FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEELHOED
föredraget den 20 november 2003 [1]

I — Inledning

1. Domstolen skall i detta mål bedöma fyra tolkningsfrågor som avser tolkningen av 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, [2] i dess ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (nedan kallat direktiv 89/665). [3]

2. Dessa frågor har uppkommit i en tvist mellan å ena sidan Siemens AG Österreich (nedan kallat Siemens) och ARGE Telekom & Partner (nedan kallat ARGE Telekom) och å andra sidan Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (nedan kallat Hauptverband), i dess egenskap av upphandlande myndighet.

3. Bakgrunden och förfarandet i den tvist som tolkningsfrågorna har uppkommit i är komplicerad och återges nedan i del III i detta förslag till avgörande. Det framgår av sammanhanget att det finns anledning att hysa tvivel huruvida dessa tolkningsfrågor, som, helt eller delvis är hypotetiska, kan tas upp till sakprövning, eftersom de inte har varit föremål för tvist i målet vid den nationella domstolen.

4. Frågeformuleringen i sig är visserligen invecklad men ger, tillsammans med motiveringen till hänskjutandebeslutet, tillräcklig ledning för att frågorna skall kunna besvaras. De relevanta delarna av beslutet sammanfattas därför i del III i detta förslag till avgörande. Bundesvergabeamt vill i dess egenskap av hänskjutande organ få klarhet i om den österrikiska lagstiftaren har genomfört direktiv 89/665 på ett korrekt sätt, mot bakgrund av myndighetens (begränsade) behörighet.

1 — Originalspråk: nederländska.

2 — EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48.

3 — EGT L 209, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

5. Artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 har följande lydelse:

"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."

6. Artikel 2.1, 2.6, 2.7 och 2.8 i direktiv 89/665 har följande lydelse:

"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 åsidosättandet 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.

i en rättslig instans eller en domstol som avses i fördragets artikel 177 (nu artikel 234 EG), oberoende av såväl upphandlingsmyndigheten som prövningsorganet.

...

Medlemmarna i ett sådant oberoende organ skall tillsättas och frånträda på samma villkor som gäller för rättsliga instanser, tillämpade av den myndighet som utnämner och avsätter dem, samt bestämmer ämbetsperiodens längd. Åtminstone ordföranden i prövningsorganet skall ha domarkompetens. Det oberoende organet skall fatta sina beslut i ett förfarande, där båda parter hörs, och besluten skall vara lagligen bindande enligt regler bestämda av medlemsstaten."

6. Verkan av att behörigheten har utövats enligt punkt 1 på ett redan slutet avtal om upphandling skall regleras i nationell lag. Medlemsstaterna får dessutom bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningsorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen.

7. Artikel 25 i direktiv 92/50 har följande lydelse:

7. Medlemsstaterna skall se till att införa bestämmelser, som garanterar att granskningsorganens beslut verkligen åtlyds.

8. För de fall prövningsorganen ej utgörs av rättsliga instanser gäller att skriftliga beslutsmotiveringar alltid skall ges. Dessutom gäller för dessa fall att det måste finnas en möjlighet att pröva påstådda olagliga åtgärder vidtagna av sådana organ

"De upphandlande myndigheterna får i kontraktsdokumenten begära att anbudsgivaren i sitt anbud skall ange till vilken del han ämnar lägga ut kontraktet på underleverantörer. En sådan angivelse skall inte påverka huvudleverantörens ansvar."

8. I artikel 32 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

"1. Tjänsteleverantörers förmåga att utföra tjänsterna kan bedömas mot bakgrund av framför allt deras yrkesmässiga färdigheter, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

2. Bevis om tjänsteleverantörens tekniska kapacitet får ges i en eller flera av följande former beroende på de upphandlade tjänsternas art, mängd och ändamål:

...

c) Uppgift om vilka tekniker och tekniska organ som anlitas, även om de inte direkt tillhör företaget, särskilt sådana som ansvarar för kvalitetssäkring.

...

h) Uppgift om hur stor del av kontraktet tjänsteleverantören eventuellt avser att lägga ut på underleverantörer.

3. Den upphandlande myndigheten skall i meddelandet eller i uppmaningen att lämna anbud specificera vilka referenser den önskar erhålla.

4. Den information som avses i artikel 31 och i punkterna 1–3 i denna artikel skall begränsas till vad som har samband med föremålet för kontraktet och den upphandlande myndigheten skall ta hänsyn till tjänsteleverantörernas legitima intresse att skydda tekniska hemligheter och handelshemligheter."

B — *Den nationella lagstiftningen*

9. Direktiv 89/665 och direktiv 92/50 har införlivats med österrikisk rätt genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997 (förbundslag från år 1997 om offentlig upphandling, BGBl. I, 1997/56, i dess lydelse enligt BGBl. I, 2000/125) (nedan kallad BVergG).

10. 31 § BVergG avser tjänster av underleverantörer och har följande lydelse:

"1. Det skall anges i kontraktsdokumenten om det är tillåtet att anlita underleverantörer. Det är inte tillåtet att lägga ut hela upphandlingskontraktet

på underleverantörer, med undantag för köpeavtal och till företag som tillhör huvudleverantören. Vid offentlig upphandling av byggarbeten är det inte tillåtet att lägga ut huvuddelen av tjänsterna ... på underleverantörer. ... Kontraktsgivaren skall försäkra sig om att huvudleverantörens underleverantörer själv[a] utför huvuddelen av de delar av kontrakten som har lagts ut på dem. Kontraktsgivaren kan i undantagsfall med en motivering i kontraktsdokumenten ange att det är tillåtet att lägga ut huvuddelen av upphandlingskontraktet på underleverantörer. Att lägga ut delar av upphandlingskontraktet på underleverantörer är för övrigt endast tillåtet om underleverantören har kapacitet för att utföra sin andel.

2. Kontraktsgivaren skall i kontraktsdokumenten begära att anbudsgivaren i sitt anbud skall ange till vilken del han eventuellt ämnar lägga ut kontraktet på underleverantörer. En sådan angivelse skall inte påverka huvudleverantörens ansvar."

11. I 40 § BVergG — Återkallelse av upphandlingen under anbudstiden — föreskrivs följande:

"1. Under anbudstiden kan upphandlingen till följd av tvingande skäl återkallas, särskilt om det före anbudstidens slut har framkommit omständigheter som ifall de tidigare hade varit kända inte hade lett till en upphandling eller en i innehållsmässigt avseende annan upphandling.

2. En återkallelse skall meddelas på samma sätt som upphandlingen.

3. Anbudsgivare och anbudssökande som redan har mottagit kontraktsdokumenten skall omedelbart informeras om återkallelsen samt skälen för den."

12. 52, 53, 53a, 54, 55 och 56 §§ BVergG — Bedömning av anbuden — återges enligt följande:

"Uteslutande av anbud.

1) Innan den upphandlande myndigheten övergår till att välja ut det anbud som skall tilldelas upphandlingskontraktet skall myndigheten på grundval av

resultaten från bedömningen omedelbart utesluta följande anbud:

1. Anbud från anbudssökande som är obehöriga eller inte förfogar över nödvändiga finansiella, företagsekonomiska eller tekniska kapaciteter eller inte är tillförlitliga.

...

8. Anbud som inte uppfyller upphandlingsreglerna liksom bristfälliga och ofullständiga anbud, om bristerna inte har åtgärdats eller inte kan åtgärdas, eller delanbud, om sådana inte är tillåtna.

9. Anbud från anbudssökande som har slutit avtal med andra intressenter i strid med god affärsmoral eller i strid med principen om effektiv konkurrens och som är till men för kontraktsgivaren.

...

Val av det anbud som skall tilldelas upphandlingskontraktet; principen om bästa anbud.

Bland de anbud som återstår efter uteslutning skall kontraktet tilldelas den som ur teknisk och ekonomisk synpunkt lämnat det bästa anbudet, enligt de för upphandlingen fastlagda kraven. (Principen om bästa anbud). Beslutet att tilldela kontraktet skall ... motiveras skriftligt.

Tillkännagivande av tilldelningsbeslutet

1) Kontraktsgivaren skall omedelbart skriftligen eller per fax meddela de återstående anbudsgivarna vilken anbudsgivare som har tilldelats upphandlingskontraktet. I detta meddelande kan, mot bakgrund av vad som föreskrivs i fjärde stycket, nämnas skälen till varför dessa anbudsgivare inte valts ut.

2) Tilldelningen får vid äventyr av ogiltighet inte ske inom en frist på två veckor efter att beslut om tilldelning,

som avses i stycke (1) har tillkännagivits ... Om ärendet handläggs i ett skyndsamt förfarande på grund av fara i dröjsmål reduceras fristen till en vecka.

3) De anbudsgivare vars anbud inte valts ut kan inom en frist på en vecka, och om ett skyndsamt förfarande på grund av fara i dröjsmål enligt 69 § följs, inom en frist på tre dagar, efter tillkännagivandet av beslutet att tilldela upphandlingskontraktet skriftligen begära skälen till varför deras anbud inte antogs, samt utmärkande egenskaper och fördelar hos det anbud som valts ut.

4) Kontraktsgivaren skall omedelbart efter mottagandet av en sådan begäran — för så vitt den har gjorts i tid — och i varje fall tre dagar före fristens utgång, meddela de anbudsgivare vars anbud inte valts ut namnet på den anbudsgivare som valts samt det tilldelade upphandlingskontraktets belopp. De anbudsgivare som inte valts ut skall även meddelas utmärkande egenskaper och fördelar hos det anbud som valts ut, för så vitt offentliggörande av dessa uppgifter inte strider mot allmänintresset eller med företagens legitima kommersiella intressen eller kan vålla skada för den fria och sunda konkurrensen.

5) Om en anbudsgivare vars anbud inte valts ut anser att det beslut som kontraktsgivaren fattat om tilldelning av upphandlingskontraktet åsidosätter bestämmelserna i denna lag och följaktligen vållar honom skada skall vederbörande omedelbart och med angivande av skälen till detta informera kontraktsgivaren om sin avsikt att anhängiggöra ett prövningsförfarande.

Tilldelning och genomförandeavtal

1) Under tilldelningsperioden har avtal kommit till stånd i det ögonblick anbudsgivaren mottar en skriftlig bekräftelse på antagandet av hans anbud. Om tilldelningsperioden överskrids eller om upphandlingskontraktet avviker från anbudet, har avtal kommit till stånd först när anbudsgivaren skriftligen förklarat att han accepterar upphandlingskontraktet. Anbudsgivaren skall ges en lämplig tidsfrist för att avge denna förklaring.

2) ...

Ogiltigförklaring av upphandlingen efter utgången av tiden för mottagande av anbud.

1) Efter utgången av tiden för mottagande av anbud skall upphandlingen ogiltigförklaras, om det finns tvingande skäl för det.

2) Upphandlingen kan ogiltigförklaras, om det efter att anbud har underkänts enligt 52 § endast återstår ett enda anbud.

3) Upphandlingen skall anses som ogiltigförklarad om det endast lämnats in ett enda eller inget anbud.

4) Anbudsgivarna skall omedelbart underrättas om att upphandlingen har ogiltigförklarats med angivande av skälen för detta.

5) Ogiltigförklaring av upphandlingen skall tillkännages på samma sätt som upphandlingen.

Avslutande av tilldelningsförfarandet

1) Tilldelningsförfarandet avslutas med att ett avtal sluts eller med att upphandlingen ogiltigförklaras.

2) Varje anbudsgivare som inte tilldelas upphandlingskontraktet skall omedelbart underrättas om det efter att förfarandet avslutats. ..."

13. Bundesvergabeamts behörighet läggs fast i 113 § BVergG. Denna bestämmelse har följande lydelse:

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

2) För att få åsidosättanden av denna förbundslag och av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag att

upphöra är Bundesvergabeamt behörig att fram till tilldelningen av kontraktet

1. föreskriva om interimistiska åtgärder, och

2. undanröja olagliga beslut av den upphandlande myndigheten.

3) Efter att kontraktet har tilldelats eller upphandlingsförfarandet avslutats är Bundesvergabeamt behörig att fastställa huruvida 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. I ett sådant förfarande är Bundesvergabeamt dessutom behörig att på ansökan av den upphandlande myndigheten fastställa huruvida en icke utvald anbudssökande eller anbudsgivare inte heller om alla bestämmelser i denna lag och tillhörande förordningar hade beaktats skulle ha fått en reell chans att tilldelas kontraktet."

14. Enligt 117 § första och tredje styckena BVergG föreskrivs följande:

"1) Bundesvergabeamt skall på administrativ väg ogiltigförklara det beslut som den upphandlande myndigheten har fattat inom ramen för ett upphandlingsförfarande — varvid Bundesvergabeamt skall ta hänsyn till förlikningskommitténs uttalande i detta ärende — när det ifrågavarande beslutet

1. strider mot bestämmelserna i denna federala lag eller förordningar som utfärdats för dess genomförande, och

2. beslutet har en väsentlig inverkan på utgången av upphandlingsförfarandet.

...

3) Efter tilldelningen av kontraktet skall Bundesvergabeamt i enlighet med villkoren i första stycket endast fastställa huruvida den påstådda rättsstridigheten föreligger eller inte."

15. Enligt 122 § första stycket BVergG gäller följande: "En anbudsgivare som har förbigåtts på grund av att en upphandlande myndighets organ uppsåtligen eller av vårdslöshet har åsidosatt denna förbundslag, eller förordningar som har utfärdats för genomförande av denna förbundslag, har rätt till ersättning från den upphandlande

myndigheten, som skall tillskrivas dess organs uppträdande, för kostnaderna för anbudslämnandet och för övriga kostnader som uppkommit genom deltagandet i upphandlingsförfarandet."

16. Enligt 125 § andra stycket BVergG kan en talan om skadestånd, som skall väckas vid en tvistemålsdomstol, endast tas upp till sakprövning om Bundesvergabeamt tidigare har fattat beslut enligt 113 § tredje stycket. Den tvistemålsdomstol som skall pröva en sådan skadeståndstalan är, liksom parterna vid Bundesvergabeamt, bunden av detta beslut.

17. I 5 § Verwaltungsvollstreckungsgesetz (österrikisk lag om verkställande av förvaltningsbeslut) föreskrivs följande:

"1) För att tillse att ett åläggande av en skyldighet att tolerera eller underlåta en viss handling eller att utföra en viss handling som på grund av dess särskilda karaktär inte kan utföras av tredje man verkställs får den verkställande myndigheten föreskriva vitesföreläggande eller hot om fängelsestraff.

2) Verkställighetsförfarandet skall börja med att den berörde föreläggs att uppfylla ifrågavarande skyldighet vid äventyr av ifrågavarande straff. Detta straff skall genast verkställas om den berörde åsidosätter nämnda skyldighet eller inte uppfyller den inom den föreskrivna fristen. Myndigheten hotar med strängare straff för varje överträdelse respektive dröjsmål med att uppfylla nämnda skyldighet. Hotet om straff skall inte längre verkställas när vederbörande har uppfyllt skyldigheten i fråga.

3) Vitesbeloppet får i inget fall överstiga 10 000 ATS och det fängelsestraff som myndigheten hotar med får inte överstiga en tid på fyra veckor.

4) Användningen av vitesföreläggande inom ramen för ett verkställighetsförfarande är även tillåten gentemot juridiska personer, enkla bolag och handelsbolag, med undantag av offentligrättsliga juridiska personer."

18. 879 § i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) (den österrikiska civilrättskodifikationen) har följande lydelse:

"1) Ett avtal som strider mot ett i lag föreskrivet förbud eller god sed, är ogiltigt.

2) Särskilt följande avtal är ogiltiga:

...”

III — Bakgrund och förfarande

A — *Bakgrund och förfaranden vid nationella organ*

19. Hauptverband meddelade den 21 september 1999 i bilagan till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* att den ämnade göra en upphandling i två steg. Upphandlingen avsåg tilldelning av upphandlingskontrakt för utveckling, planering och uppbyggande av ett chipbaserat ADB-system, inbegripet leverans, initiering, personalisering, fördelning och avfallshantering av korten. Vidare avsåg upphandlingen leverans, montering och underhåll av de slutliga apparaterna i hela Österrike. Upphandlingen avsåg slutligen stöd i samband med ADB-driften av systemet, stöd i samband med call-centerdriften, stöd för administration avseende korten samt stöd i samband med andra tjänster som är nödvändiga för driften av systemet.

20. Hauptverband beslutade den 22 februari 2000 att inbjuda fem grupper av anbudssökande att lämna anbud och att utesluta en sjätte sökande. I punkt 1.9 i ansökningshandlingarna av den 21 september 1999 samt i punkt 1.8 i upphandlingshandlingarna ”infordran av anbud” av den 15 mars 2000 sades följande om huruvida tjänster av underleverantörer var tillåtna: ”Att lämna vidare delar av tjänsterna är tillåtet i en omfattning med upp till 30 procent av tjänsterna, men endast under förutsättning att de delar som är utmärkande för kontraktet — det vill säga projektledning, utveckling av systemet, planering, uppbyggnad, leverans och drift av de projektspecifika centrala komponenterna i systemet som helhet, utveckling, leverans och administration av kortens livscykel samt utveckling och leverans av de slutliga apparaterna — förblir hos anbudsgivaren/gruppen av anbudsgivare.”

21. Det framgår av hänskjutandebeslutet att enligt den upphandlande myndigheten var denna bestämmelse ett lämplighetskriterium för att säkerställa att skyldigheterna enligt kontraktet skulle fullgöras utan tekniska fel. Kortleverantörens personliga ansvar skulle skapa ett större incitament för honom att tillhandahålla en felfri tjänst. På så sätt säkerställdes att den upphandlande myndigheten faktiskt kunde utöva ett inflytande.

22. I tre av de fyra grupper som verkligen lämnade in anbud (däribland även den

grupp i vilken Siemens och ARGE Telekom ingick) deltog emellertid kortleverantören Austria Card, som skulle svara för "leverans av korten". Den enda grupp av anbudsgivare som Austria Card inte medverkade i utgjordes av företaget EDS/ORGA.

23. Genom skrivelse av den 18 december 2000 underättades tre grupper av anbudsgivare om att Hauptverband, i dess egenskap av upphandlande myndighet, med stöd av 53 a § BVergG avsåg att tilldela EDS/ORGA upphandlingskontraktet.

24. De tre grupper av anbudsgivare som inte hade valts ut för tilldelning av kontraktet vände sig därefter till Bundesvergabekontrollkommission (österrikisk kontrollkommitté för tillsyn över upphandlingar) (nedan kallad BKK) med en begäran om att denna skulle genomföra ett förlikningsförfarande. BKK avslog i ett av de tre fallen begäran och i två av de andra fallen försökte den att nå en uppgörelse i godo, dock utan framgång. De tre grupper av anbudsgivare som inte valts ut ansökte därefter om ett prövningsförfarande vid Bundesvergabeamt. I ansökan yrkades i första hand att den upphandlande myndighetens beslut att tilldela anbudsgivargruppen EDS/ORGA upphandlingskontraktet i fråga skulle ogiltigförklaras. I andra hand yrkades att Hauptverband skulle föreläggas att ogiltigförklara upphandlingen.

25. Genom beslut av den 19 mars 2001 förklarade Bundesvergabeamt (åttonde kammaren) att yrkandena inte kunde tas upp till sakprövning på grund av att det saknades intresse i saken. Som motivering angav Bundesvergabeamt att den upphandlande myndigheten enligt 52 § första stycket nionde punkten BVergG hade att utesluta sökandenas anbud, eftersom Austria Card deltog i alla tre grupperna av anbudsgivare. Det därigenom möjliga informationsutbytet och de överläggningar som Austria Card nödvändigtvis hade haft med de tre konsortierna om utformningen av anbuden var att anse som ett avtal mellan anbudsgivare som stred mot konkurrensprincipen.

26. Det framgår av handlingarna i målet att detta beslut från Bundesvergabeamt upphävts genom Verfassungsgerichtshofs dom av den 12 juni 2001, på grund av att de tre gruppernas grundlagsskyddade rätt till domstolsprövning skulle ha kränkts. Bundesvergabeamt hade innan beslut fattades underlåtit att ställa en tolkningsfråga till domstolen angående huruvida en anbudsgivare vars anbud inte hade uteslutits av den upphandlande myndigheten kan undantas rätten att inleda ett förfarande inför behörigt nationellt organ.

27. Den 28 och den 29 mars 2001 har Debis, den tredje grupp som inte tilldelats kontraktet, respektive ARGE Telekom på nytt anhängiggjort ett prövningsförfarande vid Bundesvergabeamt. De begärde att

Hauptverbands beslut att inte ogiltigförklara upphandlingen skulle upphävas samt yrkade att en interimistisk åtgärd skulle vidtas, genom vilken den upphandlande myndigheten skulle förbjudas att tilldela kontraktet, antingen under en tid av minst två månader efter det att begäran hade framställts (Debis) eller till dess Bundesvergabeamt beslutat i saken (ARGE Telekom).

28. Med anledning av dessa yrkanden utfärdade Bundesvergabeamt, i interimistiskt beslut av den 5 april 2001, ett förbud mot att tilldela kontraktet före den 20 april 2001.

29. Debis och ARGE Telekom anförde i sina ansökningar argument grundade dels på nationell rätt, dels på gemenskapsrätten till stöd för sitt påstående att upphandlingen var rättsstridig. Upphandlingen måste ogiltigförklaras, eftersom det följde av Bundesvergabeamts beslut av den 19 mars 2001 att det endast återstod ett företag som kunde tilldelas kontraktet. Om anbuden från Siemens, ARGE Telekom och Debis skulle uteslutas enligt 52 § första stycket BVergG, eftersom de åsidosatt konkurrensprincipen följer det av 55 § andra och tredje styckena BVergG att upphandlingen måste ogiltigförklaras. Det återstod nämligen endast en enda anbudsgivare (EDS/ORGA). Upphandlingen skulle dessutom strida mot gemenskapsrätten, eftersom det i punkt 1.8 i anbudsinfordran av den 18 mars 2000 uppställts ett otillåtet lämplighetskriterium. I anbudsinfordran utesluts att underleverantörer anlitas för utförande av mer än 30 procent av tjänsterna i upphandlingen och att de delar som är utmärkande för kontraktet, särskilt leverans och administration av kortens livscykel, inte får läggas ut på underleverantörer. Detta tvingade klagandena att uppta Austria Card i det anbudsgivarkonsortium som de bildat. Om inte förbudet i punkt 1.8 i upphandlingvillkoren hade funnits, skulle klagandena ha kunnat anlita en underleverantör för detta. Enligt deras bedömning stred detta krav mot gemenskapsrätten. De hänvisade därvidlag till domstolens dom av den 2 december 1999 i målet Holst Italia.[4] Det följer av denna dom att det måste vara möjligt för en anbudsgivare att anlita tredje man för att utföra den tjänst som är föremål för upphandling, förutsatt att tredje man är lämplig att utföra tjänsten.

30. Genom beslut av den 20 april 2001 biföll Bundesvergabeamt (nionde kammaren) de av Debis och ARGE Telekom framställda yrkandena och upphävde i enlighet med 113 § andra stycket andra raden BVergG Hauptverbands beslut att inte ogiltigförklara upphandlingen. Som motivering för sitt beslut hävdade Bundesvergabeamt att upphandlingen skulle ogiltigförklaras, eftersom anbudsinfordran innehöll ett väsentligt villkor som var rättsstridigt. Det av Hauptverband uppställda förbudet mot anlitande av underleverantörer stred nämligen mot anbudsgivarens rätt enligt gemenskapsrätten att som bevis för sin kompetens kunna åberopa kompetensen hos en underleverantör, såsom domstolen fastslog i domen i målet Holst Italia.[5]

4 — Dom av den 2 december 1999 i mål C-176/98, Holst Italia (REG 1999, s. I-8607).

5 — Se ovan fotnot 4.

31. Hauptverband beslutade trots detta beslut den 23 april 2001 att omedelbart tilldela EDS/ORGA kontraktet, varefter avtal slöts. De interimistiska åtgärder som fastställdes i beslutet av den 5 april 2001 löpte ut den 20 april 2001 och förlängdes inte trots en ansökan om förlängning. Bundesvergabeamts beslut av den 20 april 2001 innehöll endast en svårbegriplig hänvisning till "Upphävande av en icke-ogiltigförklaring". Hauptverband utläste ur detta att det inte på ett juridiskt bindande sätt hade beslutats att dess beslut att tilldela den bästa anbudsgivaren kontraktet skulle vara ogiltigt eller ogiltigförklarat.

32. Hauptverband beslöt vidare att överklaga Bundesvergabeamts beslut av den 20 april 2001 till Verfassungsgerichtshof. Det framgår av handlingarna i målet vid den nationella domstolen att Bundesverfassungsgericht genom beslut av den 22 maj 2001 först avvisade yrkandet om att uppskjuta verkställigheten av Bundesvergabeamts beslut och sedermera, genom dom av den 2 mars 2002, upphäva nämnda beslut.

33. Siemens initierade den 30 april 2001 om ett prövningsförfarande vid Bundesvergabeamt avseende ogiltigförklaring av diverse beslut som fattats av Hauptverband, vilka hade samband med beslutet att tilldela EDS/ORGA kontraktet. Siemens ansåg att upphävandet av Hauptverbands beslut att inte ogiltigförklara det år 1999 offentliggjorda upphandlingsförfarandet medförde att Hauptverbands beslut att tilldela kontraktet var rättstridigt, eftersom det avsåg ett andra upphandlingsförfarande som inte offentliggjorts. Siemens yrkade dessutom att interimistiska åtgärder skulle vidtas. Bundesvergabeamt avslog den 11 maj 2001 detta yrkande, och beslöt att övriga yrkanden skulle prövas senare.

34. ARGE Telekom ansökte likaså den 17 maj 2001 om att interimistiska åtgärder skulle vidtas och att olika beslut som fattats av Hauptverband i samband med dess beslut att inte ogiltigförklara upphandlingsförfarandet skulle upphävas.

35. Siemens ansökte den 18 maj 2001 på nytt om interimistiska åtgärder samt om upphävande av Hauptverbands beslut att inte återkalla upphandlingsförfarandet, att tilldela EDS/ORGA kontraktet, att skicka tilldelningskontraktet till EDS/ORGA och med denna kombination av beslut som grund sluta avtal, utan att tilldelningsbeslutet hade offentliggjorts på ett rättsenligt sätt.

36. Bundesvergabeamt avslog genom beslut av den 9 juli 2001 yrkandena från ARGE Telekom och Siemens om en interimistisk åtgärd och beslutade att övriga yrkanden skulle avgöras senare.

37. Bundesvergabeamt (nionde kammaren) ansåg att en närmare tolkning av vissa bestämmelser i direktiv 89/665 var nödvändig för att kunna bedöma Siemens yrkanden av den 30 april och den 18 maj 2001 och ARGE Telekoms yrkande av den 17 maj 2001. Bundesvergabeamt har därför i beslut av den 27 juli 2001 ställt nedanstående tolkningsfrågor.

B — *Tolkningsfrågorna och kommentarer till dem*

"1) När det i nationell rätt inte finns något underlag för att effektivt verkställa prövningsorganets beslut gentemot den upphandlande myndigheten, skall då bestämmelserna i direktiv 89/665/EEG, särskilt artikel 2.1 b — eventuellt i förening med artikel 2.7 — tolkas på så sätt att rättsverkan av ett inhemskt prövningsorgans beslut, i den mening som avses i artikel 2.8 i direktiv 89/665/EEG, om upphävande av den upphandlande myndighetens beslut att inte ogiltigförklara upphandlingsförfarandet, består i att tilldelningsförfarandet i fråga genom det nationella prövningsorganets beslut utan vidare upphör utan den upphandlande myndighetens medverkan?

2) Innebär bestämmelserna i direktiv 89/665/EEG, särskilt artikel 2.7 — eventuellt i förening med bestämmelserna i direktiv 92/50/EEG, särskilt dess artikel 25 och artikel 32.2 c — eller någon annan bestämmelse i gemenskapsrätten, i synnerhet med hänsyn till att gemenskapsrätten skall tolkas enligt principen om ändamålsenlig verkan (effet utile), att ett villkor i anbudsinfordran vilket genom förbudet mot att anlita underleverantörer avseende väsentliga delar av skyldigheterna enligt kontraktet, i strid med domstolens rättspraxis (särskilt dom av den 2 december 1999 i mål C-176/98, Holst Italia mot Commune de Calgiari) hindrar anbudsgivaren från att, med hjälp av det avtal som slutits med underleverantören, visa att han faktiskt förfogar över resurser tillhörande tredje man, så uppenbart strider mot gemenskapsrätten att ett avtal som ingåtts på grundval av en sådan anbudsinfordran skall anses vara ogiltigt, i synnerhet när det i den nationella rättsordningen finns bestämmelser enligt vilka rättstridiga avtal är ogiltiga?

3) Innebär bestämmelserna i direktiv 89/665/EEG, särskilt artikel 2.7, eller någon annan bestämmelse i gemenskapsrätten, särskilt med hänsyn till att gemenskapsrätten skall tolkas enligt principen om ändamålsenlig verkan (effet utile), att ett avtal som har ingåtts i strid med ett nationellt prövningsorgans beslut i den mening som avses i artikel 2.8 i direktiv 89/665/EEG, om upphävande av den upphandlande myndighetens beslut att inte ogiltigförklara tilldelningsförfarandet, är ogiltigt, i synnerhet när det i den nationella rättsordningen finns bestämmelser enligt vilka avtal som strider mot god sed eller är rättsstridiga är ogiltiga och när det dessutom i nationell rätt inte är möjligt att effektivt verkställa prövningsorganets beslut gentemot den upphandlande myndigheten?

4 a) När det i nationell rätt i övrigt inte är möjligt att effektivt verkställa prövningsorganets beslut gentemot den upphandlande myndigheten, skall då bestämmelserna i direktiv 89/665/EEG, särskilt artikel 2.1 b — eventuellt i förening med artikel 2.7 — tolkas så, att prövningsorganet, genom direkt tillämpning av artikel 2.1 b i förening med artikel 2.7, har behörighet att medelst ett föreläggande som kan verkställas exekutivt förplikta den upphandlande myndigheten att upphäva det rättsstridiga beslutet, trots att prövningsorganet enligt bestämmelserna i den nationella rättsordningen i ett prövningsförfarande, i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 89/665/EEG, endast har behörighet att upphäva upphandlande myndigheters beslut genom föreläggande som inte kan verkställas exekutivt?

b) Om svaret på fråga 4 a är jakande: Har prövningsorganet i ett sådant fall enligt artikel 2.7 i direktiv 89/665/EEG, eventuellt i förening med andra bestämmelser i gemenskapsrätten, behörighet att, för att tillse att förelägganden efterlevs, själv hota med och besluta om dels vite — med belopp som enligt skönsmässig bedömning av domstol är rimligt — gentemot upphandlande myndigheter, dels vite och fängelsestraff gentemot ledamöter i den upphandlande myndighetens ledande organ, om den upphandlande myndigheten respektive ledamöterna i den upphandlande myndighetens ledande organ inte efterkommer prövningsorganens föreläggande?"

38. Bundesvergabeamt har i hänskjutandebeslutet utförligt kommenterat de tolkningsfrågor som angivits ovan. Huvuddelarna i dessa kommentater kan sammanfattas som följer.

39. Bundesvergabeamt har till stöd för den första frågan bland annat påpekat att dess beslut enligt 113 § andra stycket andra punkten BVergG inte utgör några exigibla förelägganden till den upphandlande myndigheten som kan verkställas på begäran av klaganden. På denna punkt avviker Bundesvergabeamts behörighet från den behörighet som liknande nationella organ har på exempelvis näringsrättens, byggrättens och vattenrättens område. Dessa organ kan fatta direkt verkställbara förelägganden. Det innebär att berörda parters rättsställning i upphandlingsrätten är väsentligt svagare än parternas rättsställning på andra rättsområden. Det hänskjutande organet har ifrågasatt huruvida det resultat som följer av den nationella lagstiftningen är förenligt med gemenskapsrättens krav, såsom de framför allt regleras i artikel 2.7 i direktiv 89/665.

40. I anslutning till fråga 2 har Bundesvergabeamt påpekat att dess beslut av den 20 april 2001 på grundval av domstolens rättspraxis utgick från att varje anbudsgivare, för att visa sin förmåga att uppfylla avtalet, har rätt att hänvisa till en underleverantör, om anbudsgivaren kan visa att han verkligen förfogar över underleverantörens resurser. Bundesvergabeamt anser således att den kan utgå från att en bestämmelse i upphandlingsvillkoren, enligt vilken ett anlitande av underleverantörer huvudsakligen är förbjudet, strider mot gemenskapsrätten och att ett upphandlingsförfarande i vilket det ställs ett sådant villkor skall ogiltigförklaras.

Gemenskapsrätten innehåller visserligen inga bestämmelser om offentlig upphandling som ger ett uttryckligt svar på frågan huruvida rättsstridiga tilldelningar av upphandlingskontrakt medför att de avtal som ingåtts mot denna bakgrund blir ogiltiga. Frågan om avtalets giltighet skall således anses hänförlig till nationell rätt.

Ett sådant resultat skulle emellertid, vid en prövning mot bakgrund av principen om gemenskapsrättens ändamålsenliga verkan, inte vara tillfredsställande. En upphandlande myndighet som inte iakttar de gemenskapsrättsliga bestämmelserna och inte ens följer prövningsorganets beslut kan förhindra att gemenskapsrättens mål uppnås, utan att behöva frukta någon som helst sanktion, när — såsom i förevarande fall — den nationella rättsordningen inte kan garantera att prövningsorganets beslut verkställs.

Bundesvergabeamt anser att det i detta sammanhang är meningsfullt att få klarlagt om ett avtal som har tillkommit på grundval av ett upphandlingsförfarande, i vilket gemenskapsrättsliga regler har åsidosatts, skall anses vara civilrättsligt ogiltigt till följd av att avtalet är rättsstridigt eller strider mot god sed.

41. Bundesvergabeamt har i de två första frågorna även pekat på att, om det skulle bedömas att det ingångna avtalet är ogiltigt, myndigheten fortfarande skulle vara behörig att ogiltigförklara beslut av den upphandlande myndigheten (och i vilket fall som helst vidta närmare åtgärder, om domstolen skulle svara jakande på frågorna 4 a och 4 b), eftersom ogiltighet vid slutande av avtal medför att även tilldelningen måste anses vara ogiltig. Enligt det hänskjutande organet är således en närmare tolkning av gemenskapsrätten nödvändig för att klargöra den nationella domstolens behörighet avseende fastställandet av huruvida tilldelningen var giltig och huruvida det avtal som har ingåtts på denna grund var giltigt.

42. Bundesvergabeamt har i fråga 3 hävdat att Hauptverband i dess egenskap av upphandlande myndighet genom att sluta avtal inte endast har åsidosatt de materiella bestämmelserna i den gemensamma upphandlingsrätten utan även uppsåtligen har ignorerat det nationella prövningsorganets beslut i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 89/665. Ett sådant förhållningssätt måste anses strida mot god sed, vilket får konsekvenser för avtalets giltighet.

43. Bundesvergabeamt har i anslutning till frågorna 4 a och 4 b påpekat att de nationella bestämmelserna inte garanterar att prövningsorganets beslut verkligen kan verkställas, eftersom det i nationell rätt inte föreskrivs att ett beslut av den upphandlande myndigheten kan verkställas exekutivt. I artikel 2.1 b i direktiv 89/665 ges visserligen medlemsstaterna en stor valmöjlighet när det gäller prövningsorganets behörighet, men om resultatet av detta skulle bli att de gemensamma upphandlingsreglerna hade otillräcklig ändamålsenlig verkan, borde det, såsom det framstår för det hänskjutande organet, innebära att utgångspunkten blev att de behörigheter för prövningsorganet som föreskrivs i direktivet var direkt tillämpliga. Bundesvergabeamt har mot denna bakgrund ifrågasatt huruvida de förvaltningsrättsliga tvångsmedel som föreskrivs i nationell rätt är tillräckliga för att framtvinga en adekvat efterlevnad av gemenskapsrätten.

IV — Förfarandet vid domstolen

44. Bundesvergabeamt har i hänskjutandebeslutet begärt att domstolen skall hand-

lägga de ställda tolkningsfrågorna skyndsamt, enligt det förfarande som anges i artikel 104 a i domstolens rättegångsregler. En skyndsam handläggning skulle förhindra att den upphandlande myndigheten hindrade genomförandet av gemenskapsrätten, såsom den har tolkats av domstolen, genom ett fullbordat faktum. Om de framlagda frågorna besvarades jakande skulle ett snabbt avgörande kunna förhindra större skador, eftersom genomförandet av avtalet mellan Hauptverband och EDS/ORGA vid tidpunkten för hänskjutandebeslutet ännu inte hade påbörjats.

45. Domstolens ordförande har i beslut av den 13 september 2001 avslagit denna begäran med motiveringen att det inte framgår av de omständigheter som det hänskjutande organet anfört att det skulle vara synnerligen brådskande att besvara frågorna.

46. Begäran om förhandsavgörande skrevs in i domstolens register den 9 augusti 2001. ARGE Telekom, Hauptverband, EDS/ORGA, den österrikiska regeringen och kommissionen har enligt artikel 20 i domstolens EG-stadga lämnat skriftliga yttranden. Hauptverband, den österrikiska regeringen och kommissionen har vid den muntliga förhandlingen närmare utvecklat sin ståndpunkt.

V — Bedömning

A — *Inledande anmärkningar*

47. Hänskjutandebeslutets bakgrund, som utförligt behandlats i punkterna 19–37 ovan, samt det hänskjutande organets kommentarer till tolkningsfrågorna ger anledning till några inledande anmärkningar.

48. Från det ögonblick att Hauptverband i dess egenskap av upphandlande myndighet underrättade kvarvarande anbudssökande i enlighet med artikel 53 BVergG om att myndigheten avsåg att tilldela EDS/ORGA kontraktet har följande tre grupper initierat förfaranden vid Bundesvergabeamt:

1. I den första serien av förfaranden har klagandena i målet vid den nationella domstolen begärt att Hauptverbands beslut att tilldela EDS/ORGA kontraktet skall upphävas och att upphandlingsförfarandet skall ogiltigförklaras.

De har därvidlag varit utan framgång. I beslut av den 19 mars 2001 förklarades att deras begäran inte kunde tas upp till sakprövning.

2. I den andra serien av förfaranden har de anbudssökande som inte valts ut bland annat begärt att Bundesvergabeamt skall upphäva Hauptverbands, i dess egenskap av upphandlande myndighet — underförstådda — beslut att inte ogiltigförklara upphandlingsförfarandet. Anbudssökandena var tvungna att använda denna väg, eftersom det inte längre var möjligt, såsom Hauptverband och den österrikiska regeringen har framhållit i sina skriftliga och muntliga yttranden, att en andra gång överklaga själva tilldelningsbeslutet vid Bundesvergabeamt. De anbudssökande som inte valts ut hade framgång med detta andra yrkande. Hauptverband förbjöds genom en interimistisk åtgärd av den 5 april 2001 att tilldela kontraktet före den 20 april 2001. Bundesvergabeamt upphävde därefter i beslut av den 20 april 2001 det underförstådda beslutet att inte ogiltigförklara upphandlingsförfarandet. Beslutet förhindrade emellertid inte att det några dagar senare slöts ett avtal mellan den upphandlande myndigheten och EDS/ORGA.

3. Därpå följde en tredje serie av förfaranden med vilka de anbudssökande som inte valts ut huvudsakligen syftade till att upphäva de beslut som Hauptverband hade fattat efter beslutet att välja ut EDS/ORGA som "bästa anbud", det vill säga att Hauptverband valt att bortse från Bundesvergabeamts beslut av den 20 april 2001, av vilket följde att upphandlingsförfarandet måste ogiltigförklaras. Inom ramen för denna tredje serie av förfaranden har Bundesvergabeamt ställt de föreliggande tolkningsfrågorna. Det kan utläsas ur hänskjutandebeslutet att de klagande parterna i detta förfarande huvudsakligen har grundat sina yrkanden på följande två påståenden:

— Beslutet att tilldela kontraktet av den 18 december 2000 skulle vara ogiltigt från början, eftersom det därtill nödvändiga godkännandet från den så kallade chipkommittén ännu inte givits, och

— besluten som medförde att avtal slöts mellan Hauptverband och EDS/ORGA skulle samtliga vara ogiltiga, eftersom de har fattats inom ramen för ett ogiltigt upphandlingsförfarande.

49. Det är klarlagt att det har slutits ett avtal mellan Hauptverband och EDS/ORGA varmed den andra fas i upphandlingsförfarandet som inleddes den 22 februari 2000 avslutades. Det är enligt öster-

rikisk rätt endast tvistemålsdomstolen som får bedöma giltigheten av detta avtal och ett eventuellt därmed sammanhängande skadestånd.

50. Det kan av de ställda frågorna, jämte de utförliga kommentarerna till dem, utläsas att Bundesvergabeamt har betvivlat att den har tillräcklig behörighet för att säkerställa ett effektivt genomförande av direktiv 89/665, eftersom ett upphandlingsförfarande som detta organ ansett strida mot gemenskapsrätten ändå medförde tilldelning och slutande av ett avtal för den omfattande upphandlingen.

51. Försåvitt denna bakgrund till frågorna har medfört att den hänskjutande domstolens frågor, först indirekt och sedan direkt, har kommit att aktualisera förenligheten som sådan mellan det österrikiska rättsliga systemet för offentlig upphandling och direktiv 89/665, överskrider den hänskjutande domstolen därmed den i artikel 234 EG givna ramen för förfarandet vid förhandsavgöranden, som begränsar samarbetsförfarandet mellan den nationella domstolen och domstolen till tolkning av gemenskapsrätten i syfte att kunna avgöra tvisten vid den nationella domstolen.

52. Det skall således undersökas om domstolens besvarande av de framställda tolkningsfrågorna kan vara till hjälp när det gäller att avgöra tvisten vid den nationella domstolen.

53. Mot denna bakgrund skall nu först bedömas om de ifrågavarande frågorna skall tas upp till sakprövning.

B — *Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning*

54. Hauptverband, den österrikiska regeringen och kommissionen har i sina skriftliga yttranden och sina muntliga framföranden vid förhandlingen, på mycket olika grunder, hävdat att frågorna inte kan tas upp till sakprövning.

55. Kommissionen har betvivlat huruvida det hänskjutande organet är ett rättskipande organ, eftersom detta i hänskjutandebeslutet självt har medgett att dess avgörande inte innefattar några "föreläggganden till den upphandlande myndigheten vilka kan bli föremål för verkställighet". Kommissionen har således ifrågasatt huruvida Bundesvergabeamts tolkningsfrågor kan tas upp till sakprövning, mot bakgrund av domstolens rättspraxis, särskilt domen i målet Victoria Film [6] och domen i målet Salzmann [7], av vilka följer att de nationella domstolarna endast har befogenhet att framställa en begäran till domstolen enligt artikel 234 EG om en tvist är anhängig vid dessa och om de skall fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett avgörande av rättskipningskaraktär.

6 — Dom av den 12 november 1998 i mål C-134/97, Victoria Film (REG 1998, s. I-7023), punkt 14.

7 — Dom av den 14 juni 2001 i mål C-178/99, Salzmann (REG 2001, s. I- 4421), punkt 14.

56. Den österrikiska regeringen menar att frågorna inte kan tas upp till sakprövning, eftersom de är formulerade på ett sådant sätt att de är obegripliga för dem som inte känner till den österrikiska upphandlingsrätten i formellt och materiell avseende. Den österrikiska regeringen anser att det kan krävas av den hänskjutande domstolen att tolkningsfrågor vars föremål rör komplicerade och grundläggande spörsmål beträffande systematiken i det nationella rättssystemet är formulerade på ett sådant sätt att de är tydliga och begripliga även för dem som inte är förtrogna med den ifrågavarande nationella rättsordningen.

57. Hauptverband anser att de ställda tolkningsfrågorna inte kan tas upp till sakprövning, eftersom hänskjutandebeslutet ger en ofullständig beskrivning av omständigheterna i målet vid den nationella domstolen. I det förevarande fallet har beslutet inte endast betydelse för ett utan för tre olika nationella förfaranden. Bundesvergabeamt har vidare i hänskjutandebeslutet underlåtit att nämna de vid Verfassungsgerichtshof och Handelsgericht Wien anhängiga förfarandena.

58. Hauptverband anser dessutom att Bundesvergabeamt saknar behörighet att ställa tolkningsfrågor, eftersom beslutet om tilldelning inte längre kan överklagas till Bundesvergabeamt efter dess beslut av den 19 mars 2001. Bundesvergabeamt har således inte längre behörighet att bedöma detta besluts giltighet, eller de beslut som Hauptverband därefter har fattat. Bundesvergabeamt saknar slutligen all behörighet att bedöma huruvida ett civilrättsligt avtal som har ingåtts efter upphandlingsförfarandets slut är giltigt eller ogiltigt.

59. Den österrikiska regeringen och Hauptverband har slutligen vid förhandlingen hänvisat till följderna av domen av den 2 mars 2002 från Verfassungsgerichtshof vad beträffar frågan huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning. I denna dom ogiltigförklarades Bundesvergabeamts beslut av den 20 april 2001. Verfassungsgericht fann att det var logiskt omöjligt att upphäva ett beslut i vilket det föreskrevs att något inte skulle göras. Ansökan från den grupp av anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet, som hade ett sådant föremål, borde således ha förklarats inte kunna tas upp till sakprövning. Eftersom Bundesvergabeamt i sak har prövat en ansökan som inte kunde tas upp till sakprövning, har Bundesvergabeamt utövat en behörighet som inte tillkom denna myndighet. Hauptverbands rätt till domstolsprövning har därmed åsidosatts.

60. Den österrikiska regeringen och Hauptverband har hävdat att genom denna dom från Verfassungsgerichtshof har de till domstolen ställda frågorna, åtminstone delvis, nämligen försåvitt de uttryckligen eller underförstått berör Bundesvergabeamts beslut av den 20 april 2001, förlorat sitt intresse i det nationella förfarandet och såtillvida blivit hypotetiska. Enligt dom-

stolens rättspraxis kan de då inte tas upp till sakprövning. Det gäller i varje fall fråga 1 och möjligen även frågorna 3, 4 a och 4 b.

61. Svaret på det första argumentet som kommissionen har anfört mot att frågorna kan tas upp till sakprövning kan göras kort. Domstolen har nyligen, i domen i målet GAT [8], uttryckligen uttalat att Bundesvergabeamts beslut verkligen har rättskipande karaktär och att domstolen således är behörig att besvara frågor som ställts av detta organ. Domstolen har hänvisat till att det följer av 125 § andra stycket BVergG att ett fastställande av Bundesvergabeamt enligt 113 § tredje stycket BVergG inte endast utgör ett villkor för att en skadeståndstalan skall kunna tas upp till sakprövning vid en tvistemålsdomstol om den nämnda bestämmelsen har överträtts utan att det dessutom är bindande för såväl parterna vid Bundesvergabeamt som för den tvistemålsdomstol vid vilken talan väckts. Slutsatsen blir att domstolen är behörig att besvara de frågor som Bundesvergabeamt har ställt.

62. Även den andra invändningen mot att uppta frågorna till sakprövning, som har framställts av den österrikiska regeringen, förefaller mig inte vara viktig. Det kan tydligt utläsas av det utförliga hänskjutandebeslutet och kommentaren till det vad det hänskjutande organet syftar på med de ställda frågorna, även om frågornas formulering vid ett första påseende inte alltid är helt klar. Den österrikiska regeringen förefaller dessutom med denna invändning, som framställts med hänvisning till nationell rätt, ha förbisett att förfarandet i artikel 234 EG inte har till föremål att tolka och bedöma giltigheten av nationell rätt, utan gemenskapsrätten, och i förevarande fall framför allt tolkningen av några bestämmelser i direktiven 89/665 och 92/50. [9]

63. Den tredje invändningen mot att uppta frågorna till sakprövning, som har framförts av Hauptverband, har, mot bakgrund av de anmärkningar som jag gjorde i punkterna 48–53 ovan, mer fog för sig. Det är visserligen domstolens fasta rättspraxis att det är den nationella domstolen som skall besluta om huruvida ett hänskjutandebeslut är förenligt med den nationella lagstiftningen i formellt och materiellt avseende, [10] och det är den nationella domstolen som skall fastställa [11] och bedöma relevanta faktiska omständigheter [12], men denna behörighet är inte obegränsad. Om det av hänskjutandebeslutet,

8 — Dom av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT (REG 2003, s. I-6351), punkterna 25–29.

9 — Se bland annat dom av den 16 december 1976 i mål 63/76, Inzirillo (REG 1976, s. 2057), punkt 6.

10 — Se bland annat dom av den 16 mars 1978 i mål 104/77, Oehlslager (REG 1978, s. 791), punkt 4, och av den 28 januari 1999 i mål C-181/96, Wilkens (REG 1999, s. I-399), punkt 33.

11 — Se bland annat dom av den 5 oktober 1999 i de förenade målen C-175/98 och C-177/98, Lirussi och Bizzarro (REG 1999, s. I-6881), punkterna 37 och 38, av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital (REG 2002, s. I-607), punkt 18, och av den 30 september 2003 i mål C-167/01, Inspire Art (REG 2003, s. I-10155), punkt 43.

12 — Se bland annat dom av den 16 juli 1992 i mål C-343/90, Lourenço Dias (REG 1992, s. I-4673; svensk specialutgåva, volym 13, s. 69), punkt 14, och domen i målet Canal Satélite (ovan fotnot 11), punkt 43.

handlingarna i målet vid den nationella domstolen samt av skriftliga och muntliga yttranden kan utläsas att besvarandet av de ställda frågorna uppenbarligen inte påverkar utgången av ärendet vid det nationella organet och att frågorna således har en hypotetisk karaktär, skall de, enligt domstolens fasta rättspraxis, [13] inte besvaras.

64. Mot bakgrund av det ovanstående skall det därför undersökas huruvida de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt är relevanta för avgörandet av målet vid den nationella domstolen.

65. Hauptverband har, såsom vi redan har påpekat i punkterna 48–51 ovan, slutit ett avtal med EDS/ORGA utan att beakta Bundesvergabeamts beslut, i vilket Hauptverbands — underförstådda — beslut att inte ogiltigförklara upphandlingsförfarandet ogiltigförklarades. De klagande parterna har nu i målet vid den nationella domstolen bland annat hävdat att samtliga Hauptverbands beslut som har medfört att bindande avtal slutits är ogiltiga, eftersom besluten skulle ha fattats inom ramen för ett ogiltigt upphandlingsförfarande.

66. Eftersom det har fastställts att det är tvistemålsdomstolen och inte Bundesvergabeamt som enligt österrikisk rätt skall bedöma giltigheten av det avtal som slöts den 23 april 2002 mellan Hauptverband och EDS/ORGA kan besvarandet av de ställda frågorna i princip inte vara till någon hjälp i förfarandet vid det nationella organet.

67. Enligt österrikisk lagstiftning är tvistemålsdomstol behörigt organ för bedömningen av avtal som har slutits efter tilldelningen av ett kontrakt. I denna lagstiftning är, i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 2.6 sista meningen i direktiv 89/665, behörigheten för denna rättsliga instans begränsad till tillerkännandet av skadestånd till var och en som har lidit skada till följd av att upphandlingsreglerna åsidosatts.

68. Eftersom det förefaller klarlagt att den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut i den situation som låg till grund för förfarandet vid det nationella organet inte upphävdes av Bundesvergabeamt och att ett eller flera avtal för att genomföra upphandlingen har slutits som följd av beslutet om tilldelning av kontraktet, får det förutsättas att endast tvistemålsdomstol är behörig att bedöma de avtal som blev resultatet av det aktuella upphandlingsförfarandet.

69. Mot bakgrund av vad som anförts ovan måste det enligt mitt synsätt förutsättas att de frågor som har ställts av Bundesvergabeamt, och som i grunden

13 — Se bland annat dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia mot Novello (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243), punkt 21, av den 21 mars 2002 i mål C-451/99, Cura Anlagen (REG 2002, s. I-3193), punkt 26, och domen i målet Inspire Art (ovan fotnot 11), punkt 47.

avser frågan huruvida de behörigheter som har tillerkänts denna myndighet i BVergG uppfyller de minimikrav som ställs i artikel 2.7 i direktiv 89/665, är rent hypotetiska.

70. Frågornas hypotetiska karaktär kommer för övrigt även till uttryck i deras innehåll. Sedda i sitt inbördes sammanhang innehåller de, som jag redan har påpekat i punkt 51, en begäran till domstolen att generellt pröva det nationella upphandlingssystemets rättsskydd i förhållande till tillämplig gemenskapsrätt, vilket ligger långt ifrån den egentliga tvistefrågan i förfarandet vid det nationella organet. Det hänskjutande organet har därmed bortsett från att förfarandet enligt artikel 234 EG innebär ett uppdrag för domstolen att bidra till rättskipningen i medlemsstaterna och inte att avge rådgivande utlåtanden i allmänna eller hypotetiska frågor. [14]

71. Som ett sista element i bedömningen av om de ställda frågorna kan tas upp till sakprövning skall följderna av Verfassungsgerichtshofs dom av den 2 mars 2002 beaktas.

72. Enligt hänskjutandebeslutet har Bundesvergabeamt framför allt ställt sina frågor, eftersom dess beslut av den 20 april 2001, varvid den upphandlande myndighetens — underförstådda — beslut att inte ogiltigförklara upphandlingsförfarandet upphävdes, inte var verkställbart enligt österrikisk rätt. Detta kommer otvetydigt till uttryck i ordalydelsen i frågorna 1, 3, 4 a och 4 b. Eftersom Verfassungsgerichtshof har ogiltigförklarat beslutet av den 20 april 2001 på grund av att Bundesvergabeamt inte var behörig att fatta ett sådant beslut, har grunden för de frågor som direkt avser beslutet bortfallit. Därmed har de, även om man bortser från de redan ovan anförda argumenten som talar för detta, blivit rent hypotetiska.

73. Fastän fråga 2 inte direkt avser beslutet av den 20 april 2001 förefaller mig frågan verkligen beröra den dom från Verfassungsgerichtshof som angetts ovan. Motiveringen i det — upphävda — beslutet av den 20 april 2001 grundades på antagandet att upphandlingsförfarandet skulle vara ogiltigt, eftersom det innehöll ett upphandlingsvillkor som ansågs strida mot gemenskapsrätten, i enlighet med vad domstolen uttalat i domen i målet Holst Italia. [15] Detta antagande är av avgörande betydelse för

14 — Senast domen i målet Inspire Art (ovan fotnot 11), punkt 45.

15 — Se ovan fotnot 4.

fråga 2. Vad gäller antagandets riktighet behöver domstolen inte behandla det eftersom det kommit till uttryck i ett beslut från Bundesvergabeamt som inte längre har någon betydelse för förfarandet vid det nationella organet.

74. Mot bakgrund av vad som anförts ovan drar jag slutsatsen att de frågor som Bundesvergabeamt har ställt i detta mål inte är relevanta för utgången av rättstvisten i målet vid den nationella domstolen och således inte skall tas upp till sakprövning, eftersom de är rent hypotetiska.

C — *Bedömning i sak*

75. Om och försåvitt domstolen inte delar min slutsats att ingen av de frågor som ställts kan tas upp till sakprövning, utan finner att endast de frågor som direkt omfattas av Verfassungsgerichtshofs dom av den 2 mars 2002, nämligen frågorna 1, 3, 4 a och 4 b skall avvisas, behandlar jag i andra hand ändå fråga 2.

76. Kommissionen har därvidlag påpekat, enligt min mening på goda grunder, att premissen som frågan vilar på är felaktig, nämligen att det av domstolens dom i målet Holst Italia [16] följer att det villkor som ställdes i punkt 1.8 i upphandlingsvillkoren av den 15 mars 2000 om tillåtligheten av att använda tjänster från underleverantörer skulle strida mot gemenskapsrätten.

77. Visserligen innehåller direktiv 92/50 ingen bestämmelse som är tillämplig på den aktuella upphandlingen, av vilken det följer att det är förbjudet i sig att använda sig av underleverantörer. Det framgår av artikel 25 i nämnda direktiv att den upphandlande myndigheten kan begära att anbudsgivaren i sitt anbud skall ange till vilken del han eventuellt ämnar lägga ut kontraktet på underleverantörer. I artikel 32.2 h i direktivet föreskrivs vidare att tjänsteleverantörens tekniska kapacitet, beroende på de upphandlande tjänsternas art, mängd och innehåll, bland annat kan visas genom uppgift om hur stor del av kontraktet som tjänsteleverantören ämnar att lägga ut på underleverantörer.

78. Kommissionen, den österrikiska regeringen och Hauptverband har vid bedömningen av om det är tillåtet att förbjuda användandet av underleverantörer med rätta påpekat att man måste skilja mellan ett sådant förbud vid bedömningen av anbudsgivarnas lämplighet och ett förbud

16 — Se ovan fotnot 4.

som rör genomförandet av det tilldelade kontraktet.

79. Den av Bundesvergabeamt anförda domen i målet Holst Italia [17] avsåg bedömnings- och urvalsfasen i upphandlingsförfarandet.

I punkt 26 i domen fann domstolen i detta avseende att "[d]et framgår såväl av bestämmelsernas syfte som deras ordalydelse att en person inte kan uteslutas ur ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster endast på grund av att denne avser att ta medel i anspråk för att genomföra kontrakt som inte är dess egna, utan som tillhör en eller flera andra enheter".

I punkt 31 avrundar domstolen sin motivering enligt följande: "Direktiv 92/50 skall tolkas så, att det tillåter att en tjänsteleverantör, för att bevisa att han uppfyller de ekonomiska, finansiella och tekniska villkoren för att delta i ett anbudsförfarande i syfte att teckna ett kontrakt om offentlig upphandling av tjänster, åberopar andra enheters kapacitet, oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören har till enheterna i fråga, under förutsättning att denne kan bevisa att han faktiskt förfogar över resurser hos dessa enheter, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet ..."

80. Jag tolkar denna dom på följande sätt: Potentiella anbudssökande kan inte uteslutas av den anledningen att de inte själva har all den kompetens som är nödvändig för att genomföra kontraktet. Ett sådant förbud skulle, framför allt vid större och tekniskt komplicerade kontrakt, kunna medföra att kretsen av sökande på förhand starkt begränsades. Därmed skulle innebörden av direktiv 92/50 åsidosättas. Kontraktsgivaren kan emellertid, för att säkerställa att det tilldelade kontraktet genomförs korrekt, kräva att anbudsgivaren, om denne åberopar andra enheters kompetens, ansvarar för förfogandet över dessa enheters resurser.

81. Det framgår emellertid av ordalydelsen i punkt 1.8 i upphandlingsvillkoren, såsom dessa har angivits ovan i punkt 20 i detta förslag till avgörande, att dessa villkor inte avser bedömnings- och urvalsfasen utan den fas i vilken avtal om genomförande av kontraktet sluts.

82. I denna fas strider förbud mot eller begränsning när det gäller att anlita underleverantörer, med vilket den som utlyst upphandlingen syftar till att förhindra att

17 — Se ovan fotnot 4.

genomförandet av viktiga delar av kontraktet överlämnas till enheter vars kompetens och kvaliteter han inte kunnat pröva under upphandlingsförfarandet, inte mot direktiv 92/50. Artikel 25 i direktivet är enligt sin ordalydelse uttryckligen tillämplig på bedömnings- och urvalsfasen av upphandlingsförfarandet. Denna bestämmelse medför även att den upphandlande myndigheten får den kunskap om de berörda enheternas kompetens som är nödvändig för att korrekt kunna bedöma de avgivna anbuden. Det kan inte ur detta hämtas något argument för ett förbud mot att anlita underleverantörer i den fas när genomförandeavtal efter tilldelning av kontraktet har slutits med utvalda anbudsgivare.

83. Det följer av det sagda att den premiss som Bundesvergabeamts beslut av den 20 april 2002 vilar på, nämligen att punkt 1.8 i upphandlingsvillkoren strider mot gemenskapsrätten och att upphandlingsförfarandet således skall ogiltigförklaras i dess helhet, i sig är felaktig.

84. Fastän det hänskjutande organet i sina frågor inte har begärt en prövning av sin tolkning av domstolens dom i målet Holst Italia [18] kan enligt min mening domstolen knappast låta en uppenbart felaktig tolkning av rättspraxis stå oemotsagd. Det gäller i synnerhet om den felaktiga tolkningen ligger till grund för det hänskjutande organets beslut varpå dess tolkningsfrågor syftar och om dessa tolkningsfrågor, av samma skäl, kan betraktas som hypotetiska.

85. Dessutom skall, om man bortser från antagandet i sak i beslutet av den 20 april, giltigheten och, eventuellt, ogiltigförklaringen av redan slutna avtal — med antagande av att en upphandling har skett som innehåller ett upphandlingsvillkor som strider mot gemenskapsrätten eller har skett i strid med ett prövningsorgans beslut rörande åsidosättandet av gemenskapsrätten i den mening som anges i artikel 2.8 i direktiv 89/665 — bedömas med stöd av tillämplig nationell rätt.

86. Denna uppfattning finner bland annat stöd i domstolens dom i målet Alcatel [19] och i generaladvokaten Albers förslag till avgörande inför domen i målet kommissionen mot Österrike [20].

18 — Se ovan fotnot 4.

19 — Dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671), punkt 49.

20 — Förslag till avgörande av den 19 januari 1999 inför dom av den 28 oktober 1999 i mål C-328/96, kommissionen mot Österrike (REG 1999, s. I-7479), punkt 48.

VI — Förslag till avgörande

87. Mot bakgrund av vad som ovan anförts, föreslår jag att domstolen skall besvara tolkningsfrågorna på följande sätt:

— De tolkningsfrågor som Bundesvergabeamt i hänskjutandebeslutet av den 11 juli 2001 har ställt till domstolen kan inte tas upp till sakprövning.

— I andra hand kan frågorna 1, 3, 4 a och 4 b inte tas upp till sakprövning, och fråga 2 besvaras enligt följande:

Om ett upphandlingsförfarande har skett som innehåller ett upphandlingsvillkor som strider mot gemenskapsrätten eller om tilldelning av upphandlingskontrakt ändå har skett, i strid med ett beslut av ett prövningsorgan som anges i artikel 2.8 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, skall giltighet, och, eventuellt, ogiltigförklaringen av redan ingångna avtal bedömas enligt tillämplig nationell rätt.