Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (åttonde avdelningen)

den 21 december 2016*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 89/665/EEG — Förfaranden för prövning av offentlig upphandling — Artikel 1.3 — Berättigat intresse av att få saken prövad — Artikel 2a.2 — Begreppet berörd anbudsgivare — Rätt för en anbudsgivare som uteslutits definitivt av den upphandlande myndigheten att ansöka om prövning av det senare tilldelningsbeslutet”

I mål C-355/15,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Verwaltungsgerichtshof (Förvaltningsdomstolen, Österrike) genom beslut av den 20 maj 2015, som inkom till domstolen den 13 juli 2015, i målet

Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH

mot

Universität für Bodenkultur Wien,

VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien,

meddelar

DOMSTOLEN (åttonde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Vilaras samt domarna M. Safjan och D. Šváby (referent),

generaladvokat: M. Wathelet,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH, genom J. Schramm, Rechtsanwalt,

— Universität für Bodenkultur Wien, genom O. Sturm, Rechtsanwalt,

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

* Rättegångsspråk: tyska.

— Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S. Varone, avvocato dello Stato,

— Polens regering, genom B. Majczyna, i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom B.-R. Killmann och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/665).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH (nedan tillsammans kallade grupperingen) och å andra sidan Universität für Bodenkultur Wien (nedan kallat BOKU Wien). Målet rör det sistnämndas tilldelning av ett ramavtal om offentlig upphandling av tjänster till VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien (nedan kallat Vamed).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 89/665

3 Skälen 3, 4, 6, 8, 18, 25 och 27 i direktiv 2007/66, genom vilket direktiv 89/665 ändrades, har följande lydelse:

”(3) Samråd med de berörda parterna och EG-domstolens rättspraxis har visat på ett antal brister i medlemsstaternas prövningsförfaranden. På grund av dessa brister är det inte alltid möjligt att med tillämpning av de förfaranden som inrättades genom [bland annat direktiv 89/665] … se till att gemenskapslagstiftningen följs, särskilt inte i ett skede när överträdelser ännu kan rättas till. …

(4) Av de brister som konstaterats kan särskilt framhållas avsaknaden av en tidsfrist som möjliggör en effektiv prövning mellan beslutet att tilldela ett kontrakt och ingåendet av avtalet i fråga. Detta medför ibland att de upphandlande myndigheterna och de upphandlande enheterna skyndar sig att underteckna kontraktet i avsikt att göra det ifrågasatta beslutets verkningar oåterkalleliga. För att åtgärda denna brist, som allvarligt hindrar ett effektivt rättsligt skydd för de berörda anbudsgivarna, dvs. de som ännu inte har uteslutits definitivt, är det nödvändigt att införa en minimiperiod, under vilken det aktuella avtalet inte får ingås …

…

(6) Perioden under vilken avtal inte får ingås bör ge de berörda anbudsgivarna tillräckligt lång tid för att granska tilldelningsbeslutet och bedöma om ett prövningsförfarande bör inledas. När de berörda anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet bör de få den relevanta information som är nödvändig för att de ska kunna ansöka om effektiv prövning. …

…

(8) … En minimiperiod är inte heller nödvändig om den enda berörda anbudsgivaren är den som tilldelats kontraktet och ingen anbudssökande berörs. I detta fall återstår det ingen annan person i anbudsförfarandet som har ett intresse av att erhålla underrättelsen och som kan utnyttja perioden under vilken avtal inte får ingås till att ansöka om effektiv prövning.

…

(18) I syfte att förebygga allvarliga överträdelser av skyldigheten att beakta den period under vilken avtal inte får ingås och den automatiska förlängningen av den period under vilken avtal inte får ingås, vilka är nödvändiga förutsättningar för effektiva prövningar, bör effektiva sanktioner tillämpas. Därför bör avtal som ingås med åsidosättande av den period under vilken avtal inte får ingås och den automatiska förlängningen av den period under vilken avtal inte får ingås i princip anses vara ogiltiga om de kombineras med överträdelser av [bland annat direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114, och rättelse, EUT L 351, 2004, s. 44), om dessa överträdelser har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om prövning att erhålla kontraktet.

…

(25) … [R]ättssäkerheten [kräver] på längre sikt beträffande de beslut som fattas av de upphandlande myndigheterna och de upphandlande enheterna att det fastställs en rimlig minsta preskriptionstid för prövning av beslutet i syfte att fastställa att avtalet är ogiltigt.

…

(27) … Med hänsyn till rättssäkerheten begränsas möjligheten att förklara att ett avtal är ogiltigt till en viss period. Dessa gränsers verkan bör respekteras.”

4 Artikel 1 i direktiv 89/665 har följande lydelse:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på avtal som avses i [direktiv 2004/18], såvida inte sådana avtal omfattas av undantag i enlighet med artiklarna 10–18 i det direktivet.

…

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv [2004/18] kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.

…

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

…”

5 I direktiv 89/665 föreskrivs flera fall där det, efter det att tilldelningsbeslutet fattats, under en tid är förbjudet för den upphandlande myndigheten att ingå avtal med den vinnande anbudsgivaren. Ett sådant förbud följer bland annat av det uppskov med verkställigheten som automatiskt följer av att en eventuell ansökan om prövning lämnas in till den upphandlande myndigheten i enlighet med artikel 1.5 i direktivet, och överklagande vid ett organ för prövning i första instans i enlighet med artikel 2.3 i nämnda direktiv. Förbuden kompletterar skyldigheten för den upphandlande myndigheten att, i enlighet med artikel 2a i direktivet, iaktta en period under vilken avtal inte får ingås mellan det att tilldelningsbeslutet fattas och att avtal ingås med den vinnande anbudsgivaren. I nämnda artikel 2a föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna ska se till att de personer som avses i artikel 1.3 får de tidsfrister som krävs för att effektivt kunna pröva de upphandlande myndigheternas beslut om tilldelning av kontrakt, genom att införa de bestämmelser som krävs för att uppfylla de minimikrav som anges i punkt 2 i den här artikeln och i artikel 2c.

2. Avtal enligt beslut om tilldelning av ett kontrakt som omfattas av direktiv [2004/18] får inte ingås före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, om telefax eller elektroniska medel används eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av antingen en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.

Anbudsgivarna ska anses vara berörda om de ännu inte har uteslutits definitivt. Ett uteslutande är definitivt om det har meddelats de berörda anbudsgivarna, och antingen har ansetts vara lagligt av ett oberoende prövningsorgan eller inte längre kan bli föremål för ett prövningsförfarande.

…

Meddelandet till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena om beslutet om tilldelning av kontrakt ska åtföljas av

— den kortfattade redogörelse för skälen …, och

— en exakt angivelse av den period under vilken avtal inte får ingås i enlighet med nationella bestämmelser som införlivar denna punkt.”

6 Artikel 2b första stycket i direktiv 89/665 har följande lydelse:

”Medlemsstaterna får föreskriva att de tidsfrister som avses i artikel 2a.2 inte ska tillämpas i följande fall:

…

b) Om den enda berörda anbudsgivaren enligt artikel 2a.2 är den som tilldelas kontraktet och ingen anbudssökande berörs.

…”

7 I artikel 2d.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan,

…

b) när det föreligger en överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2, om denna överträdelse har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att rikta anspråk före avtalets ingående, när en sådan överträdelse föreligger i kombination med en överträdelse av direktiv [2004/18], om den överträdelsen har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om prövning att erhålla kontraktet,

…”

Direktiv 2004/18

8 Enligt artikel 7 b i direktiv 2004/18, i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1251/2011 av den 30 november 2011 (EUT L 319, 2011, s. 17) (nedan kallat direktiv 2004/18), ska direktivet tillämpas på offentliga kontrakt som tilldelas av andra upphandlande myndigheter än centrala statliga myndigheter, vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst 200 000 euro.

9 I artikel 44.1 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

”Kontrakt skall tilldelas på grundval av kriterierna i artiklarna 53 och 55 och med beaktande av artikel 24, efter det att lämpligheten hos de ekonomiska aktörer som inte har uteslutits enligt artiklarna 45 och 46 har kontrollerats av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som avses i artiklarna 47–52 samt, i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i punkt 3.”

Österrikisk rätt

10 § 331 i Bundesvergabegesetz 2006 (2006 års federala lag om offentlig upphandling), i dess vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet aktuella lydelse, ingår i det avsnitt i denna lag som behandlar fastställelseförfaranden. Följande föreskrivs i § 331 punkt 1:

”Ett företag som har haft ett intresse av att ingå ett kontrakt som faller under denna lag kan, om det har lidit skada eller riskerar att lida skada genom den påstådda rättsstridigheten, ansöka om fastställelse …”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

11 BOKU Wien inledde i oktober 2012 ett anbudsförfarande, som förhandlat förfarande med offentliggörande av ett meddelande om upphandling, avseende ledning, underhåll och teknisk service av teknisk utrustning i dess lokaler och laboratorier, i syfte att ingå ett ramavtal med en enda leverantör.

12 Det var endast grupperingen och Vamed som inkom med anbud inom den föreskrivna fristen.

13 Genom beslut av den 20 december 2013, vilket delgavs grupperingen, uteslöts denna från anbudsförfarandet. Skälet härför var att en bankgaranti i original inte hade ingetts inom den föreskrivna fristen.

14 Grupperingen överklagade detta beslut vid Bundesverwaltungsgericht (Federala förvaltningsdomstolen, Österrike), som genom dom av den 31 januari 2014 ogillade talan. Denna dom överklagades vid Verwaltungsgerichthof (Förvaltningsdomstolen, Österrike), som genom beslut av den 25 maj 2014 ogillade överklagandet.

15 Genom tilldelningsbeslut av den 14 mars 2014, vilket delgavs Vamed, tilldelades detta bolag kontraktet. Ramavtalet ingicks därefter och Vamed började tillhandahålla tjänsterna i fråga.

16 Grupperingen överklagade tilldelningsbeslutet vid Bundesverwaltungsgericht (Federala förvaltningsdomstolen). Överklagandet ogillades genom dom av den 8 augusti 2014 varvid nämnda domstol i domskälen angav att en anbudsgivare vars anbud i laga ordning har uteslutits inte kan få sina rättigheter åsidosatta på grund av rättsstridigheter som påverkat valet av ett annat anbud för tilldelning av kontraktet.

17 Grupperingen har i sitt överklagande av sistnämnda dom vid den hänskjutande domstolen gjort gällande att den aktuella situationen i det nationella målet och situationen i det mål som ledde till dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), liknar varandra. I båda fallen var nämligen endast två anbudsgivare aktuella och, även om grupperingen faktiskt hade uteslutits har den gjort gällande att Vameds anbud skulle ha uteslutits, eftersom beräkningarna avseende nödvändiga poster i detta anbud inte kan förklaras och inte heller är begripliga på det ekonomiska planet. Således är det, liksom i den ovannämnda domen, fråga om två anbudsgivare som var och en har ett likvärdigt intresse av att den andres anbud utesluts och kan göra detta gällande även om det egna anbudet ska uteslutas.

18 Den hänskjutande domstolen har angett att enligt § 331 i 2006 års federala lag om offentlig upphandling krävs, för att en talan om fastställelse av att ett beslut avseende offentlig upphandling är rättsstridigt ska kunna tas upp till sakprövning, att den ekonomiska aktör som för denna talan har ett intresse av att ingå det aktuella kontraktet och att denne har lidit eller riskerar att lida skada till följd av rättsstridigheten.

19 Den hänskjutande domstolen har hänvisat till dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) och anmärkt att i nämnda dom konstaterades rättsstridigheten i det anbud som ingetts av den anbudsgivare som ansökt om prövning inte av den upphandlande myndigheten under upphandlingsförfarandet, utan i det prövningsförfarande som inletts av denna anbudsgivare för att bestrida tilldelningen av kontraktet till en annan anbudsgivare. Den hänskjutande domstolen har påpekat att i punkt 33 i nämnda dom fann EU-domstolen att i ett sådant fall då båda anbudsgivarnas anbud ifrågasätts i samma förfarande och på identiska grunder kan båda konkurrenterna göra gällande ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts. Härav följer att den anbudsgivare vars anbud inte har utvalts har ett rättsligt skydd även om anbudet inte överensstämmer med de tekniska specifikationerna för kontraktet.

20 Den hänskjutande domstolen hyser tvivel huruvida slutsatserna från domen av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), även kan tillämpas när två anbudsgivare först har ingett anbud och det anbud som lämnats av den anbudsgivare som har för avsikt att bestrida tilldelningsbeslutet dessförinnan definitivt uteslutits från anbudsförfarandet av den upphandlande myndigheten. Tvivlen har sin grund i olika faktorer i direktiv 89/665, däribland framför allt begreppet ”berörd anbudsgivare” i den mening som avses i artikel 2a.2 i direktivet.

21 Även om den hänskjutande domstolen förefaller vara av den uppfattningen att direktivet inte skyddar anbudsgivare, vars anbud definitivt har förkastats, mot rättsstridigheter i tilldelningsbeslutet sedan de uteslutits definitivt, undrar den om principen om likabehandling, vilken är tillämplig på anbudsgivarna, kan innebära att en sådan definitivt utesluten anbudsgivare likväl kan ha rätt att ansöka om prövning av detta beslut när den enda konkurrerande anbudsgivaren tilldelas kontraktet genom detta beslut.

22 För det fall den anbudsgivare som definitivt uteslutits från upphandlingsförfarandet likväl skulle anses ha rätt att ansöka om prövning av tilldelningsbeslutet, har den hänskjutande domstolen angett att Bundesverwaltungsgericht (Federala förvaltningsdomstolen) även funnit att det saknades anledning att beakta skälen till att Vameds anbud skulle förkastas, vilka framförts av grupperingen, eftersom de inte framgår tydligt av handlingarna i målet. En sådan ståndpunkt kunde emellertid motiveras med kravet att inrätta ett system för att prövning ska ske så skyndsamt som möjligt, vilket anges i artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665. Den hänskjutande domstolen frågar sig vidare vilken betydelse det har för rätten till ett effektivt domstolsskydd, huruvida skälen för att de båda anbuden ska förkastas är identiska eller ej.

23 Mot denna bakgrund beslutade Verwaltungsgerichtshof (Förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Ska artikel 1.3 i direktiv 89/665, mot bakgrund av de principer som utvecklades i dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), tolkas så att en anbudsgivare vars anbud av den upphandlande myndigheten har förkastats definitivt och som därför inte längre utgör en berörd anbudsgivare i den mening som avses i artikel 2a i direktiv 89/665, kan vägras rätten att få till stånd en prövning av tilldelningsbeslutet (beslutet att ingå ramavtal) och av ingåendet av avtalet (inbegripet skadestånd enligt artikel 2.7 i direktivet), även när endast två anbudsgivare har ingett anbud och det anbud som ingetts av den anbudsgivare som tilldelades kontraktet, enligt framställan från den icke berörde anbudsgivaren [som ansökt om prövning], också skulle ha förkastats?

2) För det fall fråga 1 besvaras nekande: Ska artikel 1.3 i direktiv 89/665, mot bakgrund av de principer som utvecklades i dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), tolkas så att den icke berörda anbudsgivaren (enligt artikel 2a i direktivet) då måste ges tillgång till ett prövningsförfarande endast:

a) Om det uppenbart framgår av handlingarna i prövningsförfarandet att det vinnande anbudet inte var giltigt?

b) Om det av identiska skäl framgår att det vinande anbudet inte var giltigt?”

Prövning av tolkningsfrågorna

24 Det ska inledningsvis erinras om att enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 är detta direktiv endast tillämpligt på sådana offentliga upphandlingar som avses i direktiv 2004/18 och som inte är undantagna från dess tillämpningsområde genom artiklarna 10–18 i det sistnämnda direktivet.

25 Beslutet om hänskjutande innehåller visserligen ingen uppgift om värdet på ramavtalet i det nationella målet, vad avser tröskelvärdet för tillämpning av direktiv 2004/18, vilket fastställts till 200 000 euro för offentliga tjänstekontrakt som tilldelas av andra upphandlande myndigheter än centrala statliga myndigheter, i enlighet med artikel 7 b i direktivet. Det finns emellertid flera uppgifter i handlingarna i det nationella målet som tyder på att nämnda tröskelvärde klart överskridits vad gäller ramavtalet, vilket det likväl ankommer på den nationella domstolen att kontrollera.

26 Det aktuella ramavtalet omfattas, till sin natur, inte av några av de undantag som föreskrivs i artiklarna 10–18 i direktiv 2004/18. Det finns således inga hinder för domstolen att pröva tolkningsfrågorna.

Den första frågan

27 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 1.3 i direktiv 89/665, mot bakgrund av dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ska tolkas så att den utgör hinder för att en anbudsgivare som uteslutits från ett förfarande för offentlig upphandling genom ett definitivt beslut av den upphandlande myndigheten, och som därför inte är en berörd anbudsgivare i den mening som avses i artikel 2a i direktivet, kan vägras rätten att få till stånd en prövning av tilldelningsbeslutet i fråga och av ingåendet av avtalet när endast den anbudsgivare vars anbud förkastats och den anbudsgivare som tilldelades kontraktet har ingett anbud och den förstnämnde anbudsgivaren gör gällande att även den vinnande anbudsgivarens anbud skulle ha förkastats.

28 Enligt bestämmelserna i artikel 1.1 tredje stycket och 1.3 i direktiv 89/665 krävs det för att en prövning av den upphandlande myndighetens beslut ska anses vara effektiv att prövningsförfarandena åtminstone är tillgängliga för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse (se dom av den 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 23)

29 I punkterna 26 och 27 i nämnda dom angav domstolen att domen av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), utgör en konkretisering av kraven i artikel 1.1 tredje stycket och 1.3 i direktiv 89/665, i en situation där två anbudsgivare, efter det att ett upphandlingsförfarande har genomförts, ansöker om prövning med yrkande om att deras respektive anbud ska uteslutas. I ett sådant fall har nämligen respektive anbudsgivare ett intresse av att få ingå ett visst kontrakt.

30 Situationen i det nationella målet skiljer sig emellertid klart från situationen i de två mål som ledde till dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), och till dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199).

31 De berörda anbudsgivarnas anbud i dessa två mål hade, till skillnad från det anbud som lämnats av grupperingen i det nationella målet, inte uteslutits genom beslut av den upphandlande myndigheten.

32 Vidare var det i ett och samma prövningsförfarande avseende beslutet om tilldelning av kontraktet som vardera anbudsgivaren i dessa två mål ifrågasatte den andre anbudsgivarens anbud, varvid båda konkurrenterna hade ett berättigat intresse av att det andra anbudet uteslöts, vilket kunde leda till att det blev omöjligt för den upphandlande myndigheten att välja ett anbud som uppfyllde de ställda kraven (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juli 2013, Fastweb C-100/12, EU:C:2013:448, punkt 33, och dom av den 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 24). I det här aktuella nationella målet ansökte däremot grupperingen först om prövning av beslutet att utesluta dess anbud, därefter av beslutet att tilldela kontraktet, och det är i det sistnämnda förfarandet som grupperingen har ifrågasatt det vinnande anbudet.

33 Härav följer att den princip som fastställdes i dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), och dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), inte är tillämplig i processuellt och materiellt hänseende på situationen i det i förevarande dom aktuella nationella målet.

34 Såsom dessutom framgår av artiklarna 1.3 och 2a i direktiv 89/665 syftar direktivet till att se till att det finns möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning av rättsstridiga beslut i ett förfarande för offentlig upphandling, som gör det möjligt för varje utesluten anbudsgivare att ifrågasätta inte enbart beslutet om uteslutning, utan även, om detta ifrågasättande inte avgjorts, senare beslut som innebär skada, för det fall uteslutningen skulle ogiltigförklaras.

35 Under dessa omständigheter kan inte artikel 1.3 i direktiv 89/665 tolkas så att den utgör hinder för att en anbudsgivare, såsom grupperingen, kan vägras rätten att ansöka om prövning av tilldelningsbeslutet på grund av att denne ska betraktas som en definitivt utesluten anbudsgivare i den mening som avses i artikel 2a.2 andra stycket i direktivet.

36 Av det anförda följer att den första frågan ska besvaras enligt följande: Artikel 1.3 i direktiv 89/665 ska tolkas så att den inte utgör hinder för att en anbudsgivare som uteslutits från ett förfarande för offentlig upphandling genom ett definitivt beslut av den upphandlande myndigheten kan vägras rätten att få till stånd en prövning av tilldelningsbeslutet i fråga och av ingåendet av avtalet, när endast den anbudsgivare vars anbud förkastats och den anbudsgivare som tilldelades kontraktet har ingett anbud och den förstnämnde anbudsgivaren gör gällande att även den vinnande anbudsgivarens anbud skulle ha förkastats.

Den andra frågan

37 Med beaktande av svaret på den första frågan saknas anledning att besvara den andra frågan.

Rättegångskostnader

38 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (åttonde avdelningen) följande:

Artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 ska tolkas så att den inte utgör hinder för att en anbudsgivare som uteslutits från ett förfarande för offentlig upphandling genom ett definitivt beslut av den upphandlande myndigheten kan vägras rätten att få till stånd en prövning av tilldelningsbeslutet i fråga och av ingåendet av avtalet, när endast den anbudsgivare vars anbud förkastats och den anbudsgivare som tilldelades kontraktet har ingett anbud och den förstnämnde anbudsgivaren gör gällande att även den vinnande anbudsgivarens anbud skulle ha förkastats.

Underskrifter