

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JEAN MISCHO
föredraget den 27 februari 2003¹

1. Efter överklagande från en anbudsgivare vars anbud inte antagits av den upphandlande myndigheten och som gör gällande att ett tilldelningskriterium i upphandlingen som rör leverans av grön el är rättsstridigt har Bundesvergabeamt (Österrike) bitt domstolen tolka artikel 26 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor² samt artikel 1 och artikel 2.1 b i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för provning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.³

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapslagstiftningen*

2. I direktiv 93/36 anges följande i artikel 26 med rubriken "Kriterier för provning av anbud":

"1. De omständigheter som den upphandlande myndigheten skall ta hänsyn till vid provningen av anbud skall vara

...

b) då tilldelning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier hänförliga till kontraktet, t. ex. pris, leveransdatum, driftkostnader, driftkostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, teknisk tjänst, service efter upphandlingen och tekniskt underhåll.

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126.

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

2. I det fall som avses i punkt 1 b skall de upphandlande myndigheterna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet ange alla de omständigheter som de avser att ta hänsyn till vid prövningen, om möjligt i rangordning.'

...

- b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande 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,

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

”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 avtalslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering, och att han ämnar söka prövning.”

[...]

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

4. I artikel 2.1 b och 2.6 i direktiv 89/665 anges följande:

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

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

5. I artikel 3.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el⁴ anges följande:

”Medlemsstaterna får med fullt beaktande av tillämpliga bestämmelser i fördraget, särskilt artikel 90, i det allmänna ekonomiska intresset ålägga företag som bedriver verksamhet inom elsektorn att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilka kan avse tillförlighet, inbegripet försörjningstrygghet, regelbundenhet, kvalitet och pris på leveranser samt miljöskydd. Sådana tjänster skall vara klart definierade, öppna, icke-diskriminerande och kontrollerbara; de och varje revidering av dem skall utan dröjsmål offentliggöras och anmälas till kommissionen av medlemsstaterna. För att genomföra ovan nämnda allmännyttiga tjänster kan de medlemsstater som så önskar införa långtidsplanering.”

6. I andra skälet i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/77/EG av den 27 september 2001 om främjande av el pro-

ducerad från förnybara energikällor på den inre marknaden för el⁵ tillkännages följande:

”Främjande av el producerad från förnybara energikällor är en viktig prioritering för gemenskapen, såsom beskrivs i vitboken om förnybara energikällor ... av skäl som hänför sig till att trygga energiförsörjningen och diversifiera energitillförseln, skydda miljön och främja den sociala och ekonomiska sammanhållningen. Detta stöddes av rådet i resolutionen av den 8 juni 1998 om förnybara energikällor.”

7. I skäl 12 i direktiv 2001/77 anges följande:

”Behovet av offentligt stöd till förnybara energikällor erkänns i gemenskapens riktlinjer om statligt stöd för miljöskydd vilka, bland andra alternativ, beaktar behovet av att internalisera externa kostnader för elproduktion. Bestämmelserna i fördraget och särskilt artiklarna 87 och 88 i detta kommer emellertid att fortsätta att gälla för sådant stöd.”

4 — EGT L 27, 1997, s. 20.

5 — EGT L 283, s. 33.

8. I skäl 18 i direktiv 2001/77 påpekas följande:

”Det är viktigt att utnyttja marknadskrafternas och den inre marknadens styrka och göra el producerad från förnybara energikällor konkurrenskraftig och attraktiv för medborgarna i Europa.”

9. Det framgår av artikel 1 i direktiv 2001/77 att dess syfte är

”att främja en ökning av de förnybara energikällornas bidrag till elproduktionen på den inre marknaden för el och att skapa en grund för ett framtida rättsligt ramverk på gemenskapsnivå för detta”.

10. I artikel 3.1, med rubriken ”Nationella vägledande mål”, i direktiv 2001/77 anges följande:

”Medlemsstaterna skall vidta lämpliga åtgärder för att främja en ökad användning av el producerad från förnybara energikällor i enlighet med de nationella vägledande mål som avses i punkt 2. Dessa åtgärder skall stå i proportion till det uppställda målet.”

11. I artikel 3.2 i direktiv 2001/77 anges att varje medlemsstat skall fastställa nationella vägledande mål.

12. I artikel 3.4 i direktiv 2001/77 anges att kommissionen på grundval av rapporter från medlemsstaterna skall bedöma huruvida de nationella vägledande målen är förenliga med det övergripande vägledande målet på 12 procent av den nationella bruttoenergianvändningen senast 2010 och särskilt med den vägledande andelen el producerad från förnybara energikällor på 22,1 procent av gemenskapens totala elanvändning senast 2010.

13. I artikel 5.1, med rubriken ”Ursprungsgaranti för el producerad från förnybara energikällor”, i direktiv 2001/77 anges följande:

”Medlemsstaterna skall senast den 27 oktober 2003 se till att el producerad från förnybara energikällor kan garanteras vara producerad från sådana energikällor i den mening som avses i detta direktiv i enlighet med objektiva, klara och tydliga samt icke-diskriminerande kriterier som har fastställts av respektive medlemsstat. De skall se till att det på begäran utfärdas en ursprungsgaranti med detta innehåll.”

B — *Den nationella lagstiftningen*

14. I Österrike regleras den offentliga upphandlingen genom Bundesvergabegesetz (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich I, 1997/56*, nedan kallad BVergG).

15. I 117 § BVergG anges följande:

”1. Bundesvergabeamt skall på administrativ väg besluta att ogiltigförklara det beslut som den upphandlande myndigheten har fattat inom ramen för ett upphandlingsförfarande, varvid Bundesvergabeamt skall ta hänsyn till förlikningskommitténs uttalande i denna sak, när det ifrågavarande beslutet

1) strider mot denna lag eller de förordningar som utfärdats för att tillämpa den och

2) beslutet har en väsentlig inverkan på utgången av upphandlingsförfarandet.

2. Ogiltigförklaring av ett rättsstridigt beslut kan i synnerhet ske genom undanröjande av för företagen diskriminerande villkor i fråga om tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer som före-

kommer i kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument i anbudsinfördran.

3. Efter tilldelandet av kontraktet skall Bundesvergabeamt i enlighet med villkoren i första stycket endast fastställa huruvida den påstådda rättsstridigheten föreligger eller inte.”

II — *Tvisten vid den nationella domstolen*

16. Republiken Österrike inledde, i egenskap av upphandlande myndighet (nedan kallad svaranden i målet vid den nationella domstolen), ett öppet anbudsförfarande för leverans av el. Föremålet för kontraktet var tilldelning av ett ramavtal och därpå grundade enskilda avtal för elleverans till samtliga tjänstelokaler för den statliga förvaltningen i delstaten Kärnten. Det bestämdes att avtalet skulle gälla under tiden den 1 januari 2002 till den 31 december 2003. I anbudsinfördran, som offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 27 mars 2001, angavs följande under rubriken ”Tilldelningskriterier”: ”Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt följande kriterier: Tjänsternas miljöpåverkan enligt kontraktshandlingarna.”

17. I anbudet skulle anges ett arbetspris i ATS per kWh. Detta pris skulle gälla under hela den tid som avtalet skulle gälla och inte vara föremål för någon prisglidning eller anpassning. Förutom att leverera el skulle elleverantören tillhandahålla flera andra tjänster (t.ex. mäta elmängden till statens tjänstelokaler, debitera årskonsumtionen, göra avdrag för skatt e.d.). Elleverantören skulle förplikta sig att så långt det var tekniskt möjligt leverera el från förnybara energikällor och att under inga omständigheter leverera el som han visste hade producerats ur kärnkraft. Det föreskrevs dock inte att elleverantören var skyldig att lägga fram handlingar som visade varifrån han köpte elen. Det föreskrevs dock avtalsvite samt en hävningsrätt för den upphandlande myndigheten för det fall att elleverantören åsidosatte sin skyldighet att leverera el ur förnybara energikällor respektive sin skyldighet att inte leverera el som producerats ur kärnkraft.

18. I inledningen av upphandlingshandlingen fastslogs att den upphandlande myndigheten var medveten om att ingen leverantör av tekniska skäl kunde garantera att den av honom till en viss köpare levererade elen hade producerats ur förnybara energikällor. Det angavs vidare att den upphandlande myndigheten ändå hade för avsikt att ingå avtal med anbudsgivare som åtminstone har en årsmängd på över 22,5 GWh el som producerats ur förnybara

energikällor. Det uppskattades att statens tjänstelokaler skulle behöva ungefär 22,5 GWh per år. Det avtalade priset per kWh skulle emellertid inte påverkas av eventuella avvikelser i den faktiska leveransmängden från detta icke-bindande värde.

19. Som särskild grund för att underkänna anbud bestämdes att man skulle underkänna anbud som inte innehöll några bevis på att "anbudsgivaren under de senaste två åren och/eller under de kommande två åren har producerat eller köpt, respektive skall producera eller köpa, minst 22,5 GWh el ur förnybara energikällor som han har sålt eller skall sälja till konsumenterna". Som tilldelningskriterium fastställdes att nettopriset per kWh skulle vägas in med 55 procent och kriteriet "el ur förnybara energikällor" med 45 procent. Vad gäller det sistnämnda tilldelningskriteriet angavs att man "endast [skulle] ta hänsyn till hur mycket el som elleverantören kan leverera ur förnybara energikällor utöver 22,5 GWh per år".

20. Anbudet öppnades den 10 maj 2001. Det hade lämnats fyra anbud totalt. Anbudsgivargruppen Kärntner Elektrizitätsgesellschaft/Stadtwerke Klagenfurt (nedan kallad KELAG) lämnade ett anbud i vilket uppgavs ett pris om 0,44 ATS/kWh, och med hänvisning till en bifogad tabell uppgavs att gruppen kunde leverera 3 406,2 GWh el ur förnybara energikällor. Energie Oberösterreich AG

hade lämnat ett anbud med ett pris på 0,4191 ATS/kWh från en årskonsumtion på 1 miljon GWh och bifogat en tabell avseende åren 1999–2002 med olika uppgifter om hur mycket el ur förnybara energikällor som kunde levereras under de enskilda åren. Det högsta värdet i detta hänseende var 5 280 GWh per år. Ett annat anbud lämnades av BEWAG, som hade erbjudit ett pris på 0,465 ATS/kWh och bifogat en tabell rörande andelen el ur förnybara energikällor, av vilken den upphandlande myndigheten drog slutsatsen att värdet i detta avseende var 449,2 GWh.

och att de köpte in annan energi som till övervägande del härstammade från långtidskontrakt med den största producenten av el ur förnybara energikällor. Under åren 1999 och 2000 hade de enbart köpt vattenkraft i Schweiz och detta fortsatte de med. Sammanlagt härstammade en elmängd som var flera gånger större än den i upphandlingshandlingen angivna elmängden ur förnybara energikällor och det hänvisades till årsberättelsen för mer information.

21. Det fjärde anbudet lämnades av anbudsgivargruppen EVN AG och Wienstrom GmbH (nedan tillsammans kallade klaganden i målet vid den nationella domstolen), som erbjöd ett pris om 0,52 ATS/kWh. Klagandena i målet vid den nationella domstolen uppgav i sitt anbud inte några konkreta siffror beträffande mängden el som kunde levereras ur förnybara energikällor, utan nämnde bara att de förfogade över egna elproduktionsanläggningar i vilka producerades el ur förnybara energikällor med en mängd som var flera gånger större än den i upphandlingshandlingen angivna årsmängden om 22,5 GWh. Därutöver uppgav de att de hade inköpsrättigheter beträffande el som producerats av vattenkraftverk tillhöriga Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiegesellschaft och hos andra österrikiska vattenkraftverk

22. Bland de fyra ingivna anbuden ansåg svaranden i målet vid den nationella domstolen att KELAG:s anbud, som fick högsta antalet poäng för båda tilldelningskriterierna, var det bästa. Klagandena i målet vid den nationella domstolen fick i båda fallen lägst antal poäng.

23. Efter det att klagandena i målet vid den nationella domstolen redan den 9 maj 2001 och den 30 maj samma år hade meddelat den upphandlande myndigheten att den ansåg att flera bestämmelser i anbudsinfordran, bl.a. tilldelningskriteriet ”el ur förnybara energikällor”, var rättsstridiga, ansökte de den 12 juni 2001 om att ett förlikningsförfarande skulle inledas vid

Bundes-Vergabekontrollkommission (förbundskommission för tillsyn över upphandlingar, nedan kallad förbundskommissionen). Förbundskommissionen vägrade att genomföra ett förlikningsförfarande på grund av att den ansåg att det inte skulle ha någon chans att lyckas.

bifalla något av klagandenas yrkanden eller om tilldelningsbeslutet genom andra avgöranden av den domstolen skulle anses vara rättsstridigt.

26. Den 24 oktober 2001 tilldelades KELAG ramavtalet, på de i beslutet angivna villkoren.

24. Klagandena i målet vid den nationella domstolen ansökte då om prövning vid Bundesvergabeamt. De yrkade att den domstolen skulle ogiltigförklara de olika besluten, däribland beslutet att underkänna anbudet på grund av att det saknades uppgift om produktion och inköp av el ur förnybara energikällor under en viss tidsperiod, beslutet att som tilldelningskriterium föreskriva uppgift om produktion eller inköp av el ur förnybara energikällor i en viss omfattning under en viss tidsperiod, beslutet att som tilldelningskriterium föreskriva att det skulle finnas mer än 22,5 GWh el ur förnybara energikällor att förfoga över. Klagandena ansökte också om att den upphandlande myndigheten interimistiskt skulle förbjudas att tilldela kontraktet.

III — Tolkningsfrågorna

27. För att kunna pröva de i ansökan om prövningsförfarande framställda yrkandena om ogiltigförklaring av vissa beslut av den upphandlande myndigheten beslutade Bundesvergabeamt den 13 november 2001 att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

25. Genom beslut av den 16 juli 2001 biföll Bundesvergabeamt denna ansökan från klagandena och förbjöd tilldelningen av kontraktet fram till den 10 september 2001. På en ny ansökan av klagandena tillät Bundesvergabeamt den 17 september 2001 genom en interimistisk åtgärd tilldelningen av kontraktet under den förutsättningen att tilldelningen skulle återkallas och avtalet hävas, om Bundesvergabeamt skulle

”1) Innebär de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36/EEG, förbud mot att den upphandlande myndigheten vid inköp av el bestämmer ett tilldelningskriterium, som vid bedömningen av anbudet skall vägas in med 45 procent, enligt

vilket anbudsgivaren — utan att vara bunden till en viss leveransdag — skall ange hur mycket el ur förnybara energikällor han kan leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare och som innebär att det maximala antalet poäng uppnås av den anbudsgivare som anger största mängd, varvid endast den mängd beaktas som överskrider den inom ramen för upphandlingen förväntade konsumtionen?

- 2) Innebär de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 2.1 b i direktiv 89/665/EEG, förbud mot att upphävandet av ett rättsstridigt beslut i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665/EEG görs beroende av att det visas att det rättsstridiga beslutet har en väsentlig inverkan på upphandlingsförfarandets utgång?

- 3) Innebär de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36/EEG, förbud mot att upphävandet av ett rättsstridigt beslut i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665/EEG görs beroende av att det visas att det rättsstridiga beslutet har en väsentlig inverkan på upphandlingsförfarandets utgång, om detta skall ske genom att prövningsorganet prövar huruvida rangordningen av de avgivna anbuden

ändras när dessa blir föremål för en ny bedömning vid vilken det rättsstridiga tilldelningskriteriet lämnas utan avseende?

- 4) Föreskrivs i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36/EEG, att den upphandlande myndigheten skall återkalla upphandlingen, om något av de tilldelningskriterier som den har bestämt i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665/EEG visar sig vara rättsstridigt?”

IV — Bedömning

A — Huruvida domstolen är behörig att besvara tolkningsfrågorna

28. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande undrat om domstolen är behörig att besvara tolkningsfrågorna, eftersom den anser att Bundesvergabeannts beslut inte är av domstolskaraktär.

29. I det avseendet hänvisar jag till punkterna 18–26 i mitt förslag till avgörande av den 25 februari 2003 i målet Hackermüller,⁶ där jag, efter att ha bedömt samma fråga, fann att Bundesvergabeamt skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG om den, som i förevarande fall, utövar sina behörigheter före tilldelandet av kontraktet.

30. Jag anser således att domstolen är behörig att besvara Bundesvergabeamts frågor.

som innebär att det maximala antalet poäng uppnås av den anbudsgivare som anger största mängd, varvid endast den mängd beaktas som överskrider den inom ramen för upphandlingen förväntade konsumtionen.

32. Det framgår av förklaringarna i beslutet om hänskjutande att denna fråga utgör en sammanfattning av flera problem som Bundesvergabeamt står inför. Jag kommer att behandla dem i samma ordning som den domstolen har gjort.

B — Den första tolkningsfrågan

31. Med sin första tolkningsfråga har Bundesvergabeamt sökt klarhet i huruvida de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36, innebär förbud mot att den upphandlande myndigheten vid inköp av el bestämmer ett tilldelningskriterium, som vid bedömningen av anbuden skall vägas in med 45 procent, enligt vilket anbudsgivaren — utan att vara bunden till en viss leveransdag — skall ange hur mycket el ur förnybara energikällor han kan leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare och

1. Huruvida kriterier som avser fördelar som inte direkt kan mätas i pengar är tillåtliga

33. Bundesvergabeamt har för det första frågat om det enligt gemenskapsrätten för offentlig upphandling är tillåtet att den upphandlande myndigheten bestämmer kriterier som avser fördelar som inte direkt kan mätas i pengar, som miljövänlighet. Den hyser vissa tvivel i det avseendet, med hänsyn till att kommissionen, efter vad den har konstaterat, är av den uppfattningen att ett tilldelningskriterium skall skaffa den upphandlande myndigheten en direkt ekonomisk fördel.

⁶ — Mål C-249/01, dom av den 19 juni 2003, REG 2003, s. I-6319, I-6321.

34. Det skall konstateras att domstolen, sedan Bundesvergabeamt ställde sin fråga och sedan intervenienterna avgav sina skriftliga yttranden, har tagit ställning till denna fråga i dom av den 17 september 2002 i målet Concordia Bus Finland.⁷

35. Den fastslog där i punkt 69 att "... en upphandlande myndighet, som vid offentlig upphandling av lokala busstransporttjänster har beslutat att kontraktet i fråga skall tilldelas den anbudsgivare som lämnar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kan beakta sådana miljökriterier ... under förutsättning att dessa kriterier har ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna, eller i meddelandet om upphandling, och är förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och särskilt icke-diskrimineringsprincipen".

36. Domstolen fastslog dessutom uttryckligen i punkt 55 i samma dom att artikel 36.1 a i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster,⁸ som har i stort sett samma lydelse som artikel 26.1 b i direktiv 93/36, "... inte [skall] tolkas så att samtliga kriterier som

den upphandlande myndigheten tillämpar för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall vara av rent ekonomisk art ...".

37. Med förbehåll för de ovan citerade villkor som domstolen uppställt, är det således tillåtet för en upphandlande myndighet att i en anbudsinfordran införa miljökriterier för tilldelningen. Det råder inget tvivel om att leverans av grön el skall anses utgöra ett sådant kriterium, vilket dessutom bekräftas av domen av den 13 mars 2001 i målet PreussenElektra⁹ enligt vilken "... det [skall] påpekas att användningen av förnybara energikällor för elproduktion ... tjänar ett miljöskyddsändamål, eftersom den bidrar till att minska utsläppen av växthusgaser, som är en av huvudorsakerna till klimatförändringarna, som Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater har föresatt sig att motverka".¹⁰

2. Den upphandlande myndighetens kontroll av att en anbudsgivares anbud uppfyller tilldelningskriteriet i anbudsinfordran

38. För det andra anser Bundesvergabeamt att den konkretaformuleringen av kriteriet

7 — Dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland (REG 2002, s. I-7213).

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

9 — Dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra AG mot Schlesweg AG (REG 2001, s. I-2099).

10 — Domen i det ovannämnda målet PreussenElektra, punkt 73.

”förnybar energikälla” leder till ett annat problem. Den har förklarat att den upphandlande myndigheten själv har erkänt att den inte tekniskt kan kontrollera huruvida den levererade elen verkligen har producerats ur förnybara energikällor. Detta medför att frågan bör ställas huruvida den upphandlande myndigheten över huvud taget får föreskriva ett tilldelningskriterium, om det inte är möjligt att kontrollera huruvida det avsedda målet uppnås.

39. Det är bara den nederländska regeringen som uttryckligen har analyserat detta problem som Bundesvergabeamt har lyft fram. Enligt den regeringen innebär de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om upphandlingsförfaranden att en upphandlande myndighet enbart skall använda sig av tilldelningskriterier som gör det möjligt att verkligen kontrollera att den information som leverantörerna lämnar beträffande de fastställda tilldelningskriterierna är korrekt.

40. Jag ansluter mig till den nederländska regeringens uppfattning.

41. Det är nämligen så, som den regeringen har påpekat, att ”[o]m det vore tillåtet för en upphandlande myndighet att bestämma tilldelningskriterier och samtidigt uppge att den varken är beredd eller i stånd att kontrollera huruvida leverantörerna i det avseendet har lämnat korrekt information i sina anbud, skulle den upphandlande myndighetens beslutsprocess inte kunna avslöpa

objektivt och öppet. ... En sådan upphandlingsmetod skulle strida mot de allmänna principer i bestämmelserna om offentlig upphandling som domstolen har godkänt i sin rättspraxis, i synnerhet principerna om jämlikhet och insyn samt förbudet mot godtycke”.

42. I det avseendet kan jag hänvisa till domen av den 22 juni 1993 i målet kommissionen mot Danmark,¹¹ i vilken domstolen i punkt 37 fastslog att det ”... skall ... konstateras att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera *en objektiv jämförelse* mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna”.¹²

43. På samma sätt fastslog domstolen i punkt 44 i domen av den 18 oktober 2001 i målet SIAC Construction¹³ att ”... tilldelningskriterierna, vid prövningen av anbudet, [skall] tillämpas *objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare* ...”.¹⁴

44. Det verkar enligt min mening inte finnas någon garanti för att ett tilldelningskriterium tillämpas objektivt och enhetligt

11 — Dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353; svensk specialutgåva, volym 14, s. 229).

12 — Min kursivering. Se även dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), punkt 70.

13 — Dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction (REG 2001, s. I-7725).

14 — Min kursivering.

på alla anbudsgivare om den upphandlande myndigheten i anbudsinfördran låter förstå att den inte kommer att kontrollera huruvida anbudsgivarna verkligen uppfyller detta kriterium.

45. Det är inte självklart från vilken källa den levererade elen kommer, i den meningen att en konsument inte har någon möjlighet att se om elen i hans eluttag kommer från förnybara energikällor eller inte.

46. Denna svårighet erkändes av domstolen i domen i det ovannämnda målet *PreussenElektra*, där den i punkt 79 fastslog följande: "Det ligger ... i elens natur att det är svårt att bestämma dess ursprung och särskilt dess källa, när den en gång har matats in i ett överförings- eller distributionsnät."

47. Domstolen tillade dock direkt i punkt 80 i samma dom följande: "Kommissionen har därför i sitt förslag, presenterat den 31 maj 2000, till Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/C 311 E/22 om främjande av el från förnybara energikällor på den inre marknaden för el (EGT C 311 E, s. 320) (som under tiden har blivit direktiv 2001/77), uttryckt den uppfattningen att det är absolut nödvändigt att medlemsstaterna inför ett system med ursprungscerti-

fikat för el från förnybara energikällor, vilka kan bli föremål för ömsesidigt erkännande, för att göra handeln med denna typ av el tillförlitlig och praktiskt genomförbar."

48. Därav följer således att det, även om det inte är lätt att avgöra den levererade elens ursprung, finns möjligheter att göra det, till exempel genom att kräva intyg eller, som den nederländska regeringen har påpekat, "genom att kräva att anbudsgivarna bevisar vilken mängd el de har producerat eller köpt som kommer från förnybara källor, samt vilken mängd el ur förnybara källor som de, enligt de avtal de har slutit, reserverar för andra kunder än den upphandlande myndigheten".

3. Sambandet mellan tilldelningskriteriet och det av den upphandlande myndigheten avsedda målet

49. För det tredje anser Bundesvergabeamt att "tilldelningskriteriet leder till ytterligare ett problem. Då det endast tas hänsyn till hur mycket el ur förnybara energikällor som kan levereras, men inte kontrolleras huruvida avtalsparten i fråga på grund av produktionsstrukturen verkligen bidrar till att *öka produktionen av el ur förnybara energikällor*, tycks det också vara oklart huruvida den upphandlande myndigheten över huvud taget kan uppnå det avsedda målet med hjälp av detta tilldelningskriterium. Det är nämligen mycket väl möjligt

att den elmängd som produceras ur förnybara energikällor över huvud taget inte påverkas av detta tilldelningskriterium, då det ju står avtalsparten helt fritt att själv bestämma om han vill producera denna el eller köpa in den någon annanstans.”¹⁵

52. Även om det mål att skydda miljön som den upphandlande myndigheten eftersträvat genom att införa detta kriterium inte uppnås, medför inte detta att ett miljökriterium som införts i en anbudsinfordran skulle vara rättsstridigt.

50. Den nederländska regeringen, som är den enda intervenienten som har tagit ställning till det problem som Bundesvergabeamt lyft fram i fråga om vilket slags tjänst som skall utföras, det vill säga i förevarande fall leverans av el ur förnybara energikällor, har på goda grunder påpekat att det saknar betydelse om leverantören har tillhandahållit denna el själv eller köpt den av andra eller leverantörer av samma slag. El som levererats ur förnybara energikällor är av jämförbart slag, antingen den har producerats av leverantören eller av tredje man.

4. Sambandet mellan tilldelningskriteriet och föremålet för kontraktet

53. För det fjärde har Bundesvergabeamt uppgivit följande: ”När det gäller kriteriet i det aktuella fallet frågas endast vilken mängd som över huvud taget kan levereras, och inte vilken mängd som kan levereras till den upphandlande myndigheten. I detta avseende har ju den upphandlande myndigheten i alla fall bestämt sig för att enbart vilja ha el ur förnybara energikällor. Det är därför tveksamt huruvida detta tilldelningskriterium medför direkta ekonomiska fördelar för den upphandlande myndigheten.”

51. Jag anser dessutom att det faktum att tilldelningskriteriet, som Bundesvergabeamt har konstaterat, inte gör det möjligt att uppnå det av den upphandlande myndigheten avsedda målet, nämligen att öka mängden el ur förnybara energikällor, inte i sig är något tecken på att detta kriterium skulle strida mot gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.

54. Denna fråga om sambandet mellan tilldelningskriteriet och föremålet för kontraktet har diskuterats utförligt av intervenienterna.

55. Svaranden i målet vid den nationella domstolen och den österrikiska regeringen anser att den upphandlande myndigheten,

15 — Min kursivering.

för att avgöra vilket anbud som var det mest fördelaktiga i det ifrågavarande upphandlingsförfarandet, har uppställt en tryggad försörjning med el av en särskild kvalitet som ett tilldelningskriterium genom att den, förutom priset, tagit hänsyn till den mängd grön el som varje anbudsgivare kunde leverera utöver de 22,5 GWh som under alla omständigheter skulle garanteras.

tilldelningskriterier den tillämpar. De kriterier som fastställdes i anbudsinfordran var enligt den regeringen ägnade att främja produktion av el från förnybara energikällor, vilket resulterar i fördelar i form av mindre miljöpåverkan och därmed en bättre miljö för alla. Enligt denna regering skapar man på så sätt förutsättningar för en hållbar utveckling.

56. Den österrikiska regeringen har därvid förklarat att ju större mängd energi ett företag förfogar över, desto större är leveranstryggheten, vilket gör det möjligt att trygga försörjning med den önskade prestationen vid högbelastning av elnätet eller i händelse av tillfälligt ökad konsumtion hos den som köper el.

57. Leveranstryggheten i sig är dock enligt samma regering, med stöd av svaranden i målet vid den nationella domstolen, inte på något sätt ett kriterium som inte har samband med tjänsten; det är snarare ett ekonomiskt kriterium. Ju mer högpresterande en anbudsgivare är, desto mindre är risken för den upphandlande myndigheten att dess efterfrågan inte skall mötas och att den eventuellt måste finna ett kostsamt alternativ med kort varsel.

58. Enligt den svenska regeringen följer det varken av direktivets ordalydelse eller av rättspraxis att den upphandlande enheten själv skall dra ekonomisk fördel av de

59. Klagandena i målet vid den nationella domstolen, den nederländska regeringen och kommissionen anser däremot att tilldelningskriteriet, eftersom det anges att endast den mängd energi beaktas som produceras ur förnybara energikällor utöver 22,5 GWh per år, vilket motsvarar det beräknade årliga behovet för de statliga tjänstelokaler som avsågs med upphandlingen, strider mot direktiv 93/36 eftersom det inte finns tillräckligt samband mellan detta kriterium och föremålet för kontraktet.

60. Enligt klagandena i målet vid den nationella domstolen utgör det ifrågavarande tilldelningskriteriet i verkligheten en betygsättning av anbudsgivarnas kapacitet att leverera en så stor mängd som möjligt av el ur förnybara energikällor och därmed i slutändan av anbudsgivarna själva. De anser att tilldelningskriteriet därmed i själva verket är ett dolt urvalskriterium.

61. Vad kan man säga om dessa argument?

62. För det första är det förvisso sant, som svaren i målet vid den nationella domstolen och den österrikiska regeringen med rätta har påpekat, att domstolen i punkt 44 i dom av den 28 mars 1995 i målet Evans Medical och Macfarlan Smith¹⁶ fastslog att "... anskaffningens tillförlitlighet [kan] omfattas av de kriterier som ... skall läggas till grund för vilket anbud som skall anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga ...".

63. Frågan huruvida det tilldelningskriterium som det är fråga om i förevarande fall syftar till att garantera anskaffningens tillförlitlighet är dock en fråga rörande faktiska omständigheter som skall avgöras av den nationella domstolen.

64. Bundesvergabeamt antyder i sitt beslut om hänskjutande inte på något sätt att detta kriterium egentligen borde uppfattas så att det syftar till att garantera anskaffningens tillförlitlighet. Jag utgår därför i följande bedömning från att det ifrågavarande kriteriet inte har detta syfte.

16 — Dom av den 28 mars 1995 i mål C-324/93, The Queen mot Secretary of State for Home Department (REG 1995, s. I-563).

65. Därefter uppkommer frågan huruvida det enligt direktiv 93/36 krävs att det skall finnas ett samband mellan tilldelningskriteriet och föremålet för kontraktet.

66. I mitt förslag till avgörande av den 13 december 2001 i det ovannämnda målet Concordia Bus Finland, påpekade jag, med hänvisning till domen av den 26 september 2000 i målet kommissionen mot Frankrike,¹⁷ i vilken domstolen fastställde att ett sysselsättningsvillkor, knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten, i princip utgjorde ett giltigt upphandlingskriterium, att något sådant krav inte var självklart.¹⁸

67. I domen i det ovannämnda målet Concordia Bus Finland tog domstolen dock uttryckligen och klart ställning till denna fråga och fastslog i punkt 69 att "... en upphandlande myndighet ... kan beakta ... miljökriterier ... *under förutsättning att dessa kriterier har ett samband med kontraktets föremål ...*".¹⁹

68. Som klagandena i målet vid den nationella domstolen, den nederländska regeringen och kommissionen med fog har påpekat, har dock ett tilldelningskriterium som består i att tilldela poäng för den

17 — Dom av den 26 september 2000 i mål C-225/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-7445).

18 — Punkterna 110–112 i det ovannämnda förslaget till avgörande. Bedömningen gällde direktiv 92/50 i vilket de relevanta bestämmelserna emellertid i allt väsentligt är desamma som i direktiv 93/36. Se även punkt 36 ovan.

19 — Min kursivering.

mängd el ur förnybara energikällor anbudsgivaren kan leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare, varvid endast den mängd beaktas som överskrider den inom ramen för upphandlingen förväntade konsumtionen, inte något samband med föremålet för kontraktet. Det framgår nämligen klart redan av själva formuleringen att ett sådant kriterium inte rör själva föremålet för kontraktet.

69. Jag anser därför att ett sådant kriterium strider mot de krav som följer av direktiv 93/36.

70. Dessutom verkar det enligt min mening i förevarande fall kunna skapa en diskriminering mellan anbudsgivarna, i synnerhet mellan små och stora leverantörer.

71. Låt oss anta att det finns två leverantörer som kan leverera den el som är föremål för kontraktet, det vill säga ungefär 22,5 GWh grön el per år. Den ena är en liten leverantör som är specialiserad på leverans av grön el och för vilken det ifrågasvarande kontraktet är viktigt. Den andra är en mycket stor leverantör för vilken grön el endast utgör en liten del av verksamheten men som icke desto mindre, genom sin storlek, kan leverera mer grön el än den första leverantören. Kontraktet i fråga är definitionsmässigt bara av liten betydelse för denna stora leverantör.

72. Av detta, visserligen hypotetiska, exempel följer dock att det ifrågasvarande tilldelningskriteriet, bland de två leverantörerna — som mycket väl kan uppfylla avtalsvillkoren — i verkligheten bara gynnar den stora leverantören på grund av dess storlek. Enbart företagets storlek utgör dock inte i sig ett objektvt skäl för att två anbudsgivare som kan uppfylla de villkor som är kopplade till föremålet för kontraktet skall behandlas olika.

5. Den upphandlande myndighetens underlåtelse att i anbudsinfordran fastställa för vilken leveransperiod anbudsgivarna i sina anbud skall ange den mängd el ur förnybara energikällor de kan leverera

73. Bundesvergabeamt har för det femte konstaterat "att den upphandlande myndigheten ... vid formuleringen av kriteriet inte bestämt för vilket exakt leveransdatum den mängd som skall levereras skall anges". Den drar därav slutsatsen att det "framstår ... som om det angivna kriteriet över huvud taget inte kan bli föremål för någon exakt kontroll och ger den upphandlande myndigheten ett för stort utrymme för skönsmässig bedömning och strider mot principen om att anbudet skall kunna jämföras".

74. Den nederländska regeringen, den enda intervenienten som uttryckligen har tagit ställning till detta, har med rätta påpekat

att anbudsgivarna skall vara informerade i förväg om den upphandlande myndighets tilldelningskriterier. Dessa kriterier skall vara formulerade så att de gör det möjligt att göra en rättvisande och objektiv jämförelse av de olika anbudena.

75. I det avseendet kan jag hänvisa till det ovannämnda målet SIAC Construction, där domstolen i punkt 42 fastslog att "... tilldelningskriterierna skall vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt".

76. Det ankommer på den nationella domstolen att, med hänsyn till alla omständigheter i målet vid den nationella domstolen, bedöma huruvida tilldelningskriterierna i den ifrågakvarande upphandlingen uppfyller detta krav.

6. Viktningen av tilldelningskriteriet med 45 procent

77. Bundesvergabeamt anser slutligen att "den omständigheten att kriteriet i fråga skall vägas in med 45 procent framstår som problematisk, då man mot detta skulle kunna invända att den upphandlande

myndigheten inte i denna utsträckning får beakta något som inte direkt låter sig bedömas ekonomiskt".

78. I det avseendet anser jag att den upphandlande myndigheten, under förutsättning att den fastställer giltiga kriterier, i princip har rätt att besluta om en viktning av kriterierna, vilket svaranden i målet vid den nationella domstolen har påpekat.

79. Domstolen fastslog nämligen i punkt 42 i domen i det ovannämnda målet Evans Medical och Macfarlan Smith att "... upphandlande myndigheter vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet [får] välja ut de kriterier som de vill lägga till grund för tilldelningen, dock under förutsättning att de väljer kriterier som är ägnade att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga".

80. Om den upphandlande myndigheten har rätt att välja tilldelningskriterier, måste den enligt min mening även ha rätt att välja hur dessa kriterier skall viktas sinsemellan, under förutsättning att de är ägnade att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

7. Förslag till avgörande beträffande den första frågan

81. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att Bundesvergabeamts första fråga skall besvaras så att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36, innebär förbud mot att den upphandlande myndigheten vid inköp av el bestämmer ett tilldelningskriterium, som vid bedömningen av anbudena skall vägas in med 45 procent, enligt vilket anbudsgivaren — utan att vara bunden till en viss leveransdag — skall ange hur mycket el ur förnybara energikällor han kan leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare och som innebär att det maximala antalet poäng uppnås av den anbudsgivare som anger största mängd, varvid endast den mängd beaktas som överskrider den inom ramen för upphandlingen förväntade konsumtionen.

C — Den andra tolkningsfrågan

82. Med sin andra tolkningsfråga har Bundesvergabeamt sökt klarhet i huruvida de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 2.1 b i direktiv 89/665, innebär förbud mot att upphävandet av ett rättsstridigt beslut i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 görs beroende av att det

visas att det rättsstridiga beslutet har en väsentlig inverkan på upphandlingsförfarandets utgång.

83. Angående denna fråga har Bundesvergabeamt förklarat följande: ”Enligt den nationella bestämmelse som Bundesvergabeamt skall tillämpa i prövningsförfarandet har Bundesvergabeamt inte rätt att ogiltigförklara ett upphandlingsbeslut endast på grund av att det anses vara rättsstridigt. Den relevanta bestämmelsen i 117 § första stycket andra punkten BVergG innebär nämligen dessutom att det beslut som är föremål för prövningsförfarandet skall ha en väsentlig inverkan på upphandlingsförfarandets utgång”. Bundesvergabeamt undrar huruvida ett sådant villkor är förenligt med gemenskapsrätten.

84. Det skall härvid först konstateras att den ifrågasvarande nationella bestämmelsen inte rör frågan, som regleras genom artikel 1.3 i direktiv 89/665, under vilka omständigheter en anbudsgivare får ansöka om prövning, utan frågan under vilka omständigheter ett beslut av den upphandlande myndigheten får upphävas, vilket även den österrikiska regeringen har konstaterat.

85. I direktiv 89/665, i synnerhet artikel 2.1²⁰ fastställs inte några sådana villkor för

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

b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande 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,

...

att upphäva ett beslut, vilket den österrikiska regeringen helt riktigt har påpekat. Det innehåller inte någon konkret bestämmelse om huruvida upphävandet av ett rättsstridigt beslut i ett prövningsförfarande enligt artikel 1 i detta direktiv får göras beroende av att det visas att det rättsstridiga beslutet har en väsentlig inverkan på anbudsförfarandets utgång.

86. Som framgår av de nyligen avkunnade domarna av den 18 juni 2002 i målet HI²¹ och av den 12 december 2002 i målet *Universale-Bau*²² utgör gemenskapsrätten i princip inte hinder för att den nationella rätten reglerar aspekter av prövningsförfarandet som inte är fastställda i direktivet "... under förutsättning att de tillämpliga nationella bestämmelserna varken är mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning (effektivitetsprincipen) (se analogt dom av den 20 september 2001 i mål C-390/98, *Banks*, REG 2001, s. I-6117, punkt 121, och i mål C-453/99, *Courage och Crehan*, REG 2001, s. I-6297, punkt 29)".²³

87. Det ankommer således på den nationella domstolen att med hänsyn till de särskilda omständigheterna i förevarande fall kontrollera att det ovannämnda villkoret inte är mindre förmånligt än det som avser liknande talan som grundas på nationell rätt eller i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning.

88. Jag föreslår därför att den andra tolkningsfrågan skall besvaras så att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 2.1 b i direktiv 89/665, inte innebär förbud mot att upphävandet av ett rättsstridigt beslut i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 görs beroende av att det visas att det rättsstridiga beslutet har en väsentlig inverkan på upphandlingsförfarandets utgång, under förutsättning att detta villkor varken är mindre förmånligt än det som avser liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning (effektivitetsprincipen).

D — Den tredje tolkningsfrågan

89. Med sin tredje tolkningsfråga har Bundesvergabeamt sökt klarhet i huruvida de gemenskapsrättsligabestämmelserna om

21 — Dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI (REG 2002, s. I-5553).

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

23 — Domen i det ovannämnda målet HI, punkt 67.

offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36, innebär förbud mot att upphävandet av ett rättsstridigt beslut i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 görs beroende av att det visas att det rättsstridiga beslutet har en väsentlig inverkan på upphandlingsförfarandets utgång, om detta skall ske genom att prövningsorganet prövar huruvida rangordningen av de avgivna anbudena ändras när dessa blir föremål för en ny bedömning vid vilken det rättsstridiga tilldelningskriteriet lämnas utan avseende.

1. Bundesvergabeamts synpunkter

90. Angående denna fråga har Bundesvergabeamt förklarat att "[i] förarbetena som enligt nationella tolkningsmetoder skall beaktas anges ... att frågan huruvida ett ifrågasatt upphandlingsbeslut är av väsentlig betydelse för upphandlingsförfarandets utgång skall besvaras på så sätt att prövningsorganet skall undersöka huruvida kontraktet skulle behöva tilldelas en annan anbudsgivare, om den upphandlande myndigheten hade agerat i enlighet med reglerna".

91. Detta betyder enligt Bundesvergabeamt konkret att "[p]rövningsorganet skall lämna det tilldelningskriterium som anses vara rättsstridigt utan avseende och bedöma de avgivna anbudena med hänsyn

till de övriga tilldelningskriterierna och se huruvida anbudena skall rangordnas på annat sätt än vad den upphandlande myndigheten ansåg vara rätt".

92. Bundesvergabeamt hyser dock tvivel om huruvida detta tillvägagångssätt överensstämmer med gemenskapsrätten. Den har bland annat påpekat följande: "Vid det tillvägagångssätt som föreskrivs i nationell rätt fattas tilldelningsbeslutet nämligen i prövningsförfarandet, i vilket anbudena bedöms med hänsyn till kriterier som anbudsgivarna inte informerats om, varför de inte heller kunde ta hänsyn till dem när de utformade sina anbud. ... [D]etta resultat förefaller strida mot artikel 26.2 i direktivet, då en anbudsgivare med fog skulle kunna göra gällande att han skulle ha utformat sitt anbud på annat sätt om han hade vetat att det skulle tillämpas en annan avvägningssätt (i förevarande fall hänsyn till priset med 100 procent i stället för 55 procent)."

93. Om denna tolkning skall gälla, verkar den enda lösningen enligt Bundesvergabeamt vara att "återkalla upphandlingen, då upphandlingen i annat fall avslutas enligt kriterier som varken har bestämts av den upphandlande myndigheten eller meddelats anbudsgivarna".

2. Parternas argument

94. Svaranden i målet vid den nationella domstolen och den österrikiska regeringen delar i sina skriftliga yttranden inte Bundesvergabeamts tvivel på huruvida det tillvägagångssätt den har beskrivit överensstämmer med gemenskapsrätten.

95. Svaranden i målet vid den nationella domstolen har gjort gällande att en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling som inte innebär att anbudens rangordnas annorlunda inte på något sätt ändrar fastställandet av vilket som är det bästa anbudet. Om bedömningen av vilket som är det bästa anbudet inte påverkas, får den anbudsgivare som ansöker om prövning emellertid varken kontraktet eller någon ersättning, enligt samma intervenient.

96. Den har dessutom påpekat att det inte skulle ha ändrat någonting i det ifrågavarande upphandlingsförfarandet om man hade lämnat det aktuella tilldelningskriteriet utan avseende. Den har nämligen gjort gällande att KELAG även hade erbjudit det allra lägsta priset.

97. Den österrikiska regeringen har hävdat att det är obegripligt att ett provningsförfarande skall äga rum på ansökan från en anbudsgivare som hade rangordnats på en plats som inte ger något hopp, när den

rättsstridighet som han påstår att upphandlingsförfarandet är behäftat med i vilket fall som helst inte skulle betyda att han eller andra eventuellt berörda anbudsgivare skulle ha kommit högre upp i rangordningen, även om upphandlingsförfarandet hade avslöpt enligt reglerna.

98. Den österrikiska regeringen har dock vid den muntliga förhandlingen gjort gällande att Bundesvergabeamt har ställt sin tredje tolkningsfråga med tanke på en österrikisk lagstiftning som upphävdes för flera år sedan och att den i sak ansluter sig till kommissionens uppfattning.

99. Kommissionen och klagandena i målet vid den nationella domstolen anser att det tillvägagångssätt som Bundesvergabeamt har beskrivit strider mot gemenskapsrätten.

100. Klagandena i målet vid den nationella domstolen har hävdat att man, om man lämnar ett angivet tilldelningskriterium utan avseende, även om det är rättsstridigt, skulle åsidosätta sådana centrala gemenskapsrättsliga principer för offentlig upphandling som offentlighet och insyn.

101. Kommissionen har påpekat att den tredje tolkningsfrågan inte borde ställas, eftersom varken den upphandlande myn-

digheten eller prövningsorganet kan ändra tilldelningskriterierna sedan de har meddelats.

102. De svenska och nederländska regeringarna har inte tagit ställning till denna tolkningsfråga.

3. Bedömning

103. Låt mig först påpeka att den österrikiska regeringens anmärkning, att Bundesvergabeamt när den ställde den tredje tolkningsfrågan vägledades av en nationell lagstiftning som upphävdes för flera år sedan, inte bör hindra mig från att besvara den frågan.

104. Enligt fast rättspraxis ankommer det nämligen endast på den nationella domstolen att bedöma relevansen av de frågor som den ställer till domstolen.²⁴

²⁴ — Se bland annat dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 59, av den 25 juni 2002 i mål C-66/00, Bigi (REG 2002, s. I-5917), punkt 18, och av den 10 december 2002 i mål C-153/00, Weduwe (REG 2002, s. I-11319), punkt 31.

105. Med hänsyn till Bundesvergabeamts förklaringar och till det svar jag föreslår på den andra tolkningsfrågan anser jag att den tredje tolkningsfrågan bör förstås så att den i huvudsak syftar till att få klarlagt huruvida en sådan nationell rättsregel som den som föreskrivs i 117 § BVergG, som gör upphävandet av ett rättsstridigt beslut i prövningsförfarandet beroende av att det visas att det rättsstridiga beslutet har en väsentlig inverkan på upphandlingsförfarandets utgång, strider mot effektivitetsprincipen, eftersom den nationella domstolen enligt denna bestämmelse är skyldig att kontrollera huruvida rangordningen av de avgivna anbuden ändras när dessa blir föremål för en ny bedömning vid vilken det rättsstridiga tilldelningskriteriet lämnas utan avseende.

106. Jag anser att denna fråga skall besvaras jakande.

107. Som kommissionen korrekt har påpekat, fastslog domstolen i domen i det ovannämnda målet SIAC Construction följande:

”41.... [P]rincipen om likabehandling [innebär] en skyldighet att möjliggöra insyn, så att man kan kontrollera att den iakttas (se, analogt, dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3-S, REG 1999, s. I-8291, punkt 31).

42. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna skall vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

tiv 93/36,²⁶ varav, enligt den regeringen, följer att en ändring av tilldelningskriterierna under förfarandet inte a priori kan vara uteslutet.

43. Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten skall *tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet* (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkterna 88 och 89).²⁵

110. Villkoret att tilldelningskriterierna inte kan ändras under förfarandet är inte uppfyllt om prövningsmyndigheten, när den skall kontrollera huruvida villkoren för upphävande är uppfyllda, gör en ny bedömning av anbuderna och därvid lämnar ett av tilldelningskriterierna utan avseende.

108. Därav följer a fortiori att man för att iaktta principen om likabehandling bör hålla sig till samma tilldelningskriterier under hela förfarandet.

111. Ett sådant tillvägagångssätt är i verkligheten detsamma som att ändra de tilldelningskriterier som den upphandlande myndigheten fastställt, vilket för övrigt inte kan anses vara utan inverkan på de olika anbudsgivarnas ställning.

109. I den mån denna tolkning grundas på principen om likabehandling kan den inte ifrågasättas genom att, som den österrikiska regeringen gjort i sitt skriftliga yttrande, hänvisa till de franska och engelska lydelseerna av artikel 26.2 i direk-

112. Om tilldelningskriterierna i anbudsfördran i det avseendet hade varit annorlunda än de som faktiskt förekom i denna, hade såväl den anbudsgivare som inledde prövningen som de andra anbudsgivarna

25 — Min kursivering.

26 — "Dans le cas visé au paragraphe 1 point b), le pouvoir adjudicateur mentionne, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée" och "In the case referred to in point (b) of paragraph 1, the contracting authority shall state in the contract documents or in the contract notice all the criteria they intend to apply to the award, where possible in descending order of importance".
Min kursivering.

mycket väl kunnat lämna ett annorlunda anbud, vilket Bundesvergabeamt och klagandena i målet vid den nationella domstolen på goda grunder påpekat. Det är i förevarande fall, som Bundesvergabeamt med rätta har påpekat, mycket möjligt att en anbudsgivare som hade tänkt samla poäng beträffande kriteriet förnybara energikällor skulle ha erbjudit ett lägre pris om han hade vetat att priskriteriet till slut skulle bli det enda som tillämpades.

det i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36, föreskrivs att den upphandlande myndigheten skall återkalla upphandlingen, om något av de tilldelningskriterier som den har bestämt i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 visar sig vara rättsstridigt.

113. Jag föreslår därför att den tredje tolkningsfrågan skall besvaras så att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36, innebär förbud mot att upphävandet av ett rättsstridigt beslut i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 görs beroende av att det visas att det rättsstridiga beslutet har en väsentlig inverkan på upphandlingsförfarandets utgång, om detta skall ske genom att prövningsorganet prövar huruvida rangordningen av de avgivna anbuden ändras när dessa blir föremål för en ny bedömning vid vilken det rättsstridiga tilldelningskriteriet lämnas utan avseende.

115. Det framgår av Bundesvergabeamts förklaringar angående den tredje tolkningsfrågan att den fjärde frågan har nära samband med den tredje i den meningen att det ligger i dess natur att ett jakande svar på den tredje frågan automatiskt skulle ge ett jakande svar på den fjärde frågan.

116. De intervenienter som har tagit ställning till denna fråga har även föreslagit att svaret på den fjärde frågan skall ha samma innebörd som det svar de har föreslagit på den tredje tolkningsfrågan.

E — *Den fjärde tolkningsfrågan*

114. Med sin fjärde tolkningsfråga har Bundesvergabeamt sökt klarhet i huruvida

117. Jag för min del anser att den fjärde frågan måste omformuleras för att den skall kunna besvaras på ett användbart sätt.

118. Man kan nämligen inte enbart av det faktum att ett av tilldelningskriterierna i ett prövningsförfarande enligt direktiv 89/665 har visat sig vara rättsstridigt dra slutsatsen att den upphandlande myndigheten skall återkalla anbudsinfordran.

har bestämt i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 visar sig vara rättsstridigt och av den anledningen ogiltigförklaras av prövningsmyndigheten.

119. Om prövningen inleds efter det att kontraktet har ingåtts och om en medlemsstat använder sig av den möjlighet som föreskrivs i artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665,²⁷ kommer inte ett fastställande som skett under prövningsförfarandet enligt vilket ett tilldelningskriterium är rättsstridigt att ge anledning till ett återkallande av anbudsinfordran utan bara till att ersättning utdöms till den anbudsgivare vars anbud förkastats, vilket svaranden i målet vid den nationella domstolen och den österrikiska regeringen med rätta påpekade vid förhandlingen.

121. Om frågan formuleras på det sättet skall den enligt min mening besvaras jakande.

122. Såsom framgår av prövningen av den tredje tolkningsfrågan skall nämligen tilldelningskriterierna vara desamma under hela upphandlingsförfarandet. En upphandlande myndighet kan således inte fortsätta ett sådant förfarande om prövningssmyndigheten ogiltigförklarar ett tilldelningskriterium.

120. Den fråga som uppkommer är följaktligen huruvida det i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36, föreskrivs att den upphandlande myndigheten skall återkalla upphandlingen, om något av de tilldelningskriterier som den

123. Jag föreslår därför att den fjärde tolkningsfrågan skall besvaras så att det i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36, föreskrivs att den upphandlande myndigheten skall återkalla upphandlingen, om något av de tilldelningskriterier som den har bestämt i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 visar sig vara rättsstridigt och av den anledningen ogiltigförklaras av prövningsmyndigheten.

27 — "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."

V — Förslag till avgörande

124. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara tolkningsfrågorna på följande sätt:

— Den första tolkningsfrågan:

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, innebär förbud mot att den upphandlande myndigheten vid inköp av el bestämmer ett tilldelningskriterium, som vid bedömningen av anbudena skall vägas in med 45 procent, enligt vilket anbudsgivaren — utan att vara bunden till en viss leveransdag — skall ange hur mycket el ur förnybara energikällor han kan leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare och som innebär att det maximala antalet poäng uppnås av den anbudsgivare som anger största mängd, varvid endast den mängd beaktas som överskrider den inom ramen för upphandlingen förväntade konsumtionen.

— Den andra tolkningsfrågan:

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 2.1 b 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, innebär inte förbud mot att upphävandet av ett rättsstridigt beslut i prövningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 görs beroende av att det visas att det rättsstridiga beslutet har en

väsentlig inverkan på upphandlingsförfarandets utgång, under förutsättning att detta villkor varken är mindre förmånligt än det som avser liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning (effektivitetsprincipen).

— Den tredje tolkningsfrågan:

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36, innebär förbud mot att upphävandet av ett rättsstridigt beslut i provningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 görs beroende av att det visas att det rättsstridiga beslutet har en väsentlig inverkan på upphandlingsförfarandets utgång, om detta skall ske genom att provningsorganet prövar huruvida rangordningen av de avgivna anbuden ändras när dessa blir föremål för en ny bedömning vid vilken det rättsstridiga tilldelningskriteriet lämnas utan avseende.

— Den fjärde tolkningsfrågan:

I de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36, föreskrivs att den upphandlande myndigheten skall återkalla upphandlingen, om något av de tilldelningskriterier som den har bestämt i provningsförfarandet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 visar sig vara rättsstridigt och av den anledningen ogiltigförklaras av provningsmyndigheten.