DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 12 december 2002 *

I mål C-470/99,

angående en begäran enligt artikel 234 EG, från Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Österrike), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Universale-Bau AG,

Bietergemeinschaft: **1. Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg,**
2. ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH,

och

Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH,

angående tolkningen av artikel 1 a, 1 b och 1 c i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54) och av rådets direktiv 89/665/EEG av

* Rättegångsspråk: tyska.

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; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48) i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139),

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-P. Puissochet samt domarna R. Schintgen, C. Gulmann, V. Skouris (referent) och F. Macken,

generaladvokat: S. Alber,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören H.A. Rühl,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från

— Universale-Bau AG, genom M. Neidhart, Direktor des Rechtsabteilung, och J. Mauch, Vorstandsdirektor Ingenieur,

— Bietergemeinschaft 1. Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg, 2. ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH, genom J. Olischar och M. Kratky, Rechtsanwälte,

— Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, genom T. Wenger, Rechtsanwalt,

— Österrikes regering, genom H. Dossi, i egenskap av ombud,

— Nederländernas regering, genom M. Fierstra, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Nolin, i egenskap av ombud, biträdd av R. Roniger, Rechtsanwalt,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 12 september 2001 av: Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, företrätt av C. Casati, Rechtsanwalt, Österrikes regering, företrädd av M. Fruhmann, i egenskap av ombud, och kommissionen, företrädd av H. van Lier, i egenskap av ombud, biträdd av advokaten R. Roniger,

och efter att den 8 november 2001 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Vergabekontrollsenat des Landes Wien (nämnd för kontroll av upphandling i delstaten Wien) har, genom beslut av den 12 november 1999 som inkom till domstolens kansli den 7 december samma år, i enlighet med artikel 234 EG ställt fyra frågor om tolkningen av artikel 1 a, 1 b och 1 c i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54) och av rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48) i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1, svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139, nedan kallat direktiv 89/665),

2 Dessa frågor har uppkommit i en tvist mellan å ena sidan Universale-Bau AG (nedan kallat Universale-Bau) och en företagsgrupp (Bietergemeinschaft) bestående av Hinteregger & Söhne Bauges.mbH och ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH (nedan kallad företagsgruppen) och å andra sidan Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (nedan kallat EBS) avseende ett förfarande för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapslagstiftningen

3 Det framgår av första och andra skälet i direktiv 89/665 att de bestämmelser avseende effektiv tillämpning av gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling som gällde på nationell nivå och gemenskapsnivå när detta direktiv antogs inte alltid var tillräckliga för att garantera efterlevnad av gemenskapsreglerna, i synnerhet inte i ett skede, då överträdelser kunde korrigeras.

4 I tredje skälet i detta direktiv anges följande: "Då man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna, krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler."

5 I artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

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

artikel 2.7, om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.

...

3. Medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Det förutses, att en medlemsstat skall kunna kräva av den person som begär prövning, att han dessförinnan meddelat den avtalsslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering, och att han ämnar söka prövning."

6 Såsom framgår av första skälet i direktiv 93/37 har rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5) i dess lydelse efter senare ändringar, kodifierats genom direktiv 93/37 för att skapa klarhet och av praktiska skäl.

7 I andra skälet i direktiv 93/37 anges följande: "För att samtidigt uppnå etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster vad gäller offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten i medlemsstaterna genom statliga, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ under offentlig rätt, krävs inte bara att man undanröjer hinder, utan också att man samordnar nationella förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten."

8 I tionde skälet i direktiv 93/37 anges att "[f]ör att en effektiv konkurrens skall kunna utvecklas inom det offentliga upphandlingsområdet, måste respektive myndigheters meddelanden om upphandling annonseras inom hela gemenskapen. Meddelanden om upphandling måste ge entreprenörerna inom gemenskapen möjlighet att avgöra om kontrakten är av intresse för dem. Korrekt och tillräcklig information måste lämnas om de tjänster som skall upphandlas och om de villkor som är knutna till upphandlingen. Särskilt vid selektivt upphandlingsförfarande skall annonseringen stimulera entreprenörer från medlemsstaterna till att efterfråga underlag hos upphandlingsmyndigheterna för att kunna lämna anbud under tillämpliga villkor."

9 Det framgår av elfte skälet i direktiv 93/37 att "[k]ompletterande information om kontrakten skall såsom brukligt hos medlemsstaterna lämnas i kontraktshandlingarna för varje kontrakt eller motsvarande".

10 I artikel 1 a, 1 b och 1 c i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) Bygg- och anläggningskontrakt: skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en av de i punkt b nämnda upphandlande myndigheterna vilka har följande syften: Antingen utförande eller såväl utförande som projektering av bygg- eller anläggningsverksamhet enligt vad som nämns i bilaga 2 eller ett arbete som nämns i punkt c, eller genomförande, på vilket sätt det än må ske, av arbeten som motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten har angett.

b) 'Upphandlande myndigheter' utgörs av staten, samt regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

'Ett organ som lyder under offentlig rätt' är varje organ

— som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär, och

— som är juridisk person, och

— som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

...

c) Med arbete avses bygg- och anläggningsarbeten i deras helhet och som i sig själva skall fylla en ekonomisk och teknisk funktion."

11 I artikel 7.2 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

"De upphandlande myndigheterna får upphandla offentliga bygg- och anläggningsarbeten i förhandlat förfarande efter publicering av meddelande om upphandling och efter urval av anbudssökande i enlighet med offentliggjorda kvalitativa kriterier i följande fall:

..."

12 Artikel 13 i direktiv 93/37 är tillämplig på selektiva och förhandlade förfaranden. I artikel 13.2 e föreskrivs följande:

"De upphandlande myndigheterna skall samtidigt och skriftligen uppmana de utvalda anbudssökandena att lämna in sina anbud. Till uppmaningen skall fogas kontraktshandlingar och kringdokument. Uppmaningen skall innehålla åtminstone följande information:

...

e) Kriterierna för tilldelning av kontrakt om de ej framgår av meddelandet om upphandling."

13 I artikel 30.1 och 30.2 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

"1. Den upphandlande myndigheten skall tillämpa följande kriterier vid tilldelning av kontrakt

a) antingen enbart det lägsta priset, eller,

b) då tilldelning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier hänförliga till kontraktet, t.ex. pris, fullgörandedatum, driftkostnader, driftkostnadseffektivitet, teknisk förtjänst.

2. I det fall som avses i punkt 1 b skall den upphandlande myndigheten i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla de kriterier som den avser att ta hänsyn till vid tilldelningen, om möjligt i rangordning."

Nationell lagstiftning

14 I Wiener Landesvergabegesetz (lag om offentlig upphandling för delstaten Wien, LGBl. nr 36/1995, nedan kallad WLVergG) föreskrivs följande i 48 § 2:

"Kontraktet skall tilldelas till förmån för det tekniskt och ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt de i meddelandet fastlagda kriterierna..."

15 96 § i WLVergG har rubriken "Inledande förfarande". I 96 § 1 och 2 föreskrivs följande:

"1. En entreprenör som anser att ett beslut som den upphandlande myndigheten har fattat innan den har tilldelat kontraktet bryter mot denna lag, och att han därigenom lidit eller kan komma att lida skada, skall sända ett skriftligt och motiverat meddelande om detta till den upphandlande myndigheten. Entreprenören skall samtidigt underrätta den upphandlande myndigheten om att han avser att inleda ett prövningsförfarande.

2. När den upphandlande myndigheten har erhållit meddelandet enligt punkt 1, skall den antingen omedelbart rätta till det påtalade förhållandet och underrätta entreprenörerna därom, eller skriftligen underrätta klaganden om varför det påstådda rättsstridiga förhållandet inte är för handen."

16 97 § i WLVergG har rubriken "Ansökan om prövning" och följande lydelse:

"1. Ansökan om genomförande av ett prövningsförfarande innan kontraktet har tilldelats får framställas endast om entreprenören kan visa att han har underrättat den upphandlande enheten om det förhållande som han anser vara rättsstridigt och sin avsikt att ansöka om ett prövningsförfarande (96 § första stycket), och den upphandlande enheten inte inom två veckor har underrättat entreprenören om att rättelse har gjorts.

2. Ansökan om prövningsförfarande kan framställas

1) avseende grunden om ogiltighet enligt 101 §, av en entreprenör som har ett affärsmässigt intresse av att ingå ett kontrakt om upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster inom vatten-, energi-, transport- eller telekommunikationssektorerna,

2) av en anbudssökande som påstår att hans anbud i strid med 48 § 2 har förkastats trots att det inte föreligger någon grund för uteslutande i den mening som avses i 47 §.

3. Ansökan enligt punkt 2 skall innehålla följande:

1) Exakt uppgift om upphandlingsförfarandet i fråga samt det ifrågasatta beslutet.

2) Exakt uppgift om den upphandlande myndigheten.

3) En detaljerad redogörelse för de relevanta omständigheterna.

4) Uppgifter om den skada som sökanden påstår att han har lidit eller kommer att lida.

5) Skälen till att sökanden anser beslutet vara rättsstridigt.

6) Exakta yrkanden om att beslutet i fråga skall ogiltigförklaras eller ändras.

7) I de fall som avses i punkt 1, bevisning för att den upphandlande myndigheten i ett inledande förfarande enligt 96 § har underrättats om den påstådda rättsstridigheten, sökandens avsikt att inleda ett prövningsförfarande samt uppgift om att den upphandlande myndigheten inte inom den föreskrivna fristen har företagit en rättelse.

4. Den omständigheten att ett prövningsförfarande inleds uppskjuter inte upphandlingsförfarandet i fråga.

...”

17 I 98 § i WLVergG som har rubriken "Frister" föreskrivs följande:

"Ansökan om prövningsförfarande skall framställas till Vergabekontrollsenat inom de följande fristerna, vad gäller följande påståenden om rättsstridighet:

1) Avseende förkastade anbud, inom två veckor, i det fall som anges i 52 § dock inom tre dagar från delgivande av beslutet om att anbudet har förkastats.

2) Avseende uppgifter i det offentliga meddelande i vilket leverantörer uppmanas att delta i ett selektivt eller ett förhandlat förfarande, eller avseende uppgifter i ett meddelande om upphandling, inom två veckor, i det fall som anges i 52 § dock senast en vecka före sista ansökningsdagen respektive sista dagen för inlämnande av anbud.

3) Avseende beslutet att tilldela upphandlingskontrakt, inom två veckor från det att tilldelningsbeslutet offentliggjorts i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* eller, när ett sådant meddelande inte har offentliggjorts, inom sex månader från det att kontraktet har tilldelats.

..."

Tvisten vid den nationella domstolen och begäran om förhandsavgörande

18 Det framgår av beslutet om hänskjutande att EBS infordrat anbud avseende tilldelning av ett bygg- och anläggningskontrakt (mark-, bygg- och specialistarbeten) i ett selektivt förfarande för genomförandet av det andra steget för biologisk rening i det centrala reningsverket i Wien.

19 I anbudsinfordran, som offentliggjordes i *Amtsblatt der Stadt Wien* av den 17 mars 1999, angavs under rubriken "Kriterier för tilldelning" att tilldelning skulle ske till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt de i anbudsinfordran fastlagda kriterierna.

20 I de förklarande anmärkningarna avseende ansökningarna om deltagande har EBS angivit de kriterier som valts för bedömningen av dessa ansökningar enligt följande:

"Vid bedömningen av ansökningarna om deltagande skall den tekniska förmågan hos anbudssökandena, hos var och en i entreprenörsgruppen och hos de angivna underleverantörerna, beaktas avseende arbeten dessa har utfört de senaste fem åren.

De fem bästa anbudssökandena kommer att uppmanas att avge anbud.

De ingivna handlingarna kommer att bedömas enligt ett 'scoring'-förfarande.

Bygg- och anläggningsarbetena skall bedömas i följande ordning:

1. Reningsverk.

2. Byggdelar i förspänd betong.

3. Grundarbeten på stora ytor med bärande pelare.

4. Förtätning genom vibration.

5. Högtrycksbehandlade betonggolv."

21 I de förklarande anmärkningarna meddelade EBS anbudssökandena att de referenser som sökandena skulle lämna in skulle bedömas i enlighet med ett "scoring"-förfarande som ingivits till en notarie. EBS ingav reglerna för förfarandet till en notarie den 9 april 1999, det vill säga före det EBS erhöll den första ansökan om deltagande.

22 Universale-Bau och företagsgruppen (nedan tillsammans kallade sökandena i målet vid den nationella domstolen) tillkännagav sitt intresse av att delta i det selektiva förfarandet, utan att i förväg begära prövning av villkoren eller lydelsen i anbudsinfordran. De har ifrågasatt upphandlingsförfarandet vid Vergabekontrollsenat efter det att EBS i skrivelse av den 7 juli 1999 upplyst dem om att de inte fanns bland de fem bästa anbudssökandena och således inte skulle anmodas att inkomma med anbud.

23 I sin begäran om prövning av den 3 augusti 1999 yrkade Universale-Bau att Vergabekontrollsenat skulle fastställa att i första hand den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet enligt ett selektivt förfarande var rättsstridigt och ogiltigt, att begränsningen av antalet entreprenörer som skulle anmodas inkomma med anbud till de fem bästa anbudssökandena var rättsstridig och ogiltig och att den upphandlande myndighetens beslut om bedömning av ansökningarna om deltagande var rättsstridig och ogiltig, eftersom det "scoring"-förfarande som följts inte uppfyllde principerna om insyn och spårbarhet. Universale-Bau yrkade i fjärde hand att den upphandlande myndighetens bedömning skulle fastställas vara rättsstridig och ogiltig, eftersom sökandena, vid en korrekt tillämpning av "scoring"-förfarandet, borde ha bedömts vara bland de fem bästa anbudssökandena.

24 I begäran om prövning av den 20 september 1999 yrkade företagsgruppen att beslutet att inte uppföra denna bland de fem bästa anbudssökandena skulle fastställas vara rättsstridig och ogiltig och, i andra hand, att det selektiva förfarandet skulle fastställas vara rättsstridigt och ogiltigt.

25 Sökandena i målet vid den nationella domstolen begärde dessutom att interimistiska åtgärder skulle vidtas för att förbjuda EBS att tilldela kontraktet.

26 I beslutet om hänskjutande har Vergabekontrollsenat betonat att denna nämnd är behörig att avgöra ansökningar om prövning av offentlig upphandling av varor,

bygg- och anläggningsarbeten samt tjänster med stöd av WLVergG. Vergabekontrollsenat har vidare betonat att den enligt 6 § 1 i Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz av år 1991 (förvaltningsprocesslag, BGBl. 1991/51) i dess lydelse enligt BGBl. I 1998/158 (nedan kallad AVG) är skyldig att *ex officio* kontrollera sin behörighet. Vergabekontrollsenat har dessutom angett att parternas godkännande enligt 6 § 2 i AVG inte utgör grund för eller inverkar på förvaltningsmyndighetens behörighet. Av denna anledning utgör inte den omständigheten att EBS angav i anbudsinfordran att WLVergG var tillämplig en tillräcklig grund för Vergabekontrollsenats behörighet.

27 För att fastställa sin behörighet måste Vergabekontrollsenat därför först kontrollera om EBS är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/37.

28 Vergabekontrollsenat har erinrat om att det framgår av domstolens dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), punkt 21, att enheten måste uppfylla de tre villkor som anges i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 för att kunna anses utgöra organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i denna bestämmelse.

29 Vergabekontrollsenat har konstaterat att EBS är en juridisk person och att staden Wien, det vill säga en regional eller lokal myndighet, har den huvudsakliga kontrollen över EBS, och har därefter fastslagit att EBS uppfyller de villkor som anges i andra och tredje strecksatsen i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37.

30 Vergabekontrollsenat har beträffande det villkor som föreskrivs i första strecksatsen i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 betonat att det framgår av EBS bolagsordning vid grundandet att EBS skulle driva anläggningar för hantering av specialavfall på kommersiell basis. Vergabekontrollsenat har preciserat att denna

verksamhet inte var förbehållen eller avsedd för staten. Det finns i bolagsordningen ingen uppgift om att EBS har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär.

31 Vergabekontrollsenat har funnit att en väsentlig förändring inträdde när EBS övertog driften av staden Wiens centrala reningsverk. EBS ingick ett avtal med staden Wien år 1985. Med stöd av detta började EBS driva det ovannämnda reningsverket med personal som staden Wien ställde till förfogande. Staden Wien förband sig i två avtal som slöts mellan staden och EBS den 8 och den 18 juli 1996 att överföra en lämplig totalsumma till EBS för att täcka driftskostnaderna. Vergabekontrollsenat har i detta hänseende förklarat att EBS inte driver denna verksamhet i vinstsyfte. Det är i själva verket fråga om en verksamhet av allmänt intresse som staden Wien har överfört till EBS och som drivs för att täcka kostnaderna. Vergabekontrollsenat har således kommit till slutsatsen att denna verksamhet inte har industriell eller kommersiell karaktär.

32 Enligt Vergabekontrollsenat kan eventuellt bedrägliga förfaranden uteslutas, eftersom EBS grundades som ett saneringsföretag redan år 1976, medan driften av det centrala reningsverket överfördes först den 1 januari 1986. Vergabekontrollsenat anser att det faktum att det inte funnits några bedrägliga avsikter framgår särskilt av denna tidsskillnad samt av den omständigheten att Republiken Österrike vid den tidpunkten inte var medlem i Europeiska unionen och av att EBS i vart fall inte hade kunnat åsyftas i direktiv 71/305 som fortfarande var i kraft och som hade lydelsen "juridiska personer som lyder under offentlig rätt".

33 Eftersom EBS emellertid inte utövade verksamhet av allmänt intresse som inte hade industriell eller kommersiell karaktär då det grundades, utan till följd av senare förändringar av verksamhetsområdet vill Vergabekontrollsenat veta om EBS uppfyller det villkor som anges i första strecksatsen i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37.

34 Vergabekontrollsenat har i övrigt angett att det framgår av punkt I i det avtal som slöts mellan EBS och staden Wien den 8 juli 1996 att EBS förbundit sig att utvidga det centrala reningsverket och att sluta nödvändiga avtal i sitt eget namn och på egen bekostnad. Inga särskilda villkor föreskrevs avseende hur denna förpliktelse skulle fullgöras. I punkterna II och III i avtalet åläggs emellertid EBS närmare förpliktelser vad gäller det centrala reningsverkets funktion, dock utan att verkets konkreta utformning preciseras.

35 Det framgår dessutom av byggnadsförvaltningens beslut av den 30 december 1998 att EBS fick tillstånd att bebygga en tomt som ägdes av staden Wien. I en skrivelse av den 8 september 1999 förklarade EBS att det ifrågavarande reningsverket uppfördes i dess namn och för dess räkning. EBS skrev bland annat att "reningsverket i fråga kommer att vara vår egendom. Det ifrågavarande reningsverket kommer att överföras för det fall de tillsvidareavtal om drift och arrende som vi har ingått med staden Wien skulle komma att hävas. Om så blir fallet är staden Wien förpliktad att bland annat återköpa vårt reningsverk. Staden skall betala marknadspriset för reningsverket."

36 Vid dessa förhållanden vill Vergabekontrollsenat veta huruvida det kontrakt som är aktuellt i det mål som pågår vid Vergabekontrollsenat avser offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 93/37 jämförd med artikel 1 c i direktiv 93/37, med hänsyn till de ovannämnda avtalen mellan EBS och staden Wien, vilken i sin egenskap av regional eller lokal myndighet i vart fall är en upphandlande myndighet.

37 Om det är så att Vergabekontrollsenat skall förklara sig behörig att avgöra den tvist som pågår vid denna domstol, vill Vergabekontrollsenat veta om bestämmelserna i 96—98 §§ WLVergG är förenliga med direktiv 89/665, i den mån det i de förstnämnda föreskrivs att en begäran om prövning av en bestämmelse i anbudsinfordran enbart kan tas upp inom en viss frist. Vergabekontrollsenat har i detta avseende förklarat att om ingen begäran om prövning av en viss bestämmelse i anbudsinfordran har gjorts eller om en sådan begäran inkommit

efter fristens utgång, är det inte längre möjligt att kontrollera det beslut som den upphandlande myndigheten fattat med avseende på huruvida denna bestämmelse i anbudsinfordran strider mot WLVergG eller direktiv 89/665. Vergabekontrollsenat har förklarat att denna fråga är relevant för den tvist som pågår vid denna domstol, eftersom EBS uttryckligen har åberopat att begäran om prövning inkommit för sent.

38 Vergabekontrollsenat har slutligen betonat att den i den aktuella tvisten även skall bedöma om det fanns fog för att i det "scoring"-förfarande som den upphandlande myndigheten tillämpade, inte välja de anbud som givits in av sökandena i målet vid den nationella domstolen. Reglerna för detta förfarande avslöjades först efter det att fristen för anbud löpt ut och efter tilldelningen av kontraktet. Vergabekontrollsenat har preciserat att det inte kan uteslutas att resultaten av detta förfarande hade ett avgörande inflytande på den upphandlande myndighetens beslut.

39 Med hänsyn till vad som anförts har Vergabekontrollsenat des Landes Wien beslutat att förklara målet vilande och att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall en juridisk person som *inte* har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, men som *numera* tillgodoser nämnda intressen, anses vara en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/37/EEG?

2) För det fall att företaget Entsorgungsbetriebe Simmering inte skall anses vara en upphandlande myndighet, avser då uppförandet av anläggningen för det andra biologiska reningssteget i det centrala reningsverket i staden Wien att ett arbete skall genomföras, på vilket sätt det än må ske, som motsvarar de

behov som angivits av den upphandlande myndigheten, och således en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avses i artikel 1 a jämförd med artikel 1 c i direktiv 93/37/EEG?

3) Om svaret på fråga 1 eller fråga 2 är jakande: Utgör direktiv 89/665/EEG hinder för nationella bestämmelser, i vilka det föreskrivs att prövning av ett visst beslut av den upphandlande myndigheten måste begäras inom en viss tidsfrist, så att nämnda beslut efter utgången av denna frist inte längre kan ifrågasättas under det fortsatta upphandlingsförfarandet? Måste de som förfördelats göra invändningar mot alla oegentligheter vid äventyr av preklusion?

4) Om svaret på fråga 1 eller fråga 2 är jakande, är det tillräckligt att den upphandlande myndigheten beslutar att anbuden skall prövas i enlighet med reglerna för bedömningen som deponerats hos en notarie, eller skall den upphandlande myndigheten upplysa om bedömningskriterierna redan vid offentliggörandet eller i anbudsinfordran?"

Den första frågan

40 Vergabekontrollsenat har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida en enhet som inte har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, men som senare åtagit sig att tillgodose sådana intressen och numera faktiskt tillgodoser dessa, uppfyller villkoret i artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i direktiv 93/37 för att anses vara ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i denna bestämmelse.

Huruvida frågan kan tas upp till sakprövning

41 Det skall inledningsvis anges att Vergabekontrollsenat, som framgår av beslutet om hänskjutande, för att kunna avgöra om den är behörig att pröva den begäran om prövning av ett beslut från EBS som framställts av sökandena i målet vid den nationella domstolen, vill vinna klarhet i huruvida en sådan enhet som EBS utgör en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/37.

42 Det skall härvid erinras om att det enligt fast rättspraxis är i medlemsstaternas rättsordningar som den domstol skall anges som är behörig att avgöra tvister som gäller enskildas rättigheter som följer av gemenskapsrätten, varvid emellertid förutsätts att medlemsstaterna bär ansvaret för att i varje enskilt fall tillförsäkra ett effektivt skydd av dessa rättigheter. Bortsett från detta förbehåll skall domstolen inte ingripa i lösningen av behörighetsproblem som — inom den nationella domstolsorganisationen — kan följa på grund av hur vissa rättsliga situationer som grundas på gemenskapsrätten betecknas (se särskilt dom av den 18 januari 1996 i mål C-446/93, SEIM, REG 1996, s. I-73, punkt 32, och av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult, REG 1997, s. I-4961, punkt 40).

43 Domstolen är emellertid behörig att till den nationella domstolen lämna upplysningar rörande gemenskapsrätten som kan vara till hjälp vid lösningen av det behörighetsproblem som den ställts inför (se särskilt domen i det ovannämnda målet SEIM, punkt 33, och av den 22 oktober 1998 i de förenade målen C-10/97—C-22/97, IN. CO. GE.'90 m.fl., REG 1998, s. I-6307, punkt 15).

44 Huruvida EBS har karaktären av upphandlande myndighet eller inte är även avgörande för den tredje och fjärde tolkningsfrågan. Det har inte ifrågasatts att dessa kan tas upp till sakprövning.

45 Frågan skall därför besvaras.

Prövning i sak

46 Det är i målet vid den nationella domstolen utrett att EBS, sedan det börjat driva det centrala reningsverket i enlighet med det avtal som slöts med staden Wien år 1985, tillgodoser ett allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Huruvida EBS skall anses vara ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 är således beroende av svaret på frågan om det på grund av villkoret i första strecksatsen i denna bestämmelse är uteslutet att en enhet kan anses vara en upphandlande myndighet när den inte har tillkommit för att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, utan har åtagit sig sådana uppgifter på grund av att dess verksamhetsområde senare ändrats.

Yttranden till domstolen

47 EBS har hävdat att det inte kan anses vara ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37, eftersom det framgår av ordalydelsen av första strecksatsen i denna bestämmelse att det enda avgörande är den uppgift EBS erhöll då det bildades. EBS har tillagt att den omständigheten att det senare åtagit sig uppgifter av allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär inte förändrar dess ställning, eftersom det även fortsättningsvis utövar verksamhet med industriell eller kommersiell karaktär.

48 Även kommissionen har hävdat att EBS inte kan anses vara en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/37, eftersom förändringen av dess verksamhet inte är en följd av att föremålet för bolagets verksamhet, såsom detta fastställts i dess bolagsordning, ändrats i denna riktning, och inte heller av en rättslig förpliktelse.

49 Sökandena i målet vid den nationella domstolen samt den österrikiska och den nederländska regeringen har däremot hävdat att EBS nuvarande verksamhet skall beaktas och inte den målsättning som fanns då EBS bildades. De har vidhållit att en annan tolkning skulle få till följd att en enhet som faktiskt uppfyller definitionen av begreppet upphandlande myndighet i direktiv 93/37, vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten ändå inte skulle vara skyldig att iaktta bestämmelserna i direktivet. De har dessutom hävdat att den funktionella tolkningen av begreppet upphandlande myndighet är den enda som gör det möjligt att förhindra eventuella bedrägliga förfaranden, eftersom direktiv 93/37 i annat fall enkelt skulle kunna kringgås genom att uppgifter av allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär överfördes, inte till en enhet som nybildats för detta ändamål, utan till en redan existerande enhet som tidigare hade ett annat verksamhetsföremål.

Domstolens svar

50 Det skall anges att domstolen, särskilt med avseende på ändamålet med detta direktiv, har haft anledning att precisera omfattningen av begreppet organ som lyder under offentlig rätt som anges i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37.

51 Domstolen har således fastslagit att samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska

aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och vilka önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat (se bland annat dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, REG 2000, s. I-8035, punkt 16, och av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2001, s. I-939, punkt 41).

52 Domstolen har härav dragit slutsatsen att syftet med direktiv 93/37 är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska (se domarna i de ovannämnda målen University of Cambridge, punkt 17, och kommissionen mot Frankrike, punkt 42).

53 Domstolen har således fastslagit att det är mot bakgrund av dessa syften som begreppet organ som lyder under offentlig rätt i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37, måste tolkas funktionellt (se bland annat domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 43).

54 Domstolen fastslog således i punkt 26 i domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. avseende definitionen av en enhet som hade tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte hade industriell eller kommersiell karaktär, men vilken även utövade kommersiell verksamhet, att villkoret i artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i direktiv 93/37 inte innebär att den berörda enheten enbart skall ansvara för att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär.

55 Som framgår av punkt 25 i domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. har domstolen funnit att det saknar betydelse att det står den berörda enheten fritt att bedriva annan verksamhet vid sidan av den

särskilda uppgiften att tillgodose allmänna intressen. Domstolen har däremot funnit att det är en omständighet av avgörande betydelse att denna enhet fortfarande ansvarar för de intressen som den särskilt är skyldig att tillgodose.

56 Härav framgår att det för bedömningen av om en enhet uppfyller villkoret i artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i direktiv 93/37 är den verksamhet som denna enhet verkligen bedriver som skall beaktas.

57 Härvid skall betonas att den ändamålsenliga verkan av direktiv 93/37 inte skulle bibehållas till fullo om direktivet inte var tillämpligt på en enhet som uppfyllde villkoren i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 på grund av den enda omständigheten att de uppgifter av allmänt intresse som inte hade industriell eller kommersiell karaktär och som denna enhet utförde i praktiken inte hade anförtrotts den redan då den bildades.

58 Av samma strävan att säkerställa den ändamålsenliga verkan av artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 följer även att ingen åtskillnad skall göras med avseende på huruvida bolagsordningen för en sådan enhet har ändrats för att återspegla den faktiska förändringen av dess verksamhetsfält.

59 Det skall även betonas att lydelsen av artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 inte innehåller någon hänvisning till den rättsliga grunden för den berörda enhetens verksamhet.

60 Avseende definitionen av begreppet organ som lyder under offentlig rätt i artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50, vilken i huvudsak har samma lydelse som artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 har domstolen redan fastslagit att förekomsten eller frånvaron av allmänna intressen som inte är av industriell eller

kommersiell karaktär skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådana behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse (dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding, REG 1998, s. I-6821, punkt 63).

61 Härav följer att det är irrelevant i målet vid den nationella domstolen att bestämmelserna avseende verksamhetsföremålet i EBS bolagsordning inte har ändrats till följd av att dess verksamhetsfält utökats.

62 Även om det inte formellt anges i EBS bolagsordning att bolaget påtagit sig att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, anges detta i de avtal som EBS ingick med staden Wien och kan därför fastställas objektivt.

63 Den första frågan skall följaktligen besvaras på så sätt att en enhet som inte har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, men som senare åtagit sig sådana intressen och numera faktiskt tillgodoser dessa, uppfyller villkoret i artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i direktiv 93/37 för att anses vara ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i denna bestämmelse, under förutsättning att åtagandet att tillgodose dessa intressen kan fastställas objektivt.

Den andra frågan

64 Med hänsyn till svaret på den första frågan saknas skäl att svara på den andra frågan, eftersom denna ställts enbart för det fall att domstolen svarat nekande på den första frågan.

Den tredje frågan

65 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 89/665 utgör hinder för nationella bestämmelser, i vilka det föreskrivs att prövning av ett beslut av den upphandlande myndigheten måste begäras inom en föreskriven tidsfrist och att alla oegentligheter under upphandlingsförfarandet som åberopas till stöd för begäran om prövning måste åberopas inom samma tidsfrist vid äventyr av preklusion, med följd att det inte längre är möjligt att ifrågasätta ett sådant beslut eller att åberopa en sådan oegentlighet när fristen löpt ut.

Yttranden till domstolen

66 Sökandena i målet vid den nationella domstolen har hävdat att de berörda genom den korta fristen för att begära prövning i 97 § och 98 § i WLVergG inte har möjlighet att kontrollera skälen för ett avslagsbeslut från den upphandlande myndigheten och att i förekommande fall påvisa felaktigheter i de framlagda skälen. Det är praktiskt omöjligt att inom denna frist begära prövning med en sådan motivering att det finns en möjlighet till framgång.

67 Universale-Bau har tillagt att anbudssökande i andra medlemsstater i allmänhet inte kan iaktta den frist om två veckor som föreskrivs i 98 § WLVergG. Detta strider mot grundläggande gemenskapsprinciper på området för offentlig upphandling, nämligen dels principen om diskrimineringsfri tilldelning av kontrakt, dels principen om företagens tillgång till en gemensam marknad med goda avsättningsmöjligheter, vilket förstärker de europeiska företagens konkurrensförmåga.

68 EBS har däremot hävdat att ett snabbt och effektivt förfarande införts genom direktiv 89/665, vilket förutsätter korta frister. När dessa frister löpt ut skall den

upphandlande myndigheten kunna vara säker på att den kan fortsätta förfarandet för offentlig upphandling. Att korta frister är nödvändiga framgår av målet vid den nationella domstolen.

69 EBS har särskilt betonat att sökandena i målet vid den nationella domstolen var oförhindrade att inom fristen invända mot anbudsinfordran, eftersom EBS hade uppgett att företaget skulle tillämpa ett "scoring"-förfarande för att välja ut de anbudssökande som skulle lämnas tillfälle att avge anbud och att det inte skulle avslöja det exakta beslutsförfarandet. EBS har tillagt att det var nödvändigt att så snart som möjligt avgöra begäran om prövning av dess beslut att inbjuda vissa anbudssökande att avge anbud, annars hade EBS inte kunnat fortsätta förfarandet för tilldelning av kontrakt. EBS har slutligen påpekat att en tidsfrist om två veckor för väckande av talan avseende förvaltningsbeslut är allmänt förekommande. EBS har som exempel anfört 63 § 5 i AVG, vari föreskrivs att talan mot myndighetsbeslut skall väckas inom två veckor.

70 Den österrikiska och den nederländska regeringen samt kommissionen har hävdat att medlemsstaterna enligt direktiv 89/665 har utrymme för att besluta om särskilda förfaranden för att begära att förfaranden vid offentlig upphandling prövas. De har härav dragit slutsatsen att medlemsstaterna enligt egen bedömning kan fastställa frister för väckande av talan under förutsättning att målen för detta direktiv inte kringgås och att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna iakttas. Den österrikiska regeringen har dessutom betonat att genom den tidsfrist för begäran om prövning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen undviks att förfarandet för offentlig upphandling försenas i för hög grad och risken för missbruk av domstolsförfarandet minskar. Båda dessa följder är förenliga med målen för detta direktiv.

Domstolens svar

71 Inledningsvis skall anges att syftet med direktiv 89/665 är att säkerställa att effektiva rättsmedel står till buds i alla medlemsstater i händelse av överträdelse

av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler, för att säkra en effektiv tillämpning av direktiv om samordning av förfaranden för offentlig upphandling. Direktiv 89/665 innehåller emellertid inga bestämmelser som särskilt hänför sig till fristerna för den prövning som avses införas genom direktivet. Dessa frister skall således fastställas i varje medlemsstats interna rättsordning.

72 Eftersom det är fråga om förfaranden för att väcka talan som är avsedda att tillvarata rättigheter som följer av gemenskapsrätten och som tillkommer anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter, skall dessa förfaranden emellertid inte förta den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665.

73 En granskning skall därför göras av om sådana bestämmelser som de som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, mot bakgrund av syftet med det ovannämnda direktivet, är till men för de rättigheter för enskilda som följer av gemenskapsrätten.

74 Det skall härvid erinras om att, såsom framgår av första och andra skälet i direktiv 89/665 är dess ändamål att stärka gällande bestämmelser på såväl nationell som gemenskapsnivå för att säkra att direktiven om offentlig upphandling tillämpas effektivt, i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras. Det är i detta syfte som medlemsstaterna i artikel 1.1 i direktiv 89/665 åläggs en skyldighet att säkerställa att en upphandlande myndighets rättsstridiga beslut kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt.

75 Ett fullständigt uppnående av målet för direktiv 89/665 skulle emellertid äventyras om anbudssökande och anbudsgivare tilläts att åberopa överträdelser av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet, eftersom den upphandlande myndigheten då skulle tvingas att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna.

76 Det skall i övrigt beaktas att det i princip är förenligt med den effektivitetsprincip som följer av direktiv 89/665 att fastställa skäliga tidsfrister för att väcka talan vid äventyr av preklusion, eftersom ett sådant fastställande utgör en tillämpning av den grundläggande principen om rättssäkerhet (se analogt avseende gemenskapsrättens effektivitetsprincip dom av den 10 juli 1997 i mål C-261/95, Palmisani, REG 1997, s. I-4025, punkt 28, och av den 16 maj 2000 i mål C-78/98, Preston m.fl., REG 2000, s. I-3201, punkt 33).

77 Av vad anförts följer att sådana frister som dem som är i fråga i målet vid den nationella domstolen framstår som skäliga med hänsyn till målen för direktiv 89/665, såsom dessa beskrivs i punkt 74 i denna dom och till rättssäkerhetsprincipen.

78 Det finns vidare inget tvivel om att sådana sanktionsåtgärder som preklusion kan säkerställa att upphandlande myndigheters rättsstridiga beslut påtalas och korrigeras så snart de berörda får kännedom om dem, vilket överensstämmer med både målen för direktiv 89/665 och rättssäkerhetsprincipen.

79 Den tredje frågan skall följaktligen besvaras på så sätt att direktiv 89/665 inte utgör hinder för nationella bestämmelser i vilka det föreskrivs att prövning av ett beslut av den upphandlande myndigheten måste begäras inom en föreskriven tidsfrist och att alla oegentligheter under upphandlingsförfarandet som åberopas till stöd för begäran om prövning måste åberopas inom samma tidsfrist vid äventyr av preklusion, med följd att det inte längre är möjligt att ifrågasätta ett sådant beslut eller att åberopa en sådan oegentlighet när fristen löpt ut, under förutsättning att den ifrågavarande fristen är skälig.

Den fjärde frågan

80 Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 93/37 utgör hinder för att den upphandlande myndigheten i ett selektivt förfarande väljer ut de anbudssökande som anmodas att avge anbud i enlighet med regler för bedömningen som inte angivits i meddelandet om upphandling eller i anbudsinfordran, när dessa regler anges i handlingar som deponerats hos en notarie.

Yttranden till domstolen

81 Sökandena i målet vid den nationella domstolen har hävdat att det förfarande som EBS tillämpade, vilket bestod i att varken reglerna för det angivna "scoring"-förfarandet eller den betydelse som tillmättes olika bedömningskriterier för ansökningarna om deltagande avslöjades för de anbudssökande, är oförenligt med principerna om öppenhet och objektivitet. De har tillagt att den inbördes betydelsen av olika kriterier för bedömning av ansökningarna om deltagande i vart fall skall framgå av meddelandet om upphandling för att undvika att den upphandlande myndigheten fattar godtyckliga beslut och för att ge de anbudssökande möjlighet att kontrollera att detta beslut är lagenligt och utnyttja sin rätt att begära prövning.

82 EBS och den österrikiska regeringen har emellertid hävdat att ett förfarande som består i att bedömningskriterierna anges i handlingar som deponerats hos en notarie i tillräcklig mån säkerställer att icke-diskrimineringsprincipen och principen om objektivitet iakttas. EBS och den österrikiska regeringen anser att det framgår av dessa principer att den upphandlande myndigheten i förväg skall fastställa det förfarande som valts för att välja ut anbudssökande och att urvalsförfarandet inte kan ändras senare. Detta betyder inte att den upphandlande myndigheten skall avslöja de exakta kriterierna för bedömning av ansökningarna.

83 EBS har betonat att företaget i målet vid den nationella domstolen angivit de viktigaste kriterierna för bedömning av ansökningarna efter dessas inbördes betydelse. EBS har angivit att det var just för att gynna en lojal konkurrens på lika villkor som de anbudssökande inte i förväg fick kännedom om de exakta reglerna för bedömning av ansökningarna. EBS sökte de fem byggnadsföretag som var de objektivt bästa för de ifrågavarande bygg- och anläggningsarbetena och inte företag som anpassar sina anbud till den upphandlande myndighetens uppfattning, vilken ofta skiner igenom i valet av regler för bedömningen.

Domstolens svar

84 Det skall inledningsvis betonas att det i målet vid den nationella domstolen är utrett att EBS redan från början fastställde vilken betydelse vart och ett av de urvalskriterier skulle tillmätas som EBS avsåg tillämpa, men att anbudsinfordran inte innehöll någon uppgift om detta. EBS nöjde sig med att deponera handlingarna avseende "scoring"-förfarandet hos en notarie.

85 Härav framgår att den hänskjutande domstolen i förevarande mål inte vill veta om en upphandlande myndighet enligt gemenskapsrätten är skyldig att redan före meddelandet om upphandling fastställa regler för den inbördes betydelsen av de urvalskriterier som skall tillämpas, utan att dennas fråga till domstolen enbart avser iakttagandet av kraven på offentliggörande i direktiv 93/37 för det fall att den upphandlande myndigheten har fastställt sådana regler i förväg.

86 Den fjärde frågan skall därför förstås så att den avser huruvida direktiv 93/37 skall tolkas på så sätt att den upphandlande myndigheten i ett selektivt förfarande

är skyldig att i meddelandet om upphandling eller i anbudsinfordran, ange reglerna för den inbördes betydelsen av kriterierna för att välja ut de anbudssökande som skall anmodas att avge anbud om den i förväg har fastställt dessa regler.

87 För att besvara den på så sätt omformulerade frågan skall det inledningsvis anges att direktiv 93/37 inte innehåller någon särskild bestämmelse om krav på offentliggörande i förväg av kriterierna för att i ett selektivt förfarande välja ut de anbudssökande som skall anmodas att avge anbud.

88 Det framgår av rubriken och andra skälet i direktiv 93/37 att syftet med direktivet endast är samordning av nationella förfaranden vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, och att det inte i detta föreskrivs ett fullständigt system med gemenskapsregler på området (se särskilt dom av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, REG 2001, s. I-9233, punkt 33).

89 Direktiv 93/37 syftar emellertid, vilket framgår av dess ingress samt av andra och tionde skälet, till att undanröja hinder för etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster vad gäller offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, för att öppna dessa marknader för en effektiv konkurrens mellan företagen i medlemsstaterna (se bland annat domen i det ovannämnda målet Lombardini och Mantovani, punkt 34).

90 Som domstolen redan har betonat med avseende på direktiv 71/305, vilket, såsom angivits i punkt 6 i denna dom, har kodifierats genom direktiv 93/37, skall den upphandlande myndigheten offentliggöra kriterierna och villkoren för varje offentlig upphandling på ett relevant sätt för att uppfylla detta mål (dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkt 21).

91 Principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling, innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas (se bland annat dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 61, och av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 45).

92 Den skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska (se domen i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, punkt 62).

93 Härav framgår att då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iakttas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud (se, för ett liknande resonemang avseende jämförelsen av anbud, dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien, REG 1996, s. I-2043, punkt 54).

94 Det är mot denna bakgrund som det, i enlighet med tionde och elfte skälet i direktiv 93/37, fordras att både kriterierna för valet av anbudssökande och kriterierna för tilldelning av kontrakt offentliggörs.

95 Beträffande urvalskriterierna fordras enligt artikel 7.2 i direktiv 93/37, vilken avser förhandlat förfarande, att de anbudssökande väljs ut i enlighet med offentliggjorda kvalitativa kriterier.

96 Beträffande kriterierna för tilldelning av kontrakt föreskrivs i artikel 13.2 e, vilken är tillämplig på både selektiva och förhandlade förfaranden, att dessa kriterier ingår i de uppgifter som minst skall anges i uppmaningen att lämna in anbud om de inte redan tagits upp i meddelandet om upphandling.

97 Avseende alla slags förfaranden då kontrakt skall tilldelas till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet föreskrivs i artikel 30.2 i direktiv 93/37, som är tillämplig på både öppna, selektiva och förhandlade förfaranden, att den upphandlande myndigheten i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling skall ange alla de kriterier som den avser att ta hänsyn till vid tilldelningen, om möjligt i rangordning. Det framgår således av denna artikel att när den upphandlande myndigheten har rangordnat de kriterier som den avser att ta hänsyn till vid tilldelningen, kan den inte begränsa sig till att enbart nämna dessa i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, utan måste dessutom meddela anbudsgivarna den valda rangordningen.

98 Som domstolen har betonat avseende bestämmelserna i artikel 27.2 i rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 297, s. 1), vilken i sak har samma lydelse som artikel 30.2 i direktiv 93/37, syftar de upphandlande myndigheternas skyldighet just till att potentiella anbudsgivare, innan de utformar sina anbud, skall underrättas om de upphandlingskriterier som dessa anbud måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. På detta sätt säkerställs att principen om likabehandling av anbudsgivare och principen om insyn iakttas (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkterna 88 och 89).

99 Det framgår således att den tolkning som innebär att den upphandlande myndigheten i ett selektivt förfarande redan före det att meddelandet om

upphandling offentliggörs har fastställt regler för den inbördes betydelsen av de urvalskriterier som skall tillämpas är den skyldig att i förväg underrätta de anbudssökande om dessa, är den enda tolkning som är förenlig med målen för direktiv 93/37, såsom dessa har beskrivits i punkterna 89—92 i denna dom, eftersom det enbart är enligt denna tolkning som en tillräckligt hög grad av insyn och följaktligen iakttagandet av principen om likabehandling kan säkerställas i de upphandlingsförfaranden som detta direktiv är tillämpligt på.

100 Den fjärde frågan skall följaktligen besvaras så att direktiv 93/37 skall tolkas på så sätt att om den upphandlande myndigheten i ett selektivt förfarande i förväg har fastställt regler för den inbördes betydelsen av kriterierna för att välja ut de anbudssökande som skall anmodas att avge anbud, skall denna myndighet ange dessa regler i meddelandet om upphandling eller i anbudsinfordran.

Rättegångskostnader

101 De kostnader som har förorsakats den österrikiska och nederländska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttrande till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

— angående de frågor som genom beslut av den 12 november 1999 har ställts av Vergabekontrollsenat des Landes Wien — följande dom:

1) En enhet som inte har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, men som senare åtagit sig att tillgodose sådana intressen och numera faktiskt tillgodoser dessa, uppfyller villkoret i artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten för att anses vara ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i denna bestämmelse, under förutsättning att åtagandet att tillgodose dessa intressen kan fastställas objektivt.

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, i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, utgör inte hinder för nationella bestämmelser i vilka det föreskrivs att prövning av ett beslut av den upphandlande myndigheten måste begäras inom en föreskriven tidsfrist och

att alla oegentligheter under upphandlingsförfarandet som åberopas till stöd för begäran om prövning måste åberopas inom samma tidsfrist vid äventyr av preklusion, med följd att det inte längre är möjligt att ifrågasätta ett sådant beslut eller att åberopa en sådan oegentlighet när fristen löpt ut, under förutsättning att den ifrågavarande fristen är skälig.

3) **Direktiv 93/37 skall tolkas på så sätt att om den upphandlande myndigheten i ett selektivt förfarande i förväg har fastställt regler för den inbördes betydelsen av kriterierna för att välja ut de anbudssökande som skall anmodas att avge anbud, skall denna myndighet ange detta i meddelandet om upphandling eller i anbudsinfordran.**

Puissochet Schintgen Gulmann

Skouris Macken

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 12 december 2002.

R. Grass J.-P. Puissochet

Justitiesekreterare Ordförande på sjätte avdelningen