon otillbörlig fördel som kan snedvrیدا de normala konkurrensvillkoren.

Underskrifter