FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL
föredraget den 15 mars 2005 [1]

I — Inledning

1. Detta mål gäller prövning av ett beslut om tilldelning av kontrakt som har fattats av en upphandlande myndighet. Beslutet avser närmare bestämt frågan om talerätt för enskilda medlemmar av ett konsortium enligt belgisk rätt, vilket skall anses utgöra en entreprenörsgrupp i den mening som avses i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling (eller hänföras till "grupper av ekonomiska aktörer" enligt de nya direktiven om offentlig upphandling [2]).

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

2. Enligt artikel 1 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 [3] (nedan kallat direktivet) gäller bland annat följande:

"1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av direktiv 71/305/EEG, 77/62/EEG och 92/50/EEG kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Artikel 4.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EGT L 134, s. 114) och artikel 11.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling inom vatten-, energi-, transport- och postsektorerna (EGT L 134, s. 1).

3 — EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, 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, s. 139).

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 haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerats att skadas av en påstådd överträdelse. Det förutsätts 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. "

3. I artikel 2.1 i direktiv 89/665 föreskrivs bland annat följande:

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

...

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,

..."

4. I artikel 21 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelningen av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten [4] föreskrivs följande:

"Anbud kan lämnas av grupper av entreprenörer. Av en sådan grupp kan inte krävas att den antar en viss rättslig form i samband med avgivande av anbud, men detta kan däremot krävas när den har blivit tilldelad kontraktet."

4 — EGT L 199, s. 54, senare ändrat.

B — *Nationella bestämmelser*

5. Tillämplig bestämmelse är artikel 19 första stycket i lagarna om Conseil d'État, som samordnats den 12 januari 1973. I bestämmelsen regleras bland annat vem som är behörig att föra talan om ogiltigförklaring.

6. Artikel 53 i Code des sociétés (lagen om bolag) innehåller i huvudsak bestämmelser om hur en tillfällig sammanslutning av företag (association momentanée) skall företrädas.

7. I artikel 522.2 i Code des sociétés föreskrivs att ett aktiebolag (Société Anonyme) skall företrädas av styrelsen, bland annat när det uppträder inför domstol. Enligt samma bestämmelse får bolaget dock i bolagsordningen föreskriva att även en eller flera av styrelsens ledamöter har rätt att företräda bolaget inför domstol.

III — Bakgrund, det administrativa förfarandet och tolkningsfrågorna

8. Den 30 september 1997 publicerade Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (nedan kallat FOREM) i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* ett meddelande om offentlig upphandling. Upphandlingstjänsten beskrevs som "utformning, genomförande och finansiering av en byggnad på ca 6.500 m^2 (netto) över marknivå, som skall användas av de administrativa avdelningarna vid FOREM (regionala avdelningen i Liège)". Det angavs att alternativa utföranden var tillåtna. Därefter publicerades fyra rättelsemeddelanden.

9. Den 20 februari 1998 öppnades anbuden. Fem anbud hade lämnats. Anbudsgivare var, bland andra, entreprenörsgrupperna (konsortierna) Espace Trianon — SOFIBAIL och C.I.D.P.-B.P.C. Konsortiet Espace Trianon — SOFIBAIL består av aktiebolagen Espace Trianon SA (nedan kallat Espace) och Société Wallone de Location-Financement SA (nedan kallat SOFIBAIL).

10. Den 22 december 1998 tilldelade FOREM:s styrelse konsortiet C.I.D.P.-B.P.C. ett kontrakt avseende utformning, genomförande och finansiering av en byggnad på ca 6.500 m^2 (netto) över marknivå, som skulle användas av de administrativa avdelningarna vid FOREM (regionala avdelningen i Liège).

11. Den 8 januari 1999 godkände FOREM:s styrelse "det motiverade beslutet såsom det

antagits vid sammanträdet den 22 december 1998".

12. Den 25 januari 1999 delgavs Espace och SOFIBAIL tilldelningsbeslutet.

13. Den 19 februari 1999 väckte Espace och SOFIBAIL talan vid Conseil d'État. De yrkade att tilldelningsbeslutet skulle ogiltigförklaras.

14. Den 8 mars 1999 väckte Espace och SOFIBAIL talan vid Conseil d'État och yrkande att även godkännandet av den 8 januari 1999 skulle ogiltigförklaras.

15. Vid prövningen av frågan om talan kunde upptas till prövning, konstaterade Conseil d'État att Espaces beslut att väcka talan var felaktigt, eftersom det inte i enlighet med bolagsordningen hade fattats av styrelsen. SOFIBAILs beslut hade däremot fattats enligt gällande regler.

16. Med hänsyn till att anbudet hade lämnats av konsortiet Espace-SOFIBAIL prövade Conseil d'État vilka konsekvenser det kunde få för talerätten att en av medlemmarna i konsortiet hade fattat ett felaktigt beslut.

17. Genom dom av den 25 februari 2004 har Conseil d'État beslutat att begära att domstolen skall meddela förhandsavgörande beträffande följande tolkningsfrågor:

"1. Utgör artikel 1 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 hinder för en sådan bestämmelse i nationell lagstiftning som artikel 19 första stycket i de den 12 januari 1973 samordnade lagarna om Conseil d'État, vilken har tolkats så, att medlemmarna i ett konsortium, vilket inte är en juridisk person, vilket som sådant har deltagit i ett förfarande för offentlig upphandling och vilket inte har tilldelats kontraktet, endast gemensamt, i egenskap av medlemmar i konsortiet eller i sitt eget namn, har rätt att föra talan mot beslutet om tilldelning av sagda kontrakt?

2. Blir svaret på föregående fråga ett annat om medlemmarna i konsortiet har väckt talan tillsammans men om talan från en av dem skall avvisas?

3. Utgör artikel 1 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 hinder för en sådan bestämmelse i nationell lagstiftning som den i artikel 19 första stycket i de den 12 januari 1973 samordnade lagarna om Conseil d'État, vilken har tolkats som ett förbud för en enskild medlem i ett konsortium av nu angivet slag att individuellt, antingen i egenskap av medlem eller i sitt eget namn, föra talan mot beslutet om tilldelning av kontraktet?"

IV — Bedömning

A — *Allmänna anmärkningar*

18. De tre tolkningsfrågorna hänför sig i sak till de gemenskapsrättsliga villkoren för att medlemmarna i en entreprenörsgrupp, i detta fall ett konsortium enligt belgisk rätt, skall ha rätt att ansöka om prövning av ett tilldelningsbeslut.

19. Med hänsyn till ordalydelsen i frågorna erinrar jag om att domstolen inte kan meddela ett förhandsavgörande enligt artikel 234 EG i frågan huruvida den nationella lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrätten. Frågorna i detta mål måste därför uppfattas så att de avser tolkning av gemenskapsrätten.

20. Den första och den tredje frågan gäller den principiella frågan vilken talerätt som tillkommer enskilda medlemmar av en entreprenörsgrupp. Den andra frågan hänför sig till en särskild situation, nämligen den då visserligen alla medlemmar av en entreprenörsgrupp har väckt talan tillsammans men en av medlemmarna inte har talerätt.

21. Dessa rättsfrågor skall särskiljas från frågan om och på vilka villkor en entreprenörsgrupp enligt gemenskapsrätten har rätt att inleda ett prövningsförfarande enligt direktivet. Denna fråga omfattas dock inte av prövningen i detta mål.

22. Av processuella skäl måste den följande bedömningen emellertid även i andra hänseenden begränsas till den särskilda situation som har föranlett denna begäran om förhandsavgörande.

23. Målet vid den nationella domstolen gäller prövning av den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut. De svar som ges genom förhandsavgörandet i detta mål kan dock inte utan vidare tillämpas på talan om ogiltigförklaring av andra beslut som fattats av den upphandlande myndigheten, till exempel beslut enligt vilka deltagare inte utväljs som anbudssökande, det vill säga inte uppmanas att lämna anbud, eller beslut om uteslutning av anbudsgivare. Jag vill också påpeka att målet vid den nationella domstolen avser ogiltigförklaring av ett beslut.

24. Svaret på tolkningsfrågorna måste alltså begränsas till en sådan situation som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen. Det kan med andra ord mycket väl föreligga andra skyldigheter enligt gemenskapsrätten när det är fråga om att enbart fastställa rättsstridighet och att bevilja skadestånd.

25. Härtill kommer att den entreprenörsgrupp som det är fråga om i målet vid den nationella domstolen har bildats genom ett avtal och, i varje fall såvitt framgår av handlingarna i målet, inte är en juridisk person enligt nationell lagstiftning.

26. Därvidlag må det dock vara tillåtet att erinra om att det i de materiella bestämmelserna i såväl de tidigare som de nya direktiven om offentlig upphandling uttryckligen föreskrivs att anbud får lämnas av "grupper av anbudsgivare" respektive "grupper av ekonomiska aktörer". Gemenskapsrätten tillerkänner alltså sådana anbudssökande och anbudsgivare vissa rättigheter, särskilt rätten att delta i ett offentligt upphandlingsförfarande. Av nämnda gemenskapsrättsliga bestämmelser följer att entreprenörsgrupper har rätt att delta i upphandlingsförfaranden.

27. I detta mål om förhandsavgörande skall dessutom endast frågan om bestämmelsen om enhällighet respektive uteslutandet av talerätt för enskilda medlemmar av ett konsortium behandlas. Frågan huruvida andra nationella bestämmelser, avseende rätten att inleda ett prövningsförfarande som finns eller kan tänkas komma att finnas, är förenliga med gemenskapsrätten skall däremot inte behandlas.

28. Slutligen kan det konstateras att om gemenskapsrätten ålägger medlemsstaterna att tillerkänna entreprenörsgruppen som sådan talerätt kan kravet på effektivt rättsskydd uppfyllas även utan att enskilda medlemmar av gruppen har talerätt. I ett sådant fall skulle den rättsfråga som är föremål för detta förfarande reduceras till frågan om vem som har rätt att föra den behöriga entreprenörsgruppens talan.

B — *Den första och den tredje frågan*

29. Den första och den tredje frågan utgår båda från den nationella bestämmelse som är tillämplig i målet vid den nationella domstolen, enligt vilken endast alla medlemmar i ett konsortium, men däremot inte också en enskild medlem, har rätt att ansöka om prövning av den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut, det vill säga kan väcka talan om ogiltigförklaring av beslutet. Det är därför lämpligt att besvara den första och den tredje frågan gemensamt.

1. Utgångspunkt: intresse i den mening som avses i direktivet

30. Utgångspunkten för bedömningen av frågorna är de villkor för rätt att inleda ett prövningsförfarande som föreskrivs i artikel 1.3 i direktivet. Enligt denna bestämmelse skall medlemsstaterna se till "att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerats att skadas av en påstådd överträdelse".

31. Domstolen har i sin rättspraxis alltid understrukit att nämnda villkor enligt gemenskapsrätten måste vara uppfyllda för att det skall föreligga talerätt. [5]

32. En värdefull vägledning för bedömningen av detta mål om förhandsavgörande, som gäller en entreprenörsgrupp, kan man finna i domen i det ovannämnda målet Makedoniko. I nämnda dom har domstolen fastställt att det är mot bakgrund av villkoren i artikel 1.3 i direktivet som domstolen "skall avgöra huruvida en sådan entreprenörsgrupp ... skall ha tillgång till de prövningsförfaranden som föreskrivs i direktiv 89/665". [6]

33. Domstolen har alltså ansett att det har en avgörande betydelse om entreprenörsgruppen kan anses ha eller ha haft intresse av att tilldelas det kontrakt som är i fråga i målet vid den nationella domstolen och kan anses ha skadats eller ha riskerat att skadas av den upphandlande myndighetens beslut i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 89/665. [7]

34. Denna synpunkt kan tillämpas på frågeställningen i detta mål som gäller frågan huruvida entreprenörsgruppens enskilda

5 — Dom av den 23 januari 2003 i mål C-57/01, Makedoniko Metro (REG 2003, s. I-1091), punkt 65, och av den 12 februari 2004 i mål C-230/02, Grossmann Air Service (REG 2004, s. I-1791), punkt 25.

6 — Domen i det ovannämnda målet Makedoniko, punkt 66.

7 — Domen i det ovannämnda målet Makedoniko, punkt 72.

medlemmar skall ha tillgång till prövningsförfarandet men däremot inte berör frågan om talerätten för entreprenörsgruppen som sådan.

35. Talerätt skall enligt direktivet alltså tillerkännas den som har intresse av att tilldelas det kontrakt som föranleder prövningsförfarandet. Tilläggas skall att inte vilket intresse som helst är tillräckligt för att motivera en rätt att inleda ett prövningsförfarande.

36. Det är viktigt att understryka att detta även gäller entreprenörsgrupper. Ett sådant klargörande är nödvändigt, eftersom det kan råda skillnad dels mellan entreprenörsgruppens intressen och det intresse som någon av medlemmarna har, dels mellan de enskilda medlemmarnas intressen. Detta har för övrigt understrukits även av kommissionen.

37. Medlemmarna i en entreprenörsgrupp har visserligen intresse av att den grupp som de tillhör vinner ekonomisk framgång. En enskild medlem av en entreprenörsgrupp har dock endast intresse av att *entreprenörsgruppen* tilldelas kontraktet, däremot inte av att han *själv* tilldelas kontraktet.

38. Frågan om det finns ett intresse *i den mening som avses* i artikel 1.3 i direktivet skall avgöras med ledning av de av entreprenörsgruppens verksamheter som är relevanta för bestämmelserna om offentlig upphandling.

39. Tvärtemot vad kommissionen anser är medlemsstaterna nämligen principiellt inte skyldiga att tillerkänna andra företag talerätt än dem som har deltagit i det upphandlingsförfarande som skall prövas. [8]

40. Undantag från denna regel finns visserligen men de gäller endast i vissa fall. Man kan sålunda inte kräva att företaget skall ha deltagit i anbudsgivningen när den upphandlande myndigheten över huvud taget inte har genomfört ett formellt upphandlingsförfarande. [9] Rätt att ansöka om prövning enligt direktivet har också ett företag som inte har lämnat något anbud enbart av det skälet att de villkor som angivits i meddelandet om den offentliga upphandlingen var sådana att ett deltagande föreföll utsiktslöst. [10]

41. Enligt domstolens rättspraxis kan man alltså inte frångå kravet på deltagande i ett

8 — Domen i det ovannämnda målet Grossmann, punkt 27.

9 — Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle (ännu ej offentliggjort i rättsfallssamlingen), punkterna 34, 41 och följande punkter.

10 — Domen i det ovannämnda målet Grossmann, punkt 28 och följande punkter.

offentligt upphandlingsförfarande annat än i de fall då ett deltagande var omöjligt eller i varje fall tedde sig utsiktslöst. Avgörande är alltså att det är den upphandlande myndighetens handlande som har omöjliggjort ett framgångsrikt deltagande i ett offentligt upphandlingsförfarande. Från de fall då ett deltagande är *omöjligt* måste man emellertid skilja de fall i vilka ett företag inte alls *vill* delta i en offentlig upphandling. Detta gäller också för de enskilda medlemmarna av en entreprenörsgrupp som inte själva *vill* delta i den offentliga upphandlingen.

säga entreprenörsgruppen, utan som medlemmar i denna. Eftersom de enskilda företagen sålunda åberopar sin egenskap som medlemmar i en entreprenörsgrupp måste entreprenörsgruppens handlande också kunna tillgodoräknas dem eller åberopas emot dem.

2. Den materiella lagstiftningens betydelse för talerätten

42. Såvitt avser företag som sluter sig samman i en entreprenörsgrupp därför att de inte med framgång ensamma kan delta i upphandlingen skall det påpekas att det inte är den upphandlande myndighetens handlande som har omöjliggjort deltagandet.

44. Den processuella rättigheten att ansöka om prövning följer alltså av det faktiska deltagandet i ett offentligt upphandlingsförfarande som anbudssökande eller, som i målet vid den nationella domstolen, som anbudsgivare.

43. Det faktiska förhållande som har gett upphov till målet vid den nationella domstolen skiljer sig alltså också på en annan punkt från de fall i vilka deltagande i den offentliga upphandlingen inte får krävas därför att ett deltagande var omöjligt. Ett deltagande har ägt rum och det har till och med lämnats ett anbud. Att detta lämnades av entreprenörsgruppen och inte av medlemmarna är inte av avgörande betydelse. I prövningsförfarandet uppträder medlemmarna ju nämligen inte som företag utan någon relation till anbudsgivaren, det vill

45. Denna parallellitet har också kommit till uttryck i domen i det ovannämnda målet Makedoniko, enligt vilken "en entreprenörsgrupp skall ha sådan rätt att väcka talan som föreskrivs i direktiv 89/665 i den mån ett beslut av en upphandlande myndighet innebär att gruppens rättigheter enligt gemenskapsrätten åsidosätts inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling". [11]

11 — Domen i det ovannämnda målet Makedoniko, punkt 73.

46. Talerätt skall alltså tillerkännas den som också förfogar över de materiella rättigheterna. I fråga om entreprenörsgrupper tillkommer emellertid de rättigheter som följer av de materiella bestämmelserna om offentlig upphandling grupperna som sådana. Det är just entreprenörsgruppen som i egenskap av ett utomstående företag deltar i ett offentligt upphandlingsförfarande. Det är också bara denna grupp som i förekommande fall skall delges beslutet om tilldelningen.

47. Den omständigheten att även medlemmarna i en entreprenörsgrupp enligt nationell rätt övertar vissa skyldigheter, eventuellt till och med utåt, kan också vara avgörande för den nationella processrätten. På så sätt kan principen om parallellitet mellan materiella rättigheter och skyldigheter, å ena sidan, och rättsskydd, å andra sidan, få betydelse även i nationell lagstiftning.

48. Tolkningsfrågorna skall ur gemenskapsrättens synvinkel alltså besvaras med ledning av principen att direktivet skall tjäna genomförandet av de rättigheter som härleder sig från de materiella upphandlingsdirektiven.

49. Om man tillämpar denna princip i målet vid den nationella domstolen kan det konstateras att direktivet endast säkerställer *anbudsgivarens*, i detta fall alltså entreprenörsgruppens, rättsskydd. Just målet vid den nationella domstolen uppvisar nämligen det för entreprenörsgrupper typiska sakförhållandet, nämligen att deras medlemmar på grund av sin specialisering inte hade möjlighet att uppfylla hela kontraktet. Understrykas skall att de inte heller hade för avsikt att göra detta.

50. Parallellitetsprincipen talar alltså till och med snarare emot att även enskilda medlemmar av en entreprenörsgrupp skall tillerkännas talerätt.

51. Från direktivet kan man alltså endast härleda en talerätt för entreprenörsgruppen som sådan. Därav följer å andra sidan att enskilda medlemmar i en entreprenörsgrupp enligt gemenskapsrätten inte har rätt att i sitt *eget* namn ansöka om prövning av ett tilldelningsbeslut.

52. Det återstår då att utreda om enskilda medlemmar av en entreprenörsgrupp åtminstone i gruppens namn skall ha tillgång till ett prövningsförfarande.

53. Därvidlag skall det, som alltid med avseende på alla nationella processuella bestämmelser, erinras om likvärdighets- och effektivitetsprinciperna.

54. Dessa grundläggande principer i gemenskapsrätten, med avseende på rättsskyddet inom området för offentlig upphandling, slås till och med uttryckligen fast i artikel 1 i direktivet. Vad effektivitetsprincipen beträffar åläggs medlemsstaterna i artikel 1.1 i direktivet att säkerställa att de upphandlande myndigheternas beslut kan prövas *effektivt* och framför allt skyndsamt. Det kriterium som följer av den här relevanta effektivitetsprincipen är dock inte absolut.

55. Domstolen har sålunda i ett mål som gällde frågan om rättsskydd inom området för offentlig upphandling understrukit att "[vid] tillämpningen av effektivitetsprincipen måste emellertid varje fall som gäller frågan huruvida en nationell processuell bestämmelse gör det omöjligt eller orimligt svårt att tillämpa gemenskapsrätten bedömas med beaktande av bestämmelsens funktion i förfarandet som helhet betraktat samt med beaktande av hur förfarandet är utformat och dess särdrag". [12]

56. I domen i det ovannämnda målet Fritsch har domstolen framhållit ytterligare en princip, nämligen följande:

"I artikel 1.3 i direktiv 89/665 tillåts medlemsstaterna uttryckligen att bestämma på vilket sätt de skall tillse att de prövningsförfaranden som föreskrivs i direktivet skall kunna 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. Detta innebär emellertid inte att de kan tolka begreppet 'intresse av att få avtal om offentlig upphandling' på ett sätt som kan äventyra direktivets ändamålsenliga verkan." [13]

57. I domen i det ovannämnda målet Grossmann har domstolen till och med principiellt godtagit sådana nationella bestämmelser som närmare definierar begreppet intresse och därigenom begränsar kretsen av dem som har rätt att ansöka om prövning. Domstolen har i nämnda dom uttalat följande:

"Det kan inte vara till skada för den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 om någon som inte har deltagit i den offentliga upphandlingen och inte heller sökt prövning av den upphandlande myndighetens beslut att fastställa specifikationerna för upphandlingsförfarandet, vid dessa förhållanden anses sakna intresse av att tilldelas det ifrågava-

12 — Dom av den 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex (REG 2003, s. I-1877), punkt 56. Se också dom av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 14.

13 — Dom av den 19 juni 2003 i mål C-410/01, Fritsch m.fl. (REG 2003, s. I-6413), punkt 34.

rande avtalet och därmed att söka sådan prövning som föreskrivs i det ovannämnda direktivet." [14]

58. Av denna rättspraxis kan man därför dra slutsatsen att endast entreprenörsgruppen, men däremot inte en enskild medlem av gruppen, har det intresse som erfordras för att få tillgång till prövningsförfarandet.

3. Effekterna av kravet på enhällighet

59. Även kravet på enhällighet skall bedömas mot bakgrund av principerna om likvärdighet och effektivitet såsom dessa redovisats i det föregående.

60. Detta gäller först och främst med avseende på den av kommissionen åberopade effekten att kravet på enhällighet reducerar möjligheten att inleda ett prövningsförfarande och att denna begränsning är så mycket allvarligare på grund av den skyndsamhet som upphandlingens rättsskydd kräver.

61. Även andra anbudsgivare än entreprenörsgrupper är emellertid skyldiga att uppfylla jämförbara processvillkor. De måste framför allt ha behöriga företrädare i enlighet med sin respektive rättsliga form. När det gäller entreprenörsgrupper är det alltså noga räknat endast fråga om den interna viljeyttring som även andra anbudsgivare måste besluta om.

62. Enbart den omständigheten att kravet på enhällighet dessutom kan medföra att tillvaratagandet av entreprenörsgruppens intressen blir beroende av en enskild medlem innebär inte i sig att någon av de ovan angivna principerna har åsidosatts. Samverkan mellan de enskilda medlemmarna i en entreprenörsgrupp utgör nämligen inte något särdrag i processrätten. En samverkan är tvärtom nödvändig, till och med redan före deltagandet i ett upphandlingsförfarande och i än högre grad innan ett anbud lämnas, till exempel redan när en entreprenörsgrupp bildas.

63. Den omständigheten att de enskilda medlemmarnas intressen kan skilja sig åt sinsemellan kan vid tillämpning av kravet på enhällighet visserligen försvåra inledandet av ett prövningsförfarande. Man får emellertid inte bortse från att majoriteten av medlemmarna kan ha andra intressen än enskilda medlemmar även när det gäller frågan om prövning.

14 — Domen i det ovannämnda målet Grossmann, punkt 39.

64. Enligt kommissionens uppfattning tvingar just kravet på enhällighet entreprenörsgrupperna att anta en viss rättslig form. Härvid skall påpekas att detta krav snarare torde leda till att en viss rättslig form inte antas.

65. För övrigt måste varje entreprenörsgrupp konkret utforma samarbetet, vilket som regel sker genom att medlemmarna ingår ett avtal om att bilda en sådan grupp. Detta innebär, tvärtemot kommissionens uppfattning, inte någon överträdelse av artikel 21 i direktiv 93/37. Något tvång att anta en viss rättslig form uppstår nämligen inte redan därigenom. Beslutet att bilda en entreprenörsgrupp fattas medvetet, och med vetskap även om de för- och nackdelar som är förenade med bildandet.

66. Ett sådant avtal kan också omfatta utövandet av rätten att ansöka om prövning. De fördelar för de enskilda medlemmarna av en entreprenörsgrupp som följer av ett sådant avtal kan emellertid inte anses innebära en skyldighet att anta en viss rättslig form.

67. Kommissionen har slutligen gjort gällande att kravet på enhällighet till och med har en avskräckande verkan redan när en entreprenörsgrupp bildas. Den bortser då från att just vetskapen om att det kan uppstå eventuella svårigheter att göra rättsskyddet gällande får till följd att bestämmelser om lämpliga förebyggande åtgärder införs i avtalet om bildandet av gruppen. Genom sådana bestämmelser skulle det till exempel kunna föreskrivas att gruppen får företrädas av en enskild medlem eller att en viss majoritetsregel skall gälla.

68. Kravet på enhällighet kan inte heller ses som en diskriminering av andra bolagsrättsliga former. Även anbudsgivare som inte agerar i form av en entreprenörsgrupp måste iaktta de bolagsrättsliga och processuella bestämmelser som gäller för dem, till exempel bestämmelser om hur bolag skall företrädas av behöriga organ. De kännetecken som utmärker en entreprenörsgrupp utgör bara vissa särdrag för just denna rättsliga form.

69. Den handlingsförlamning till följd av kravet på enhällighet som kommissionen i flera avseenden har befarat kan lagstiftaren, som jag redan nämnt, förebygga, genom att i den nationella lagstiftningen föreskriva att kravet på enhällighet bara skall vara dispositivt. I så fall skulle andra lösningar kunna väljas antingen genom en lämplig utformning av avtalen om bildandet av entreprenörsgruppen eller — på förekommen anledning — genom beslut av medlemmarna direkt på grund av de relevanta bestämmelserna i den nationella lagstiftningen.

70. I detta mål har flera gånger hänvisats till möjligheterna att träffa överenskommelse om en majoritetsregel eller att föreskriva att gruppen får företrädas av en enskild medlem, till exempel i form av ett "mandat" enligt den nationella lagstiftningen i målet vid den nationella domstolen.

71. Det underlättande av tillgången till ett effektivt rättsskydd som gemenskapslagstiftaren har avsett skulle emellertid åsidosättas om den nationella lagstiftningen till exempel skulle innehålla bestämmelser om företrädare för bolag som går ut på att missgynna utländska entreprenörsgrupper eller som är praktiskt taget omöjliga att iaktta.

72. I många medlemsstater får även enskilda medlemmar av en entreprenörsgrupp ansöka om prövning av tilldelningsbeslutet. Kvar står dock det faktum att det enligt direktivet inte krävs att det skall vara så. Medlemsstaterna har i princip visserligen rätt att gå utöver de minimivillkor som krävs enligt direktiven. [15] Då uppkommer emellertid frågan om en sådan nationell lagstiftning, som vid första anblicken ter sig generös eftersom den är anbudsgivarvänlig, skulle vara förenlig med gemenskapsrätten. Denna rättsfråga omfattas emellertid inte av föreliggande begäran om förhandsavgörande.

73. Mot en gemenskapsrättslig skyldighet för medlemsstaterna att tillerkänna även enskilda medlemmar av en entreprenörsgrupp talerätt talar slutligen kravet på skydd även för de övriga medlemmarna i entreprenörsgruppen.

74. Att tillerkänna enskilda medlemmar talerätt skulle sålunda till exempel till och med kunna leda till att en majoritet av medlemmarna mot sin vilja tvingas in i ett prövningsförfarande och, om detta leder till framgång, dessutom tvingas in i ett nytt eller fortsatt upphandlingsförfarande som de kanske inte längre har något intresse av, till exempel därför att de redan har ingått andra avtal.

75. Anledning saknas att här behandla frågan huruvida gemenskapsrätten tvärtom förbjuder möjligheten att tillerkänna enskilda medlemmar av en entreprenörsgrupp talerätt. I detta mål skall det endast klargöras om gemenskapsrätten utgör hinder mot ett speciellt nationellt förbud eller, med andra ord, om den tillåter att talerätten begränsas på så sätt att den endast tillkommer samtliga medlemmar i en entreprenörsgrupp gemensamt.

76. Gemenskapsrätten förbjuder alltså inte principiellt medlemsstaterna att tillerkänna enskilda medlemmar av en entreprenörsgrupp rätt att i sitt eget namn ansöka om prövning. Den föreskriver å andra sidan inte heller att enskilda medlemmar skall ha rätt att ansöka om prövning i entreprenörsgrup-

15 — Dom av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT (REG 2003, s. I-6351), punkt 45.

pens namn. I varje fall gäller detta inte för de medlemsstater vilkas lagstiftning inte är tvingande, eftersom den tillåter att entreprenörsgrupperna, det vill säga medlemmarna i dessa, kommer överens om andra bestämmelser, till exempel redan i avtalet om bildandet av en entreprenörsgrupp eller, senare, genom beslut.

77. Den första och den tredje frågan skall alltså besvaras så att artikel 1 i direktiv 89/665 skall tolkas så, att den inte utgör hinder mot en nationell bestämmelse enligt vilken medlemmarna i ett konsortium, vilket inte är en juridisk person som i den egenskapen deltar i ett förfarande om upphandling av ett offentligt kontrakt och vilket inte har tilldelats kontraktet, endast alla tillsammans, i egenskap av grupp eller i sina egna namn, kan väcka talan om prövning av beslutet av tilldelning om sagda kontrakt, och enligt vilken bestämmelse en enskild medlem i ett sådant konsortium inte ensam, vare sig i egenskap av gruppmedlem eller i sitt eget namn, kan ansöka om prövning av tilldelningsbeslutet. Det sagda gäller under förutsättning att den nationella bestämmelsen inte gör det omöjligt eller orimligt svårt att tillämpa gemenskapsrätten. Denna förutsättning är uppfylld om den nationella lagstiftningen tillåter att medlemmarna i entreprenörsgruppen får komma överens om andra lösningar.

C — *Den andra frågan*

78. Den andra frågan avser talerätten i ett speciellt fall, nämligen i den situationen att medlemmarna i konsortiet visserligen har väckt talan alla tillsammans men att en av dem inte har talerätt.

79. Därmed kommer man in på rättsfrågan om det finns anledning att vid bedömningen av det nationella kravet på enhällighet enligt gemenskapsrätten göra någon distinktion med utgångspunkt från orsaken till att enhällighet inte har uppnåtts.

80. Både kommissionen och FOREM svarar nej, om än av olika skäl.

81. Som Republiken Österrike med rätta har framhållit skall den andra frågan besvaras i ljuset av likvärdighets- och effektivitetsprinciperna eller, som ovan anförts, med ledning av den i artikel 1 i direktivet uttryckligen föreskrivna principen om ett skyndsamt och effektivt rättsskydd.

82. Dessa principer skulle under vissa faktiska förhållanden eller med avseende på vissa nationella bestämmelser kunna ha åsidosatts. Denna begäran om förhandsavgörande avser frågan vilka gränser dessa två principer sätter för de effekter som följer av att kravet på enhällighet tillämpas i en sådan situation som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen.

83. Av domen i det ovannämnda målet Santex [16] och i motsats till domen i målet Universale Bau, [17] framgår det att även de faktiska omständigheterna i det konkreta fallet skall beaktas när frågan huruvida en nationell processuell föreskrift är rättsenlig skall bedömas mot bakgrund av de två nämnda principerna. En bestämmelse som vid första anblicken motsvarar bestämmelserna i gemenskapsrätten kan sålunda visa sig faktiskt strida mot gemenskapsrätten först i en senare konkret situation.

84. I en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG måste domstolen emellertid begränsa sig till att besvara tolkningsfrågorna och får inte göra några allmänt rådgivande uttalanden. Andra situationer än den som föreligger i målet vid den nationella domstolen och den rättsliga bedömning av denna som skall ske mot bakgrund av gemenskapsrätten kan därför inte behandlas här.

85. Den i målet tillämpliga nationella bestämmelse som föreskriver att bestämmelser enligt de interna viljeyttringarna skall iakttas i en sådan situation som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen strider i varje fall inte mot kravet på ett skyndsamt och effektivt rättsskydd.

86. Den andra frågan skall därför besvaras så, att svaret på den första frågan blir detsamma om de enskilda medlemmarna i konsortiet visserligen väcker talan tillsammans men en av dem inte har rätt att föra talan.

16 — Domen i det ovannämnda målet Santex.

17 — Dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl. (REG 2002, s. I-11617).

V — Förslag till avgörande

87. På grund av vad som anförts i det föregående föreslår jag att domstolen skall besvara tolkningsfrågorna på följande sätt:

1. Artikel 1 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 tolkas så att den inte utgör hinder mot en nationell bestämmelse, enligt vilken

   — medlemmarna i ett konsortium, vilket inte är juridisk person som i den egenskapen deltar i ett offentligt upphandlingsförfarande och vilket inte har tilldelats kontraktet, endast alla tillsammans, i egenskap av medlemmar i konsortiet eller i sina egna namn, har rätt att väcka talan om ogiltigförklaring av beslutet om tilldelningen av sagda kontrakt,

   — en enskild medlem av ett sådant konsortium inte har rätt att vare sig i sin egenskap av medlem i konsortiet eller i sitt eget namn ansöka om prövning av tilldelningsbeslutet.

   Det sagda gäller under förutsättning att den nationella bestämmelsen inte gör det omöjligt eller orimligt svårt att tillämpa gemenskapsrätten. Detta villkor är i varje fall uppfyllt om den nationella lagstiftningen tillåter att medlemmarna i entreprenörsgruppen kommer överens om andra lösningar.

2. Svaret på frågan blir detsamma om medlemmarna i konsortiet visserligen alla tillsammans väcker talan men en av dem inte har talerätt enligt den nationella lagstiftningen.