

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

föredraget den 24 september 1998 \*

1. Tiroler Landesvergabeamt har genom beslut av den 17 februari 1997 till domstolen ställt två frågor för förhandsavgörande om 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 <sup>1</sup> (nedan kallat prövningsdirektivet).

Enligt artikel 2.7 skall medlemsstaterna se till att införa bestämmelser som garanterar att granskningsorganens beslut verkligen åtlöds.

4. Följande punkt i samma artikel är av särskilt intresse för detta mål. Det är därför motiverat att återge den i sin helhet:

### Gemenskapsrätten och den nationella lagstiftningen

2. Genom artikel 1.1 i prövningsdirektivet, i dess lydelse efter ändring genom artikel 41 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena för upphandling av offentliga tjänster, <sup>2</sup> förpliktas medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt och skyndsamt om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av denna rätt.

”För de fall prövningsorganen ej utgörs av rättsliga instanser gäller, att skriftliga besluts-motiveringar alltid skall ges. Dessutom gäller för dessa fall, att det måste finnas en möjlighet att pröva påstådda olagliga åtgärder vidtagna av sådana organ i en rättslig instans eller en domstol som avses i fördragets artikel 177, oberoende av såväl upphandlings-myndigheten som prövningsorganet.

\* Originalspråk: italienska.

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

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

Medlemmarna i ett sådant oberoende organ skall tillsättas och frånträda på samma villkor

som gäller för rättsliga instanser, tillämpade av den myndighet som utnämner och avsätter dem, samt bestämmer ämbetsperiodens längd. Åtminstone ordföranden i prövningsorganet skall fatta sina beslut i ett förfarande, där båda parter hörs, och besluten skall vara lagligen bindande enligt regler bestämda av medlemsstaten.”

5. Genom artikel 5 i direktivet förpliktas medlemsstaterna att före den 21 december 1991 (övers. anm: skall vara den 1 december) införa de bestämmelser som är nödvändiga för att följa direktivet. Enligt artikel 168 i anslutningsakten<sup>3</sup> fastställdes tidsfristen för Republiken Österrike till den 1 januari 1995.

6. I österrikisk rätt har prövningsdirektivet införlivats på förbunds nivå genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen<sup>4</sup> (förbundslag om offentlig upphandling). Var och en av de nio delstaterna har därefter antagit egna lagar om offentlig upphandling. Den ifrågavarande lagen i delstaten Tyrolen är Tiroler Vergabegesetz<sup>5</sup> av den 6 juli 1994 (Land Tirols lag om offentlig upphandling, nedan kallad TVerb).

3 — EGT C 241, s. 21.

4 — Förbundslagen som ursprungligen offentliggjordes i *Bundesgesetzblatt* nr 639/1993 publicerades därefter på nytt till följd av att ämnesområdet offentliga arbeten kodificerades genom lag av den 27 maj 1997 (*Bundesgesetzblatt* nr 56/1997).

5 — *LGBl* nr 87/1994.

7. Den andra delen i ovannämnda lag (artikel 5—14) reglerar förfarandena vid prövning av beslut om offentlig upphandling. Enligt artikel 6 är det Landesvergabeamt (delstatens upphandlingsmyndighet) som fattar beslut inom ramen för prövningsförfarandet. Enligt punkt 1 i nämnda artikel utgörs detta organ av sju medlemmar, nämligen en ordförande som skall vara kunnig i frågor som rör offentlig upphandling, en referent som skall vara en lagfaren tjänsteman i Tyrolens förvaltning, en domare samt fyra andra medlemmar som var och en skall föreslås av handelskammaren i Tyrolen, arkitekt- och ingenjörskonsultkammaren i Tyrolen och Vorarlberg, kammaren för arbetare och anställda i Tyrolen respektive kommunförbundet för Tyrolen.

8. Enligt punkt 3 i samma artikel skall medlemmarna i Landesvergabeamt utses av delstatsregeringen i Tyrolen för en period om fem år. De skall frånträda sitt uppdrag i förtid om de avsäger sig detta eller om uppdraget återkallas. I artikel 6.4 föreskrivs i det avseendet att uppdraget skall återkallas om villkoren för detta inte längre är uppfyllda eller om förhållanden inträder som gör att uppdraget ”sannolikt” inte kommer att kunna fullgöras vederbörligen ”under en längre tid”.

9. Enligt punkt 6 i samma artikel är Landesvergabeamt beslutsför om samtliga medlemmar har kallats på rätt sätt och om ordföranden, referenten, den medlem som är domare och ytterligare minst en medlem är närva-

rande. Beslut fattas med enkel majoritet av rösterna. Vid lika röstetal skall ordförandens röst vara avgörande. Avstående från röstning är inte tillåten.

10. Enligt följande stycke är medlemmarna i Landesvergabeamt inte bundna av några som helst instruktioner då de fullgör sitt uppdrag. Deras beslut kan inte upphävas eller ändras genom förvaltningsrättsliga åtgärder (artikel 6.7).

11. Enligt artikel 7.1 åligger det delstatsregeringen i Tyrolen att utfärda en arbetsordning för Landesvergabeamt. Denna skall innehålla bestämmelser om sättet att organisera och genomföra förhandlingar, förfara vid överläggning och röstning, föra protokoll och förbereda och utarbeta beslut. Enligt artikel 4 i arbetsordningen<sup>6</sup> skall förhandlingen börja med en redogörelse av referenten som även har till uppgift att inhämta bevis och vidta andra förberedelser. Alla beslut som myndigheten utfärdar skall avfattas skriftligen och motiveras.

12. I artikel 10 i lagen anges Landesvergabeamts befogenheter. Inom ramen för prövningsförfarandet kan denna myndighet pröva giltigheten av beslut från upphandlingsmyndigheter, i synnerhet upphäva dessa beslut före tilldelningen av kontrakt (artikel 12.1) samt, sedan ett kontrakt väl har avtalats, pröva

om det faktum att den som lämnat det bästa anbudet inte tilldelats kontraktet berott på överträdelse av lagen (artikel 12.2). Vid detta förfarande skall Landesvergabeamt vidare pröva om kontraktet ändå inte skulle ha tilldelats den som erhållit detta, även om den överträdelse av lagen som åberopats i överklagandet inte hade förelegat. Om beslutet från upphandlingsmyndigheten upphävs kan den konkurrent som uteslutits på grund av att gällande regler överträtts vända sig till en civilrättslig domstol för att erhålla skadestånd.

### Bakgrund och tolkningsfrågor

13. Utgångspunkten för målet vid den nationella domstolen är en upphandling av ett kontrakt för utbyggnad av Bezirkskrankenhaus Schwaz (sjukhuset i Schwaz) genom Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz (kommunförbundet för sjukhuset). Mot detta beslut väckte företagen Josef Köllensperger GmbH & Co och Atzwanger AG den 6 april 1995 talan om upphandlingens ogiltighet på grund av överträdelse av gällande bestämmelser för offentlig upphandling.

14. Genom beslut av den 27 juni 1995 ogillade Landesvergabeamt talan med motiveringen att kontraktet i vart fall hade tilldelats det bolag som hade lämnat det bästa anbudet med den följd att sökandena, även om lagens bestämmelser hade iakttagits, i alla händelser inte skulle ha tilldelats kontraktet. Sökandena förde då talan mot beslutet hos Verfassungs-

<sup>6</sup> — Förordning som offentliggjorts i *Tiroler LGBl.* nr 47/1995.

gerichtshof som genom dom av den 12 juni 1996 upphävde beslutet, då den rätt till förfarande inför vanlig domstol som garanteras i den österrikiska grundlagen hade åsidosatts genom beslutet. Verfassungsgesichtshof noterade i själva verket att myndighetens sammansättning inte motsvarade villkoren enligt prövningsdirektivet, eftersom dess ordförande inte hade de juridiska eller yrkesmässiga kvalifikationer som krävdes för utövande av domarämbetet.

b) Innebär antagandet av lagen av den 6 juli 1994 om upphandling (Tiroler Vergabegesetz, Tyrolens upphandlingslag), *LGBL* nr 87/1994, att de i artikel 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 omnämnda prövningsförfarandena har genomförts i nationell rätt?"

15. Sammansättningen av Landesvergabeamt ändrades därför. Den tidigare ordföranden ersattes med en tjänsteman inom förvaltningen med juridisk utbildning. Sedan förfarandet återupptagits beslöt Landesvergabeamt, som hyste tvekan om att dess sammansättning (särskilt i fråga om de medlemmar som anvisades av intresseorganisationerna) uppfyllde direktivets krav, att hänskjuta följande två tolkningsfrågor till domstolen:

#### Upptagande till sakprövning

"a) Skall artikel 2 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 tolkas på så sätt att delstaten Tyrolens upphandlingsmyndighet (Tiroler Landesvergabeamt), som inrättades genom delstatslagen av den 6 juni 1994 om upphandling (Tiroler Vergabegesetz), *LGBL* nr 87/1994, utgör en instans för prövning i den mening som avses i artikel 2.8 i direktivet?

16. Först skall prövas om Landesvergabeamt, på grund av de bestämmelser som reglerar dess sammansättning och funktionssätt, har befogenhet att vända sig till domstolen för ett förhandsavgörande. Kommissionen har nämligen i sitt skriftliga yttrande uttryckt tvivel om att frågorna kan tas upp till sakprövning, då de ställts av ett organ som av flera skäl inte kan anses som "domstol" i den mening som avses i artikel 177 i EG-fördraget.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> — Det skall dock noteras att kommissionen under förhandlingen förklarade sig ha ändrat ståndpunkt mot bakgrund av domstolens ställningstagande i dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult (REG 1997, s. I-4961), punkterna 22—38.

17. Det är känt att begreppet "domstol" med befogenhet att ställa tolkningsfrågor, på grund av kravet på en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten, har självständig betydelse i förhållande till de definitioner som kan finnas i nationella rättsordningar.<sup>8</sup> För att pröva om det hänskjutande organet har karaktär av domstol enligt artikel 177 i fördraget skall som framgår av fast rättspraxis<sup>9</sup> flera omständigheter beaktas, nämligen om organet är upprättat enligt lag, dess varaktighet, den tvingande karaktären av dess avgöranden, om förfarandet är kontradiktoriskt, organets tillämpning av rättsregler samt förutsättningarna för opartiskhet och oberoende. I detta skede skall alltså prövas om det organ som i målet har begärt domstolens ingripande uppfyller de nämnda förutsättningarna.

18. Det kan i detta hänseende noteras att det uteslutande är upphandlingsmyndigheten som enligt den österrikiska lagen har till uppgift att pröva lagligheten av beslut om upphandling (artiklarna 5 och 10 i TVerG). Enligt denna lag är besluten lagligen (*ex lege*) bindande (artikel 12 i TVerG). Eftersom myndigheten dessutom är en "kollegial myndighet med domstolskaraktär" i den mening som avses i artikel 133 i den österrikiska grundlagen kan dess beslut inte upphävas eller ändras genom förvaltningsrättsliga åtgärder (artikel 6.7 i TVerG). Därav följer således att

organet är upprättat enligt lag och att dess avgöranden är av bindande karaktär. Även frågan om dess varaktighet skall besvaras jakande, då Landesvergabeamt är en varaktig inrättning. Den omständigheten att dess medlemmar är tillsatta ett begränsat antal år i sin befattning (fem år) har ingen betydelse i det avseendet, eftersom det är känt att ämbetsperioden för medlemmar i domstol kan begränsas till viss tid, och att det avgörande är att det handlar om en period som fastställs i lag och som inte godtyckligt kan väljas av den som har rätten att förordna. Det är slutligen ingen tvekan om att Landesvergabeamt tillämpar rättsregler när den avgör lagligheten av beslut om upphandling (artikel 8 i TVerG).

19. När det gäller att vid förfarandet iakttas den kontradiktoriska principen kan det av gällande regler fastställas att myndigheten i sin verksamhet måste följa den.

Det skall i detta avseende erinras om att domstolen i domen i målet Dorsch Consult framför allt fastställde att det här inte rör sig om ett "absolut kriterium"<sup>10</sup> och att den därför ansåg det vara tillräckligt att parterna hörs av det organ som skall pröva lagligheten av upphandlingen innan det behöriga organet fattar sitt beslut. Domstolen ansåg således att förfarandet är "kontradiktoriskt" om den myndighet som skall lösa tvisten har skyldighet att höra parterna innan den fattar sitt beslut.

8 — Den oberoende karaktären av det gemenskapsrättsliga begreppet "nationell domstol" har fastställts av domstolen alltsedan dess dom av den 30 juni 1966 i mål 61/65, Vaassen-Göbbels (REG 1966, s. 377; svensk specialutgåva, volym 1, s. 263).

9 — Se särskilt domen i det ovannämnda målet Vaassen-Göbbels, dom av den 11 juni 1987 i mål 14/86, Pretore di Salò (REG 1986, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 9), av den 17 oktober 1989 i mål 109/88, Danfoss (REG 1989, s. 3199; svensk specialutgåva, volym 9), av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo m. fl. (REG 1994, s. 1-1477; svensk specialutgåva, volym 15) och på senare tid domen i det ovannämnda målet Dorsch Consult, punkt 24.

10 — Ovannämnda dom, punkt 31.

Jag anser att man i detta mål kan komma till samma slutsats, då den tyrolska lagen i artikel 7.1 föreskriver att förfarandet hos myndigheten innefattar förhandlingar med deltagande av parterna och att mer detaljerade regler om sättet att organisera och genomföra förhandlingar måste införas i arbetsordningen, vilket verkligen också har skett.<sup>11</sup>

20. I enlighet med dessa föreskrifter hördes parterna under förfarandet vid den nationella domstolen och hade möjlighet att framföra sina synpunkter, innan Landesvergabeamt fattade beslut om överklagandet i sak. Det kan alltså inte bestridas att den kontradiktoriska principen följdes vid förfarandet i målet, i den mening som domstolen avser.

21. Det återstår slutligen att granska om Landesvergabeamts sammansättning och funktionssätt motsvarar villkoren om opartiskhet och oberoende hos det dömande organet.

Det är känt att varje organ som gör anspråk på att utöva dömande verksamhet i princip skall garantera att det i hög grad är immunt mot varje yttre inflytande som, även om enbart teoretiskt, kan tänkas äventyra en oberoende

bedömning av de mål som organet skall avgöra. Detta krav har ännu större betydelse i sådana fall som detta, där förvaltningen dels har befogenhet att utnämna medlemmar i Landesvergabeamt och att återkalla deras uppdrag, dels är part i de mål som Landesvergabeamt skall avgöra.<sup>12</sup>

22. Det gemenskapsrättsliga begreppet domstol innebär i enlighet med medlemsstaternas gemensamma rättstraditioner att de bestämmelser som reglerar ett dömande organs sammansättning och verksamhet strikt skall garantera medlemmarnas oberoende och opartiskhet.<sup>13</sup> Det gäller särskilt för bestämmelser som ger förvaltningen befogenhet att återkalla medlemmar i organet från deras uppdrag. Det är klart att befogenhet av det slaget inte skall utövas annat än i undantagsfall och att i de föreskrifter, varigenom den verkställande myndigheten får denna befogenhet, skälen för att återkalla organets medlemmar från sina uppdrag skall anges så begripligt som möjligt och på ett uttömmande sätt.

12 — Det handlar naturligtvis om den situation som vanligtvis föreligger vid offentlig upphandling. Det är just för att undvika eventuella negativa följder av de närliggande strukturerna "den som prövas" och "den som prövar" som prövningsdirektivet innehåller ytterligare villkor för organet, den nationella domstolen i den mening som avses i artikel 177 i fördraget, och som i ett tvistegssystem skall lösa tvister om offentlig upphandling. Det krävs särskilt att åtminstone ordföranden skall ha samma juridiska och yrkesmässiga kvalifikationer som en domare. Systemet kommer att avhandlas nedan, punkt 32 och följande.

13 — Bland domar som framhäver betydelsen av villkoren om oberoende och opartiskhet, se särskilt den ovannämnda domen i målet *Pretore di Salò*, punkt 7, dom av den 30 mars 1993 i mål C-24/92, *Corbiau* (REG 1993, s. I-1277; svensk specialutgåva, volym 14), punkt 15 och den ovannämnda domen i målet *Almelo*, punkt 21.

11 — Se artikel 4 i delstatsregeringens (Land Tirol) förordning av den 24 april 1995, *Tiroler LGBl.* nr 47/1995.

23. Efter dessa allmänna överväganden kan, för att nu komma till det förevarande målet, noteras att, när kommissionen i sitt skriftliga yttrande har ifrågasatt om frågorna kan tas upp till sakprövning, den från många synpunkter har hyst tvivel om villkoret om oberoende har iakttagits i de bestämmelser som reglerar Landesvergabeamts sammansättning och funktionssätt. Vid förhandlingen förklarade kommissionen dock att den hade ändrat sin ståndpunkt, vilket motiverades med en hänvisning (som i själva verket var mycket allmän) till domen i målet Dorsch Consult.

24. I det skriftliga förfarandet återopade kommissionen för det första den omständigheten att den medlem i Landesvergabeamt som är referent är en tillfälligt friställd tjänsteman i förvaltningen och att detta förhållande, med hänsyn till referentens viktiga roll vid Landesvergabeamt, inte är förenligt med det dömande organets ställning som tredje man.

Jag anser inte att denna kritik är berättigad. Den omständigheten att en medlem i Landesvergabeamt kommer från förvaltningen är inte i sig sådan att den kan äventyra dess frihet att döma som skall garanteras genom samtliga de bestämmelser som reglerar organets funktionssätt. Det kan tilläggas att den österrikiske lagstiftaren själv har beaktat detta krav genom att i den lag som inrättar Landesvergabeamt föreskriva att medlemmarna i denna, oavsett var de kommer ifrån, inte är bundna av några som helst instruktioner vid utövande av sitt uppdrag (artikel 6.7).

25. Kommissionen anmärker för det andra att den omständigheten att den tyrolska lagen inte innehåller några bestämmelser om jävsinvändningar mot och om självmant tillbakaträdande på grund av jäv av medlemmarna i Landesvergabeamt inte är förenlig med kravet på oberoende. Dessa bestämmelser borde exempelvis tillämpas när medlemmarna i sin egenskap av tjänstemän i förvaltningen har deltagit i upphandlingen i fråga. Med hänsyn till den närliggande "strukturen" hos Landesvergabeamt i förhållande till förvaltningen, vars verksamhet den skall granska, är denna brist desto allvarligare.

Avsaknaden av bestämmelser beträffande självmant tillbakaträdande på grund av jäv och jävsinvändningar mot medlemmarna i det dömande organet gör att dess oberoende kan ifrågasättas, som kommissionen har noterat i sitt skriftliga yttrande. Det är vidare inte möjligt att avhjälpa denna brist genom en analog tillämpning av motsvarande bestämmelser om domare, eftersom detta område har nära samband med principen om den laglige domaren och följaktligen kräver en uttrycklig och fullständig reglering.

26. Kommissionen ifrågasätter slutligen förenligheten av bestämmelserna om avsättning av medlemmar i organet med principen om det dömande organets oberoende. Kommissionen framhåller att bestämmelserna om återkallelse (artikel 6.4 i lagen om inrättande av Landesvergabeamt) är alltför vagt formulerade i lagtexten. I bestämmelsen i fråga föreskrivs, förutom avsked när de villkor som krävs för ett uppdrag inte längre föreligger, vilket uppenbarligen inte ger upphov till något tolkningsproblem, även att förvaltningen kan

återkalla uppdraget om förhållanden inträder som gör att uppdraget "sannolikt inte kommer att kunna fullgöras vederbörligen under en längre tid". Det är denna senare bestämmelse som enligt kommissionen tycks vara svårförenlig med principen om att organ av domstolskaraktär skall vara oberoende.

Kommissionens ställningstagande förefaller rimligt. Den förstnämnda bestämmelsen medför nämligen att domarens identitet inte låter sig bestämmas, eftersom delstatsregeringens befogenhet att avsätta en medlem i det dömande organet inte är begränsad till enstaka noggrant beskrivna fall, vilket uppenbarligen strider mot principen om den laglige domaren. Denna brist tycks inte kunna avhjälpas genom en analog tillämpning av regler om återkallelse av domare, eftersom bestämmelsen såsom den utformats visar en vilja att ge delstatsregeringen största möjliga befogenhet. Bestämmelsens vaga karaktär och därav följande omfattande skönsmässiga befogenhet för förvaltningen gör dessutom att det är mycket svårt, om inte omöjligt, att rättsligt pröva eventuella åtgärder för avsättning av en medlem i Landesvergabeamt.

Slutsatsen är att bestämmelsen i den lag varigenom Landesvergabeamt upprättats och som reglerar det känsliga ämnet avsättning av medlemmar i detta organ använder en formulering

som är alltför vag för att utgöra ett skydd mot oskäliga ingrepp eller påtryckningar från den verkställande myndighetens sida.<sup>14</sup>

27. Denna slutsats motsägs inte av domstolens nyligen utfärdade dom i målet Dorsch Consult, vilken snarare bekräftar denna. Saken i detta mål gällde domstolskaraktären hos det tyska organ som hade befogenhet att besluta i anbudsförfaranden (Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes) just med anledning av att organet i fråga inte uppfyllde kriterierna oavhängighet och opartiskhet i förhållande till förvaltningen. Detta prejudikat förefaller mig dock inte vara relevant. Domstolen fastställde nämligen att såväl kommissionens som generaladvokatens<sup>15</sup> uttalande tvivel var ogrundade, då de tyska lagreglerna uttryckligen föreskriver att bestämmelserna om entledigande av domare tillämpas på medlemmarna i det förbundsorgan som har befogenhet att besluta om upphandling och att de dessutom reglerar omedelbar avsättning och avstående från röstning. Domstolen motiverade sitt ställningstagande i detta avseende enligt följande:<sup>16</sup> "Vidare skall det betonas att det framgår av § 57c.3 i HGrG att de väsent-

14 — Det är betecknande att det i den österrikiska rättsordningen finns olika lösningar med avseende på organens funktions-sätt, även då dessa i både första och sista instans skall avgöra lagligheten av åtgärder för offentlig upphandling. Som framgår av mål C-258/97, *Hospital Ingencieur*, i vilket jag föredrar mitt förslag till förhandsavgörande den 1 oktober 1998, ger gällande lag om offentlig upphandling i Kärnten nämnda befogenheter till Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten, ett organ av domstolskaraktär vars oavhängighet redan garanteras i den förlätning genom vilken den upprättats, eftersom befogenheten att återkalla redan getts till kammaren själv och inte kan utövas annat än under omständigheter som uttryckligen föreskrivs i lag (artikel 129b i den österrikiska förbundsgrundlagen).

15 — Se punkterna 33—37 i generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande (REG 1997, s. I-4976).

16 — Ovannämnd dom, punkt 36.



liga bestämmelserna i den tyska domarlagen avseende upphörande av deras uppdrag, deras avsättning samt deras oavhängighet och avsättbarhet är analogt tillämpliga på avdelningarnas tjänstemannamedlemmar. Bestämmelserna i domarlagen rörande upphörande av deras uppdrag samt deras avsättning är på ett generellt sätt även tillämpliga på de medlemmar som inte är fackmän. Dessa medlemmars opartiskhet tillförsäkras för övrigt genom § 57c.2 i HGrG enligt vilken de inte skall behandla ärenden där de själva deltar i beslutet avseende upphandlingen eller där de själva är eller har lämnat anbud eller representerat anbuds-givare.”

28. Det framgår av detta avsnitt att domstolen bedömer det vara väsentligt för att garantera domarnas oavhängighet och opartiskhet att de speciella omständigheter som motiverar att medlemmarna i organet är jäviga i vart fall skall anges i detalj i de bestämmelser som reglerar dess funktionssätt eller, i händelse av avsättning, att en *uttrycklig* hänvisning görs till den lagstiftning som är tillämplig på domare. Även om domstolen i domen i målet Dorsch Consult hänvisade till en analog tillämpning av den tyska lagstiftningen om entledigande av domare skall det rätteligen förstås som en hänvisning till bestämda föreskrifter för ett annat sakförhållande, såvida det är tillämpligt. I den tyrolska lagen saknas denna hänvisning, varför det nyssnämnda avsnittet i domen inte kan åberopas gentemot den här föreslagna lösningen.

29. Dessa slutsatser motsäger inte heller den omständigheten att domstolen nyligen besvarade frågor som ställts av den österrikiska förbundsmyndighet som är ansvarig för prövningsförfaranden i fråga om offentlig upphandling. I sin dom i målet Mannesmann Anlagenbau Austria m. fl.<sup>17</sup> behandlade domstolen frågor från Bundesvergabeamt (förbundsmyndighet för tilldelning av kontrakt) i sak, utan att pröva det hänskjutande organets domstolskaraktär, fastän denna fråga hade behandlats av parterna och av generaladvokaten. Även om man utgår ifrån att domstolen underförstått har velat erkänna organets befogenhet att hänskjuta dessa tolkningsfrågor,<sup>18</sup> antyder skillnaderna mellan lagen om upprättande av Bundesvergabeamt och lagen om upprättande av Tiroler Vergabeamt att den nyss angivna omständigheten inte skall tillmätas någon betydelse. Även om organen har en nästan identisk sammansättning och verkar utifrån liknande regler, är nämligen förbundsreglerna mycket tydligare när det gäller de garantier om oavhängighet och oavsättlighet som finns för medlemmarna i Bundesvergabeamt. Till skillnad från den tyrolska lagen är grunderna för upphörande av uppdrag för en medlem i Bundesvergabeamt uttryckligen och uttömmande angivna genom artikel 100 i BVerG (artikel 79 i den tidigare versionen av samma lag).<sup>19</sup> Detsamma gäller för de grun-

17 — Dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96 (REG 1998, s. I-73).

18 — Generaladvokaten Léger uttalade sig i sitt förslag till avgörande, vilket föredrogs den 16 september 1997 (punkterna 37—44) i positiv riktning. För vårt syfte är det dock av betydelse att generaladvokaten i punkt 41 i sitt förslag till avgörande, då han motiverade varför han funnit att organet uppfyllt kriteriet oavhängighet, närmare angav att avsättningsgrunderna enligt artikel 79 i förbundsagen (nuvarande artikel 100 i BVerG) är begränsade till sitt antal och objektivt fastställda eller, i fråga om grova försummelser, motsvarar åsidosättanden vars betydelse i lagen minskar risken för godtycke eller inblandning av förvaltningsmyndigheter.

19 — Enligt artikel 100 i lagen upphör en medlems uppdrag i Bundesvergabeamt genom dennes bortgång eller egen uppsägning, genom förlust av valbarhet till parlamentet till följd av att organet vid plenarsammanträde fastställt att medlemmen på grund av svår fysisk eller mental svaghet är oförmögen att utöva sitt uppdrag, genom uppdragets upphörande, genom att organet vid plenarsammanträde fastställt ett allvarligt åsidosättande av medlemmens skyldigheter, avgångar från domarkåren eller från något annat organ med uppgift att föreslå utnämningen.

der för entledigande på initiativ av parterna av medlemmar i Bundesvergabeamt, som är uttryckligen föreskrivna i förbundslagen, men inte, som tidigare visats, i den tyrolska lagen.

32. Landesvergabeamt vill i huvudsak få veta om villkoren i artikel 2.8 första stycket i direktivet iakttas genom de regler som gäller för myndighetens sammansättning och funktionsätt.

30. På grundval av det ovan anförda föreslår jag att domstolen förklarar att frågorna från Tiroler Vergabeamt inte kan tas upp till sakprövning, eftersom de har ställts av ett organ som inte har karaktär av domstol i den mening som avses i artikel 177 i EG-fördraget.

I sina skriftliga yttrandena och under den muntliga förhandlingen inför domstolen koncentrerade parterna sin uppmärksamhet särskilt på Landesvergabeamts ordförande som person, i syfte att klargöra om denne svarar mot villkoren enligt artikel 2.8 i prövningsdirektivet.

#### Den första och den andra tolkningsfrågan

33. Jag vill genast säga att bedömningen av den nyssnämnda bestämmelsen visar att den i målet förda diskussionen varken är relevant eller nödvändig. Att bevisa denna slutsats kräver ofrånkomligen ett noggrant studium av artikel 2.8 i prövningsdirektivet.

31. Om domstolen i motsats till föreliggande förslag skulle beteckna Landesvergabeamt som "domstol" i den mening som avses i artikel 177, och därigenom alltså övervinna tvekan om dess ställning som tredje man och om ledamöternas oberoende i Landesvergabeamt, uppkommer problemet att i sak pröva de tolkningsfrågor som hänskjutits av denna myndighet. Följande anmärkningar ägnas åt denna bedömning.

34. Den nämnda bestämmelsen gäller, som jag har anført, de organ som har ansvaret att pröva beslut som fattats av de rättsliga instanser som har befogenhet i fråga om sådan offentlig upphandling som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

35. I artikel 2.8, särskilt i den första meningen, framställs två olika fall. Medlemsstaterna kan nämligen välja mellan två möjliga alternativ för att organisera sitt system för prövning av offentliga kontrakt. Den första möjligheten, som jag vill kalla "ettstegs-systemet", innebär att "domstolar" förklaras behöriga att pröva besluten. Den andra möjligheten som jag vill kalla "tvåstegs-systemet", och som återspeglar det rättsförhållande som gällde i några medlemsstater när direktivet antogs, innebär att behörigheten i första hand tilldelas de "prövningsorgan" som inte är domstolar. Resten av artikel 2.8 rör uteslutande detta andra förhållande. I detta fall anges nämligen i bestämmelsen att "det måste finnas en möjlighet att pröva påstådda olagliga åtgärder vidtagna av sådana organ i en rättslig instans eller en domstol som avses i fördragets artikel 177, oberoende av såväl upphandlingsmyndigheten som prövningsorganet".

36. Tvåstegs-systemet kännetecknas således av att i ett första skede ett organ ingriper som inte är någon domstol och vars beslut om upphandlande myndigheters åtgärder skall motiveras skriftligen. Vidare måste dessa beslut kunna överklagas eller prövas hos en instans som är en "domstol" i den mening som avses i artikel 177 och som är oberoende av såväl den upphandlande myndigheten som av prövningsorganet. I resten av artikel 2.8 i direkti-

vet hänvisas till sistnämnda oberoende organ som domstol i den mening som avses i artikel 177, vilken måste uppfylla vissa "speciella" villkor som hänför sig till tillsättning av medlemmar, till upphörande av deras uppdrag, till ordförandens kvalifikationer, till förfarandet och till beslutens bindande karaktär.

37. Att göra en exakt bedömning av det normativa innehållet i denna bestämmelse är allt annat än lätt. Avgörande för ändamålet med denna bedömning är att klargöra vad som i direktivet har velat förstås med uttrycket "organ i en rättslig instans" i artikel 2.8 första meningen. Det handlar således om att närmare ange om nämnda uttryck skall uppfattas som en hänvisning till den gemenskapsrättsliga kvalifikationen av "domstol" eller som en hänvisning till nationell rätt.

38. Enligt min mening är det första svaret det rätta, vilket medför att hela artikel 2.8 i direktivet kommer i fråga endast när det ansvariga prövningsorganet inte är en "domstol" i den mening som avses i artikel 177 i fördraget och således inte ett organ som har befogenhet att hänskjuta tolkningsfrågor till EG-domstolen. I det fallet åläggs genom ifrågavarande bestämmelse de stater som tillämpar tvåstegs-systemet att i vilket fall som helst medge en förnyad prövning av beslut som fattats av prövningsorganet med hjälp av en rättslig instans eller en annan instans som är en "domstol" i den mening som avses i artikel 177.

39. Den underliggande principen för hela systemet, som den österrikiska regeringen och kommissionen har medgett vid förhandlingen, är nämligen att varje gång, vid förnyad prövning av de åtgärder som vidtagits av de upphandlande myndigheterna, göra det möjligt för ett organ att ingripa som på grund av sin "domstolskaraktär" har befogenhet att hänskjuta tolkningsfrågor till EG-domstolen, även då detta organ formellt inte tillhör domstolsväsendet i medlemsstaten i fråga. Ansvariga prövningsorgan kan på så sätt vid behov från domstolen erhålla ett beslut om tolkning av bestämmelserna i de gemenskapsrättsliga direktiven i fråga om offentliga kontrakt (självfallet inklusive prövningsdirektivet).

40. Om man nu anser att Landesvergabeamt är ett organ med befogenhet att hänskjuta tolkningsfrågor till EG-domstolen, alltså en domstol enligt artikel 177, följer därav att kraven på skydd som motiverar tvåstegs-lösningen inte har någon betydelse i detta mål. Det organ som avgör i första (och enda) instans under prövningsförfarandet är nämligen detsamma som har befogenhet att vända sig till EG-domstolen. Ur detta perspektiv är det därför meningslöst att kräva att de beslut som fattas av en sådan "domstol" som avses i artikel 177 skall hänskjutas för förnyad prövning till ett annat organ som i sin tur har befogenhet att vända sig till EG-domstolen. Det är, som jag återigen vill betona, klart att kravet att föreskriva att det organ som i varje fall skall ingripa skall vara "domstol" i den mening som avses i artikel 177 saknar betydelse i de fall, som i detta mål, det ansvariga prövningsorganet antagligen anses som en "domstol", utom när i ett tvåstegs-system det

första steget utgörs av ett "rent" förvaltningsorgan, vilket som sådant inte motsvarar definitionen för domstol enligt artikel 177.

41. Denna slutsats medför att jag inte i sak måste pröva de båda frågor som Landesvergabeamt har ställt om tolkningen av artikel 2.8 andra stycket i prövningsdirektivet. Som kan erinras gäller denna bestämmelse de särskilda villkor som det oberoende organ måste uppfylla som i andra hand ingriper i "tvåstegs-systemet". Det förefaller således klart att de klargöranden som den hänskjutande myndigheten begärt saknar betydelse i vårt fall, eftersom denna del av bestämmelsen inte är tillämplig på den genom den tyrolska lagen upprättade Vergabeamt. Det problem som den hänskjutande myndigheten lagt fram innefattas således i det problem som redan bedömts, nämligen om tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning. Det är i själva verket enbart inom den ramen, och inte vid tolkningen av artikel 2.8 i prövningsdirektivet, som det eventuellt är möjligt att bedöma organets medlemmars ställning, deras oavhängighet i förhållande till den verkställande myndigheten och till parterna, villkoren för deras utnämning och återkallelse och så vidare. Det är exempelvis inte avgörande att bedöma om ordföranden i Vergabeamt har samma personliga och yrkesmässiga kvalifikationer som en domare, eller om dessa kvalifikationer skall fastställas med hänvisning till ett begrepp som "nationell domare" eller "gemenskapsdomare". Detta krav förefaller nämligen utmärkande för det "tvåstegs-system" som utformats genom direktivet som ett möjligt alternativ för medlemsstaterna, när de inrättar ett nationellt prövningssystem. Kravet är

däremot inte avgörande för att beteckna ett organ som "domstol" enligt artikel 177.

42. Det är inte omotiverat att tillägga att den slutsats som jag nu har kommit fram till, i det fall att organet i fråga skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177, är den enda lösning som gör det möjligt att inordna det tyrolska systemet för prövning av åtgärder för offentlig upphandling inom ramen för prövningsdirektivet. Om nämligen Lan-

desvergabeamt ansågs som "en domstol i den mening som avses i artikel 177" enligt artikel 2.8 första stycket sista meningen och därmed som "det andra steget" vid bedömningen av talan mot tilldelningen av offentliga kontrakt, ställdes uttolkaren inför problemet att fastställa vilken rättsinstans som är behörig i första hand och som inte är "domstol" och vars beslut skall underställas Vergabeamt för förnyad prövning. En sådan rättsinstans finns som bekant inte i det österrikiska systemet, eftersom talan mot åtgärder av offentliga upphandlingsorgan i första och enda instans förs inför Landesvergabeamt.

43. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen skall förklara att frågorna från Tiroler Landesvergabeamt inte kan upptas till sakprövning, då detta organ inte är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

I andra hand föreslår jag att domstolen skall ge följande svar:

Artikel 2.8 andra stycket 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 skall tolkas på så sätt att de där angivna villkoren uteslutande avser sammansättningen av oberoende instanser som är ansvariga för prövningen av beslut som fattats av ett organ som i första instans är ansvarigt för prövning av offentlig upphandling och som inte är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget. Den ifrågavarande föreskriften är därför inte relevant när det gäller bedömningen av Tiroler Landesvergabeamts sammansättning och funktionssätt.