DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 21 oktober 2010 *

I mål C-570/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias (Cypern) genom beslut av den 27 november 2008, som inkom till domstolen den 22 december 2008, i målet

Symvoulio Apochetefseon Lefkosias

mot

Anatheoritiki Archi Prosforon,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna D. Šváby, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent) och J. Malenovský,

* Rättegångsspråk: grekiska.

generaladvokat: P. Cruz Villalón,
justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 25 mars 2010,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Symvoulio Apochetefseon Lefkosias, genom A. Aimilianidis och P. Christofidis, dikigoroi,

— Anatheoritiki Archi Prosforon, genom K. Lykourgos, A. Pantazi-Lamprou och M. Theoklitou, samtliga i egenskap av ombud,

— Tjeckiens regering, genom M. Smolek, i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom M. Konstantinidis och I. Chatzigiannis, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 1 juni 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser 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), i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) (nedan kallat direktiv 89/665).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Symvoulio Apochetefseon Lefkosias (enhet med ansvar för vattenreningsfrågor i Nicosia) (nedan kallad Symvoulio), en offentligrättslig juridisk person som verkar som upphandlande myndighet, och å andra sidan Anatheoritiki Archi Prosforon (prövningsorgan i ärenden om offentlig upphandling), ett förvaltningsrättsligt organ med uppgift att pröva beslut som upphandlande myndigheter fattar på upphandlingsområdet. Målet gäller huruvida Symvoulio har rätt att väcka talan vid domstol mot ett beslut som fattats av Anatheoritiki Archi Prosforon.

Tillämpliga bestämmelser

Unionslagstiftningen

3 I första skälet i direktiv 89/665 konstateras att direktiven om offentlig upphandling inte innehåller bestämmelser som säkerställer deras effektiva tillämpning.

4 Tredje skälet har följande lydelse:

”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 Fjärde skälet i nämnda direktiv har följande lydelse:

”Det förhållandet att det i somliga medlemsstater saknas möjligheter till rättelse eller att de befintliga möjligheterna är otillräckliga, hindrar gemenskapens företag från att lämna anbud i det medlemsland, där den upphandlande myndigheten är etablerad. Berörda medlemsstater måste rätta till förhållandet.”

6 Sjunde skälet i samma direktiv har följande lydelse:

”Om företagen inte begär prövning, torde rättelse i vissa fall aldrig komma till stånd, såvida man inte inrättar en särskild ordning för ändamålet.”

7 I åttonde skälet i direktiv 89/665 preciseras följande:

”Följaktligen bör kommissionen ges behörighet att föra ärendet inför vederbörande myndigheter i medlemslandet såväl som upphandlingsmyndigheten, så snart den anser, att en klar och konkret överträdelse har begåtts vid upphandlingsförfarandet, så att lämpliga åtgärder vidtas för skyndsam rättelse av en påstådd kränkning.”

8 I artikel 1 i direktivet 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 [åtminstone][*] 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. [*Ordet 'åtminstone' saknas i den svenska språkversionen av direktiv 89/665 i den här aktuella lydelsen. Det infördes i den svenska versionen i samband med ändringarna genom direktiv 2007/66/EG och har lagts till här, eftersom det har relevans för domstolens nedanstående resonemang. Övers. anm.] 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."

9 Artikel 2.7 och 2.8 första stycket i direktiv 89/665 har följande lydelse:

"7. Medlemsstaterna skall se till att införa bestämmelser, som garanterar, att granskningsorganens beslut verkligen åtlyds.

8. För de fall prövningsorganen ej utgörs av rättsliga instanser[*] gäller, att skriftliga beslutsmotiveringar alltid skall ges. [*Nedan används 'domstol' i stället för 'rättslig instans' i överensstämmelse med terminologin i artikel 2.9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling. Övers. anm.] Dessutom gäller för dessa fall, att det måste finnas en möjlighet att pröva påstådda olagliga åtgärder vidtagna av sådana organ i [domstol eller annat organ som är att anse som domstol i den mening] som avses i [artikel 267 FEUF], oberoende av såväl upphandlingsmyndigheten som prövningsorganet."

10 I artikel 3 i nämnda direktiv stadgas att kommissionen är behörig att föra ett ärende inför ett prövningsorgan, om den innan ett upphandlingskontrakt slutits anser att en klar och uppenbar överträdelse av relevanta unionsregler har ägt rum vid en offentlig upphandling.

Den nationella lagstiftningen

11 Enligt artikel 146.1 i den cypriotiska konstitutionen (nedan kallad konstitutionen) är Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias (Republiken Cyperns högsta domstol) den domstol som har exklusiv behörighet att pröva lagenligheten av ett förvaltningsorgans beslut och underlåtenhet att agera.

12 I artikel 146.2 i konstitutionen föreskrivs följande:

”Ett sådant mål får anhängiggöras av en person vars legitima intressen, som denna person har i egen person eller i egenskap av medlem av en gemenskap, påverkas menligt och direkt av ett beslut, en handling eller underlåtenhet att agera.”

13 Lag 101 (I)/2003 om offentlig upphandling av varor, byggentreprenader och tjänster syftar till att anpassa den cypriotiska lagstiftningen till relevanta unionsrättsliga bestämmelser, inklusive direktiv 89/665. I artikel 60 i denna lag, i dess lydelse enligt lag 181 (I)/2004, föreskrivs följande:

”Om den berörde anser sig förfördelad av Anatheoritiki Archi Prosforons beslut har han rätt att överklaga till Anotato Dikastirio [tis Kypriakis Dimokratias] enligt artikel 146 i konstitutionen. Överklagande till Anotato Dikastirio får även göras av den upphandlande myndigheten om denna myndighet på adekvata grunder finner att Avatheoritiki Archis beslut är rättsstridigt.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

14 Symvoulio verkar som upphandlande myndighet i förfaranden för offentlig upphandling i den mening som avses i lag 101 (I)/2003.

15 Anatheoritiki Archi Prosforon inrättades för att anpassa cypriotisk lagstiftning till unionens bestämmelser om offentlig upphandling, i synnerhet direktiv 89/665. Anatheoritiki Archi Prosforon är således ett prövningsorgan enligt artikel 2.8 i direktiv 89/665 som inte är en domstol, och utövar sin verksamhet med stöd av bestämmelserna i ovannämnda lag.

16 Den 14 februari 2006 antog Anatheoritiki Archi Prosforon, efter en begäran om överprövning från ett företag, ett beslut i vilket den ogiltigförklarade Symvoulios beslut att tilldela ett kontrakt till ett konkurrerande företag. Genom ett överklagande som inkom till behörig avdelning inom Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias den 31 mars 2006, begärde Symvoulio att det ovannämnda beslutet från Anatheoritiki Archi Prosforon skulle ogiltigförklaras.

17 Under förfarandets gång avkunnade Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias, den 17 december 2007, en dom i plenum i ett annat mål om offentlig upphandling. I denna dom fastställdes att artikel 146 i konstitutionen ska tolkas så att den inte medför något berättigat intresse för upphandlande myndigheter att angripa ett beslut om ogiltigförklaring som fattats av Anatheoritiki Archi Prosforon och att artikel 60 i lag 101(1)/2003 inte ägde tillämpning.

18 Ovannämnda ställningstagande av Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias, som numera utgör fast rättspraxis, utgår ifrån att ett beslut av Anatheoritiki Archi Prosforon inte utgör ett förvaltningsbeslut som är fristående från det förfarande den upphandlande myndigheten själv deltar i. Beslutet rör således inte något som helst intresse som den upphandlande myndigheten har åberopat, utan det allmänna intresset av att de allmänna förfaranden som reglerar offentlig upphandling sker på ett rättsenligt sätt. Den upphandlande myndigheten och Anatheoritiki Archi Prosforon utgör i det aktuella förfarandet del av en och samma administrativa mekanism. Den allmänna principen att ett förvaltningsorgan inte kan göra gällande ett legitimt intresse gentemot ett annat organ inom samma förvaltning, och följaktligen vara i tvist med detsamma, ska följaktligen tillämpas.

19 Den avdelning inom Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias vid vilken Symvoulios talan är anhängiggjord i det nationella målet har påpekat att det ovannämnda ställningstagandet från samma domstol i plenum endast antogs med stöd av artikel 146 i konstitutionen. Frågan om unionsrättens tillämpning och tolkning behandlades härvid inte.

20 Ovannämnda avdelning har emellertid påpekat att artikel 60 i lag nr 101 (I)/2003, varigenom unionens regelverk på området för offentlig upphandling införlivas med nationell rätt, är tillämplig oavsett hur artikel 146 i konstitutionen tolkas. Den sistnämnda bestämmelsen ska följaktligen tolkas i överensstämmelse med unionsrätten. Eftersom en tolkning av artikel 2.8 första stycket i direktiv 89/665, för att lösa den fråga som uppstått i det nationella målet, ännu inte står att finna i EU-domstolens rättspraxis anser den hänskjutande avdelningen det nödvändigt att begära att EU-domstolen meddelar förhandsavgörande för att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av unionsrätten.

21 Samma avdelning har likaledes betonat att enligt EU-domstolens rättspraxis berövar Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias' pleniavgörande inte ovannämnda avdelning möjligheten att göra en skönsmässig bedömning av huruvida det är nödvändigt att tillställa EU-domstolen en begäran om förhandsavgörande (domstolens dom av den 16 januari 1974 i mål 166/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, REG 1974, s. 33, punkt 4; svensk specialutgåva, volym 2, s. 195).

22 Den avdelning inom Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias som ska pröva det nationella målet beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”I vilken utsträckning har upphandlande myndigheter rätt att väcka talan vid domstol enligt artikel 2.8 i direktiv nr 89/665 … mot beslut om ogiltigförklaring som fattats av prövningsorgan när dessa inte är en domstol?”

Prövning av tolkningsfrågan

23 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida artikel 2.8 i direktiv 89/665 ska tolkas så att den innebär en skyldighet för medlemsstaterna att ge även upphandlande myndigheter en möjlighet att begära domstolsprövning av beslut som fattats av ett behörigt prövningsorgan på området för offentlig upphandling när detta prövningsorgan inte är en domstol.

24 På grundval av framför allt en bokstavlig tolkning av bestämmelserna i direktiv 89/665 ska det, för att besvara nämnda fråga, för det första konstateras att det är ”gemenskapens företag” som i det fjärde och det sjunde skälet uttryckligen anges ha möjlighet att begära prövning i förfaranden för offentliga upphandling.

25 Det ska för det andra påpekas att det i artikel 1.3 i direktiv 89/665 föreskrivs att prövningsförfaranden ska införas och kunna åberopas ”[åtminstone] … av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling”. Genom denna formulering definieras den personkrets som ska ha rätt att begära prövning enligt detta direktiv.

26 Till stöd för vad som anförts i föregående punkt ska det för det tredje understrykas att unionslagstiftaren, såsom framgår av sjunde skälet i direktiv 89/665, var medveten om att vissa överträdelser eventuellt inte skulle komma att rättas till om företagen inte begärde prövning av rättsstridiga eller felaktiga beslut, varvid det förutsattes att sådana beslut även skulle kunna fattas av prövningsorgan som inte är domstolar. För att avhjälpa en sådan situation föreskrivs i artikel 3 i direktiv 89/665 emellertid en allmän behörighet för kommissionen att vidta åtgärder enligt det förfarande som fastställs i denna bestämmelse.

27 Det finns således ingenting i lydelsen i bestämmelserna i direktiv 89/665 som medger slutsatsen att unionslagstiftaren även velat ge de upphandlande myndigheterna en möjlighet att begära prövning i förfaranden för offentlig upphandling. Bestämmelserna i artikel 2.8 i detta direktiv ska således anses innehålla ett specifikt krav, med bestämda garantier, som medlemsstaterna är skyldiga att iaktta när de behöriga

prövningsorganen inte är domstolar. Nämnda bestämmelser innebär ingen ändring av den personkrets som har rätt att begära prövning enligt direktivet.

28 Denna slutsats stöds av syftet med direktiv 89/665.

29 I det första och det tredje skälet i direktivet anges nämligen det syfte som eftersträvades när direktivet antogs i förhållande till syftet med de direktiv som innehåller materiella bestämmelser om offentlig upphandling. Målsättningen med de senare direktiven är att öppna det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens inom unionen på villkor som garanterar insyn och icke-diskriminering. Dessa direktiv innehåller dock inte några bestämmelser som garanterar deras effektiva tillämpning. Direktiv 89/665 fyller därför denna funktion genom att föreskriva en skyldighet för medlemsstaterna att inrätta effektiva och snabba prövningsförfaranden.

30 Själva syftet med direktiv 89/665 är således att genom införande av lämpliga prövningsförfaranden möjliggöra en korrekt tillämpning av unionens materiella rättsregler på området för offentlig upphandling. Dessa bestämmelser i sin tur syftar till att säkerställa att dessa förfaranden öppnas upp för näringsidkare som är etablerade i unionen och att konkurrensen inte snedvrids utan blir så stark som möjligt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 december 2007 i mål C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., REG 2007, s. I-11173, punkterna 38 och 39 och där angiven rättspraxis).

31 Övervägandena i punkt 29 i denna dom finner vidare stöd i bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, s. 31). Även om nämnda direktiv inte är tillämpligt i tidsmässigt hänseende på omständigheterna i det nationella målet är dess innehåll emellertid användbart vid tolkningen av det system som inrättas genom direktiv 89/665, då det förstnämnda direktivet inte ändrar själva systemet. För att det ska bli möjligt att ”uppnå de resultat som eftersträvas av gemenskapslagstiftaren”

bör nämligen det senare direktivet enligt skäl 3 i det förstnämnda direktivet ”ändras genom tillägg av nödvändiga förtydliganden”.

32 I det fjärde, det sjätte, det sjunde, det fjortonde och det tjugosjunde skälet i direktiv 2007/66 hänvisas det till de ”berörda anbudsgivarna” och de ”ekonomiska aktörerna” såsom personer som omfattas av det effektiva domstolsskydd som eftersträvas i direktivet och såsom personer som har möjlighet att begära prövning.

33 Vidare är det viktigt att understryka att artikel 1 i direktiv 89/665, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, hädanefter har rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”, medan artikel 2 i samma direktiv har rubriken ”Krav på prövningsförfaranden”. Detta stöder inställningen att medlemsstaternas skyldighet enligt artikel 2.8, numera artikel 2.9, i direktiv 89/665 att ge rätt till domstolsprövning av beslut fattade av prövningsorgan som inte är domstolar utgör ett specifikt krav i nämnda direktiv och innebär inte att de upphandlande myndigheterna upptas i den personkrets som direktivet är tillämpligt på.

34 Artikel 3 i direktiv 89/665, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, har dessutom hädanefter rubriken ”Korrigeringsmekanism” och bekräftar även kommissionens allmänna behörighet att vidta åtgärder om det har skett en allvarlig överträdelse av unionsrätten.

35 Härav följer att det enligt artikel 2.8 i direktiv 89/665 inte krävs att medlemsstaterna inför en möjlighet att begära domstolsprövning även för de upphandlande myndigheterna.

36 Med beaktande av medlemsstaternas skyldighet enligt artikel 1.3 i direktiv 89/665 att garantera tillgång till domstolsprövning ”åtminstone” för samtliga de personer som definieras i denna bestämmelse och med hänsyn även till den processuella autonomi som medlemsstaterna åtnjuter, anser domstolen emellertid att det inte föreligger något hinder för dessa att, i förekommande fall, inbegripa upphandlande myndigheter i den personkrets som ska ha tillgång till prövningsförfaranden i den mening som avses i nämnda bestämmelse, för det fall beslut som fattats av upphandlande myndigheter skulle ogiltigförklaras av ett prövningsorgan som inte är en domstol.

37 Argumentet att en sådan tolkning riskerar att leda till en oenhetlig tillämpning av unionsrätten kan inte godtas, då direktiv 89/665, såsom framgår av i synnerhet artikel 1.3, inte syftar till en fullständig harmonisering av relevanta nationella bestämmelser.

38 Den ställda frågan ska således besvaras enligt följande. Artikel 2.8 i direktiv 89/665 ska tolkas så, att den inte innebär en skyldighet för medlemsstaterna att ge även upphandlande myndigheter möjlighet att begära domstolsprövning av beslut som fattats av ett behörigt prövningsorgan på området för offentlig upphandling när detta prövningsorgan inte är en domstol. Nämnda bestämmelse utgör emellertid inte hinder för att medlemsstaterna, i förekommande fall, i sina respektive rättsordningar föreskriver en sådan möjlighet för upphandlande myndigheter att begära domstolsprövning.

Rättegångskostnader

39 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. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

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 ska tolkas så, att den inte innebär en skyldighet för medlemsstaterna att ge även upphandlande myndigheter möjlighet att begära domstolsprövning av beslut som fattats av ett behörigt prövningsorgan på området för offentlig upphandling när detta prövningsorgan inte är en domstol. Nämnda bestämmelse utgör emellertid inte hinder för att medlemsstaterna, i förekommande fall, i sina respektive rättsordningar föreskriver en sådan möjlighet för upphandlande myndigheter att begära domstolsprövning.

Underskrifter