# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 7 februari 2002 [1]

## I — Inledande anmärkningar

1. Genom denna begäran om förhandsavgörande har Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (nedan kallad den nationella domstolen) bett domstolen ta ställning till frågan huruvida den kan bortse från rättskraften hos ett meddelande om offentlig upphandling av varor och tjänster vilket inte överklagats inom den i nationell rätt föreskrivna fristen och i ett (senare) mål som anhängiggjorts av en anbudsgivare till följd av att denne har uteslutits vid tilldelningen av uppdraget, ändå beakta att en klausul i meddelandet om offentlig upphandling stred mot gemenskapsrätten. I det konkreta fallet handlar det här om bevisning om leverantörernas ställning enligt artikel 22 i direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor [2] (nedan kallat upphandlingsdirektivet). Den nationella domstolen vill veta om den nationella principen att förvaltningsrättsliga rättsakter inte skall tillämpas om de inte överensstämmer med lagen (artikel 5 i lag nr 2248 av den 20 mars 1865) även skall tillämpas på klausuler i meddelanden om upphandling som strider mot gemenskapsrätten. Härutöver vill den nationella domstolen veta om denna princip även följer av artikel 6 i EU-fördraget, sedd i förening med rätten till en rättvis rättegång och rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artiklarna 6 och 13 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). För att denna begäran om förhandsavgörande skall kunna prövas måste dessutom direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten [3] (nedan kallat omprövningsdirektivet eller rättsmedelsdirektivet) tolkas.

## II — Sakomständigheter och förfarande

2. I målet inför den nationella domstolen har Santex SpA (nedan kallad sökanden) väckt talan mot Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia (nedan kallad svaranden) på grund av att sökanden uteslutits från ett upphandlingsförfarande rörande ett leveransuppdrag. På grund härav har sökanden väckt talan avseende beslutet om tilldelning av kontraktet samt avseende meddelandet om upphandlingen, vilket enligt sökandens uppfattning innehöll ett rekvisit för deltagande som var i strid mot gemenskapsrätten.

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — EGT L 199 av den 9 augusti 1993, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126.

3 — Rådets direktiv av den 21 december 1989 (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48).

3. Enligt begäran om förhandsavgörande publicerade svaranden i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 23 oktober 1996 ett meddelande om upphandling av "Hemleveranser av absorberande produkter för inkontinenta" för en uppskattad årlig kostnad om 1 067 372 000 ITL. Meddelandet innehöll ett villkor, enligt vilket endast företag som kunde visa att de under den senaste treårsperioden hade haft en sammanlagd omsättning avseende sådana tjänster som dem som upphandlingen avsåg som var åtminstone tre gånger så stor som det uppskattade belopp som uppdraget årligen skulle rendera, fick delta i upphandlingsförfarandet.

4. I en skrivelse av den 25 november 1996 påpekade sökanden för ordföranden för den hos svaranden ansvariga nämnden att den ovan nämnda klausulen utgjorde en otillbörlig konkurrensbegränsning. Eftersom de lokala hälsovårdsmyndigheterna ("aziende sanitarie locali") infört denna typ av tjänster för bara en kort tid sedan uteslöt detta villkor åtskilliga anbudsgivare, bland annat sökanden, trots att denne under det senaste året hade uppnått en omsättning som var dubbelt så stor som den omsättning som uppdraget antogs komma att årligen rendera.

5. På grund av detta sköt svarandens nämnd upp öppnandet av anbuden och uppmanade de berörda företagen att inkomma med omfattande dokumentation. Härvid påpekade nämnden att den ifrågasatta bestämmelsen skulle kunna tolkas så att den avsåg de anbudsgivande företagens totala omsättning och att tillhandahållandet av sådana produkter som upphandlingen avsåg därför inte utgjorde något rekvisit för att tillåtas delta i upphandlingen, utan endast kunde anses vara ett förhållande att beakta vid kvalitetsbedömningen. [4]

6. Sca Mölnlycke SpA (nedan kallat Mölnlycke), som under närmast föregående period hade innehaft uppdraget att leverera liknande produkter bestred denna tolkning. I en skrivelse till svaranden krävde Mölnlycke att den ifrågasatta klausulen i meddelandet om upphandling skulle iakttas strikt.

7. På grund härav uppmanade svaranden de anbudsgivande företagen att komplettera den redan ingivna dokumentationen med en redovisning av sin uppnådda omsättning avseende leveranser av sådana produkter som upphandlingen avsåg samt med en förteckning över de hälsoinrättningar till vilka varor hade levererats.

8. Upphandlingen avslutades genom att sökanden och två andra företag uteslöts och kontraktet tilldelades företaget Mölnlycke.

9. Sökanden, som anförde att den skulle ha tilldelats uppdraget om den tillåtits att delta, väckte talan såväl avseende beslutet om uteslutning ur upphandlingsförfarandet

4 — Se protokoll nr 1 från upphandlingsnämnden av den 12 december 1996.

som mot det senare beslutet om tilldelning av uppdraget samt mot meddelandet om upphandling. Sökanden åberopade härvid åsidosättande av lagen och maktmissbruk.

10. Svaranden samt företaget Mölnlycke, vilket har intervenerat i målet, har invänt att meddelandet om upphandling överklagats för sent och att talan därför skulle anses ogrundad och avslås.

11. Den nationella domstolen biföll hemställan om att den överklagade klausulen tills vidare inte skulle tillämpas, vilken framställts i samband med talans väckande, med motiveringen att gemenskapens konkurrensrättsliga principer hade åsidosatts. Eftersom meddelandet om upphandling innehållit ett villkor om en bestämd omsättningsnivå hade de konkurrerande företagens möjlighet att delta i upphandlingen begränsats på ett otillåtet och *oproportionerligt* sätt. Även om talan mot meddelandet om upphandlingen väckts för sent skulle klausulen i meddelandet inte tillämpas, eftersom den stred mot gemenskapsrätten.

12. Detta beslut upphävdes genom ett beslut av femte avdelningen vid den italienska högsta förvaltningsdomstolen (Consiglio di Stato) av den 29 augusti 1997 i vilket det varken finns någon redogörelse för de faktiska omständigheterna eller någon motivering.

13. Efter utgången av inhibitionsförfarandet fattade svaranden, som under tiden hade förlängt företaget Mölnlyckes sedan tidigare pågående tillhandahållande av tjänsten, slutligt beslut att tilldela nämnda bolag kontraktet för därpå följande period.

14. Den nationella domstolen har nu i det mål som är anhängigt vid domstolen i fråga begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande om huruvida artikel 22 i direktiv 93/36 eller artikel 6.2 EU i förening med artiklarna 6 och 13 i EKMR skall tolkas så att bestämmelser i ett meddelande om upphandling som strider mot gemenskapsrätten inte heller behöver tillämpas när meddelandet inte har överklagats inom den i nationella förvaltningsprocessrättsliga bestämmelser föreskrivna fristen.

15. I det skriftliga förfarandet inför domstolen har de italienska, franska och österrikiska regeringarna, liksom kommissionen, deltagit.

## III — Begäran om förhandsavgörande

16. I motiveringen av begäran om förhandsavgörande har den nationella domstolen framhållit att det var avgörande för dess beslut att meddelandet om upphandling innehöll en bestämmelse som stred mot

såväl gemenskapsrätten som mot den motsvarande nationella verkställighetsföreskriften. [5] Framför allt villkoret för deltagande i upphandlingen, enligt vilket omsättningen under den senaste treårsperioden avseende sådana tjänster som dem som upphandlingen avsåg skulle vara åtminstone tre gånger så stor som det belopp som fastställts där, strider mot proportionalitetsprincipen och mot förbudet mot diskriminering av de anbudsgivande företagen. Enligt den nationella förvaltningsprocessrätten måste den nationella domstolen dock först pröva en invändning om att talan väckts för sent.

17. Denna invändningen har motiverats med att redan meddelandet om upphandlingen hindrade sökanden från att deltaga. Härigenom har sökandens intresse av att deltaga i upphandlingen påverkats omedelbart och direkt. Härav följer att meddelandet, efter att sökanden fick kännedom om det, skulle ha överklagats inom 60-dagarsfristen enligt artikel 36 i förordning nr 1054 av den 6 juni 1924. [6]

18. Enligt den nationella domstolens uppfattning skall dock de rättigheter och intressen som tillkommer deltagarna i ett upphandlingsförfarande ges effektivt skydd såväl inom gemenskapsrättens tillämpningsområde som i den nationella rättsordningen. Upphandlingsvillkor som på ett otillbörligt sätt begränsar kriteriet om största möjliga deltagarkrets vad avser offentlig upphandling skall således inte tillämpas.

19. Härför har i regel två rättsprinciper åberopats. För det första har principen om automatiskt införande av tvingande bestämmelser i meddelandet om upphandling genom analog tillämpning av artikel 1339 i civillagen [7] nämnts, vilken i detta fall dock inte tycks tillämplig. För det andra har principen om underlåten tillämpning enligt den ännu gällande artikel 5 i lag nr 2248 av den 20 mars 1865, bilaga E tillämpats [8].

20. Under beaktande av denna princip har Consiglio di Stato allmänt fastslagit att — liksom vid tillämpningen av civilrätt i allmän domstol — även en förvaltningsdomare kan underlåta att tillämpa en förordningsbestämmelse som strider mot en bestämmelse av högre rang och inkräktar på en personlig rättighet. Detta synsätt tillämpade Consiglio di Stato dock inte på det här aktuella meddelandet om offentlig upphandling, eftersom ingen personlig rättighet ansågs berörd. Således skulle meddelandet om upphandling ha överklagats inom 60 dagar. Efter utgången av denna frist måste bestämmelserna i meddelandet tillämpas.

5 — Den hänskjutande domstolen anser att både artikel 22 i direktiv 93/36 och artikel 3.1c i dekret nr 358 av den 24 juli 1992 har åsidosatts.

6 — Förordning nr 1054 av den 6 juni 1924 angående sammanställningen av lagarna om det italienska Consiglio di Stato, vilken enligt artikel 19 i lag nr 1034 av den 6 december 1971 även gäller för regionala förvaltningsdomstolar.

7 — "Klausuler och priser på varor och tjänster vilka är föreskrivna i lag är rättsligt en del av avtalet, även om detta innebär att de träder istället för av parterna avvikande utformade klausuler."

8 — "Domstolar skall tillämpa förvaltningsrättsliga rättsakter och allmänna och lokala bestämmelser i den mån de överensstämmer med lagen."

21. I italiensk rätt görs åtskillnad mellan å ena sidan berättigade intressen, vilka alltid kräver att den inkräktande åtgärden överklagas i rätt tid, och å andra sidan personliga rättigheter, vilka kan skyddas genom rättsinstitutet underlåten tillämpning av viss rättsakt. Denna i nationell rätt ofta förekommande åtskillnad förefaller inte att kunna göras gällande på gemenskapsnivå.

22. Den nationella domstolen har hänvisat till domen i målet Simmenthal [9], i vilken domstolen fastslog att en domstol som skall tillämpa gemenskapsrätten är skyldig att säkerställa att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna får full verkan och i förekommande fall skall underlåta att tillämpa varje bestämmelse i nationell lagstiftning som strider mot denna utan att behöva begära att den nationella bestämmelsen skall upphävas eller avvakta ett sådant upphävande.

23. Vidare anser den nationella domstolen med hänsyn till domstolens avgöranden i målen van Schijndel och van Veen [10] samt Eco Swiss [11] att det måste prövas huruvida inte mot bakgrund av det speciella förloppet av det förvaltningsförfarande som föregått tilldelningen av det ifrågasatta leveransuppdraget väsentligen har försvårats eller omöjliggjorts att tillämpa gemenskapsrätten och huruvida detta har inverkat på rättsskyddet beträffande gemenskapsrättsliga bestämmelser.

24. Genom att först ha visat inställningen att den skulle tolka den ifrågasatta bestämmelsen extensivt eller ändra den, har svaranden hos sökanden framkallat ett intryck av att meddelandet om upphandlingen inte behövde överklagas. Genom sitt förhållningssätt har svaranden försatt sökanden i en objektiv situation av bristande rättssäkerhet. Således måste i detta fall de principer som domstolen utvecklat i målet Peterbroeck [12] tillämpas.

25. I föreliggande fall finns det således ett allmänintresse av att fastställa huruvida det överklagade uteslutandet är rättsstridigt. Å ena sidan måste nämligen en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten säkerställas, å andra sidan har den allmänna förvaltningen ett intresse av att öppna en upphandling för en så stor deltagarkrets som möjligt för att kunna välja den kvalitativt bästa produkten till det lämpligaste priset.

26. Ett ingripande *ex officio* från den nationella domstolens sida var berättigat. I målet Océano Grupo Editorial [13] fann nämligen EG-domstolen att nationella domstolar på området för avtal med konsumenter vid en prövning av huruvida en inkommen framställning skall tas upp till prövning har rätt att bedöma *ex officio* huruvida den ifrågavarande avtalsklausulen är rättsstridig.

9 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75).

10 — Dom av den 14 december 1995 i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, van Schijndel och van Veen (REG 1995, s. I-4705).

11 — Dom av den 1 juni 1999 i mål C-126/96, Eco Swiss (REG 1999, s. I-3055).

12 — Dom av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599).

13 — Dom av den 27 juni 2000 i de förenade målen C-240/98—C-244/98, Océano Grupo Editorial (REG 2000, s. I-4941).

27. De faktiska och rättsliga förhållandena är i detta mål sådana att de principer som följer av domen i målet Eco Swiss [14], enligt vilka åsidosättande av vissa nationella processrättsliga regler inte innebär en skyldighet att tillämpa gemenskapsrätten *ex officio*, inte skall tillämpas.

28. Den nationella domstolen har hänskjutit följande frågor till domstolen för förhandsavgörande:

"1) Skall artikel 22 i direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 tolkas på så sätt att behöriga nationella domstolar är skyldiga att skydda gemenskapsmedborgare, som har förfördelats genom rättsakter som har antagits i strid med gemenskapsrätten, genom att i synnerhet använda möjligheten att underlåta tillämpning enligt artikel 5 i den nationella lagen nr 2248 av den 20 mars 1865, även med avseende på klausuler i meddelanden om upphandling, vilka strider mot gemenskapsrätten men inte har överklagats under de korta frister för överklagande som är föreskrivna enligt nationell processrätt, för att i stället *ex officio* tillämpa gemenskapsrätten varje gång det kan påvisas att det dels har förelegat allvarliga hinder eller i vart fall allvarliga svårigheter att tillämpa gemenskapsrätten, dels föreligger ett allmänintresse av gemenskaps- eller nationellt ursprung som motiverar tillämpning av gemenskapsrätten?

2) Leder artikel 6.2 i fördraget [15], genom vilken Europeiska unionen har kodifierat de grundläggande rättigheter som säkerställs genom Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, och genom vilken därmed principen om rätt till ett effektivt rättsmedel enligt artiklarna 6 och 13 i nämnda konvention, har införlivats i gemenskapens rättsordning, till samma slutsats?"

## IV — Tillämpliga bestämmelser

### A — *Gemenskapsrätt*

29. I artikel 22 i direktiv 93/36 (upphandlingsdirektivet) föreskrivs följande:

"1. Bevis om leverantörens finansiella och ekonomiska ställning kan som regel utgöras av en eller flera av följande referenser:

...

14 — Dom i målet Eco Swiss (ovan fotnot 11).

15 — Härmed avses fördraget om Europeiska unionen (författarens anmärkning).

c) Uppgift om leverantörens totala omsättning och omsättning av varor som är föremål för upphandlingskontraktet för de tre föregående räkenskapsåren.

2. De upphandlande myndigheterna skall i meddelandet eller i uppmaningen till anbudsgivning specificera vilken eller vilka referenser av dem som anges i punkt 1 de har valt, samt vilka referenser som skall uppges utöver de i punkt 1 angivna.

3. Om en leverantör har godtagbart skäl för att inte förete de av den upphandlande myndigheten begärda referenserna, får han dokumentera sin ekonomiska och finansiella ställning så som den upphandlande myndigheten anser lämpligt."

30. Vidare är framför allt artiklarna 1.1 och 1.3 samt 2.1.b och 6 i direktiv 89/665/EEG (omprövnings- eller rättsmedelsdirektivet) av betydelse. I dessa föreskrivs följande:

"*Artikel 1*

1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt, vad beträffar upphandling inom ramen för direktiv 71/305/EEG och 77/62/EEG. I synnerhet skall prövningar göras skyndsamt enligt reglerna i följande artiklar, där särskilt uppmärksammas artikel 2.7 för de fall upphandlingsbeslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag.

2. ...

3. Medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor 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."

"*Artikel 2*

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

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

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

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

...

6. Verkan av att behörighet 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.

..."

"*Artikel 3*

1. Kommissionen får tillgripa prövningsförfarandet enligt denna artikel, om den innan ett upphandlingskontrakt slutits anser, att en klar och konkret överträdelse av gemenskapsreglerna har ägt rum vid en offentlig upphandling inom områdena för direktiven 71/305/EEG och 77/62/EEG.

..."

B — *Italiensk rätt*

31. Artikel 22 i direktiv 93/36 har införlivats genom artikel 13 i lagdekret nr 358 av den 24 juli 1992, vilken har rubriken "Konsoliderad lagstiftning om offentlig upphandling, med genomförande av direktiven 77/62/EEG, 80/767/EEG och 88/295/EEG". I denna artikel föreskrivs följande:

"*Artikel 13:*

1. Bevis om anbudsgivarnas finansiella och ekonomiska ställning kan utgöras av ett eller flera av följande dokument:

...

c) Uppgift om företagets totala omsättning och omsättning rörande leverans av sådana varor som upphandlingen avser för de tre föregående räkenskapsåren.

2. De upphandlande myndigheterna skall i meddelandet om upphandling specificera vilka av de dokument som anges i punkt 1 som skall inges, samt eventuella övriga dokument som de anser att de bör efterfråga...

3. Om en leverantör har godtagbart skäl för att inte kunna förete de av den upphandlande myndigheten begärda handlingarna, får han dokumentera sin ekonomiska och finansiella ställning genom sådana andra dokument som den upphandlande myndigheten anser lämpliga."

32. Dessutom är artikel 36.1 i det kungliga dekretet nr 1054 av den 26 juni 1924 relevant i detta fall. Denna föreskrift sammanställer lagarna om Consiglio di Stato och tillämpas enligt artikel 19 i lag nr 1034 av den 6 december 1971 även på förvaltningsdomstolar (nedan kallad artikel 36 i lag av den 26 juni 1924). Denna bestämmelse har följande lydelse:

"*Artikel 36*

1. Förutom i de fall när frister fastställts enligt särskilda lagar angående rättsmedel löper fristen för överklagande till Consiglio di Stato ut 60 dagar efter det datum förvaltningsbeslutet delgivits i den form och på det sätt som anges i förordningen eller efter det datum den berörde fått fullständig kännedom om beslutet..."

33. Slutligen är artikel 5 i lag nr 2248 av den 20 mars 1865 av betydelse i det föreliggande fallet. Den har följande lydelse:

"*Artikel 5*

Domstolarna skall, liksom i alla andra fall, tillämpa förvaltningsrättsliga rättsakter och allmänna och lokala föreskrifter i den mån de överensstämmer med lagen."

## V — Parternas argument

34. Den *italienska regeringen* har anfört att den nationella domstolen har utgått från att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna har direkt effekt och att skyddet för gemenskapens rättsordning således kräver av de nationella domstolarna att de säkerställer en effektiv tillämpning av dessa bestämmelser oberoende av nationella förvaltningsrättsliga bestämmelser.

35. Consiglio di Stato har dock senast i en dom av den 7 april 1998 bekräftat sin rättspraxis avseende meddelanden om upphandling och fastslagit att en rättsakt som inverkar på en anbudsgivares rätt att delta i ett upphandlingsförfarande måste överklagas inom den sedvanliga fristen om 60 dagar. Efter utgången av denna frist kan tillämpningen av den förvaltningsrättsliga rättsakten inte längre underlåtas. Rättsakten i fråga kan inte längre överklagas och sådan talan som riktas mot den kan inte tas upp till prövning. På motsvarande sätt måste alla grunder för talan som hänvisar till rättsaktens rättsstridighet avvisas.

36. Den förvaltningsrättsliga rättsaktens rättskraft fungerar som sanktion mot passivitet hos den person som anser att hans rättigheter åsidosatts och förstärker förtroendet för att myndigheterna handlar rättsenligt. En förvaltningsrättslig rättsakts rättskraft är liksom de rättsliga företeelserna preskription och laga kraft förutsättningar för rättssäkerhet. Om meddelandet om upphandling skulle fortsätta att vara överklagbart skulle konkurrenternas berättigade förväntningar och ekonomiska intressen komma att skadas.

37. För målet vid den nationella domstolen har den rättsliga naturen av artikel 22 i direktiv 93/36 inte någon avgörande betydelse. Avgörande är istället huruvida kraven på finansiell och ekonomisk ställning i meddelandet om upphandling är korrekta. Så har enligt den italienska regeringens uppfattning utan tvivel varit fallet. Artikel 22 i direktivet har för övrigt inte heller direkt effekt.

38. Med beaktande av medlemsstaternas allmänna skyldighet att medverka vid tillämpningen av gemenskapsrätten enligt artikel 10 EG, vilken även gäller för medlemsstaternas domstolar, uppstår frågan om i vilket förhållande denna skyldighet står till principer i nationell processrätt.

39. Den italienska regeringen har hänvisat till domstolens fasta rättspraxis. Enligt denna är det i avsaknad av gemenskapsrättslig reglering på området en uppgift för medlemsstaternas interna rättsordningar att tillse att förfarandet utformas för att skydda de rättigheter som följer för enskilda av gemenskapsrättens direkta effekt. Härav följer att dessa förfaranden inte får ges en mindre förmånlig utformning än vad som gäller för motsvarande förfaranden som bara berör nationell rätt. Utövandet av rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning får inte göras i praktiken omöjligt eller försvåras oproportionerligt.

40. Enligt italiensk rätt kan förvaltningsakter överklagas inom 60 dagar. Varje åsidosättande av såväl nationell rätt som gemenskapsrätt kan leda till att den förvaltningsrättsliga rättsakten förklaras vara rättsstridig. Således föreligger ingen diskriminering och ingenting hindrar en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten. Om en domare skulle tillåtas att lämna nationella processrättsliga bestämmelser utan avseende i fall där gemenskapsrätt med direkt effekt har åsidosatts, skulle detta innebära en oberättigad diskriminering av interna bestämmelser med jämförbart innehåll.

41. Den grundprincip om effektivt rättsskydd som följer av artiklarna 6 och 13 i EKMR gäller bara för gemenskapsrättsakter och sådana nationella rättsakter som kan härledas från de förra. Denna princip kan inte tillämpas till nackdel för nationell processrätt.

42. Den italienska regeringen har därför föreslagit att de hänskjutna frågorna skall besvaras enligt följande:

Om det inte objektivt kan påvisas att det föreligger någon olikartad processrättslig behandling av rättigheter som grundas på å ena sidan gemenskapsrättsliga bestämmelser med direkt effekt i medlemsstaten och på å andra sidan nationella bestämmelser med samma innehåll, är det inte möjligt att underlåta att tillämpa föreskrifter i medlemsstatens processrätt, vilka reglerar talan inför domstol avseende de rättigheter som påstås ha blivit kränkta.

43. Den *österrikiska regeringen* har framfört uppfattningen att den första hänskjutna frågan handlar om huruvida den gällande gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling är oförenlig med tillämpning av nationella preklusionsregler. I rättsmedelsdirektivet 89/665 fastställs den rättsliga ramen för offentliga upphandlingsförfaranden.

44. Republiken Österrike har företrätt uppfattningen att det är tillåtet att sätta ut frister för att begära överprövning hos det prövningsorgan som är behörigt i upphandlingsförfarandet, förutsatt att detta inte motverkar rättsmedelsdirektivets målsättningar och principerna om effektivitet och likabehandling enligt EG-fördraget. Direktivet i sig innehåller inte någon fullständig reglering av prövningsinstansernas organisation och utformningen av de förfaranden som skall följas i dessa instanser. Utformningen av dessa förfaranden är således medlemsstaternas sak.

45. Inte heller det rättsliga skyddet för anbudsgivare och upphandlare begränsas genom den i förevarande mål ifrågasatta fristen om 60 dagar för överklagande av förvaltningsbeslut. Tvärtom säkerställs genom denna frist i de konkurrerande anbudsgivarnas och upphandlande myndigheternas intresse, i det allmänna intresset av en fungerande förvaltning och inte minst i den överklagande personens eget intresse, att rättsstridiga beslut uppdagas och upphävs så snart som möjligt efter att det kommit till den berördes kännedom.

46. Republiken Österrike har därför föreslagit att de hänskjutna frågorna skall besvaras enligt följande:

Direktiv 89/665 är inte oförenligt med en nationell bestämmelse som sätter ut en frist för inledandet av ett prövningsförfarande för den som har fått kännedom om att upphandlingsbestämmelser har åsidosatts och enligt vilken en försummelse att beakta nämnda frist leder till att detta beslut av det upphandlande företaget inte längre kan överklagas under det fortsatta upphandlingsförfarandet. Fristen får inte utformas på ett sådant sätt att inledandet eller genomförandet av prövningsförfarandet görs i praktiken omöjligt eller oproportionerligt svårt. Det kan föreskrivas att, vid kännedom om att upphandlingsreglerna åsidosatts, alla felaktigheter måste göras gällande inom den föreskrivna fristen vid äventyr av att berörda rättigheter annars går förlorade.

47. Den *franska regeringen* har uppfattat den första frågan på det sättet att den hänskjutande domstolen vill veta huruvida en nationell domstol är skyldig att *ex officio* pröva en nationell rättsakts förenlighet med en gemenskapsrättslig bestämmelse för det fall rättsakten inte har överklagats inom den frist som följer av nationella processrättsliga föreskrifter. Den franska regeringen har föreslagit att denna fråga skall besvaras nekande.

48. Även den franska regeringen har hänvisat till domstolens praxis i målet Peterbroeck [16] och har härav dragit slutsatsen att en frist av det slag som den italienska, vilken för överklagande av förvaltnings-

16 — Domen i målet Peterbroeck (ovan fotnot 12), punkt 12.

rättsliga rättsakter uppgår till 60 dagar, inte medför att utövandet av rättigheter som följer av gemenskapsrätten blir i praktiken omöjligt eller försvåras oproportionerligt.

49. Preklusionsregler medför att principen om rättssäkerhet är tillämplig med avseende på båda parter, eftersom de ger en rättslig ram och en tidsram för överklagandemöjligheterna. Rättssäkerhet är en av gemenskapsrättens grundläggande principer. Dessa principer utgör "ordre public"-regler och måste beaktas av parterna och av domstolarna.

50. I den del den nationella domstolen anser att den upphandlande myndighetens förhållningssätt i förevarande fall efter offentliggörandet av meddelandet om upphandling har bidragit till att sökandens överklagande inte kan tas upp till prövning, har den franska regeringen hänvisat till domen i målet Edis. [17] Visserligen följer det av detta avgörande att en nationell myndighets förhållningssätt i förening med en frist kan leda till att en sökande berövas alla möjligheter att göra sina rättigheter gällande inför de nationella domstolarna i medlemsstaterna. Ett företag som sökanden kan dock inte ha varit omedvetet om nödvändigheten av att för säkerhets skull överklaga inom den utsatta fristen, även om förhandlingar samtidigt fördes med den upphandlande myndigheten.

17 — Dom av den 15 september 1998 i mål C-231/96, Edis (REG 1998, s. I-4951), punkt 48.

51. Den franska regeringen har således föreslagit att de hänskjutna frågorna skall besvaras på följande sätt:

Gemenskapsrätten förpliktar inte en nationell domstol som prövar ett mål inom ramen för sitt kompetensområde att *ex officio* bedöma en intern rättsakts förenlighet med gemenskapsrätten, när den berörde inte överklagat denna rättsakt inom den frist som föreskrivs i nationella processrättsliga bestämmelser.

Artikel 6.2 i fördraget om Europeiska unionen ger i den mån den hänvisar till artiklarna 6 och 13 i EKMR inte upphov till några ytterligare skyldigheter i detta hänseende.

52. *Kommissionen* har i sitt yttrande till en början påpekat att de kriterier för värdering av medlemsstaternas rättsmedelssystem som omnämns i domstolens praxis, till exempel diskrimineringsförbudet och kravet att utövandet av rättigheter inte får göras i praktiken omöjligt eller oproportionerligt svårt, bara kan tillämpas när gemenskapsrätten inte direkt eller genom harmoniserade bestämmelser innehåller regler som måste tillämpas i medlemsstaternas rättsordning. På området för offentlig upphandling finns direktiv 89/665, vilket utgör grunden för bedömningen av denna begäran om förhandsavgörande.

53. Kommissionen har därför föreslagit att de hänskjutna frågorna skall omformuleras enligt följande:

Skall direktiv 89/665 tolkas så att de behöriga nationella domstolarna är förpliktade att skydda unionsmedborgare som kränkts i sina rättigheter av en rättsakt som utfärdats i strid med direktiv 93/36, genom att inte tillämpa en klausul i ett meddelande om upphandling som strider mot gemenskapsrätten, men inte överklagats inom den frist som följer av nationell processrätt och istället tillämpa gemenskapsrätten *ex officio* i varje led i upphandlingsförfarandet, inklusive beslutet om tilldelningen av kontraktet.

54. Eftersom rättsmedelsdirektivet 89/665 ålägger medlemsstaterna att se till att den upphandlande myndighetens beslut kan bli föremål för effektiv och skyndsam prövning, vilket skall möjliggöra ogiltigförklaring av rättsstridiga beslut oberoende av om ett beslut i ett tidigare skede överklagats inom föreskriven frist, så måste nu prövas huruvida tilldelningsbeslutet och uteslutningsbeslutet är att anses som "beslut" i direktivets mening.

55. Uppräkningen av rättsstridiga beslut som kan överklagas i artikel 2.1b i rättsmedelsdirektivet utgör bara exempel och är inte på något sätt uttömmande. Vad tilldelningsbeslutet beträffar har kommissionen hänvisat till domen i målet Alcatel [18]. I detta mål fastställdes att tilldelningsbeslut är beslut i den mening som avses i direktiv 89/665.

56. Vad uteslutningsbeslutet beträffar har kommissionen fastställt att detta är den rättsakt genom vilken den upphandlande myndigheten besvarar företagens ansökan om att deltaga i upphandlingsförfarandet. I detta beslut hänvisar den upphandlande myndigheten till de allmänna och särskilda bestämmelserna i upphandlingsmeddelandet och tolkar således dessa. Detta utgör således ett nytt och självständigt beslut. Om meddelandet om upphandling strider mot bestämmelser i gemenskapsrätten är den upphandlande myndigheten till och med skyldig att direkt tillämpa gemenskapsrätten och fatta ett korrekt beslut.

57. Uteslutningsbeslutet är följaktligen ett beslut i den mening som avses i direktiv 89/665 och måste således kunna överklagas med hjälp av snabba och effektiva rättsmedel utan att det är nödvändigt att härvid ta hänsyn till ett rättsstridigt meddelande om upphandling, vilket alltså inte får tillämpas.

58. I detta fall uppgav de upphandlande myndigheterna dessutom till att börja med

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

att den ifrågasatta bestämmelsen i meddelandet skulle uppfattas som ett upphandlingsrekvisit och inte kunde ses som ett urvalskriterium. Således tolkades upphandlingsmeddelandet i överensstämmelse med gemenskapsrätten, som gavs direkt effekt.

59. Förarbetena till direktiv 89/665 bekräftar det ovan beskrivna synsättet. I kommissionens ursprungliga förslag angavs följande: "Medlemsstaterna skall vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att det finns tillgång till effektiva förvaltningsrättsliga rättsmedel och/eller en effektiv domstolsprövning på varje stadium av den offentliga upphandlingen..." [19] Under förberedelsearbetet i rådet ströks formuleringen "på varje stadium av den offentliga upphandlingen" utan motivering. Den italienska delegationen bad dock att uttrycket "besluten" skulle bytas ut mot "varje beslut". Denna önskan återtogs sedan med anledning av en gemensam förklaring till artikel 1 som upptogs i protokollet. Denna gemensamma förklaring har följande lydelse: "Rådet och kommissionen förklarar att varje person som uteslutits ur ett offentligt upphandlingsförfarande på grund av en påstådd överträdelse i direktivets mening skall anses vara en person som har eller hade ett intresse av tilldelningen av kontraktet i en offentlig upphandling och vars rättigheter har åsidosatts eller skulle kunna ha åsidosatts."

19 — EGT C 230, 1987, s. 6.

60. Kommissionen har föreslagit att begäran om förhandsavgörande skall besvaras på följande sätt:

Direktiv 89/665 ålägger medlemsstaternas behöriga domstolar att säkerställa skyddet för unionsmedborgare som kränkts i sina rättigheter av förvaltningsrättsliga rättsakter som utfärdats i strid mot direktiv 93/36, genom att använda sig av möjligheten att underlåta att tillämpa en klausul i ett meddelande om upphandling som är oförenlig med gemenskapsrätten, även om den inte överklagats inom den frist som föreskrivs i medlemsstatens processrätt och istället tillämpa gemenskapsrätten *ex officio* på varje stadium av upphandlingsförfarandet, inklusive på tilldelningsbeslutet.

## VI — Bedömning

61. Om man ser de hänskjutna frågorna i sitt sammanhang i begäran om förhandsavgörande, blir det tydligt att den nationella domstolen trots formuleringen av den första frågan egentligen inte har begärt någon tolkning av artikel 22 i direktiv 93/36. Den nationella domstolen tycks vara övertygad om att den ifrågasatta klausulen i meddelandet om upphandling är rättsstridig. Domstolen i fråga utgår från att klausulen strider såväl mot artikel 22 i direktiv 93/36 som mot artikel 3.1c i dekret

nr 358 av den 24 juli 1992, vilken infördes för att genomföra gemenskapsbestämmelsen i nationell rätt.

62. Den italienska regeringen har visserligen gjort gällande att den anser att den ifrågasatta klausulen överensstämmer med den relevanta bestämmelserna. Om den omstridda klausulen inte kan anses vara stridande mot gemenskapsrätten förlorar dock domstolens följande fråga, om och i förekommande fall under vilka omständigheter klausulen kan lämnas utan avseende, sitt föremål. I den vidare prövningen av denna begäran om förhandsavgörande skall därför den nationella domstolens uppfattning tas som utgångspunkt, nämligen att den ifrågasatta klausulen är oförenlig såväl med gemenskapsrätten som med de nationella genomförandebestämmelserna.

63. Den nationella domstolen anser sig vid avgörandet av det mål som är anhängigt vid den stå inför problemet att den visserligen anser att den klausul som varit orsaken till att sökanden uteslutits från upphandlingsförfarandet var rättsstridig, men att denna klausul dock vunnit rättskraft enligt den nationella processrätten [20]. Det följer av vad den italienska regeringen har angivit att inte bara en försenad talan mot den berörda förvaltningsrättsliga rättsakten inte kan tas upp till prövning, utan att även alla grunder åberopade i ett annat förfarande kommer att avvisas, såvitt de stöds på nämnda förvaltningsrättsliga rättsakts påstådda rättsstridighet. Detta innebär att inte ens en incidensprövning av den ifrågasatta förvaltningsrättsliga rättsakten längre är möjlig i ett senare förfarande.

64. Till följd av referentens frågor uppstod en diskussion under den muntliga förhandlingen. Denna ledde till följande slutsatser: En incidensprövning av en påstått rättsstridig förvaltningsrättslig rättsakt är principiellt sett inte okänd i italiensk rätt. I ett tvistemål, i vilket till exempel ett skadeståndsanspråk beroende på den rättsstridiga förvaltningsrättsliga rättsakten behandlas, är en incidensprövning definitivt möjlig. Det är bara i en förvaltningsprocess i vilken det anses föreligga ett allmänt intresse av förvaltningsaktens fortbestånd, som dess rättsstridighet inte kan åberopas som grund för talan.

65. Vidare har den nationella domstolen i begäran om förhandsavgörande å sin sida påpekat att det följer av Consiglio di Statos rättspraxis att även en förvaltningsdomstol kan underlåta att tillämpa en förordningsföreskrift som strider mot en bestämmelse av högre rang, för att säkerställa personliga rättigheter. Den nationella domstolen hyser inte något tvivel om att detta även gäller för förvaltningsrättsliga rättsakter som strider mot gemenskapsrätten.

20 — Se artikel 36 i förordning nr 1054 av den 6 juni 1924. Enligt denna måste förvaltningsrättsliga rättsakter överklagas inom 60 dagar efter att de kommit till de berördas kännedom. Därefter vinner de rättskraft.

66. Således tycks en kvalificering av den potentiella sökandens rättsliga ställning — huruvida sökanden kan åberopa personliga rättigheter eller "bara" berättigade intressen — vara avgörande för att en påstått rättsstridig förvaltningsrättsakt skall kunna bli föremål för en incidensprövning enligt nationell rätt.

67. Eftersom den rättsliga ställning som sökanden har till följd av åsidosättandet av artikel 22 i direktiv 93/36 och det därav följande åsidosättandet av genomförandebestämmelsen uppenbarligen inte utgör en kränkning av någon "personlig rättighet" enligt italiensk rätt, kan den nationella domstolen inte när den prövar ett överklagande av uteslutningsbeslutet ta hänsyn till den rättsstridighet som den anser har förelegat i meddelandet om upphandlingen.

68. Mot denna bakgrund kan den första frågan från den nationella domstolen — till skillnad från hur den har uppfattats av dem som deltagit i förfarandet inför domstolen, uppfattas som en fråga huruvida artikel 22 i direktiv 93/36 medför en personlig rättighet för anbudsgivarna. Det handlar då om definitionen av deltagarnas i upphandlingsförfarandet rättsliga ställning, vilken fastställs i artikel 22 i direktiv 93/36.

69. Sett ur detta perspektiv blir även den italienska regeringens argumentation angående den rättsliga naturen av artikel 22 i direktiv 93/36 och i förekommande fall dess direkta effekt relevant. Domstolens praxis om direkt effekt av bestämmelser i direktiv bygger nämligen på att den enskilde genom direktivet fått en skyddsvärd rättslig ställning. Enligt numera fast rättspraxis kan den enskilde gentemot staten åberopa bestämmelser i direktiv, förutsatt att dessa till sitt innehåll är tillräckligt ovillkorliga och klara samt medför rättigheter för den enskilde. [21]

70. Artikel 22 finns i avsnitt IV i direktiv 93/36, kapitel 2 som har rubriken "Kriterier för kvalitativt urval". Bestämmelsen reglerar vilka handlingar den upphandlande myndigheten kan kräva att de potentiella leverantörerna inkommer med till styrkande av sin finansiella och ekonomiska ställning. Direktivet innehåller tre alternativ:

"a) Relevanta intyg från banker.

b) Uppvisande av leverantörens balansräkningar eller utdrag ur dem, om offentliggörande av balansräkning krävs enligt lag i det land där leverantören är etablerad.

21 — Se domen av den 19 januari 1982 i mål C-8/81, Becker mot Finanzamt Münster-Innenstadt (REG 1982, s. 53), punkt 25.

c) Uppgift om leverantörens totala omsättning och omsättning av varor som är föremål för upphandlingskontraktet för de tre föregående räkenskapsåren."

71. Det följer av punkt 2 i bestämmelsen att handlingarna kan inkrävas såväl enskilt som kumulativt och att uppräkningen inte är uttömmande. Således måste den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling eller i uppmaningen till anbudsgivning även ange vilka referenser som skall inges *utöver* dem som omnämns i punkt 1. Därutöver ges den potentielle leverantören i punkt 3 en frihet att bevisa sin finansiella och ekonomiska ställning genom andra referenser än dem som den upphandlande myndigheten begärt förutsatt att han har ett "godtagbart skäl" att inte lämna in de handlingar den upphandlande myndigheten begärt in.

72. Bestämmelsen innehåller således definitivt garantier för den potentielle leverantören vad beträffar möjligheterna att deltaga i upphandlingen.

73. Dock handlar det i detta fall inte om direkt effekt av bestämmelser i direktiv eftersom det är ostridigt att den relevanta bestämmelsen i direktivet införlivats på korrekt sätt[22] i nationell rätt. De problem som i målet vid den nationella domstolen följer av åsidosättandet av dessa föreskrifter ligger på rättsskyddsnivå.

74. Rättsskyddet mot en klausul som befunnits vara rättsstridig i ett meddelande om upphandling kan aktualiseras på olika nivåer. För det första kan det vara fråga om ett direkt överklagande av upphandlingsmeddelandet, vilket, som framkommit ovan, enligt italiensk rätt måste ske inom 60 dagar. För det andra kan dock rättsstridigheten fortsätta, eventuellt förstärkas eller till och med inte uppdagas förrän under senare delar av förfarandet. I sådana fall kan dock inte längre meddelandet som sådant överklagas utan istället de beslut som reglerar eller avslutar den relevanta delen av förfarandet. I målet vid den nationella domstolen var det uteslutningsbeslutet som direkt påverkade sökanden och utgjorde föremål för dennes talan.

75. I denna situation är frågan huruvida och i förekommande fall i vilken omfattning den ursprungliga rättsstridigheten i ett upphandlingsmeddelande kan leda till att ett senare beslut upphävs.

76. I princip är frågan om möjlighet att överklaga förvaltningsbeslut en angelägen-

22 — I vart fall har eventuella brister vid införlivandet av direktivets bestämmelser varken diskuterats eller uppmärksammats i övrigt.

het för medlemsstaternas rättsordningar. När fråga är om gemenskapsrättens effekt måste dock de principer som utvecklats i domstolens fasta praxis beaktas. Fråga är här om likhetsprincipen och effektivitetsprincipen. Dessa principer, vilka först i senare rättspraxis har betecknats som sådana[23], innebär att förfaranden som avser skydd för medborgarnas rättigheter enligt gemenskapsrätten inte får utformas på ett mindre förmånligt sätt än motsvarande förfaranden som bara rör nationell rätt. Utövandet av rättigheter som följer av gemenskapsrätten får inte omöjliggöras i praktiken eller försvåras oproportionerligt genom förfarandena i fråga.[24]

77. Det följer av domstolens fasta rättspraxis[25] att de nationella domstolarna på grund av sin samarbetsförpliktelse måste garantera den enskilde det rättsskydd som följer av gemenskapsrättens direkta effekt. "*I avsaknad av gemenskapsrättslig reglering på området* skall det i den nationella rättsordningen i en medlemsstat anges vilka domstolar som är behöriga och regleras vilka förfaranden som finns tillgängliga för att väcka talan som är avsedd att tillförsäkra enskilda de rättigheter som följer för dem av gemenskapsrättens direkta effekt..."[26]

78. Till en början måste således prövas huruvida det finns någon gemenskapsrättslig bestämmelse som reglerar det aktuella sakförhållandet. I direktiv 89/665 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten uppställes minimikrav för det rättsskydd som skall ges. I artikel 1.1 i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt och i synnerhet skyndsamt enligt reglerna för de fall upphandlingsbeslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten beträffande offentlig upphandling. Enligt artikel 1.3 i direktivet i fråga skall medlemsstaterna se till att prövningsförfarandet kan initieras 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.

79. En utesluten anbudsgivare skall således utan tvekan omfattas av den grupp av

23 — Se domen i målet Edis (ovan fotnot 17), punkt 34.

24 — Se de domar som omnämns i målet Peterbroeck (ovan fotnot 12), punkt 12, och i den italienska inlagan, s. 9.

25 — Se bland andra domar av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 26), punkt 5, och i mål 45/76, Comet (REG 1976, s. 2043), punkterna 12—16, av den 27 februari 1980 i mål 68/79, Just (REG 1980, s. 501; svensk specialutgåva, volym 5, s. 3), punkt 25, av den 9 november 1983 i mål 199/82, San Giorgio (REG 1983, s. 3595; svensk specialutgåva, volym 7, s. 389), punkt 14, av den 25 februari 1988 i de förenade målen 331/85, 376/85 och 378/85, Bianco och Girard (REG 1988, s. 1099; svensk specialutgåva, volym 9, s. 387), punkt 12, av den 24 mars 1988 i mål 104/86, kommissionen mot Italien (REG 1988, s. 1799), punkt 7, av den 14 juli 1988 i de förenade målen 123/87 och 330/87, Jeunehomme och EGI (REG 1988, s. 4517), punkt 17, av den 9 juni 1992 i mål C-96/91, kommissionen mot Spanien (REG 1992, s. I-3789), punkt 12, av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-435), punkt 43, och i målet Peterbroeck (ovan fotnot 12), punkt 12.

26 — Se mål Peterbroeck (ovan fotnot 12), punkt 12. Författarens kursivering.

rättssubjekt som kan initiera prövningsförfarandet. Härigenom är dock ännu inte avgjort vilka beslut som kan eller måste kunna prövas. Direktivet innehåller ingen uttömmande uppräkning av beslut som kan överklagas. I artikel 2.1b föreskrivs bara följande:

"Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser... innefattar behörighet att 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."

80. Även om det i målet vid den nationella domstolen möjligtvis är fråga om diskriminerande ekonomiska eller finansiella specifikationer är härmed dock inte klargjort på vilket stadium av upphandlingen dessa måste göras gällande. Avgörande är således om uteslutningsbeslutet som sådant är ett beslut som kan överklagas i den mening som avses i direktivet och om en diskriminerande utformning av ekonomiska och finansiella specifikationer eventuellt kan göras gällande.

81. I målet Alcatel [27] tog domstolen ställning till frågan huruvida ett tilldelningsbeslut är att anse som ett beslut i den mening som avses i direktiv 89/665. Domstolen fann att så var fallet. Vid avgörandet av denna fråga utgick domstolen från de olika stadier av ett upphandlingsförfarande som direktiv 89/665 omfattar. "[Det] görs... i direktiv 89/665 alltså en åtskillnad mellan stadiet före ingåendet av kontraktet — på vilket artikel 2.1 skall tillämpas — och stadiet därefter, angående vilket en medlemsstat enligt artikel 2.6 andra stycket kan föreskriva att prövningsorganets behörighet kan begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av en överträdelse." [28]

82. Uteslutningsbeslutet fattas logiskt sett nödvändigtvis före tilldelningsbeslutet, även om det praktiskt sett bara är en logisk sekund mellan besluten. Från förfarandeförloppets synpunkt föreligger således ingen anledning till att ett uteslutningsbeslut inte skulle kunna omprövas fullt ut.

83. Målet för direktiv 89/665 definieras i artikel 1.3 i detta. Det följer av denna bestämmelse att ett prövningsförfarande åtminstone skall kunna initieras av var

27 — Dom i mål C-81/98 (ovan fotnot 18).
28 — Se punkt 37 i domen.

och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling. Härav följer att beslut som direkt reglerar det fortsatta deltagandet eller uteslutning från upphandlingen kan bli föremål för prövning. Uteslutningsbeslutet är dessutom ett beslut i vilket den upphandlande myndigheten tolkar meddelandet om upphandling och tillämpar detta självständigt gentemot en deltagare. Denna individualiserade tillämpning av tidigare fastställda villkor kan mycket väl i sig utgöra en fristående reglering, vilken måste kunna göras till föremål för prövning [29].

84. Detta synsätt bekräftas av direktivets tillkomsthistoria, vilken kommissionen uttryckligen hänvisat till inom ramen för detta förfarande. [30] Den gemensamma förklaringen, som slutligen upptogs i protokollet har följande innebörd: Rådet och kommissionen förklarar att varje person som uteslutits ur ett offentligt upphandlingsförfarande på grund av en påstådd överträdelse i direktivets mening skall anses vara en person som har eller hade ett intresse av tilldelningen av ett offentligt uppdrag och vars rättigheter har åsidosatts eller har kunnat åsidosättas.

85. Såväl med beaktande av de rättssubjekt som har rätt att initiera ett omprövningsförfarande och det överklagbara beslutets natur tyder nämnda förklaring på att rättsskyddet beträffande beslut av upphandlande myndigheter måste ges en sådan utformning att det omfattar mycket.

86. Uteslutningsbeslutet skall således betraktas som ett beslut, beträffande vilket ett omprövningsförfarande kan inledas. Om omprövningsförfarandet på nationell nivå, i enlighet med medlemsstaternas befogenheter enligt artikel 1 i direktiv 89/665, tar formen av överklagande till förvaltningsdomstol, måste ett sådant förfarande kunna inledas även beträffande ett uteslutningsbeslut. Det faktum att tidigare delar av förfarandet inte överklagats utgör inte i sig hinder mot att ta upp ett överklagande av ett uteslutningsbeslut till prövning.

87. Det är dock oklart vilka konsekvenser rättskraften av en förvaltningsrättslig rättsakt som utfärdats på ett tidigare stadium av upphandlingsförfarandet har på bedömningen av huruvida en talan mot uteslutningsbeslutet är välgrundat. Den rättskraft som meddelandet om upphandling har fungerar nämligen innehållsmässigt som en preklusionsbestämmelse, eftersom — i enlighet med vad som angivits ovan [31] — en talan som grundas på denna förvaltningsrättsliga rättsakts påstådda rättsstridighet avvisas.

29 — Ett omfattande rättsskydd gentemot alla beslut inom ramen för ett upphandlingsförfarande förespråkas av generaladvokaten Tizzano i förslag till avgörande av den 28 juni 2001 i mål C-92/00, Hospital Ingenieure, dom av den 18 juni 2002 (REG 2002, s. I-5553 och s. I-5556), punkt 21 och följande punkter. Indirekt beträffande prövning även av sådana beslut som fattas i ett offentligt upphandlingsförfarande som följer på tidigare beslut, se generaladvokaten Mischos förslag till avgörande av den 10 juni 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671), punkt 46.

30 — Se ovan, punkt 59.

31 — Se ovan, punkt 63.

88. Domstolen har redan vid flera tillfällen haft tillfälle att uttala sig om tillåtligheten av preklusionsregler i medlemsstaterna vad gäller frågan huruvida gemenskapsrätten kan göras gällande. [32] Domstolen har härvid varje gång mycket noggrant prövat förutsättningarna och omständigheterna i varje fall där relevant gemenskapsrätt inte har kunnat tillämpas, för att sedan med hänsyn tagen härtill fatta ett beslut om de bestämmelser som innebär att gemenskapsrätten inte kan tillämpas är tillåtliga eller ej. Ett schablonmässigt svar på frågan om tillåtligheten av preklusionsregler är följaktligen uteslutet.

89. I det redan vid ett flertal tillfällen omnämnda målet Peterbroeck [33] — en tvist mellan detta bolag och den belgiska staten — var fråga om den gällande skattesatsen för beskattning av utländska skattesubjekt. Argumentet om åsidosättande av gemenskapsrätten anfördes i målet vid den nationella domstolen som en ny grund för talan först inför Cour d'Appel. Enligt de tillämpliga nationella bestämmelserna kunde en enskild inte göra en ny grund för talan, baserad på gemenskapsrätten, gällande inför Cour d'Appel efter utgången av en frist om 60 dagar efter det att skattedirektören hade lämnat in en bestyrkt kopia av det överklagade beslutet. [34]

90. Enligt domstolens uppfattning kan en frist om 60 dagar för den enskilde inte ifrågasättas i sig. [35] Domstolen har dock påpekat att när principerna om likhet och effektivitet tillämpas, måste prövningen i varje enskilt fall i vilket frågan huruvida en nationell förfarandebestämmelse omöjliggör eller oproportionerligt försvårar tillämpningen av gemenskapsrätten uppkommer, ske med beaktande av denna bestämmelses ställning i förfarandet i dess helhet, förfarandeförloppet och de särskilda omständigheterna i förfarandet inför de olika nationella myndigheterna. Härvid skall i förekommande fall de principer som utgör grunden för det nationella rättsskyddssystemet beaktas, exempelvis rätten till försvar, rättssäkerhetsprincipen och principen om förfarandets riktiga förlopp. [36]

91. Efter att ha undersökt de särskilda omständigheterna i det aktuella förfarandet drog domstolen i det nämnda fallet slutsatsen att gemenskapsrätten utgör hinder för tillämpningen av en nationell förfarandebestämmelse, vilken förbjuder en i det konkreta fallet behörig nationell domslut att *ex officio* pröva en nationell rättsakts förenlighet med en gemenskapsrättslig bestämmelse för det fall rättsakten inte har överklagats av en part inom en viss frist. [37]

92. I de förenade målen van Schinjdel och van Veen [38] var fråga om tillämpligheten av

32 — Se till exempel mål C-312/93, Peterbroeck (ovan fotnot 12), dom i de förenade målen van Schinjdel och van Veen (ovan fotnot 10), dom i målet Edis (ovan fotnot 17) och domen i målet Eco Swiss (ovan fotnot 11).

33 — Mål C-212/93 (ovan fotnot 12).

34 — Se punkt 15 i domen.

35 — Se punkt 16 i domen.

36 — Se punkt 14 i domen.

37 — Se punkt 21 och domslutet.

38 — Se de förenade målen C-430/93 och C-431/93 (ovan fotnot 10).

de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna enligt fördraget i en tvist om obligatoriskt medlemskap i ett tjänstepensionssystem. I detta fall hade argumentet om åsidosättande av gemenskapsrätten gjorts gällande först inom ramen för kassationstalan inför Hoge Raad der Nederlanden. Det ligger i en kassationstalans natur att endast nya rättsliga argument är tillåtna. Som grund för sin talan hade sökanden anfört fakta och omständigheter som inte åberopats i de lägre instanserna.[39] För den nationella domstolen uppkom frågan om den ändå var skyldig att beakta gemenskapsrätten *ex officio*.

93. Domstolen anförde följande: "Då domstolarna enligt nationell rätt *ex officio* skall komplettera rättsliga grunder som stöds av en intern bestämmelse av tvingande beskaffenhet som inte har framförts av parterna, föreligger en sådan skyldighet även då det är fråga om tvingande gemenskapsbestämmelser... Detsamma gäller då nationell rätt ger domstolen möjlighet att *ex officio* tillämpa den tvingande rättsregeln."[40] Mot bakgrund av principerna om likhet och effektivitet angav domstolen att "de principer [skall] beaktas som ligger till grund för det nationella rättssystemet, såsom skyddet av rätten till försvar, principen om rättssäkerhet och principen om förfarandets riktiga förlopp".[41]

94. Domstolen kom fram till att nationella domstolar måste beakta tvingande gemenskapsrättsliga bestämmelser *ex officio* på samma sätt som tvingande nationella bestämmelser. Detta gällde dock bara under förutsättning att domstolarna inte härvid måste "åsidosätta den princip om passivitet som det åligger dem att beakta" eller "gå utöver tvistens ramar så som dessa har angivits av parterna".[42]

95. I målet Edis[43] var fråga om återkrav av belopp som erlagts utan rättslig grund avseende en koncessionsavgift i strid med gemenskapsrätten. Koncessionsavgiftens oförenlighet med gemenskapsrätten hade klargjorts först genom ett avgörande av domstolen.[44] Myndigheten åberopade en i avgiftssystemet gällande treårig preskriptionsfrist gentemot koncessionsgäldenärens återkrav. Domstolen fastställde att gemenskapsrätten inte hindrar en medlemsstat från att åberopa en nationell preskriptionsfrist om tre år mot en talan om återbetalning av avgifter som uppburits i strid med gemenskapsrätten, förutsatt att denna frist tillämpas på samma sätt på varje talan om återbetalning av avgifter, oberoende av om talan grundas på gemenskapsrätt eller nationell rätt.

96. I målet Eco Swiss[45] var frågan bland annat huruvida en nationell domstol måste

39 — Se punkt 11 i domen.

40 — Se punkt 13 och följande punkter i domen.

41 — Se punkt 19 i domen.

42 — Se domslutet.

43 — Se mål C-231/96 (ovan fotnot 17).

44 — Dom i mål av den 20 april 1993 i de förenade målen C-71/91 och C-178/91, Ponente Carni och Cispadana Costruzioni (REG 1993, s. I-1915). Se punkt 5 i domen i målet Edis.

45 — Se mål C-126/97 (ovan fotnot 11).

underlåta att tillämpa en nationell processrättslig bestämmelse, enligt vilken en skiljedom under vissa förutsättningar vinner laga kraft, för att istället tillämpa gemenskapsrätt på de ifrågavarande faktiska omständigheterna. [46] Domstolen besvarade denna fråga nekande. Den i medlemsstatens lagstiftning föreskrivna fristen för att väcka talan om ogiltigförklaring ledde enligt domstolens uppfattning inte till att utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten försvårades oproportionerligt eller blev i praktiken omöjligt. [47]

97. För att kunna dra slutsatser för det aktuella fallet av ovan beskriven domstolspraxis måste man utgå från att preskriptionsfrister inte i sig är otillåtna. Som framkom i domen i målet Petersbroeck kan en preklusionsfrist om 60 dagar inte angripas i sig. Inte heller tillämpning av preskriptionsfrister i offentliga upphandlingsförfaranden är i sig oförenligt med gemenskapsrätten. Liknande synpunkter framförde jag i mitt förslag till avgörande av den 8 november 2001 i mål C-470/99. [48]

98. Det framgår dock av de beskrivna domarna [49] att principerna om likhet och effektivitet liksom de konkreta omständigheterna i det aktuella faktiska och rättsliga sammanhanget måste beaktas vid prövningen av preklusionsföreskrifters förenlighet med gemenskapsrätten. [50]

99. Vad principerna om likhet och effektivitet beträffar har i det föregående redan beskrivits [51] att dessa framför allt skall tillämpas när det inte finns några gemenskapsrättsliga föreskrifter på det aktuella området. Vad möjligheterna till överklagande av uteslutningsbeslut beträffar, skulle man således gå tillbaka till rättsmedelsdirektivet 89/665. Här gäller det dock frågan om tillåtligheten av preklusionsföreskrifter inom ramen för upphandlingsförfaranden beträffande offentliga leveransuppdrag. Direktiv 89/665 innehåller inga uttryckliga regler om detta. [52] Således är hänsyn till likhets- och effektivitetsprinciperna avgörande för bedömningen huruvida preklusionsföreskrifter är tillåtna.

100. Vad likhetsprincipen beträffar får man, då det inte föreligger några uppgifter som motsäger detta, utgå från att preskriptionsfrister gäller i samma utsträckning för nationella som för gemenskapsrättsliga rättsliga anspråk.

46 — Se punkt 43 i domen.

47 — Se punkt 45 i domen.

48 — Dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau AG (REG 2002, s. I-11617 och s. I-11620), punkt 68.

49 — Se ovan, punkterna 89—96.

50 — Se domen i målet Petersbroeck (ovan fotnot 12), punkterna 12 och 14, domen i de förenade målen van Schijndel och van Veen (ovan fotnot 10), punkterna 17 och 19 och domen i målet Edis (ovan fotnot 17), punkt 19.

51 — Se punkt 77 och följande punkter.

52 — Se vad jag har anfört beträffande detta i mitt förslag till avgörande i målet Universale Bau AG (ovan fotnote 48), punkt 69.

101. Effektivitetsprincipen innebär materiellt sett [53] att nationella förfaranden inte får göra utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten omöjligt eller oproportionerligt svårt. Om det är uppenbart att en förvaltningsrättslig rättsakt som utfärdats tidigare inom ramen för meddelande om upphandling strider mot gemenskapsrätten skall man utgå från att en frist för överklagande om 60 dagar inte hindrar en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten. För ett sådant betraktelsesätt talar rättssäkerhetsaspekter och intresset av ett korrekt förfarandeförlopp. En följd av dessa aspekter och detta intresse är att konkurrenterna skall kunna förlita sig på att avslutade delar av förfarandet genomförts på ett korrekt sätt.

102. Inte heller direktiv 89/665, vari föreskrivs effektiva och skyndsamma åtgärder för prövning av den upphandlande myndighetens beslut [54], innehåller a priori någon hållpunkt för kritik mot en frist om 60 dagar för överklagande. Å andra sidan påpekades redan vid undersökningen av möjligheterna att överklaga ett uteslutningsbeslut att ett senare beslut under ett upphandlingsförfarande kan utgöra en konkretisering av ett tidigare beslut med ett självständigt innehåll.

103. En helt abstrakt bedömning av preskriptionsfristen överensstämmer således inte med problematiken i det föreliggande fallet. Istället måste det utgås från de konkreta omständigheterna och förloppet av det förfarande som föregått talan avseende uteslutningsbeslutet. Den omtvistade klausulen publicerades visserligen i meddelandet om upphandlingen. Den kom därmed till de personers kännedom vilka var intresserade av att tilldelas uppdraget. Sökanden hyste redan i detta skede tvivel på klausulens rättsenlighet och meddelade den upphandlande myndigheten detta.

104. Den upphandlande myndigheten reagerade på sökandens invändningar genom att skjuta upp öppnandet av anbuden och uppmanade de aktuella företagen att förebringa omfattande dokumentation, "*då den ansåg att klausulen skulle kunna tolkas så att den avsåg de anbudsgivande företagens totala omsättning och att tillhandahållandet av sådana produkter som upphandlingen avsåg... således inte kunde bedömas som ett rekvisit för att tillåtas delta i upphandlingen, utan endast som ett förhållande att beakta vid tilldelningen av kvalitetspoäng* [55]."

105. Den upphandlande myndigheten visade således att den avsåg att beakta de av sökanden uttryckta farhågorna och gav intrycket att den avsåg att tillämpa den

53 — Se domstolens fasta praxis i detta avseende (ovan fotnot 25).

54 — Se artikel 1.1 i direktivet.

55 — Se ordagrant begäran om förhandsavgörande med hänvisning till den upphandlande nämndens protokoll nr 1 av den 12 december 1996.

ifrågasatta klausulen i överensstämmelse med gemenskapsrätten. Först genom uteslutningsbeslutet togs slutligt ställning till sökandens tolkning av villkoren i meddelandet om upphandling. Den upphandlande myndigheten tolkade då villkoren i meddelandet om upphandling på ett sådant sätt att dessa — åtminstone enligt den bedömning som gjordes av den nationella domstolen — kom att framstå som oförenliga med (gemenskaps)rätten.

106. Av större betydelse är dock den omständigheten att en annan tolkning av villkoren i meddelandet om upphandling skulle ha kunnat förhindra att klausulen uppfattades som rättsstridig *och* att den upphandlande myndigheten till en början gjorde intrycket att den avsåg att förfara på ett sådant sätt. Först genom uteslutningsbeslutet fick sökanden slutgiltig klarhet om den enligt sökandens uppfattning rättsstridiga tolkningen av villkoren i meddelandet om upphandling. Först genom detta beslut konkretiserades den rättsstridighet som redan fanns latent i villkoren i meddelandet om upphandling.

107. Således kan man argumentera för att sökanden inte fått slutgiltig visshet om upphandlingsvillkorets rättsstridighet förrän genom uteslutningsbeslutet. Denna insikt kan i sin tur medföra konsekvenser för den tidpunkt vid vilken 60-dagarsfristen skall anses ha börjat löpa. Huruvida denna alltid skall anses börja när meddelandet om upphandling publiceras eller i förekommande fall eventuellt skall anses börja löpa när man får kännedom om att en viss klausul är rättsstridig, är en fråga som i sista hand måste besvaras inom ramen för den nationella processrätten.

108. Sett ur detta perspektiv måste man i vart fall utgå från att sökandens utövande av sina rättigheter enligt gemenskapsrätten försvårats oproportionerligt. Det vore således orimligt om sökanden inte längre skulle kunna göra det åsidosättande av gemenskapsrätten som följde av uteslutningsbeslutet gällande inför domstol. Åsidosättandet fanns visserligen redan i villkoren för upphandlingen, men inte förrän genom uteslutningsbeslutet inverkade det på sökandens rättigheter.

109. Den franska regeringen har påpekat att sökanden kunde ha väckt talan för säkerhets skull avseende villkoren i meddelandet, även om förhandlingar beträffande de enligt sökandens uppfattning rättsstridiga upphandlingsvillkoren pågick med den upphandlande myndigheten. Detta synsätt skulle kunna godtas om den upphandlande myndigheten inte hade reagerat på de av sökanden framförda farhågorna. Med hänsyn till det sätt på vilket den upphandlande myndigheten till en början reagerade på dessa påpekanden, har sökanden dock med rätta kunnat förlita sig på att myndigheten tänkte beakta dessa invändningar och i förekommande fall skulle vidta erforderliga åtgärder. Härvid får man inte heller bortse från att sökanden väntade på ett positivt besked beträffande tilldelningen av uppdraget och att det i denna situation kanske

inte var så fördelaktigt att belasta sina framtida relationer till den upphandlande myndigheten med en talan.

110. Inte heller förefaller det ligga i linje med direktiv 89/665 att talan skall väckas i rent förebyggande syfte. I artikel 1.3 andra meningen i direktivet föreskrivs nämligen följande: "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." Att en sådan möjlighet införts för medlemsstaterna antyder även att utrymme skall lämnas för en uppgörelse i godo. Det ligger i vart fall inte i de berörda parternas intresse att överrumpla den upphandlande myndigheten med en oväntad talan. [56]

111. Med beaktande av konsekvenserna av dessa omständigheter uppkommer frågan om inte fristen om 60 dagar för överklagande redan har upphört att löpa. Man kan även tänka sig att fristen avbrutits genom den upphandlande myndighetens förhållningssätt, eftersom denna uppenbarligen till en början beaktade de av sökanden framförda argumenten och begärde kompletterande dokumentation inte bara av sökanden utan även av andra berörda anbudsgivare. I den konkreta situationen har sökandens möjligheter att göra sina rättigheter enligt gemenskapsrätten gällande försvårats oproportionerligt. Således saknas i vart fall anledning att rent abstrakt hålla fast vid fristen om 60 dagar.

112. Det är den nationella domstolens uppgift att uttömma alla möjligheter i den nationella rättsordningen för att säkerställa att de gemenskapsrättsliga föreskrifterna är tillämpliga i det konkreta fallet. Om mindre ingripande sätt inte är för handen kan den nationella domstolen, såsom den själv redan har påpekat, vara tvungen att använda rättsinstitutet underlåten tillämpning enligt artikel 5 i den nationella lagen nr 2248 av den 20 mars 1865. De ytterligare rättsliga konsekvenserna av ett eventuellt upphävande av uteslutningsbeslutet är en angelägenhet för den nationella rättsordningen.

113. Av det här föreslagna tillvägagångssättet följer att den nationella domstolens andra fråga inte vidare behöver behandlas, eftersom en utesluten anbudsgivares rättsskyddsintresse i syfte att gemenskapsrätten skall tillämpas korrekt beaktas genom att de möjligheter som står till buds i den nationella rättsordningen uttöms.

56 — Se, för en jämförbar situation, förslag till avgörande av generaladvokaten Mischo av den 10 juni 1999 i mål Alcatel Austria m.fl. (ovan fotnot 29), punkt 38.

## VII — Förslag till avgörande

114. Till följd av det ovan anförda föreslår jag att begäran om förhandsavgörande besvaras på följande sätt:

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 på så sätt att de behöriga domstolarna är skyldiga att tillåta ett effektivt och skyndsamt rättsmedel mot alla den upphandlande myndighetens beslut, inbegripet beslut om uteslutning av företag från upphandlingen, oberoende av om ett föregående beslut överklagats, försåvitt och i den utsträckning som myndigheten genom sitt förhållningssätt gör det i praktiken omöjligt eller oproportionerligt svårt för en unionsmedborgare, vars rättigheter har kränkts genom åtgärder som är oförenliga med gemenskapsrätten, att göra sina rättigheter enligt gemenskapsrätten gällande inför domstol. Den nationella domstolen är skyldig att inom ramen för detta förfarande avgöra huruvida det härvid är nödvändigt att tillämpa rättsinstitutet underlåten tillämpning enligt artikel 5 i den nationella lagen nr 2248 av den 20 mars 1865.