DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 19 juni 2003 *

I mål C-249/01,

angående en begäran enligt artikel 234 EG, från Bundesvergabeamt (Österrike), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Werner Hackermüller

och

Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG),

Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED),

angående tolkningen av artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess ändrade 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),

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-P. Puissochet samt domarna R. Schintgen (referent), V. Skouris, F. Macken och J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: J. Mischo,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören M.-F. Contet,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Werner Hackermüller, genom P. Schmautzer, Rechtsanwalt,

— Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) och Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), genom J. Olischar och M. Kratky, Rechtsanwälte,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Italiens regering, genom U. Leanza, i egenskap av ombud, biträdd av M. Fiorilli, avvocato dello Stato,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Nolin, i egenskap av ombud, biträdd av R. Roniger, Rechtsanwalt,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 16 januari 2003 av: Werner Hackermüller, Österrikes regering och kommissionen,

och efter att den 25 februari 2003 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Bundesvergabeamt har, genom beslut av den 25 juni 2001 som inkom till domstolen den 28 juni samma år, i enlighet med artikel 234 EG ställt två frågor om tolkningen av artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess ändrade 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) (nedan kallat direktiv 89/665).

2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan arkitekten Werner Hackermüller och bolagen Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) och Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (nedan kallade svarandena) angående de sistnämndas beslut att inte godta det anbud som Werner Hackermüller hade lämnat inom ramen för en offentlig upphandling av tjänster.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

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

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

...

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

4 Enligt artikel 2.1 i direktiv 89/665 gäller följande:

"1. Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,

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

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

Den nationella lagstiftningen

5 Direktiv 89/665 har införlivats med österrikisk rätt genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (förbundslag från år 1997 om offentlig upphandling, BGBl. I, 1997/56, nedan kallad BVergG).

6 I 113 § BVergG fastställs Bundesvergabeamts (federal upphandlingsmyndighet) behörighet på följande sätt:

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

2. Bundesvergabeamt är behörig att, för att få åsidosättanden av denna förbundslag och av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag att upphöra, fram till tilldelningen av kontraktet

1) föreskriva om interimistiska åtgärder och

2) undanröja olagliga beslut av den upphandlande myndigheten.

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

7 I 115 § första stycket BVergG anges följande:

" En företagare som gör gällande ett intresse av att sluta ett avtal som faller inom tillämpningsområdet för denna förbundslag kan ansöka om prövning av beslut

som fattats av den upphandlande myndigheten under upphandlingsförfarandet på grund av att det är rättsstridigt, när denna rättsstridighet har skadat eller riskerar att skada honom."

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

8 Svarandena infordrade anbud i ett offentligt upphandlingsförfarande i flera stadier angående arkitektonisk planering och beslutsparametrar för uppdraget att ansvara för huvudplaneringen av nybyggnaden av den maskintekniska fakulteten TU-Wien. Det första stadiet av förfarandet bestod i ett "öppet sökande efter idérika intressenter", som ägde rum genom en tävling.

9 Flera intresserade, bland andra Werner Hackermüller och bolaget Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (nedan kallat Lechner), deltog i anbudsinfordran genom att lämna in projekt. Under det andra stadiet av förfarandet — förhandlingen — rekommenderade Beratungsgremium (den rådgivande kommittén) att förhandlingen genast skulle fortsätta med Lechner. De övriga fyra anbudsgivarna som deltog i förhandlingsförfarandet, bland andra Werner Hackermüller, underrättades genom skrivelse av den 10 februari 1999 om att Beratungsgremium inte hade rekommenderat att deras projekt skulle genomföras.

10 Den 29 mars 1999 väckte Werner Hackermüller talan vid Bundesvergabeamt med stöd av 113 § andra stycket BVergG. Han yrkade bland annat ogiltigförklaring av dels det beslut enligt vilket Beratungsgremium och/eller svarandena ansåg att en konkurrerande anbudsgivare hade lämnat det bästa anbudet genom att rekommendera att förhandlingarna genast skulle fortsättas med denne, dels beslutet i vilket urvalet av anbuden gjordes utan att de kriterier som fastställts i anbudsinfordran följdes.

11 Genom beslut av den 31 maj 1999 avvisade Bundesvergabeamt Hackermüllers samtliga yrkanden med stöd av 115 § första stycket BVergG på den grunden att han saknade talerätt, eftersom hans anbud enligt 52 § första stycket åttonde punkten BVergG borde ha förkastats redan under det första stadiet av förfarandet.

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

13 Bundesvergabeamt påpekade vidare att det i punkt 1.6.7 i anbudsinfordran i förevarande fall uttryckligen hänvisades till 36 § fjärde stycket Wettbewerbsordnung der Architekten (lag om konkurrens mellan arkitekter, nedan kallad WOA). Där fastställs att projektet skall förkastas om en grund för att avvisa anbudet enligt 8 § WOA föreligger. Enligt första stycket d i denna bestämmelse får bland andra personer som, i det inlämnade materialet, lämnar en uppgift som gör det möjligt att sluta sig till vem som är upphovsman till projektet inte delta i ett förfarande för upphandling av arkitekttjänster.

14 Efter att ha konstaterat att Werner Hackermüller hade lämnat uppgift om sitt namn under rubriken "Avsedd organisation för den allmänna planeringen" och att hans projekt därför, enligt 52 § första stycket åttonde punkten BVergG jämförd med 36 § fjärde stycket WOA, borde ha förkastats, fastslog Bundesvergabeamt slutligen att hans projekt inte längre kunde komma i fråga för tilldelning av kontraktet. Som en följd därav var han inte behörig att föra talan angående de rättsstridigheter han åberopat i ansökan eftersom han inte kunde ha lidit skada till följd av ett eventuellt åsidosättande av principen om att det bästa anbudet skall antas och av reglerna för förhandlingsförfarandet.

15 Den 7 juli 1999 väckte Werner Hackermüller talan mot Bundesvergabeamts avgörande av den 31 maj 1999 vid Verfassungsgerichtshof och yrkade att det skulle ogiltigförklaras. I sin dom av den 14 mars 2001 (B 1137/99-9) fastslog Verfassungsgerichtshof att det, med hänsyn till den extensiva tolkning som begreppet behörighet att ansöka om ett prövningsförfarande med stöd av artikel 1.3 i direktiv 89/665 bör ges enligt domstolens rättspraxis (se bland annat dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult, REG 1997, s. I-4961, punkt 46, och av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl., REG 1999, s. I-7671, punkterna 34 och 35), förefaller tvivelaktigt att villkoren för prövning i 115 § första stycket jämförd med 52 § första stycket BVergG kan tolkas så, att en anbudsgivare, vars anbud faktiskt inte har förkastats av den upphandlande myndigheten, kan nekas tillträde till prövningsförfarandet genom att hans ansökan om rättslig prövning avvisas av prövningsmyndigheten, när denna myndighet omedelbart kan konstatera att det föreligger en grund för att förkasta anbudet. Den österrikiska författningsdomstolen upphävde också Bundesvergabeamts avgörande av den 31 maj 1999 på grund av åsidosättande av den grundlagsenliga rätten att få sin talan prövad vid domstol.

16 Under dessa omständigheter beslutade Bundesvergabeamt att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall artikel 1.3 i direktiv 89/665... tolkas så, att var och en som önskar tilldelas ett offentligt upphandlingskontrakt är behörig att ansöka om att ett prövningsförfarande skall inledas?

2) För det fall första frågan besvaras nekande:

Skall ovannämnda bestämmelse i direktivet tolkas så, att en anbudsgivare, vars anbud inte har förkastats av den upphandlande myndigheten, skall anses

ha lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av den påstådda överträdelsen — i detta fall den upphandlande myndighetens beslut att anse att ett konkurrerande anbud var det bästa anbudet — och därför vara behörig att ansöka om att ett prövningsförfarande skall inledas, även om prövningsorganet har fastställt att det fanns tvingande skäl att förkasta anbudsgivarens anbud?"

Den första frågan

17 Domstolen finner det härvid tillräckligt att erinra om att medlemsstaterna, i enlighet med artikel 1.3 i direktiv 89/665, skall se till att de prövningsförfaranden som föreskrivs i det nämnda direktivet kan åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella bestämmelser om införande av sådan.

18 Av denna bestämmelse följer att medlemsstaterna inte är skyldiga att se till att de nämnda prövningsförfarandena kan utnyttjas av var och en som önskar tilldelas ett offentligt upphandlingskontrakt, eftersom de dessutom kan kräva att den berörda personen skall ha skadats eller riskerar att skadas av den överträdelse som han eller hon gör gällande.

19 Den första frågan skall således besvaras på följande sätt: Artikel 1.3 i direktiv 89/665 utgör inte något hinder för att personer som önskar tilldelas ett visst offentligt upphandlingskontrakt kan ansöka om de prövningsförfaranden som föreskrivs i det nämnda direktivet endast om de har skadats eller riskerar att skadas av den överträdelse de gör gällande.

Den andra frågan

20 Den andra frågan har ställts för det fall artikel 1.3 i direktiv 89/665 skall tolkas på så sätt att behörigheten att ansöka om de prövningsförfaranden som föreskrivs i det nämnda direktivet kan villkoras av att sökanden har skadats eller riskerar att skadas av den påstådda överträdelsen. Det finns därför skäl att besvara den.

21 Med hänsyn till omständigheterna i målet vid den nationella domstolen skall denna fråga förstås på följande sätt: Kan en anbudsgivare, som avser att ifrågasätta lagenligheten av den upphandlande myndighetens beslut att anse att hans anbud inte var det bästa, nekas tillträde till de prövningsförfaranden som föreskrivs i direktiv 89/665 med motiveringen att hans anbud tidigare borde ha förkastats av den upphandlande myndigheten av andra skäl och att han därför inte har skadats eller riskerar att skadas av den rättsstridighet han gör gällande?

22 Det skall härvid erinras om att, såsom framgår av första och andra skälen i direktiv 89/665, dess ändamål är att komplettera gällande bestämmelser på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå för att säkerställa att direktiven om offentlig upphandling tillämpas, i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras. Det är i detta syfte som medlemsstaterna i artikel 1.1 i direktiv 89/665 åläggs en skyldighet att säkerställa att en upphandlande myndighets rättsstridiga beslut kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt (se bland annat domen i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl., punkterna 33 och 34, och dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617, punkt 74).

23 Domstolen konstaterar härvid följande: Att ett prövningsorgan som avses i direktiv 89/665 nekar en anbudsgivare tillträde till prövningsförfarandena med motiveringen att den upphandlande myndighetens beslut att hans anbud inte var

det bästa var rättsstridigt eftersom den myndigheten felaktigt hade underlåtit att förkasta hans anbud innan den ens påbörjade urvalet av det bästa anbudet skulle innebära att det fullständiga genomförandet av det syfte som eftersträvas med direktivet äventyrades.

24 Det kan inte råda något tvivel om att ett beslut av den upphandlande myndigheten att förkasta anbudsgivarens anbud innan den ens har påbörjat urvalet utgör ett beslut som måste kunna prövas i enlighet med artikel 1.1 i direktiv 89/665. Denna bestämmelse är nämligen tillämplig på alla beslut av den upphandlande myndigheten som omfattas av de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling (se bland annat dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002 s. I-5553, punkt 37, och av den 23 januari 2003 i mål C-57/01, Makedoniko Metro och Michaniki, REG 2003, s. I-1091, punkt 68) och det föreskrivs inte någon begränsning vad gäller arten av eller innehållet i de nämnda besluten (se bland annat domarna i de ovannämnda målen Alcatel Austria m.fl., punkt 35, och HI, punkt 49).

25 Om anbudet hade förkastats av den upphandlande myndigheten före det skede av förfarandet där myndigheten har att välja ut det bästa anbudet skulle han följaktligen, i egenskap av person som skadats eller riskerar att skadas av ett beslut att utesluta hans anbud, kunna ifrågasätta detta besluts lagenlighet genom de prövningsförfaranden som föreskrivs i direktiv 89/665.

26 Att ett prövningsorgan nekar en anbudsgivare som befinner sig i en sådan situation som Werner Hackermüller tillträde till nämnda förfaranden innebär nämligen att han inte bara berövas sin rätt till överprövning av det beslut han hävdar är rättsstridigt. Han berövas också rätten att ifrågasätta huruvida det fanns skäl att avvisa hans anbud, vilket det nämnda organet har lagt till grund för att anse att han inte skadats eller riskerat att skadas av den påstådda överträdelsen.

27 Om man, för att råda bot på denna situation, ger anbudsgivaren rätt att ifrågasätta det nämnda skälet för avvisning av anbudet inom ramen för prövningsförfarandet, i vilket han ifrågasätter lagenligheten av den upphandlande myndighetens beslut att anse att hans anbud inte var det bästa, kan det inte uteslutas att prövningsorganet kommer till slutsatsen att det nämnda anbudet faktiskt borde ha förkastats i ett tidigare skede och att anbudsgivarens talan skall avvisas på grund av att han, med hänsyn till detta förhållande, inte har skadats eller riskerar att skadas av den överträdelse han gör gällande.

28 Om den upphandlande myndigheten inte har fattat något beslut att avvisa anbudsgivarens anbud i rätt skede av upphandlingsförfarandet måste emellertid det tillvägagångssätt som beskrivs i föregående punkt anses vara det enda som kan säkerställa anbudsgivarens rätt att ifrågasätta det skäl för avvisning av anbudet på vilket prövningsorganet grundar sin slutsats att han inte har skadats eller riskerat att skadas av det beslut han hävdar är rättsstridigt. Det är följaktligen också det enda tillvägagångssätt som kan garantera att gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling tillämpas i alla skeden av upphandlingsförfarandet.

29 Med hänsyn till ovanstående skäl skall den andra frågan besvaras på följande sätt: Artikel 1.3 i direktiv 89/665 utgör hinder för att en anbudsgivare, som önskar få en prövning av lagenligheten av den upphandlande myndighetens beslut att anse att hans anbud inte var det bästa, nekas tillträde till de prövningsförfaranden som föreskrivs i det nämnda direktivet med motiveringen att hans anbud borde ha förkastats av den upphandlande myndigheten av andra skäl i ett tidigare skede och att han därför inte har skadats eller riskerar att skadas av den rättsstridighet han gör gällande. Inom ramen för det förfarande som således skall vara öppet för den nämnde anbudsgivaren måste denne ha rätt att ifrågasätta det skäl för avvisning av anbudet på vilket prövningsorganet grundar sin slutsats att han inte har skadats eller riskerar att skadas av det beslut han hävdar är rättsstridigt.

Rättegångskostnader

30 De kostnader som har förorsakats den österrikiska och den italienska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

— angående de frågor som genom beslut av den 25 juni 2001 har ställts av Bundesvergabeamt — följande dom:

1) **Artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning**

av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster utgör inte något hinder för att personer som önskar tilldelas ett visst offentligt upphandlingskontrakt kan ansöka om de prövningsförfaranden som föreskrivs i det nämnda direktivet endast om de har skadats eller riskerar att skadas av den överträdelse de gör gällande.

2) Artikel 1.3 i direktiv 89/665 i dess ändrade lydelse genom direktiv 92/50, utgör hinder för att en anbudsgivare, som önskar få en prövning av lagenligheten av den upphandlande myndighetens beslut att anse att hans anbud inte var det bästa, nekas tillträde till de prövningsförfaranden som föreskrivs i det nämnda direktivet med motiveringen att hans anbud borde ha förkastats av den upphandlande myndigheten av andra skäl i ett tidigare skede och att han därför inte har skadats eller riskerar att skadas av den rättsstridighet han gör gällande. Inom ramen för det förfarande som således skall vara öppet för den nämnde anbudsgivaren måste denne ha rätt att ifrågasätta det skäl för avvisning av anbudet på vilket prövningsorganet grundar sin slutsats att han inte har skadats eller riskerar att skadas av det beslut han hävdar är rättsstridigt.

Puissochet Schintgen Skouris

Macken Cunha Rodrigues

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 19 juni 2003.

R. Grass J.-P. Puissochet

Justitiesekreterare Ordförande på sjätte avdelningen