

Mål C-480/22

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

18 juli 2022

Domstol som begär förhandsavgörande:

Verwaltungsgerichtshof (Österrike)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

23 juni 2022

Klagande:

EVN Business Service GmbH

Elektra EOOD

Penon EOOD

Saken i det nationella målet

Bestämmelser om offentlig upphandling – Inköpscentral som är belägen ”i en annan medlemsstat” – Villkoren för att tillskriva ett bestämmande inflytande över den upphandlande enheten – Prövningsförfarande – Processrätt – Behörighet

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Tolkning av unionsrätten, artikel 267 FEUF

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

1. Ska artikel 57.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG tolkas så, att det är fråga om centraliserad inköpsverksamhet som tillhandahålls av en inköpscentral som är belägen ”i en annan medlemsstat” om den upphandlande enheten – oberoende av frågan från vilken stat det

bestämmande inflytandet över den upphandlande enheten härrör – är belägen i en annan medlemsstat än inköpscentralen?

2. Om fråga 1 besvaras jakande:

Omfattar lagvalsregeln i artikel 57.3 i direktiv 2014/25/EU, enligt vilken ”centraliserad inköpsverksamhet” som tillhandahålls av en inköpscentral som är belägen i en annan medlemsstat ska ske i enlighet med nationella bestämmelser i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen, även bestämmelserna för prövningsförfarandet och prövningsorganets behörighet i den mening som avses i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna?

3. Om fråga 1 eller fråga 2 besvaras nekande:

Ska direktiv 92/13/EEG och i synnerhet dess artikel 1.1 fjärde stycket tolkas så, att ett nationellt prövningsorgans behörighet att pröva en upphandlande enhets beslut ska omfatta alla upphandlande enheter som är belägna i prövningsenhetens medlemsstat, eller är behörigheten beroende av huruvida det bestämmande inflytandet över den upphandlande enheten (i den mening som avses i artikel 3.4 c och artikel 4.2 i direktiv 2014/25/EU) utövas av en regional myndighet eller ett offentligt organ som ska anses höra till prövningsorganets medlemsstat?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

Anförda nationella bestämmelser

Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) (Österrikes federala grundlag)

Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz (NÖ VNG) (delstaten Niederösterreichs lag om prövningsförfaranden avseende offentliga upphandlingar)

Bundesvergabe-gesetz 2018 (BVergG 2018) (den federala lagen om offentlig upphandling)

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Bakgrunden till det nationella målet är ett förfarande för offentlig upphandling (ramavtal om utförande av elektriska installationsarbeten och byggnads- och demonteringsarbeten i samband med dessa) som är uppdelat i 36 delkontrakt där platsen för tillhandahållandet är i Bulgarien.
- 2 Elektrorazpredelenie YUG EAD (nedan kallat EY EAD) är ett aktiebolag som bildats enligt bulgarisk rätt med säte i Bulgarien som fungerar som upphandlande enhet inom en viss sektor i ovannämnda upphandlingsförfarande.
- 3 EVN Business Service GmbH (nedan kallat EBS GmbH) är ett bolag som bildats enligt österrikisk rätt med säte i Österrike. Inom ramen för upphandlingsförfarandet fungerar bolaget som inköpscentral för den upphandlande enheten och ska upphandla tjänsterna i EY EAD:s namn och för dess räkning (och därmed i egenskap av EY EAD:s företrädare).
- 4 I upphandlingsdokumenten anges Landesverwaltungsgericht Niederösterreich som behörigt organ för överklaganden och prövningsförfaranden. Österrikisk rätt anges som tillämplig rätt för ”upphandlingsförfarandet och alla anspråk som följer därav” och bulgarisk rätt för ”kontraktets genomförande”.
- 5 EY EAD och EBS GmbH ägs indirekt till 100 procent av EVN AG som i sin tur ägs till 51 procent av Land Niederösterreich, som är en österrikisk regional myndighet.
- 6 Elektra EOOD och Penon EOOD är bulgariska företag som ingett anbud för enskilda delkontrakt inom ramen för upphandlingsförfarandet. Genom beslut av den 28 juli 2020 och av den 30 juli 2020 underrättades bolagen om att de inte tilldelats några delkontrakt. Båda företagen väckte talan mot dessa beslut och yrkade att de skulle ogiltigförklaras. Landesverwaltungsgericht Niederösterreich fattade emellertid den 23 september 2020 beslut om att avvisa respektive talan på grund av bristande behörighet.
- 7 I motiveringen till besluten angav Landesverwaltungsgericht att det skulle innebära ett omfattande ingrepp i Bulgariens suveränitet om Landesverwaltungsgericht skulle meddela ett avgörande i frågan huruvida ett bulgariskt företag får ingå ett avtal med en upphandlande enhet som är belägen i Bulgarien i en situation där nämnda avtal ska fullgöras i Bulgarien i enlighet med bulgarisk rätt, då det skulle stå i konflikt med den folkrättsliga territorialitetsprincipen. Bundesvergabegesetz (den federala lagen om offentlig upphandling) reglerar inte heller vilket lands processrätt som ska tillämpas på prövningsförfarandet, vilket innebär att Landesverwaltungsgericht saknar behörighet.
- 8 EBS GmbH överklagade de två ovannämnda besluten. Elektra EOOD och Penon EOOD överklagade var för sig beslutet som rörde det egna bolaget. I målet om

överklagande åberopades ett avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen i Republiken Bulgarien som bekräftade att den bulgariska myndigheten för upphandlingskontroll saknar behörighet.

- 9 Till grund för överklagandena anfördes att artikel 57.3 i direktiv 2014/25 ska tolkas så, att den inte endast omfattar det egentliga förfarandet för offentlig upphandling, utan även reglerar prövningsförfarandet. Om inköpscentralen är skyldig att tillämpa materiell österrikisk rätt ska även österrikisk processrätt tillämpas i fråga om mekanismerna för prövning vid de österrikiska prövningsorganen – det avgörande kriteriet är var inköpscentralen är belägen.
- 10 [Penon EOOD] har dessutom gjort gällande att EY EAD står under tillsyn av den österrikiska revisionsrätten och att det inte finns några relevanta invändningar som grundas på internationell rätt mot att österrikiska prövningsorgan tillämpar österrikisk processrätt när de prövar huruvida inköpsverksamheten som ett företag som kontrolleras av en österrikisk regional myndighet bedrivit är lagenlig.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 11 I förevarande mål uppstår frågan om vilka processuella bestämmelser som är tillämpliga och huruvida ett österrikiskt prövningsorgan är behörigt i en situation där en upphandlande enhet inom en viss sektor som är belägen i Bulgarien och som indirekt kontrolleras av en österrikisk regional myndighet genomför en offentlig upphandling genom en inköpscentral som är belägen i Österrike. Det är inledningsvis nödvändigt att pröva tillämpningsområdet för (fråga 1) och räckvidden av (fråga 2) lagvalsregeln i artikel 57.3 i direktiv 2014/25. Om artikel 57.3 i direktiv 2014/25 inte innehåller någon bestämmelse som omfattar den aktuella situationen uppkommer frågan vilka kriterier som ska tillämpas för att fastställa behörigheten och vilka processuella regler som är tillämpliga (fråga 3).
- 12 EY EAD är en upphandlande enhet inom en viss sektor och är belägen i Bulgarien. Majoriteten av bolagets aktiekapital ägs indirekt av en österrikisk regional myndighet. Detta kriterium för bestämmande inflytande kan gälla både för upphandlande myndigheter och offentliga företag i den mening som avses i direktiv 2014/25.

Fråga 1

- 13 En förutsättning för att artikel 57.3 i direktiv 2014/25 ska vara tillämplig är att en centraliserad inköpsverksamhet – vilket föreligger här – tillhandahålls av en inköpscentral som är ”belägen i en annan medlemsstat”. Eftersom den upphandlande enheten, EY EAD, är belägen i Bulgarien men en österrikisk regional myndighet utövar ett bestämmande ekonomiskt inflytande över enheten, är anknytningskriterierna för att fastställa ett bestämmande inflytande uppfyllda för två olika medlemsstater.

- 14 Det är inte möjligt att från den grundläggande bestämmelsen för gemensam upphandling i artikel 57.1 i direktiv 2014/25, i vilken det är fråga om upphandlande enheter ”från olika medlemsstater”, dra någon slutsats om vilka kriterier som ska tillämpas när man ska fastställa att ett bestämmande inflytande härrör från en viss medlemsstat. Att punkt 2 i nämnda bestämmelse föreskriver att det relevanta kriteriet med avseende på inköpscentraler är i vilken medlemsstat den är belägen talar emellertid för att detsamma ska gälla även i fråga om den upphandlande enheten.
- 15 Mot detta kan man invända att definitionen av upphandlande enhet (eller myndighet) inte innehåller något kriterium som avser var den är belägen, utan bygger på att en regional myndighet utövar ett bestämmande inflytande över den. På denna grund kan man argumentera för att en inköpscentral ska anses vara belägen ”i en annan medlemsstat” om det inte är fråga om medlemsstaten i vilken den upphandlande enheten över vilken ett bestämmande inflytande utövas (av en regional myndighet) är belägen.
- 16 Det står således inte helt klart för den hänskjutande domstolen vilka kriterier som ska tillämpas för att fastställa om en inköpscentral är belägen ”i en annan medlemsstat”.
- 17 Om det relevanta kriteriet inte är var den upphandlande enheten är belägen ska artikel 57.3 i direktiv 2014/25 inte tillämpas. Om detta kriterium däremot är det relevanta och fråga 1 ska besvaras jakande blir det nödvändigt att få ett svar på fråga 2.

Fråga 2

- 18 Enligt artikel 57.3 i direktiv 2014/25 ska ”centraliserad inköpsverksamhet” ske i enlighet med nationella bestämmelser i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen. Den hänskjutande domstolen anser att det av detta klart och tydligt framgår att den materiella rätten i staten där inköpscentralen är belägen ska tillämpas. Det är emellertid oklart huruvida detta även gäller för prövningsförfaranden och för prövningsorganens behörighet.
- 19 Av skäl 82 i direktiv 2014/25 framgår bland annat att direktivet fastställer regler om ”tillämplig lagstiftning om offentlig upphandling ..., även tillämplig lagstiftning om rättsmedel”. En tolkning av artikel 57.3 i direktiv 2014/25 mot denna bakgrund skulle innebära att nämnda bestämmelse även reglerar prövningsförfarandet. Även den omständigheten att de materiella bestämmelserna och bestämmelserna som rör prövningsförfarandet är kopplade till varandra talar för att processrätten i den stat vars materiella rätt ska tillämpas även ska tillämpas inom ramen för prövningsförfarandet. Den hänskjutande domstolen anser dock att svaret på denna fråga inte är uppenbart.
- 20 Om fråga 2 ska besvaras jakande ska österrikisk processrätt tillämpas på prövningsförfarandet i det aktuella målet. Om fråga 2 däremot ska besvaras

nekande kvarstår alltså frågan om vilken stats processrätt som ska tillämpas i det aktuella fallet.

Fråga 3

- 21 Enligt direktiv 92/13 ska det säkerställas att det finns möjlighet att få till stånd en prövning av den upphandlande enhetens beslut. I nämnda direktiv hänvisas bland annat till tillämpningsområdet för direktiv 2014/25. Definitionen av upphandlande enhet i direktiv 2014/25 innehåller inte någon uttrycklig hänvisning till var företaget är beläget. Landesverwaltungsgericht ansåg att det mot bakgrund av folkrättsliga överväganden var problematiskt att den skulle ha behörighet att pröva inköpsverksamheten som bedrivs av en upphandlande enhet som är belägen i en annan medlemsstat. Mot detta kan man emellertid invända att alla tänkbara lösningar i en situation där en upphandlande enhet är belägen i en medlemsstat och ett bestämmande inflytande över denna enhet härrör från en annan medlemsstat förutsätter att det ankommer på ett nationellt prövningsorgan att pröva förfaranden som har en koppling till en annan medlemsstat (antingen till följd av var den upphandlande enheten som prövningen avser är belägen eller till följd av den omständigheten att en regional myndighet i en annan medlemsstat utövar ett bestämmande inflytande över denna enhet).