

Mål C-303/22

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

9 maj 2022

Hänskjutande domstol:

Krajský soud v Brně (Republiken Tjeckien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

5 maj 2022

Klagande:

CROSS Zlín a.s.

Motpart:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Beslut

Krajský soud v Brně

I målet mellan **CROSS Zlín, a. s.**, klagande

...

och

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, motpart

...

i vilket **Statutární město Brno**, deltagit som berörd part,

...

angående överklagande av ett beslut från motpartens direktör av den 9 november 2020, ärende nr ÚOHS- 34854/2020/321/ZSř,

har

Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno, Tjeckien) ...

fattat följande beslut:

I. Följande tolkningsfråga hänskjuts till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande:

Är den tjeckiska lagstiftningen, enligt vilken den upphandlande myndigheten får ingå ett offentligt kontrakt innan det att ett klagomål ingetts till den domstol som är behörig att pröva lagenligheten av ett beslut, som antagits i andra instans vid Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Byrån för skydd av konkurrens, Republiken Tjeckien), om att utesluta en anbudsgivare, förenlig med artikel 2.3 och artikel 2a.2 i direktiv 89/665/EEG, tolkade mot bakgrund av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna?

II. ...

Skäl:

I. Målet vid den nationella domstolen

- 1 I förevarande fall inledde den upphandlande myndigheten Statutární město Brno (staden Brno (med status som distrikt), Republiken Tjeckien) den 27 september 2019 ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt genom ett öppet anbuds förfarande under beteckningen "ROZŠÍŘENÍ FUNKCÍ DOPRAVNÍ ÚSTŘEDNÝ SSZ" (utbyggnad av funktionen av trafikledningscentralen för ljussignalsystemet), vilket offentliggjordes i Věstník veřejných zakázek (Tidskriften om offentliga upphandlingar) under nr Z2019–034002 och i *Europeiska unionens officiella tidning* under nr 2019/S 190–461538. Föremålet för det offentliga kontraktet avsåg utbyggnad av den befintliga trafikledningscentralen och tillhandahållande av tjänster som bestod i anslutning av hela den upphandlande myndighetens ljussignalsystem till denna central, anslutning av trafikledningscentralen till systemet DIC 2 Brno, anslutning av trafikledningscentralen till stadens kamerasystem, tillhandahållande av tekniskt stöd, utbildning av underhållspersonal och tillhandahållande av löpande underhåll. Det offentliga kontraktets uppskattade värde uppgick till 13 805 000 CZK exklusive mervärdesskatt.
- 2 Den upphandlande myndigheten erhöll inom den angivna fristen två anbud avseende den offentliga upphandlingen, nämligen det anbud som klaganden CROSS Zlín, a. s. lämnat, med det lägsta anbudspriset samt det anbud som Siemens Mobility, s. r. o. lämnat, med det andra lägsta anbudspriset. Enligt upphandlingsdokumenten skulle de ekonomiska fördelarna med anbuden bedömas enligt kriteriet lägsta anbudspris. Genom meddelande av den 6 april 2020 uteslöt den upphandlande myndigheten CROSS Zlín från upphandlingsförfarandet på grund av att det inte uppfyllde villkoren för deltagande i upphandlingsförfarandet.

Siemens Mobility utsågs därefter den 7 april 2020 till vinnande anbudsgivare. Cross Zlín ingav klagomål mot beslutet om uteslutning, vilket den upphandlande myndigheten avtog genom beslut av den 4 maj 2020. CROSS Zlín överklagade då till Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Byrån för skydd av konkurrens, Republiken Tjeckien) (nedan kallad Byrån) och yrkade upphävande av dels beslutet om att bolaget skulle uteslutas dels beslutet om att Siemens Mobility skulle utses till vinnande anbudsgivare. Under det administrativa förfarandet som ägde rum vid Byrån den 3 juli 2020 vidtogs en provisorisk åtgärd ex officio, som bestod i att den upphandlande myndigheten förbjöds att ingå ett offentligt kontrakt fram till dess att det administrativa förfarandet hade avslutats slutgiltigt. Genom beslut av den 5 augusti 2020 avtog Byrån överklagandet. Cross Zlín överklagade beslutet från första instans, vilket direktören för Byrån avtog genom beslut av den 9 november 2020 samtidigt beslutet från första instans fastställdes. Beslutet från Byråns ordförande vann laga kraft den 13 november 2020. Den 18 november 2020 ingick den upphandlande myndigheten ett offentligt kontrakt med den utvalda anbudsgivaren.

- 3 Den 13 januari 2021 överklagade klaganden, CROSS Zlín, beslutet av motpartens direktör till Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno, Tjeckien). Samtidigt med överklagandet ansökte klaganden om att överklagandet skulle ges suspensiv verkan och om en provisorisk åtgärd som syftade till att den upphandlande myndigheten skulle förbjudas att ingå ett offentligt kontrakt, i andra hand att den skulle förbjudas att genomföra avtalet. Genom beslut av den 11 februari 2021 avtog domstolen begäran om att ge överklagandet suspensiv verkan och om en provisorisk åtgärd, med motiveringen att förbudet för den upphandlande myndigheten att ingå kontrakt saknade föremål, eftersom kontrakt redan hade ingåtts. Även om överklagandet hade bifallits och domstolen hade upphävt beslutet från motpartens direktör skulle Byrån, efter att ha återförvisat ärendet, ha avslutat förfarandet med stöd av 257 § j i zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (lag nr 134/2016 om tilldelning av offentliga kontrakt (nedan kallad lag nr 134/2016”)) och skulle inte ha prövat ärendet själv. Enligt domstolen kunde den upphandlande myndigheten inte heller förbjudas att genomföra detta kontrakt, eftersom det inte fanns något rättsligt hinder som kunde hindra att kontraktet ingicks vid den tidpunkten (efter det att beslutet från Byråns direktör vunnit laga kraft).
- 4 Genom skrivelse av den 28 mars 2022 underrättade domstolen parterna om att den övervägde att framställa en begäran om förhandsavgörande och fastställde en frist inom vilken parterna skulle yttra sig över avsikten att framställa en sådan begäran. Den 8 april 2022 underrättade motparten domstolen om att den inte skulle ta ställning till denna avsikt i detalj förrän inom ramen för förfarandet för förhandsavgörande, om ett sådant inleddes. Klaganden angav i sitt yttrande av den 26 april 2022 att den genom sin ansökan om provisoriska åtgärder utan framgång hade försökt att förhindra ingåendet av ett offentligt kontrakt efter det att motpartens beslut hade vunnit laga kraft. Ingående av offentliga kontrakt efter det att motpartens beslut har vunnit laga kraft utgör etablerad praxis hos de upphandlande myndigheterna som kränker den uteslutna anbudsgivarens rätt till

ett effektivt domstolsskydd och till en rättvis rättegång. Klaganden motsatte sig således inte att begäran om förhandsavgörande framställdes. Den gjorde emellertid gällande att detta problem skulle kunna lösas om motparten, inom ramen för målet om överklagande avseende den upphandlande myndighetens beslut, hade vidtagit en provisorisk åtgärd till dess att fristen för att överklaga till förvaltningsdomstolen löpte ut....

II. Tillämpliga bestämmelser i unionsrätten och nationell rätt

- 5 Enligt artikel 1.3 i direktiv 89/665/EEG ska medlemsstaterna se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.
- 6 Av artikel 2.3 i direktiv 89/665/EEG följer vidare att när ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande myndigheten, ska pröva ett beslut om tilldelning av kontrakt, ska medlemsstaterna se till att den upphandlande myndigheten inte kan ingå avtalet innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av den period under vilken avtal inte får ingås som avses i artiklarna 2a.2, 2d.4 och 2d.5.
- 7 I artikel 2a.1 i direktiv 89/669/EEG föreskrivs att medlemsstaterna ska se till att de personer som avses i artikel 1.3 får de tidsfrister som krävs för att effektivt kunna pröva de upphandlande myndigheternas beslut om tilldelning av kontrakt, genom att införa de bestämmelser som krävs för att uppfylla de minimikrav som anges i punkt 2 i den här artikeln och i artikel 2c.
- 8 I artikel 2a.2 i direktiv 89/665/EEG föreskrivs att avtal enligt beslut om tilldelning av ett kontrakt som omfattas av direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU inte får ingås före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av antingen en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits. Anbudsgivarna ska anses vara berörda om de ännu inte har uteslutits definitivt. Ett uteslutande är definitivt om det har meddelats de berörda anbudsgivarna, och antingen har ansetts vara lagligt av ett oberoende prövningsorgan eller inte längre kan bli föremål för ett prövningsförfarande.
- 9 Enligt artikel 47.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, nedan kallad stadgan, har var och en rätt att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk

domstol som har inrättats enligt lag. Var och en ska ha möjlighet att erhålla rådgivning, låta sig försvaras och företrädas.

- 10 Skyddet mot ett rättsstridigt beslut från den upphandlande myndigheten regleras i den nationella lagstiftningen i del 13 i lag nr 134/2016. Ett klagomål mot den upphandlande myndighetens beslut kan inges inom femton dagar från den dag då klaganden fick kännedom om den upphandlande myndighetens överträdelse av lagstiftningen (241 och 242 §§ i lag nr 134/2016).
- 11 Enligt 245 § 1 i lag nr 134/2016 ska den upphandlande myndigheten, inom femton dagar från delgivningen av klagomålet, översända beslutet om prövning av klagomålet till klaganden. I beslutet ska den upphandlande myndigheten ange huruvida klagomålet ska bifallas eller avslås. Beslutet ska innehålla en motivering i vilken den upphandlande myndigheten på ett detaljerat och begripligt sätt ska uttala sig om samtliga omständigheter som klaganden har åberopat i sitt klagomål. Om den upphandlande myndigheten bifaller klagomålet ska den i sitt beslut ange de korrigerande åtgärder som den kommer att vidta.
- 12 Av 245 § 4 i lag nr 134/2016 framgår vidare att om den upphandlande myndigheten avslår klagomålet ska den i sitt beslut om klagomålet upplysa klaganden om möjligheten att inge ett överklagande till Byrån inom den frist som föreskrivs i 251 § 2 avseende den upphandlande myndighetens beslut och om skyldigheten att delge den upphandlande myndigheten en kopia av överklagandet inom samma frist.
- 13 I 246 § 1 i lag nr 134/2016 föreskrivs att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal med den vinnande anbudsgivaren a) före utgången av fristen för att inge klagomål mot ett beslut om att utesluta en anbudsgivare från ett upphandlingsförfarande, om utvald anbudsgivare eller ett frivilligt meddelande om avsikten att ingå avtal, b) fram till dess att beslutet om klagandenas klagomål om klagomål har ingetts, har delgetts, c) innan fristen för att överklaga den upphandlande myndighetens beslut har löpt ut, om klagomålet har avslagits, d) inom 60 dagar från den dag då förfarandet om överklagande avseende den upphandlande myndighetens beslut inlett, om överklagandet ingetts inom föreskriven frist; den upphandlande myndigheten får dock ingå avtal före utgången av denna frist om Byrån har avslagit överklagandet eller det administrativa förfarandet avseende överklagandet har avslutats och beslutet i detta mål har blivit slutgiltigt. Enligt 246 § 2 i lag nr 134/2016 får den upphandlande myndigheten inte heller ingå avtal med den vinnande anbudsgivaren inom 60 dagar från den dag då förfarandet för prövning av den upphandlande myndighetens beslut inlett, om Byrån har inlett ett sådant förfarande ex officio; den upphandlande myndigheten får emellertid ingå avtal även före utgången av denna frist, om det administrativa förfarandet har avslutats och beslutet i det ärendet har blivit slutgiltigt.
- 14 Av 254 § 1 i lag nr 134/2016 framgår att ansökan om ett förbud mot att genomföra ett offentligt kontrakt kan inges av den anbudsgivare som konstaterar att den

upphandlande myndigheten har ingått avtal a) utan föregående offentliggörande ..., b) trots förbudet mot att ingå avtal som följer av denna lag eller provisoriska åtgärder, c) genom att fatta beslut utanför det offentliga upphandlingsförfarandet ..., eller genom att fatta beslut enligt 135 § 3 eller 141 § 4

- 15 I 264 § 1 i lag nr 134/2016 föreskrivs att Byrån i det förfarande som inletts på begäran enligt 254 § ska förbjuda den upphandlande myndigheten att genomföra avtalet om det offentliga kontraktet eller ramavtalet har ingåtts på så sätt som anges i 254 § 1. Det avtal som Byråns förbud mot genomförande avser presumeras vara ogiltigt, varvid det inte är nödvändigt att fortsätta handläggningen av förfarandet enligt punkt 3. I punkt 2 i nämnda bestämmelse anges vidare att det offentliga kontraktet blir ogiltigt på grund av att denna lag har åsidosatts endast i de fall då Byrån förbjuder att kontraktet genomförs enligt punkt 1. Detta har ingen inverkan på ogiltighet som fastställs av andra skäl.
- 16 Enligt 257 j § i lag nr 134/2016 ska Byrån genom beslut avsluta det förfarande som inletts, om den upphandlande myndigheten under det administrativa förfarandet har ingått ett avtal om genomförande av föremålet för det offentliga kontraktet i fråga.
- 17 Enligt 61 § i zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (lag nr 500/2004, lagen om förvaltningsförfaranden, nedan kallad lag 500/2004) får förvaltningsmyndigheten under förfarandets gång, ex officio eller på begäran av en part, besluta om en provisorisk åtgärd, om detta är nödvändigt för att provisoriskt reglera de berörda parternas situation.... En provisorisk åtgärd kan ha som föremål att ålägga en part eller annan person att agera, att avstå från att agera eller att tolerera något, samt att beslagta egendom som kan användas som bevis, eller föremål som kan bli föremål för tvångsverkställighet (punkt 1). Beslut angående en deltagarens ansökan om en provisorisk åtgärd ska fattas inom 10 dagar. Beslutet ska endast tillkännages den som berörs därav, och i förekommande fall även en annan deltagare som har begärt att beslutet ska antas. Ett överklagande av ett beslut om provisoriska åtgärder har ingen suspensiv verkan, det får endast inges av den deltagare som har tillkännagetts beslutet (punkt 2). Förvaltningsmyndigheten ska upphäva den provisoriska åtgärden genom beslut så snart den situation mot bakgrund av vilken åtgärden vidtogs inte längre föreligger. Om förvaltningsmyndigheten inte underlåter att göra så, upphör den provisoriska åtgärden att gälla den dag då beslutet i ärendet blev verkställbart eller började få andra rättsliga verkningar (punkt 3).
- 18 Av 38 § i zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (lag nr 150/2002, förvaltningsprocesslagen, nedan kallad lag nr 150/2002) framgår att om ett överklagande har inletts och en provisorisk reglering är nödvändig för att reglera förhållandet mellan parterna till följd av en risk för allvarlig skada, kan domstolen, på begäran, i beslut förordna om provisoriska åtgärder, varigenom parterna åläggs att agera eller underlåta att agera eller att tolerera något. Av samma skäl får domstolen även ålägga tredje man en sådan skyldighet om en sådan skyldighet rimligen kan avkrävas denne (punkt 1). Vid behov ska domstolen anmoda övriga

parter att yttra sig om ansökan om provisoriska åtgärder (punkt 2). Domstolen ska fatta beslut i fråga om ansökan om provisoriska åtgärder utan onödigt dröjsmål. Om det inte föreligger någon risk som är förenad med dröjsmål med att fatta beslut avseende ansökan, ska domstolen fatta beslut inom 30 dagar från det att ansökan lämnades in. Ett beslut om en ansökan om provisoriska åtgärder ska alltid motiveras (punkt 3). Domstolen kan upphäva eller ändra ett beslut om provisoriska åtgärder även utan ansökan om de faktiska omständigheterna ändras. Den provisoriska åtgärden ska upphöra att gälla senast den dag då domstolens dom, varigenom förfarandet avslutas, har blivit verkställbar (punkt 4).

- 19 Enligt 72 § punkt 1 i lag nr 150/2002 får klagomål inges inom två månader från den dag då beslutet kom till klagandens kännedom genom delgivning av en kopia av beslutet eller genom något annat sätt i lag föreskrivet sätt, såvida inte en annan tidsfrist föreskrivs i en särskild lag.
- 20 I 78 § 1 i lag 150/2002 föreskrivs att om klagomålet är välgrundat ska domstolen upphäva det överklagade beslutet på grund av att det är rättsstridigt eller på grund av förfarandefel. Domstolen ska upphäva det överklagade beslutet på grund av att det är rättsstridigt även om den slår fast att förvaltningsmyndigheten har överskridit de gränser som föreskrivs i lag för myndighetens utrymme för skönsmässiga bedömning eller har missbrukat detta. I punkt 4 föreskrivs vidare att domstolen, när den upphäver beslutet, samtidigt ska fastställa att ärendet ska återförvisas till motparten för vidare handläggning.

III. Prövning av tolkningsfrågan

- 21 I förevarande fall vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida en tjeckisk lagstiftning som ger den upphandlande myndigheten möjlighet att ingå ett offentligt kontrakt innan den inleder en domstolsprövning av Byråns beslut om överklagande, eller innan domstolen i förekommande fall fattar beslut om en provisorisk åtgärd som innebär att den upphandlande myndigheten förbjuds att ingå avtal till dess att beslutet angående klagomålet har vunnit laga kraft, är förenlig med kraven i direktiv 89/665/EEG och kravet på att säkerställa en effektiv domstolsprövning enligt artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna.
- 22 Om en anbudsgivare utesluts i ett förfarande för offentlig upphandling, vilket var fallet här, gäller en 60-dagars spärperiod under den tid som förfarandet angående den uteslutna anbudsgivarens överklagande vid byrån pågår, under vilket det inte är tillåtet att ingå ett offentligt kontrakt [246 § 1 d i lag 134/2016]. Byrån kan förlänga denna frist genom att vidta en provisorisk åtgärd i enlighet med 61 § i lag nr 500/2004, som består i ett förbud mot den upphandlande myndigheten att ingå ett offentligt kontrakt till dess att byråns beslut om överklagandet vunnit laga kraft. Den provisoriska åtgärden ska härvid upphöra att gälla senast när Byråns direktörsbeslut angående överklagandet har blivit slutgiltigt. Efter att detta beslut vunnit laga kraft finns det inget som hindrar den upphandlande myndigheten från

att ingå ett offentligt kontrakt. Följaktligen uppstår ofta situationer där en upphandlande myndighet ingår ett offentligt kontrakt innan ett klagomål mot ett beslut angående överklagandet från Byråns direktör har inletts till en domstol. Klagomål till förvaltningsdomstolen kan inges inom två månader från den dag då det administrativa beslut som antagits i andra instans har delgetts klaganden (72 § 1 i lag nr 150/2002) och kan kombineras med en ansökan om provisoriska åtgärder som består i att förbjuda den upphandlande myndigheten att ingå ett offentligt kontrakt så länge som förfarandet vid domstolen pågår. Det är inte tillåtet att ansöka om provisoriska åtgärder innan ett klagomål har inletts (38 § i lag nr 150/2002).

- 23 Om ett offentligt kontrakt ingås innan det att ett klagomål, som åtföljs av en ansökan om provisoriska åtgärder, inletts, ska domstolen enligt fast praxis inte längre förordna om provisoriska åtgärder, eftersom det i en sådan situation inte längre finns något behov av att provisoriskt reglera förhållandet mellan parterna i förfarandet (se till exempel beslut av Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno) av den 26 november 2020, målnummer 30 Af 66/2020–88). För det fall att domstolen skulle finna att Byrån har gjort en felaktig bedömning av lagenligheten av att utesluta en anbudsgivare, ska domstolen upphäva Byråns beslut såsom rättsstridigt och återförvisa ärendet till Byrån för vidare handläggning (78 § 1 och 4 lag nr 150/2002). Om ett offentligt kontrakt emellertid har ingåtts tidigare, ska Byrån, efter att domstolen har återförvisat ärendet för vidare handläggning, inte på nytt pröva huruvida överklagandet avseende den upphandlande myndighetens beslut är välgrundat i enlighet med domstolens bedömning, utan avsluta förfarandet för överklagande med stöd av 257 § j i lag nr 134/2016. Det kan således uppstå en situation där en domstol godtar en utesluten anbudsgivares argument om att den upphandlande myndighetens beslut att utesluta anbudsgivaren var rättsstridigt och upphäver det beslut som fattats i andra instans av Byrån på grund av att det var rättsstridigt, men där den uteslutna anbudsgivaren ändå inte längre kommer att ha någon möjlighet att tilldelas ett offentligt kontrakt, eftersom ett offentligt kontrakt har ingåtts under tiden mellan det att Byråns beslut avseende överklagandet vunnit laga kraft och domstolens eventuella avgörande avseende provisoriska åtgärder under domstolsförfarandet. Enligt tjeckisk rätt har en sådan anbudsgivare således endast rätt att i civilrättsligt, enligt zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (lag nr 99/1963, civilprocesslagen), begära ersättning för en skada som uppkommit till följd av ett beslut av den upphandlande myndigheten som är rättsstridigt. I ett skadeståndsmål skulle ett klagomål som inletts av en anbudsgivare som rättsstridigt uteslutits från ett förfarande för offentlig upphandling emellertid endast bifallas om anbudsgivaren kan styrka 1) förekomst av den upphandlande myndighetens rättsstridiga beslut, 2) att skada har vållats, 3) orsakssambandet mellan skadevållarens rättsstridiga beslut och uppkomsten av skadan och, i förekommande fall även, 4) skadevållarens culpa, i enlighet med 2911 § i zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (lag nr 89/2012, civillagen) (det kan med hänvisning till domen från Europeiska unionens domstol (nedan kallad EU-domstolen) av den 30 oktober 2010, Strabag m.fl., C-314/09, EU:C:2010:567, emellertid konstateras att den upphandlande myndigheten, vid ersättning för den skada som orsakats av ett åsidosättande av

lagstiftningen om offentlig upphandling, ska hållas direkt ansvarig för denna skada). I praktiken skulle det vara svårt för en anbudsgivare som rättsstridigt har uteslutits från ett förfarande för offentlig upphandling att visa att det föreligger en faktisk skada och att det föreligger ett orsakssamband mellan den upphandlande myndighetens rättsstridiga beslut och uppkomsten av skadan. Det är nämligen inte tillräckligt att endast visa att en skada kan uppkomma till följd av ett rättsstridigt beslut av den upphandlande myndigheten, utan det ska med säkerhet visas att skada faktiskt har uppkommit och att det föreligger ett orsakssamband.

- 24 I den tjeckiska lagstiftningen betraktas Byrån som ett ”prövningsorgan” i den mening som avses i direktiv 89/665/EEG. Detta framgår även av bestämmelsen i 246 § i lag nr 134/2016, i vilken det anges under vilka tidsfrister det är förbjudet för den upphandlande myndigheten att ingå avtal under förfarandet vid Byrån. Byrån kan dock inte betraktas som en oavhängig, opartisk och enligt lag inrättad domstol i den mening som avses i artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna.
- 25 I dom av den 21 december 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037, punkt 73, klargjorde EU-domstolen att artikel 2a.2 i direktiv 89/665/EEG ska tolkas mot bakgrund av artikel 47 andra stycket i stadgan om de grundläggande rättigheterna. Enligt EU-domstolen ska under dessa omständigheter begreppet ”oberoende prövningsorgan”, i den mening som avses i artikel 2a.2 i direktiv 89/665/EEG, förstås så, att det avser en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag, i den mening som avses i artikel 47 i stadgan, vid bedömningen av huruvida uteslutningen av en anbudsgivare har vunnit laga kraft.
- 26 Slutsatsen om behovet av att tolka begreppet ”oberoende prövningsorgan” mot bakgrund av artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna följer också av EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage*, C-439/14 och C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688, som gällde tolkningen av både direktiv 89/665/EEG och rådets direktiv 92/13/EEG om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. I punkt 41 i den domen påpekades att syftet med direktiven är att säkerställa ”att det i samtliga medlemsstater finns effektiva rättsmedel, så att en effektiv tillämpning av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling säkerställs, särskilt på det stadium där överträdelserna ännu kan rättas”. Enligt EU-domstolen ska medlemsstaterna för ”anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter – säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 i stadgan” (se punkt 46).
- 27 Om regeln att ett ”oberoende prövningsorgan” enligt artikel 2a.2, i andra hand, artikel 2.3 i direktiv 89/665/EEG ska vara en oberoende domstol hade gällt, skulle en tjeckisk lagstiftning som gör det möjligt att ingå ett offentligt kontrakt strax efter det att beslutet från Byråns direktör avseende överklagandet har vunnit laga kraft, och således innan ett förfarande inleds vid en domstol som har inrättats

enligt lag i enlighet med artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, stå i strid med artikel 2a.2 i direktiv 89/665/EEG och skulle inte säkerställa anbudsgivare som lämnat anbud vid en offentlig upphandling som uteslutits från upphandlingsförfarandet en effektiv domstolskontroll. Kravet på att säkerställa ett effektivt domstolsskydd som fastställs i artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna bekräftas såväl av punkterna 57–58 i domen i det ovannämnda målet Randstad som av EU-domstolens dom av den 17 juli 2014, Sánchez Morcillo och Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, punkterna 35–36.

- 28 Bedömningen av huruvida den nationella lagstiftningen är förenlig med kraven i direktiv 89/665 är avgörande för den rättsliga prövningen av lagenligheten av det överklagade beslutet mot vilket klagomål ingetts. Om EU-domstolen skulle slå fast att den tjeckiska lagstiftaren inte har genomfört direktivet i tillräcklig utsträckning, finner den nationella domstolen sig nödgad, för det fall att det angripna beslutet skulle anses vara rättsstridigt, att i sin dom binda Byrån vid dess bindande rättsliga uppfattning vilket innebar att Byrån ska underlåta att tillämpa de bestämmelser i nationell lagstiftning som ledde till överträdelsen (se EU-domstolens dom av den 18 maj 2021, Asociația ”Forumul Judecătorilor din România”, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 och C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393, punkterna 250–251). I förevarande fall förefaller den enda rimliga följden, som beaktar principen om domstolsprövningens effektivitet, vara att Byrån, efter det att dess beslut upphävs i ett domstolsförfarande på grund av dess rättsstridighet och ärendet återförvisas till Byrån för vidare handläggning, inte tillämpar den bestämmelse som gör det möjligt att avsluta förfarandet vid ingående av ett offentligt kontrakt i enlighet med 257 § j i lag 134/2016, utan förklarar att det avtal som ingåtts innan det klagomål som ingetts är ogiltigt och förbjuder ett genomförande av avtalet genom en analog tillämpning av artikel 254 § 1b i lag nr 134/2016, jämförd med artikel 264.1 och 264.2 i lag 134/2016. Byrån ska sedan på nytt pröva lagenligheten av beslutet att utesluta anbudsgivaren i enlighet med domstolens bindande rättsliga uppfattning. En anbudsgivare skulle på så sätt behålla möjligheten att bli vinnande anbudsgivare i ett förfarande för offentlig upphandling.

IV. Slutsats

- 29 ...
- 30 ...
- 31 ...
- ...