

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JEAN MISCHO

föredraget den 25 februari 2003¹

1. Bundesvergabeamt (Österrike) har begärt att domstolen skall tolka artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten,² i dess ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster³ (nedan kallat direktiv 89/665).

I — Tillämpliga bestämmelser

A — Gemenskapslagstiftningen

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

2. Bundesvergabeamt vill i huvudsak få klarhet i om den ovannämnda bestämmelsen skall tolkas så att en anbudsgivare har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse, när prövningsmyndigheten, trots att anbudsgivarens anbud inte har förkastats av den upphandlande myndigheten, har fastställt att det fanns tvingande skäl att förkasta detta anbud.

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

1 — Originalspråk: franska.

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

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

...

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

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

c) ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse.

4. I artikel 2.1, 2.4 och 2.6 i direktiv 89/665 anges 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,

4. Medlemsstaterna får bestämma att ett ansvarigt organ, som vid sin prövning överväger en interimistisk åtgärd, får ta hänsyn till de sannolika konsekvenserna av åtgärden för alla berörda intressen inklusive det allmännas intresse. Staten får underkänna en sådan åtgärd, om de negativa följderna väger tyngre än de positiva. Ett beslut att underkänna en interimistisk åtgärd skall ej påverka andra yrkanden från den part som sökt åtgärden.

...

6. Verkan av att behörighet har utövats enligt punkt 1 på ett redan slutet avtal om upphandling skall regleras i nationell lag.

6. I 113 § BVergG anges följande:

”1. Bundesvergabeamt är behörig att på ansökan genomföra överprövningsförfaranden enligt bestämmelserna i nedanstående avdelning.

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

2. Bundesvergabeamt är behörig att, för att få åsidosättanden av denna förbunds lag och av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag att upphöra, fram till tilldelningen av kontraktet 1) föreskriva om interimistiska åtgärder och 2) undanröja olagliga beslut av den upphandlande myndigheten.

...”

3. Efter det att kontraktet har tilldelats eller upphandlingsförfarandet avslutats är Bundesvergabeamt behörig att fastställa huruvida kontraktet, på grund av en överträdelse av denna förbunds lag eller av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag, inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet...”

B — Den nationella lagstiftningen

5. Direktiv 89/665 har införlivats med österrikisk rätt genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (BundesvergabeGesetz 1997, federal lag från år 1997 om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt, BGBl. I, 1997/56, nedan kallad BVergG).

7. I 115 § första stycket BVergG anges följande:

”En företagare som gör gällande ett intresse av att sluta ett avtal som faller inom tillämpningsområdet för denna förbunds lag kan ansöka om prövning av beslut som fattats av den upphandlande myndigheten

under upphandlingsförfarandet på grund av att det är rättsstridigt, när denna rättsstridighet har skadat eller riskerar att skada honom.”

8. Enligt II § andra stycket C punkt 40a Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (lag från år 1991 om införande av förvaltningsprocesslagar, BGBl. 1991/50) är Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (allmän lag från år 1991 om förvaltningsprocessen, BGBl. 1991/51, nedan kallad AVG) tillämplig på förvaltningsprocessen i Bundesvergabeamt.

II — Målet vid den nationella domstolen

9. Bolaget Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) infortrade tillsammans med bolaget Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (nedan kallade svarandena) anbud i ett förfarande i flera stadier angående upphandling av arkitektonisk planering och angav därvid beslutsparametrar för uppdraget att ansvara för huvudplaneringen av nybyggnaden av den maskinbyggnadstekniska fakulteten TU-Wien. Det första stadiet av förfarandet bestod av ett ”öppet sökande efter idérika intressenter”, som ägde rum genom en tävling.

10. Flera intresserade, bland andra arkitekten Werner Hackermüller och bolaget Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (nedan kallat Lechner), deltog i anbudsförfarandet genom att lämna in projekt. Under det andra stadiet — förhandlingen — rekommenderade Beratungsgremium (den rådgivande kommittén) att förhandlingen inom kort skulle fortsätta med Lechner. De övriga fyra deltagarna i förhandlingsförfarandet, bland andra Hackermüller, underrättades genom skrivelse av den 10 februari 1999 att genomförandet av deras projekt enligt beslut av den rådgivande kommittén av den 8 februari 1999 inte hade rekommenderats.

11. Hackermüller ingav den 29 mars 1999 en ansökan till Bundesvergabeamt om att ett prövningsförfarande enligt 113 § andra stycket BVergG skulle inledas och yrkade bland annat ogiltigförklaring av 1) det beslut av den 8 februari 1999, enligt vilket Beratungsgremium och svarandena ansåg att en annan anbudssökande hade inlämnat det bästa anbudet och hade rekommenderat att inom kort fortsätta förhandlingsförfarandet med denne anbudssökande och 2) beslutet, eftersom det fattats till följd av ett urval som inte gjorts enligt de kriterier som fastställts i anbudsinfordran.

12. Genom beslut av den 31 maj 1999 avvisade Bundesvergabeamt Hackermüllers samtliga yrkanden på den grunden att han inte var behörig att föra talan, eftersom

hans anbud enligt 52 § första stycket åttonde punkten BVergG borde ha förkastats redan under det första stadiet av förfarandet.

13. I sin motivering angav Bundesvergabeamt först att det framgår av 115 § första stycket BVergG att en företagare endast är behörig att ansöka om prövning om han kan lida skada eller om någon annan nackdel kan uppstå för företaget. Den påpekade även att den upphandlande myndigheten enligt 52 § första stycket åttonde punkten BVergG, innan den väljer vilket anbud som skall antas, på grundval av resultatet av prövningen av anbuden utan dröjsmål skall förkasta de anbud som strider mot bestämmelserna i meddelandet om infordran av anbud samt felaktiga eller ofullständiga anbud, om bristerna inte rättas till eller inte kan rättas till.

14. Bundesvergabeamt påpekade vidare att det i punkt 1.6.7 i anbudsinfordran i förevarande fall uttryckligen hänvisas till 36 § fjärde stycket Wettbewerbsordnung der Architekten (konkurrenslag för arkitekter, nedan kallad WOA) när det rör sig om att avvisa ett projekt från upphandlingsförfarandet. Där fastställs att projektet skall förkastas för det fall en grund för att avvisa anbudet enligt 8 § WOA föreligger. Enligt första stycket d i denna bestämmelse får bland andra personer, som i det inlämnade materialet lämnar en uppgift som gör det möjligt att sluta sig till vem som är upphovsman till projektet, inte delta i arkitekttävlingen.

15. Efter att ha konstaterat att Hackermüller hade uppfyllt avvísingsgrunden i 8 § första stycket d WOA genom att han hade lämnat uppgift om sitt namn under rubriken "avsedd organisation av huvudplanen" och att hans projekt därför enligt 52 § första stycket åttonde punkten BVergG jämförd med 36 § fjärde stycket WOA borde ha förkastats, fastslog Bundesvergabeamt slutligen att Hackermüllers projekt inte längre kunde komma i fråga för tilldelning av kontraktet och att Hackermüller, eftersom han inte kunde ha kränkts till följd av att principen om att det bästa anbudet skall antas och reglerna för förhandlingsförfarandet eventuellt hade åsidosatts, inte var behörig att göra gällande de rättsstridigheter han åberopat i sin ansökan.

16. Hackermüller överklagade Bundesvergabeamts beslut av den 31 maj 1999 till Verfassungsgerichtshof (författningsdomstolen i Österrike) den 7 juli 1999. I sin dom av den 14 mars 2001 (B 1137/99-9), där den hänvisar till sin dom av den 8 mars 2001 (B 707/00), fastslog Verfassungsgerichtshof att det, med hänsyn till den extensiva tolkning som begreppet behörighet att ansöka om ett prövningsförfarande med stöd av artikel 1.3 i direktiv 89/665 bör ges enligt domstolens rättspraxis,⁴ förefaller tvivelaktigt att villkoren för prövning i 115 § första stycket jämförd med 52 § första stycket BVergG kan tolkas så att en anbudsgivare, vars anbud faktiskt inte har

4 — Se bland annat dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult (REG 1997, s. I-4961), punkt 46, och av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671), punkterna 34 och 35.

förkastats av den upphandlande myndigheten, kan uteslutas från provningsförfarandet genom att hans ansökan om rättslig prövning avvisas av prövningsmyndigheten, när denna myndighet utgår från att det föreligger en grund för att förkasta anbudet. Den österrikiska författningsdomstolen upphävd också Bundesvergabeamts kritiserade beslut på grund av åsidosättande av den grundlagsenliga rätten att få sin talan prövad vid domstol, varvid Bundesvergabeamt blev skyldig att, enligt artikel 234 tredje stycket EG, ställa en tolkningsfråga till domstolen.

III — Tolkningsfrågorna

17. Under dessa omständigheter beslutade Bundesvergabeamt den 25 juni 2001 att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Skall artikel 1.3 i direktiv 89/665 tolkas så att var och en som önskar tilldelas ett kontrakt i en offentlig upphandling är behörig att ansöka om att ett provningsförfarande skall inledas?

2) För det fall första frågan besvaras nekande:

Skall ovannämnda bestämmelse i direktivet tolkas så att en anbudsgivare, vars anbud inte har förkastats av den upphandlande myndigheten, skall anses ha lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av den påstådda överträdelsen — i detta fall den upphandlande myndighetens beslut att anse att ett konkurrerande anbud var det bästa anbudet — och därför vara behörig att ansöka om att ett provningsförfarande skall inledas, även om prövningsmyndigheten har fastställt att det fanns tvingande skäl att förkasta anbudsgivarens anbud?”

IV — Bedömning

A — Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning

18. Jag uppehåller mig inledningsvis vid en fråga som nyligen uppmärksam-

mats,⁵ nämligen frågan huruvida Bundesvergabeamt är en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG.

19. Denna fråga hade, bland annat i det ovannämnda målet Felix Swoboda, tagits upp av kommissionen till följd av Bundesvergabeamts beslut om hänskjutande av den 11 juli 2001 i målet Siemens och Arge Telekom & Partner,⁶ i vilket denna domstol hade erkänt att dess beslut inte innehöll några "förelägganden till den upphandlande myndigheten vilka kan bli föremål för tvångsverkställighet".⁷

20. I domen i det ovannämnda målet Felix Swoboda, som rörde ett mål där Bundesvergabeamt utövade sin behörighet under perioden *efter* tilldelandet av kontraktet, ansåg domstolen att Bundesvergabeamt var en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG.

21. Den fastslog nämligen i punkterna 27 och 28 i den domen följande:

5 — Se dom av den 14 november 2002 i mål C-411/00, Felix Swoboda (REG 2002, s. I-10567), generaladvokaten Légers förslag till avgörande till dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), mitt förslag till avgörande av den 18 april 2002 i det ovannämnda målet Felix Swoboda och generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 10 oktober 2002 i mål C-315/01, GAT, dom av den 19 juni 2003, REG 2003, s. I-6351, s. I-6354.

6 — Det vid domstolen anhängiggjorda målet C-314/01, Siemens och Arge Telekom & Partner.

7 — Dom i det ovannämnda målet Felix Swoboda, punkt 25.

"Målet vid den nationella domstolen avser nämligen perioden efter tilldelandet av kontraktet.... Det är ostridigt att Bundesvergabeamts beslut under alla omständigheter är bindande enligt österrikisk rätt för både parter och tvistemålsdomstolar vid vilka en skadeståndstalan väckts under denna period.

Vid dessa omständigheter kan den bindande verkan av Bundesvergabeamts beslut i målet vid den nationella domstolen inte ifrågasättas."

22. Den fråga som nu uppkommer är huruvida denna slutsats även gäller i detta fall, där Bundesvergabeamt utövar sina befogenheter under tiden *före* tilldelandet av kontraktet.

23. Jag anser det obestridligt att denna fråga skall besvaras jakande.

24. I motsats till tiden efter tilldelandet av kontraktet, då Bundesvergabeamt enligt 113 § tredje stycket BVergG är behörig att "*fastställa* huruvida kontraktet... inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet...", kännetecknas tiden före detta till-

delande av att Bundesvergabeamt enligt 113 § andra stycket BVergG är behörig att "... 1) föreskriva om interimistiska åtgärder och 2) undanröja olagliga beslut av den upphandlande myndigheten".

25. Men om redan behörigheten att "fastställa" är tvingande, förefaller enligt min mening behörigheten att föreskriva interimistiska åtgärder och att undanröja olagliga beslut *a fortiori* vara det.

26. Bundesvergabeamt är således en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. Jag anser därför att de tolkningsfrågor den har ställt skall tas upp till sakprövning.

B — Den första tolkningsfrågan

27. Med sin första tolkningsfråga har Bundesvergabeamt sökt få klarhet i huruvida artikel 1.3 i direktiv 89/665 skall tolkas så att var och en som önskar tilldelas ett kontrakt i en offentlig upphandling är behörig att ansöka om att ett prövningsförfarande skall inledas.

28. Hackermüller har förordat att denna fråga skall besvaras jakande, eftersom han anser att var och en som utesluts från upphandlingsförfarandet lider skada.

29. Svarandena, den österrikiska och den italienska regeringen samt kommissionen har däremot förordat ett i huvudsak nekande svar på den första frågan.

30. Jag ansluter mig till deras uppfattning.

31. Det framgår nämligen tydligt av ordalydelsen i artikel 1.3 i direktiv 89/665 att ett prövningsförfarande "kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse".⁸

32. Direktiv 89/665 innebär således att medlemsstaterna kan uppställa två kumulativa villkor för behörighet att ansöka om ett prövningsförfarande, nämligen 1) att en anbudsgivare skall ha intresse av att tilldelas kontrakt i en offentlig upphandling och 2) att han skall lida skada eller riskera att lida skada.

⁸ — Min kursivering.

33. Kommissionen anser därför med rätta att "[e]nbart intresset av att få sluta ett avtal är i sig otillräckligt".

34. Denna tolkning bekräftas dessutom av förarbetena till direktiv 89/665, vilket den österrikiska regeringen korrekt har påpekat.

35. I förslaget till ett direktiv 87/C 230/05 av rådet om samordning av lagar och andra författningar om tillämpning av gemenskapsbesämmelser vid offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten som kommissionen lade fram den 1 juli 1987,⁹ föreskrevs inte någonting om vem som är behörig att inleda ett provningsförfarande. Däremot angavs i det ändrade förslaget, som lades fram den 25 november 1988,¹⁰ i artikel 1 att provningsförfarandet skulle kunna inledas av "... varje företagare eller leverantör som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten och varje tredje man som är behörig...".

36. Denna ordalydelse togs dock inte med i direktiv 89/665, varför man bör dra slut-

satsen att rådet medvetet valde att låta medlemsstaterna uppställa de två ovan nämnda villkoren för behörighet att ansöka om att ett provningsförfarande skall inledas.

37. Jag föreslår därför att den första tolkningsfrågan skall besvaras så, att artikel 1.3 i direktiv 89/665 skall tolkas så att var och en som har eller har haft intresse av att få avtal om offentlig upphandling är behörig att ansöka om att ett provningsförfarande skall inledas, om han dessutom har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av den påstådda överträdelsen.

C — Den andra tolkningsfrågan

38. Eftersom jag föreslår att den första tolkningsfrågan skall besvaras nekande, åligger det mig nu att även undersöka den andra frågan. Med denna fråga har Bundesvergabeamt sökt få klarhet i huruvida artikel 1.3 i direktiv 89/665 skall förstås så att en anbudsgivare, vars anbud inte har förkastats av den upphandlande myndigheten, skall anses ha lidit skada eller riskera att lida skada till följd av den påstådda överträdelsen — i detta fall den upphandlande myndighetens beslut att anse att ett konkurrerande anbud var det bästa anbudet — och därför vara behörig att ansöka om att ett provningsförfarande skall inledas, även om provningsmyndigheten har fastställt att det fanns tvingande skäl att förkasta anbudsgivarens anbud.

⁹ — EGT C 230, s. 6.

¹⁰ — EGT 1989, C 15, s. 8.

39. Hackermüller anser att om den första frågan besvaras nekande, bör i varje fall den andra frågan besvaras jakande, om inte anbudsgivaren skall bli obehörig att ansöka om ett prövningsförfarande varje gång hans anbud har förkastats av den upphandlande myndigheten av vilket som helst skäl.

40. Svarandena, den österrikiska regeringen och kommissionen har däremot föreslagit att frågan skall besvaras nekande. Den italienska regeringens yttrande kan tolkas så, att också denna regering anser att frågan huruvida Bundesvergabeamt kan betraktas som en domstol skall besvaras nekande.

41. Dessa intervenienter stöder sig i den frågan på syftet med prövningsförfarandet, på den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 och på principen om likabehandling, som utgör hinder för att tilldela en sökande ett kontrakt eller en ersättning trots att han själv har överträtt anbudsinfodran eller bestämmelserna om offentlig upphandling.

42. Det skall först konstateras att Bundesvergabeamt, i sitt beslut av den 31 maj 1999, ansåg att Hackermüller inte var behörig att väcka talan, eftersom hans anbud enligt 52 § första stycket åttonde punkten BVergG

borde ha förkastats redan under det första stadiet av förfarandet.¹¹

43. Bundesvergabeamt har således med sin tolkningsfråga i huvudsak sökt klarhet i huruvida direktiv 89/665, närmare bestämt artikel 1.3 i detta, utgör hinder för att en sådan bestämmelse i nationell rätt tillämpas av den domstolen.

44. Som den österrikiska regeringen i sitt skriftliga yttrande med rätta har påpekat, "... innehåller [prövningsdirektivet] ingen bestämmelse om vilka bedömningskriterier prövningsmyndigheten skall tillämpa.... Det ankommer följaktligen på medlemsstaterna att anta de nödvändiga bestämmelserna, som på ett obestridligt sätt skall överensstämma med sådana allmänna rättsprinciper för offentlig upphandling som insyn och icke-diskriminering. Sådana bestämmelser får inte heller strida mot syftet med prövningsdirektivet..."

45. På samma sätt har domstolen, i fråga om ett område som inte var särskilt reglerat i direktiv 89/665 — nämligen fastställandet av vilken tidpunkt som är avgörande vid bedömningen av huruvida beslutet om återkallelse av en anbudsinfodran är rättsenligt — fastslagit att det ankommer på varje medlemsstat att i sin interna rätts-

11 — Se punkt 12 ovan.

ordning ange denna tidpunkt "... 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)".¹²

46. Frågan uppkommer därför huruvida den ovannämnda bestämmelse på vilken Bundesvergabebamt baserade sitt beslut av den 31 maj 1999 i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av gemenskapsrätten.¹³

47. I det avseendet skulle jag vilja hänvisa till följande övervägande som, enligt vad den österrikiska regeringen har beskrivit för oss, gjordes i Verfassungsgerichtshofs dom av den 8 mars 2001:¹⁴ "... [D]et råder osäkerhet om huruvida det med hänsyn till gemenskapsrätten — såsom det bekräftas i litteraturen — är tillåtet att 'minska' det

rättsliga skyddet för anbudsgivaren i målet i den nationella domstolen *eftersom han inte skulle förfoga över något rättsmedel mot det beslut att utesluta anbudet som Bundesvergabebamt fattade i den upphandlande myndighetens ställe.*"¹⁵

48. Om anbudsgivaren genom det ifrågasvarande kriteriet inte förfogade över något rättsmedel mot ett beslut som visar sig vara ett beslut att utesluta anbudet, skulle jag faktiskt vara av den åsikten att detta kriterium gör utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten och, närmare bestämt direktiv 89/665, orimligt svårt.

49. Det råder nämligen inget tvivel om att ett beslut att utesluta en anbudsgivare är ett beslut i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 89/665 som skall kunna prövas.

50. Enligt fast rättspraxis föreskrivs det i artikel 1.1 i direktiv 89/665 inte någon begränsning vad gäller nämnda besluts natur eller innehåll.¹⁶ Generaladvokaten Alber har i sitt förslag till avgörande av den

12 — Dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, (REG 2002, s. I-5553), punkt 67. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl. (REG 2002, s. I-11617), punkt 72.

13 — Det förutsätts att det inte finns någon skillnad mellan behandlingen av prövningar i den mening som avses i direktiv 89/665 och liknande nationella prövningar.

14 — Se punkt 16 ovan.

15 — Min kursivering.

16 — Se domarna i de ovannämnda målen Alcatel Austria m.fl., punkt 35, och HI, punkt 49.

7 februari 2002 i målet Santex¹⁷ därav dragit slutsatsen att ett beslut om att utesluta ett anbud är ett beslut som skall kunna prövas i den mening som avses i direktiv 89/665.¹⁸

51. Men är det korrekt, i en sådan situation som den som är för handen i målet vid den nationella domstolen, att säga att "anbudsgivaren inte förfogar över något rättsmedel mot det beslut att utesluta anbudet som Bundesvergabeamt fått i den upphandlande myndighetens ställe"?

52. Allt beror enligt min mening på huruvida prövningsmyndigheten har kommit fram till att anbudsgivaren borde ha uteslutits efter ett kontradiktoriskt förfarande, det vill säga efter det att anbudsgivaren givits möjlighet att yttra sig om grunden för ett eventuellt uteslutande.

53. Det framgår nämligen av artikel 2.8 i direktiv 89/665, enligt vilken "...[d]et oberoende organet skall fatta sina beslut i ett förfarande, där båda parter hörs,...", att ett sådant förfarande utgör en väsentlig utmärkande egenskap för ett prövningsförfarande enligt direktiv 89/665.

54. Även om prövningsmyndigheten efter ett kontradiktoriskt förfarande kommer fram till den ovan nämnda slutsatsen, kvarstår ändå frågan huruvida Bundesvergabeamt ex officio kan ta upp att en skyldighet som den om anonymitet har åsidosatts.

55. Om man antar att prövningsmyndigheten hade godtagit Hackermüllers anbud och att en annan anbudsgivare, som kände till Hackermüllers eventuella åsidosättande av anonymitetsskyldigheten, sedan hade väckt talan om att prövningsmyndigheten hade åsidosatt bestämmelserna om offentlig upphandling, kan det inte bestridas att Bundesvergabeamt hade kunnat besluta att Hackermüller borde ha uteslutits från anbudsförfarandet *utan att den upphandlande myndigheten hade fattat beslut härom tidigare*.

56. Den enda skillnaden mellan denna situation och den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen ligger följaktligen i den omständigheten att överträdelsen av bestämmelserna om anonymitet, i det första fallet, åberopas av en part medan den, i det andra fallet, prövas ex officio av prövningsmyndigheten.

57. I det avseendet delar jag dock den åsikt som generaladvokaten Geelhoed framförde i sitt förslag till avgörande av den

17 — Mål C-327/00, Santex dom av den 27 februari 2003, REG 2003, s. I-1877, s. I-1879.

18 — Se punkterna 80—86 i generaladvokaten Albers ovan nämnda förslag till avgörande.

10 oktober 2002 i målet GAT¹⁹, enligt vilket "[d]irektiv 89/665... [inte utgör något] hinder mot att [prövningsmyndigheten]... på eget initiativ och oberoende av vad de ifrågasvarande parterna åberopat beaktar relevanta omständigheter i prövningsförfarandet".²⁰

58. Ett sådant synsätt förefaller enligt min mening stämma överens med såväl direktiv 89/665 som principen att alla anbudsgivare skall behandlas lika.

59. Vad gäller syftet skall det påpekas att det "[i] artikel 1.1 i direktiv 89/665 föreskrivs... att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att en upphandlande myndighets beslut skall kunna *prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt* för att säkerställa att gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling iakttas".²¹

60. Enligt min mening verkar det dock strida mot detta syfte att beslut skall kunna prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt om man, i en sådan situation som den i förevarande fall, skulle ålägga prövningsmyndigheten att vänta tills ett problem som rör upphandlingens regelmässighet, och som den själv upptäcker, åberopas av en part.

19 — Mål C-315/01, GAT, dom av den 19 juni 2003, REG 2003, s. I-6351, s. I-6354.

20 — Punkt 67, förslag 1 a till svar i generaladvokaten Geelhoeds ovannämnda förslag till avgörande.

21 — Domen i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl., punkt 34. Se även domarna i de ovannämnda målen HI, punkt 52, och Universale-Bau, punkt 74. Min kursivering.

61. Principen om lika behandling av alla anbudsgivare, som är central i direktiven om offentlig upphandling,²² innebär att alla anbudsgivare har rätt att kräva att deras eget, liksom de andra anbudsgivarnas, anbud alla skall behandlas med iakttagande av villkoren i anbudsinfordran och bestämmelserna om offentlig upphandling.

62. En anbudsgivare kan följaktligen inte tilldelas kontraktet om han själv har överträtt villkoren i anbudsinfordran eller de tillämpliga bestämmelserna om offentlig upphandling. Den omständigheten, som Hackermüller anförde vid den muntliga förhandlingen, att även andra anbudsgivare i förekommande fall har begått överträdelser föranleder inte någon annan bedömning, eftersom en anbudsgivare inte kan åberopa att andra anbudsgivare har dragit nytta av en rättsstridighet för att hävda att han är utsatt för diskriminering.

63. Det verkar dessutom desto mer berättigat att prövningsmyndigheten kan pröva en sådan överträdelse *ex officio* med tanke på principen om likabehandling, eftersom anbudsgivarna för det mesta inte känner till en grund för uteslutning från upphandlingen som rör deras konkurrenter, vilket den österrikiska regeringen med rätta har påpekat.

22 — Dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concor dia Bus Finland (REG 2002, s. I-7213), punkt 81.

64. Jag anser därför att en nationell rättsregel, enligt vilken en sökande inte är behörig att väcka talan av den anledningen att hans anbud redan borde ha förkastats av den upphandlande myndigheten, inte i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av gemenskapsrätten, om sökanden först har fått yttra sig om den påstådda grunden för uteslutning.

65. Om däremot en sådan möjlighet att yttra sig inte hade medgivits, skulle prövningsmyndighetens beslut i verkligheten vara detsamma som ett beslut att utesluta en anbudsgivare utan möjlighet till prövning, vilket skulle strida mot direktiv 89/665.

66. Jag föreslår därför att den andra tolkningsfrågan skall besvaras så att artikel 1.3 i direktiv 89/665 inte utgör något hinder för att en anbudsgivare, vars anbud inte har förkastats av den upphandlande myndigheten, inte anses ha lidit skada till följd av den påstådda överträdelsen — i detta fall den upphandlande myndighetens beslut att anse att ett konkurrerande anbud var det bästa anbudet — när prövningsmyndigheten har fastställt att det fanns tvingande skäl att förkasta anbudsgivarens anbud, om grunden för uteslutning av anbudsgivaren har varit föremål för ett kontradiktoriskt förfarande.

V — Förslag till avgörande

67. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara tolkningsfrågorna på följande sätt:

— Den första tolkningsfrågan:

Artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig

upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, skall tolkas så att var och en som har eller har haft intresse av att få avtal om offentlig upphandling är behörig att ansöka om att ett prövningsförfarande skall inledas, om han dessutom har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av den påstådda överträdelsen.

— Den andra tolkningsfrågan:

Artikel 1.3 i direktiv 89/665, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 92/50, utgör inte något hinder för att en anbudsgivare, vars anbud inte har förkastats av den upphandlande myndigheten, inte anses ha lidit skada till följd av den påstådda överträdelsen — i detta fall den upphandlande myndighetens beslut att anse att ett konkurrerande anbud var det bästa anbudet — när prövningsmyndigheten har fastställt att det fanns tvingande skäl att förkasta anbudsgivarens anbud, om grunden för uteslutning av anbudsgivaren har varit föremål för ett kontradiktoriskt förfarande.