

DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)

den 18 mars 2004 *

I mål C-314/01,

angående en begäran enligt artikel 234 EG, från Bundesvergabeamt (Österrike), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Siemens AG Österreich,

ARGE Telekom & Partner

och

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger,

ytterligare deltagare i rättegången:

Bietergemeinschaft EDS/ORGA,

angående tolkningen av rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk

* Rättegångsspråk: tyska.

specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139),

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av domarna V. Skouris, tillförordnad ordförande på sjätte avdelningen, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (referent) och N. Colneric,

generaladvokat: L.A. Geelhoed,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören M.-F. Contet,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- ARGE Telekom & Partner, genom M. Öhler, Rechtsanwalt,
- Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, genom G. Lansky, Rechtsanwalt,
- Bietergemeinschaft EDS/ORGa, genom R. Regner, Rechtsanwalt,
- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Nolin, i egenskap av ombud, biträdd av R. Roniger, Rechtsanwalt,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 18 september 2003 av: Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, företrädd av T. Hamerl, Rechtsanwalt, Österrikes regering, företrädd av M. Fruhmann, och kommissionen, företrädd av M. Nolin, biträdd av R. Roniger,

och efter att den 20 november 2003 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Bundesvergabeamt har, genom beslut av den 11 juli 2001 som inkom till domstolens kansli den 9 augusti samma år, i enlighet med artikel 234 EG ställt fyra frågor 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 (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) (nedan kallat direktiv 89/665).

- 2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan å ena sidan bolagen Siemens AG Österreich (nedan kallat Siemens) och ARGE Telekom & Partner (nedan kallat ARGE Telekom) och å andra sidan Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (sammanslutning mellan österrikiska socialförsäkringskassor, nedan kallad Hauptverband), i dess egenskap av upphandlande myndighet, angående ett förfarande för offentlig upphandling av varor och tjänster.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

- 3 I artikel 1.1 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av direktiv[en] 71/305/EEG, 77/62/EEG och 92/50/EEG ..., kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställs i följande artiklar, särskilt artikel 2.7, om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.”

- 4 I artikel 2 i direktiv 89/665 preciseras vilka skyldigheter som åligger medlemsstaterna. Punkterna 1, 6 och 7 i ovannämnda artikel innehåller följande:

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

- a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,
- b) antingen [undanröja] eller [låta undanröja] olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen,
- c) ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse.

...

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

Medlemsstaterna får dessutom bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningsorganets behörighet sedan ett

upphandlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen.

7. Medlemsstaterna skall se till att införa bestämmelser, som garanterar att [prövnings]organens beslut verkligen åtlyds.”

- 5 Direktiv 92/50 innehåller gemensamma regler om deltagande i offentlig upphandling av tjänster. Bland annat ges en möjlighet att lägga ut en del av kontraktet på underleverantörer. I artikel 25 i direktivet anges följande:

”De upphandlande myndigheterna får i kontraktsdokumenten begära att anbudsgivaren i sitt anbud skall ange till vilken del han ämnar lägga ut kontraktet på underleverantörer.

En sådan angivelse skall inte påverka huvudleverantörens ansvar.”

- 6 Direktiv 92/50 innehåller även kvalitativa urvalskriterier för bedömningen av vilka kandidater som skall tillåtas delta i upphandlingsförfarandet. Artikel 32 i direktivet har följande lydelse:

”1. Tjänsteleverantörernas förmåga att utföra tjänsterna kan bedömas mot bakgrund av framför allt deras yrkesmässiga färdigheter, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

2. Bevis om tjänsteleverantörens tekniska kapacitet får ges i en eller flera av följande former beroende på de upphandlade tjänsternas art, mängd och ändamål:

...

- c) Uppgift om vilka tekniker och tekniska organ som anlitas, även om de inte direkt tillhör företaget, särskilt sådana som ansvarar för kvalitetssäkring.

...

- h) Uppgift om hur stor del av kontraktet tjänsteleverantören eventuellt avser att lägga ut på underleverantörer.

3. Den upphandlande myndigheten skall i meddelandet eller i uppmaningen att lämna anbud specificera vilka referenser den önskar erhålla.

...”

Den nationella lagstiftningen

- 7 Direktiven 89/665 och 92/50 har införlivats med österrikisk rätt genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (1997 års federala lag om offentlig upphandling, BGB1. I, 1997/56, i den version som offentliggjorts i BGB1. I, 2000/125) (nedan kallad BVergG).
- 8 I 31 § BVergG, som handlar om tjänster som utförs av underleverantörer, föreskrivs följande:

”1. Det skall i handlingarna rörande anbudsinfordran anges om det är tillåtet att anlita underleverantörer. Det är inte tillåtet att lägga ut hela upphandlingskontraktet på underleverantörer, förutom om det rör sig om köpeavtal eller om underleverantörerna tillhör samma koncern som huvudleverantören. Vid offentlig upphandling av byggarbeten är det inte tillåtet att lägga ut huvuddelen av arbetena på underleverantörer. ... Den upphandlande myndigheten skall försäkra sig om att huvudleverantörens underleverantörer själva utför huvuddelen av de kontrakt som har lagts ut på dem. Den upphandlande myndigheten kan i undantagsfall, när det är vederbörligen motiverat, ange i handlingarna avseende anbudsinfordran att huvuddelen av kontraktet får läggas ut på underleverantörer. Att lägga ut delar av upphandlingskontraktet på underleverantörer är för övrigt endast tillåtet om underleverantören har tillräcklig kapacitet för att utföra sin del.

2. Den upphandlande myndigheten skall i handlingarna avseende anbudsinfordran anmoda anbudsgivaren att i sitt anbud ange vilken del av kontraktet han eventuellt ämnar lägga ut på underleverantörer. En sådan angivelse skall inte påverka anbudsgivarens ansvar.”

- 9 I 40 § första stycket BVergG, som rör återkallande av anbudsinfordran, föreskrivs följande:

”Under anbudstiden skall anbudsinfordran återkallas om tvingande skäl föreligger, bland annat om den upphandlande myndigheten före anbudsfristens utgång får kännedom om omständigheter vilka om de hade varit kända tidigare skulle ha lett till att någon sådan anbudsinfordran inte hade utfärdats eller att anbudsinfordran hade haft ett annat innehåll.”

- 10 52 § och följande §§ BVergG avser undersökningen av anbudet. I 52 § punkt 1 föreskrivs följande:

”Innan den upphandlande myndigheten övergår till att välja ut den anbudsgivare som skall tilldelas upphandlingskontraktet skall myndigheten på grundval av resultaten från undersökningen omedelbart utesluta följande anbud:

...

- 9) Anbud från anbudsgivare som har slutit avtal med andra anbudsgivare som är till förfång för den upphandlande myndigheten och som strider mot god sed eller innebär ett åsidosättande av principen om effektiv konkurrens.

...”

- 11 I 113 § BVergG fastställs Bundesvergabeamts (federal upphandlingsmyndighet) befogenheter. I andra och tredje styckena föreskrivs följande:

”2. Bundesvergabeamt är behörig att, för att få åsidosättanden av denna förbunds lag och av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag att upphöra, fram till tilldelningen av kontraktet

1) föreskriva om interimistiska åtgärder, och

2) undanröja olagliga beslut av den upphandlande myndigheten.

3. Efter det att kontraktet har tilldelats eller upphandlingsförfarandet har avslutats är Bundesvergabeamt behörig att fastställa att kontraktet, på grund av en överträdelse av denna federala lag eller dess tillämpningsförfordningar, inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet ...”

- 12 Enligt artikel 117 första och tredje styckena BVergG gäller följande:

”1. Bundesvergabeamt skall genom förvaltningsrättsligt beslut, med beaktande av förlikningskommitténs yttrande i saken, upphäva det beslut som den upphandlande myndigheten har fattat inom ramen för ett upphandlingsförfarande när det ifrågavarande beslutet

1) strider mot den förevarande federala lagen eller dess tillämpningsförfordningar, och

2) har en väsentlig inverkan på utgången av upphandlingsförfarandet.

...

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

13 Enligt 125 § andra stycket BVergG kan en talan om skadestånd, som skall väckas vid en civilrättslig domstol, endast tas upp till prövning om Bundesvergabeamt dessförinnan har fattat beslut enligt 113 § tredje stycket i samma lag. Den civilrättsliga domstol som skall pröva en sådan skadeståndstalan är, liksom parterna i målet vid Bundesvergabeamt, bunden av detta beslut.

14 I 879 § första stycket i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (allmän civilrättslig författningssamling) föreskrivs följande:

”Ett avtal varigenom ett rättsligt förbud åsidosätts eller som strider mot god sed är ogiltigt.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 15 Den 21 september 1999 kungjorde Hauptverband i tillägget till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* att myndigheten avsåg att inleda ett upphandlingsförfarande i två faser. Upphandlingen gällde framtagning, utveckling och genomförande av ett system för elektronisk uppgiftsbehandling baserat på chipkort, vilket inbegrep leverans, initiering, personlig anpassning, distribuering och förstörande av kort i hela Österrike, installation och underhåll av terminaler uppdelat på sektorer samt stöd till den enhet som ansvarar för den elektroniska behandlingen av uppgifter i systemet, stöd till callcenters, hjälp med förvaltningen av korten och med andra uppgifter som behövs för att systemet skall fungera.
- 16 Hauptverband beslutade den 22 februari 2000 att låta fem av de sex kandidatgrupper som hade deltagit i förfarandets första fas inkomma med anbud, och att utesluta den sjätte kandidaten. Punkt 1.8 i anbudsinfordran av den 15 mars 2000, som återger innehållet i punkt 1.9 i meddelandet om upphandling av den 21 september 1999, lyder enligt följande:
- ”Högst 30 procent av de arbeten som kontraktet avser får läggas ut på underleverantörer och endast under förutsättning att anbudsgivaren eller anbudsgivargruppen själv utför de arbeten som kontraktet kännetecknas av, det vill säga projektledning, framtagning av systemet, utveckling, genomförande, leverans av och hantering av de centrala beståndsdelarna i det allmänna systemet som är speciella för det ifrågavarande projektet, utveckling, leverans och förvaltning av korten i enlighet med deras livscykel samt utveckling av terminalerna.”
- 17 Det framgår av den nationella domstolens beslut att denna klausul, genom vilken kortleverantörens personliga ansvar betonas, har upprättats för att förvissa sig om att avtalet verkställs på ett tekniskt sett tillfredsställande sätt.

- 18 I tre av de fyra företagsgrupperna som lämnat anbud, nämligen Siemens, ARGE Telekom och Debis Systemhaus Österreich GmbH (nedan kallat Debis), ingick kortleverantören Austria Card, Plastikkard und Ausweissysteme GmbH (nedan kallad Austria Card), som hade i uppgift att sköta leveransen av kort. Den femte gruppen, där Austria Card inte ingick, var Bietergemeinschaft EDS/ORGa (nedan kallad EDS/ORGa), som bestod av företagen Electronic Data Systems (EDS Austria) GmbH, Electronic Data Systems (EDS Deutschland) GmbH och ORGA Kartensysteme GmbH.
- 19 De tre första anbudsgivargrupperna meddelades genom skrivelse av den 18 december 2000 att Hauptverband avsåg att tilldela EDS/ORGa kontraktet.
- 20 Efter att förgäves ha försökt inleda ett förlikningsförfarande vid Bundesvergabekontrollkommission (federalt organ för tillsyn över upphandlingar) vände sig de tre uteslutna anbudsgivargrupperna till Bundesvergabeamt för att få till stånd i första hand ett undanröjande av Hauptverbands beslut att tilldela EDS/ORGa kontraktet, och i andra hand ett återkallande av anbudsinfordran.
- 21 Bundesvergabeamt avvisade samtliga ansökningar genom beslut av den 19 mars 2001 med motiveringen att anbudsgivarna saknade talerätt och intresse i saken. Deras anbud borde nämligen i vart fall ha uteslutits av Hauptverband med stöd av 52 § punkt 1 BVergG, eftersom den omständigheten att Austria Card ingick i samtliga av de tre anbudsgivargrupperna kunde snedvrider den fria konkurrensen genom att den trefaldiga tillhörigheten möjliggjorde informationsutbyte och förhandlingar avseende anbudens utformning.

- 22 Det framgår av handlingarna i målet att detta beslut från Bundesvergabeamt undanröjdes genom en dom från Verfassungsgerichtshof (Österrike) av den 12 juni 2001 med motiveringen att de tre gruppernas grundlagsenliga rätt till domstolsprövning hade åsidosatts, eftersom Bundesvergabeamt hade underlåtit att innan den fattade sitt beslut begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen.
- 23 Debis och ARGE Telekom ingav den 28 och den 29 mars 2001 en andra omgång ansökningar till Bundesvergabeamt varigenom de bland annat yrkade att Bundesvergabeamt skulle undanröja beslutet från Hauptverband att vägra återkalla anbudsinfordran. De yrkade också på ett interimistiskt förbud att tilldela någon av anbudsgivarna kontraktet under en viss tid. Debis yrkade att förbudet skulle gälla under två månader räknat från förfarandets inledande, medan ARGE Telekom yrkade att det skulle gälla fram till det att Bundesvergabeamt hade fattat beslut i sak.
- 24 Genom beslut av den 5 april 2001 beslutade Bundesvergabeamt med anledning av ansökningarna om interimistiska åtgärder att Hauptverband till och med den 20 april 2001 skulle vara förbjuden att tilldela någon kontraktet.
- 25 Bundesvergabeamt biföll genom beslut av den 20 april 2001 såväl Debis som ARGE Telekoms huvudyrkanden och undanröjde med stöd av 113 § andra stycket punkt 2 BVergG Hauptverbands beslut att inte återkalla anbudsinfordran. Bundesvergabeamt motiverade huvudsakligen sitt beslut med att anbudsinfordran innehöll ett olagligt urvalskriterium eftersom förbudet mot att anlita underleverantörer i punkt 1.8 innebar ett åsidosättande av anbudsgivarens rätt enligt gemenskapsrätten, såsom den tolkas av domstolen (se bland annat dom av den 2 december 1999 i mål C-176/98, *Holst Italia*, REG 1999, s. I-8607), att även kunna hänvisa till en underleverantör för att motivera att kapacitet finns för att verkställa det ifrågavarande kontraktet. Om anbudsinfordran inte hade innehållit detta villkor skulle de uteslutna grupperna i det förevarande fallet ha kunnat anlita en underleverantör för leveransen av korten.

- 26 Trots detta beslut beslutade Hauptverband den 23 april 2001 att tilldela EDS/ ORGA kontraktet. Mot bakgrund av att effekten av den interimistiska åtgärd som Bundesvergabeamt beslutade om den 5 april 2001 hade upphört den 20 april 2001 utan att någon förlängning skett och att beslutet som Bundesvergabeamt fattade den 20 april 2001 endast innehöll ett svårbegripligt omnämnande av ett "undanröjande av en icke-återkallelse", bedömde Hauptverband att det inte hade fattats något juridiskt bindande beslut enligt vilket Hauptverbands beslut att tilldela den grupp som lämnat det bästa anbudet kontraktet inte var giltigt eller borde ha upphävts.
- 27 Hauptverband beslutade dessutom att vid Verfassungsgerichtshof väcka talan om upphävande av Bundesvergabeamts beslut av den 20 april 2001. Det framgår av de handlingar som den nationella domstolen har inlämnat och av de yttranden som har inkommit till EG-domstolen att Verfassungsgerichtshof genom beslut av den 22 maj 2001 först ogillade Hauptverbands yrkande om fastställelse av att dess talan utgjorde hinder för verkställighet av Bundesvergabeamts beslut, med motiveringen att det omtvistade kontraktet i vart fall redan hade tilldelats en av anbudsgivarna, och att den sedan, genom dom av den 2 mars 2002, ogiltigförklarade det ifrågavarande beslutet, med motiveringen att det var logiskt omöjligt att upphäva ett beslut att underlåta att göra något, och att Debis och ARGE Telekoms yrkanden med denna innebörd borde ha avvisats.
- 28 Siemens inlämnade en ny ansökan till Bundesvergabeamt den 30 april 2001, som rörde undanröjande av ett flertal beslut som Hauptverband hade fattat efter sitt beslut att tilldela EDS/ORGA kontraktet. Siemens gjorde i huvudsak gällande att denna domstols undanröjande av den upphandlande myndighetens beslut att inte återkalla upphandlingen även medförde att Hauptverbands beslut att tilldela en av anbudsgivarna kontraktet blev olagligt, eftersom detta beslut hade fattats inom ramen för ett andra upphandlingsförfarande som inte hade blivit offentliggjort på föreskrivet sätt.
- 29 ARGE Telekom ingav den 17 maj 2001 också ansökningar om undanröjande av elva beslut som Hauptverband hade fattat efter att ha beslutat att inte återkalla den omtvistade upphandlingen, trots beslutet från Bundesvergabeamt av den 20 april 2001.

- 30 Eftersom lösningen på denna tredje omgång av tvister kräver en tolkning av flera bestämmelser i direktiv 89/665, har Bundesvergabeamt beslutat att vilandeförklara målen och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1) Skall bestämmelserna i direktiv 89/665 ... , särskilt artikel 2.1 b, vid behov jämförd med artikel 2.7, tolkas på så sätt att ett beslut av ett nationellt prövningsorgan i den mening som avses i artikel 2.8 i direktiv 89/665 ... att undanröja ett beslut av den upphandlande myndigheten att inte återkalla upphandlingen har som rättsverkan att upphandlingsförfarandet genast avslutas utan att den upphandlande myndigheten själv behöver vidta någon åtgärd, när det i den inhemska rättsordningen inte finns någon rättslig grund som gör det möjligt att effektivt verkställa prövningsorganets beslut gentemot den upphandlande myndigheten?
- 2) Följer det av bestämmelserna i direktiv 89/665 ... , särskilt artikel 2.7, vid behov jämförd med bestämmelserna i direktiv 92/50 ... , särskilt artiklarna 25 och 32.2 c, eller av någon annan gemenskapsrättslig bestämmelse, och särskilt mot bakgrund av den princip om ändamålsenlig verkan som styr tolkningen av gemenskapsrätten, att en klausul i anbudsinfordran som — trots vad som framgår av EG-domstolens rättspraxis, särskilt domen [i det ovannämnda målet *Holst Italia*] — innehåller ett förbud att lägga ut grundläggande delar av ett kontrakt på underleverantörer och på grund av detta förbud hindrar en anbudsgivare från att åberopa ett kontrakt med en underleverantör som bevis för att han verkligen förfogar över externa resurser, och berövar honom rätten att åberopa resurser hos utomstående för att visa sin kapacitet och visa att han verkligen förfogar över externa resurser, så uppenbarligen strider mot gemenskapsrätten att ett kontrakt som har ingåtts till följd av en sådan anbudsinfordran skall betraktas som ogiltigt, särskilt om den inhemska rättsordningen i vilket fall som helst innehåller bestämmelser enligt vilka lagvidriga kontrakt är ogiltiga?

- 3) Följer det av bestämmelserna i direktiv 89/665 ... , särskilt artikel 2.7 eller av någon annan gemenskapsrättslig bestämmelse och särskilt mot bakgrund av den princip om ändamålsenlig verkan som styr tolkningen av gemenskapsrätten, att ett kontrakt som har ingåtts i strid med ett beslut från ett nationellt prövningsorgan i den mening som avses i artikel 2.8 i direktiv 89/665 ... att upphäva ett beslut från den upphandlande myndigheten att inte återkalla upphandlingen är ogiltigt, särskilt om den inhemska rättsordningen i vilket fall som helst innehåller bestämmelser enligt vilka kontrakt som strider mot god sed eller lag är ogiltiga, och det i den inhemska rättsordningen inte finns någon rättslig grund som gör det möjligt att effektivt verkställa prövningsorganets beslut gentemot den upphandlande myndigheten?
- 4) a) Om det i den inhemska rättsordningen inte finns någon rättslig grund som gör det möjligt att effektivt verkställa prövningsorganets beslut gentemot den upphandlande myndigheten, skall då bestämmelserna i direktiv 89/665 ..., särskilt artikel 2.1 b, vid behov jämförd med artikel 2.7, tolkas så, att prövningsorganet, genom direkt tillämpning av artikel 2.1 b jämförd med artikel 2.7, har behörighet att genom ett föreläggande som kan verkställas förplikta den upphandlande myndigheten att undanröja det olagliga beslutet, trots att prövningsorganet enligt bestämmelserna i den inhemska rättsordningen i ett prövningsförfarande, i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 89/665 ... , endast har behörighet att undanröja upphandlande myndigheters beslut genom avgöranden som inte kan verkställas?
- b) Om fråga 4 a skall besvaras jakande, har prövningsorganet i ett sådant fall enligt artikel 2.7 i direktiv 89/665 ..., vid behov jämförd med andra gemenskapsrättsliga bestämmelser, behörighet att, för att tillse att förelägganden följs, själv genom beslut om vite hota den upphandlande myndigheten med böter av rimlig storlek eller ledamöter i den upphandlande myndighetens ledande organ med böter och frihetsberövande för att se till att föreläggandena följs för det fall den upphandlande myndigheten respektive ledamöterna i den upphandlande myndighetens ledande organ inte efterkommer prövningsorganets förelägganden?"

Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning

- 31 Det framgår av de frågor som den nationella domstolen har ställt att den är osäker på huruvida förfarandereglerne i den österrikiska lagstiftningen om offentlig upphandling är förenliga med direktiv 89/665. Frågan gäller huruvida dessa regler är otillräckliga för att effektivt kunna säkerställa verkställandet av de beslut som fattas av prövningsorganet, mot bakgrund av målet vid den nationella domstolen där EDS/ORGa tilldelades det omtvistade kontraktet trots beslutet från Bundesvergabeamt av den 20 april 2001 om undanröjande av Hauptverbands beslut att inte återkalla anbudsinfordran.
- 32 Det är dock otvistigt att Verfassungsgerichtshof upphävde Bundesvergabeamts beslut av den 20 april 2001 genom dom av den 2 mars 2002.
- 33 Det framgår av fast rättspraxis att det förfarande som har inrättats genom artikel 234 EG utgör ett medel för samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna (se bland annat dom av den 16 juli 1992 i mål C-343/90, Lourenço Dias, REG 1992, s. I-4673, punkt 14, svensk specialutgåva, volym 13, s. I-69, och av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger, REG 2003, s. I-5659, punkt 30 och där nämnd rättspraxis).
- 34 Inom ramen för detta samarbete är det visserligen den nationella domstol vid vilken tvisten har anhängiggjorts — som ensam har direkt kännedom om omständigheterna i målet och som har ansvar för det rättsliga avgörandet — som är bäst lämpad att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen (se bland annat domen i det ovannämnda målet Lourenço Dias, punkt 15, dom av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital, REG 2002, s. I-607, punkt 18, och domen i det ovannämnda målet Schmidberger, punkt 31).

- 35 Detta innebär inte desto mindre att det vid behov ankommer på EG-domstolen att — för att pröva sin egen behörighet — undersöka de omständigheter under vilka den nationella domstolen har anhängiggjort sin begäran om förhandsavgörande, och framför allt att fastställa om den begärda tolkningen av gemenskapsrätten har samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, så att domstolen inte tvingas avge rådgivande utlåtanden i allmänna eller hypotetiska frågor. Om det framgår att den ställda frågan uppenbart saknar relevans för avgörandet av den tvisten, skall domstolen fastställa att anledning saknas för den att döma i saken (dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia, REG 1981, s. 3045, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 6, s. 243, domarna i de ovannämnda målen Lourenço Dias, punkt 20, och Canal Satélite Digital, punkt 19, samt dom av den 30 september 2003 i mål C-167/01, Inspire Art, REG 2003, s. I-10155, punkterna 44 och 45).
- 36 Mot bakgrund av det ovan anförda skall det undersökas om de frågor som har ställts av den nationella domstolen fortfarande är relevanta för lösningen av tvisterna vid den nationella domstolen, trots att Verfassungsgerichtshof har upphävt Bundesvergabeamts beslut av den 20 april 2001.
- 37 Det framgår av beslutet om hänskjutande att det huvudsakligen är den omständigheten att beslutet av den 20 april 2001 inte enligt österrikisk rätt kunde verkställas som utgjorde skälet för förevarande begäran om förhandsavgörande. Således blev dessa frågor rent hypotetiska då beslutet i fråga upphävdes, vilket Verfassungsgerichtshof för övrigt framhöll i sin dom av den 2 mars 2002.
- 38 Emellertid medger domstolen att det inte är uteslutet att ett svar på den andra frågan, som berör innebörden av domen i det ovannämnda målet Holst Italia, fortfarande kan vara av ett visst intresse för lösningen av tvisterna vid den

nationella domstolen. Det gäller särskilt för det fall dessa tvister, sedan Bundesvergabeamt med stöd av 113 § tredje stycket BVergG konstaterat att upphandlingen var olaglig, skulle få en uppföljning vid en civilrättslig domstol, som enligt österrikisk lagstiftning är den instans som är behörig att pröva en skadeståndstalan efter tilldelning av ett kontrakt.

- 39 Med beaktande av det ovan sagda skall domstolen inte besvara den första, den tredje och den fjärde frågan, utan begränsa svaret till att avse den andra frågan.

Den andra frågan

- 40 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida artikel 2.7 i direktiv 89/665, jämförd med artiklarna 25 och 32.2 c i direktiv 92/50, skall tolkas så, att när ett kontrakt har ingåtts efter ett förfarande för offentlig upphandling av varor och tjänster som skett på felaktigt sätt eftersom anbudsinfordran innehållit en klausul som strider mot gemenskapsrätten, skall detta kontrakt betraktas som ogiltigt, eftersom kontrakt som strider mot lag är ogiltiga enligt den tillämpliga nationella rätten.
- 41 Denna fråga är ställd utifrån antagandet att en klausul i en anbudsinfordran som innehåller ett förbud mot att anlita underleverantörer för betydande delar av ett kontrakt strider mot direktiv 92/50 såsom det har tolkats av domstolen i domen i det ovannämnda målet *Holst Italia*.

- 42 Domstolen erinrar om att direktiv 92/50, vars syfte är att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster i samband med offentlig upphandling, i artikel 25 uttryckligen innefattar möjligheten för anbudsgivaren att anlita underleverantörer för att verkställa en del av kontraktet. Där anges nämligen att den upphandlande myndigheten kan begära att anbudsgivaren i sitt anbud uppger hur stor del av kontraktet som denne ämnar låta en underentreprenör verkställa. När det gäller de kvalitativa urvalskriterierna föreskrivs det dessutom uttryckligen i artikel 32.2 c och h i direktivet att bevis för tjänsteleverantörens tekniska kapacitet får ges i form av uppgifter om vilka tekniker och tekniska organ som står till dennes förfogande för utförandet av tjänsten, även om de inte direkt tillhör leverantören, eller uppgifter om hur stor del av kontraktet han eventuellt avser att lägga ut på underleverantörer.
- 43 Såsom domstolen slog fast i punkterna 26 och 27 i domen i det ovannämnda målet *Holst Italia* framgår såväl av bestämmelsernas syfte som av deras ordalydelse att en person inte kan uteslutas ur ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster endast på grund av att han avser att ta medel som inte är hans egna, utan som tillhör en eller flera andra enheter i anspråk för att genomföra kontraktet. Det innebär att det är tillåtet för en tjänsteleverantör som inte själv uppfyller de minimivillkor som krävs för att delta i ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster att hos den upphandlande myndigheten åberopa kapacitet hos utomstående som han avser att utnyttja om kontraktet tilldelas honom.
- 44 Det ankommer dock enligt domstolen på en tjänsteleverantör som, för att tillåtas delta i ett anbudsförfarande, vill göra gällande resurser som finns hos organ eller företag som han är direkt eller indirekt knuten till att visa att han faktiskt förfogar över resurser hos dessa organ eller företag, som han inte själv äger men som är nödvändiga för att verkställa kontrakten (domen i det ovannämnda målet *Holst Italia*, punkt 29).

45 Såsom Europeiska gemenskapernas kommission med fog har framhållit utgör direktiv 92/50 inget hinder för ett förbud mot eller en begränsning av möjligheten att anlita underleverantörer för utförandet av grundläggande delar av ett kontrakt, just när den upphandlande myndigheten inte har kunnat kontrollera underleverantörernas tekniska och ekonomiska kapacitet vid undersökningen av anbudet och valet av anbudsgivaren med det bästa anbudet.

46 Det framgår av det ovan anförda att det antagande som ligger till grund för den andra frågan endast är riktigt om det fastställs att punkt 1.8 i anbudsinfordran, under fasen för undersökning av anbud och val av anbudsgivare, innebär förbud för anbudsgivaren att lägga ut grundläggande delar av kontraktet på underleverantörer. En person som gör gällande teknisk och ekonomisk kapacitet hos utomstående som personen i fråga avser att anlita om han tilldelas kontraktet kan nämligen endast uteslutas ur förfarandet om han inte kan visa att han faktiskt förfogar över dessa resurser.

47 Domstolen konstaterar emellertid att punkt 1.8 i anbudsinfordran inte avser upphandlingsförfarandets undersöknings- och urvalsfas, utan verkställandefasen, och just syftar till att undvika att grundläggande delar av kontraktet läggs ut på enheter vars tekniska och ekonomiska kapacitet inte har kunnat kontrolleras av den upphandlande myndigheten vid valet av anbudsgivare. Det ankommer på den nationella domstolen att undersöka om så är fallet.

48 Om det skulle visa sig att en klausul i anbudsinfordran verkligen strider mot direktiv 92/50, särskilt i den del klausulen innehåller ett olagligt förbud mot anlitande av underleverantörer, räcker det att erinra om att medlemsstaterna

enligt artiklarna 1.1 och 2.7 i direktiv 89/665 är skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas så effektivt och skyndsamt som möjligt, för det fall dessa beslut står i strid med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna beträffande offentlig upphandling.

- 49 Härav följer således att om en klausul i en anbudsinfordran är oförenlig med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna beträffande offentlig upphandling skall medlemsstatens inhemska rättsordning innehålla en möjlighet att åberopa denna oförenlighet inom ramen för sådana prövningsförfaranden som avses i direktiv 89/665.
- 50 Följaktligen skall den andra frågan besvaras så, att direktiv 89/665, i synnerhet artiklarna 1.1 och 2.7, skall tolkas så, att om en klausul i en anbudsinfordran är oförenlig med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna beträffande offentlig upphandling skall medlemsstaternas inhemska rättsordning innehålla en möjlighet att åberopa denna oförenlighet inom ramen för sådana prövningsförfaranden som avses i direktiv 89/665.

Rättegångskostnader

- 51 De kostnader som har förorsakats den österrikiska regeringen och kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

— angående de frågor som genom beslut av den 11 juli 2001 har ställts av Bundesvergabeamt — följande dom:

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, i synnerhet artiklarna 1.1 och 2.7, skall tolkas så, att om en klausul i en anbudsinfordran är oförenlig med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna beträffande offentlig upphandling skall medlemsstaternas inhemska rättsordning innehålla en möjlighet att återopa denna oförenlighet inom ramen för sådana prövningsförfaranden som avses i direktiv 89/665.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 18 mars 2004.

R. Grass

V. Skouris

Justitiesekreterare

Ordförande