DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 4 februari 1999 *

I mål C-103/97,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget, från Tiroler Landesvergabeamt (Österrike), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Josef Köllensperger GmbH & Co. KG,

Atzwanger AG

och

Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz,

angående tolkningen av artikel 2.8 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, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48),

meddelar

* Rättegångsspråk: tyska.

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. J. G. Kapteyn (referent) samt domarna G. Hirsch, G. F. Mancini, H. Ragnemalm och R. Schintgen,

generaladvokat: A. Saggio,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören H. A. Rühl,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz, genom advokaterna C. C. Schwaighofer och M. E. Sallinger, Innsbruck,

— Österrikes regering, genom W. Okresek, Ministerialrat vid regeringskansliet, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom juridiske rådgivaren H. van Lier och C. Schmidt, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 18 juni 1998 av: Österrikes regering, företrädd av M. Fruhmann, regeringskansliet, i egenskap av ombud, och kommissionen, företrädd av H. van Lier och C. Schmidt,

och efter att den 24 september 1998 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Tiroler Landesvergabeamt (delstaten Tyrolens myndighet för upphandling) har genom beslut av den 7 november 1996, som inkom till domstolen den 10 mars 1997, i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget ställt två frågor om tolkningen av artikel 2.8 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, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48).

2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan, å ena sidan, Josef Köllensperger GmbH & Co. KG (nedan kallat Köllensperger) och Atzwanger AG (nedan kallat Atzwanger) och, å andra sidan, Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz (kommunförbundet för sjukhuset i Schwaz) angående tilldelning av ett kontrakt om utbyggnad av sjukhuset i Schwaz.

3 Direktiv 89/665 syftar till att garantera en så effektiv och snabb tillämpning av gemenskapsdirektiv som möjligt inom området för offentlig upphandling. Då de möjligheter till prövning som i allmänhet fanns inom detta område på såväl det nationella planet som på gemenskapsplanet inte syntes vara tillräckliga och då de enskilda direktiven inte innehöll några föreskrifter som särskilt avsåg prövning stadgades i förstnämnda direktiv att medlemsstaterna före den 1 december 1991 skulle införa lämpliga prövningsförfaranden för det fall att det skulle förekomma olagligheter vid offentliga upphandlingsförfaranden (artiklarna 1.1 och 5).

4 I artikel 2.8 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

"För de fall prövningsorganen ej utgörs av rättsliga instanser gäller, att skriftliga beslutsmotiveringar alltid skall ges. Dessutom gäller för dessa fall, att det måste

finnas 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.

Medlemmarna i ett sådant oberoende organ skall tillsättas och frånträda på samma villkor som gäller för rättsliga instanser, tillämpade av den myndighet som utnämner och avsätter dem, samt bestämmer ämbetsperiodens längd. Åtminstone ordföranden i prövningsorganet skall ha domarkompetens. Det oberoende organet skall fatta sina beslut i ett förfarande, där båda parter hörs, och besluten skall vara lagligen bindande enligt regler bestämda av medlemsstaten."

5 I Österrike har direktiv 89/665 införlivats med österrikisk rätt på förbundsnivå genom Bundesvergabegesetz (förbundslag om offentlig upphandling, nedan kallad BVergG). I denna lag föreskrivs två förfaranden, ett förlikningsförfarande inför Bundesvergabekontrollkommission (förbundskommission för kontroll av upphandling) och ett förfarande inför Bundesvergabeamt (förbundsmyndighet för upphandling).

6 I Land Tirol har införlivandet skett genom Tiroler Gesetz über die Vergabe von Aufträgen (delstaten Tyrolens lag om offentlig upphandling, nedan kallad Tir VergG). Genom denna lag ges Tiroler Landesvergabeamt behörighet att avgöra överklaganden i mål rörande offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten samt koncessioner.

7 I 6 § i Tir VergG föreskrivs följande:

"1) Landesvergabeamt skall inrättas vid Amt der Tiroler Landesregierung (avdelning inom delstaten Tyrolens regering). Landesvergabeamt skall utgöras av:

a) en ordförande, som skall vara kunnig i frågor som rör offentlig upphandling,

b) en referent, som skall vara en lagfaren tjänsteman vid Amt der Tiroler Landesregierung,

c) en medlem, som skall vara domare,

d) fyra medlemmar, som skall vara kunniga i frågor som rör offentlig upphandling, som var och en skall föreslås av Wirtschaftskammer Tirol (handelskammaren i Tyrolen), Architekten- und Ingenieurkonsultenkammer für Tirol und Vorarlberg (arkitekt- och ingenjörskonsultkammaren i Tyrolen och Vorarlberg), Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol (kammaren för arbetare och anställda för Tyrolen) respektive Tiroler Gemeindeverband (kommunförbundet för Tyrolen).

...

3) Medlemmarna i Landesvergabeamt skall utses av delstatsregeringen för en period om fem år. De måste vara valbara till Landtag. Beträffande de medlemmar som avses i första punkten d och andra punkten skall delstatsregeringen

anmoda de förslagsberättigade organen att ställa ett förslag inom en rimlig frist som skall fastställas närmare. Om något förslag inte lämnas i rätt tid skall dessa medlemmar utses trots att något förslag inte har ställts. Innan de medlemmar som avses i första stycket c utses skall ordföranden för Oberlandesgericht Innsbruck höras. För varje medlem skall en suppleant utses. Suppleanten skall utses på samma sätt som den ordinarie medlemmen. Vid förhinder för den ordinarie medlemmen skall denne företrädas av sin suppleant.

4) En medlem eller en suppleant skall frånträda sitt uppdrag om han avsäger sig detta eller om uppdraget återkallas samt beträffande en sådan medlem som avses i första punkten b och c även om han avträder sin tjänst eller upphör med sitt yrke. Ett avsägande skall ske skriftligen till delstatsregeringen. ... Uppdraget skall återkallas om villkoren för detta inte längre är uppfyllda eller om förhållanden inträder som gör att uppdraget sannolikt inte kommer att kunna fullgöras vederbörligen under en längre tid. Om en medlem eller en suppleant frånträder sitt uppdrag i förtid skall en ny medlem eller en ny suppleant ofördröjligen utses för resterande uppdragsperiod.

...

6) Landesvergabeamt är beslutsför om samtliga medlemmar har kallats på rätt sätt och om ordföranden, referenten, den medlem som är domare och ytterligare minst en medlem är närvarande. Beslut fattas med enkel majoritet av rösterna. Vid lika röstetal skall ordförandens röst vara avgörande. Avstående från röstning är inte tillåtet.

7) Medlemmarna i Landesvergabeamt är inte bundna av några som helst instruktioner då de fullgör sitt uppdrag. Landesvergabeamts beslut kan inte upphävas eller ändras genom förvaltningsrättsliga åtgärder.

8) Landesvergabeamts kansligöromål skall handhas av Amt der Tiroler Landesregierung."

8 Den 6 april 1995 väckte Köllensperger och Atzwanger talan vid Tiroler Landesvergabeamt med yrkande om ogiltigförklaring av upphandlingen avseende utbyggnaden av sjukhuset i Schwaz på den grunden att Tir VergG hade åsidosatts.

9 Tiroler Landesvergabeamt ogillade talan genom beslut av den 27 juni 1995 med motiveringen att kontraktet hade tilldelats det bolag som hade presenterat det bästa anbudet. Även om den upphandlande enheten hade iakttagit föreskrifterna i Tir VerG skulle kontraktet, enligt Tiroler Landesvergabeamt, i alla händelser ändå inte ha tilldelats Köllensperger och Atzwanger.

10 De sistnämnda bolagen överklagade då detta avgörande till Verfassungsgerichtshof.

11 Den 12 juni 1996 upphävde Verfassungsgerichtshof Tiroler Landesvergabeamts beslut med motiveringen att dess sammansättning inte motsvarade de villkor som ställs i artikel 2.8 i direktiv 89/665 den dag då denna fattade sitt beslut, det vill säga den 27 juni 1995.

12 Enligt Verfassungsgerichtshof hade ordföranden i Landesvergabeamt inte de juridiska och yrkesmässiga kvalifikationerna som krävdes för utövande av domarämbetet, vilket medförde att beslutet av den 27 juni 1995 innebar ett åsidosättande av sökandebolagens grundlagsskyddade rätt till domstolsprövning.

13 Den 16 juli 1996 avsade sig den ordförande för Tiroler Landesvergabeamt som tjänstgjorde vid tidpunkten för det omtvistade beslutet sitt uppdrag med verkan från den 12 juli och en ny ordförande utsågs av Tiroler Landesregierung.

14 Efter det att förfarandet inför Tiroler Landesvergabeamt hade återupptagits gjorde Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz gällande att sammansättningen av denna instans fortfarande inte motsvarade villkoren i direktiv 89/665.

15 Då Tiroler Landesvergabeamt hyste tvekan beträffande de medlemmar som avses i 6 § första punkten d i Tir VergG, beslutade den att hänskjuta följande två tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall artikel 2 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 tolkas på så sätt att Tiroler Landesvergabeamt (delstaten Tyrolens upphandlingsmyndighet), som inrättades genom (Tiroler) Landesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (delstaten Tyrolens lag om offentlig upphandling) av den 6 juli 1994 *(Landesgesetzblatt für Tirol) (delstaten Tyrolens officiella tidning)* nr 87/1994, utgör en ett prövningsorgan i den mening som avses i artikel 2.8 i direktivet?

2) Innebär antagandet av Gesetz über die Vergabe von Aufträgen (lagen om offentlig upphandling) av den 6 juli 1994 *(Landesgesetzblatt für Tirol) (delstaten Tyrolens officiella tidning)* nr 87/1994, att det i artikel 1 i rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten omnämnda prövningsförfarandet har införlivats med nationell rätt?"

Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

16 Först måste frågan ställas om Tiroler Landesvergabeamt utgör en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget och följaktligen om dess frågor kan tas upp till sakprövning.

17 Det skall i detta avseende erinras om att EG-domstolen, för att bedöma om det hänskjutande organet är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget, vilket är en rent gemenskapsrättslig fråga, enligt fast praxis skall beakta ett antal omständigheter, nämligen om organet är upprättat enligt lag, dess varaktighet, den tvingande karaktären av dess avgöranden, om förfarandet är kontradiktoriskt, organets tillämpning av rättsregler samt dess oberoende ställning (se senast dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult, REG 1997, s. I-4961, punkt 23, och dom av den 30 juni 1966 i mål 61/65, Vaassen-Göbbels, REG 1966, s. 377, svensk specialutgåva, volym 1, s. 263, av den 11 juni 1987 i mål 14/86, Pretore di Salò mot X, REG 1987, s. 2545, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 9, av den 17 oktober 1989 i mål 109/88, Danfoss, REG 1989, s. 3199, punkterna 7 och 8, svensk specialutgåva, volym 10, av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo m. fl., REG 1994, s. I-1477, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 15, och av den 19 oktober 1995 i mål C-111/94, Job Centre, REG 1995, s. I-3361, punkt 9).

18 Om de fem första kriterierna råder det ingen tvekan. Av de bestämmelser i 6 § i Tir VergG som reglerar Tiroler Landesvergabeamts sammansättning och funktionssätt framgår nämligen att detta organ uppfyller dessa kriterier.

19 Däremot är det inte klart att villkoret avseende dess oberoende ställning är uppfyllt.

20 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 25 i sitt förslag till avgörande innehåller Tir VergG inte några specifika bestämmelser om jävsinvändningar mot och om självmant tillbakaträdande på grund av jäv av medlemmarna i Tiroler Landesvergabeamt.

21 Vidare synes ordalydelsen i 6 § fjärde punkten i Tir VergG rörande avsättning av medlemmar "om förhållanden inträder som gör att uppdraget sannolikt inte kommer att kunna fullgöras vederbörligen under en längre tid" prima facie vara alltför vag för att kunna garantera ett skydd mot otillbörlig inblandning och påtryckning från regeringens sida.

22 I detta avseende bör för det första påpekas att det i 5 § andra punkten i Tir VergG uttryckligen föreskrivs att, om annat inte är stadgat, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz av år 1991 (allmänna förvaltningsprocesslagen) skall tillämpas på prövningsförfaranden avseende upphandlingsförfaranden. Denna lag innehåller mycket noggranna bestämmelser om under vilka omständigheter som medlemmarna av det ifrågavarande organet måste träda tillbaka på grund av jäv. Enligt Verwaltungsgerichtshofs praxis utgör ett åsidosättande av denna skyldighet ett rättegångsfel som de berörda parterna kan göra gällande inför domstol.

23 För det andra bör 6 § sjunde punkten i Tir VergG uppmärksammas. Det uttryckliga stadgandet i detta lagrum om att medlemmarna i Tiroler Landesvergabeamt inte är bundna av några som helst instruktioner då de fullgör sitt uppdrag återger artikel 20 i den österrikiska förbundsgrundlagen enligt vilken medlemmarna av kollegiala organ av domstolskaraktär — till vilka Tiroler Landesvergabeamt räknas — skall vara oberoende.

24 Sammantagna motsäger dessa regler således slutsatsen att 6 § fjärde punkten inte skulle garantera att medlemmarna i Landesvergabeamt är oberoende. Det tillkommer inte domstolen att anta att en sådan föreskrift skulle tillämpas i strid med den österrikiska grundlagen och rättsstatliga principer.

25 Av vad som ovan anförts följer att Tiroler Landesvergabeamt skall anses som en nationell domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget och att dess frågor kan tas upp till sakprövning.

Tolkningsfrågorna

26 Genom sina frågor vill Tiroler Landesvergabeamt i huvudsak få klarhet i om sådana föreskrifter som de som reglerar dess sammansättning och dess funktionssätt motsvarar de villkor som uppställs i artikel 2.8 i direktiv 89/665.

27 Det bör erinras om att den sistnämnda föreskriften rör de organ som har ansvaret för prövningsförfarandena vid överklaganden av beslut som har fattats av behöriga organ avseende offentlig upphandling inom tillämpningsområdet för direktiv 89/665.

28 Enligt artikel 2.8 första stycket får medlemsstaterna välja mellan två olika lösningar när det gäller utformningen av kontrollsystemet avseende offentlig upphandling.

29 Den första lösningen består i att ge rättsliga instanser behörighet att avgöra begäran om prövning. Enligt den andra lösningen kan denna behörighet, under ett inledande skede, ges åt organ som inte är sådana instanser. I det senare fallet måste avgöranden som fattats av dessa organ kunna bli föremål för antingen en rättslig prövning eller en prövning av ett annat organ som skall motsvara de särskilda krav som uppställs i artikel 2.8 andra stycket i direktiv 89/665 för att garantera en fullgod prövning.

30 Av detta framgår att om det ansvariga prövningsorganet, såsom i det nu förevarande målet vid den nationella domstolen, är en rättslig instans så är dessa garantibestämmelser inte tillämpliga.

31 Med hänsyn till ovanstående överväganden skall den nationella domstolens frågor besvaras med att de villkor som uppställs i artikel 2.8 i direktiv 89/665 inte är tillämpliga på sådana föreskrifter som de som reglerar dess sammansättning och dess funktionssätt.

Rättegångskostnader

32 De kostnader som har förorsakats den österrikiska regeringen och kommissionen, vilka har inkommit med yttranden 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 7 november 1996 har ställts av Tiroler Landesvergabeamt — följande dom:

De villkor som uppställs i artikel 2.8 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 är

inte tillämpliga på sådana föreskrifter som de som reglerar Tiroler Landesvergabeamts sammansättning och funktionssätt.

Kapteyn Hirsch Mancini

Ragnemalm Schintgen

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 4 februari 1999.

R. Grass

Justitiesekreterare

P. J. G. Kapteyn

Ordförande på sjätte avdelningen