

**Mål C-274/21**

**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i den Europeiska unionens domstols arbetsordning**

**Datum för ingivande:**

28 april 2021

**Domstol som begär förhandsavgörande:**

Bundesverwaltungsgericht (Österrike)

**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

22 april 2021

**Sökande:**

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

**Svarande:**

Republiken Österrike

Bundesbeschaffung GmbH

---

**Fråga i målet vid den nationella domstolen**

Rättsligt förfarande för beslut om interimistiska åtgärder inom ramen för prövning av ett eller flera beslut i ett upphandlingsförfarande

**Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande**

Tolkning av rådets direktiv 89/665/EG och förordningen (EU) nr 1215/2015; Överensstämmelse av de nationella bestämmelserna om rätt till avgifter med EU-lagstiftningen i förfaranden vid Bundesverwaltungsgericht gällande beslut om interimistiska åtgärder och om följderna av utebliven betalning av avgifter; artikel 267 FEUF

## Frågor som hänskjuts för förhandsavgörande

1. Utgör ett förfarande för att utfärda interimistiska åtgärder enligt artikel 2.1 a i direktiv 89/665/EEG, i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU – som nationellt i Österrike utfärdas av Bundesverwaltungsgericht och genom vilket också till exempel ett tillfälligt förbud mot ingående av ramavtal eller varukontrakt kan erhållas – en tvist på privaträttens område enligt artikel 1.1 i Europaparlamentet och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel Ia-förordningen)? Utgör ett sådant förfarande för att utfärda interimistiska åtgärder enligt ovanstående fråga åtminstone enligt artikel 81.1 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) ett civilrättsligt förfarande? Är förfarandet för att utfärda interimistiska åtgärder enligt artikel 2.1 a i direktiv 89/665/EEG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU ett förfarande för att utfärda interimistiska åtgärder enligt artikel 35 i Europaparlamentet och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel Ia-förordningen)?

2. Ska likvärdighetsprincipen, med beaktande av övriga bestämmelser i unionsrätten, tolkas så, att den ger enskilda subjektiva rättigheter mot medlemsstaten och att den utgör hinder för att tillämpa österrikiska nationella bestämmelser, enligt vilka domstolen innan behandlingen av en ansökan om interimistiska åtgärder enligt artikel 2.1 a i direktiv 89/665/EEG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU måste klargöra typen av tilldelningsförfarande och det (uppskattade) kontraktsvärdet samt hur många särskilt överklagbara beslut som härrör från upphandlingsförfarandet eller som åtminstone härrör från en del av ett visst upphandlingsförfarande som har överklagats innan det går att behandla en ansökan om interimistiska åtgärder enligt vilken ytterligare upphandlingar av den upphandlande myndigheten ska förhindras, samt att domstolen därefter måste – innan eller senast i samband med avvisning av ansökan om interimistiska åtgärder – utfärda ett kompletteringsföreläggande på grund av utebliven betalning av ansökningsavgiften, vid äventyr av att rätten att få saken prövad går förlorad om betalning uteblir, där avsaknaden av betalning – oaktat frågan om i vilken utsträckning avgifter ska betalas – annars i (andra typer av) civilrättsliga tvister i Österrike, t.ex. på skadeståndsrättens eller konkurrensrättens område, inte hindrar att en ansökan om interimistiska åtgärder som har samband med ursprungsansökan behandlas, varvid även en ansökan om interimistiska åtgärder i princip behandlas vid en civilrättslig domstol trots utebliven betalning, samt då, vid en komparativ jämförelse, en utebliven betalning av avgifter vid överklaganden av förvaltningsrättsliga beslut till förvaltningsdomstolar, ett överklagande i rättsliga frågor till Högsta förvaltningsdomstolen eller ett överklagande till Författningsdomstolen i Österrike inte heller leder till avvisning och inte heller, som enda möjlighet, leder till att ansökningar om beviljande av uppskjutande verkan endast kan avvisas?

2.1. Ska likvärdighetsprincipen, med beaktande av övriga bestämmelser i unionsrätten, tolkas så, att den utgör hinder för tillämpningen av österrikiska nationella bestämmelser enligt vilka det föreskrivs att innan en ansökan om interimistiskt åtgärder enligt artikel 2.1 a i direktiv 89/665/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 2014/23/EU, prövas, ska ett kompletteringsföreläggande avseende avgifterna utfärdas av avdelningens ordförande, som sitter som ensamdomare, på grund av att avgifterna inte till fullo har betalats, och denna ensamdomare måste avslå ansökan om interimistiska åtgärder på grund av att avgifterna inte har betalats, när det i övriga fall enligt den österrikiska civilrätten, enligt Gerichtsgebührengesetz (lagen om domstolsavgifter), i princip inte ska betalas några ytterligare fasta domstolsavgifter för en ansökan om interimistiska åtgärder som framställs tillsammans med en talan, utöver avgifterna för talan i första instans, och det dessutom vad avser ansökningar om beviljande av uppskov med verkställigheten som framställs tillsammans med ett överklagande av ett administrativt beslut till en förvaltningsdomstol, ett överklagande i rättsliga frågor till Högsta förvaltningsdomstolen eller ett överklagande till Författningsdomstolen, och som ur funktionell synvinkel har samma eller liknande rättsskyddsändamål som en ansökan om interimistiska åtgärder, inte behöver erläggas några separata avgifter för sådana kompletterande ansökningar om beviljande av uppskov med verkställigheten?

3. Ska kravet enligt artikel 2.1 a i rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (89/665/EEG) (EUT L 395, 30.12.1989, s. 33) i dess lydelse i direktiv 2014/24/EU,

*att vid första möjliga tillfälle och genom interimistiskt förfarande vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare,*

med beaktande av övriga bestämmelser i unionsrätten, tolkas så att omedelbarhetskravet för en ansökan om interimistiska åtgärder innebär en subjektiv rätt till ett beslut utan dröjsmål och att denna rätt hindrar tillämpningen av österrikiska nationella bestämmelser, enligt vilka domstolen även när det gäller upphandlingsförfaranden utan insyn – även om det inte har betydelse för avgörandet – måste klargöra typen av tilldelningsförfarande och det (uppskattade) kontraktsvärdet samt hur många särskilt överklagbara beslut som härrör från upphandlingsförfarandet eller som åtminstone härrör från en del av ett visst upphandlingsförfarande som ska eller har överklagats, för att ordföranden på den berörda avdelningen sedan vid behov ska kunna utfärda ett kompletteringsföreläggande för att driva in avgifter, och, vid utebliven betalning av avgifter, före eller senast samtidigt med avslaget på en ansökan om interimistiska åtgärder på grund av utebliven betalning av de begärda avgifterna, föreskriva betalning av rättegångsavgifter via den avdelning vid domstolen som är behörig att pröva överklagandet, varvid rätten till betalning annars går förlorad?

4. Ska rätten till en rättvis rättegång inför en domstol enligt artikel 47 i stadgan (Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2012/C 362/02) av den 26 oktober 2012 (EUT C 326/391), med beaktande av övriga bestämmelser i unionsrätten, tolkas så, att den enskilde därigenom tillerkänns subjektiva rättigheter som hindrar tillämpningen av de österrikiska nationella bestämmelserna, enligt vilka domstolen även vid upphandlingsförfaranden som genomförts utan insyn – och även om det inte har betydelse för avgörandet – måste klargöra typen av tilldelningsförfarande och det (uppskattade) kontraktsvärdet samt hur många särskilt överklagbara beslut som härrör från upphandlingsförfarandet eller som åtminstone härrör från en del av ett visst upphandlingsförfarande som ska eller har överklagats, för att ordföranden på den berörda avdelningen sedan vid behov ska kunna utfärda ett kompletteringsföreläggande för att driva in avgifter, och, vid utebliven betalning av avgifter, före eller senast samtidigt med avslaget på en ansökan om interimistiska åtgärder på grund av utebliven betalning av de begärda avgifterna, föreskriva betalning av rättegångsavgifter via den avdelning vid domstolen som är behörig att pröva överklagandet, varvid rätten att kräva avgifter av sökanden annars går förlorad?

5. Ska likvärdighetsprincipen, med beaktande av övriga bestämmelser i unionsrätten, tolkas som så, att den enskilde därigenom tillerkänns subjektiva rättigheter mot medlemsstaten och att den hindrar tillämpningen av österrikiska nationella bestämmelser, enligt vilka det vid utebliven betalning av schablonavgifterna för en ansökan om interimistiska åtgärder enligt direktiv 89/665/EEG i nu gällande lydelse, (endast) är en förvaltningsdomstol som ska besluta om schablonavgifter (med begränsade möjligheter att överklaga beslutet för den avgiftsskyldige) när det på andra rättsområden föreskrivs att avgifter för väckande av talan, interimistiska åtgärder och överklaganden i civilrättsliga förfaranden, vid utebliven betalning, ska drivas in genom ett administrativt beslut i enlighet med Gerichtliches Einbringungsgesetz (lagen om rättslig indrivning) och i regel föreskrivs överklagandeavgifter i förvaltningsrätten för överklaganden till en förvaltningsdomstol eller till författningsdomstolen eller för överklaganden av rättsfrågor till Högsta förvaltningsdomstolen, varvid dessa avgifter drivs in, vid utebliven betalning, genom ett meddelande från en skattemyndighet (Gebührenvorschreibungsbescheid), som alltid kan överklagas genom överklagande till en förvaltningsdomstol och sedan i sin tur genom överklagande till Högsta förvaltningsdomstolen eller genom överklagande till Författningsdomstolen?

6. Ska artikel 1.1 i direktiv 89/665/EEG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU, med beaktande av övriga bestämmelser i unionsrätten, tolkas så att ingåendet av ett ramavtal med en enda ekonomisk aktör enligt artikel 33.3 i direktiv 2014/23/EU utgör ett ingående av avtal enligt artikel 2a.2 i direktiv 89/665/EEG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU?

6.1. Ska ordföljden i artikel 33.3 i direktiv 2014/24/EU: ”kontrakt som grundas på detta ramavtal” tolkas så, att det är fråga om ett kontrakt som grundas på

ramavtalet när den upphandlande myndigheten tilldelar varje kontrakt med uttryckligt stöd i det slutna ramavtalet? Eller ska det citerade avsnittet ”*kontrakt som grundas på detta ramavtal*” tolkas så, att det inte längre är fråga om en tilldelning som grundas på det ursprungligen slutna ramavtalet om det totala beloppet i ramavtalet, så som det tolkas i EU-domstolens dom i mål C-216/17, punkt 64, redan har uttömts?

7. Ska rätten till en rättvis rättegång inför en domstol enligt stadgan (Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2012/C 362/02) av den 26 oktober 2012 (EUT C 326/391), med beaktande av övriga bestämmelser i unionsrätten, tolkas så, att denna rättighet hindrar en bestämmelse enligt vilken den upphandlande myndigheten i ett tvistigt förfarande beträffande interimistiska åtgärder måste tillhandahålla all nödvändig information och samtliga nödvändiga handlingar – detta vid äventyr av treskodom till myndighetens nackdel – när företrädarna eller medarbetarna vid den upphandlande myndigheten som måste tillhandahålla informationen å den upphandlande myndighetens vägnar därigenom utsätts för risk att behöva ange sig själva genom tillhandahållandet av informationen eller ingivandet av handlingarna?

8. Ska kravet enligt artikel 1.1 i rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (89/665/EEG) (EUT L 395, 30.12.1989, s. 33), i dess lydelse i direktiv 2014/24/EU,

*att upphandlingsförfaranden framför allt måste genomföras effektivt,*

med ytterligare hänsyn till rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 i stadgan och med beaktande av övriga bestämmelser i unionsrätten, tolkas så, att dessa bestämmelser ger den enskilde subjektiva rättigheter samt hindrar tillämpningen av nationella bestämmelser enligt vilka det åligger en rättsskyddssökande som ansöker om interimistiska åtgärder att i sin ansökan om interimistiska åtgärder ange det specifika upphandlingsförfarandet och de specifika tilldelningsbesluten, även om sökanden i ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling vanligtvis inte kan känna till hur många upphandlingsförfaranden utan insyn som den upphandlande myndigheten har genomfört och hur många beslut om tilldelning som redan fattats i upphandlingsförfarandena utan insyn?

9. Ska rätten till en rättvis rättegång inför en domstol enligt artikel 47 i stadgan, med beaktande av övriga bestämmelser i unionsrätten, tolkas så, att denna bestämmelse ger enskilda subjektiva rättigheter samt hindrar tillämpningen av nationella bestämmelser, enligt vilka det åligger den rättsskyddssökande som ansöker om interimistiska [åtgärder] att i sin ansökan ange det specifika upphandlingsförfarandet och det specifika särskilt överklagbara tilldelningsbeslutet som överklagats, även om sökanden i förfaranden utan föregående meddelande om upphandling och utan insyn vanligtvis inte kan känna till hur många upphandlingsförfaranden utan insyn som den upphandlande

myndigheten har genomfört och hur många beslut om tilldelning som redan fattats i upphandlingsförfarandena utan insyn?

10. Ska rätten till en rättvis rättegång inför en domstol enligt artikel 47 i stadgan, med beaktande av övriga bestämmelser i unionsrätten, tolkas så, att denna bestämmelse ger enskilda subjektiva rättigheter och hindrar tillämpningen av nationell rätt enligt vilken det åligger den rättsskyddsökande som ansöker om interimistiska åtgärder att betala schablonavgifter uppgående till ett belopp som inte kan förutses i förväg, eftersom sökanden i ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling i vilket denne saknar insyn vanligtvis inte kan känna till om den upphandlande myndigheten har genomfört upphandlingsförfaranden utan insyn och om så är fallet hur många, och till vilket uppskattat kontraktsvärde samt hur många särskilt överklagbara beslut om tilldelning som redan beslutats i upphandlingsförfaranden utan insyn?

### **Anförd gemenskapslagstiftning**

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), särskilt artikel 81.1

Europaparlamentet och Rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel Ia-förordningen), särskilt artikel 1.1 och artikel 35

Direktiv 89/665/EEG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU, särskilt artikel 1.1, artikel 2.1 a och artikel 2a.2

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, särskilt artikel 33.3

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, särskilt artikel 47

### **Anförd nationell lagstiftning**

Den österrikiska förbundslagen från år 2018 om offentlig upphandling (Bundesvergabegesetz 2018, hädanefter: BVergG) BGBl I 2018/65, särskilt §§ 2, 31, 46, 142 ff., 334, 336, 340 ff., 344, 350, 353, 354, 356 och 382

Den österrikiska allmänna förvaltningslagen (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, hädanefter: AVG), särskilt §§ 49 och 51

Bundesverwaltungsgerichts förordning om schablonavgifter från år 2018 (Bundesverwaltungsgericht Pauschalgebührenverordnung, hädanefter: schablonavgiftsförordningen)

De anförda bestämmelserna i BVergG och schablonavgiftsförordningen kan sammanfattas enligt följande:

- En begäran om prövning innan kontraktstilldelning genom vilka särskilt överklagbara tilldelningsbeslut kan ogiltigförklaras, dvs. ogiltigförklaras i den mening som avses i direktiv 89/665/EEG i nu gällande lydelse, förutsätter kontraktet ännu inte tilldelats i ett upphandlingsförfarande. Om kontraktet har tilldelats kan endast en fastställelsetalan föras.
- En begäran om prövning kan endast ta sikte på att ogiltigförklara ett särskilt överklagbart beslut. Frågan vad som är ett särskilt överklagbart beslut fastställs genom att avgöra typen av upphandlingsförfarande genom katalogen i § 2 femtonde punkten a i BVergG.
- Enligt en specifik förordning är direkttilldelningar som föreskrivs i § 46 BVergG för närvarande endast tillåtna upp till 100 000 euro.
- Utfärdande av interimistiska åtgärder som föreskrivs i §§ 305 ff. BVergG (enligt unionsrätten i artikel 2 i direktivet 89/665/EWG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU) är endast tillåtna för att säkerställa en begäran om prövning som riktas mot särskilt överklagbara beslut från vissa upphandlingsförfaranden. När kontraktet har tilldelats är det inte tillåtet att besluta om interimistiska åtgärder med stöd av § 351 BVergG.
- § 344 första och andra stycket samt § 350 andra stycket BVergG föreskriver att en sökande måste ange upphandlingsförfarandet och de överklagade tilldelningsbesluten. Besluten måste vara möjliga att överklaga särskilt enligt katalogen i § 2 femtonde punkten BVergG.
- Som framgår av § 344 första och andra stycket samt § 350 andra stycket BVergG måste en ansökan om prövning och en tillhörande ansökan om interimistiska åtgärder som huvudregel alltid avse ett enskilt tilldelningsbeslut.
- När en begäran om prövning av en direkttilldelning begärs ska en schablonavgift på 324 euro per direkttilldelning och per särskilt överklagat beslut betalas. Därtill debiteras ytterligare 50 procent av denna avgift, alltså totalt 486 euro (per direkttilldelning) för en ansökan om interimistiska åtgärder.

### **Kort redogörelse för sakförhållandena och förfarandet**

- 1 Hösten 2020 slöt svarandena (minst) 15 ramavtal om leveranser av antigenester för spårning av Covid-19, vart och ett i ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling. Varje ramavtal slöts med en enda ekonomisk aktör (artikel 33.3 i direktiv 2014/24/EU).
- 2 Sökanden gav den 1 december 2020 in en ansökan till den hänskjutande domstolen och gjorde gällande att svaranden slutit 21 ramavtal utan insyn med ett kontraktsvärde på 3 miljoner euro per avtal för att erhålla Covid-19-antigenester. Detta faktum och även de separata ordersedlarna för varje transaktion som

genomfördes i samband med dessa ramavtal skulle stå i strid med upphandlingsrätten.

- 3 Sökanden begärde att Bundesverwaltungsgericht skulle inleda ett prövningsförfarande angående lagligheten av det valda upphandlingsförfarandet. Prövningen skulle gälla ramavtalet för Bundesbeschaffung GmbH (BBG) och avse det valda upphandlingsförfarandet, inbjudningarna att lämna anbud inom ramen för förhandlingsförfarandet utan meddelande om upphandling samt ytterligare planerade uppmaningar eller inbjudningar att lämna anbud. Sökanden begärde också att ett antal beslut från svarandena skulle ogiltigförklaras.
- 4 Den 1 december 2020 lämnade sökanden också in en ansökan om interimistiska åtgärder och begärde att Bundesverwaltungsgericht under tiden prövningsförfarandet pågick skulle förbjuda svarandena att fortsätta upphandlingsförfarandet, att ingå leveransavtal genom direkttilldelningar, att utfärda inbjudningar till att lämna anbud baserat på BBG:s ramavtal om leverans av antigen tester samt att genomföra förhandlade förfaranden utan föregående meddelande om upphandling gällande leverans av antigen tester.
- 5 Den 1 december 2020 utfärdade Bundesverwaltungsgericht ett kompletteringsföreläggande eftersom det av ansökan inte gick att utläsa vilka specifika beslut som kan överklagas särskilt från vilka upphandlingsförfaranden som sökanden ville få ogiltigförklarade. Det framgick inte heller för vilka specifika upphandlingsförfaranden sökanden ville att interimistiska åtgärder skulle utfärdas.
- 6 I en inläga daterad den 7 december 2020 klargjorde sökanden att talan endast förs mot ett särskilt överklagbart beslut som svaranden fattat i ett upphandlingsförfarande, nämligen beslutet om valet av upphandlingsförfarande för beställning av ytterligare ”antigen tester SARS-Cov-2 (Covid-19)” för masstester i Österrike.
- 7 I en inläga daterad den 9 december 2020 anförde sökanden att begäran om prövning inte riktades mot de ramavtal som BBG ingått, utan mot Österrikes otillåtna uppmaning, eftersom ramavtalen som BBG ingått begränsades till en volym på tre miljoner euro. Ytterligare uppmaningar utgör en direkttilldelning som inte är tillåten. Sökanden namngav tre företag vars respektive upphandlingsbeslut och uppmaning enligt ett ramavtal överklagades.
- 8 Bundesverwaltungsgericht inhämtade ett yttrande från sökanden angående schablonavgifterna som skulle betalas. Sökanden anförde att BBG:s ingående av de 21 ramavtalen inte överklagades utan överklagandet avsåg Österrikes direkttilldelning av ytterligare (troligen två) miljoner antigen tester SARS-Cov-2 (Covid-19). Det är helt uteslutet att den avgift som ska betalas ska baseras på det sammanlagda värdet av de 21 ramavtalen. Endast värdet på de genomförda eller avsedda tilldelningarna ska läggas till grund för beräkningen.

- 9 Sökanden anmodade den hänskjutande domstolen att i detalj gå in på vilka upphandlingsförfaranden och vilka överklagbara tilldelningsbeslut som fanns, trots att det är sökanden som enligt BVergG har åberopsbördan för beteckningen av upphandlingsförfarandet eller upphandlingsförfarandena samt respektive överklagat tilldelningsbeslut.
- 10 I inlaga daterad den 5 januari 2021 anförde sökanden att det nu endast handlande om uppmaningarna enligt ramavtalen med företagen S och I från den 20 november 2020, vilket sökanden inte kunde haft kännedom om den 1 december 2020 när stämmningsansökan gavs in. Sökanden utgick från att den tillåtna volymen hade överskridits i ramavtalen med S och I. Sökanden anförde flera gånger att det som överklagades var uppmaningar som överskred det uppskattade kontraktsvärdet av respektive ramavtal i form av en direkttilldelning (enligt definitionen i BVergG). Det kommer att utredas av Bundesverwaltungsgericht om sökanden möjligen syftar till ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling enligt nationell rättspraxis.
- 11 Vad gäller förbudet mot att inte belasta sig själv ska nämnas att enligt en tidningsartikel har medlemmar av den federala regeringen anmälts (enligt 80 § Strafprozessordnung, österrikiska straffprocesslagen). Åklagarmyndigheten har bekräftat att en förundersökning har inletts, som kan leda till att ytterligare straffrättsliga åtgärder vidtas senare.

#### **Parternas huvudargument i det nationella målet**

- 12 Sökanden har riktat kritik mot bristen på öppenhet i upphandlingsprocessen. Det är inte känt om BBG har genomfört separata upphandlingsförfaranden utan föregående meddelande om upphandling med vart och ett av företagen eller om ett förfarande genomförts med samtliga företag innan det aktuella avtalet ingicks. Vid beteckningen av upphandlingsförfarandet måste BBG även ta hänsyn till möjliga förhandlade förfaranden utan föregående meddelande om upphandling och möjliga inbjudningar att lämna anbud som grundar sig i befintliga ramavtal. Så som utförligt anförts i begäran om prövning handlar det beslut som sökanden överklagat om ett enda specifikt beslut av svarandena, nämligen beslutet att utan formkrav (utan någon upphandlingsrättslig grund) beställa flera miljoner SARS-Cov-2 (Covid-19) antigenester.
- 13 På grund av ett uppenbart åsidosättande av det upphandlingsrättsliga öppenhetskravet har sökanden varken tillgång till meddelandet om upphandling eller handlingarna i upphandlingsförfarandet. Vidare rör det sig om en form av direkttilldelning uppgående till flertalet miljoner som formellt sett inte ska döljas eller kunna döljas.
- 14 För att uppnå ett effektivt rättsskydd krävs inte att den konkreta beteckningen av upphandlingsförfarandet är känt. Vid upphandlingen av en vara värd tiotals miljoner när det inte finns ett meddelande om upphandling eller någon annan för sökanden tillgänglig, säkrad information (som t.ex. kontraktshandlingar) mer än

information från medierna, kan det omöjligen vara så att det åligger sökanden att beteckna upphandlingsförfarandet. I förekommande fall skulle det – särskilt med tanke på det uppenbara åsidosättandet av öppenhetsskavet – leda till ett undergrävande av ett effektivt rättsskydd.

- 15 En tolkning av bestämmelserna i BVergG 2018 som innebär att det åligger sökanden att ange det exakta antalet och beteckningen av upphandlingsförfarandet eller upphandlingsförfarandena, samt att ange de specifikt särskilt överklagbara beslut som svaranden fattat, utan någon som helst möjlighet att – på grund av svarandenas avsaknad av öppenhet – få kännedom om detta strider mot kravet på ett effektivt rättsskydd som uppställts i EU-domstolens fasta rättspraxis.
- 16 Svarandena har invänt mot sökandens talerätt och har begärt att sökandens begäran om interimistiska åtgärder ska avslås, alternativt avvisas.
- 17 Enligt den otvetydiga ordalydelsen av § 344 BVergG 2018 ska en ansökan enligt § 342 första stycket BVergG 2018 innehålla angivandet av det aktuella upphandlingsförfarandet samt det särskilt överklagbara beslutet som överklagas. Sökanden är skyldig att redan i den inledande ansökan ange det beslut som överklagas. Bundesverwaltungsgericht är enligt Verwaltungsgerichtshofs rättspraxis under alla omständigheter inte tvungen att utreda sakomständigheterna.
- 18 Svarandena anser att sökandens ansökningar saknar grund och att de inte tjänar till att anbudsgivarens subjektiva rättigheter efterlevs. De ska därför avvisas.

#### **Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs**

- 19 Bundesverwaltungsgericht ställs i förevarande fall inför situationen att sökanden har angett grunderna för sitt överklagande samt sin begäran om säkerhetsåtgärder på olika sätt.
- 20 Beroende på antalet överklagade beslut från ett specifikt upphandlingsförfarande och beroende på vilket upphandlingsförfarande som är föremål för en ansökan om prövning och interimistiska åtgärder måste i Österrike schablonavgifter betalas.
- 21 Enligt rättspraxis från Verfassungsgerichtshof får Bundesverwaltungsgericht varken bifalla, avvisas eller avslå en ansökan om prövning eller en ansökan om interimistiska åtgärder, eller avsluta respektive förfarande efter att ansökan dragits tillbaka, innan schablonavgifterna betalats. Det beror på att schablonavgifterna som ska betalas inte längre kan fastställas efter att en ansökan om rättsskydd har behandlats. Att schablonavgifterna är till fullo betalda är således en förutsättning för att saken ska kunna avgöras.
- 22 Om avgifterna som ska betalas inte är fastställda kan de rättsliga nationella intressena anses utgöra en olaglig kausal orsak till förmögenhetsskador för staten.

- 23 Bestämmelser om schablonavgifter som begränsar upphörande- eller preskriptionsbestämmelser till förfarandets varaktighet är i övrigt främmande för det federala österrikiska rättssystemet. Annars gäller som huvudregel väsentligt längre frister för att fastställa avgifter (t.ex. fem år i civilrättsliga mål eller tre år för överklaganden till Verwaltungsgerichtshof).
- 24 Detta innebär att det krävs väldigt omfattande utredningar av sakomständigheterna som sedan kanske inte ens är nödvändiga för att behandla ansökan om rättsskydd. Det gäller särskilt vid upphandlingsprocesser utan insyn som den vid den nationella domstolen.
- 25 Sökanden kan vid tidpunkten för inlämnandet av sin ansökan om rättsskydd (som utlöser skyldigheten att betala en avgift) i upphandlingsprocesser utan insyn inte veta hur höga schablonavgifter som måste betalas, eftersom schablonavgifterna bestäms av hur många direkttilldelningar eller förhandlade förfaranden utan föregående meddelande om upphandling som faktiskt ägt rum och vidare hur många specifikt överklagbara beslut som fattats.
- 26 Bundesverwaltungsgericht måste avgöra om sökanden möjligen genom att ändra sina rättsskyddsansökningar en eller flera gånger kan anses ha dragit tillbaka ansökningar, vilket kan leda till en retroaktiv reduktion av schablonavgiften med 25 procent för varje ansökan om rättsskydd. Det måste även avgöras huruvida i praktiken nya tillkommande rättsskyddsansökningar har lämnats in.
- 27 Enligt Verwaltungsgerichtshofs praxis är det inte (i första hand) avgörande exempelvis hur sökanden betecknar det förhandlade förfarandet utan i stället är ansökans innehåll avgörande eftersom den processuella bördan och de potentiella fördelarna bestäms därefter.
- 28 Om ett överklagande riktas mot centrala offentliga upphandlande myndigheter som Republiken Österrike och 21 påstådda ramavtal avseende varukontrakt (exempelvis gällande antigenester) med uppskattade kontraktsvärden till tre miljoner per ramavtal och därutöver en ansökan om interimistiska åtgärder görs beträffande tre av de överklagade besluten, så skulle schablonavgifterna uppgå till 1 061 424 euro.
- 29 Sökanden har än så länge betalt 486 euro i schablonavgifter.
- 30 Vid en omsorgsfull genomgång av processen rörande upphandlingar utan insyn, till exempel 21 upphandlingsförfaranden varav tre särskilt överklagbara beslut överklagas, och med ett kontraktsvärde som överstiger tröskelvärdet för varukontrakt med mer än tjugo gånger, får en part som sökanden kanske först genom ett kompletteringsföreläggande med krav på en schablonavgift som uppgår till ett miljonbelopp reda på avgiftens storlek – ett belopp som sökanden inte nödvändigtvis hade kunnat räkna med tidigare.
- 31 Om den fullständiga avgiften inte betalas måste Bundesverwaltungsgericht enligt Verfassungsgerichtshofs avgörande V 64/2019 först utfärda ett

kompletteringsföreläggande. Om schablonavgiften inte heller då betalas ska ett nytt kompletteringsföreläggande utfärdas, med avsikten att skapa en exekutionstitel, innan t.ex. de nämnda ansökningarna om prövning och interimistiska åtgärder slutligt kan behandlas.

- 32 Det klargörs därmed att skyldigheten att betala avgifter som framgår av ordalydelsen i den nationella lagtexten inte heller faller bort om en ansökan om prövning och interimistiska åtgärder avvisas på grund av utebliven betalning.
- 33 Endast särskilt överklagbara beslut ur ett specifikt upphandlingsförfarande kan upphävas enligt direktiv 89/665/EEG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU och ogiltigförklaras enligt terminologin i BVergG.
- 34 I förevarande fall måste det också tas i beaktande om det valts en direkttilldelning i ett direkt tilldelningsförfarande enligt BVergG eller vid ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling för att ingå ett ramavtal med en enda ekonomisk aktör/näringsidkare gällande de listade tilldelningsbesluten som anges i § 2 femtonde punkten bokstav a) i BVergG.
- 35 Följaktligen måste sökanden i sin ansökan om prövning och i sin ansökan om interimistiska åtgärder ange upphandlingsförfarandet och det särskilt överklagbara beslutet. Vid flera ”berörda” upphandlingsförfaranden måste det vid överklagandet göras klart vilket specifikt överklagbart beslut som härrör från vilket upphandlingsförfarande.
- 36 När det gäller ett ramavtal som ingås med en enda näringsidkare/ekonomisk aktör i ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling är beslutet om vilken näringsidkare som ramavtalet ska ingås med det sista beslutet som fattas angående konkurrensen mellan de utvalda näringsidkarna.
- 37 Därefter återstår enligt direktiv 89/665/EEG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU för rättsskyddssökanden vid en upphandling utan insyn endast det upphandlingsspecifika rättsmedlet i form av fastställsetalan.
- 38 Skulle det rent faktiskt, beroende på vad bevisningen utvisar, röra sig om en direkttilldelning enligt § 31 elfte stycket BVergG, kan valet att genomföra ett direkttilldelningsförfarande endast angripas genom en ansökan om prövning.
- 39 I samband med ansökningarna om prövning ställer sig Bundesverwaltungsgericht för det första frågan om ett rättsskydd med dessa skyldigheter att specifika förfaranden är likvärdigt, effektivt och rättvist i ett upphandlingsförfarande vid ansökningar om prövning och interimistiska åtgärder vid upphandlingsförfaranden som är utan insyn för sökanden.
- 40 Skulle dessa skyldigheter ange specifika förfaranden inte ha stöd i unionsrätten och därmed vara utan verkan eller lämnade utan avseende skulle det vara tänkbart med en utredningsbefogenhet samt en ogiltighetsförklaringsbefogenhet för Bundesverwaltungsgericht i syfte att utreda vilka tilldelningsbeslut som

härstammar från specifika upphandlingsförfaranden, som på så vis kan upphävas innan kontraktstilldelning sker. Skulle skyldigheterna att ange specifika förfaranden däremot vara förenliga med unionsrätten så måste Bundesverwaltungsgericht avvisa ansökningarna på grund av brister i angivandet av upphandlingsförfarandet.

### *Angående effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen*

- 41 Materiell upphandlingsrätt i form av en samling av normer som framför allt normerar de skyldigheter som uppkommer för den upphandlande myndigheten och den intresserade näringsidkaren innan avtal ingås utgör enligt den hänskjutande domstolens uppfattning en särskild civilrätt, vilket innebär att Bryssel 1a-förordningen är tillämplig.
- 42 En möjlighet att fastställa en domstols behörighet är enligt artikel 25 i Bryssel 1a-förordningen ett avtal om behörighet. Österrikiska Verwaltungsgerichtshof har uteslutit möjligheten att träffa avtal om behörighet på det upphandlingsrättsliga området i nationell rätt. Av detta kan slutsatsen dras att upphandlingsrätten som är kodifierad i BVergG i Österrike inte är civilrätt.
- 43 Det civilrättsliga elementet i materiell upphandlingsrätt (tolkningsfråga 1) i förening med likvärdighetsprincipen är en inledande fråga till tolkningsfrågorna.
- 44 Vid en internationell jämförelse utgår den tyska Bundesverwaltungsgericht från att upphandlingsrätt inordnas under civilrätten (Bundesverwaltungsgericht den 2 maj 2007, Bundesverwaltungsgericht 6 B 10.07 med ytterligare hänvisningar).
- 45 Eftersom möjligheten att ingå ett avtal kan tidsmässigt kan begränsas i väsentlig utsträckning genom interimistiska åtgärder, så som föreskrivs i direktiv 89/665/EEG i nu gällande lydelse och även i den nationella lagen BVergG, anser den hänskjutande domstolen att även förfarandet att utfärda interimistiska åtgärder enligt artikel 2.1 a i direktiv 89/665/EEG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU utgör ett civilrättsligt förfarande enligt Europadomstolen, dom av den 15.10.2009, 15BSW 17056/06 Micaleff/Malta.
- 46 Den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen ställer krav på att säkerställandet av unionsrättsliga rättigheter inte får vara objektivet svårare än säkerställandet av rättigheter som följer av nationell rätt.
- 47 Vad gäller rätten att väcka talan förbjuder unionsrätten genom likvärdighetsprincipen en processrättslig diskriminering av de rättigheter som kan härledas från unionsrätten i förhållande till de nationella processrättsliga reglerna.
- 48 I civilrättsliga tvister som inleds genom en stämningsansökan vid en distriktsdomstol eller regional domstol betalar käranden en schablonavgift som käranden vanligtvis känner till i förväg eftersom avgiften baseras på tvistebeloppet. Sökanden vet alltså vilka avgifter som måste betalas.

- 49 En sökande enligt BVergG måste betala schablonavgifter uppgående till 50 procent av avgifterna som utkrävs för prövningsförfarandet för en begäran om interimistiska åtgärder enligt § 340 första stycket fjärde meningen, även om sökanden ansöker om interimistiska åtgärder i samband med att ansökan om prövningsförfarandet ges in. Vid förfaranden i civilrättsliga domstolar i Österrike avkrävs ingen separat schablonavgift för en ansökan om interimistiska åtgärder om den har samband med en stämmningsansökan.
- 50 Av avgörande betydelse här förefaller vara att en betalning av schablonavgifter för stämmningsansökningar och ansökningar om interimistiska åtgärder enligt domstolsavgiftslagen inte är en förutsättning för ett avgörande av saken och att statens krav på betalning av avgiften inte går förlorat.
- 51 Till skillnad från schablonavgifterna enligt BVergG föreskrivs en debitering av schablonavgifter i domstolsprocesser genom ett administrativt beslut, utan att beslutet har någon övrig påverkan på behandlandet av stämmningsansökan eller ansökan om interimistiska åtgärder.
- 52 Beslutet om föreskrivande av schablonavgifter kan överklagas till Bundesverwaltungsgericht i egenskap av domstol med full prövningsrätt. Bundesverwaltungsgerichts beslut kan sedan överklagas till Verwaltungsgerichtshof eller Verfassungsgerichtshof.
- 53 I detta avseende förefaller en sökande som även har ansökt om interimistiska åtgärder i ett prövningsförfarande vid Bundesverwaltungsgerichtshof ha en betydligt sämre ställning vid ett unionsrättsligt rättsskyddsförfarande enligt reglerna i direktiv 89/665/EEG, i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU, jämfört med om rättsskyddsförfarandet hade varit nationellt.
- 54 Till skillnad från civilrättsliga förfaranden måste den som vid Bundesverwaltungsgericht ger in en ansökan om prövningsförfarande samt en ansökan om interimistiska åtgärder alltid betala tillkommande schablonavgifter.
- 55 Enligt BVergG ska en ansökan om prövning och interimistiska åtgärder avvisas om sökanden efter att ha erhållit kompletteringsföreläggande inte betalar det fastställda schablonbeloppet. Sökanden förlorar rätten till behandling av sin rättsskyddsansökan redan på grund av att betalning uteblivit. En ansökan om prövning eller om interimistiska åtgärder får inte heller avslås på någon annan grund än att betalning trots kompletteringsföreläggande uteblivit, även om saken hade varit klar för avgörande. Om avgiftsfrågan måste behandlas innan ansökan om interimistiska åtgärder kan behandlas – med fara för att domarna hålls ansvariga för att inte ha förelagt schablonavgifter – riskerar särskilt den upphandlande myndigheten som berörs av en ansökan om interimistiska åtgärder, som enligt lag har suspensiv verkan, att påverkas negativt.
- 56 Om det enligt BVergG föreskrivs att schablonavgifter ska debiteras genom Bundesverwaltungsgerichts försorg, så saknar sökanden en rätt att överklaga beslutet till en förvaltningsdomstol med fullständig prövningsrätt, såsom annars

hade varit fallet. Sökanden kan endast överklaga beslutet såvitt avser rättsfrågor till Verwaltungsgerichtshof, som endast i en mycket begränsad utsträckning prövar överklaganden, eller genom att överklaga beslutet till Verfassungsgerichtshof, där ett enskilt fall i regel endast prövas på grund av en olaglig och generell tillämpning av abstrakta bestämmelser eller också på grund av en författningsstridig rättstillämpning.

- 57 Utan hinder av den uppfattning som företräds här – att avgiftssystemet för civilrättsliga stämningsansökningar och därtill hörande ansökningar om interimistiska åtgärder å ena sidan och avgiftssystemet för varje prövningsansökan, ansökan om fastställelse och ansökan om interimistiska åtgärder å andra sidan måste utformas lika gynnsamt på grund av den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen – bör i syfte att göra ytterligare en rättslig jämförelse även avgiftssystemet för överklaganden till förvaltningsdomstolar, Högsta förvaltningsdomstolen och Författningsdomstolen redogöras för.
- 58 Även för dessa förfaranden föreskrivs avgifter. Om det vid ett överklagande till en förvaltningsdomstol, Högsta förvaltningsdomstolen och Författningsdomstolen görs ansökningar om beviljande (eller återgång) med uppskjutande verkan, vilket har samma funktionella verkan som uppnås med interimistiska åtgärder, så har Högsta förvaltningsdomstolen alltid varit av uppfattningen att ansökningar som görs gemensamt med överklaganden har anknytning till överklagandet och att någon ytterligare schablonavgift inte måste betalas för dessa kompletterande ansökningar.
- 59 Inget av avgiftssystemen på det förvaltningsrättsliga området förutsätter att betalning av avgiften har skett för att en materiell behandling av respektive överklagande ska kunna ske.
- 60 Om de tre avgifterna som ovan beskrivits inte betalas beslutar den behöriga skattemyndigheten om att avgifterna ska betalas. Den betalningsskyldige kan överklaga beslutet till Bundesfinanzgericht, som har fullständig prövningsrätt som domstol. Bundesfinanzgerichts avgöranden kan sedan överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen eller Författningsdomstolen.
- 61 Enligt de unionsrättsliga effektivitetsprinciperna får nationella bestämmelser inte göra utövandet av de unionsrättsliga rättigheterna inom offentlig upphandling praktiskt omöjligt eller överdrivet svårt. Kravet att inom skälig tid få sin sak prövad föreskrivs också i artikel 1 i direktiv 89/665/EEG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU respektive i artikel 47 i Stadgan.
- 62 Direktiv 89/665/EEG i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU ska säkerställa ett snabbt och effektivt prövningsförfarande som kan leda till upphävande av tilldelningsbeslut. Genom utfärdande av interimistiska åtgärder enligt detta direktiv ska provisoriska åtgärder som har samband med det huvudsakliga yrkandet om prövning och ogiltigförklarande kunna tillgripas så snabbt som möjligt.

- 63 Enligt artikel 1.1 i samma direktiv klassas även ramavtal som avtal enligt direktivet.
- 64 Av de ovillkorliga, tillräckligt konkreta bestämmelserna i direktivet framgår även subjektiva rättigheter för den enskilda, se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-391/15.
- 65 Bundesverwaltungsgericht anser att det finns en unionsrättslig subjektiv rätt till en handläggning av ansökningar om prövning samt ansökningar om interimistiska åtgärder så snabbt som möjligt, oberoende av frågorna som rör schablonavgifter i domstol.
- 66 När det gäller det nationella avgiftssystemet som inrättats specifikt för att skydda lagstiftningen om offentlig upphandling ställer sig Bundesverwaltungsgericht frågan om avgiftssystemet är förenligt med unionsrätten samt med ett effektivt, rättvist, likvärdigt och snabbt förfarande om det i upphandlingsförfaranden utan insyn vid tidpunkten för ansökan utlöses en avgiftsskuld i domstolen som uppgår till ett belopp som eventuellt inte kan uppskattas ens vid tidpunkten för ingivande av ansökan.
- 67 Med andra ord uppkommer frågan om det är likvärdigt, effektivt och rättvist i betydelsen av ett snabbt förfarande för prövning och interimistiska åtgärder om Bundesverwaltungsgericht till och med vid prövningsförfaranden och förfaranden om interimistiska åtgärder som är klara för avgörande ändå först på ett annat plan måste avgöra antalet beslut som antagits av en upphandlande myndighet (inbegripet när de antogs) inom ramen för tilldelningsförfaranden och hur många av dessa sökanden överklagat i enlighet med denna parts objektiva vilja att överklaga genom ett prövningsförfarande med tillhörande interimistiska åtgärder samt hur många ansökningar om prövning som sökanden givit in, inklusive tillkommande begäran om utfärdande av interimistiska åtgärder som har samband med ursprungsansökningarna, t.ex. som här skett den 5 januari 2021.

#### *Angående de specifika frågorna som hänskjutits*

- 68 Bundesverwaltungsgericht anser att det krävs en utredning gällande unionsrätt och unionsrättens omedelbara verkan samt tillämpligheten av de motstridiga nationella bestämmelserna. Först när rättsläget klarlagts kan ytterligare mer eller mindre omfattande utredningar av sakomständigheterna i det nationella målet göras.
- 69 **Angående fråga 1:** Om materiell upphandlingsrätt utgör en del av civilrätten framstår det enligt likvärdighetsprincipen som tvingande att inte reglera tillämpningen av upphandlingsrätten mindre gynnsamt för sökanden än vid övrig nationell civilrätt.
- 70 Det föreslås att frågorna besvaras med att den materiella upphandlingsrätten som en samling av normer som medför rättigheter och skyldigheter vid upprättandet av avtalet ska likställas med motsvarande bestämmelser i civilrätten och att

interimistiska åtgärder enligt artikel 2.1 a i direktiv 98/665/EEG, i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU, på samma sätt ska anses vara ett civilrättsligt förfarande eller åtminstone ett förfarande som faller under artikel 35 i Bryssel 1a-förordningen.

- 71 **Angående fråga 2:** Denna fråga syftar till att klargöra om den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen och övrig unionsrätt innebär att det nationella avgiftssystemet som redogjorts för ovan inte ska tillämpas.
- 72 Om EU-domstolen skulle besvara frågan med att unionsrätten innebär att en ansökan om interimistiska åtgärder samt övriga rättsmedel som tar sikte på den enskildes rättsskydd kan handläggas i Österrike utan att det påverkar frågorna om betalning av schablonavgifter, så hade Bundesverwaltungsgericht kunnat beakta de utredningsåtgärder som krävs för att fastställa avgifterna sekundärt och hade enligt principen om processekonomi högst troligt kunnat behandla ansökan eller ansökningarna om interimistiska åtgärder mycket snabbt, utan att dessförinnan behöva vidta omfattande undersökningar för att utreda antalet upphandlingsförfaranden.
- 73 **Angående fråga 2.1:** Mot bakgrund av framför allt den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen uppkommer frågan om en ansökan om utfärdande av interimistiska åtgärder får underkastas en specifik schablonavgift när den ges in i samband med en prövningsansökan, även om en ansökan om utfärdande av interimistiska åtgärder som är knuten till en stämningansökan varken på civilrättens område eller på förvaltningsrättens område utlöser någon avgift utöver ansökningsavgiften.
- 74 Om EU-domstolen skulle besvara frågan med att en sökande på grund av processrättslig diskriminering i jämförelse med övriga rättsmedelssökande i Österrike inte behöver betala några ytterligare avgifter för en ansökan om interimistiska åtgärder som lämnas in i ett prövningsförfarande i samband med ansökan om prövning, skulle sökandens ansökan om interimistiska åtgärder kunna handläggas väsentligt snabbare och i synnerhet utan behov av utredningar gällande avgiften.
- 75 **Angående fråga 3:** Denna fråga syftar till att klargöra om det är otillåtet enligt unionsrätten, och då särskilt mot bakgrund av skyndsamhetskravet i artikel 1.1 i direktiv 89/665/EEG, i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU, och kravet på att handla så fort som möjligt i artikel 2.1 a i samma direktiv, att knyta den skyndsamma handläggningen av en ansökan om prövning och ansökan om interimistiska åtgärder till att ansökningsavgifterna antingen betalats eller att avgifterna betalats efter ett kompletteringsföreläggande vid äventyr av avvísning, om ansökan oaktat frågan om avgifter hade kunnat handläggas mycket skyndsamt. Det föreslås att frågan besvaras med att detta är otillåtet.
- 76 **Angående fråga 4:** Enligt den hänskjutande domstolen är det inte rättvist för någon part i förfarandet om domstolen i ett förhandlat förfarande utan insyn måste

genomföra omfattande undersökningar av de sakomständigheter som blir relevanta för att bestämma avgiftens storlek, eventuellt behöver utfärda ett kompletteringsföreläggande och i förekommande fall avvisas en ansökan om prövning respektive om interimistiska åtgärder på grund av bristande betalning. Skulle ett sådant avgiftssystem vara otillåtet enligt unionsrätten, innebärande att det därmed inte får tillämpas nationellt så skulle Bundesverwaltungsgericht kunna behandla ansökningarna mycket mer skyndsamt.

- 77 **Angående fråga 5:** Generellt finns det en rätt att överklaga ett beslut om domstolsavgifter till en förvaltningsrätt med fullständig prövningsrätt, medan upphandlingsspecifika avgifter enligt BVergG för en ansökan om prövning, fastställelse eller interimistiska åtgärder efter ett avgiftsbeslut i förstainstansen endast kan överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen eller Författningsdomstolen. Dessa båda domstolar tar endast i en begränsad utsträckning upp överklaganden till prövning (se punkt 57 ovan).
- 78 Som jämförelse kan beslut om avgifter i civilrättsliga eller förvaltningsrättsliga förfaranden alltid överklagas till den behöriga förvaltningsdomstolen och därefter även till Högsta förvaltningsdomstolen eller Författningsdomstolen.
- 79 Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning är en motsvarande nationell reglering av domstolsavgifter som den i BVergG, en lag som ska syfta till att skydda lagstiftningen om offentlig upphandling, diskriminerande och inte tillåten enligt unionsrätten. Det blir särskilt tydligt eftersom betalning av domstolsavgifterna – till skillnad från domstolsavgifter i övrigt – är en förutsättning för att målet ska kunna avgöras i sak.
- 80 **Angående fråga 6:** Denna fråga syftar till att sett från den upphandlande myndighetens ståndpunkt klargöra, särskilt i ljuset av artikel 1.1 i direktiv 89/665/EEG, i dess lydelse i direktiv 2014/23/EU, om ingåendet av ett ramavtal med en enda ekonomisk aktör är likvärdigt med ingåendet av ett kontrakt enligt nämnda direktiv och därmed likvärdigt med kontraktstilldelningen enligt nationell rätt.
- 81 Skulle denna fråga besvaras jakande är det för den fortsatta utredningen i Bundesverwaltungsgericht tydligt att det är förenligt med unionsrätten, att redan från och med denna punkt endast ansökningar om fastställelse enligt § 334 BVergG är tillåtna i nationellt hänseende och att ansökningar om interimistiska åtgärder ska avvisas redan på grund av att en ”kontraktstilldelning” redan har skett.
- 82 Det föreslås att dessa frågor ska besvaras med att slutandet av ett ramavtal med en enda ekonomisk aktör utgör ett ingående av kontrakt eller en kontraktstilldelning, eftersom en sådan motsvarighet redan föreskrivs i artikel 1 i nämnda direktiv.
- 83 **Angående fråga 6.1:** Denna fråga syftar till att klargöra om unionsrätten innebär att kontrakt som baseras på ett ramavtal även baseras på detta ramavtal om det totala beloppet i ramavtalet redan har överskridits, se EU-domstolens dom i mål

C-216/17. Om frågan besvaras jakande måste det antas, om man utgår från motsvarande utredningsresultat i nationella förfaranden, att kontrakt som överskrider det totala beloppet som tilldelas efter ingåendet av ramavtalet endast kan angripas genom en fastställsetalan, utan att interimistiska åtgärder är tillåtna i detta avseende.

- 84 Om EU-domstolen skulle ha motsatt uppfattning, alltså att varje särskilt kontrakt efter att det totala beloppet av det ursprungliga ramavtalet överskridits inte längre baseras på det ursprungliga ramavtalet, så måste det i ett sådant fall avgöras om nya särskilda kontrakt utgör (utgjorde) direkttilldelningar enligt nationell rätt, varukontrakt i ett förhandlat förfarande utan insyn eller särskilda kontrakt som baseras på ett nytt ytterligare ingånget ramavtal utan insyn. I denna situation är nya ansökningar om prövning, samt tillhörande ansökningar om interimistiska åtgärder, innan kontraktstilldelning fortsatt möjligt. Beroende på resultatet måste det därefter avgöras om det beträffande sådana nya upphandlingar är tillåtet med ansökningar om prövning, fastställelse eller interimistiska åtgärder.
- 85 Av processekonomiska skäl föreslås att de båda frågorna ska besvaras med att ansökningar som baseras på ett ingånget ramavtal fortfarande är baserade på ramavtalet även om det totala beloppet i ramavtalet redan var uttömt.
- 86 **Angående fråga 7:** Denna fråga behandlar informationsskyldigheten mot bakgrund av förbudet mot att belasta sig själv.
- 87 Den tillämpliga bestämmelsen § 49 första stycket första punkten i AVG reglerar en vägran för ett vittne att yttra sig om en omständighet vars yppande för vittnet eller någon vittnet närstående skulle medföra en ekonomisk nackdel eller röja att vittnet eller någon vittnet närstående har förövat brottslig eller vanärande handling.
- 88 Enligt § 51 AVG gäller denna rätt till vägran även för parter, med skillnaden att det inte finns någon rätt till vägran att yttra sig om yppandet av omständigheten medför en ekonomisk nackdel.
- 89 Enligt § 336 BVergG är det inom ramen för ett skönsmissigt beslut möjligt att meddela en tredskodom som grundas på motpartens påståenden om en part inte tillhandahåller information eller begärda handlingar.
- 90 § 336 BVergG föreskriver dock, till skillnad från § 49 stycke 1 punkt 1 AVG, ingen rätt till vägran att yttra sig eller rätt att vägra att lämna information.
- 91 Den hänskjutande domstolen anser att det kan strida mot förbudet mot att belasta sig själv om företrädare för eller medarbetare vid den upphandlande myndigheten måste lämna upplysningar och information, även om det innebär att omständigheter offentliggörs som sedan kan användas mot dessa företrädare eller medarbetare straffrättsligt (och/eller skadeståndsrättsligt), för att undvika risken för en tredskodom.

- 92 Det skulle däremot begränsa effektiviteten i domstolsskyddet i samband med offentlig upphandling om det inte skulle finnas en motsvarande tredskodningsmöjlighet när information inte lämnas eller handlingar inte ges in.
- 93 Med hänsyn till de grundläggande rättigheterna föreslås det att frågan ska besvaras med att skyldigheten att lämna information eller inge handlingar inte består om det medför en skyldighet för personer som agerar som företrädare för den upphandlande myndigheten att belasta sig själva.
- 94 **Angående frågorna 8 och 9:** Dessa frågor syftar till att ifrågasätta om de nationella bestämmelserna är tillräckligt effektiva och rättvisa vid ett för sökanden förhandlat förfarande utan insyn.
- 95 Det framstår åtminstone som praktiskt möjligt att sökanden vid tidpunkten för ingivandet av den inledande inlagan inte visste hur många upphandlingsförfaranden och av vilket slag (direktutdelning, förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling) som svarandena genomför eller hade genomfört, eller hur många särskilt överklagbara beslut som svarandena fattat i upphandlingsförfarandet respektive upphandlingsförfarandena.
- 96 Därmed skulle sökanden åläggas en åberopsbörda bestående i att behöva specificera upphandlingsförfarandena och särskilt överklagbara beslut utan att det finns någon öppenhet avseende detta. Sökanden har följaktligen gjort vaga påståenden.
- 97 Å andra sidan måste även käranden i en österrikisk civilprocess anföra de omständigheter som ligger till grund för talan för att uppfylla sin åberopsbörda. I avsaknad av lagstadgade bevisbörderegler med annan innebörd bär käranden enligt huvudregeln den objektiva bördan att fastställa omständigheterna för det fall de omständigheter som anförts till stöd för talan inte alls eller bara delvis kan bevisas.
- 98 Motsvarade risker gällande åberopsbördan och bevisbördan förefaller således vara inneboende i det österrikiska rättssystemet, särskilt på civilrättens område (t.ex. på skadeståndsrättens eller konkurrensrättens område).
- 99 Eftersom BVergG föreskriver att en ansökan om prövning eller interimistiska åtgärder inte kan behandlas om inte det överklagade särskilt överklagbara beslutet samt upphandlingsförfarandet som det härrör från närmare anges och att ansökningarna efter ett kompletteringsföreläggande ska avvisas om så inte sker blir det för en rättsskyddssökande nästintill omöjligt att innan kontraktstilldelningen få reda på hur många särskilt överklagbara beslut som redan hunnit fattas och det antal upphandlingsförfaranden i vilka dessa beslut fattats.
- 100 Vid beaktande av bristen på insyn för den rättsskyddssökande i jämförelse med andra system för rättsligt skydd, och särskilt stämmningsansökningar i österrikiska civildomstolar, så är situationen likartad genom att den rättsskyddssökande käranden inledningsvis bär åberopsbördan och därefter den objektiva bördan att

fastställa omständigheterna, det vill säga risken för att det går att bevisa de omständigheter som ligger till grund för talan.

- 101 Mot bakgrund av jämförelsen med civilrätten föreslås det därför att frågorna ska besvaras med att dessa skyldigheter att specificera de närmare uppgifterna i ansökan varken innebär att rättsskyddssystemet i BVergG är ineffektivt eller orättvist enligt unionsrätten.
- 102 **Angående fråga 10:** Denna fråga syftar till att besvara om det med hänsyn till rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 47 i stadgan som tillkommer den rättsskyddssökande i upphandlingsförfaranden utan insyn är tillåtet med ett domstolsavgiftssystem som innebär att det belopp som ska betalas i domstolsavgifter baseras på det uppskattade kontraktsvärdet, antalet genomförda upphandlingsförfaranden med ett bestämt kontraktsvärde och antalet överklagade särskilt överklagbara beslut.
- 103 Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning leder bristen på öppenhet till att det i det aktuella fallet tycks orättvist för sökanden att denne ska betala schablonavgifter för ansökningar om prövning och om interimistiska åtgärder för varje särskilt överklagbart beslut från ett specifikt upphandlingsförfarande så snart domstolen har utrett hur många särskilt överklagbara beslut som härrör från upphandlingsförfaranden vars antal även ska fastställas och vilket det uppskattade kontraktsvärdet är av de beslut som sökanden vill överklaga. Det är orättvist eftersom det vid en jämförelse framgår att rättsskyddssökande i civila domstolar som huvudregel redan vid ingivandet av stämningsansökan har vetskap om avgiftens storlek. I domstolsavgiftssystemet enligt § 340 BVergG kan den rättsskyddssökande behöva räkna med betydande ”avgiftsövertaskningar”.
- 104 Om fråga 8 och 9 skulle besvaras med att den unionsrättsliga skyldigheten att specificera de närmare uppgifterna rörande det överklagade beslutet och det berörda upphandlingsförfarandet faller bort vid ansökningar angående förfaranden utan insyn, men att avgiften som ska betalas enligt § 340 BVergG och schablonavgiftsförordningen kan fastställas först i samband med prövningsförfarandet och förfarandet för interimistiska åtgärder med hjälp av det då fastställbara upphandlingsförfarandet utifrån ett bestämt uppskattat kontraktsvärde och med hänsyn till antalet överklagade beslut, innebär det en ännu större bristande insyn i avgiftens storlek vid ansökningstillfället.
- 105 Det föreslås därför att frågan ska besvaras med att det enligt unionsrätten inte är rättvist – vilket innebär att de nationella avgiftsbestämmelserna inte får tillämpas – om sökanden enligt bestämmelserna måste betala avgifter som sökanden på grund av avsaknaden av insyn i upphandlingsförfarandet inte kan ha kännedom om vid tidpunkten för ingivandet av sin ansökan.