DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 11 oktober 2007 *

I mål C-241/06,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Tyskland) genom beslut av den 18 maj 2006, som inkom till domstolen den 30 maj 2006, i målet

Lämmerzahl GmbH

mot

Freie Hansestadt Bremen,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas samt domarna J.N. Cunha Rodrigues (referent), J. Klučka, P. Lindh och A. Arabadjiev,

* Rättegångsspråk: tyska.

generaladvokat: E. Sharpston,
justitiesekreterare: handläggaren J. Swedenborg,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 28 mars 2007,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Lämmerzahl GmbH, genom A. Kus, Rechtsanwalt,

— Freie Hansestadt Bremen, genom W. Dierks och J. van Dyk, Rechtsanwälte,

— Republiken Litauen, genom D. Kriaučiūnas, i egenskap av ombud,

— Republiken Österrike, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom X. Lewis och B. Schima, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 7 juni 2007 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen 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 Begäran har framställts i ett mål mellan bolaget Lämmerzahl GmbH (nedan kallat Lämmerzahl) och Freie Hansestadt Bremen (nedan kallad Bremen) angående förfarande vid offentlig upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

3 I artikel 1 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."

4 Artikel 5.1 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 (EGT L 285, s. 1) (nedan kallat direktiv 93/36) har följande lydelse:

"1. a) Avdelningarna II, III och IV samt artiklarna 6 och 7 skall gälla offentliga varukontrakt som tilldelas av:

i) de i artikel 1 b angivna upphandlande myndigheterna, ... om det uppskattade värdet, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 200 000 särskilda dragningsrätter (SDR) i [euro],

...

b) Det här direktivet gäller offentlig upphandling av varor vilkas uppskattade värde är lika med eller högre än det tröskelvärde som gäller vid tidpunkten för offentliggörande av meddelandet enligt artikel 9.2.

..."

5 Artikel 9.4 första meningen i direktiv 93/36, som ingår i avdelning III i direktivet, har följande lydelse:

"Meddelandena skall utformas enligt förlagorna i bilaga 4 och skall innehålla de uppgifter som förtecknats i dessa förlagor."

6 Den förlaga som anges i bilaga 4 till direktiv 93/36 innehåller följande uppgifter:

"II.2) Kvantitet eller omfattning av kontraktet

II.2.1) Total kvantitet eller omfattning (inklusive alla delar och optioner, i förekommande fall)

...

II.2.2) Optioner (i förekommande fall). Beskriv och ange, om möjligt, när dessa kan komma att användas

...

II.3) Tidsgränser för leverans eller utförande

Antingen: Period i månader ... och/eller dagar ... från beslutstidpunkten *(tilldelning av kontraktet)*

Eller: Startdatum ... och/eller slutdatum ... (dd/mn/åååå)."

7 I artikel 10.1 och 10.1 a i direktiv 93/36 föreskrivs följande:

"1. Vid öppet upphandlingsförfarande skall fristen för mottagande av anbud bestämmas av de upphandlande myndigheterna till minst 52 dagar från det meddelandet avsänts.

1 a. Tidsfristen för mottagande av anbud enligt punkt 1 får ersättas av en tidsfrist som är tillräckligt lång för att de berörda parterna skall ha möjlighet att avge giltiga anbud, och som i allmänhet inte skall understiga 36 dagar, men som aldrig skall vara kortare än 22 dagar räknat från dagen för avsändande av meddelandet om upphandling, om de upphandlande myndigheterna har avsänt det förhandsmedde-

lande som avses i artikel 9.1, utformat enligt förlagan i bilaga IV A (förhandsinformation) till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* åtminstone 52 dagar och högst tolv månader före insändandet till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av det meddelande om upphandling som avses i artikel 9.2, och om förhandsmeddelandet dessutom innehåller åtminstone den information som föreskrivs i förlagan i bilaga IV B (öppet förfarande), förutsatt att denna information fanns tillgänglig vid tidpunkten för meddelandets offentliggörande."

Den nationella rätten

8 I 100 § första stycket i lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) (nedan kallad GWB) föreskrivs följande:

"Denna del [av GWB] avser endast upphandlingar som uppgår till eller överskrider de värden som anges i bestämmelserna i 127 § (tröskelvärden)."

9 I 107 § tredje stycket GWB föreskrivs följande:

"Ansökan skall avvisas om sökanden redan hade kännedom om den påstådda överträdelsen av upphandlingsbestämmelserna under upphandlingsförfarandet och inte omedelbart gav in ett klagomål till den upphandlande myndigheten. Ansökan skall även avvisas om inget klagomål avseende sådana överträdelser av upphandlingsbestämmelserna som är identifierbara på grundval av meddelandet om upphandling har inkommit till den upphandlande myndigheten senast vid utgången av den tidsfrist som angetts i meddelandet om upphandling för att inkomma med ett anbud eller för att ansöka om att delta i upphandlingsförfarandet."

10 I 127 § punkt 1 GWB föreskrivs följande:

"Förbundsregeringen kan, efter godkännande av Bundesrat, genom förordning anta bestämmelser ... genom vilka tröskelvärdena i Europeiska gemenskapens direktiv för samordning av lagar och andra författningar för förfaranden vid offentlig upphandling införlivas med tysk rätt."

11 I 2 § punkt 3 i förordningen om offentlig upphandling (Vergabeverordnung) i dess lydelse vid tiden för den i den nationella domstolen aktuella upphandlingen, föreskrivs följande:

"Tröskelvärdet är

...

200 000 euro för alla övriga offentliga upphandlingar av varor eller tjänster."

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12 Bremen genomförde i mars 2005 en nationell anbudsinfordran för standardmjukvara till PC-stödd ADB av ärenden inom områdena socialtjänst för vuxna och ekonomiskt stöd.

13 Den frist för att inkomma med anbud som angavs i meddelandet om upphandling löpte ut klockan 15 den 12 april 2005.

14 Meddelandet om upphandlingen avseende denna anbudsinfordran innehöll ingen uppgift om det uppskattade värdet av kontraktet och inte heller någon uppgift om dess kvantitet eller omfattning.

15 I meddelandet om upphandling angavs att kravspecifikationen för den i målet vid den nationella domstolen aktuella upphandlingen kunde laddas ned från Bremens hemsida, till vilken adressen angavs. I kravspecifikationen angavs, under rubriken kvantitet, följande:

"Det finns cirka 200 decentraliserade medarbetare inom området ekonomiskt stöd och 45 medarbetare inom socialtjänst för vuxna, fördelade på 6 socialkontor, och cirka 65 medarbetare inom central förvaltning."

16 Det formulär genom vilket Bremen inbjöd anbudsgivarna att inkomma med sina prisuppgifter innehöll däremot ingen uppgift om det totala antalet licenser som skulle upphandlas. Det enda kravet som angavs var att priset för varje licens skulle anges.

17 Med anledning av en första förfrågan från Lämmerzahl lämnade Bremen, genom skrivelse av den 24 mars 2005, vissa upplysningar till bolaget, emellertid utan att precisera antalet licenser som skulle upphandlas.

18 Genom en ny förfrågan bad Lämmerzahl Bremen att ange huruvida den upphandlande myndigheten avsåg att upphandla totalt 310 licenser. Denna summa hade erhållits från kravspecifikationen genom att addera de sifferuppgifter som angetts där, det vill säga 200, 45 och 65. Lämmerzahl frågade även huruvida bolaget skulle upprätta ett samlat anbud där samtliga offererade licenser beaktats. Bremen svarade genom skrivelse till Lämmerzahl av den 6 april 2005 att det totala priset, det vill säga det totala priset för licenserna (licenskostnader), underhålls- och servicekostnader (utbildning) skulle anges.

19 Den 8 april 2005 inkom Lämmerzahl med ett anbud på 691 940 euro brutto, det vill säga 603 500 euro netto.

20 Genom skrivelse av den 6 juli 2005 informerade Bremen Lämmerzahl om att Lämmerzahls anbud inte kunde antas, med motiveringen att utvärderingen av inkomna anbud visade att anbudet inte var det ekonomiskt mest fördelaktiga.

21 Den 14 juli 2005 skickade Lämmerzahl en skrivelse till den upphandlande myndigheten i vilken bolaget gjorde gällande dels att ingen anbudsinfordran på europeisk nivå hade gjorts, dels att den av bolaget offererade programvaran inte hade testats i vederbörlig ordning.

22 Den 21 juli 2005 väckte Lämmerzahl talan vid Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen (nämnden för tillsyn av offentlig upphandling, nedan kallad Vergabekammer), och gjorde gällande att europeisk anbudsinfordran borde ha gjorts eftersom tröskelvärdet på 200 000 euro hade överskridits. Lämmerzahl hävdade att det inte insett detta förhållande förrän de konsulterat en juridisk rådgivare den 14 juli 2005 och att dess ansökan därför skall anses ha inkommit inom den föreskrivna fristen. I sak åberopade Lämmerzahl att den upphandlande myndigheten inte genomfört tester i vederbörlig ordning.

23 Genom beslut av den 2 augusti 2005 avvisade Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen talan. Vergabekammer ansåg att även om tröskelvärdet hade överskridits kunde talan enligt 107 § tredje stycket andra meningen GWB ändå inte tas upp till prövning, eftersom Lämmerzahl på grundval av meddelandet om upphandling hade kunnat inse att den överträdelse som gjorts gällande hade ägt rum. Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen slog även fast att eftersom preklusion inträtt kunde Lämmerzahl inte heller inleda ett rättsligt förfarande vid de domstolar som är behöriga att pröva mål om offentlig upphandling.

24 Lämmerzahl överklagade detta beslut vid Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (appellationsdomstol). Lämmerzahl gjorde, till stöd för sitt överklagande och i motsats till vad Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen funnit, gällande att det på grundval av meddelandet om upphandling inte hade varit möjligt att inse att det valda förfarandet inte var förenligt med upphandlingsrätten. Bremen genmälde att Lämmerzahl, i beaktande av dess erfarenhet, borde ha kunnat inse att tröskelvärdet hade överskridits. Lämmerzahl vidhöll även sina påståenden vad gäller de otillräckliga testerna och gjorde gällande att det antagna anbudet innehöll en otillåten blandkalkyl, vilket borde ha föranlett att anbudet diskvalificerades. Bremen bestred dessa båda påståenden.

25 Lämmerzahl begärde att överklagandets inhibitoriska verkan skulle förlängas till dess överklagandet blivit prövat i sak. Denna begäran avslogs av Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen genom beslut av den 7 november 2005 i vilket Oberlandesgericht kom till samma slutsats som Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen, nämligen att Lämmerzahls talan med hänsyn till preklusionsbestämmelsen i 107 § tredje stycket andra meningen GWB skulle behandlas som om värdet av det aktuella upphandlingskontraktet inte nådde upp till tröskelvärdet, om 200 000 euro, vilket medförde att Lämmerzahl inte kunde väcka talan.

26 Bremen tilldelade företaget Prosoz Herten GmbH kontraktet, med vilket företag avtal slöts den 6 och den 9 mars 2006.

27 I sitt beslut om hänskjutande har Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen inte preciserat värdet av kontraktet som slöts mellan Bremen och Prosoz Herten GmbH, utan angett att "alla anbud avseende den första varianten av upphandlingen låg över 200 000 euro (mellan 232 452,80 och 887 300 euro och/eller 3 218 000 euro) och vid den andra varianten låg bara ett av fyra anbud under tröskelvärdet med 134 050 euro (utan beräkning av några licenskostnader), medan de övriga anbuden rörde sig mellan 210 252,80 och 907 300 och/eller 2 774 800 euro..."

28 Lämmerzahl hävdade vid Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen att den ståndpunkt som antagits av denna domstol i beslutet av den 7 november 2005 försvårar rätten till prövning på ett oproportionerligt sätt och i strid med direktiv 89/665.

29 Nämnda domstol har i sitt beslut om hänskjutande preciserat att den speciella problematiken ligger i att, vad gäller överträdelser av bestämmelserna om offentlig upphandling som har ett direkt samband med värdet av kontraktet och därmed även med tröskelvärdet, en preklusion enligt 107 § tredje stycket andra meningen GWB, enligt den av Hanseatisches Obwerlandesgericht in Bremen i beslut av den 7 november 2005 tillämpade och utvidgade rättspraxisen från Kammergericht, på ett generellt plan leder till att rätten till prövning skärs av.

30 Härav följer enligt Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen att om det uppskattade värdet av kontraktet redan från början rättsstridigt fastställs på en för

låg nivå, berövas den som är föremål för preklusionsbestämmelsen inte endast rätten till prövning vad gäller valet av upphandlingsförfarande eller av den uppskattning av värdet av kontraktet som gjorts, utan även rätten till prövning av alla andra oegentligheter, vilka i sig inte omfattas av preklusion och som skulle ha kunnat prövas om den upphandlande myndigheten handlat i enlighet med lagstiftningen.

31 Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen frågar sig om inte en sådan tillämpning av de nationella preklusionsbestämmelserna undergräver effektiviteten hos direktiv 89/665 och, särskilt, huruvida denna tillämpning är förenlig med artikel 1 i direktivet

32 Mot denna bakgrund beslutade Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Är det förenligt med direktiv 89/665, särskilt artikel 1.1 och 1.3, att en anbudsgivare generellt nekas tillgång till överprövning av den upphandlande myndighetens beslut om offentlig upphandling av det skälet att anbudsgivaren inte inom den i den nationella rätten föreskrivna talefristen har gjort gällande att det har skett en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling, avseende

a) den valda formen för anbudsinfordran,

eller

b) riktigheten i beräkningen av värdet av kontraktet (beräkningen av värdet var uppenbart felaktig, alternativt att det brister i insyn hur värdet beräknats)

och att det, enligt en korrekt beräkning (eller framtida sådan) av värdet av kontraktet beräknats korrekt eller kommer att beräknas, är möjligt att få en överprövning av andra överträdelser av reglerna om offentlig upphandling, vilka – isolerat betraktade – inte är prekluderade?

2) Är det eventuellt nödvändigt att uppställa andra krav i meddelandet om upphandling vad avser de uppgifter som är relevanta för beräkningen av värdet av kontraktet för att rätten till prövning generellt sett inte skall tillämpas då en överträdelse skett av bestämmelserna om offentlig upphandling vid beräkningen av värdet av kontraktet, även då det rätt uppskattade värdet av kontraktet eller värdet av kontraktet som skall uppskattas överskrider tröskelvärdet?"

Prövning av tolkningsfrågorna

Den andra frågan

33 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan, vilken skall prövas först, för att få klarhet i vilka krav som ställs enligt gemenskapsrätten vad gäller dels de uppgifter om det uppskattade värdet av ett kontrakt som skall anges i meddelandet om upphandling, dels tillgängliga rättsliga förfaranden för det fall sådana uppgifter saknas.

Parternas argument

34 Lämmerzahl har inte specificerat vilka uppgifter om värdet av ett kontrakt som skall anges i meddelandet om upphandling, men insisterar på att det, vad avser

tillämpningen av preklusionsfristen, gentemot det berörda företaget inte är möjligt att göra gällande uppgifter som den upphandlande myndigheten inte har angett i meddelandet om upphandling.

35 Den litauiska regeringen anser att den upphandlande myndigheten är skyldig att i meddelandet om upphandling ange alla uppgifter avseende upphandlingens volym som objektivt sett kan göra det möjligt för anbudsgivarna att avgöra huruvida tröskelvärdet enligt gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling har uppnåtts eller ej.

36 Europeiska gemenskapernas kommission har på liknande sätt hävdat att villkoren för en preklusionsfrist, som skall tillämpas på meddelandet om upphandling enligt nationell rätt, av den nationella domstolen skall tillämpas på ett sätt som inte gör det omöjligt eller orimligt svårt för den som berörs att utöva sina rättigheter enligt direktiv 89/665.

37 Bremen och den österrikiska regeringen anser däremot att gemenskapsdirektiven inte innehåller något krav på det att uppskattade värdet av kontraktet skall anges i meddelandet om upphandling, då detta skulle vara olämpligt med avseende på en väl fungerande konkurrens.

Domstolens bedömning

38 Enligt de uppgifter som förekommer i handlingarna i målet förefaller det som om den i den nationella domstolen aktuella upphandlingen är om inte en varuupphandling så en blandad varu- och tjänsteupphandling i vilken värdet av varorna är det övervägande. I ett sådant fall är de relevanta bestämmelserna sådana som ingår i gemenskapsdirektiven om upphandling av varor men inte upphandling av tjänster.

39 Offentlig upphandling av varor omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/36, och innehållet i meddelandet om upphandling reglerades vid tiden för omständigheterna i den nationella domstolen av artikel 9.4 första meningen i och bilaga IV till direktiv 93/36. Dessa bestämmelser har senare ersatts av artikel 36.1 i, och bilaga VII A till, Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), och av bilaga II till kommissionens förordning (EG) nr 1564/2005 av den 7 september 2005 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbudsförfaranden i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG (EUT L 257, s. 1).

40 Enligt artikel 9.4 första meningen i direktiv 93/36 skall meddelandena utformas enligt förlagorna i bilaga IV och innehålla de uppgifter som förtecknats i dessa förlagor.

41 Enligt den förlaga som anges i bilaga IV till direktiv 93/36 skall total kvantitet eller omfattning av kontraktet anges (inklusive alla delar och optioner, i förekommande fall).

42 Av detta följer att i meddelandet om upphandling av varor, som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/36, skall enligt detta direktiv total kvantitet eller omfattning av kontraktet anges.

43 Om detta krav i ett enskilt fall inte uppfyllts, följer härav att detta utgör en överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 89/665, vilket ger rätt till prövning i enlighet med denna bestämmelse.

44 Den andra frågan skall följaktligen besvaras på så sätt att, i enlighet med artikel 9.4 i, och bilaga IV till, direktiv 93/36, det i ett meddelande om upphandling avseende ett kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktivet, skall anges total kvantitet eller omfattning av kontraktet. Avsaknad av en sådan angivelse skall kunna bli föremål för prövning enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665.

Den första frågan

45 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i två frågeställningar. För det första, under vilka villkor är det enligt gemenskapsrätten tillåtet att i nationell rätt föreskriva en preklusionsfrist för rätten till prövning vad avser valet av upphandlingsförfarande eller uppskattningen av värdet av kontraktet, det vill säga avseende åtgärder i det inledande skedet av upphandlingsförfarandet? För det andra, om en sådan preklusionsbestämmelse är tillåten, är det tillåtet enligt gemenskapsrätten att denna bestämmelse generellt utsträcks till att omfatta prövning av beslut som fattats av den upphandlande myndigheten, däribland beslut som fattas under senare skeden av upphandlingsförfarandet?

Parternas argument

46 Lämmerzahl har hävdat att enligt 107 § tredje stycket GWB skall endast överträdelser som är "identifierbara på grundval av meddelandet om upphandling" prekluderas. Detta begrepp bör enligt Lämmerzahl tolkas restriktivt. Lämmerzahl har gjort gällande att det i målet vid den nationella domstolen var omöjligt att ur de uppgifter som angavs i meddelandet om upphandling utläsa att det uppskattade

värdet av kontraktet översteg tröskelvärdena i gemenskapsdirektiven och att det således var fel att välja det nationella förfarandet. Den omständigheten att preklusion inträtt, trots att det inte var möjligt att från de uppgifter som tillhandahållits av den upphandlande myndigheten utläsa att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna överträtts, innebär att Lämmerzahl berövats rätten till prövning, och detta strider därmed mot direktiv 89/665.

47 Den litauiska regeringen har likaså betonat att i enlighet med direktivet skall alla berörda tillförsäkras en effektiv rätt till prövning. Följaktligen kan, när dessa inte erhållit objektiv och fullständig information avseende den aktuella upphandlingens omfattning, preklusionsfristen inte börja löpa förrän vid den tidpunkt då de berörda fått eller kunnat få kännedom om att ett felaktigt upphandlingsförfarande valts. Om det är oklart huruvida tröskelvärdena enligt gemenskapsdirektiven har uppnåtts skall direktiv 89/665 tillämpas.

48 Den österrikiska regeringen och kommissionen anser att nationella bestämmelser, såsom de som är aktuella i målet vid den nationella domstolen, är förenliga med direktiv 89/665 under vissa villkor. Den österrikiska regeringen anser att dessa bestämmelser endast är förenliga med direktivet i den mån som den preklusionsfrist som fastställs i dem är skälig och den upphandlande myndigheten inte, genom sitt uppträdande, kan göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rätten till prövning. Kommissionen har för sin del gjort gällande att sådana nationella bestämmelser är förenliga med gemenskapsrätten under förutsättning att anbudsgivaren har tillgång till ett effektivt rättsmedel som gör det möjligt att vidta rättsliga åtgärder angående samtliga överträdelser av grundläggande regler som följer av EG-fördraget.

49 Bremen anser att direktiv 89/665, såsom det har tolkats av domstolen, ger medlemsstaterna rätt att bestämma preklusionsfrister för överklaganden av förfaranden vid offentliga upphandlingar. 107 § tredje stycket GWB är förenlig med direktivet även för det fall den upphandlande myndigheten har gett felaktiga

uppgifter för fastställandet av värdet av kontraktet. Även om det är möjligt att anbudsgivaren gör en högre värdering av kontraktet, på grundval av de uppgifter som anges i meddelandet om upphandling eller till och med på grund av frånvaron av relevanta uppgifter och därför inte överklagar, följer det enligt Bremen likväl inte att rätten till prövning är utesluten i princip.

Domstolens bedömning

50 Vad avser denna frågas första del erinrar domstolen om 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 (dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617, punkt 79, och av den 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex, REG 2003, s. I-1877, punkt 50).

51 Domstolen grundar sin uppfattning på att ett fullständigt uppnående av målet för direktiv 89/665 skulle 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 (domen i det ovannämnda målet Universale-Bau m.fl., punkt 75).

52 Den nationella preklusionsfristen, inbegripet det sätt på vilket den tillämpas, får däremot inte som sådan vara av sådant slag att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt för den som berörs att utöva sina rättigheter enligt gemenskapsrätten (domen i det ovannämnda målet Santex, punkt 55, se även, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Universale-Bau m.fl., punkt 73).

53 Domstolen skall således pröva huruvida tillämpningen av sådan preklusionsbestämmelse som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen kan anses som skälig, eller om preklusionsbestämmelsen tvärtom tillämpas på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt för den som berörs att utöva sina rättigheter enligt gemenskapsrätten.

54 Det framgår av handlingarna i målet att Lämmerzahl, genom upprepade förfrågningar och på eget initiativ, ville få bekräftad den slutsats som företaget, med en viss grad av osäkerhet, dragit på grundval av dokumentationen i anbudsinfordran, nämligen att upphandlingen omfattade 310 licenser och utbildningsåtgärder. Likväl var även det sista svaret från den upphandlande myndigheten, det vill säga skrivelsen av den 6 april 2005, föga klargörande, tvetydigt och svävande på denna punkt.

55 Ett meddelande om upphandling utan någon uppgift om det uppskattade värdet av kontraktet, vilket följs av den upphandlande myndighetens undvikande agerande i förhållande till en potentiell anbudsgivares frågor, såsom är fallet i målet i den nationella domstolen, skall, med hänsyn till förekomsten av en preklusionsfrist, anses ha medfört att det blev orimligt svårt för den förfördelade anbudsgivaren att utöva sina rättigheter enligt gemenskapsrätten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Santex, punkt 61).

56 Härav följer att även om en nationell preklusionsbestämmelse, sådan som den som anges i 107 § tredje stycket andra meningen GWB, i princip kan anses vara förenlig med gemenskapsrätten, uppfyller tillämpningen av denna bestämmelse på en anbudsgivare under sådana omständigheter som de som är aktuella i målet vid den nationella domstolen inte de effektivitetskrav som följer av direktiv 89/665.

57 Direktiv 89/665, och särskilt artikel 1.1 och 1.3 i direktivet, utgör således hinder för att en nationell preklusionsbestämmelse tillämpas så, att en anbudsgivare förvägras

rätten till prövning vad avser valet av upphandlingsförfarande eller uppskattningen av värdet av kontraktet, när den upphandlande myndigheten inte på ett tydligt sätt för anbudsgivaren har angett total kvantitet eller omfattning av kontraktet.

58 Vad avser denna frågas andra del, påpekar domstolen att i 107 § tredje stycket andra meningen GWB fastställs preklusionsfristen till utgången av den tidsfrist som angetts för att inkomma med ett anbud eller för att ansöka om att delta i upphandlingsförfarandet. Av denna anledning synes denna bestämmelse endast tillämpas på oegentligheter som har kunnat konstateras innan denna frist löpt ut. Sådana oegentligheter kan innefatta felaktigheter i uppskattningen av värdet av kontraktet eller ett felaktigt val av upphandlingsförfarande. De kan däremot inte innefatta sådana omständigheter som hypotetiskt endast kan uppkomma i ett senare skede av upphandlingsförfarandet.

59 I målet vid den nationella domstolen har klaganden, förutom avsaknad av uppgifter gällande värdet av kontraktet och felaktigt val av upphandlingsförfarande, även åberopat oegentligheter dels vad gäller den ekonomiska framställningen i det anbud som antagits, dels vad gäller de tester av den offererade programvaran som utförts. Oegentligheter i den ekonomiska framställningen i ett anbud kan emellertid inte konstateras förrän kuvertet med anbudet öppnats. Detsamma gäller för testerna av den offererade programvaran. Denna typ av oegentligheter kan således inte upptäckas förrän den preklusionsfrist som fastställt genom en bestämmelse som den som är aktuell i målet i den nationella domstolen löpt ut.

60 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, i sitt beslut av den 7 november 2005, tillämpade den aktuella preklusionsbestämmelsen på ett sätt som innebär att den tillämpas på samtliga beslut som den upphandlande myndigheten kunde ha fattat under upphandlingsförfarandet.

61 En sådan tillämpning av denna preklusionsbestämmelse är av sådant slag att det i praktiken blir omöjligt för den som berörs att utöva sina rättigheter enligt gemenskapsrätten vad gäller oegentligheter som inte kan upptäckas förrän efter det att fristen att inkomma med anbud löpt ut. Denna tillämpning strider följaktligen mot direktiv 89/665 och särskilt mot artikel 1.1 och 1.3 i direktivet.

62 Det ankommer på den nationella domstolen att i så stor utsträckning som möjligt tolka den nationella lag som den skall tillämpa på ett sätt som överensstämmer med syftet med direktiv 89/665 (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Santex, punkterna 62 och 63).

63 Om det inte är möjligt att tolka den nationella rätten konformt med syftet med direktiv 89/665 är den nationella domstolen skyldig att underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som strider mot direktivet (dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal, REG 1978, s. 629, punkt 24, svensk specialutgåva, volym 4, s. 75, och domen i det ovannämnda målet Santex, punkt 64). Artikel 1.1 i direktiv 89/665 är nämligen ovillkorlig och tillräckligt precis för att kunna åberopas gentemot en upphandlande myndighet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juni 2005 i mål C-15/04, Koppensteiner, REG 2005, s. I-4855, punkt 38).

64 Mot bakgrund av vad som sagts ovan skall den första frågan besvaras på följande sätt. Direktiv 89/665, och särskilt artikel 1.1 och 1.3 i direktivet, utgör hinder för att en nationell preklusionsbestämmelse tillämpas så att en anbudsgivare förvägras rätten till prövning vad avser valet av upphandlingsförfarande eller uppskattningen av värdet av kontraktet, när den upphandlande myndigheten inte på ett tydligt sätt för anbudsgivaren har angett total kvantitet eller omfattning av kontraktet. Samma bestämmelser i direktivet utgör hinder mot att en sådan bestämmelse generellt utsträcks till att omfatta prövning av beslut som fattats av den upphandlande myndigheten, däribland beslut som fattats under upphandlingsförfarandet efter det att denna preklusionsfrist löpt ut.

Rättegångskostnader

65 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:

1) **I enlighet med artikel 9.4 i, och bilaga IV till, rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001, skall det, i ett meddelande om upphandling avseende ett kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktivet, anges total kvantitet eller omfattning av kontraktet. Avsaknad av en sådan angivelse skall kunna bli föremål för prövning enligt artikel 1.1 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.**

2) **Direktiv 89/665, i dess lydelse enligt direktiv 92/50, och särskilt artikel 1.1 och 1.3 i direktivet, utgör hinder för att en nationell preklusions-**

bestämmelse tillämpas så, att en anbudsgivare förvägras rätten till prövning vad avser valet av upphandlingsförfarande eller uppskattningen av värdet av kontraktet, när den upphandlande myndigheten inte på ett tydligt sätt för anbudsgivaren har angett total kvantitet eller omfattning av kontraktet. Samma bestämmelser i direktivet utgör hinder mot att en sådan bestämmelse generellt utsträcks till att omfatta prövning av beslut som fattats av den upphandlande myndigheten, däribland beslut som fattats under upphandlingsförfarandet efter det att denna preklusionsfrist löpt ut.

Underskrifter