FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

föredraget den 15 maj 1997 *

1. Genom den begäran om förhandsavgörande som är föremål för förevarande förfarande har Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (federala kommissionen för tillsyn av offentliga upphandlingar, nedan kallad federala tillsynskommissionen) ställt en fråga till domstolen angående tolkningen av artikel 41 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, nedan kallat tjänstedirektivet. [1]

Tillämpliga gemenskapsbestämmelser och nationell rätt

2. För en bättre förståelse av föreliggande fråga, är det nödvändigt att först redogöra för det rättsliga sammanhang till vilket den kan hänföras och därvid i korthet erinra om bestämmelserna i gemenskapsrätten och i den nationella rätten.

Närmare bestämt begär federala tillsynskommissionen att domstolen skall avgöra huruvida de organ som inrättats i medlemsstaterna i enlighet med rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om tillämpningen av prövningsförfaranden, nedan kallat prövningsdirektivet [2], till följd av artikel 41 i tjänstedirektivet redan från sista dagen för införlivande av det sistnämnda direktivet (och även då inga nationella åtgärder för införlivande har vidtagits) är behöriga att pröva även förfaranden för offentlig upphandling av tjänster, vad gäller påstådda åsidosättanden av gemenskapsrättsliga regler.

— *Bestämmelserna i gemenskapsrätten*

3. Vad gäller tjänstedirektivet skall det i första hand erinras om artikel 36 där de kriterier stadgas som myndigheterna måste tillämpa vid tilldelning av kontrakt. Särskilt skall enligt artikel 36.1 a, när prövning av anbud skall göras till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, "olika kriterier [beaktas] t. ex. kvalitet, teknisk förtjänst, estetiska och funktionella förtjänster, tekniskt bistånd och kundservice". I övriga

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT L 209, s. 1.

2 — Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33).

fall skall enligt b i samma bestämmelse hänsyn tagas "uteslutande [till] lägsta pris".

Enligt artikel 44 i direktivet var den tidsfrist inom vilken medlemsstaterna skulle anta och anmäla de nödvändiga bestämmelserna om införlivande den 1 juli 1993.

4. I prövningsdirektivet föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att beslut om upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten som omfattas av gemenskapsdirektiven därom [3] prövas effektivt och skyndsamt när den åberopade grunden för bedömningen av rättsenligheten är (direkt eller indirekt) gemenskapsrätten (artikel 1.1).

Sedan tjänstedirektivet trädde i kraft är prövningsdirektivet tillämpligt även på förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster. Genom artikel 41 i tjänstedirektivet, som det hänskjutande organet nu begär att domstolen skall tolka, görs nämligen en ändring av artikel 1 i prövningsdirektivet för att denna bestämmelse skall vara uttryckligen tillämplig på prövning av offentlig upphandling avseende tjänster.

5. I artikel 2.8 i prövningsdirektivet föreskrivs att om prövningsorganen inte utgörs av rättsliga instanser skall skriftliga beslutsmotiveringar alltid ges. Dessutom gäller för detta fall att staterna måste garantera att det "[finns] en möjlighet att pröva påstådda olagliga åtgärder vidtagna av sådana organ i en rättslig instans eller en domstol som avses i fördragets artikel 177, oberoende av såväl upphandlingsmyndigheten som prövningsorganet".

Som garanti för oberoende föreskrivs vidare i artikel 2.8 andra stycket att medlemmarna i ett sådant oberoende organ skall tillsättas och frånträda på samma villkor som gäller för rättsliga instanser, såvitt gäller den myndighet som skall utnämna dem, ämbetsperiodens längd och möjligheten att avsätta dem. Slutligen skall det oberoende organet fatta sina beslut i ett förfarande där båda parter hörs, och besluten skall vara rättsligt bindande.

3 — Det är uppenbarligen fråga om upphandling i enlighet med direktiv 71/305/EEG (EGT L 185, s. 5) och 77/62/EEG (EGT L 13, s. 1), numera direktiv 93/37/EEG (EGT L 199, s. 54) respektive direktiv 93/36/EEG (EGT L 199, s. 1).

— *De nationella bestämmelserna*

6. Gemenskapens direktiv om offentlig upphandling införlivades med tysk rätt genom ändring av Haushaltsgrundsätzegesetz (lag om budgetprinciper, nedan kallad HGrG). Närmare bestämt införde den tyske lagstiftaren genom den andra lagen om ändring av HGrG, som trädde i kraft år 1993 [4], de nya paragraferna 57a—57c, genom vilka direktivet om offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten samt prövningsdirektivet [5] ansågs vara införlivade.

Tjänstedirektivet har däremot inte införlivats med tysk rätt, vilket uttryckligen bekräftas i beslutet om hänskjutande.

7. § 57a i HGrG utgör den allmänna rättsliga grunden för att anta bestämmelser om införlivande av gemenskapens direktiv angående offentlig upphandling. Genom bestämmelsen ges förbundsregeringen behörighet att genom en förordning, efter Bundesrats godkännande, reglera den offentliga upphandlingen av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster som görs av de myndigheter som uppräknas i bestämmelsen.

Genom de följande bestämmelserna (§ 57b och § 57c) angående rättsmedel som kan användas i fall av åsidosättande av gemenskapsbestämmelserna (eller av de nationella bestämmelserna om införlivande) inrättas i det syftet en dubbel kontroll av förfarandena. En första kontroll ankommer på de kompetenta prövningsorganen (Vergabeprüfstellen). Mot dessas beslut kan talan föras vid tillsynskommissionerna (Vergabeüberwachungsausschüsse) som tillsätts av respektive delstat eller — när den offentliga upphandlingen faller inom en federal myndighets behörighet — vid federala tillsynskommissionen.

8. Närmare bestämt fastläggs i § 57b i HGrG bestämmelserna för prövningsorganen. Enligt punkt 2 i den bestämmelsen skall behörigheten för de organen fastställas av förbundsregeringen genom förordning och efter Bundesrats godkännande. Punkterna 3, 4 och 5 i samma paragraf innehåller en rad bestämmelser om inledande av prövningsförfaranden och uppskjutande av offentlig upphandling, om misstanke finns att upphandlingen inte har skett i vederbörlig ordning, och om upplysningar som de upphandlande myndigheterna skall tillhandahålla samma organ.

I punkt 6 preciseras att framställandet av klagomål vid ett behörigt organ inte utesluter att enskilda kan väcka talan vid allmän domstol om ersättning för skada som eventuellt har lidits vid upphandlingen.

9. § 57c i HGrG innehåller en rad bestämmelser som är tillämpliga på tillsynskommis-

4 — *BGBl* 1993 I, s. 1928 och följande sidor.

5 — Denna lagstiftningsteknik betecknas allmänt i den tyska doktrinen som "budgetlösning".

sionerna. [6] Medlemmarna i dessa kommissioner, vilkas sammansättning regleras i detalj i punkterna 2, 3 och 4 i samma bestämmelse, utövar sin verksamhet oberoende och på eget ansvar. Enligt § 57c.3 är vissa bestämmelser i Deutsches Richtergesetz (tyska domarlagen, nedan kallad DRiG) om ogiltighet eller återkallelse av utnämningen samt oavhängighet och oavsättbarhet analogt tillämpliga. [7]

utan att kunna ifrågasätta de materiella bedömningar som prövningsorganen har gjort. De kan om så behövs ogiltigförklara prövningsorganens beslut och anmoda dem att fatta nya beslut (§ 57c.5). Var och en som gör gällande att de i ämnet tillämpliga bestämmelserna har överträtts kan inge klagomål till tillsynskommissionerna (punkt 6).

Tillsynskommissionerna utövar uteslutande en kontroll av upphandlingens rättsenlighet

10. § 57c.7 innehåller slutligen särskilda bestämmelser som är tillämpliga på federala tillsynskommissionen. Dess "tjänstemannamedlemmar" utses bland ordförande och bisittare på Bundeskartellamts [8] beslutande avdelningar. Avdelningsordförandena i tillsynskommissionen utses bland avdelningsordförandena i Bundeskartellamt. Bundeskartellamts ordförande tillsätter de externa bisittarna [9] på förslag av offentliga branschorganisationer, reglerar sammansättningen och uppdelningen i avdelningar och utövar överordnad kontroll över tillsynskommissionen efter delegation från regeringen.

6 — Dessa bestämmelser är för övrigt tillämpliga även på federala tillsynskommissionen med undantag av de särskilda bestämmelserna i punkt 7 i § 57c (se nedan i texten).

7 — Det är fråga om följande bestämmelser i DRiG:
- § 18.1 och 18.2, som föreskriver de fall då domarutnämningar är ogiltiga (utnämning som har gjorts av en myndighet som inte är behörig därtill, utnämning av en person som inte är tysk medborgare eller inte har rätt att inneha en offentlig tjänst). Däremot är inte § 18.3 tillämplig (däri föreskrivs att sagda ogiltighet kan göras gällande endast om den konstateras genom ett domstolsbeslut som har vunnit laga kraft) i vars ställe § 57c.3 föreskriver att ogiltigheten inte kan göras gällande innan den har konstaterats av den myndighet som har företagit utnämningen och utnämningen har vunnit laga kraft.
- § 19.1 och 19.2 angående de fall då återkallelse av utnämningen är tillåten. Emellertid är inte § 19.3, enligt vilken det för återkallelse av utnämningen krävs den berördes medgivande eller ett domstolsbeslut som har vunnit laga kraft, tillämplig.
- § 26.1 och 26.2 enligt vilka de överordnades kontroll inte får inkräkta på domarnas oavhängighet.
- § 27.1 (domarna tilldelas en plats vid en viss domstol).
- § 30.1 och 30.3 samt §§ 31-33 och 37, i vilka villkoren föreskrivs för att den behörighet som har tilldelats en domare skall återkallas och för att ge denne andra arbetsuppgifter. Detta kan i allmänhet ske till följd av ett formellt disciplinförfarande eller på grund av omstrukturering av domstolsorganisationen. Märk väl att § 30.2, enligt vilken det för återkallelse eller tilldelning av andra arbetsuppgifter krävs ett domstolsbeslut som har vunnit laga kraft, såvida dessa åtgärder inte har organisatoriska orsaker, inte är tillämplig.

8 — Den nationella administrativa myndigheten för konkurrensskydd.

9 — Utöver "tjänstemannamedlemmarna" (interna medlemmar från Bundeskartellamt), sitter nämligen i federala tillsynskommissionen externa medlemmar (honorärmedlemmar). Kommissionen är för närvarande sammansatt av en enda avdelning med en av Bundeskartellamts avdelningsordförande som ordförande. Kommissionen har fyra interna medlemmar, fem externa och fem externa suppleanter (se Stockmann, *Die Vergabeüberwachung des Bundes*, WUW 1995, s. 572 och följande sidor; författaren är den nuvarande ordföranden för kommissionen).

Enligt samma bestämmelse skall federala tillsynskommissionen anta sin interna arbetsordning för att reglera organisationen och fördelningen av ärenden.

11. Med stöd av de bestämmelser för vilka nyss redogjorts antog förbundsregeringen den 22 februari 1994 två införlivandeförordningar efter att ha erhållit Bundesrats godkännande. Den första förordningen, som innehåller bestämmelser om offentlig upphandling, gäller uttryckligen endast kontrakt angående varor och bygg- och anläggningsarbeten och är därför inte tillämplig på kontrakt avseende tjänster. [10]

Den andra förordningen har däremot allmän räckvidd och innehåller bestämmelser genom vilka skyldigheten att tillhandahålla vederbörliga prövningsförfaranden avseende offentlig upphandling uppfylls (nedan kallad prövningsförordningen). [11] I § 1 i denna förordning fastställs för var och en av de upphandlingsmyndigheter som uppräknas i § 57a i HGrG vilket organ som är behörigt att pröva klagomål. I § 2 fastställs vilket prövningsorgan som är behörigt att avbryta upphandlingen och att detta organ skall fatta skriftliga och vederbörligen motiverade beslut som skall delges myndigheten och den som har ingivit klagomål samt att organet skall uppmärksamma den sistnämnde på möjligheten att ingiva klagomål till tillsynskommissionen, varvid den skall ange vilken tillsynskommission som är behörig.

10 — *BGBl* 1994, I, s. 321 och följande sidor.
11 — *BGBl* 1994, I, s. 324 och följande sidor.

12. I § 3 i prövningsförordningen behandlas slutligen tillsynskommissionernas verksamhet. Enligt den bestämmelsen skall tillsynskommissionerna i enlighet med artikel 177 i fördraget begära förhandsavgörande av Europeiska gemenskapernas domstol när de anser att det är nödvändigt att denna avgör en fråga rörande tolkningen av fördraget eller giltigheten av en rättsakt som har utfärdats på grundval av fördraget.

Enligt samma bestämmelse skall tillsynskommissionerna med åtlydnad av principerna i lagen om ändring av HGrG upprätta sin interna arbetsordning som skall innehålla regler angående förfarandet. De skall yttra sig genom skriftliga och motiverade beslut efter att ha hört berörda parter. I § 3.4 preciseras slutligen att tillsynskommissionerna, till skillnad från prövningsorganen, inte har befogenhet att avbryta ett förfarande om offentlig upphandling.

13. Federala tillsynskommissionens interna arbetsordning trädde i kraft den 1 augusti 1995 och har inte offentliggjorts. Den version som den tyska regeringen har ingivit i förevarande mål består av fem delar och reglerar organisationen och fördelningen av uppgifterna inom organet, förfarandet, som omfattar en skriftlig och en muntlig fas, beslutsfattandet samt andra särskilda aspekter, till exempel vissa formkrav beträffande det slutliga beslutet.

Denna version av den interna arbetsordningen förefaller att utgöra en ändring av en tidigare version av samma förordning, vilken trädde i kraft i juni 1994 och som inte heller har offentliggjorts. Enligt kommissionen, som vid förhandlingen har givit denna upplysning — som betecknande nog inte har motsagts —, föreligger vissa skillnader mellan den ursprungliga versionen och den som nu gäller, särskilt beträffande förhandlingarnas offentlighet, nödvändigheten av en muntlig fas och tidsfristerna i förfarandet. [12]

14. För att komplettera den lagstiftningsram som här har beskrivits skall det slutligen anföras att genomförandet av gemenskapens direktiv i fråga om upphandling har varit föremål för två avgöranden under senare tid, i vilka domstolen har fällt den tyska regeringen för att inte ha uppfyllt sina förpliktelser enligt fördraget. Den första fastställelsen av att fördragsbrott förelåg gällde underlåtenhet att korrekt införliva direktiven om offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten [13], medan den andra gällde underlåtenhet att införliva tjänstedirektivet. [14]

Införlivandet av prövningsdirektivet är föremål för ett förfarande om fördragsbrott som har inletts av kommissionen och som alltjämt pågår. [15] Kommissionen lägger i huvudsak den tyska regeringen till last att det rättsliga skydd som enskilda erbjuds enligt de nationella bestämmelserna är otillräckligt i förhållande till vad som föreskrivs i det motsvarande direktivet.

Bakgrund

15. Vi kommer nu till de omständigheter som har givit upphov till tvisten vid den nationella domstolen, vilka, till skillnad från de tillämpliga bestämmelserna, är enkla och kan sammanfattas på följande sätt.

År 1995 hade Bundesbaugesellschaft Berlin mbH (nedan kallat den upphandlande myndigheten) publicerat ett meddelande om offentlig upphandling avseende ett kontrakt

12 — Kommissionen har för övrigt låtit förstå att den hyser tvivel beträffande vilken version av den inre arbetsordningen som skall anses vara giltig. Den anför nämligen att den enda version som den tyska regeringen officiellt har anmält och som inte har följts av officiella uppdateringar eller ändringar är den från juni 1994, som har ingivits såsom officiell handling i ett förfarande om fördragsbrott som kommissionen har inlett mot Tyskland i enlighet med artikel 169 (se härom nedan i texten).

13 — Dom av den 11 augusti 1995 i mål C-433/93, kommissionen mot Tyskland (REG 1995, s. I-2303). Det skall påpekas att de direktiv som då var tillämpliga var rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988 om upphandling av varor (EGT L 127, s. 1) och rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 210, s. 1). Det skall vidare kommas ihåg att domstolen i enlighet med fast rättspraxis har konstaterat fördragsbrotten med hänvisning till de bestämmelser som var i kraft vid utgången av den tidsgräns som kommissionen hade fastlagt i sitt motiverade yttrande (i det fallet den 3 februari 1993).

14 — Dom av den 2 maj 1996 i mål C-253/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1996, s. I-2423).

15 — Den formella underrättelsen av den 31 december 1995 har publicerats på tyska i *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, nr 23/95 s. 1940 och följande sidor. Det motiverade yttrandet skickades den 29 juli 1996 (se pressmeddelande från kommissionen nr IP/96/614).

om tjänster för den allmänna planeringen av uppförandet av nya regeringsbyggnader i Berlin. [16] Eftersom det var fråga om tjänster av intellektuell art, valde myndigheten ett förhandlat förfarande efter föregående publicering av ett meddelande om upphandling såsom medges i artikel 11.2 c i tjänstedirektivet.

16. Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH (nedan kallat sökanden) deltog i upphandlingsförfarandet och lämnade ett anbud den 25 augusti 1995.

Den upphandlande myndigheten granskade de 18 anbud som hade mottagits och valde av dessa ut sju, som upptogs på en lista där anbuden angavs i rangordning. Därefter beslöt den att ge kontraktet till två andra företag än sökanden, och gav dessa i uppgift att bilda en arbetsgrupp för att utföra de tjänster som kontraktet avsåg. Kontraktet undertecknades den 12 januari 1996, när arbetsgruppen i fråga redan hade påbörjat sin verksamhet.

17. Eftersom sökanden ansåg att uteslutandet av bolaget utgjorde ett åsidosättande av tjänstedirektivet och motsvarande nationella bestämmelser, klagade bolaget hos förbundsministeriet för fysisk planering samt byggnads- och tätortsfrågor (i dess egenskap av prövningsorgan) och begärde interimistiskt att myndigheten skulle upphäva förfarandet och som huvudyrkande att den skulle avbryta tilldelningen av kontraktet. Till stöd för sin begäran gjorde sökanden gällande att den upphandlande myndigheten flera gånger hade informerat bolaget om dess lämplighet för uppdraget och att dess anbud var det från ekonomisk synpunkt mest förmånliga.

Genom skrivelse av den 20 december 1995 förklarade sig prövningsorganet obehörigt att ta upp klagomålet till sakprövning och avvisade talan utan att ha prövat den i sak. Beslutet motiverades med att den i lag föreskrivna federala förordning genom vilken regeringen var skyldig att tilldela prövningsorganen behörighet att pröva även tvister angående upphandling av tjänster, inte hade antagits.

18. När prövningsorganet underrättade sökanden om beslutet, upplyste det även bolaget om möjligheten att vända sig till federala tillsynskommissionen för att ifrågasätta beslutets laglighet. Sökanden klagade därför hos sagda kommission och begärde följande: i första hand att det första prövningsorganets avvisningsbeslut skulle ogiltigförklaras, att upphandlingsförfarandet skulle avbrytas samt att kontraktet skulle tilldelas sökanden och i andra hand att frågan skulle hänskjutas till EG-domstolen för ett förhandsavgörande angående den omtvistade punkten.

16 — Publicerat i *Amtsblatt Berlin* den 23 juni 1995 samt i EGT S 120, s. 166.

Federala tillsynskommissionen beslutade att avbryta förfarandet och ställa förevarande fråga, det vill säga att domstolen skall fastställa huruvida artikel 41 i tjänstedirektivet skall tolkas på så sätt att de självständiga organ som har inrättats i medlemsstaterna i enlighet med prövningsdirektivet är behöriga att från den dag då tjänstedirektivet skulle vara införlivat med den nationella rätten pröva även klagomål angående upphandlingsförfaranden avseende tjänster.

Frågan har debatterats livligt mellan parterna, både i de skriftliga yttrandena och vid förhandlingen. Av vikt är att sökanden, vilken, som framgår ovan, uttryckligen hade begärt (om dock i andra hand) att frågan skulle hänskjutas till domstolen för ett förhandsavgörande beträffande den omtvistade punkten själv erkänt att federala tillsynskommissionen *inte utgör en domstol* i den mening som avses i artikel 177. Sökanden har emellertid föreslagit, vilket är motsägelsefullt, att domstolen i vilket fall som helst skall besvara den fråga som har ställts till den, på grundval av överväganden som angår skyddet av individen och dennes rätt till ett effektivt *domstolsskydd*.

Upptagande till sakprövning

19. Innan begäran om förhandsavgörande prövas i sak måste det avgöras om domstolen är behörig att pröva den fråga som federala tillsynskommissionen har hänskjutit. Vid den nyss gjorda genomgången av de tillämpliga bestämmelserna om inrättandet av kommissionen i fråga samt av bestämmelserna som reglerar dennas verksamhet, framkommer nämligen starka tvivel beträffande huruvida sagda organ kan betecknas som "domstol" i den mening som avses i artikel 177 i fördraget, och således beträffande möjligheten att uppta frågan till sakprövning. [17]

Kommissionen har förklarat att den anser att det inte råder någon tvekan om att frågan inte kan tas upp till sakprövning och har avstått från att ta ställning i sakfrågan. Den tyska regeringen har anfört att organet i fråga är en domstol i den mening som avses i artikel 177. Trots detta har den vid förhandlingen uttryckligen medgivit att den har inlett de förfaranden som är nödvändiga för att de tillämpliga bestämmelserna skall ändras för att möjliggöra att talan kan föras mot tillsynskommissionernas beslut vid allmän domstol i syfte att säkerställa ett effektivt domstolsskydd av de berörda. [18]

17 — Jag skall inom parentes understryka att en sådan bedömning som enda syfte har att kontrollera om organet i fråga är ett sådant organ som har rätt att begära att domstolen skall pröva den ställda frågan och inte tvärtom avgöra huruvida införlivandet av prövningsdirektivet, vilket skulle kunna bli föremål för ett annat förfarande, är korrekt. Förfarandet om fördragsbrott som kommissionen har inlett och som gäller det icke korrekta införlivandet av prövningsdirektivet från den tyska regeringens sida, vilket tidigare har nämnts, har drag som ligger nära det förevarande förfarandet, men det har även drag som är olika och som gör att såväl den formella som den materiella distinktionen strängt skall respekteras.

18 — Från denna omständighet, som kommissionen åberopade vid förhandlingen, härleder kommissionen ett ytterligare bevis för att tillsynskommissionerna i deras nuvarande form inte är av domstolskaraktär. Denna slutsats har däremot bestritts av den tyska regeringen, som vid förhandlingen har anfört att sagda ändringar helt enkelt syftar till att uppnå vissa förbättringar av ett system som redan är tillfredsställande vad gäller domstolsskyddet och för övrigt erinrar om att upplysningarna har tillhandahållits i ett annat förfarande, där omständigheterna skilde sig från dem i det förevarande.

20. För att lösa problemet vill jag inledningsvis framhålla att kommissionen i fråga (liksom tillsynskommissionerna på delstatsnivå) i den nationella rätten betecknas som "domstolsliknande institution" (gerichtsähnliche Einrichtung) och inte som domstol i egentlig mening. [19]

Denna omständighet är visserligen inte i sig avgörande, eftersom begreppet domstol i artikel 177 är ett gemenskapsrättsligt begrepp [20], i vilket domstolen (ibland) har velat inräkna även organ som enligt den tillämpliga nationella rätten inte är domstolar [21]. Den föranleder emellertid att organens art och sättet på vilket de utför sina uppgifter måste analyseras i detalj, just i syfte att avgöra om organet i det enskilda fallet har den sammansättning och det arbetssätt som det enligt domstolens praxis måste ha för att ett organ som inte är en domstol skall omfattas av tillämpningsområdet för artikel 177.

21. Jag skall därför först i korthet påminna om de viktigaste etapperna — de som här är relevanta — i denna rättspraxis. Det skall för övrigt framhållas att denna rättspraxis har utvecklats på grundval av enskilda fall och att det aldrig har gjorts någon allmän och uttömmande definition av begreppet domstol i den mening som avses i artikel 177.

22. Det första målet gällde en holländsk skiljedomstol (Scheidsgerecht) som hade begärt ett förhandsavgörande av domstolen, varvid den preciserade att den enligt den egna nationella rätten inte betraktades som domstol. I den numera kända domen i målet Vaassen-Göbbels [22] förklarade sig domstolen behörig att besvara de ställda frågorna och ansåg att det hänskjutande organet hade de egenskaper som en domstol skall ha enligt artikel 177.

Domstolen beaktade uttryckligen särskilt följande omständigheter: Scheidsgerecht var ett organ som hade bildats med iakttagande av vad som föreskrivs i holländsk lag, det var permanent, det hade i uppgift att lösa tvister, det var underkastat bestämmelser om ett kontradiktoriskt förfarande som motsvarade dem som gällde för de allmänna domstolarna samt var skyldigt att tillämpa rättsregler. Dessutom var de som tillhörde den kategori varom var fråga tvungna att väcka talan vid organet angående tvister med den behöriga försäkringsmyndigheten, och slutligen ankom utnämningen av organets medlemmar

19 — Se inledningen till den andra lagen om ändring av HGrG, genom vilken § 57a—57c, vilka har beskrivits ovan, infördes (BT-Drucksache 12/4636, s. 12). Denna omständighet är för övrigt förståelig om hänsyn tas till särdragen i den tyska rätten. Inrättandet av en federal "domstol" i egentlig mening genom ändring av en vanlig lag (som HGrG) skulle ha utgjort en överträdelse av tillämplig författningsrätt (åtminstone vad beträffar inrättandet av federala tillsynskommissionen), detta i det den tyska grundlagen (§§ 95 och 96) innehåller en uttömmande uppräkning av de federala domstolarna, vilken kan kompletteras endast efter ändring av konstitutionen.

20 — Definitionen av detta begrepp kan med hänsyn till de uppenbara kraven på enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten inte lämnas åt medlemsstaternas rättsordningar (se redan, i allmänna ordalag, dom av den 1 februari 1972 i mål 49/71, Hagen, Rec. 1972, s. 23).

21 — Se till exempel redan dom av den 30 juni 1966 i mål 61/65, Vaassen-Göbbels (Rec. 1966, s. 407).

22 — Se föregående fotnot.

på den behöriga ministern, som även utsåg dess ordförande och beslutade om regler för förfarandet. [23]

23. Genom att använda det tillvägagångssätt som nyss har beskrivits, har domstolen redan från början visat att den inte lägger någon avgörande vikt vid det hänskjutande organets juridiska beteckning utan till dess faktiska egenskaper (såsom dess rättsliga ursprung, huruvida det utgör obligatorisk domstol, huruvida det finns transparenta regler om förfarandet vid organet och huruvida organet tillämpar rättsregler) för att beteckna det som domstol i den mening som avses i fördraget. Detta tillvägagångssätt måste för övrigt helt och hållet godtas, särskilt med hänsyn till det historiska sammanhang i vilket det har uppstått. Vid tiden för domen i målet Vaassen-Göbbels hade nämligen förfarandet för samarbete mellan nationella domstolar och gemenskapens domstol nyss börjat tillämpas, och domstolen var väl medveten om nödvändigheten av att uppmuntra förfarandets tillämpning för att säkerställa att kunskapen om gemenskapsrätten spreds och att denna tillämpades enhetligt, även om detta skulle ske med hjälp av en — om nödvändigt — extensiv tolkning av begreppet organ som kunde begära förhandsavgörande av domstolen.

24. Det är mot denna bakgrund som vissa därpå följande avgöranden skall förstås. Det gäller till exempel domen i målet Broekmeulen [24], där domstolen ansåg att den fråga som ställts till den av en (holländsk) besvärsnämnd, som var behörig att besluta angående läkares klagomål över avslag på ansökningar om legitimation för utövande av läkaryrket eller registrering som läkare, kunde tas upp till sakprövning. Domstolen fann att besvärsnämnden hade vissa egenskaper vad gällde sammansättning och arbetssätt, som gjorde det möjligt att anse att besvärsnämnden utövade uppgifter av rättskipningskaraktär. Domstolen lade uttryckligen särskild vikt vid att besvärsnämnden hade permanent karaktär, att de offentliga myndigheterna deltog vid dess sammansättning, att det fanns en inre arbetsordning varigenom ett kontradiktoriskt förfarande föreskrevs, att den hade exklusiv behörighet och att dess beslut inte kunde ändras. Domstolen fastslog att det med hänsyn till att organet skulle tillämpa gemenskapsrätt som åberopades av parterna var nödvändigt att besvara den hänskjutna frågan, detta även på grund av nyttoeffekten därav.

25. I samma perspektiv skall den inriktning i rättspraxis som går tillbaka på domen i målet Simmenthal ses. [25] I det målet hade Pretore i Alessandria väckt talan vid domstolen i ett förfarande om summarisk process. Den italienska regeringen hade bestritt domstolens behörighet att besvara Pretores fråga på grund av att det kontradiktoriska rekvisitet saknades i det att den nationella domstolen i

23 — Även i senare rättspraxis har domstolen bekräftat att den betraktar arbetsrättsliga skiljedomstolar som uppfyller tidigare nämnda rekvisit som domstolar enligt artikel 177. Se i detta hänseende till exempel dom av den 17 oktober 1989 i mål 109/88, Danfoss (Rec. 1989, s. 3199) i vilken domstolen konstaterade att det hänskjutande organet, en dansk skiljedomstol, var inrättat genom lag (som i detalj föreskrev det sätt på vilket skiljedomstolen skulle vara sammansatt, antalet medlemmar som skulle utnämnas av parterna och det sätt på vilket ordföranden skulle utses) och var ensamt behörigt att avgöra de tvister som kunde anhängiggöras vid det. Det var sista instans och det var möjligt för endast en av parterna att väcka talan vid det utan den andres medgivande. Generaladvokat Lenz anförde vidare att organet dessutom skulle tillämpa rättsregler, till exempel bestämmelserna i tillämpliga kollektivavtal.

24 — Dom av den 6 oktober 1981 i mål 246/80 (Rec. 1981, s. 2311), som skall behandlas mer detaljerat i punkterna 39 och 40 i texten.

25 — Dom av den 28 juni 1978 i mål 70/77 (Rec. 1978, s. 1453), punkt 10.

ett sådant förfarande hade möjlighet att döma på grundval endast av kärandens påståenden. Domstolen konstaterade att Pretore "utövar domstols verksamhet i den mening som avses i artikel 177" och preciserade att domstolens behörighet i mål om förhandsavgörande inte kan bero på huruvida det förfarande under vilket hänskjutande har gjorts är kontradiktoriskt eller inte. Domstolen tillade emellertid att "det eventuellt kan vara nödvändigt för att värna om god rättsskipning att begäran om förhandsavgörande görs endast till följd av en kontradiktorisk förhandling". [26] Med andra ord fastslog domstolen att, när det står utom allt tvivel att det hänskjutande organet är en domstol, den omständigheten att hänskjutandet har gjorts före en (eventuell) kontradiktorisk förhandling inte hindrar att hänskjutandet tas upp till sakprövning.

26. Även om domstolen som har framgått ovan har varit generös, har den också dragit vissa klara gränser för begreppet domstol i fördragets mening. I beslutet i målet Borker [27], som senare bekräftades i beslutet i målet Regina Greis Unterweger [28], förklarade domstolen att den var behörig att ge ett förhandsavgörande endast beträffande frågor som ställts av domare som hade i uppgift att döma i "förfaranden avsedda att leda till beslut av rättsskipningskaraktär". [29] Det var i de fallen fråga om Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris (vid vilken en advokat som var inskriven där hade begärt en förklaring som skulle inges i en tvist som var anhängig vid domstolarna i en annan medlemsstat) respektive Commissione consultiva per le infrazioni valutarie italiana (vid vilken begäran hade gjorts om ett icke bindande motiverat yttrande till Ministero del Tesoro [budgetministeriet]), och domstolen ansåg att detta villkor inte var uppfyllt i något av fallen. [30]

27. Domstolen har därefter haft tillfälle att precisera att det hänskjutande organet, för att omfattas av begreppet domstol i den mening som avses i artikel 177, måste vara oberoende. Detta kriterium fastställdes inte uttryckligen för första gången, förrän i domen i målet Corbiau, kanske för att kriteriet ligger i själva den dömande verksamhetens väsen. I den domen förklarade sig domstolen sakna behörighet att besvara frågan, eftersom denna hade ställts av ett organ som visserligen var domstol enligt nationell rätt, men som inte uppvisade nödvändiga garantier för oberoende i förhållande till parterna och till den tvist som den skulle lösa. [31] Det var närmare bestämt fråga om direktören för direkta och indirekta skatter i Luxemburg, som enligt lag var behörig att i första instans besluta i tvister mellan skattebetalarna och de kontor (för vilka han var direktör) som fastställde beskattningen.

26 — Domen i målet Simmenthal, punkt 10.

27 — Beslut av den 18 juni 1980 i mål 138/89 (Rec. 1980, s. 1975).

28 — Beslut av den 5 mars 1986 i mål 318/85 (Rec. 1986, s. 955).

29 — Beslut i målet Borker (ovan nämnt i fotnot 27), punkt 4.

30 — Domstolen uttalade sig nyligen i samma riktning i dom av den 19 oktober 1995 i mål C-111/94, Job Centre (REG 1995, s. I-3361), som meddelades i ett förfarande för frivillig rättsvård i samband med en ansökan om fastställelse av en bolagsordning för att bolaget i fråga skulle kunna skrivas in i bolagsregistret. Domstolen ansåg att Tribunale di Milano, som hade hänskjutit målet, inte i detta sammanhang utövade dömande verksamhet utan handlade som administrativ myndighet.

31 — Dom av den 30 mars 1993 i mål C-24/92 (Rec. 1993, s. I-1277). I själva verket förekommer vissa mer eller mindre uttryckliga hänvisningar till oberoendekriteriet, se till exempel domen i målet Pretore di Salò, där domstolen bland annat bedömde huruvida den hänskjutande domstolen var oberoende och kom till slutsatsen att det var fråga om en domstol i den mening som avses i artikel 177 (dom av den 11 juni 1987 i mål 14/86, Rec. 1987, s. 2545), punkt 7.

Oberoendekriteriet var för övrigt avgörande även i målet Asociación Española de Banca Privada, även om resultatet där blev det motsatta. [32] I det målet var det hänskjutande organet den spanska Tribunal de Defensa de la Competencia. Generaladvokaten anförde i sitt förslag till avgörande en rad omständigheter som gjorde att organet kunde betraktas som domstol i den mening som avses i artikel 177. Dessa var, förutom att förfarandet var av kontradiktorisk art och på ett transparent sätt hade fastställts i lag, att dess medlemmar utövade verksamheten på ett oberoende sätt samt att de var oavsättliga. [33] I domen gick domstolen inte in på problemet. Den omständigheten att den besvarade de hänskjutna frågorna leder emellertid till antagandet att den underförstått delar generaladvokatens uppfattning.

28. Med anledning av den rättspraxis för vilken nyss har redogjorts kan det således klart konstateras att domstolen har utarbetat en rad nödvändiga förutsättningar för ett organs rätt att ställa frågor för förhandsavgörande, även om det inte finns någon allmän definition av begreppet domstol i den mening som avses i artikel 177.

Dessa förutsättningar rör: organets ursprung — det måste ha inrättats med stöd av lag och inte genom en överenskommelse mellan parterna —, dess band till den offentliga makten, dess permanenta karaktär — det vill säga det får inte utöva en dömande verksamhet av endast tillfällig natur — och dess behörighet att lösa en tvist avsedd att leda till ett beslut av rättskipningskaraktär. Vidare måste organet följa ett förfarande som motsvarar det som gäller för de allmänna domstolarna. Detta förfarande kännetecknas (inom ovan klargjorda gränser) av en kontradiktorisk förhandling, av att organet tillämpar rättsregler (således inte billighetskriterier), av att det har obligatorisk karaktär, som utesluter att andra rättsmedel kan användas, och slutligen av att organet är oberoende i dubbel bemärkelse, det vill säga dels att det är oberoende i förhållande till parterna i tvisten, dels att medlemmarna i organet är oavsättliga.

29. För att återgå till förevarande fall skall det således kontrolleras om federala tillsynskommissionen kan anses utföra en sådan dömande verksamhet som enligt domstolen omfattas av artikel 177 i fördraget.

Som nämnts har kommissionen i förevarande fall anfört att organet inte uppfyller alla de rekvisit som har utarbetats i den rättspraxis för vilken nyss redogjorts. Det är av särskild betydelse att federala tillsynskommissionen har inrättats genom en "ramlag" (den andra lagen om ändring av HGrG), som inte föreskriver vare sig förpliktelser eller subjektiva rättigheter för de enskilda. Den är vidare avsedd att kompletteras av rättsakter av förordningskaraktär. Dessutom kan det omtvistade organet lätt "berövas" sin rättsliga grundval — och således bli oförmöget att

32 — Dom av den 16 juli 1992 i mål C-67/91 (Rec. 1992, s. I-4785).

33 — Generaladvokat Jacobs förslag till avgörande, framlagt den 10 juni 1992 (Rec. 1992, s. I-4806), punkt 11.

yttra sig — i fall då det, som i det förevarande, inte finns någon lägre behörig kontrollinstans. Kommissionen har dessutom anfört följande: det hänskjutande organet fattar inte sina beslut efter ett kontradiktoriskt förfarande, vilket bekräftas i motiveringen till dess första avgörande. [34] Dess förfarande regleras av en intern arbetsordning som inte har publicerats och som när som helst fritt kan ändras. Det finns inte bestämmelser som föreskriver rättsligt bindande verkan för dess avgöranden, och organet är inte oberoende eftersom det är beroende av Bundesrat vad gäller personal och lokaler. Det senare organet är i sin tur ett administrativt och inte ett dömande organ. Slutligen är den kortaste varaktigheten av federala tillsynskommissionens "tjänstemannamedlemmars" mandat inte fastställd i lag.

30. Med hänsyn till federala tillsynskommissionens karaktär, till lagstiftningstekniken genom vilken den bildades och, framför allt, till det sätt på vilket den utövar sin verksamhet, måste jag erkänna att jag delar åtminstone några av kommissionens anmärkningar, för övrigt de enligt min åsikt mest betydelsefulla.

För det första tror jag inte att de bestämmelser som gäller för förfarandet om överklagande till kommissionerna i fråga kan anses motsvara dem som reglerar de allmänna domstolarnas verksamhet. Den omständigheten att reglerna om förfarandet enligt lagen skall antas självständigt av varje tillsynskommission som senare självständigt kan ändra dem, till och med utan offentliggörande, får mig tvärtom att anse att de nödvändiga garantierna för offentlighet och rättssäkerhet som måste finnas för att det skall vara fråga om ett domstolsförfarande i förevarande fall saknas.

31. Märk väl att jag inte hänför mig endast till frånvaron av ett kontradiktoriskt förfarande mellan parterna. Mycket viktigare är enligt min åsikt frånvaron av de "funktionella" minimirekvisit som kännetecknar ett domstolsförfarande, detta i enlighet med den rättspraxis som fastlades i domen i målet Vaassen-Göbbels. [35] I det målet var de förfaranderegler som gällde för den dömande verksamheten vid det hänskjutande organet underkastade den behörige ministerns godkännande, varför det inte fanns några tvivel om att de tillämpliga förfaranderegelrna gällde samt var offentliga och transparenta. Denna omständighet, vilken för övrigt uttryckligen påpekades, beaktades både av generaladvokaten och domstolen, vilka kom till slutsatsen att det var fråga om ett organ som var "underställt kontradiktoriska förfa-

34 — Beslut av den 2 augusti 1994 (publicerat i *EU Public contract law*, nr 3/94, s. 47 och följande sidor), i vilket federala tillsynskommissionen förklarade att den inte tillämpade något kontradiktoriskt förfarande och preciserade att parternas ansökningar endast utgjorde enkla inviter att inta en bestämd ståndpunkt.

35 — Det är självklart att framhålla att domstolen när den omdimensionerade (för övrigt inom ovan angivna gränser) rättspraxis i målet Simmenthal och införde det särskilda rekvisitet kontradiktoriskt förfarande säkerligen inte avsåg att avskaffa det mer allmänna rekvisitet som utgörs av förfarandets rättsliga karaktär. Det är fråga om en grundläggande omständighet vars avgörande roll uttryckligen påpekas i domen i målet Vaassen-Göbbels, och även, som nämnts, i den tankegång som ligger till grund för domstolens övriga avgöranden i frågan.

randebestämmelser som *de som gäller för de allmänna domstolarna*". [36]

32. I förevarande fall förefaller det mig däremot svårt att finna liknande garantier av processrättslig art. Om sådana finns, kan de ändras av det dömande organet självständigt och utan att ändringen offentliggörs. Det förefaller mig därför som om de mest grundläggande kraven på rättssäkerhet var uppfyllda. Att så är fallet bevisas för övrigt av de tvivel som kommissionen har uttryckt beträffande den version av reglerna som nu är i kraft och vilka föranleddes av skillnaden mellan den version som den tyska regeringen har ingivit i förfarandet om överträdelse och den som har ingivits i förevarande mål.

Under dessa omständigheter förefaller det mig inte kunna anses att det förfarande som äger rum vid federala tillsynskommissionen är ett domstolsförfarande i den mening som framgår av domstolens rättspraxis. Förevarande fall faller nämligen med säkerhet utanför resonemanget i domen i målet Vaassen-Göbbels, även om domstolen i det målet var generös.

36 — Se dom i målet Vaassen-Göbbels (ovan, fotnot 21), punkt 1 (min kursivering) samt generaladvokat Gands förslag i samma mål, enligt vilket "det förfarande som äger rum ... är av dömande art" (Rec. 1966, s. 434).

33. Jag anser vidare att det finns tvivel beträffande det aktuella organets oberoende, åtminstone vad gäller dess medlemmars oavsättlighet.

Betecknande i detta hänseende är § 57c.7 i HGrG, som jag åter skall redogöra för i syfte att underlätta läsningen. Federala tillsynskommissionens "tjänstemannamedlemmar" väljs bland ordförande och bisittare på Bundeskartellamt. De förstnämnda fungerar som avdelningsordförande i kommissionen. Bundeskartellamts ordförande tillsätter de externa bisittarna på förslag av offentliga branschorganisationer, reglerar sammansättningen och uppdelningen i avdelningar och utövar efter delegation från regeringen överordnad kontroll över kommissionen. [37] Federala tillsynskommissionen använder sig dessutom av Bundeskartellamts lokaler och dess tjänster.

34. "Tjänstemannamedlemmarna" i federala tillsynskommissionen är således medlemmar även av Bundeskartellamt, som de formellt fortsätter att tillhöra. I praktiken innebär

37 — Det är fråga om den kontroll som är begränsad till tillrättavisning (Vorhalt) och varning (Ermahnung) och som för övrigt enligt doktrinen inte i något fall bör gälla innehållet i beslut av rättskipningskaraktär. Detta synsätt förefaller mig bekräftas i rättspraxis, även om det inte saknas undantag i fall av misstag som har ansetts uppenbara. Se i detta hänseende även § 26.1 och 26.2 i DRiG, där det föreskrivs att de överordnades kontroll inte får inkräkta på domarnas oberoende. Dessa bestämmelser är tillämpliga i förevarande fall. Lägg emellertid även märke till att § 26.3 i DRiG, som föreskriver att domarna har rätt att överklaga de kontrollåtgärder som vidtas mot dem (§ 57c.3), inte är tillämplig.

detta att de samtidigt utövar verksamhet som medlemmar samtidigt i federala tillsynskommissionen och som medlemmar i Bundeskartellamt. Dessutom saknas det i reglerna om inrättande av det förra organet bestämmelser om varaktigheten för "tjänstemannamedlemmarnas" mandat. Den omständigheten att varaktigheten för de externa medlemmarnas mandat (5 år) [38] uttryckligen har reglerats tyder på att det inte är fråga om något förbiseende.

Allt detta sammantaget visar att det inte finns någon garanti för oavsättlighet och heller inte för att varaktigheten för mandatet för federala tillsynskommissionens medlemmar tidsbestäms. En nödvändig förutsättning för deras oberoende saknas således. De kan däremot berövas sin "extra" behörighet och på nytt användas endast för sina "normala" uppgifter när som helst och genom vanliga interna organisatoriska åtgärder. Visserligen kan vissa bestämmelser i DRiG om domares oavsättlighet och oberoende [39] tillämpas analogt på Bundeskartellamts medlemmar när de sitter i federala tillsynskommissionen. Emellertid är bestämmelserna i DRiG om skydd för domares rätt att överklaga en återkallelse av utnämningen eller av en ändring av deras verksamhet inte tillämpliga, vilket innebär att medlemmarna när som helst kan "återkallas" av Bundeskartellamts ordförande.

35. Jag anser heller inte att principförklaringen i § 57c.3 om självständighet och oberoende för federala tillsynskommissionens medlemmar löser problemet, eftersom medlemmarna hör till förvaltningen och fortsätter att höra till denna, även från funktionell synpunkt. Ett system som det ifrågavarande, enligt vilket ett begränsat antal tjänstemän i förvaltningen tillfälligt och för utövning av vissa uppgifter tillerkänns beteckningen domare, och på vilka det tillämpas ett likaledes begränsat antal bestämmelser som gäller för domare, med undantag av de garantier som normalt föreskrivs för domare i fråga om återkallelse av utnämningen och ändring av uppgifterna, förefaller mig vara alltför omständligt och medge för litet insyn för att i det konkreta fallet garantera den stabilitet som är nödvändig för att säkerställa oberoendet för dem som utövar dömande verksamhet.

36. Ytterligare tvivel skulle kunna uppstå beträffande federala tillsynskommissionens opartiskhet i förhållande till tvisterna om dess behörighet. Sagda kommission är nämligen, som vi har sett, en förgrening av Bundeskartellamt, det vill säga förvaltningen, och den är detta till trots förordnad att lösa tvister angående offentlig upphandling och således tvister mellan förvaltningen och enskilda. Denna omständighet torde utesluta att det kan talas om att federala tillsynskommissionen är tredje man och således oberoende, naturligtvis såvida man inte med oberoende avser det oberoende som krävs av domarna

38 — § 57c.2 i HGrG.
39 — Se ovan, fotnot 7.

såsom moralisk egenskap hos de fysiska personer av vilka en domstol är sammansatt. [40]

Denna omständighet ger upphov till ytterligare tvivel angående rättskipningskaraktären hos besluten som federala tillsynskommissionen skall fatta och följaktligen angående möjligheten att hos denna finna de egenskaper som kännetecknar en domstol i den mening som avses i artikel 177.

37. Slutligen anser jag att ytterligare en anmärkning från kommissionen, som även den är av avgörande betydelse, kan godtas. I bestämmelserna om inrättandet av federala tillsynskommissionen finns inte några bestämmelser om rättsverkningarna av de beslut som kommissionen fattar, särskilt vad gäller beslutens bindande verkan. Eftersom det är fråga om ett organ som enligt nationell rätt inte är någon domstol, gäller inte den allmänna princip som föreskriver att beslut av rättskipningskaraktär är bindande. I frånvaron av uttryckliga bestämmelser berättigar den omständigheten att organet har inrättats genom en så kallad "budgetlösning" i det uttryckliga syftet att utesluta att subjektiva rättigheter skapas för deltagarna i upphandlingsförfaranden [41] till tvivel om huruvida besluten är bindande. [42]

38. Slutligen anser jag med hänsyn till vad ovan anförts att federala tillsynskommissionen inte uppfyller de nödvändiga rekvisiten, åtminstone inte vad gäller processrättsliga garantier och oberoende, för att den skall betraktas som domstol i den mening som avses i artikel 177, och dess begäran om förhandsavgörande kan därför inte tas upp till sakprövning.

39. Det skulle emellertid kunna påstås att domstolen ändå måste uttala sig när en begäran om förhandsavgörande härrör från ett organ vars förfarande utgör det enda möjliga rättsmedlet för en enskild som vill göra gällande de rättigheter som tillkommer honom enligt gemenskapsrätten, detta i syfte dels att undvika att sökanden berövas ett effektivt skydd, dels att säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas enhetligt.

Detta är sökandens ståndpunkt i huvuddrag. Som nämnts föreslår bolaget, även om det anför att federala tillsynskommissionen inte är en domstol i den mening som avses i artikel 177, att domstolen skall bortse från detta

40 — Se i detta hänseende domen i målet Corbiau, ovan, fotnot 31. Det hänskjutande organet i det målet hängde visserligen samman just med de myndigheter som hade beslutat om den omtvistade beskattningen. Emellertid är den tankegång som låg bakom domstolens resonemang (och generaladvokat Darmons) inte olik den som borde tillämpas även i förevarande mål, eftersom federala tillsynskommissionen är en del av förvaltningen och inte är tredje man i förhållande till tvisten, som ställer förvaltningen mot enskilda.

41 — Se motiveringen till förslaget om ändring i HGrG (BT-Drucksache 12/4636, s. 12).

42 — Se de tvivel som har anförts i doktrinen, särskilt av Boesen, EuZW, 1996, s. 586, som har anmärkt att federala tillsynskommissionens beslut inte utgör exekutionstitlar. Se vidare den formella underrättelse om försening och det motiverade yttrande som kommissionen har tillställt den tyska regeringen i det flera gånger nämnda fördragsbrottsförfarandet.

och ändå besvara bolagets fråga, eftersom en annan lösning skulle missgynna sökanden. Detta synsätt skulle kunna bekräftas av domen i målet Broekmeulen, där domstolen ansåg att en fråga som ställts av ett yrkesorgan som var behörigt att pröva överklaganden beträffande inskrivning i ett yrkesregister kunde tas upp till sakprövning. Domstolen förklarade bland annat: "Om det i praktiken saknas möjlighet att överklaga till ordinarie domstol i frågor som rör tillämpningen av gemenskapsrätten, så skall en besvärsnämnd — som utövar sina funktioner med de offentliga myndigheternas godkännande och i samverkan med dem och vars avgörande, som avges efter ett tvistemålsförfarande, erkänns som slutligt — betraktas som en domstol i en medlemsstat i den mening som avses i artikel 177 i fördraget." [43]

40. Jag anser mig inte kunna dela sökandens uppfattning utan anser att verkan av domen i målet Broekmuelen riskerar att bli för vidsträckt. De objektiva och subjektiva villkoren för systemet för samarbete mellan de nationella domstolarna och gemenskapsdomstolen, som är skapat genom artikel 177 i fördraget, kan inte variera beroende på de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet. Om ett organ inte är en domstol blir det inte det enbart av det skälet att något bättre alternativ inte erbjuds. Att resonera på ett annat sätt skulle vara att fästa avgörande vikt vid det processuella system i vilket organet ingår och inte vid organet som sådant, vilket skulle göra frågan huruvida de av domstolen uttryckligen fastställda rekvisiten är uppfyllda irrelevant.

41. Det bör påpekas att förevarande mål på denna punkt är mycket olikt målet Broekmuelen. Den avgörande förutsättningen i ovannämnda uttalande var som sagt att "det i praktiken saknas möjlighet att överklaga till ordinarie domstol" för den medborgare som åberopade gemenskapsrättsliga bestämmelser.

I förevarande fall har däremot den deltagare i ett upphandlingsförfarande som anser sig felaktigt utesluten möjlighet att väcka talan om ersättning för eventuellt liden skada, en möjlighet som i princip skulle kunna utgöra ett tillfredsställande rättsmedel.

42. Dessutom förefaller rättspraxis vid de allmänna tyska domstolarna att, trots att det inte finns några uttryckliga bestämmelser och trots doktrinens tveksamhet, ha gått i den riktningen att dessa anser sig behöriga att pröva överklaganden från deltagare i ett upphandlingsförfarande angående påstådda överträdelser (även) av gällande gemenskapsbestämmelser. Detta bekräftas av två senare beslut där Kammergericht Berlin (domstol som dömer som enda instans) förklarade att ansökningar om säkerhetsåtgärder kunde tas upp till sakprövning. Ansökningarna hade

43 — Dom i målet Broekmeulen (ovan, fotnot 24), punkt 17.

lämnats in av anbudsgivare som hade uteslutits från upphandlingsförfaranden som förvaltningen hade utlyst och syftade till att upphandlingsförfarandet skulle avbrytas. Kammergericht avslog därefter ansökningarna på materiella grunder. [44]

Till detta skall läggas att den tyska regeringen har anmält till kommissionen att den har påbörjat de ändringsförfaranden som är nödvändiga för att anpassa den tyska lagstiftningen till prövningsdirektivet, ändringar som innebär att det uttryckligen skall föreskrivas bland annat att tillsynskommissionernas avgöranden kan överklagas till de ordinarie domstolarna. [45]

43. Att frånkänna tillsynskommissionen i fråga egenskapen av domstol i den mening som avses i artikel 177 förorsakar under dessa omständigheter inte något problem beträffande den enskildes rättsliga skydd i den mening som ovan har framlagts. Ett sådant ställningstagande är dessutom helt i överensstämmelse med domstolens rättspraxis.

Jag anser att den av mig föreslagna lösningen, det vill säga att domstolen saknar behörighet att uttala sig om förevarande hänskjutna fråga, grundar sig på ett perspektiv som går utöver det enskilda fallet och ger större garanti för den enskildes rätt till ett skydd som för att vara effektivt måste vara av rättskipningskaraktär. Denna lösning grundar sig nämligen på övertygelsen att endast de organ som kan erbjuda alla de garantier som domstolen har utarbetat till skydd för den enskilde kan anses som domstolar i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

44. Slutligen skall anföras ett sista övervägande, som gäller själva syftet med prövningsdirektivet. Som bekant svarar antagandet av detta direktiv mot ett mycket starkt behov av att höja nivån på det rättsliga skyddet för enskilda i fråga om förfaranden för offentlig upphandling och att göra detta skydd enhetligt. I några medlemsstater kunde nämligen tilldelning av kontrakt och andra relevanta administrativa åtgärder tidigare inte överklagas till domstol, eller också kunde de överklagas men verkningarna därav var otillfredsställande vad gällde därefter följande kontraktstilldelning. Just i syfte att fylla dessa luckor infördes genom prövningsdirektivet en förpliktelse för medlemsstaterna att inrätta ett system som effektivt skulle kunna säkerställa att de rättigheter för enskilda som ges genom de materiella gemenskapsbestämmelserna (direktivet om upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten) för deltagarna i ett upphandlingsförfarande. Bestämmelserna i sagda direktiv skall tolkas i detta perspektiv, samma perspektiv inom vilket enligt kommissionen alla andra medlemsstater hittills har genomfört direktivet. En av kommissionen vid förhandlingen ingiven handling ger en översikt över de organ till vilka varje medlemsstat, för verkställighet av prövningsdirektivet, har givit behörighet att pröva frågor om upphandling. Det är i de flesta fall fråga om allmänna domstolar eller, där sådana finns, förvaltningsdomstolar, vilkas beslut i andra instans prövas av ett organ som fungerar som högsta förvaltningsdoms-

44 — Kammergericht Berlin, beslut av den 10 april 1994 (KartU 7605/94, EuZW 1995, s. 645 och följande sidor) och av den 31 maj 1995 (KartU 3259/95, NVwZ 1996, s. 415 och följande sidor).

45 — Inom parentes skall sägas att pågående lagändringar skulle kunna leda till att den dom som domstolen i dag skall meddela endast får historiskt värde, naturligtvis endast vad gäller talans upptagande till sakprövning och således tillsynskommissionernas befogenhet att ställa frågor för förhandsavgörande.

tol och har rådgivande befogenheter vid antagande av ny lagstiftning [Consiglio di Stato]. [46]

Ovanstående är ett betydelsefullt faktum som enligt min åsikt skall beaktas, om dock med respekt för åtskillnaden mellan förevarande förfarande och det förfarande som kommissionen har inlett i enlighet med artikel 169 i fördraget.

45. Med hänsyn till vad ovan anförts föreslår jag slutligen att begäran om förhandsavgörande skall avvisas, eftersom den har gjorts av ett organ som inte är att betrakta som domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

Saken

46. Ett fåtal anmärkningar är tillräckliga vad gäller den materiella delen av frågan, som jag skall behandla endast för fullständighetens skull.

Frågan gäller som nämnts tillsynsmyndigheternas behörighet att från sista dagen för införlivande av tjänstedirektivet pröva även överklaganden avseende förfaranden för upphandling av tjänster, och detta i frånvaro av (fastän en sådan enligt lag skall antas) en uttrycklig lagregel (i förevarande fall en federal förordning) som ger dem denna behörighet.

47. Såväl sökanden som den tyska regeringen har i detta sammanhang anfört att, med hänsyn till den direkta effekt som måste tillerkännas de tillämpliga bestämmelserna i tjänstedirektivet [47], de organ som har inrättats till införlivande av prövningsdirektivet borde kunna pröva även överklaganden beträffande upphandling av tjänster.

Det är emellertid uppenbart att denna fråga inte här kan besvaras av domstolen. Domstolen får nämligen inte träda i den nationella lagstiftarens ställe. Denne har genom uttryckligt stadgande i lag bemyndigats att besluta huruvida prövningsorganen även får avgöra överklaganden i fråga om upphandling av tjänster.

46 — Kommissionen har således förklarat sig nöjd med de åtgärder för införlivande som alla medlemsstaterna har vidtagit (med undantag av Tyskland, mot vilket land den har inlett ett förfarande i enlighet med artikel 169).

47 — Denna direkta effekt skulle enligt parterna, bortsett från att den härrör från de åberopade bestämmelsernas tillräckligt exakta och ovillkorliga karaktär, ha bekräftats, om dock indirekt, i domen i målet kommissionen mot Tyskland, där det förklaras att den tyska regeringen har gjort sig skyldig till fördragsbrott genom att inte införliva tjänstedirektivet (se fotnot 14).

48. Det tjänar i sammanhanget ingenting till att åberopa att tjänstedirektivets bestämmelser har direkt effekt. Även om en sådan direkt effekt konstaterades skulle domstolen inte kunna ge den någon annan följd än den enskildes rätt att åberopa bestämmelserna i fråga vid *en* domstol. Domstolen kan emellertid inte gå så långt som att ange vid *vilken* domstol detta får ske, utan att inkräkta på den nationelle lagstiftarens behörighetsområde. [48]

Det står klart att en situation där den enskilde, i avsaknad av en domstol som är behörig att pröva tvisten, inte har någon konkret möjlighet att åberopa en bestämmelse i gemenskapsrätten som har direkt effekt skulle innebära en uppenbar överträdelse av gemenskapsrätten. [49] Denna överträdelse skulle naturligtvis kunna beivras av de behöriga organen och genom åtgärder som är särskilt avsedda härför. En sådan överträdelse skulle också vara möjlig att — i förekommande fall — angripa genom de talemöjligheter som domstolen har fastlagt i fråga om statens ansvar gentemot enskilda som har lidit förmögenhetsskada till följd av åsidosättande av förpliktelser enligt gemenskapsrätten som kan tillskrivas staten. Jag upprepar att det är fråga om rättsmedel som både formellt och materiellt är skilda från förevarande förfarande och som därför inte inverkar på den lösning som jag har föreslagit i förevarande mål.

Förslag till avgörande

49. Med hänsyn till ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall avvisa begäran om förhandsavgörande, eftersom federala tillsynskommissionen för upphandling, som har gjort begäran, inte kan betraktas som domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

48 — Se i detta hänseende redan dom av den 9 juli 1985 i mål 179/84, Bozzetti (Rec. 1985, s. 2301), punkt 17 samt nyligen dom av den 18 januari 1996 i mål C-446/93, SEIM (REG 1996, s. I-73) enligt vilken: "det ... är i medlemsstaternas rättsordningar som den domstol skall anges som är behörig att avgöra tvister som gäller enskildas rättigheter som följer av gemenskapsrätten, med förbehåll för att medlemsstaterna bär ansvaret för att i varje enskilt fall tillförsäkra ett effektivt skydd av dessa rättigheter. Med undantag som — inom den nationella domstolsorganisationen — kan följa av beteckningen av vissa rättsliga situationer som grundas på gemenskapsrätten". (punkt 32)

49 — Utöver, troligen, artikel 6.1 i europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, i vilken rätten till domstol fastslås.