FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 7 juni 2007 [1]

1. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande har Hanseatisches Oberlandesgericht i Bremen, Tyskland, i huvudsak önskat få klarhet i huruvida gemenskapsrätten utgör hinder för att en anbudsgivare generellt utestängs från rätten, enligt direktiv 89/665 [2], att ansöka om överprövning av ett upphandlingsbeslut på grund av att anbudsgivaren inte, inom i nationell lag föreskriven tidsfrist, har angripit ett beslut enligt vilket upphandlingen felaktigt har uteslutits från direktivets tillämpningsområde.

2. Klaganden i målet vid den nationella domstolen deltog utan framgång i ett nationellt anbudsförfarande avseende ett kontrakt för programvaror. Den ingav därefter klagomål om, för det första, att ett anbudsförfarande på gemenskapsnivå borde ha ägt rum, eftersom det relevanta tröskelvärdet hade överskridits och, för det andra, att det senare tilldelningsbeslutet var olagligt. Klagomålen avvisades på grund av att tidsfristen för att invända mot valet av förfarande hade gått ut, varvid det prövningsförfarande för offentlig upphandling som omfattas av gemenskapsrätten inte kunde göras gällande.

3. Domstolen har genom begäran om förhandsavgörande ombetts att närmare undersöka under vilka omständigheter tidsfrister för att angripa beslut i offentliga upphandlingsförfaranden kan äventyra den effektivitetsprincip som ligger till grund för direktiv 89/665.

Tillämpliga bestämmelser

Direktiv 89/665

4. Direktiv 89/665 har till syfte att säkerställa att de förfaranden för offentlig upphandling

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster som föreskrivs i de relevanta gemenskapsdirektiven tillämpas effektivt. För att uppnå detta föreskrivs i direktivet ett system med prövningsförfaranden och rättsmedel i händelse av överträdelser.

5. Följande skäl i direktiv 89/665 är relevanta:

"[1] Gemenskapens direktiv om offentlig upphandling, särskilt ... rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordningar av förfarandet vid offentlig upphandling av varor,[3] ... innehåller ej bestämmelser som säkrar deras effektiva tillämpning.

[2] Gällande bestämmelser för tillämpning av direktiven på såväl nationell som gemenskapsnivå är inte alltid tillräckliga för att garantera efterlevnad av i sammanhanget relevanta gemenskapsregler, i synnerhet inte i ett skede, då överträdelser kan korrigeras.

[3] Då man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna, krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler.

[4] ...

[5] Med hänsyn till tidsfaktorn måste vidare ges möjlighet att snabbt ingripa mot nämnda överträdelser.

... "

6. I artikel 1 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlings-

3 — (EGT L 13, 1977, s. 1.) Detta direktiv upphävdes och ersattes av rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1) och enligt kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 (EGT L 285, s. 1). Direktiv 93/36 var i sin tur ett av de direktiv som upphävdes och ersattes av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

förfaranden, som omfattas av direktiv ... 77/62/EEG och 92/50/EEG,[4] kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställs i följande artiklar, särskilt artikel 2.7, om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.

2. ...

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

7. I artikel 2 i direktiv 89/665 avhandlas de rättsmedel som skall stå till buds i samband med de nämnda prövningarna. I artikel 2.7 föreskrivs att "[m]edlemsstaterna skall se till att införa bestämmelser, som garanterar, att granskningsorganens beslut verkligen åtlyds".

Direktiv 93/36[5]

8. I artikel 10 i direktiv 93/36 anges bland annat minimifristerna vid öppet upphandlingsförfarande för mottagande av anbud som överskrider tröskelvärdena för att gemenskapsrättsliga bestämmelser skall tillämpas. I artikel 10.1 föreskrivs att sådana förfaranden skall hållas öppna minst 52 dagar från det att meddelandet om upphandling avsänts. Denna period kan i allmänhet förkortas till en minimifrist på 36 dagar, men får under inga omständigheter

4 — Se fotnot 2. Direktiv 92/50 ändrades genom direktiven 93/36, 97/52 och 2001/78 och upphävdes, förutom artikel 41 (som innebar att artikel 1.1 i direktiv 89/665 ändrades), genom direktiv 2004/18 (se fotnot 3 ovan). Enligt artikel 2 i direktiv 92/50 (och senare artikel 1.2 d andra stycket i direktiv 2004/18) skall ett kontrakt som omfattar både varor och tjänster anses vara ett tjänstekontrakt om värdet av tjänsterna är högre än värdet av de varor som kontraktet omfattar. Det kontrakt som är aktuellt i förevarande mål omfattar både varor (programvarulicenser) och tjänster (utbildning och underhåll), av vilka värdet inte framgår av anbudshandlingarna. Det är således osäkert huruvida kontraktet skall kvalificeras som ett varu- eller tjänstekontrakt. Det tröskelvärde som medför att kontraktet omfattas av direktiv 89/665 är emellertid detsamma i båda fallen.

5 — Se fotnot 3. Bestämmelser som liknar dem som föreskrivs i artikel 10.1 och 10.1 a i direktiv 93/36 finns, avseende offentlig upphandling av tjänster, i artikel 18.1 och 18.2 i direktiv 92/50. Samtliga dessa bestämmelser ersattes senare av artikel 38.2 och 38.4 i direktiv 2004/18.

vara kortare än 22 dagar. Denna rätt att förkorta minimifristen gäller förutsatt att ett föregående meddelande har offentliggjorts enligt de villkor som anges i artikel 10.1 a.

Den tyska lagstiftningen [6]

9. Del fyra i den tyska lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, nedan kallad GWB) gäller offentlig upphandling. [7] I 100 § första stycket föreskrivs att "[d]enna del avser endast upphandlingar som uppgår till eller överskrider de värden som anges i bestämmelserna i 127 § (tröskelvärden)". [8]

10. 107 § GWB gäller ansökan om överprövning till avdelningen för offentlig upphandling. I 107 § tredje stycket GWB föreskrivs fristerna för att ansöka om överprövning av påstådda överträdelser av upphandlingsbestämmelserna vid avdelningen för offentlig upphandling. Däri föreskrivs följande:

"Ansökan skall avvisas om sökanden redan hade kännedom om den påstådda överträdelsen av upphandlingsbestämmelserna under upphandlingsförfarandet och inte omedelbart gav in ett klagomål till den tilldelande myndigheten. Ansökan skall även avvisas om inget klagomål avseende sådana överträdelser av upphandlingsbestämmelserna som är identifierbara [9] på grundval av meddelandet om upphandling har inkommit till den tilldelande myndigheten senast vid utgången av den tidsfrist som angetts i meddelandet om upphandling för att inkomma med ett anbud eller för att ansöka om att delta i upphandlingsförfarandet."

11. I förordningen om offentlig upphandling (Vergabeverordnung, nedan kallad VgV) [10] anges bland annat de tröskelvärden som det hänvisas till i 127 § första stycket GWB. [11] I 2 § VgV, i den lydelse som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, föreskrevs följande:

"Tröskelvärdet är

...

6 — Översättningarna av titlarna och bestämmelserna i den tyska lagstiftningen är mina egna.

7 — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen av den 26 augusti 1998, BGBl. I 1998, s. 2521. Del fyra omfattar paragraferna 97–129. Den är indelad i tre avsnitt, varav det andra (paragraferna 102–124) gäller prövningsförfaranden.

8 — Enligt 127 § första stycket GWB har den federala regeringen behörighet att, efter samtycke från Bundesrat (överhuset i det federala parlamentet), genom en förordning införliva tröskelvärdena i gemenskapsdirektiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling med tysk lagstiftning.

9 — "[E]rkennbar" i den tyska originalversionen.

10 — Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge av den 9 januari 2001, BGBl. I 2001, s. 110.

11 — Se fotnot 8 ovan.

3. 200 000 euro för alla övriga offentliga upphandlingar av varor eller tjänster."

12. Del A i bestämmelser om tilldelning av offentliga varu- och tjänstekontrakt genom upphandling (Verdingungsordnung für Leistungen, nedan kallad VOL/A) [12] innehåller detaljerade bestämmelser om tilldelning av varu- och tjänstekontrakt genom upphandling. 17 § avser bland annat innehållet i meddelandet om upphandling. I 17 § punkt 1 andra stycket föreskrivs följande:

"Meddelandet om upphandling skall åtminstone innehålla följande uppgifter:

...

c) art och omfattning av de varor eller tjänster som skall tillhandhållas ..." [13]

12 — 2002 års version av den 17 september 2002, Bundesanzeiger nr 216 a. Avsnitten 1 och 2 avser kontrakt under respektive över det gemenskapsrättsliga tröskelvärdet. Motsvarande paragrafer har samma nummer. I varje avsnitt är ordalydelsen av 17 § punkt 1 andra stycket c densamma.

13 — "Diese Bekanntmachung soll mindestens folgende Angaben enthalten: ... Art und Umfang der Leistung" i den tyska originalversionen.

Målet vid den nationella domstolen och begäran om förhandsavgörande

13. Den 21 mars 2005 eller tidigare genomförde motparten i målet vid den nationella domstolen, Freie Hansestadt Bremen (nedan kallad Bremen), en "nationell anbudsinfordran enligt VOL/A" för ett programvarukontrakt. [14] Sista dagen för att inkomma med anbud var den 12 april 2005. Meddelandet om upphandling innehöll inga sifferuppgifter när det gäller omfattningen eller värdet av kontraktet. Under rubriken "Menge und Umfang" (mängd och omfattning) angavs följande:

"Myndigheten för arbete, kvinnor, hälsa, ungdomar och sociala frågor i Bremen söker för sin datorstödda ärendebehandling inom området SGB XII (socialtjänst – bistånd till vuxna och ekonomiskt bistånd) en standardprogramvara som motsvarar kraven i anbudshandlingarna. Anbudshandlingarna kan laddas ned kostnadsfritt från www.vergabe.bremen.de. ..."

14 — Översättningarna av de citerade delarna av meddelandet om upphandling och anbudshandlingarna är mina egna.

14. Lämmerzahl GmbH (nedan kallat Lämmerzahl), klaganden i målet vid den nationella domstolen, är ett aktiebolag som är specialiserat inom programvaror för offentliga myndigheter. Bolaget erhöll i vederbörlig ordning anbudshandlingarna, vilka bestod av följande tre handlingar:

15. För det första begärdes i den handling som benämns "prisark/priskomponenter 1" (nedan kallad prishandlingen) att anbudsgivaren i avsnittet med rubriken "licensavtal" skulle ange enhetspris för att tillhandahålla fulla licenser inom vissa spann (11–50, 51–100, 101–200, 201–500 licenser). Det fanns även en alternativ begäran om enhetsprissättning för read-only-licenser (1–5, 6–10, 11–50, 51–100 licenser). Som ytterligare ett alternativ begärdes ett pris för en "Landeslizenz" (Statslicens). [15] I avsnittet med rubriken "tjänstekontrakt" begärdes att anbudsgivarna ange priset för att utbilda cirka 300 anställda och 10 administratörer. Det faktiska antal licenser som erfordrades framgick inte av handlingen.

15 — Bremen angav i sin skrivelse av den 6 april 2005 (se punkt 20 nedan) att en Statslicens skulle avse ett obegränsat antal licenser, att användas i Bremen och Bremerhaven.

16. För det andra angavs det i den handling som avsåg föremålet för anbudsinfordran att cirka 200 anställda inom området ekonomiskt stöd, 45 anställda inom socialtjänsten och 65 anställda inom de centrala enheterna skulle arbeta med programvaran.

17. För det tredje angavs i "varu- och tjänsteförteckningen" ett "minsta antal licenser eller uppskattat antal licenser" per enhet. Här angavs inte heller det totala antalet erfordrade licenser.

18. Lämmerzahl ställde fyra frågor angående anbudshandlingarna, vilka Bremen besvarade i skrivelse av den 24 mars 2005. I detta skede frågade inte Lämmerzahl om antalet licenser, eller kontraktets omfattning eller värde.

19. Lämmerzahl sände sedan ett e-brev till Bremen den 4 april 2005 med begäran om vidare förtydliganden av anbudshandlingarna. Den första frågan gällde huruvida det totala pris som skulle anges i anbudet och i varu- och tjänsteförteckningen avsåg "summan av priserna i prishandlingen för licensavtalet grundat på 310 licenser (de 310 anställda som angavs i [den handling som avsåg föremålet för anbudsinfordran])" eller

om priset för andra kostnader (till exempel underhålls- och servicekostnader) skulle inkluderas. I tre av de övriga frågorna i Lämmerzahls e-brev hänvisade bolaget till "de ovan nämnda 310 licenserna".

20. Bremen svarade med en i skrivelse av den 6 april 2005. Den svarade på den första frågan att det sammanlagda anbudspriset (totalt pris för licenskostnader, underhålls- och servicekostnader) skulle anges i anbudet. Bremen varken nämnde eller kommenterade uttryckligen i sina svar den sifferuppgift på 310 licenser som Lämmerzahl hade angett i sina frågor.

21. Lämmerzahl lämnade sedan ett anbud grundat på 310 licenser, samt utbildning och underhåll, till ett nettopris på 603 500 euro. Bolaget gick vidare till testskedet tillsammans med en konkurrerande anbudsgivare, PROSOZ Herten GmbH (nedan kallat PROSOZ).

22. Den 6 juli 2005 skrev Bremen till Lämmerzahl och upplyste om att bolaget inte skulle tilldelas kontraktet, eftersom det inte hade lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

23. Den 14 juli 2005 sände Lämmerzahl ett skriftligt klagomål till Bremen, och den 21 juli 2005 ansökte bolaget om överprövning av upphandlingen. Bolaget angav att det genom att inhämta juridisk rådgivning den 14 juli 2005 hade fått reda på att Bremens anbudsinfordran borde ha utfärdats på gemenskapsnivå i stället för på nationell nivå, eftersom kontraktets värde överskred tröskelvärdet på 200 000 euro. Lämmerzahl hävdade också att dess programvara inte hade testats i vederbörlig ordning.

24. Den 2 augusti 2005 avvisade den tredje avdelningen vid prövningsorganet för offentlig upphandling i Bremen (nedan kallat prövningsorganet) ansökan. Prövningsorganet angav att även om tröskelvärdet hade överskridits och fel upphandlingsförfarande hade använts, kunde dessa oegentligheter utläsas av anbudsinfordran. Följaktligen var Lämmerzahls klagomål prekluderat enligt 107 § tredje stycket, andra meningen GWB.

25. Lämmerzahl överklagade till den hänskjutande domstolen. Bolaget gjorde för det första gällande att det felaktiga valet av förfarande inte hade framgått av meddelandet om upphandling. Det upprepade för det andra sin invändning mot test- och urvalsförfarandet, och gjorde gällande att anbudet från PROSOZ var uppenbart ofullständigt och innehöll en otillåten blandkalkyl vilket borde ha lett till att detta anbud diskvalificerades (nedan kallat klagomålet i materiellt hänseende).

26. Genom ett interimistiskt beslut av den 7 november 2005 avslog den hänskjutande domstolen begäran om uppskov med verkställigheten av beslutet, eftersom den ansåg att det inte var sannolikt att överklagandet skulle vinna framgång. Den delade prövningsorganets uppfattning att Lämmerzahl enligt den frist som anges i 107 § tredje stycket, andra meningen GWB på grund av preklusion var förhindrat att ansöka om prövning av valet av det nationella förfarandet och Bremens uppskattning av kontraktets värde. Följaktligen kunde bolaget inte åberopa prövningsförfarandet enligt GWB, vilket endast stod till buds vid upphandlingsförfaranden där tröskelvärdet hade överskridits.

27. Bremen tilldelade därefter PROSOZ kontraktet.

28. Den nationella domstolen förefaller i beslutet om hänskjutande medge att kontraktsvärdet överskred tröskelvärdet på 200 000 euro.[16] Den anser emellertid att Lämmerzahl enligt 107 § tredje stycket, andra meningen, GWB hade förlorat sin rätt till prövningsförfarande enligt GWB.

29. Den nationella domstolen har genom denna slutsats inte slutgiltigt avgjort frågan huruvida "identifierbar på grundval av meddelandet om upphandling" enligt den nationella lagstiftningen innebär att en oegentlighet måste framgå av meddelandet om upphandling i sig. Den anser, för det fall detta uttryck kan omfatta andra handlingar, att Lämmerzahl utifrån uppgifterna i anbudshandlingarna borde ha insett att tröskelvärdet skulle komma att överskridas. Detta bolag skulle under alla omständigheter ha insett detta genom sina egna beräkningar. Däremot skulle, för det fall en oegentlighet måste framgå av meddelandet om upphandling i sig, själva avsaknaden av ett angivande av kontraktets omfattning i sig utgöra en identifierbar oegentlighet, eftersom ett sådant utelämnande skulle strida mot 17 § punkt 1 andra stycket c VOL/A.[17] Det skulle vidare hindra en anbudsgivare från att kontrollera valet av förfarande och, om nödvändigt, invända mot detsamma.

30. Den nationella domstolen är emellertid tveksam till huruvida dess beslut av den 7 november 2005, i strid med artikel 1 i direktiv 89/665, kan beröva anbudsgivare deras rätt till en effektiv prövning av påstådda överträdelser av gemenskapsrätten. Den anser att den preklusionsfrist som anges i 107 § tredje stycket, andra meningen, GWB i princip uppfyller kraven i direktivet mot

16 — Bremen tycks ha använt det nationella upphandlingsförfarandet till följd av en värdering på 150 000 euro (genomförd år 2004) på grundval av 150 snarare än 310 licenser.

17 — Lämmerzahl anser att denna bestämmelse i VOL/A är "fakultativ". Den hänskjutande domstolen har emellertid angett att begreppet "soll" (bör) i allmänhet innebär en skyldighet att följa denna bestämmelse, såvida det inte föreligger några tvingande skäl som rättfärdigar ett avvikande från föreskriften. Se punkt 12 ovan och den fotnot som hör till den punkten. Den hänskjutande domstolen har gjort denna tolkning av "soll" utifrån avsnittet "Allmänna kommentarer" i slutet av VOL/A.

bakgrund av domstolens rättspraxis.[18] När det felaktigt har uppskattats att kontraktets värde understiger tröskelvärdet berövas emellertid en anbudsgivare som underlåtit att inge klagomål inom preklusionsfristen en överprövning, inte bara av denna oegentlighet utan även av sitt klagomål i materiellt hänseende. Om en upphandlande myndighet genom att göra sig skyldig till en identifierbar oegentlighet kan beröva en obetänksam anbudsgivare materiellt skydd, finns det en risk för missbruk.

31. Den nationella domstolen vill också ha klarhet i huruvida de omfattande konsekvenserna av en preklusionsfrist endast borde inträda om anbudsgivaren på ett otvetydigt sätt utifrån meddelandet om upphandling kan utläsa att den upphandlande myndigheten utgår från att kontraktet kommer att understiga tröskelvärdet.

32. Mot bakgrund av dessa omständigheter, har den hänskjutande domstolen beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande två frågor till domstolen:

"1. Är det förenligt med direktiv 89/665/EEG, särskilt artikel 1.1 och 1.3, att en anbudsgivare generellt nekas tillgång till en överprövning av den upphandlande myndighetens beslut om offentlig upphandling, för att anbudsgivaren av egen förskyllan inte inom den i den nationella lagstiftningen föreskrivna fristen har gjort gällande att det har skett en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling, avseende

a) den valda formen för anbudsförfarandet,

eller

b) riktigheten i fastställandet av värdet på det offentliga kontraktet (uppenbart felaktig uppskattning av värdet eller bristande insyn i hur värdet fastställts)

och att det, efter det att värdet på det offentliga kontraktet korrekt har fastställts eller korrekt kommer att fastställas, är möjligt att få en överprövning av andra överträdelser vid upphandlingsförfarandet vilka – isolerat betraktade – inte är prekluderade?

2 Är det nödvändigt att uppställa särskilda krav avseende de uppgifter i meddelandet om upphandling som är avgörande förfastställandet av värdet på

18 — Domstolen har slagit fast att det är förenligt med artikel 1 i direktiv 89/665 att fastställa skäliga tidsfrister för att väcka talan. (Dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl. (REG 2002, s. I-11617), punkterna 75–79.)

det offentliga kontraktet, för att primärrätten generellt sett inte skall tillämpas då en överträdelse skett av bestämmelserna om offentlig upphandling vid uppskattningen av värdet på det offentliga kontraktet, även då det rätt uppskattade värdet på kontraktet överskrider tröskelvärdet?"

33. Skriftliga yttranden har inkommit från Lämmerzahl, Bremen, Österrike, Litauen och kommissionen. Lämmerzahl, Bremen och kommissionen framförde ytterligare synpunkter vid förhandlingen den 28 mars 2007.

Upptagande till sakprövning

34. Bremen har gjort gällande att villkoren för ett förhandsavgörande enligt artikel 234 EG inte är uppfyllda. Frågan gäller tillämpningen i ett enskilt fall av en nationell bestämmelse vars förenlighet med gemenskapsrätten inte har ifrågasatts.

35. Jag godtar inte detta argument. Det som ligger bakom den hänskjutande domstolens första tolkningsfråga är frågan huruvida artikel 1 i direktiv 89/665 utgör hinder för möjligheten till ett generellt undantag från rätten till överprövning under sådana omständigheter som de som är aktuella i målet vid den nationella domstolen.

36. Vad gäller den hänskjutande domstolens andra tolkningsfråga är det förvisso riktigt att domstolen inte kan tillhandahålla en förteckning över exakt vad ett meddelande om upphandling skall innehålla.[19] Den har emellertid behörighet att tolka de relevanta gemenskapsrättsliga principerna och bestämmelserna i syfte att hjälpa den nationella domstolen att avgöra huruvida dessa har överträtts i ett enskilt fall.

37. Begäran skall därför tas upp till sakprövning.

Tolkningsfrågorna

Inledande anmärkningar

38. De två tolkningsfrågor som den hänskjutande domstolen har ställt kan omformuleras enligt följande:

1. Utgör direktiv 89/665 hinder för att en anbudsgivare, som inte inom i nationell

19 — Gemenskapslagstiftaren har infört vissa harmoniserade krav med avseende på kontrakt vars värde överskrider det relevanta tröskelvärdet, se fotnot 3 ovan.

lagstiftning föreskriven tidsfrist har angripit ett beslut enligt vilket en offentlig upphandling felaktigt uteslutits från tillämpningsområdet för gemenskapsrättsligt skydd, nekas rätten enligt detta direktiv till en överprövning av senare beslut vid upphandlingsförfarandet?

2. Vilka uppgifter skall anges i meddelandet om upphandling för att det skall kunna utläsas att kontraktets värde felaktigt har uppskattats underskrida tröskelvärdet för skydd enligt direktiv 89/665?

39. Den hänskjutande domstolens andra tolkningsfråga gäller huruvida den ifrågavarande oegentligheten kan upptäckas. Denna fråga är central för att avgöra huruvida en tidsfrist för att invända mot denna oegentlighet är förenlig med gemenskapsrätten. Jag skall därför pröva de två tolkningsfrågorna tillsammans. De flesta av de parter som har inkommit med yttranden har även i stor utsträckning tillämpat detta tillvägagångssätt.

Yttranden

40. Lämmerzahl har gjort gällande att en tidsfrist som den som omfattas av 107 § tredje stycket, andra meningen, GWB visserligen i princip är förenlig med direktiv 89/665, men att den utgör ett undantag från rätten till överprövning. Följaktligen skall uttrycket "identifierbar på grundval av meddelandet om upphandling" tolkas snävt. Det kan inte utsträckas till att gälla ett utelämnande som kan identifieras för det fall att en invändning mot detta utelämnande i sin tur skulle kunna leda till att Bremens felaktiga uppskattning av kontraktets värde identifieras. Detta fel – och således det felaktiga valet av förfarande – kunde inte identifieras på grundval av meddelandet om upphandling. Det var således omöjligt eller orimligt svårt för Lämmerzahl att utöva sina gemenskapsrättsliga rättigheter.

41. Litauen anser att när en tidsfrist börjar löpa vid offentliggörandet av meddelandet om upphandling är anbudsgivarnas gemenskapsrättsliga rättigheter endast effektivt skyddade om de vid den tidpunkten har erhållit fullständiga och objektiva upplysningar om upphandlingens volym. Om så inte är fallet, skall tidsfristen börja löpa först när de har fått kännedom om, eller har möjlighet att få full kännedom om det aktuella formella fel som skett vid upphandlingsförfarandet.

42. Bremen anser att 107 § tredje stycket, andra meningen, GWB är förenlig med direktiv 89/665. Identifierbarhetskriteriet säkerställer att det inte görs omöjligt eller orimligt svårt för en anbudsgivare att utöva

sina gemenskapsrättsliga rättigheter. Ett angivande av det uppskattade värdet i meddelandet om upphandling skulle kunna snedvrida konkurrensen. Det räcker att den genomsnittligt erfarne aktören på marknaden kan beräkna kontraktets värde med hjälp av de uppgifter som lämnats. Vid förhandlingen påpekade Bremen att det, även utan prövningsrätten enligt direktiv 89/665, stod allmänna rättsmedel till buds enligt den nationella lagstiftningen. Bremen medgav emellertid att dessa var mindre effektiva än förfarandet enligt GWB.

43. Österrike anser att en generell utestängning från det gemenskapsrättsliga prövningsförfarandet till följd av att det inte har invänts mot den ifrågavarande oegentligheten inom den utsatta tidsfristen är förenligt med direktiv 89/665, under förutsättning att tillämpningen av tidsfristen i det enskilda fallet inte medför ett åsidosättande av principen om ett effektivt skydd.

44. Kommissionen har en liknande uppfattning. Den har anmärkt att utestängning som påföljd säkerställer att det invänds mot oegentligheter så snart som möjligt. Detta är önskvärt med hänsyn till de potentiella konsekvenserna av att upphandlingsförfarandet måste tas om från början. Kommissionen angav vid förhandlingen att en underlåtenhet att invända mot en oegentlighet inom den utsatta tidsfristen endast skulle leda till utestängning för det fall anbudsgivaren hade kunnat identifiera oegentligheten eller borde ha kunnat göra det, om den hade handlat med den noggrannhet som kan förväntas av en erfaren och omsorgsfull aktör.

45. Kommissionen anser också att EG-fördragets grundläggande principer, såsom likhetsprincipen och principen om insyn, är tillämpliga även på upphandlingar som underskrider det gemenskapsrättsliga tröskelvärdet. [20]

Bedömning

46. Den gemenskapsrättsliga effektivitetsprincipen utgör kärnan i det skydd som föreskrivs i direktiv 89/665. Som domstolen har slagit fast sedan länge kräver denna princip att det inte får göras i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av gemenskapsrätten. [21]

47. I de tre första skälen i direktiv 89/665 understryks således att direktivets syfte är att säkerställa en effektiv tillämpning av de

20 — Jag har i mitt förslag till avgörande av den 18 januari 2007 i mål C-195/04, kommissionen mot Finland (REG 2007, s. I-3351) redogjort ingående för detta argument.

21 — Se exempelvis domstolens dom av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 12 och där angiven rättspraxis, och av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 43 och där angiven rättspraxis.

harmoniserande gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling, genom ett system med rättsmedel som gäller vid "överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler". I artikel 1.1 anges kravet att en upphandlande myndighets beslut skall prövas effektivt. I artikel 2.7 föreskrivs att medlemsstaterna skall se till att granskningsorganens beslut verkligen åtlyds.

48. I andra och femte skälen anges emellertid att upphandlingsförfaranden är kortvariga. Därför måste det ges möjlighet att snabbt ingripa mot överträdelser, i ett skede då dessa kan korrigeras. Skyndsam prövning anses således vara en aspekt av effektivitet och nämns uttryckligen i tredje skälet och i artikel 1.1.

49. I direktiv 89/665 föreskrivs därför en möjlighet till prövning av ett beslut även innan det medfört någon faktisk skada. Enligt artikel 1.3 kan ett prövningsförfarande åberopas av "var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor ... och som har skadats *eller riskerar att* skadas av en påstådd överträdelse" (min kursivering). En medlemsstat kan vidare enligt artikel 1.3 kräva av en berörd part som begär prövning att den dessförinnan meddelat den avtalsslutande myndigheten att den ämnar söka prövning, vilket understryker behovet av att försöka lösa konflikter så snabbt som möjligt.

50. Det är inte uttryckligen tillåtet enligt direktivet att använda tidsfrister som gäller vid ansökan om överprövning av upphandlande myndigheters beslut. Att införa tidsfrister i nationell lagstiftning om genomförande av direktivet är emellertid i princip förenligt med kravet på ett skyndsamt förfarande, eftersom det lätt blir opraktiskt att upphäva sådana beslut. Vidare har domstolen sedan länge slagit fast att skäliga tidsfrister utgör en tillämpning av den grundläggande principen om rättssäkerhet. [22]

51. Domstolen slog i sin dom i målet Universale-Bau [23] fast att det är förenligt med direktiv 89/665 att i nationell lagstiftning fastställa skäliga tidsfrister för att ansöka om överprövning av en upphandlande myndighets beslut. En tidsfrist är skälig

22 — Se domstolens dom av den 16 maj 2000 i mål C-78/98, Preston m.fl. (REG 2000, s. I-3201), punkt 33 och där angiven rättspraxis.

23 — Se fotnot 18 ovan.

om den tillgodoser både effektivitetsprincipen, såsom den föreskrivs i direktivet, och rättssäkerhetsprincipen. [24]

52. Behovet av att balansera dessa två principer skiljer tidsfrister från andra avvikande bestämmelser, med vilka Lämmerzahl försöker likställa dem. Det finns många slags undantag i gemenskapsrätten som är motiverade av olika skäl. Sådana avvikelser är ofta undantag från rättigheter enligt EG-fördraget eller andra allmänna principer. De är som regel tillåtna när det är nödvändigt för att skydda specifika intressen. I syfte att ge dessa principer genomslagskraft, tolkas avvikelser som regel restriktivt. Tidsfrister utgör i gengäld en balans mellan individens rättigheter och det vidare allmänintresset. Eftersom tidsfrister icke desto mindre inskränker dessa rättigheter måste de prövas noggrant för att det skall kunna avgöras huruvida deras tillämpning i realiteten undergräver principen om ett effektivt skydd.

53. Domstolen gjorde en sådan prövning i sin dom i målet Santex. [25] Den utvecklade därvid sin dom i målet Universale-Bau och tillämpade de kriterier som slagits fast i tidigare rättspraxis [26] i fråga om tidsfristers skälighet mot bakgrund av direktiv 89/665. Den slog fast att en preklusionsfrist måste bedömas "med beaktande av bestämmelsens funktion i förfarandet som helhet betraktat samt med beaktande av hur förfarandet är utformat och dess särdrag". Således kan även om en tidsfrist inte i sig strider mot effektvitetsprincipen, tillämpningen av denna i ett enskilt fall utgöra ett åsidosättande av den nämnda principen. [27]

54. Domstolen uttalade, i sin dom i målet Grossmann Air Service, att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i direktiv 89/665 kräver att en berörd part som har kännedom om en oegentlighet invänder mot denna [28] och hyste föga medlidande med sökanden, som hade inväntat tilldelningsbeslutet innan den invände mot en påstådd olaglighet i anbudsinfordran. [29]

55. Kriteriet om en anbudsgivares vetskap eller kännedom om en oegentlighet ligger

24 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Universale-Bau, punkterna 76–77.

25 — Dom av den 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex (REG 2003, s. I-1877), punkterna 49–66.

26 — Se domen i det ovan i fotnot 21 nämnda målet Peterbroeck, punkt 14.

27 — Ibidem, punkterna 56–57.

28 — Domstolens dom av den 12 februari 2004 i mål C-230/02, Grossman Air Service (REG 2004, s. I-1829), punkt 37.

29 — Sökanden i det målet ansåg att specifikationerna i anbudsinfordran var diskriminerande för honom. Före tilldelningsbeslutet hade han varken invänt mot dessa specifikationer eller lämnat något anbud. Domstolen slog fast att det vid dessa förhållanden inte kunde vara till skada för den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 att sökanden ansågs sakna intresse av att tilldelas det ifrågavarande avtalet.

inte bara till grund för domen i målet Grossmann, utan även för domar i andra mål. Om en tidsfrist för att invända mot en oegentlighet börjar löpa innan anbudsgivaren har fått kännedom om oegentligheten, eller om en anbudsgivare på annat sätt förfördelas för att inte ha invänt i en situation där han inte visste eller kunde ha vetat att en oegentlighet förelåg, har effektivitetsprincipen åsidosatts. I målet Santex fick anbudsgivaren inte kännedom om den upphandlande myndighetens tolkning av den berörda klausulen förrän fristen för att väcka talan hade löpt ut [30] och kunde därför inte på grund av tidsfristen hindras från att ansöka om prövning. Domstolen slog i sin dom i målet GAT, vilket inte gällde en tidsfrist, fast att en sökande inte kan fråntas rätten att begära skadestånd för den skada som denna lidit genom ett beslut på grund av att ett tidigare beslut var rättsstridigt. I det målet hade det tidigare beslutet inte angripits och sökanden hade därför inte nödvändigtvis kännedom om att detta var behäftat med oegentligheter. [31]

56. Av domstolens ovannämnda rättspraxis framgår att införandet av en tidsfrist i nationell lagstiftning för att utöva den rätt till överprövning som föreskrivs i direktiv 89/665 är förenligt med gemenskapsrätten, under förutsättning att en sådan tidsfrist inte gör utövandet av denna rättighet i praktiken omöjligt eller orimligt svårt. För att fastställa huruvida så är fallet måste inte bara preklusionsfristens längd utan även faktorer i det prövningsförfarande i vilket fristen gäller prövas. Kännedom är en nyckelfaktor. Medan skyndsamhets- och effektivitetsmålen i direktivet kräver att en berörd part som har kännedom om en oegentlighet invänder mot densamma, kan inte en sådan berörd part berövas sin rätt till överprövning genom en frist som börjat löpa på grund av något som denna part inte skäligen kunnat ha kännedom om.

57. Kan en tidsfrist vara förenlig med gemenskapsrätten även om en anbudsgivare som inte i tid har invänt mot en oegentlighet därmed också berövas möjligheten att invända mot andra, senare oegentligheter vid upphandlingsförfarandet? Detta är utan tvivel en drastisk påföljd. Är det en tillåtlig sådan?

58. Det är allmänt vedertaget att konsekvensen av att inte invända mot valet av ett nationellt förfarande inom preklusionsfristen

30 — Domen i det ovan i fotnot 24 nämnda målet Santex, punkt 60.

31 — Domstolens dom av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT (REG 2003, s. I-6351), punkterna 53 och 54. Se även punkt 46

enligt allmänna rättsprinciper är att detta förfarande gäller och att upphandlingsförfarandet därefter faller utanför direktivets tillämpningsområde. Detta skall skiljas från omständigheterna i målet GAT, i vilket domstolen i sin dom slog fast att en anbudsgivare, eftersom prövningsförfarandet i direktiv 89/665 är tillämpligt på alla beslut av den upphandlande myndigheten, inte kan fråntas rätten att begära skadestånd för den skada som han orsakats av ett påstått rättsstridigt tilldelningsbeslut på grund av att ett tidigare beslut av den upphandlande myndigheten var rättsstridigt (dock utan att gå utanför direktivets tillämpningsområde). [32]

59. En möjlighet skulle vara att avvika från regeln i domen i målet Universale-Bau och slå fast att möjligheten att ansöka om prövning av ett beslut, genom vilket en enskild upphandling förefaller felaktigt ha utestängts från det gemenskapsrättsliga skyddet, inte kan vara föremål för en preklusionsfrist. Detta är enligt min uppfattning inte någon lämplig lösning. För det första skulle det rubba den balans mellan effektivitet och rättssäkerhet som eftersträvas i direktiv 89/665. För det andra kan en anbudsgivare lockas att inte invända mot förfarandet (vilket när allt kommer omkring skulle kunna förefalla vara till dennes fördel genom att konkurrensen begränsas), om inte eller fram till dess att anbudsgivaren genom innehållet i tilldelningsbeslutet upptäcker att prövningsrätten enligt direktiv 89/665 i själva verket var av betydelse.

60. Att hävda att en längre tidsfrist skulle krävas när följderna av att ansöka om prövning efter fristens utgång är betydande skapar enligt min uppfattning lika många frågor som svar.

61. Jag drar därför slutsatsen att en tidsfrist för att ansöka om prövning av beslut i ett upphandlingsförfarande fortfarande är förenlig med effektivitetsprincipen och behovet av skyndsamhet och rättssäkerhet, även när konsekvensen av att inte ha ansökt om prövning av en oegentlighet inom fristen utestänger en anbudsgivare från det skydd som det i direktiv 89/665 föreskrivna prövningsförfarandet medför.

62. Jag skall nu pröva den i målet aktuella tidsfristen och dess specifika särdrag.

63. Den i 107 § tredje stycket, andra meningen GWB fastställda fristen löper från

32 — Domen i det ovan i fotnot 31 nämnda målet GAT, punkterna 51–54.

offentliggörandet av meddelandet om upphandling fram till sista dagen för att inkomma med anbud. I förevarande fall tycks denna frist ha varit minst 23 dagar. [33] Med hänsyn till den omständigheten att gemenskapslagstiftaren har ansett att en minimifrist på 22 dagar räcker för att förebereda och lämna in ett anbud, [34] kan det svårligen hävdas att 23 dagar inte räckte för att ansöka om prövning av en påstådd oegentlighet. En sådan frist för att inkomma med en ansökan om prövning förefaller således i princip inte utgöra ett åsidosättande av den effektivitetsprincip som ligger till grund för direktiv 89/665, särskilt med hänsyn till det i detta direktiv understrukna behovet av ett skyndsamt prövningsförfarande. [35]

64. Det karaktäristiska för den frist som anges i 107 § tredje stycket, andra meningen, GWB är emellertid att den börjar löpa om den påstådda oegentligheten i fråga kan identifieras på grundval av meddelandet om upphandling.

65. Vilken är således den grad eller den art av kännedom om en oegentlighet som en anbudsgivare kan ha utan att åsidosätta den effektivitetsprincip som ligger bakom direktiv 89/665?

66. Enligt min uppfattning skulle ett krav på en anbudsgivares faktiska eller subjektiva kännedom strida mot rättssäkerheten. Vidare skulle det under sådana omständigheter som dem som är aktuella i förevarande mål kunna vara svårt att bevisa att en anbudsgivare hade faktisk kännedom om en oegentlighet, och ett krav på sådan bevisning skulle knappast vara förenligt med behovet av ett skyndsamt prövningsförfarande.

67. Det förefaller följaktligen som om en formulering av testet i form av en standard för förväntad eller objektiv kännedom är att föredra. Domstolen tillämpar redan en objektiv standard när det gäller en anbudsgivares förmåga att tolka tilldelningskriterierna mot bakgrund av den måttstock för likabehandling som gäller vid offentlig upphandling, nämligen alla "rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare[s]" förmåga. [36] Samma formulering förefaller lämplig i samband med vilken grad av kännedom

33 — Se punkt 13 ovan.

34 — Se punkt 8 ovan.

35 — Den forskning som utförts av berörda avdelningar på domstolen visar att sådana frister för att ansöka om prövning av anbudsinfordringar ligger inom det spann av preklusionsfrister som antagits av andra medlemsstater. Följande frister tillämpas i de granskade länder som anser att en anbudsinfordran är en rättshandling och föreskriver om överprövning av en sådan anbudsinfordran, antingen uttryckligen eller som del av ett allmänt system för överprövning: 7 eller 14 dagar beroende på förfarande (Österrike, Polen), 14 dagar (Finland), 15 dagar (Ungern), en månad (Portugal), sista dagen för att inkomma med anbud (Slovenien), två månader (Grekland, Spanien), tre månader (Irland, Förenade kungariket). I Frankrike och Luxemburg anges ingen tidsfrist. I Danmark, Nederländerna och Sverige kan prövning av anbudsinfordran göras även efter det att kontraktet har undertecknats.

36 — Domstolens dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC (REG 2001, s. I-7725), punkt 42. En alternativ formulering på området skydd för berättigade förväntningar är en "försiktig och medveten ekonomisk aktör"; se exempelvis domstolens dom av den 22 juni 2006 i de förenade målen C-182/03 och C-217/03, Belgien och Forum 187 ASBL mot kommissionen (REG 2006, s. I-5479). Bremen och kommissionen har föreslagit andra möjliga formuleringar (punkterna 42 och 44 ovan).

om en oegentlighet vid upphandlingsförfarandet en anbudsgivare skäligen kan förväntas ha.

68. En "rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare" kan förväntas ha erfarenhet av att lämna anbud inom sitt specifika område. En sådan anbudsgivare kan också förväntas allmänt känna till och förstå viktiga rättsliga förhållanden som påverkar de marknader inom vilka den är verksam. Detta skulle i förevarande fall innebära en allmän kännedom om nationella och gemenskapsrättsliga upphandlingsförfaranden och relevanta tröskelvärden, samt om möjligheten att ansöka om prövning av beslut som fattats enligt båda dessa förfaranden och om de aktuella tidsfristerna för att göra detta.

69. Vilken information behöver vara tillgänglig för att en sådan anbudsgivare under sådana omständigheter som dem som är aktuella i förevarande mål skall kunna förvissa sig om att fel förfarande har valts?

70. Jag delar inte Bremens uppfattning att ett offentliggörande av det uppskattade värdet av kontraktet skulle snedvrida konkurrensen. Ett viktigt mål med den gemenskapsrättsliga lagstiftningen på området offentlig upphandling är trots allt att främja konkurrens, och i denna lagstiftning krävs att uppskattade värden av kontrakt offentliggörs i vissa fall. [37]

71. Eftersom valet av förfarande är avhängigt det uppskattade totala kontraktsvärdet, måste informationen göra det möjligt för anbudsgivaren att beräkna detta värde. Detta skulle inte bara omfatta de varor som skall tillhandahållas, utan även de kostnader för support, utbildning och underhåll som omfattas av kontraktet. Jag godtar Litauens yttrande på denna punkt, nämligen att ingenting mindre än en tydlig och fullständig förteckning över projektets omfattning och volym gör det möjligt för en anbudsgivare att utifrån sin erfarenhet och kännedom om marknadspriserna beräkna det uppskattade totala värdet.

72. Förekomsten av ett sådant informationskrav, och tillämpningen av kriteriet om den kunskap och erfarenhet som en rimligt välinformerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kan förväntas ha, skulle skingra den hänskjutande domstolens farhågor angående ett eventuellt missbruk med avseende

37 — Se bilaga VII A till direktiv 2004/18 (se fotnot 3 ovan), vilket trädde i kraft efter de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen. I meddelanden om upphandlingar skall det uppskattade totala värdet av bygg- och anläggningsarbetena, varorna eller tjänsterna i ramavtal anges. I meddelanden med förhandsinformation avseende offentliga varukontrakt skall antingen mängden, eller värdet av de produkter som skall tillhandahållas, anges.

på en upphandlande myndighets förmåga att dra fördel av en obetänksam anbudsgivare. [38]

73. Jag anser inte att denna information nödvändigtvis måste framgå av ett meddelande om upphandling som sådant. En anbudsgivare kan rimligen förväntas handla utifrån hänvisningar i meddelandet till andra handlingar, under förutsättning att det tydligt anges var dessa kan erhållas. Domstolen har i detta hänseende redan slagit fast att det för att tilldelningskriterierna skall anses vara förenliga med principen om likabehandling förutsätts att kriterierna anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling. [39] Om nödvändig information för ett angivande av kontraktets omfattning finns i handlingarna, börjar preklusionsfristen för att ansöka om prövning av en oegentlighet att löpa först när anbudsgivaren har kunnat erhålla dessa, eller skulle ha kunnat erhålla dem om anbudsgivaren hade handlat skyndsamt.

74. Jag anser emellertid inte att endast det förhållandet att vare sig kontraktets omfattning eller det uppskattade kontraktsvärdet angetts i det ursprungliga meddelandet om upphandling skulle räcka för att göra en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare uppmärksam på att den upphandlande myndigheten har gjort en felaktig uppskattning av kontraktets värde. Även om denna avsaknad av omnämnande i sig utgör en oegentlighet, anser jag att ett krav på anbudsgivaren, att invända mot den för att utröna om den döljer någon annan oegentlighet som skulle kunna påverka anbudsgivarens rättigheter, gör utövandet av dessa rättigheter orimligt svårt, i synnerhet med hänsyn till tidsfristen. Detta är *a fortiori* fallet om det åtminstone kan ifrågasättas huruvida bestämmelsen i 17 § punkt 1, andra stycket c, VOL/A om offentliggörande av kontraktets omfattning, innebär att offentliggörandet är obligatoriskt. [40]

75. Det ankommer i slutändan på den nationella domstolen, som är ensam behörig att fastställa de faktiska omständigheterna, att avgöra i vilken utsträckning (om någon) en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare borde ha upptäckt att fel förfarande hade använts. Följande synpunkter kan emellertid vara till nytta.

76. I förevarande fall kunde anbudshandlingarna med lätthet laddas ned från Bremens webbplats. Det framgår emellertid att projektets omfattning eller volym varken angavs i själva meddelandet om upphandling eller i anbudshandlingarna.

77. I "tjänstekontraktsdelen" i prishandlingen angavs visserligen en utbildning av

38 — Se punkt 30 ovan.

39 — Se domen i det ovan i fotnot 36 nämnda målet SIAC, punkterna 40 och 42.

40 — Se punkt 29 ovan *in fine*.

cirka 300 anställda och 10 administratörer, och i den handling som avsåg föremålet för anbudsinfordran angavs att cirka 310 anställda skulle arbeta med systemet. Begäran att ange enhetspriser för olika möjliga spann av antal licenser i "licenskontraktsdelen" i prishandlingen skulle emellertid rimligen ha kunnat tolkas så att ett lägre antal licenser var möjligt eller att det slutliga antalet licenser inte ännu hade bestämts (och än mindre hur många licenser som skulle vara fulla respektive read-only). [41]

78. Lämmerzahl kontaktade Bremen vid minst två tillfällen för att få fler uppgifter angående anbudsinfordran. Lämmerzahl klargjorde vid det andra tillfället då bolaget ställde frågor att det antog att 310 licenser skulle krävas. Men detta bekräftades aldrig uttryckligen av Bremen. Det enda som kan sägas är att Bremen, genom att inte motsätta sig denna sifferuppgift i sitt svar av den 6 april 2005, tyst godkände Lämmerzahls antagande att det krävdes cirka 310 licenser.

79. I korthet kan det konstateras att det framgår att det varken i meddelandet om upphandling och anbudshandlingarna eller i de upplysningar som Bremen senare lämnade uttryckligen angavs hur många licenser som krävdes. Det står emellertid klart att Lämmerzahl lämnade ett anbud vars värde var tre gånger så högt som tröskelvärdet för upphandlingar på gemenskapsnivå.

80. Det ankommer mot denna bakgrund på den nationella domstolen att avgöra huruvida tillämpningen av 107 § tredje stycket, andra meningen, GWB beredde ett effektivt skydd. Detta skulle vara fallet om upplysningarna i meddelandet om upphandling eller anbudshandlingarna gjorde det möjligt för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att upptäcka att fel förfarande hade använts. Om det inte är möjligt att tolka denna bestämmelse på ett sådant sätt att den är förenlig med artikel 1.1 i direktiv 89/665, skall den nationella domstolen underlåta att tillämpa den förstnämnda bestämmelsen [42] och i stället tillämpa den sistnämnda bestämmelsen, som har direkt effekt. [43]

41 — Oförenligheten mellan de olika spannen av antal licenser och sifferuppgiften 310 anställda kan inte helt förklaras genom utbytesmöjligheter mellan fulla respektive read-only licenser. Det maximala antal read-only licenser för vilka prissättning efterfrågades är 100, och de första tre spannen för vilka prissättning för full licens begärdes ligger under det antal (210) som skulle krävas för att nå ett totalt antal på 310.

42 — Se domen i målet Santex (ovan fotnot 25), punkterna 63–65 och där angiven rättspraxis.

43 — Se domstolens dom av den 2 juni 2005 i mål C-15/04, Koppensteiner (REG 2005, s. I-4855), punkt 38.

Förslag till avgörande

81. Jag föreslår därför att domstolen skall förena de två tolkningsfrågorna och besvara dem på följande sätt:

Om en anbudsgivare inte inom den i nationell lagstiftning föreskrivna tidsfristen har invänt mot ett val av förfarande genom vilket en offentlig upphandling felaktigt uteslutits från tillämpningsområdet för gemenskapsrättsligt skydd, utgör rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten inte hinder för att anbudsgivaren utestängs från den rättighet till överprövning av andra beslut som fattas vid upphandlingsförfarandet som föreskrivs i detta direktiv, under förutsättning att tillämpningen av denna tidsfrist inte i själva verket gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att invända mot valet av förfarande under omständigheterna. Detta skulle vara fallet om upplysningarna i meddelandet om upphandling och anbudshandlingarna var otillräckliga på så sätt att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare skulle kunna upptäcka att fel förfarande använts. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva huruvida detta är fallet i varje enskilt mål.