FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 25 februari 2003 [1]

1. Bundesvergabeamt (Österrike) har begärt att domstolen skall tolka artikel 1.3 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, [2] i dess ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster [3] (nedan kallat direktiv 89/665).

2. I samband med ett fall där en ekonomisk aktör inte genomgått ett medlingsförfarande enligt österrikisk lag har Bundesvergabeamt ställt frågan huruvida den ovannämnda bestämmelsen skall förstås så att en ekonomisk aktör har intresse av att få sluta avtal endast om han har vidtagit alla åtgärder som enligt nationella bestämmelser står till buds för att förhindra att kontraktet tilldelas en annan anbudsgivare och därigenom får till stånd att han själv tilldelas kontraktet.

1 — Originalspråk: franska.

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

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

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapslagstiftningen*

3. I artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 anges följande:

"1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av direktiv[en] 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 sluta avtal om en 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. I artikel 2.1 och 2.6 i samma direktiv anges följande:

1. "Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,

b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättandet av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen,

c) ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse.

...

6. Verkan av att behörighet har utövats enligt punkt 1 på ett redan slutet avtal om upphandling skall regleras i nationell lag.

Medlemsstaterna får dessutom bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningsorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen.

..."

B — *Den nationella lagstiftningen*

5. Direktiv 89/665 har införlivats med österrikisk rätt genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997, federal lag från år 1997 om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt, BGBl. I, 1997/56, nedan kallad BVergG). I BVergG föreskrivs att det skall införas en Bundes-Vergabekontrollkommission (förbundskommission för tillsyn över upphandlingar, nedan kallad B-VKK) och en Bundesvergabeamt (federal upphandlingsmyndighet).

6. I 109 § BVergG fastställs B-VKK:s behörigheter. Den innehåller följande bestämmelser:

"(1) B-VKK skall vara behörig

1) att fram till tilldelningen av kontraktet medla vad gäller meningsskiljaktigheter mellan den upphandlande myndigheten och en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare vid verkställande av denna förbundslag eller av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag,

...

(6) En ansökan om vidtagande av åtgärder i enlighet med första stycket första raden skall inges till ledningen så fort som möjligt efter det att sökanden fick kännedom om meningsskiljaktigheterna.

(7) Om B-VKK inte vidtar åtgärder efter en begäran från den upphandlande myndigheten, skall den utan dröjsmål underrätta denna om sina åtgärder.

(8) Den upphandlande myndigheten får inte tilldela någon kontraktet under fyra veckor efter... den information som anges i sjunde stycket, vid äventyr av ogiltigförklaring av beslutet att tilldela kontraktet...."

7. I 113 § BVergG fastställs Bundesvergabeamts behörigheter på följande sätt:

"(1) Bundesvergabeamt är behörig att på ansökan genomföra överprövningsförfaranden enligt bestämmelserna i nedanstående avdelning.

(2) Bundesvergabeamt är behörig att, för att få åsidosättanden av denna förbundslag och av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag att upphöra, fram till

tilldelningen av kontraktet 1) föreskriva om interimistiska åtgärder och 2) undanröja olagliga beslut av den upphandlande myndigheten.

(3) Efter det att kontraktet har tilldelats eller upphandlingsförfarandet avslutats är Bundesvergabeamt behörig att fastställa huruvida kontraktet, på grund av en överträdelse av denna förbundslag eller av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag, inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet....”

8. I 115 § första stycket BVergG anges följande:

”En företagare som gör gällande ett intresse av att sluta ett avtal som faller inom tillämpningsområdet för denna förbundslag kan ansöka om prövning av beslut som fattats av den upphandlande myndigheten under upphandlingsförfarandet på grund av att det är rättsstridigt, när denna rättsstridighet har skadat eller riskerar att skada honom.”

9. Enligt 122 § första stycket BVergG gäller följande:

”En anbudssökande eller anbudsgivare som har förbigåtts på grund av att en upphandlande myndighets organ uppsåtligen eller av vårdslöshet har åsidosatt denna förbundslag eller förordningar som har utfärdats med denna förbundslag som stöd, har rätt till ersättning från den upphandlande myndigheten, som skall tillskrivas sina organs uppträdande, för kostnaderna för anbudslämnandet och för övriga kostnader som uppkommit genom deltagandet i upphandlingsförfarandet.”

10. Enligt 125 § andra stycket första meningen BVergG, kan en ansökan om ersättning, som skall inges till en tvistemålsdomstol, endast tas upp till prövning om Bundesvergabeamt dessförinnan har fattat beslut enligt 113 § tredje stycket.

II — Målet vid den nationella domstolen

11. Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (nedan kallat Asfinag) inledde under hösten år 1999 ett upphandlingsförfarande angående ”Lokal byggnadsinspektion för uppförande av elektroteknik och maskinteknik för huvudvägtullstationer och sekundära vägtullstationer samt uppförande av anläggningar för överföring av data inom ramen för projektet ’Vägtullar för lastbilar i Österrike’”. Anbuden öppnades den 18 november 1999.

12. Tillsammans med flera partner inkom bolaget Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH (nedan kallat sökanden), i egenskap av anbudsgivande grupp med ett anbud. Genom skrivelse av den 28 januari 2000 underrättades sökanden om att dess anbud kommit på andra plats vid bedömningen av anbuden och följaktligen inte skulle antas. Den 8 februari 2001 underrättades bolaget om att kontraktet hade tilldelats en konkurrent och om det belopp kontraktet avsåg.

13. Sökanden överklagade då till Bundesvergabeamt i enlighet med 113 § tredje stycket BVergG för att få fastslaget att kontraktet inte hade tilldelats den som inkommit med det bästa anbudet, då den upphandlande myndigheten, när den upprättade kriterierna för tilldelning av kontraktet, hade åsidosatt skyldigheten att enligt kravet i 53 § BVergG på ett begripligt sätt fastställa vem som har lämnat det bästa anbudet.

14. Asfinag framhöll inför Bundesvergabeamt att det enligt 115 § första stycket BVergG endast är den företagare som gör gällande ett intresse av att sluta ett avtal som faller inom tillämpningsområdet för BVergG som kan ansöka om överprövning på grund av rättsstridighet av ett beslut som den upphandlande myndigheten har fattat under förfarandet, förutsatt att denne företagare har lidit skada eller riskerar att lida skada på grund av den påstådda rättsstridigheten. Enligt Asfinag var sökanden uppenbarligen inte intresserad av att få sluta avtal, eftersom den inte hade ingivit någon ansökan om medling till B-VKK, vilket den hade rätt till enligt 109 § första stycket BVergG.

15. Asfinag gjorde till stöd för sin uppfattning gällande att bestämmelserna om offentlig upphandling inte är något självändamål, utan att ansvarsförhållandet i dessa bestämmelser regleras mellan alla parter i upphandlingsförfarandet, även anbudsgivarna. Om en anbudsgivare anser att det kan fastställas att kriterierna för tilldelning av kontraktet inte överensstämmer med lagen är han skyldig att, såsom det föreskrivs särskilt i 109 § sjätte stycket BVergG, anföra detta inför B-VKK så tidigt som möjligt, således eventuellt före öppnandet av anbuden. Det är förbjudet enligt principen om fri konkurrens att tillåta en anbudsgivare, som känner till att det föreligger kriterier för tilldelning av kontraktet som inte är lagenliga, att först lämna ett anbud, för att se om hans anbud är det bästa och att sedan bestämma hur han skall bete sig beroende på resultatet av tilldelningen av kontraktet. Om han har lämnat det bästa anbudet, ansöker han inte om prövning, men om han däremot inte tilldelas kontraktet eller om hans anbud inte är det bästa, vänder han sig till den instans som överprövar offentlig upphandling för att få en "ny chans" genom att tilldelningen av kontraktet ogiltigförklaras.

16. Enligt Asfinag har 109 § sjätte stycket BVergG därmed en preklusionsverkan såtillvida att brister i anbudsförfarandet som anbudsgivaren, om denne lagt ner vederbörlig omsorg i frågan, måste ha känt till när han avfattade sitt anbud preklude-

ras om anbud inges utan föregående ansökan hos B-VKK. Om sökandena i förevarande fall hade kontaktat B-VKK innan de utarbetade sitt anbud eller inför Asfinag hade påpekat de fel de ansåg föreligga, skulle kostnaderna för utarbetandet av anbudet aldrig ha uppstått.

17. Sökanden tillbakavisade det som ovan har angivits angående bristande intresse och påpekade att intresse att sluta avtal enligt fast praxis i organen för kontroll av offentliga upphandlingar i tillräckligt hög grad manifesteras genom att anbud lämnas i rätt tid.

III — Tolkningsfrågorna

18. Bundesvergabeamt ansåg att den österrikiska lagstiftning som är tillämplig på tvisten vid den nationella domstolen bör tolkas mot bakgrund av artikel 1.3 i direktiv 89/665 och att lösningen av tvisten således kräver en tolkning av denna bestämmelse. Den beslutade därför, den 11 juli 2001, att vilandeförklara målet till dess att domstolen meddelat förhandsavgörande i följande frågor:

"1) Skall artikel 1.3 i direktiv 89/665 tolkas så, att varje företagare som har lämnat ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling eller anmält att han önskar delta i ett förfarande för offentlig upphandling är behörig att ansöka om att ett prövningsförfarande skall inledas?

2) För det fall denna fråga besvaras nekande:

Skall den ovannämnda direktivbestämmelsen förstås så, att en företagare har eller har haft *intresse* av att få sluta avtal om en viss offentlig upphandling endast om han — utöver att ha deltagit i upphandlingsförfarandet — vidtar eller har vidtagit alla åtgärder som enligt nationella bestämmelser står till buds för att förhindra att kontraktet tilldelas en annan anbudsgivare och därigenom får till stånd att han själv tilldelas kontraktet?"

19. Bundesvergabeamt har i beslutet om hänskjutande påpekat att Verfassungsgerichtshof (Österrikes författningsdomstol) i en dom av den 12 juni 2001 (B 485/01-12, B 584/01-9, B 685/01-6), med hänvisning till sin dom av den 8 mars 2001 (B 707/00), fastslagit att behörigheten att ansöka om ett prövningsförfarande enligt artikel 1 i direktiv 89/665 enligt domstolens rättspraxis [4] skall ges en vid tolkning och därför borde tillkomma var och en som önskar få ingå ett visst offentligt kontrakt

4 — Se dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671), punkterna 34 och 35.

som är föremål för upphandling. Frågan uppkommer därmed huruvida detta bör vara fallet oavsett om denna person har utnyttjat den möjlighet som erbjuds av den upphandlande myndigheten att uttömma de möjligheter till rättsligt skydd som finns i den nationella rätten om offentlig upphandling (första frågan) eller om den omständigheten att han inte har uttömt alla möjligheter till nationellt rättsligt skydd innebär att detta intresse inte föreligger (andra frågan).

IV — Bedömning

A — *Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning*

20. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande ifrågasatt huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning, eftersom den anser att Bundesvergabeamts beslut inte är av domstolskaraktär.

21. Det skall dock konstateras att domstolen under tiden har avgjort denna fråga i sin dom av den 14 november 2002 i målet Felix Swoboda,[5] åtminstone vad gäller de frågor som Bundesvergabeamt har ställt under utövandet av sin behörighet under tiden efter tilldelandet av kontraktet. Domstolen ansåg att Bundesvergabeamt i det sammanhanget utgjorde en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG.[6]

22. Det framgår av beslutet om hänskjutande att Bundesvergabeamt i målet vid den nationella domstolen även utövar sin behörighet under tiden efter tilldelningen av kontraktet. Målet togs nämligen upp på grundval av 113 § tredje stycket BVergG,[7] där följande anges: "*Efter det att kontraktet har tilldelats* eller upphandlingsförfarandet avslutats är Bundesvergabeamt behörig att fastställa huruvida kontraktet, på grund av en överträdelse av denna förbundslag eller av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag, inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet...."[8]

23. Tolkningsfrågorna bör därför tas upp till sakprövning.

5 — Dom av den 14 november 2002 i mål C-411/00, Felix Swoboda (REG 2002, s. I-10567).

6 — Se domen i det ovannämnda målet Felix Swoboda, punkterna 26—28.

7 — Se punkt 13 ovan.

8 — Min kursivering.

B — *Tolkningsfrågorna*

24. Jag kommer, liksom den franska regeringen, att behandla de två tolkningsfrågorna i ett sammanhang.

25. Var och en av tolkningsfrågorna motsvarar nämligen den uppfattning som en av parterna i målet vid den nationella domstolen har företrätt i tvistefrågan, nämligen begreppet "intresse av att få sluta avtal". Den första frågan återspeglar sökandens uppfattning att det räcker med att ha lämnat ett anbud under ett upphandlingsförfarande eller en ansökan om att få delta i ett sådant förfarande för att en anbudsgivare en gång för alla skall anses ha ett intresse av att få sluta avtal, medan den andra frågan stöder sig på Asfinags uppfattning enligt vilken den omständigheten att en anbudsgivare inte vidtar eller inte har vidtagit alla åtgärder som står till buds enligt nationella bestämmelser för att förhindra att kontraktet tilldelas en annan anbudsgivare, det vill säga i förevarande fall att inte ha hänvänt sig till B-VKK, gör att anbudsgivaren kan anses ha förlorat intresset av att få sluta avtal.

26. Sökanden och den österrikiska regeringen har vid den muntliga förhandlingen bekräftat att det vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen inte förelåg någon rättslig skyldighet för sökanden att hänvända sig till B-VKK efter att, genom skrivelse av den 28 januari 2000, ha underrättats om att dess anbud hade kommit på andra plats vid bedömningen av anbuden och följaktligen inte hade antagits.

27. Beslutet om hänskjutande innehåller ingen information som föranleder mig att dra slutsatsen att denna uppfattning skulle vara felaktig.

28. Tolkningsfrågorna gäller således i huvudsak frågan huruvida direktiv 89/665 skall förstås så, att en anbudsgivare har eller hade intresse av att få sluta avtal om offentlig upphandling endast om han först hänskjutit frågan till en rådgivande kommitté, vilket var frivilligt.

29. Jag anser att den frågan bör besvaras nekande.

30. För det första är det helt klart att det i direktiv 89/665 inte på något sätt anges under vilka omständigheter en anbudsgivare har förlorat intresse av att få sluta ett avtal.

31. För det andra skulle ett jakande svar på den frågan innebära att man av direktivet kan sluta sig till att anbudsgivaren har en

skyldighet att, om han inte skall anses ha förlorat intresse av att få sluta avtalet om offentlig upphandling, hänskjuta frågan till en rådgivande kommitté, vilket enligt nationell rätt bara är frivilligt. Någon sådan slutsats kan inte dras.

32. Direktivet utgör förvisso inte något hinder för att ålägga de ekonomiska aktörerna i nationell rätt vissa skyldigheter.

33. Därom vittnar till exempel den sista meningen i artikel 1.3 i direktiv 89/665 enligt vilken "... 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".

34. Därom vittnar även domen av den 12 december 2002 i målet Universale-Bau, [9] där domstolen fastslog att preklusionsfrister på nationell nivå är förenliga med direktiv 89/665, under förutsättning att de är skäliga.

35. Däremot är det inte direktivet i sig som ålägger de ekonomiska aktörerna sådana skyldigheter, vilket det, eftersom det inte har direkt effekt för enskilda, [10] aldrig skulle kunna göra.

36. Jag föreslår därför att tolkningsfrågorna skall besvaras på följande sätt: Artikel 1.3 i direktiv 89/665 innebär *inte i sig* att en företagare har eller har haft intresse av att få sluta avtal om en viss offentlig upphandling endast om han — utöver att ha deltagit i upphandlingsförfarandet — vidtar eller har vidtagit alla åtgärder som enligt nationella bestämmelser står till buds för att förhindra att kontraktet tilldelas en annan anbudsgivare och därigenom får till stånd att han själv tilldelas kontraktet.

37. I andra hand skulle jag dock vilja undersöka tolkningsfrågorna ur en annan synvinkel.

38. De skulle även kunna förstås så att Bundesvergabeamt har frågat om direktiv 89/665 *utgör hinder* för en bestämmelse i nationell rätt enligt vilken en anbudsgivare förlorar sitt intresse av att få sluta avtal om han inte har vidtagit alla dessa åtgärder som står till buds för att förhindra att kontraktet tilldelas en annan anbudsgivare.

9 — Dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau (REG 2002, s. I-11617).

10 — Dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 48, av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. 1), punkterna 22—25, av den 13 juli 2000 i mål C-456/98, Centrosteel (REG 2000, s. I-6007), punkt 15, och av den 26 september 2000 i mål C-443/98, Unilever (REG 2000, s. I-7535), punkterna 50 och 51.

39. Jag betonar att jag i beslutet om hänskjutande inte har funnit någon uttrycklig hänvisning till någon bestämmelse i österrikisk rätt enligt vilken anbudsgivaren anses förlora intresset för att få sluta avtal om han inte hänvänder sig till B-VKK trots att detta är frivilligt. Eftersom den nationella domstolen är ensam behörig att tolka sin nationella lag, kan man dock inte *a priori* utesluta att det finns en sådan bestämmelse. För att kunna ge Bundesvergabeamt ett så användbart svar som möjligt föreslår jag att tolkningsfrågorna i andra hand även besvaras utifrån den omformulering som jag just har gjort.

40. Den franska och den österrikiska regeringen samt kommissionen har vid den muntliga förhandlingen med rätta hävdat att svaret på frågorna, formulerade på detta sätt, bör vägledas av domen i det ovannämnda målet Universale-Bau, som avkunnades efter det att deras skriftliga yttranden hade inkommit.

41. I den domen uttalade sig domstolen, även här efter begäran om förhandsavgörande från Bundesvergabeamt, om att:

"...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". [11]

42. Jag är, precis som de ovannämnda intervenienterna, av den åsikten att uttalandet i den domen kan överföras på förevarande fall.

43. Liksom i det ovannämnda målet Universale Bau, där domstolen fastslog att direktiv 89/665 inte innehåller några bestämmelser som särskilt hänför sig till fristerna för den prövning som avses införas genom direktivet, [12] innehåller detta direktiv inte heller någon bestämmelse som avser omständigheter där en anbudsgivare kan förlora intresset för att få sluta ett avtal, vilket jag redan har konstaterat ovan. [13]

44. Enligt artikel 1.3 i direktiv 89/665 skall nämligen möjlighet att åberopa ett prövningsförfarande ges "var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om en viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse". Begreppet intresse

11 — Domen i det ovannämnda målet Universale-Bau, punkt 79.
12 — Domen i det ovannämnda målet Universale-Bau, punkt 71.
13 — Se punkt 30 ovan.

eller de eventuella omständigheter under vilka en anbudsgivares bristande omsorg kan innebära att han förlorar intresset av att få sluta ett avtal i den meningen att han skall anses inte ha eller aldrig ha haft något sådant intresse definieras dock inte utförligare. Detta skall därför i förekommande fall göras i varje medlemsstats interna rättsordning. [14]

45. På detta stadium av resonemanget tillåter jag mig att *in extenso* citera punkterna 72—76 i domen i det ovannämnda målet Universale-Bau, som enligt min mening med vederbörliga ändringar verkar kunna tillämpas på den fråga som behandlas här.

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

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

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

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

76 Det skall i övrigt beaktas att det i princip är förenligt med den effektivitetsprincip som följer av direktiv

14 — Se analogt domen i det ovannämnda målet Universale-Bau, punkt 71, *in fine*.

89/665 att fastställa skäliga tidsfrister för att väcka talan vid äventyr av preklusion, eftersom ett sådant fastställande utgör en tillämpning av den grundläggande principen om rättssäkerhet (se analogt avseende gemenskapsrättens effektivitetsprincip dom av den 10 juli 1997 i mål C-261/95, Palmisani, REG 1997, s. I-4025, punkt 28, och av den 16 maj 2000 i mål C-78/98, Preston m.fl., REG 2000, s. I-3201, punkt 33)." [15]

46. Precis som med de preklusionsfrister som det var fråga om i det ovannämnda målet Universale-Bau anser jag att en nationell bestämmelse enligt vilken en anbudsgivare, vid äventyr av att annars anses ha förlorat intresse av att få sluta avtal, åläggs att vidta alla åtgärder som skäligen står till buds för att förhindra att kontraktet tilldelas en annan anbudsgivare är en del av syftet med direktiv 89/665. Syftet är nämligen att införa effektiva och snabbast möjliga rättsmedel. [16] En sådan bestämmelse uppfyller även det krav på effektivitet som följer av direktiv 89/665, eftersom den är i rättssäkerhetens intresse.

47. Jag betonar dock att denna förlust av intresse av att få sluta avtal enligt min mening endast kan inträda om anbudsgivaren inte har vidtagit alla åtgärder som *skäligen* står till buds, på samma sätt som preklusionsfristerna skall vara skäliga. [17]

15 — Min kursivering.

16 — Se även domen i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl., punkt 34, och av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI (REG 2002, s. I-5553), punkt 52.

17 — Domen i det ovannämnda målet Universale-Bau m.fl., punkt 79.

48. Sökanden har nämligen vid den muntliga förhandlingen uppgivit att den saknade information för att kunna hänvända sig till B-VKK efter det att den genom en skrivelse av den 28 januari 2000 hade underrättats om att dess anbud hade kommit på andra plats vid bedömningen av anbuden och följaktligen inte hade antagits.

49. Det är dock den nationella domstolen som skall pröva om sökanden med hänsyn till dessa omständigheter hade *skälig* möjlighet att vidta den åtgärd som består i att hänvända sig till B-VKK. Om så inte var fallet, kan man inte klandra sökanden för att inte ha vidtagit denna åtgärd.

50. Jag föreslår följaktligen att tolkningsfrågorna i andra hand skall besvaras på följande sätt: Artikel 1.3 i direktiv 89/665 utgör inte något hinder för en bestämmelse i nationell rätt enligt vilken en företagare har eller hade intresse av att få sluta avtal om en viss offentlig upphandling endast om han — utöver att ha deltagit i upphandlingsförfarandet — vidtar eller har vidtagit alla åtgärder som enligt nationella bestämmelser skäligen står till buds för att förhindra att kontraktet tilldelas en annan anbudsgivare och därigenom får till stånd att han själv tilldelas kontraktet.

V — Förslag till avgörande

51. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att Bundesvergabeamts tolkningsfrågor skall besvaras på följande sätt:

Artikel 1.3 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 ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, innebär inte att en företagare har eller har haft intresse av att få sluta avtal om en viss offentlig upphandling endast om han — utöver att ha deltagit i upphandlingsförfarandet — vidtar eller har vidtagit alla åtgärder som enligt nationella bestämmelser står till buds för att förhindra att kontraktet tilldelas en annan anbudsgivare och därigenom får till stånd att han själv tilldelas kontraktet.

Artikel 1.3 i direktiv 89/665 utgör dock inte något hinder för att en bestämmelse i nationell rätt enligt vilken en företagare har eller hade intresse av att få sluta avtal om en viss offentlig upphandling endast om han — utöver att ha deltagit i upphandlingsförfarandet — vidtar eller har vidtagit alla åtgärder som enligt nationella bestämmelser skäligen står till buds för att förhindra att kontraktet tilldelas en annan anbudsgivare och därigenom får till stånd att han själv tilldelas kontraktet.