FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

föredraget den 2 april 1998 *

I —Inledning

1. Detta mål gäller tilldelningen av ett offentligt upphandlingskontrakt om tillhandahållande av bussar avsedda för reguljär, regional expressbusstrafik i Österrike. Det tar särskilt upp frågor om de instanser som är behöriga att pröva sådan upphandling, tillgängligheten av rättsmedel och tillämpning av nationella frister för att väcka talan när det relevanta gemenskapsdirektivet inte genomförts inom den föreskrivna fristen.

II —Tillämpliga bestämmelser och faktiska omständigheter

A —*Gemenskapsrätten*

2. Artikel 1 i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna [1] (nedan kallat direktiv 92/13), i dess ändrade lydelse, föreskriver följande:

"1. Medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att beslut av upphandlande enheter skall kunna prövas noga och snabbt enligt de förutsättningar som anges i nedanstående artiklar, i synnerhet artikel 2.8, för att avgöra huruvida besluten strider mot gemenskapslagstiftningen om upphandling eller mot nationella regler som har tillkommit för att följa gemenskapslagstiftningen om

a) upphandlingsförfaranden enligt rådets direktiv 93/38/EEG [2], och

1 — EGT L 76, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127.

2 — Denna bestämmelse hänvisade ursprungligen till rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfaranden inom vatten-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 297, s. 1). Artikel 45.3 och 45.4 i det nedan citerade rådets direktiv 93/38/EEG föreskriver att direktiv 90/531/EEG upphör att gälla från det datum då detta direktiv tillämpas av medlemsstaterna och att hänvisningar till direktiv 90/531/EEG skall tolkas som om de hänvisar till detta direktiv.

* Originalspråk: engelska.

b) upphandlande enheter enligt artikel 3.2 a i samma direktiv.

I den mån det är relevant för detta mål föreskriver artikel 2 i direktiv 92/13 följande:

"1. Medlemsstaterna skall se till att bestämmelserna om prövning enligt artikel 1 ger prövningsorganet behörighet att handla antingen enligt a och b nedan eller enligt c och i bägge fallen enligt d:

2. Medlemsstaterna skall förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada till följd av den åtskillnad som görs i detta direktiv mellan nationella bestämmelser om införande av gemenskapsrätten och andra nationella bestämmelser.

a) Att så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder i syfte att åstadkomma rättelse av påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, däribland åtgärder för att avbryta upphandlingen eller förhindra verkställigheten av upphandlarens beslut.

3. Medlemsstaterna skall se till att prövningsförfaranden med närmare bestämmelser enligt medlemsstaternas bestämmande införs och kan åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få kontrakt om viss offentlig upphandling och som har lidit skada eller riskerat att lida skada av en påstådd överträdelse. Medlemsstaterna kan kräva att den som begär prövning dessförinnan har meddelat upphandlaren att han hävdar att överträdelse har skett och att han ämnar söka prövning av denna".

b) Att undanröja eller låta undanröja beslut som tagits utan stöd i lag, och därvid bland annat undanröja diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i meddelande om upphandling, meddelanden i förhand om upphandling, meddelande om ett särskilt system för urval av leverantörer, inbjudan

att avge anbud, kontraktshandlingar eller annat dokument som har samband med upphandlingen.

med tillräckliga rättsmedel för ändamålet föreskriva att det klandrade beslutet först undanröjs eller förklaras ogiltigt.

c) Att så tidigt som möjligt och, om det är nödvändigt, efter egna beslut i sak själv vidta andra åtgärder än de som anges ovan under a och b för att rätta konstaterad överträdelse, förebygga att berörda intressen lider skada eller, där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att betala en viss summa till berörda intressen.

2. De olika rättsmedel som avses i punkt 1 får ges till skilda organ med ansvar för olika aspekter på prövningsförfarandet.

...

Medlemsstaterna får välja ett av dessa alternativ att gälla för alla upphandlare eller för upphandlingskategorier som definierats enligt objektiva kriterier, så länge de åtgärder som syftar till att förebygga skada för berörda intressen blir verkningsfulla.

8. Medlemsstaterna skall se till att prövningsorganens beslut verkligen åtföljs.

d) Att tillerkänna skadestånd till dem som lidit skada av en överträdelse.

När skadestånd begärs därför att ett beslut är lagstridigt, får medlemsstaterna när deras rättsordning det kräver och de har organ

9. I de fall prövningsorganen inte har domstols ställning skall de alltid skriftligen motivera sina beslut. Dessutom måste det i dessa fall finnas sätt att få lagligheten av ett prövningsorgans åtgärder och andra brister i prövningsorganets sätt att utöva sina befogenheter prövade av domstol eller av myndighet som är domstol enligt fördragets artikel 177 och som är oberoende av såväl upphandlingsmyndigheten som prövningsorganet.

Ledamöterna av en sådan oberoende myndighet skall inneha sin befattning på samma villkor som ledamöter av domstolar vad gäller vilken myndighet som utnämner dem, ämbetsperiodens längd och reglerna för avsättning. Åtminstone ordföranden i prövningsorganet skall ha domarkompetens. Den oberoende myndigheten skall fatta sina beslut i ett förfarande där båda parter hörs, och besluten skall bli lagligen bindande enligt regler bestämda av medlemsstaten."

3. Artikel 2 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna [3] (nedan kallad direktiv 93/38) föreskriver i den mån det är relevant i förevarande fall följande:

"1. Detta direktiv gäller upphandlande enheter som

a) är offentliga myndigheter eller offentliga företag och bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2,

b) ifall de inte är offentliga myndigheter eller offentliga företag, dock bedriver någon av de verksamheter som nämns i punkt 2 eller någon kombination av dessa, och vars verksamhet bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, beviljad av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna.

2. Detta direktiv gäller följande former av verksamhet:

...

c) Drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg, automatiska system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana.

Beträffande transporttjänster skall ett nät anses föreligga, när verksamheten styrs av villkor fastställda av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna. Till villkoren räknas bl. a. den trafikerade rutten, befintlig kapacitet eller antalet turer. ..."

3 — EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177.

B — *Direktivens införlivande med den nationella rätten*

4. Enligt artikel 65 i samt bilaga XVI till Avtalet om det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet som undertecknades i Porto den 2 maj 1992, skulle Österrike senast den 1 januari 1994 [4] införliva med sin nationella rätt ett antal gemenskapsrättsakter inom området för offentlig upphandling, däribland rådets direktiv 90/531 [5] och 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 [6] (nedan kallat direktiv 89/665). Dessa direktiv har införlivats på förbundsnivå genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen eller Bundesvergabegesetz (federal lag om offentlig upphandling, nedan kallad BVergG), [7] som trädde i kraft den 1 januari 1994. I fjärde avdelningen, om rättsskydd (Rechtsschutz), föreskrivs ett prövningsförfarande vid Bundesvergabeamt (den federala upphandlingsmyndigheten). Det föreskrivs i 92 § tredje stycket att en talan mot ett offentligt upphandlingskontrakt skall väckas vid Bundesvergabeamt av en anbudsgivare, vars anbud inte antagits, inom två veckor från det att han underrättades om tilldelningen av det ifrågavarande kontraktet. Den andra satsen i 7 § andra stycket i BVergG utesluter uttryckligen att bestämmelserna i den fjärde avdelningen i lagen tillämpas på vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

5. I enlighet med artikel 168 i akten av den 24 juni 1994 om anslutningsvillkoren för Konungariket Norge, Republiken Österrike, Republiken Finland och Konungariket Sverige till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen [8], skulle direktiv 93/38 och direktiv 92/13 ha införlivats med österrikisk rätt vid anslutningsdatumet, det vill säga den 1 januari 1995. [9] Direktiv 92/13 har införlivats på förbundsnivå genom en lag av den 30 december 1996 om ändring av BVergG, [10] som utvidgade Bundesvergabeamts behörighet till att gälla offentliga upphandlingskontrakt för ifrågavarande offentliga tjänster, och som trädde i kraft den 1 januari 1997 utan att ändra på de regler som var tillämpliga på förfaranden som redan påbörjats vid Bundesvergabeamt.

C — *Faktiska omständigheter och förfarandet*

6. Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (nedan kallad Növog) är en enhet som regleras av civilrättsliga bestäm-

4 — Den dag då Avtalet om det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet trädde i kraft. Det var ett år senare än det datum som ursprungligen föreskrevs i artikel 129.3 i sagda avtal.

5 — Se ovan fotnot 2.

6 — EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48.

7 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* nr 462/1993.

8 — EGT C 241, s. 21.

9 — Enligt artiklarna 1 och 3 samt bilaga 14 B, punkterna 4 och 5 a i EES-kommitténs beslut nr 7/94 av den 21 mars 1994 om ändring av protokoll 47 och vissa bilagor till EES-avtalet (EGT L 160, s. 1) var Österrike redan skyldigt att från och med den 1 juli 1994 med sin nationella lagstiftning införliva direktiv 93/38, som ersatte direktiv 90/531. Förevarande fall gäller emellertid inte tiden mellan den 1 juli 1994 och den 1 januari 1995.

10 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* nr 776/1996.

melser. Den bedriver busstrafik med stöd av en koncession den beviljats av Amt der Niederösterreichischen Landesregeriung (Byrån för förbundsstatsregeringen i Niederösterreich). Den kommer enligt Bundesvergabeamt i åtnjutande av särskilda rättigheter och hör följaktligen till tillämpningsområdet för direktiv 93/38. [11] Eftersom Növog driver ett nät för tillhandahållande av allmänna busstransporttjänster, utgör den enligt Bundervergabeamt en upphandlande enhet [12].

7. Genom en skrivelse av den 26 april 1996 till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, inledde Növog ett öppet anbudsförfarande om leverans av 36 — 40 bussar avsedda för reguljär, regional expressbusstrafik i delstaten Niederösterreich. Anbuden öppnades den 27 juni 1995. De anbudsgivare vars anbud inte antagits underrättades därom per rekommenderat brev, som man kunde konstatera hade skickats den 16 november 1995. EvoBus Austria GmbH (nedan kallad Evobus) väckte den 19 juli 1996 en talan om prövning av det öppna anbudsförfarandet i fråga. EvoBus klagomål avsåg det förhållandet att det vinnande anbudet hade ändrats i efterhand, på så sätt att återköpspriset för bussarna i fråga hade höjts från 34 till 55 procent.

8. Bundesvergabeamt har ställt följande frågor till domstolen för att erhålla ett förhandsavgörande enligt artikel 177 i EG-fördraget:

"1) Kan en individuell rätt till genomförande av ett prövningsförfarande vid sådana myndigheter, domstolar eller prövningsorgan som svarar mot bestämmelserna i artikel 2.9 i direktiv 92/13/EEG, som är så bestämd och konkret att en enskild person kan åberopa denna föreskrift för det fall att medlemsstaten inte skulle ha genomfört direktiv 92/13/EEG, grundas på bestämmelserna i artikel 1.1—1.3 samt artikel 2.1 och 2.7—2.9 eller andra bestämmelser i samma direktiv?

För det fall den första frågan besvaras jakande:

2) Skall en nationell domstol med Bundesvergabeamts kännetecken, då den företar en prövning, bortse från föreskrifter i nationell rätt såsom 7 § andra stycket BVergG jämförd med 67 § första stycket BVergG enligt vilka denna myndighet inte får företa ett prövningsförfarande ens när detta prövningsförfarande enligt lagstiftarens vilja uteslutande är avsett att användas för att genomföra direktiv 89/665/EEG?

11 — Se artikel 2.1 b i direktiv 93/38.
12 — Se artikel 2.2 c i direktiv 93/38.

För det fall den första frågan besvaras jakande:

3) Skall den domstol som handlägger målet under dessa omständigheter bortse från denna eller liknande processrättsliga föreskrifter i nationell rätt om dessa stör eller hindrar ett ändamålsenligt genomförande av prövningsförfarandet?"

9. Skriftliga och muntliga yttranden har avgivits av Republiken Österrike och Europeiska gemenskapernas kommission. Ett muntligt yttrande har även avgivits av Növog.

III —Bedömning

A — *Bundesvergabeamt är en domstol*

10. Av de skäl jag anfört i mitt förslag till avgörande i målet Tögel [13], och som grundar sig på generaladvokaten Légers förslag till avgörande och domstolens dom i målet Mannesmann Anlagenbau Austria m. fl. [14], konstaterar jag för det första att enligt min mening är Bundesvergabeamt "en domstol i en medlemsstat" i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

B — *Den första och den andra frågan*

11. Det är ostridigt att direktiv 92/13 skulle ha varit, men inte var, genomfört i Österrike vid det datum kontraktet tilldelades och vid det datum EvoBus hade för avsikt att inleda ett prövningsförfarande enligt detta direktiv, det vill säga den 19 juli 1996. Genom den första och den andra frågan önskar den nationella domstolen få klarhet i huruvida en enskild person, i fråga om offentlig upphandling inom transportsektorn, har en på direkt effekt grundad rätt att vid Bundesvergabeamt begära sådan prövning som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 92/13, och som liknar det prövningsförfarande som i nationell rätt föreskrivs i den fjärde avdelningen av BVergG. I målet Tögel [15] hänsköt Bundesvergabeamt till domstolen en nästan identisk fråga som gällde artikel 1.1 i direktiv 89/665 (motsvarigheten till artikel 1.1 i direktiv 92/13) i den mån detta direktiv genom artikel 41 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster [16] (nedan kallad direktivet om tjänster) utvidgats till att gälla även offentlig upphandling av tjänster. Dessa två mål skiljer sig från

13 — Mål C-76/97, förslag till avgörande som föredragits samma dag som detta förslag.

14 — Dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96 (REG 1998, s. I-73), förslag till avgörande av den 16 september 1997, punkt 34— 45.

15 — Se ovan.

16 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

varandra såtillvida att BvergG inte behandlar Bundesvergabeamts behörighet i fråga om tjänster, medan den fjärde avdelningen av sagda lag uttryckligen inte är tillämplig på offentlig upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. Av de skäl som anförs nedan, är det följaktligen nödvändigt att i förevarande fall mera utförligt behandla den andra frågan som gäller de skyldigheter och begränsningar gemenskapsrätten föreskriver vid tolkningen av nationell lagstiftning som omfattas av tillämpningsområdet av ett direktiv som inte införlivats med nationell rätt.

12. I domen i målet Dorsch Consult [17], i vilket de faktiska omständigheterna i huvudsak kan jämföras med de i målet Tögel, hade det tyska Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (övervakningsråd på förbundsnivå för offentlig upphandling) ställt en fråga till domstolen för att få klarhet i huruvida medlemsstaternas prövningsorgan, som är behöriga i fråga om offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, också, enligt artikel 41 i direktivet om tjänster, är behöriga att pröva frågor om upphandlingsförfaranden för tjänster. Domstolen ansåg att man inte kunde dra en dylik slutsats av artikel 41. [18] Domstolen konstaterade att det är i medlemsstaternas rättsordningar som den domstol skall anges som är behörig att avgöra tvister som gäller enskildas rättigheter som följer av gemenskapsrätten. Medlemsstaterna skall tillförsäkra ett effektivt skydd av dessa rättigheter. Med undantag av detta är det inte domstolen som skall ingripa i lösningen av behörighetsproblem på den nationella nivån. [19] Även om artikel 41 i direktivet om tjänster förpliktar medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att tillförsäkra effektiv prövning i fråga om offentlig upphandling av tjänster, "anges där inte vare sig vilka nationella instanser som skall vara behöriga eller att det skall vara fråga om samma instanser som medlemsstaterna har utpekat i fråga om offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten". [20] Denna slutsats utesluter att artikel 41 ger upphov till en på direkt effekt grundad rätt att väcka talan vid Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes, eftersom en av de väsentliga förutsättningarna inte var uppfylld, nämligen en identifierbar person eller myndighet som skulle vara skyldig att verkställa ifrågavarande prövningsförfarande. [21]

13. I domen i målet Dorsch Consult hänvisade domstolen till den skyldighet som åvilar "samtliga myndigheter i medlemsstaterna, inklusive domstolarna *inom ramen för deras behörighet*", att vidta alla lämpliga åtgärder för att uppnå det resultat som föreskrivs i ett direktiv, vilket i sin tur ger upphov till den rättsliga skyldigheten att "i den utsträckning

17 — Dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96 (REG 1997, s. I-4961).

18 — Punkt 46.

19 — Punkt 40. Domstolen har citerat domen av den 18 januari 1996 i mål C-446/93, SEIM (REG 1996, s. I-73), punkt 32. Se även dom av den 19 december 1968 i mål 13/68, Salgoil (REG 1968, s. 661 och särskilt s. 676; svensk specialutgåva, volym 1) och av den 9 juli 1985 i mål 179/84, Bozzetti (REG 1985, s. 2301), punkt 17.

20 — Punkt 41.

21 — Se dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m. fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11), punkterna 12 och 23— 27; se också punkt 48 i generaladvokat Tesauros förslag till avgörande av den 15 maj 1997 inför domen i målet Dorsch Consult.

det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås". [22] Denna skyldighet innebär att den nationella domstolen skall "kontrollera om de relevanta bestämmelserna i *nationell rätt* gör det möjligt att tillerkänna de enskilda rätt att väcka talan i fråga om offentlig upphandling av tjänster ... [och] särskilt kontrollera om denna rätt att väcka talan kan utövas vid samma instanser som de som föreskrivs i fråga om offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten". [23]

14. Jag hänvisar till det förslag till avgörande jag också föredrar i dag i målet Tögel [24], i vilket jag behandlar vissa ytterligare argument beträffande möjligheten att artikel 41 i direktivet om tjänster har direkt effekt samt effektiviteten av rättsskyddet, och föreslår att domstolen skall besvara de två första frågor som Bundesvergabeamt tillställt domstolen i detta fall enligt samma ordalag som domslutet i målet Dorsch Consult.

15. Samma resonemang gäller i princip för artikel 1.1 i direktiv 92/13, även om dess tillämpning av en nationell domstol kan försvåras av den omständigheten att artikel 2.1 i fråga om tillgängligheten av rättsmedel innehåller alternativa lösningar som inte förekommer i artikel 2.1 i direktiv 89/665. Förslaget till avgörande i fallet Tögel måste emellertid anpassas mot bakgrund av den problematik Bundesvergabeamt särskilt tagit upp i den andra frågan, det vill säga huruvida det i *gemenskapsrätten* är möjligt att inte beakta bestämmelser i nationell lagstiftning, såsom 7 § andra stycket i BVergG, som uttryckligen utesluter Bundesvergabeamt från att genomföra prövningsförfaranden i fråga om offentlig upphandling inom de sektorer som regleras av direktiv 92/13. [25]

16. Tolkningsskyldigheten som ankommer på de nationella domstolarna och till vilken domstolen hänvisar i målet Dorsch Consult, fastställdes för första gången av domstolen i målet Von Colson och Kamann [26], i vilket domstolen också konstaterade att det endast ankommer på den nationella domstolen att avgöra en tolkningsfråga som gäller dess nationella rätt [27] och att sagda domstol bör efterkomma skyldigheten att tolka den nationella rätten i enlighet med bestämmelserna i gemenskapsrätten, "med fullt utnyttjande av den bedömningsfrihet som den har enligt nationell rätt". [28]

22 — Punkt 43 i domen, min kursivering. Domstolen nämnde dom av den 19 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135, svensk specialutgåva, volym 10), punkt 8, av den 16 december 1993 i mål C-334/92, Wagner Miret (REG 1993, s. I-6911, svensk specialutgåva, volym 14), punkt 20, och av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325, svensk specialutgåva, volym 16), punkt 26.

23 — Punkt 46, min kursivering.

24 — Se ovan.

25 — Denna situation kan jämföras med situationen i det ovannämnda målet Dorsch Consult, punkterna 18 och 42 i domen, i vilket relevanta tyska förordning endast hänvisade till den federala tillsynskommitténs behörighet beträffande kontrakt om bygg- och anläggningstjänster respektive varor och domstolen konstaterade att det är ostridigt att den federala regeringen hade för avsikt att utvidga sin behörighet till att gälla offentlig upphandling av tjänster.

26 — Dom av den 10 april 1984 i mål 14/83 (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7), punkt 26, nedan kallat målet Von Colson.

27 — Ibidem, punkt 25 i domen.

28 — Ibidem, punkt 28 i domen.

17. I domen i målet Kolpinghuis Nijmegen [29] gjorde domstolen en betydelsefull precisering av de nationella domstolarnas tolkningsskyldighet, som för första gången definierats i domen i målet Von Colson, och fortsatte med att ange följande:

"Denna skyldighet för den nationella domstolen att vid tolkningen av de relevanta reglerna i nationell rätt beakta direktivets innehåll begränsas emellertid av de allmänna rättsprinciper som utgör en del av gemenskapsrätten och särskilt av principerna om rättsäkerhet och icke-retroaktivitet". [30]

Domstolen förklarade att regeln den utarbetat avsåg "vilka begränsningar gemenskapsrätten skulle kunna innebära för den nationella domstolens skyldighet *eller möjlighet* att tolka de nationella rättsreglerna mot bakgrund av direktivet". [31] Även om målet gällde det straffrättsliga ansvaret för personer som handlat i strid med bestämmelserna i ett direktiv, är dessa principer också tillämpliga i situationer där gemenskapsrätten endast har civilrättsliga konsekvenser.

18. Begränsningarna av en nationell domstols tolkningsskyldighet, med hänsyn till det utrymme för skönsmässig bedömning den nationella rätten ger och gemenskapsrättens allmänna principer, sammanfattas enligt min mening genom den väsentliga inskränkning denna skyldighet ges i domen i målet Marleasing och i senare mål, det vill säga en skyldighet att "*i den utsträckning det är möjligt* tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte". [32] Domstolen har samtidigt i domarna i målet Wagner Miret [33] och Faccini Dori [34] ansett att de nationella domstolarna i vissa fall inte kan tolka de nationella bestämmelserna på ett sätt som är förenligt med ett direktiv, och att det i dylika fall följer av domen i målet Francovich m. fl. [35] att berörd stat kan vara skyldig att ersätta skada som uppkommit på grund av att direktivet inte genomförts.

19. De begränsningar av de nationella domstolarnas tolkningsskyldighet som domstolen gjorde i domarna i målen Von Colson och Kolpinghuis Nijmegen är inte av samma karaktär. Domen i målet Von Colson hänvisar till utrymmet för skönsmässig bedömning som den nationella rätten lämnat en nationell domstol i fråga om tolkningen. I domen i målet Kolpinghuis Nijmegen ansåg domstolen däremot att den nationella domstolens skyldighet och behörighet begränsas till följd av själva gemenskapsrätten, oberoende av det utrymme för skönsmässig bedömning som följer av de tolkningsregler som gäller på det nationella planet. I generaladvokat Van Gervens förslag till avgörande i målet Marleasing, fäste han uppmärksamhet

29 — Dom av den 8 oktober 1987 i mål 80/86 (REG 1987, s. 3969; svensk specialutgåva, volym 9), punkt 12.

30 — Ibidem punkt 13 i domen.

31 — Ibidem, punkt 15 i domen, min kursivering.

32 — Domen i det ovannämnda målet Marleasing, punkt 8, min kursivering; se även domen i det ovannämnda målet Wagner Miret, punkt 20 och domen i det ovannämnda målet Faccini Dori, punkt 26.

33 — Se ovan, punkt 22.

34 — Se ovan, punkt 27.

35 — Se ovan.

vid den omständigheten att tolkningsskyldigheten "begränsades av själva gemenskapsrätten". [36] Denna begränsning kan förklaras av den omständigheten att de nationella myndigheterna, de nationella domstolarna medräknade, är underkastade gemenskapsrättens allmänna principer då de genomför denna rätt eller tolkar bestämmelser i den nationella rätten som genomför denna rätt. [37]

20. Republiken Österrikes ombud föreslog under den muntliga förhandlingen att principen om attribuerad kompetens i österrikisk rätt har till följd att det inte är troligt att BVergG kan tolkas på ett sätt som utsträcker Bundesvergabeamts behörighet till ett slag av upphandlingsförfaranden som inte uttryckligen föreskrivits i de relevanta bestämmelserna, och att detta argument var *a fortiori* tillämpligt på de sektorer som uttryckligen uteslutits. [38] Det är följaktligen endast för att ge ett så fullständigt svar som möjligt på den andra frågan ur gemenskapsrättslig synvinkel som jag framför min åsikt, att det, helt oavsett omfattningen av den tolkningsfrihet den nationella rätten ger, vore i strid med den gemenskapsrättsliga rättsäkerhetsprincipen om ett direktiv skulle anses genomfört i den nationella lagstiftningen genom lagbestämmelser som enligt sin ordalydelse, såsom fallet är i 7 § andra stycket BVergG, uttryckligen utesluter tillämpningen av relevanta lagbestämmelser inom det område detta direktiv reglerar. En dylik tolkning skulle leda till att de enskilda lämnas i osäkerhet vad gäller deras rättigheter. Samtidigt som denna osäkerhet skulle strida mot gemenskapsrättens allmänna principer, skulle den innebära en risk för att direktivets syfte inte uppnås. En dylik tolkning kan följaktligen inte, i enlighet med domen i målet Francovich m. fl. [39], beröva de enskilda en rätt till ersättning för den skada de lidit på grund av att berörda direktiv inte genomförts.

21. Som avslutning på den bedömning jag gjort i denna del, föreslår jag att domstolen besvarar Bundesvergabeamts första och andra fråga genom att återge de två första meningarna i domslutet i målet Dorsch Consult, ändrade på så sätt att de hänvisar till artikel 1.1 i direktiv 92/13 och kompletterade enligt följande:

Det vore emellertid i strid med rättssäkerhetsprincipen om artikel 1.1 i direktiv 92/13/EEG skulle anses införlivad genom en nationell lagstiftning genom vilken det införs organ som skall utföra en prövning i förfaranden om offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningstjänster och enligt sin ordalydelse uttryckligen utesluter till-

36 — Punkt 8 i förslaget till avgörande. Van Gerven upprepade den formulering som använts i punkt 13 i domen i målet Kolpinghuis Nijmegen, men tillade att ett direktiv som inte införlivats kan med hänsyn till rättssäkerhetsprincipen inte medföra att civilrättsliga påföljder införs, som till exempel ogiltighet.

37 — Dom av den 13 juli 1989 i mål 5/88, Wachauf (REG 1989, s. 2609), punkterna 17, 19 och 22.

38 — Se även Verfassungsgerichthofs (den österrikiska författningsdomstolens) beslut av den 11 december 1995, B 3067/95-9, som jag behandlar i punkt 27 i mitt förslag till avgörande inför domen i målet Tögel.

39 — Se ovan.

lämpning av de relevanta rättsliga bestämmelserna från direktivets tillämpningsområde.

C —*Den tredje frågan*

22. Den tredje frågan avser i huvudsak tillämpligheten av den frist som 92 § tredje stycket i BVergG föreskriver för väckande av talan vid Bundesvergabeamt. Enligt Bundesvergabeamt är detta villkor beroende av huruvida den första frågan besvaras jakande. Med beaktande av min rekommendation till domstolen enligt vilken gemenskapsrätten i förevarande fall inte tillerkänner Bundesvergabeamt behörighet, är den frist som fastställts för väckande av talan vid detta organ inte relevant. Det är följaktligen inte nödvändigt att föreslå ett formellt svar på den tredje frågan. För att vara uttömmande skall jag emellertid i korthet behandla den möjlighet domstolens rättspraxis ger att i undantagsfall inte tillämpa nationella frister för väckande av talan när det gäller rättigheter som följer av ett direktiv som inte införlivats.

23. Denna möjlighet behandlades för första gången i målet Emmott [40]. I detta mål konstaterade [41] domstolen att fastställandet av skäliga prövningsfrister, som om de inte iakttas utgör hinder för att väcka talan, i princip uppfyller villkoren för hur nationella processrättsliga regler skall tillämpas i enlighet med domarna i målen Rewe [42] och San Giorgio [43], det vill säga att de inte får vara mindre förmånliga än de som avser liknande ersättningsanspråk av intern karaktär och inte heller utformas så, att det blir praktiskt taget omöjligt att utöva de rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning. Domstolen har dock samtidigt i domen i målet Emmott ansett "innan direktivet har blivit korrekt genomfört kan den medlemsstat som underlåter detta inte gentemot en enskild, som mot staten i fråga väckt talan i syfte att tillvarata de rättigheter som bestämmelser i direktivet tillerkänner denne, åberopa att dennes talan väckts för sent. Vidare följer härav att en frist för väckande av talan enligt nationell rätt kan börja löpa först från den tidpunkten". [44]

24. Domstolen har emellertid i ett antal senare mål, senast i domen i målet Fantask m. fl. [45], fastslagit att "domen i målet Emmott var berättigad med hänsyn till omständigheter som var utmärkande för det målet, enligt vilka preklusionen medförde att sökanden vid den nationella domstolen helt berövades möjligheten att göra gällande sin rätt till likabehandling enligt ett gemenskapsdirektiv".

40 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-208/90 (REG 1991, s. I-4269; svensk specialutgåva, volym 11).

41 — Ibidem, punkt 17 i domen.

42 — Dom av den 16 december 1976 i mål 33/76 (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3), punkt 5.

43 — Dom av den 9 november 1983 i mål 199/82 (REG 1983, s. 3595; svensk specialutgåva, volym 7), punkt 12.

44 — Se ovan, punkt 23 i domen.

45 — Dom av den 2 december 1997 i mål C-188/95 (REG 1997, s. I-6783), punkt 51. Se även dom av den 27 oktober 1993 i mål C-338/91, Steenhorst-Neerings (REG 1993, s. I-5475), punkt 20, av den 6 december 1994 i mål C-410/92, Johnson (REG 1994, s. I-5483), punkt 26, samt domarna av den 17 juli 1997 i mål C-90/94, Haahr Petroleum (REG 1997, s. I-4085), punkt 52, och i de förenade målen C-114/95 och C-115/95 (REG 1997, s. I-4263), punkt 48.

25. Vad gäller förevarande fall, kan man notera att reglerna om offentlig upphandling för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, såsom dessa angivits i direktiv 93/38, tycks ha införlivats av BVergG vid det föreskrivna datumet. Den österrikiska regeringens ombud konstaterade vid den muntliga förhandlingen att de allmänna civildomstolarna är behöriga att pröva tvister om påstådda överträdelser av BVergG i de fall då Bundesvergabeamt inte uttryckligen tilldelats behörighet. Om detta är fallet, och om dessa domstolar kan erbjuda ett tillfredsställande antal möjliga rättsmedel, kan det oavsett vad som anges i det andra övervägandet i ingressen till direktiv 92/13, nämligen att "[n]uvarande ordning är inte alltid tillräcklig ... på nationell nivå", inte sägas att EvoBus berövats samtliga möjligheter att åberopa de rättigheter den har enligt direktiv 93/38. Situationen skulle naturligtvis vara annorlunda om ingen nationell domstol före införlivandet av direktiv 92/13 skulle ha varit behörig att säkerställa tillämpningen av bestämmelserna i direktiv 93/38, antingen såsom det införlivats genom BVergG eller i enlighet med principen om direktivs direkta effekt, eller om en nationell domstol, trots sin gemenskapsrättsliga skyldighet härtill, inte kan erbjuda tillräckliga rättsmedel för att säkerställa skyddet av de rättigheter de enskilda har enligt direktiv 93/38. I dylika fall skulle den lämpligaste lösningen kunna bestå i att inleda en talan om skadestånd mot staten i enlighet med domstolens dom i målet Francovich m. fl. [46]

26. På grund av omständigheterna i förevarande fall är det inte nödvändigt att behandla det särskilda problem som gäller huruvida fristen som 92 § tredje stycket i BVergG föreskriver är skälig.

IV —Förslag till avgörande

27. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar de frågor den tillställts av Bundesvergabeamt enligt följande:

Det följer inte av artikel 1.1 i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport-

46 — Se ovan. Se punkt 48 i generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande av den 15 maj 1997 i målet Dorsch Consult.

och telekommunikationssektorerna, när detta direktiv inte har införlivats inom den föreskrivna fristen, att medlemsstaternas prövningsorgan, som är behöriga beträffande förfaranden om offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningstjänster, också är behöriga att göra en överprövning i förfaranden om offentlig upphandling på dessa områden. Kravet på en med direktiv 92/13/EEG konform tolkning av nationell lagstiftning och kravet på att individernas rättigheter måste ges ett effektivt skydd medför emellertid en skyldighet för den nationella domstolen att kontrollera huruvida relevanta bestämmelser i den nationella lagstiftningen ger möjlighet att tillerkänna individen en rätt att begära överprövning av beslut om offentlig upphandling på de relevanta områdena. Det vore emellertid i strid med rättssäkerhetsprincipen om artikel 1.1 i direktiv 92/13/EEG skulle anses införlivad genom en nationell lagstiftning genom vilken det införs organ som skall utföra en prövning i förfaranden om offentlig upphandling av bygg- och anläggningstjänster respektive varor och som enligt sin ordalydelse uttryckligen utesluter tillämpning av de relevanta rättsliga bestämmelserna från direktivets tillämpningsområde.