

DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 18 juni 2002 *

I mål C-92/00,

angående en begäran enligt artikel 234 EG, från Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Österrike), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)

och

Stadt Wien,

angående tolkningen av 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 (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i ändrad lydelse enligt 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) samt av direktiv 92/50 i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om

* Rättegångsspråk: tyska.

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),

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden F. Macken samt domarna C. Gulmann, J.-P. Puissochet, V. Skouris (referent) och J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: A. Tizzano,
justitiesekreterare: R. Grass,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI), genom R. Kurbos, Rechtsanwalt,
- Österrikes regering, genom H. Dossi, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Nolin, i egenskap av ombud, biträdd av R. Roniger, Rechtsanwalt,

med hänsyn till referentens rapport,

och efter att den 28 juni 2001 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Vergabekontrollsenat des Landes Wien (nämnden för kontroll av upphandlingar i förbundsstaten Wien) har, genom beslut av den 17 februari 2000, som inkom till domstolen den 10 mars samma år, i enlighet med artikel 234 EG ställt tre frågor om tolkningen av 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 (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i ändrad lydelse enligt 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 89/665) samt av direktiv 92/50 i dess 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, nedan kallat direktiv 92/50).

- 2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-GmbH (nedan kallat HI), som är ett bolag bildat enligt tysk rätt, och Stadt Wien (nedan kallad staden Wien) angående den sistnämndas återkallelse av en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster i vilken HI hade lämnat anbud.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 I artikel 1.1 i direktiv 89/665 stadgas 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 offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.”

4 Artikel 2.1 och 2.5 i direktiv 89/665 har följande lydelse:

”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 upphandlings-

förfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,

- 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,

...

5. Medlemsstaterna får bestämma att, i de fall skada görs gällande på grund av att beslut tillkommit i strid mot lag, det överklagade beslutet först skall upphävas av ett organ med nödvändig behörighet för detta.”

5 I artikel 12.2 i direktiv 92/50 stadgas 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.”

Den nationella lagstiftningen

6 I 32 § punkterna 2—4 i Wiener Landesvergabegesetz (lag om offentlig upphandling för förbundsstaten Wien, LGBl. nr 36/1995, i dess lydelse enligt LGBl nr 30/1999, nedan kallad WLVerG), vilken paragraf har rubriken ”Rättelse och återkallelse av anbudsinfordringar”, stadgas följande:

”2. Anbudsinfordran kan återkallas under fristen för att inge anbud när omständigheter inträder som, om de hade varit kända tidigare, skulle ha inneburit att en anbudsinfordran inte skulle ha lämnats eller ha lett till en anbudsinfordran med väsentligen annat innehåll.

3. Då fristen för att lämna anbud löpt ut skall anbudsinfordran återkallas när tvingande skäl föreligger. Tvingande skäl föreligger särskilt

1) då sådana omständigheter som beskrivs i punkt 2 inte blir kända förrän efter det att fristen för att lämna anbud löpt ut,

eller

2) när samtliga anbud skall förkastas.

4. Anbudsinfordran kan exempelvis återkallas när

1) inget anbud har ingivits som är acceptabelt ur ekonomisk synvinkel

eller när

2) ... andra anbud förkastats och endast ett anbud kvarstår.”

7 Enligt WL VergG är Vergabekontrollsenat des Landes Wien behörig att avgöra mål som avser talan angående förfaranden vid offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten och tjänster.

8 I 94 § punkt 2 WL VergG stadgas närmare bestämt att Vergabekontrollsenat avgör dessa ärenden som första och sista instans och att dess beslut inte kan ändras eller upphävas av någon förvaltningsmyndighet. Enligt punkt 3 i den ovannämnda bestämmelsen regleras prövningsförfarandet i Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (den allmänna förvaltningsprocesslagen) och i Verwaltungsvollstreckungsgesetz (lag om verkställighet på förvaltningsområdet), om ingenting annat stadgas i WL VergG.

9 95 § i WLVergG har följande lydelse:

”1. Vergabekontrollsenat består av sju ledamöter. Dessa utses av förbundsstatens regering med en mandattid på sex år. Mandaten kan förnyas. Tre ledamöter, som även kan vara sakkunniga tjänstemän vid stadsförvaltningen i Wien, utses efter att kommunfullmäktige har hörts, en ledamot utses efter att Wirtschaftskammer [handelskammaren] i Wien har hörts, en ledamot tillsätts efter att Kammer für Arbeiter und Angestellte [kammaren för arbetare och anställda] i Wien har hörts och en ledamot utses efter att Architekten- und Ingenieurkonsultenkammer [arkitekt- och ingenjörskonsultkammaren] i förbundsstaterna Wien, Niederösterreich och Burgenland har hörts. Ordföranden måste vara domare och utses efter att ordföranden i Oberlandesgericht Wien har hörts....

2. Ledamöterna och suppleanterna måste ha särskilda kunskaper på området offentlig upphandling, vad de ledamöter som tillsätts efter att kommunfullmäktige har hörts beträffar särskilt i ekonomiskt och tekniskt avseende.

...

3a. Varje ledamot som varaktigt är förhindrad att på normalt sätt utföra sina uppgifter på grund av fysisk eller psykisk ohälsa eller som allvarligt har åsidosatt sina förpliktelser skall entledigas genom beslut av Vergabekontrollsenat. Detta beslut skall fattas efter att den berörde har hörts. Denne kan inte delta i omröstningen.

4. Ledamöterna av Vergabekontrollsenat har en oberoende ställning vid utförande av sitt uppdrag och är inte bundna av några förhållningsorder.

5. Ledamöterna av Vergabekontrollsenat har tystnadsplikt enligt 20 § tredje stycket i Bundesverfassungsgesetz.

6. Vergabekontrollsenat sammanträder efter kallelse av ordföranden. Om en ledamot är jävig eller tillfälligt förhindrad att delta i sammanträdet skall hans suppleant kallas. Ledamöterna i Vergabekontrollsenat kan inte fatta beslut angående ett förfarande som avser tilldelning av ett uppdrag som ingår i den institutions (vad gäller de anställda vid stadsförvaltningen i Wien den avdelnings, den underentreprenörs eller den rörelses) verksamhetsområde där de är anställda. Om det finns allvarliga skäl att betvivla att en ledamot är opartisk skall denne avstå från att fullgöra sina uppgifter och begära att bli ersatt. Parterna kan anföra jäv mot ledamöter av Vergabekontrollsenat. Vergabekontrollsenat fattar beslut om en ledamots eventuella partiskhet och i fråga om jävsinvändningar. Den berörda ledamoten får härvid inte delta i omröstningen. Namnen på ledamöterna av Vergabekontrollsenat och den institution (vad gäller de anställda vid stadsförvaltningen i Wien den avdelning, den underentreprenör eller den rörelse) där de är anställda skall på ordförandens initiativ publiceras i Amtsblatt der Stadt Wien vid början av varje kalenderår.

7. Omröstning om ansökningarna skall ske i den ordningsföljd som ordföranden bestämmer. Minst fem ledamöter måste vara närvarande för att Vergabekontrollsenat skall kunna fatta beslut. Beslut fattas med absolut majoritet. Ingen ledamot får avstå från att rösta. Vergabekontrollsenats sammanträden är inte offentliga. I protokoll skildras sammanträdet förlöpp. Beslut skall fattas skriftligen och i besluten skall namnen på de ledamöter av Vergabekontrollsenat som har deltagit i omröstningen anges. Beslutet skall skrivas under av ordföranden...

8. Ledamöterna i Vergabekontrollsenat utövar denna verksamhet oavlönat. De skall avlägga ed inför Landeshauptmann.

...

10. Vergabekontrollsenat skall upprätta interna föreskrifter.

...”

10 I 99 § i WL VergG, som har rubriken ”Vergabekontrollsenats behörighet”, stadgas följande:

”1. Vergabekontrollsenat är behörig att i enlighet med nedanstående bestämmelser i prövningsförfaranden på ansökan

- 1) fram till dagen för tilldelning av kontraktet fatta interimistiska beslut och upphäva rättsstridiga beslut av den upphandlande myndighetens upphandlingsenhet för att undanröja rättsstridigheter i den mening som avses i 101 §,
- 2) efter tilldelningen av kontraktet fastställa att uppdraget inte har tilldelats den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grund av att denna lag har åsidosatts i den mening som avses i 47 § och 48 § andra stycket. I ett

sådant förfarande är Vergabekontrollsenat även behörig att på begäran av den upphandlande enheten fastställa huruvida uppdraget inte heller skulle ha tilldelats en anbudssökande eller anbudsgivare som har avvisats om en fastställd rättsstridighet inte hade ägt rum.

2. Vergabekontrollsenat får endast handlägga ett prövningsförfarande såvida det beslut som hävdas vara rättsstridigt är väsentligt för utgången i förfarandet vid offentlig upphandling.”

11 I 101 § WL VergG stadgas följande:

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

- 1) det i ett meddelande om upphandling i vilket företag uppmanas att delta i ett selektivt eller förhandlat förfarande eller i underlaget till anbudsinfordran eller i kontraktshandlingarna förekommer diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer eller

- 2) en anbudsgivares anbud avslås med åsidosättande av kriterierna i anbudsinfordran i vilken företag uppmanas att inkomma med anbud i ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande, och den upphandlande myndigheten skulle kunna fatta ett för sökanden förmånligare beslut om de åsidosatta föreskrifterna iakttogs.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 12 Av begäran om förhandsavgörande framgår att staden Wien, företrädd av Magistrat der Stadt Wien — Wiener Krankenanstaltenverbund, i egenskap av upphandlande myndighet publicerade en anbudsinfordran för en offentlig upphandling med benämningen "Projektledning för genomförande av ett strategiskt samlat koncept för matleveranser till Wiener Krankenanstaltenverbunds inrättningar" i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 24 december 1996 och i kungörelserna i *Wiener Zeitung* av den 30 december 1996.
- 13 Sedan anbud ingivits, bland annat av HI, återkallade staden Wien anbudsinfordran, innan den föreskrivna tidsfristen för att tilldela kontraktet hade löpt ut. Genom skrivelse av den 25 mars 1997 underrättade staden i fråga HI om att den hade avstått från att fullfölja förfarandet "av tvingande skäl i enlighet med 32 § punkt 3.1 WLVerG".
- 14 Som svar på en begäran om upplysningar som HI hade tillställt staden Wien angav staden i fråga i skrivelse av den 14 april 1997 följande skäl till att anbudsinfordran hade återkallats:

"Till följd av resultatet av det projekt som företaget Humanomed ledde år 1996 har den ursprungliga planen ändrats. Inom ramen för diskussionen rörande dessa omständigheter i verkställande utskottet, vilka genomfördes både vid utgången av fristen för ingivande av anbud och under fristen för tilldelning av kontraktet fastslogs att projektet framdeles skulle genomföras decentraliserat. Det beslutades därför att det inte skulle upprättas någon samordningscentral. Således saknades anledning att tilldela en extern projektledare kontraktet.

Därav framgår att en upphandling hade varit utesluten om dessa skäl hade varit kända tidigare. För det fall att en annan projektledning skulle visa sig vara nödvändig inom ramen för projektet 'matleveranser' skall anbudsinfordran ges ett annat innehåll."

- 15 HI riktade då ett flertal yrkanden till Vergabekontrollsenat. Yrkandena syftade bland annat till att ett prövningsförfarande skulle inledas, att ett interimistiskt beslut skulle fattas, att de anbudshandlingar som fastställts skulle undanröjas samt att beslutet att återkalla anbudsinfordran skulle ogiltigförklaras. I en komplettering av det sistnämnda yrkandet åberopade sökandebolaget nya omständigheter som enligt dess uppfattning visade att beslutet att återkalla anbudsinfordran är rättsstridigt och yrkade ånyo att detta beslut skulle ogiltigförklaras.

- 16 HI framförde särskilt misstankar att staden Wien direkt eller indirekt ägde andelar i bolaget Humanomed. HI gjorde gällande att detta bolag hade gjort ett väsentligt förberedelsearbete för anbudsinfordran, lett ett projekt och påverkat utformningen av riktlinjerna, och att staden Wien hade återkallat anbudsinfordran i syfte att fortsätta sitt samarbete med bolaget Humanomed och kringgå skyldigheten att utesluta detta bolags anbud från upphandlingen. HI drog av detta slutsatsen att beslutet om återkallelse var diskriminerande, eftersom det syftade till att gynna ett österrikiskt bolag på bekostnad av en anbudssökande från en annan medlemsstat än Republiken Österrike.

- 17 Genom beslut av den 30 april och av den 10 juni 1997 ogillade Vergabekontrollsenat yrkandet om ogiltigförklaring av återkallelsen av anbudsinfordran. Vergabekontrollsenat fann att detta yrkande inte kunde tas upp till sakprövning, då endast vissa beslut som har fattats under ett upphandlingsförfarande, och över vilka det finns en uttömmande förteckning, kan upphävas enligt 101 § WLVerG.

- 18 Verfassungsgerichtshof (författningsdomstolen) (Österrike), till vilken dessa avvisningsbeslut hade överklagats av HI, upphävde emellertid besluten i fråga då den fann att rätten till en rättegång inför den lagstadgade domstolen hade åsidosatts. Domstolen i fråga fastställde att Vergabekontrollsenat var skyldig att begära förhandsavgörande från EG-domstolen i frågan huruvida ett beslut att återkalla en anbudsinfordran utgör ett beslut i den mening som avses i artikel 2.1 b i direktiv 89/665.
- 19 Den hänskjutande domstolen har inledningsvis understrukit att den berörde företagaren vid rättsstridig återkallelse av en anbudsinfordran enligt nationell rätt kan väcka civilrättslig skadeståndstalan vid allmän domstol.
- 20 Det följer vidare av beslutet om hänskjutande att Vergabekontrollsenat anser att ett beslut att återkalla en anbudsinfordran inte är ett sådant beslut som avses i artikel 2.1 b i direktiv 89/665, eftersom närmare bestämmelser om förfarandet för återkallelse av en anbudsinfordran inte finns i direktiv där materiella regler om offentlig upphandling återfinns, och att ett sådant beslut följaktligen inte ingår bland de beslut som enligt direktiv 89/665 måste kunna bli föremål för ett prövningsförfarande.
- 21 Vergabekontrollsenat, som anser att staden Wien har följt det förfarande som föreskrivs i artikel 12.2 i direktiv 92/50, har ställt sig frågan huruvida prövning av ett beslut att återkalla en anbudsinfordran — såvida en sådan prövning krävs enligt gemenskapsrätten — endast kan avse huruvida det nämnda beslutet är av godtycklig art eller har fattats för skens skull.
- 22 Vad gäller det datum som skall beaktas vid bedömningen av huruvida ett sådant beslut är rättsenligt har den hänskjutande domstolen gjort gällande att det förhållandet att den upphandlande myndighetens beslut är föremål för prövning och således utgör föremålet för tvisten innebär att det är dagen för detta beslut som är avgörande. Domstolen i fråga har dock vidgått att principen om ändamålsenlig verkan, såsom den framgår av skälen i direktiv 89/665, snarare skulle leda till att dagen för prövningsinstansens beslut befinns vara relevant.

- 23 Vergabekontrollsenat des Landes Wien beslutade mot bakgrund av ovanstående att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1) Krävs det enligt artikel 2.1 b i direktiv 89/665/EEG... att ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster skall kunna vara föremål för ett prövningsförfarande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras?
- 2) Om den första frågan besvaras jakande, utgör någon bestämmelse i direktiv [89/665/EEG] eller i direktiv 92/50/EEG hinder för en prövning som endast rör huruvida beslutet att återkalla anbudsinfordran är av godtycklig art eller har fattats för skens skull?
- 3) Om den första frågan besvaras jakande, vilken tidpunkt är avgörande vid bedömningen av huruvida den upphandlande myndighetens beslut att återkalla anbudsinfordran är rättsenligt?”

Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning

- 24 Domstolen skall inledningsvis pröva huruvida Vergabekontrollsenat des Landes Wien utgör en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG och om de frågor som detta organ har ställt därmed kan tas upp till sakprövning.

- 25 Det följer av fast rättspraxis att EG-domstolen vid bedömningen av huruvida ett hänskjutande organ är en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG, vilket är en rent gemenskapsrättslig fråga, skall beakta ett antal omständigheter, såsom om organet är upprättat enligt lag, om det är av stadigvarande karaktär, om dess jurisdiktion är av tvingande art, om förfarandet är kontradiktoriskt, om organet tillämpar rättsregler samt om det har en oberoende ställning (se bland annat dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult, REG 1997, s. I-4961, punkt 23, och av den 4 februari 1999 i mål C-103/97, Köllensperger och Atzwanger (REG 1999, s. I-551, punkt 17).
- 26 Domstolen noterar i detta hänseende för det första att det av bestämmelserna i 94 § WLVErgG tydligt framgår att Vergabekontrollsenat uppfyller kriterierna att vara upprättad enligt lag, att ha jurisdiktion av tvingande art, att tillämpa rättsregler och kriteriet avseende kontradiktoriskt förfarande.
- 27 För det andra konstaterar domstolen att detta organs stadigvarande karaktär säkerställs genom bestämmelserna i 95 § WLVErgG, varigenom organets sammansättning och verksamhet regleras, och att dess oberoende ställning säkerställs genom samma bestämmelse jämförd med 94 § punkt 3 WLVErgG.
- 28 Av ovanstående följer att Vergabekontrollsenat des Landes Wien skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG och att dess frågor därmed kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

Den första frågan

- 29 Domstolen konstaterar inledningsvis att Vergabekontrollsenat, såsom framgår av beslutet om hänskjutande, genom svaret på den första frågan önskar få klarhet i huruvida ett beslut att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster ingår bland ”upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden”, i fråga om vilka medlemsstaterna enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 är skyldiga att se till att de kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt.
- 30 I artikel 2.1 b i direktiv 89/665 definieras nämligen inte de rättsstridiga beslut i fråga om vilka ogiltigförklaring kan yrkas, utan i den nämnda artikeln räknas endast åtgärder upp som medlemsstaterna är skyldiga att vidta med anledning av det prövningsförfarande som avses i artikel 1 i detta direktiv (se för ett liknande resonemang dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl., REG 1999, s. I-7671, punkterna 30 och 31), medan det ovannämnda direktivets tillämpningsområdet avgränsas genom den sistnämnda bestämmelsen.
- 31 Den första frågan bör därför förstås så, att den avser huruvida det enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 krävs att ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster skall kunna vara föremål för ett prövningsförfarande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras av den anledningen att beslutet innebär åsidosättande av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller av nationella regler som innebär införlivande av denna rätt.

- 32 För att den sålunda omformulerade frågan skall kunna besvaras bör därför begreppet "beslut av en upphandlande myndighet" i artikel 1.1 i direktiv 89/665 tolkas.
- 33 Den österrikiska regeringen och kommissionen har i huvudsak gjort gällande att medlemsstaterna skulle vara skyldiga att införa förfaranden för prövning av återkallelser av anbudsinfordringar avseende offentliga upphandlingar av tjänster om denna återkallelse reglerades genom direktiv 92/50. De anser emellertid att sådana återkallelser uteslutande omfattas av nationella rättsregler och därmed inte ingår i tillämpningsområdet för direktiv 89/665.
- 34 Kommissionen har särskilt noterat att den i sitt förslag till rådets direktiv 87/C 230/05 om samordning av lagar och andra författningar avseende tillämpning av de gemenskapsrättsliga reglerna om förfaranden vid offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT C 230, 1987, s. 6) uttryckligen föreslog att medlemsstaternas skyldighet att införa prövningsförfaranden skulle omfatta inte bara beslut som den upphandlande myndigheten hade fattat i strid med gemenskapsrättsliga bestämmelser, utan även beslut som innebär åsidosättande av nationella rättsregler. Under lagstiftningsförfarandet begränsades dock skyldigheten att införa ett prövningsförfarande till sin nuvarande omfattning, så att den uteslutande kom att omfatta beslut som innebär åsidosättande av "gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan".
- 35 Den österrikiska regeringen har gjort gällande att åsikten att beslutet att återkalla en anbudsinfordran inte utgör ett beslut i den mening som avses i direktiv 89/665 vinner stöd i artikel 2.1 b i direktivet i fråga, vilken uteslutande gäller beslut som den upphandlande myndigheten fattar under ett förfarande för offentlig upphandling, medan ett beslut om återkallelse av en anbudsinfordran innebär att ett sådant förfarande avslutas. Enligt denna regering är den nationella lagstiftaren enligt direktiv 89/665 sålunda endast skyldig att garantera att anbudssökande och anbudsgivare får rätt till skadestånd vid rättsstridig återkallelse av en anbudsinfordran.

- 36 Domstolen erinrar inledningsvis om att medlemsstaterna genom artikel 1.1 i direktiv 89/665 åläggs en skyldighet att föreskriva förfaranden för prövning av en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, om det hävdas att sådana beslut har inneburit åsidosättande av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införlivande av denna rätt.
- 37 Härav följer att det enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 krävs att ett beslut som den upphandlande myndigheten fattar inom ramen för ett förfarande vid offentlig upphandling skall kunna prövas och ogiltigförklaras om beslutet i fråga omfattas av de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling och därmed kan innebära åsidosättande av dessa regler.
- 38 För att det skall kunna avgöras huruvida den upphandlande myndighetens beslut att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster kan anses ingå bland de beslut i fråga om vilka medlemsstaterna enligt direktiv 89/665 är skyldiga att införa förfaranden för prövning avseende talan om ogiltigförklaring bör det prövas huruvida ett sådant beslut omfattas av de gemenskapsrättsliga reglerna på området för offentlig upphandling.
- 39 Domstolen konstaterar i detta hänseende att den enda bestämmelse i direktiv 92/50 som specifikt avser beslut att återkalla en anbudsinfordran är artikel 12.2. I denna bestämmelse föreskrivs bland annat att de upphandlande myndigheterna så snart som möjligt skall underrätta de anbudssökande och anbudsgivarna om skälen för sitt beslut om de har beslutat att avstå från en upphandling.
- 40 Domstolen har redan i samband med rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), i dess lydelse enligt direktiv 97/52 (nedan kallat direktiv 93/37) haft anledning att precisera

omfattningen av skyldigheten att underrätta de berörda om skälen för ett beslut att avstå från en upphandling. Artikel 8.2 i det nämnda direktivet innehåller en bestämmelse som motsvarar artikel 12.2 i direktiv 92/50. Domstolen har särskilt i sin dom av den 16 september 1999 i mål C-27/98, *Fracasso och Leitschutz* (REG 1999, s. I-5697), punkterna 23 och 25, fastställt att det inte föreskrivs i artikel 8.2 i direktiv 93/37 att den upphandlande myndighetens befogenhet att avstå från en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten för vilken anbud begärts, vilket implicit tillåts i direktiv 93/37, endast föreligger i undantagsfall eller när det föreligger tungt vägande skäl.

- 41 Av ovanstående följer att artikel 12.2 i direktiv 92/50 skall tolkas så, att den visserligen innebär att den upphandlande myndigheten åläggs en skyldighet att underrätta anbudssökande och anbudsgivare om skälen för sitt beslut om den beslutar att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster, men att den inte innebär någon skyldighet för denna upphandlande myndighet att fullfölja upphandlingen.
- 42 Visserligen innehåller direktiv 92/50 inte någon specifik bestämmelse om de materiella eller formella villkoren för beslut att återkalla en anbudsinfordran, förutom kravet på underrättelse om skälen för sådana beslut, men direktivet omfattas ändå av de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna, och särskilt av de principer om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster som stadfästs i EG-fördraget.
- 43 Domstolen erinrar i detta hänseende om att samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling enligt fast rättspraxis syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således till att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster till de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat (se bland annat dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, *University of Cambridge*, REG 2000, s. I-8035, punkt 16, och av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, *SIAC Construction*, REG 2001, s. I-7725, punkt 32).

- 44 Domstolen konstaterar att direktiv 92/50 har ett sådant syfte. Såsom framgår av det tjugonde skälet syftar direktivet nämligen till att undanröja sådan praxis som är allmänt konkurrensbegränsande och i synnerhet sådan praxis som begränsar möjligheten att delta i upphandlingar för medborgare i andra medlemsstater genom att tjänsteleverantörernas möjligheter till tillträde till offentliga upphandlingar förbättras.
- 45 Det följer dessutom av domstolens rättspraxis att principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling, innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas (se för ett liknande resonemang dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, *Unitron Scandinavia* och 3-S, REG 1999, s. I-8291, punkt 31, och av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria* och *Telefonadress*, REG 2000, s. I-10745, punkt 61).
- 46 Domstolen noterar i detta hänseende att det krav på underrättelse om skälen för beslut att återkalla anbudsinfordran som föreskrivs i artikel 12.2 i direktiv 92/50 har ställts just i syfte att säkerställa en miniminivå för insyn i de förfaranden vid offentlig upphandling på vilka detta direktiv är tillämpliga och därmed även att principen om likabehandling iakttas.
- 47 Trots det förhållandet att det inte finns några specifika närmare bestämmelser om återkallelse av anbudsinfordringar för offentliga upphandlingar av tjänster i direktiv 92/50 är de upphandlande myndigheterna följaktligen skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet när de beslutar att återkalla en sådan anbudsinfordran (se analogt beträffande slutande av koncessionsavtal avseende allmännyttiga tjänster domen i det ovannämnda målet *Telaustria* och *Telefonadress*, punkt 60).

- 48 Då den upphandlande myndighetens beslut att återkalla en anbudsinfordran för en offentlig upphandling av tjänster omfattas av relevanta materiella gemenskapsrättsliga regler finner domstolen emellertid att ett sådant beslut även omfattas av de regler som föreskrivs i direktiv 89/665 i syfte att säkerställa att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling följs.
- 49 Stöd för detta konstaterande finns för det första i ordalydelsen i bestämmelserna i direktiv 89/665. Såsom domstolen har noterat i punkt 35 i domen i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl. föreskrivs det nämligen inte i artikel 1.1 i detta direktiv någon begränsning vad gäller arten av eller innehållet i de beslut som avses i artikeln i fråga. En sådan begränsning kan inte heller utläsas ur ordalydelsen i artikel 2.1 b i det nämnda direktivet (se för ett liknande resonemang domen i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl., punkt 32). Dessutom skulle en restriktiv tolkning av begreppet beslut i fråga om vilka medlemsstaterna måste garantera att ett prövningsförfarande finns inte vara förenlig med bestämmelsen i artikel 2.1 a i samma direktiv, enligt vilken medlemsstaterna skall föreskriva inhibitionsförfaranden beträffande alla beslut som upphandlande myndigheter fattar.
- 50 Vidare innebär den allmänna systematiken i direktiv 89/665 att det nämnda begreppet skall tolkas extensivt, då medlemsstaterna enligt artikel 2.5 i detta direktiv får föreskriva att det överklagade beslutet först skall upphävas i de fall skadestånd yrkas på grund av att den upphandlande myndigheten har fattat ett beslut i strid med rådande lag.
- 51 Om domstolen skulle finna att medlemsstaterna inte var skyldiga att föreskriva förfaranden för talan om ogiltigförklaring av beslut att återkalla anbudsinfordringar skulle detta nämligen innebära att de tilläts att, genom att använda sig av den behörighet som föreskrivs i den i föregående punkt nämnda bestämmelsen, inte ge de anbudsgivare som kränks i sin rätt av sådana beslut, vilka har fattats med åsidosättande av de gemenskapsrättsliga reglerna, möjlighet att väcka skadeståndstalan.

- 52 Domstolen konstaterar slutligen att alla andra tolkningar skulle inverka på den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665. Såsom följer av första och andra skälet syftar detta direktiv till att såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan föreliggande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där åsidosättanden ännu kan rättas till, och det är just för att säkerställa att dessa direktiv följs som medlemsstaterna i artikel 1.1 i direktiv 89/665 åläggs att införa effektiva och snabbast möjliga rättsmedel (se för ett liknande resonemang domen i det ovan nämnda målet Alcatel Austria m.fl., punkterna 33 och 34).
- 53 Det fullständiga uppnåendet av målet med direktiv 89/665 skulle emellertid äventyras om den upphandlande myndigheten fick återkalla en anbudsinfordran för en offentlig upphandling av tjänster utan att omfattas av de förfaranden för domstolsprövning som är avsedda att i alla avseenden säkerställa att de direktiv där materiella regler om offentlig upphandling återfinns faktiskt följs och att de principer som ligger till grund för direktiven i fråga iakttas.
- 54 Med hänsyn till ovanstående konstaterar domstolen att ett beslut att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster ingår bland de beslut i fråga om vilka medlemsstaterna enligt direktiv 89/665 är skyldiga att införa förfaranden för talan om ogiltigförklaring för att det skall säkerställas att gemenskapsrättsliga regler om offentlig upphandling samt nationella regler som innebär införlivande av denna rätt följs.
- 55 Den första frågan skall således besvaras så, att det enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 krävs att ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster skall kunna vara föremål för ett prövningsförfarande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras av den anledningen att beslutet innebär åsidosättande av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller av de nationella regler som innebär införlivande av denna rätt.

Den andra frågan

- 56 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida nationella bestämmelser, enligt vilka kontrollen av huruvida ett beslut att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling är rättsenligt endast skall omfatta frågan huruvida beslutet är av godtycklig art, är förenliga med bestämmelserna i direktiven 89/665 och 92/50.
- 57 Domstolen noterar inledningsvis att problematiken rörande omfattningen av domstolsprövningen av ett beslut som fattats inom ramen för ett förfarande vid offentlig upphandling inte behandlas i direktiv 92/50, utan endast är hänförlig till direktiv 89/665. Den andra frågan skall således förstås så, att det frågas huruvida direktiv 89/665 utgör hinder för nationella bestämmelser enligt vilka kontrollen av huruvida en återkallelse av en anbudsinfordran är rättsenlig endast omfattar frågan huruvida detta beslut är av godtycklig art.
- 58 Eftersom direktiv 89/665 endast samordnar de medel som redan finns i medlemsstaterna för att säkerställa att de direktiv följs i vilka materiella regler om offentlig upphandling uppställs, definieras det emellertid inte uttryckligen i detta direktiv vilken omfattning det prövningsförfarande skall ha som medlemsstaterna skall inrätta för att detta skall kunna åstadkommas.
- 59 Frågan om vilken omfattning sådan domstolsprövning skall ha som sker inom ramen för ett sådant prövningsförfarande som avses i direktiv 89/665 skall följaktligen prövas med utgångspunkt i direktivets syfte. Det skall härvid tillses att verkan av direktivet inte begränsas.

- 60 Domstolen erinrar i detta hänseende om att medlemsstaterna genom direktiv 89/665, såsom framgår av sjätte skälet och artikel 1.1 i detta direktiv, åläggs en skyldighet att inrätta adekvata prövningsförfaranden för fall där det hävdas att förfaranden vid offentlig upphandling är rättsstridiga.
- 61 Därmed kan omfattningen av den domstolsprövning som skall ske inom ramen för det prövningsförfarande som avses i direktiv 89/665, med hänsyn till den målsättning att förstärka rättsmedlen som detta direktiv har, inte tolkas restriktivt.
- 62 Till och med i fall såsom det som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen, där den upphandlande myndigheten enligt tillämpliga nationella bestämmelser har ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om återkallelse av anbudsinfordran måste de nationella domstolarna följaktligen enligt direktiv 89/665 kunna pröva huruvida ett beslut att återkalla en anbudsinfordran är förenligt med de relevanta gemenskapsrättsliga reglerna.
- 63 Vid sådant förhållande konstaterar domstolen att varken ordalydelsen eller andemeningen i direktiv 89/665 tillåter att den slutsatsen dras att medlemsstaterna får begränsa prövningen av huruvida ett beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt till att endast omfatta frågan huruvida detta beslut är av godtycklig art.
- 64 Följaktligen skall den andra frågan besvaras så, att direktiv 89/665 utgör hinder för en nationell bestämmelse som innebär att prövningen av huruvida ett beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt endast skall omfatta frågan huruvida detta beslut är av godtycklig art.

Den tredje frågan

- 65 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i vilken tidpunkt som skall beaktas vid bedömningen av huruvida den upphandlande myndighetens beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt.
- 66 Domstolen konstaterar i detta hänseende endast att direktiv 89/665, som endast har till syfte att samordna de medel som redan föreligger i medlemsstaterna för att tillse att gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling faktiskt följs, inte innehåller någon bestämmelse om den avgörande tidpunkten för bedömningen av huruvida ett beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt.
- 67 I avsaknad av specifika gemenskapsrättsliga föreskrifter på området ankommer det emellertid på varje medlemsstat att i sin interna rättsordning ange vilken tidpunkt som är avgörande vid bedömningen av huruvida beslutet om återkallelse är rättsenligt, under förutsättning att de tillämpliga nationella bestämmelserna varken är mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning (effektivitetsprincipen) (se analogt dom av den 20 september 2001 i mål C-390/98, Banks, REG 2001, s. I-6117, punkt 121, och i mål C-453/99, Courage och Crehan, REG 2001, s. I-6297, punkt 29).
- 68 Den tredje frågan skall följaktligen besvaras så, att det skall fastställas i nationell rätt vilken tidpunkt som skall beaktas vid bedömningen av huruvida den upphandlande myndighetens beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt, under förutsättning att tillämpliga nationella bestämmelser varken är mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som grundas på nationell

rätt eller i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning.

Rättegångskostnader

- ⁶⁹ De kostnader som har förorsakats den österrikiska regeringen och kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. 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.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

— angående de frågor som genom beslut av den 17 februari 2000 har ställts av Vergabekontrollsenat des Landes Wien — följande dom:

- 1) Det krävs enligt artikel 1.1 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 ändrad lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, att ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster skall kunna vara föremål för ett prövningsförfarande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras av den anledningen att beslutet innebär åsidosättande av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller av de nationella regler som innebär införlivande av denna rätt.

- 2) Direktiv 89/665, i ändrad lydelse enligt direktiv 92/50, utgör hinder för att en nationell bestämmelse som innebär att prövningen av huruvida ett beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt endast skall omfatta frågan huruvida detta beslut är av godtycklig art.
- 3) Det skall fastställas i nationell rätt vilken tidpunkt som skall beaktas vid bedömningen av huruvida den upphandlande myndighetens beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt, under förutsättning att tillämpliga nationella bestämmelser varken är mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som grundas på nationell rätt eller i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning.

Macken

Gulmann

Puissochet

Skouris

Cunha Rodrigues

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 18 juni 2002.

R. Grass

F. Macken

Justitiesekreterare

Ordförande på sjätte avdelningen