

GAT

DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 19 juni 2003 *

I mål C-315/01,

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

Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)

och

Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG),

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 specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), och av rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126),

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-P. Puissochet samt domarna R. Schintgen (referent), V. Skouris, F. Macken och J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: L.A. Geelhoed,
justitiesekreterare: R. Grass,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT), genom S. Korn, Universitätsassistent,
- 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 referentens rapport,

och efter att den 10 oktober 2002 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Bundesvergabeamt har, genom beslut av den 11 juli 2001 som inkom till domstolen den 13 augusti samma år, i enlighet med artikel 234 EG ställt fem 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 ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) (nedan kallat direktiv 89/665), och av rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126).

- 2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan bolaget Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) (nedan kallat GAT) och bolaget Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (nedan kallat ÖSAG), angående ett förfarande för offentlig upphandling av varor där GAT hade lämnat anbud.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

- 3 I artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

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

...

3. Medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Det förutses, att en medlemsstat skall kunna kräva av den person som begär prövning, att han dessförinnan meddelat den avtalsslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering, och att han ämnar söka prövning.”

4 Enligt artikel 2.1, 2.2, 2.6 och 2.8 i direktiv 89/665 gäller följande:

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

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

- b) antingen åsidosätta eller garantera 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,

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

2. Behörighet enligt punkt 1 får ges till separata organ med ansvar för olika sidor av prövningsförfarandet.

...

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.

...

8. För de fall prövningsorganen ej utgörs av rättsliga instanser gäller, att skriftliga beslutsmotiveringar alltid skall ges. Dessutom gäller för dessa fall, att det måste finnas en möjlighet att pröva påstådda olagliga åtgärder vidtagna av sådana organ i en rättslig instans eller en domstol som avses i fördragets artikel [234], oberoende av såväl upphandlingsmyndigheten som prövningsorganet.

Medlemmarna i ett sådant oberoende organ skall tillsättas och frånträda på samma villkor som gäller för rättsliga instanser, tillämpade av den myndighet som utnämner och avsätter dem, samt bestämmer ämbetsperiodens längd. Åtminstone ordföranden i prövningsorganet skall ha domarkompetens. Det oberoende organet skall fatta sina beslut i ett förfarande, där båda parter hörs, och besluten skall vara lagligen bindande enligt regler bestämda av medlemsstaten.”

Direktiv 93/36

- 5 I artikel 15.1 i direktiv 93/36, som ingår i kapitel 1 med titeln ”Gemensamma regler för deltagande” i avdelning IV föreskrivs följande:

”Anbud skall prövas med utgångspunkt i de kriterier som fastställs i kapitel 3 av denna avdelning med hänsyn till artikel 16, efter det att de upphandlande myndigheterna kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer, som inte skall uteslutas enligt artikel 20 till följd av kriterierna i artiklarna 22, 23 och 24 för ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk förmåga.”

- 6 I artikel 23.1 a och d i direktiv 93/36, vilken ingår i kapitel 2 med titeln ”Kriterier för kvalitativt urval” i avdelning IV föreskrivs följande:

”Bevis om leverantörens tekniska kapacitet får ges i en eller flera av följande former beroende på de levererade varornas art, mängd och ändamål:

- a) En förteckning över de huvudsakliga leveranser som gjorts under de tre senaste åren, med angivelse av belopp, datum och privata eller offentliga mottagare

— i de fall det gäller upphandling från myndigheter, skall bevis lämnas i form av intyg utgivna eller kontrasterade av behörig myndighet,

- i de fall det gäller privata köpare skall leveransen bekräftas av köparen, alternativt, om detta inte låter sig göra, skall leverantören på ett enkelt sätt bekräfta att leveransen ägt rum.

...

- d) Prover, beskrivningar och/eller fotografier av de varor som skall levereras, varvid äktheten måste styrkas om den upphandlande myndigheten så begär.”

- 7 I artikel 26.1 i direktiv 93/36, som ingår i kapitel 3 med titeln ”Kriterier för prövning av anbud” i avdelning IV anges följande:

”De omständigheter som den upphandlande myndigheten skall ta hänsyn till vid prövningen av anbud skall vara

- a) antingen enbart det lägsta priset, eller,

- 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 förtjänst, service efter upphandlingen och tekniskt underhåll.”

Den nationella lagstiftningen

8 Direktiven 89/665 och 93/36 har införlivats med österrikisk rätt genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (förbundslag från år 1997 om offentlig upphandling, BGBl. I, 1997/56, nedan kallad BVergG).

9 I 113 § BVergG fastställs Bundesvergabeanmts (federal upphandlingsmyndighet) behörigheter på följande sätt:

”1. Bundesvergabeanmt är behörig att på ansökan genomföra överprövningsförfaranden enligt bestämmelserna i nedanstående avdelning.

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

1) föreskriva om interimistiska åtgärder, och

2) undanröja olagliga beslut av den upphandlande myndigheten.

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

10 I 115 § första och femte styckena BVergG anges följande:

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

...

5. En ansökan skall innehålla:

1) ett bestämt angivande av det upphandlingsförfarande som avses samt det beslut som överklagas,

...”

11 Enligt § 117 första och tredje styckena BVergG gäller följande:

”1. Bundesvergabeamt skall på administrativ väg 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.

...

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

12 Enligt 122 § första stycket BVergG gäller följande: ”En anbudssökande eller anbudsgivare som har förbigåtts på grund av att en upphandlande myndighets organ uppsåtligt eller av vårdslöshet har åsidosatt denna förbunds lag, eller förordningar som har utfärdats med denna förbunds lag som stöd, har rätt till ersättning från den upphandlande myndigheten, som skall tillskrivas dess organs uppträdande, för kostnaderna för anbudslämnandet och för övriga kostnader som uppkommit genom deltagandet i upphandlingsförfarandet.”

- 13 Enligt 125 § andra stycket BVergG kan en talan om skadestånd, som skall väckas vid en tvistemålsdomstol, endast tas upp till prövning om Bundesvergabeamt tidigare har fattat beslut enligt 113 § tredje stycket. Den tvistemålsdomstol som skall pröva en sådan skadeståndstalan är, liksom parterna vid Bundesvergabeamt, bunden av detta beslut.

- 14 Enligt 2 § andra stycket c punkt 40a i Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (lag från 1991 om införande av förvaltningsprocesslagar, BGBl. 1991/50) skall Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (allmän förvaltningsprocesslag från 1991, BGBl. 1991/51, nedan kallad AVG) tillämpas på förvaltningsprocessen i Bundesvergabeamt.

- 15 I 39 § första och andra styckena AVG, i den lydelse som är tillämplig på målet vid den nationella domstolen, föreskrivs följande:

”1. Vid genomförande av utredningsförfarandet skall förvaltningsföreskrifterna tillämpas.

2. Om inte förvaltningsföreskrifterna innehåller bestämmelser därom skall den behöriga myndigheten agera ex officio och bestämma hur utredningen skall genomföras med beaktande av de bestämmelser som återfinns i denna del...”

Förfarandet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 16 ÖSAG, företrädd av Autobahnmeisterei (motorvägsförvaltningen) i St. Michael/Lungau, offentliggjorde den 2 mars 2000 i hela Europa ett meddelande om anbudsinfordran avseende leverans av ett "specialfordon: ny, driftfärdig och av myndighet godkänd gatusopmaskin avsedd för skötsel och underhåll av Kalwangmotorvägen, för A9-Phyrnautobahn".

- 17 De fem anbud som hade inlämnats öppnades den 25 april 2000. GAT hade lämnat ett anbud på 3 547 020 ATS exklusive mervärdesskatt. Företaget ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG:s anbud var på 4 174 290 ATS netto och det som ingivits av en annan anbudsgivare uppgick till 4 168 690 ATS, exklusive mervärdesskatt.

- 18 I punkt B.1.13 i anbudsinfordran angavs följande beträffande bedömningen av anbudet:

"B.1.13 Bedömning av anbudet

Det i tekniskt och ekonomiskt hänseende mest förmånliga anbudet skall antas i enlighet med principen om att bästa anbudsgivare skall väljas. En grundläggande förutsättning är att de erbjudna fordonen uppfyller villkoren i anbudsinfordran.

Bedömningen görs enligt följande:

Utgångspunkten för bedömningen av anbuden skall alltid vara den bästa anbudsgivaren. Antalet poäng bestäms i förhållande till den bästa anbudsgivaren.

...

2) Övriga kriterier

För övriga kriterier ges högst 100 poäng, som vid den totala bedömningen beaktas med 20 procent.

2.1 För kundreferenser avseende sopmaskiner i Europeiska unionens alpområden (referenser på tyska) tilldelas 20 poäng.

Bedömning:

högsta antalet kunder delat med näst högsta antal, multiplicerat med 20 poäng.”

- 19 Den 16 maj 2000 valde ÖSAG bort GAT:s anbud med motiveringen att anbudet inte uppfyllde villkoren i anbudsinfordran, då den erbjudna trottoarsopmaskinen inte kunde användas vid temperaturer under noll grader, medan det i anbudsinfordran krävdes att maskinen skulle fungera vid temperaturer ned till minus fem grader. Dessutom hade GAT, trots uppmaning från ÖSAG, inte på det sätt som stadgades i anbudsinfordran möjliggjort besiktning av maskinen inom ett avstånd av 300 km från den upphandlande enheten. Vidare hyste ÖSAG också tvivel om huruvida det av GAT erbjudna priset var rimligt. Slutligen hade inte GAT, trots uppmaning från ÖSAG, förklarat hur den erbjudna maskinens reflektorer skulle rengöras.
- 20 I enlighet med förslaget om tilldelning av den 31 juli 2000 tilldelades företaget ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG kontraktet, genom skrivelse av den 23 augusti 2000. Övriga anbudsgivare hade informerats genom skrivelse av den 12 juli 2000 om vilken anbudsgivare som tilldelats kontraktet. GAT hade, genom skrivelse av den 17 juli 2000, underrättats om att dess anbud hade underkänts. Genom skrivelse av den 5 oktober 2000 meddelades GAT vem som tilldelats kontraktet och det pris som överenskommits.
- 21 Den 17 november 2000 väckte GAT talan vid Bundesvergabebamt och yrkade att det skulle fastställas att kontraktet inte hade tilldelats den som hade lämnat det bästa anbudet. GAT gjorde gällande att beslutet att underkänna dessa anbud var rättsstridigt. GAT påstod att den tekniska beskrivning av maskinens reflektor-rengöring, som bifogats anbudet, var tillräckligt tydlig för en fackman. Dessutom hade GAT inbjudit ÖSAG att besöka dess leverantörs fabrik. GAT argumenterade även för att tilldelningskriteriet ”att det inom ett avstånd av 300 km från den upphandlande enheten finns möjlighet att besiktiga upphandlingsföremålet” stred mot de gemenskapsrättsliga bestämmelserna genom att utgöra en indirekt diskriminering. ÖSAG borde ha accepterat referensföremål från hela Europa. Dessutom får detta kriterium, enligt GAT, endast användas som kriterium för tilldelning och inte, som ÖSAG felaktigt gjort i efterhand, som lämplighets-kriterium. Det är visserligen riktigt att grundmodellen av den gatusopmaskin som GAT erbjudit inte kan användas vid temperaturer understigande noll grader. ÖSAG har dock förbehållit sig möjligheten att förvärva en variant utrustad med extra tillbehör. Den variant med extra tillbehör som GAT kan erbjuda fungerar vid temperaturer ned till minus fem grader, vilket skulle vara i enlighet med vad

som krävs i anbudsinfordran. Slutligen är inte priset i GAT:s anbud orimligt. GAT kunde tvärtom erbjuda den upphandlande myndigheten en tillfredsställande förklaring till det förmånliga priset.

- 22 Bundesvergabeamt ansåg att lösningen av den tvist som anhängiggjorts vid den krävde en tolkning av flera gemenskapsrättsliga bestämmelser. Den beslöt därför att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) a) Kan ur artikel 2.8 i direktiv 89/665, ur någon annan bestämmelse i samma direktiv eller ur någon annan bestämmelse i gemenskapsrätten härledas att den myndighet som är behörig att genomföra prövningsförfaranden, i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet, och att utöva den behörighet som anges i artikel 2.1 c i direktivet, inte på eget initiativ och oberoende av vad parterna i prövningsförfarandet har åberopat, får behandla sådana omständigheter som är relevanta i upphandlingsförfarandet vilka enligt nämnda myndighets uppfattning är av betydelse för avgörandet i prövningsförfarandet?

b) Utgör artikel 2.1 c i direktiv 89/665, eventuellt tillsammans med andra principer i gemenskapsrätten, hinder för ett beslut av den myndighet som är behörig att genomföra prövningsförfaranden, i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet, och att utöva den behörighet som anges i artikel 2.1 c i direktivet, i vilket avslås ett av anbudsgivare framställt yrkande genom vilket han indirekt begär skadestånd, när det i upphandlingsförfarandet redan har förekommit en annan allvarlig rättsstridighet, genom ett annat upphandlingsbeslut än det som har ifrågasatts av nämnda anbudsgivare, då en eventuell skada för anbudsgivaren i så fall skulle ha inträffat även av andra skäl oberoende av det ifrågasatta beslutet?

- 2) Om fråga 1 a besvaras nekande: Förbjuder bestämmelserna i direktiv 93/36, särskilt bestämmelserna i artiklarna 15—26 i detta direktiv, att den upphandlande myndigheten när den genomför upphandlingar inte beaktar referenser avseende de av anbudsgivarna erbjudna varorna inom ramen för undersökningen av anbudsgivarnas lämplighet, utan anger nämnda referenser som kriterium för tilldelning, så att en negativ bedömning av dessa referenser inte skulle leda till att anbudsgivare uteslöts från upphandlingsförfarandet, utan endast till att ett anbud, till exempel inom ramen för ett poängsystem i vilket en negativ bedömning av referenserna kan uppvägas av exempelvis ett lägre pris, gavs en sämre bedömning?

- 3) Om frågorna 1 a och 2 besvaras nekande: Är ett kriterium för tilldelning, enligt vilket varureferenser bedöms på så sätt att enbart antalet referenser beaktas och det inte görs någon innehållsmässig bedömning av huruvida de erfarenheter som upphandlande myndigheter gjort med varan varit bra eller dåliga, och hänsyn enbart tas till referenser från Europeiska unionens alpmråden, förenligt med de relevanta bestämmelserna i gemenskapsrätten, inbegripet artikel 26 i direktiv 93/36, likabehandlingsprincipen och gemenskapernas folkrättsliga förpliktelser?

- 4) Är ett kriterium för tilldelning, enligt vilket en positiv bedömning förutsätter att det finns möjlighet att besiktiga upphandlingsföremålet inom ett avstånd av 300 km från det upphandlande organet, förenligt med bestämmelserna i gemenskapsrätten, särskilt likabehandlingsprincipen?

- 5) Om fråga 2 besvaras jakande eller någon av frågorna 3 eller 4 besvaras nekande: Skall artikel 2.1 c i direktiv 89/665, eventuellt tillsammans med andra principer i gemenskapsrätten, tolkas på så sätt att, om den upphandlande myndighetens rättsstridiga agerande består i att den har ställt upp ett

rättsstridigt kriterium för tilldelning, anbudsgivaren har rätt till skadestånd endast om det i det enskilda fallet kan styrkas att anbudsgivarens anbud skulle ha varit det bästa anbudet om inte det rättsstridiga kriteriet för tilldelning hade funnits?”

- 23 Den nationella domstolen har även bett att domstolen skall handlägga målet skyndsamt i enlighet med artikel 104a i rättegångsreglerna. Den har gjort gällande att den första frågan uppkommer i nästan hälften av de prövningsförfaranden som är anhängiga vid Bundesvergabeamt. Den har vidare anfört att Verfassungsgerichtshof redan har undanröjt flera beslut av Bundesvergabeamt med motiveringen att Bundesvergabeamt just ex officio har tagit upp rättsstridiga aspekter i upphandlingsförfarandet.
- 24 På förslag av referenten och efter att ha hört generaladvokaten avslag dock domstolens ordförande denna begäran genom beslut av den 13 september 2001. Som skäl angavs att det av de omständigheter som den nationella domstolen åberopat inte framgick att det är synnerligen brådskande att avgöra de frågor som ställts i begäran om förhandsavgörande.

Domstolens behörighet

- 25 Kommissionen har, med hänvisning till Bundesvergabeamts begäran om förhandsavgörande av den 11 juli 2001 i ett annat mål om offentlig upphandling som registrerats vid domstolens kansli under nummer C-314/01 och som ännu inte avgjorts, framfört tvivel på huruvida den hänskjutande instansen är ett rättsskipande organ då denna i nämnda beslut har medgett att dess avgöranden inte innefattar några ”förelägganden till den upphandlande myndigheten vilka kan bli föremål för tvångsverkställighet”. Kommissionen har därför ifrågasatt

huruvida Bundesvergabeamts tolkningsfrågor i förevarande mål kan tas upp till sakprövning mot bakgrund av domstolens rättspraxis, särskilt dom av den 12 november 1998 i mål C-134/97, Victoria Film (REG 1998, s. I-7023), punkt 14, och av den 14 juni 2001 i mål C-178/99, Salzmann (REG 2001, s. I-4421), punkt 14, av vilka följer att de nationella domstolarna endast har befogenhet att framställa en begäran till domstolen om en tvist är anhängig vid dessa och de skall fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett avgörande av rättskipningskaraktär.

26 Domstolen påpekar i detta hänseende dels att Bundesvergabeamt, efter det att kontraktet har tilldelats, enligt 113 § tredje stycket BVergG, är behörig att fastställa att kontraktet, på grund av en överträdelse av tillämplig nationell lagstiftning, inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet.

27 Vidare följer det av själva lydelsen av 125 § andra stycket BVergG att ett beslut av Bundesvergabeamt enligt 113 § tredje stycket i samma lag inte bara utgör ett krav för att en skadeståndstalan skall kunna upptas till sakprövning vid en tvistemålsdomstol om den nämnda lagstiftningen har överträtts utan att den dessutom är bindande för såväl parterna vid Bundesvergabeamt som för den tvistemålsdomstol vid vilken talan väcks.

28 Mot denna bakgrund kan man inte med framgång hävda att ett beslut som Bundesvergabeamt fattat med stöd av 113 § tredje stycket BVergG inte är tvingande eller att Bundesvergabeamt inte utgör en domstol.

29 Härav följer att Bundesvergabeamts tolkningsfrågor kan tas upp till sakprövning.

Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning

- 30 Den österrikiska regeringen har gjort gällande att frågorna 1 a och 5 skall avvisas eftersom de har ställts inom ramen för ett förfarande som inletts med stöd av 113 § tredje stycket BVergG. Ett sådant förfarande utgör nämligen inte ett prövningsförfarande i den mening som avses i direktiv 89/665 utan endast ett fastställelseförfarande.
- 31 Den österrikiska regeringen har härvid anfört följande. Den österrikiske lagsiftaren har utnyttjat den möjlighet som ges i artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665 genom att föreskriva att prövningsorganets behörighet är begränsad till att utdöma skadestånd till den som lidit skada av överträdelsen. I den österrikiska rättsordningen har behörigheten att lämna sådant skadestånd som medlemsstaterna, enligt artikel 2.1 c i direktiv 89/665, har ålagts att förordna om inte givits Bundesvergabeamt. Såsom framgår av 122 § och 125 § i BVergG har sådan behörighet i stället givits tvistemålsdomstolarna.
- 32 Den österrikiska regeringen anser mot denna bakgrund att det inte är nödvändigt att besvara frågorna 1 a och 5 för att lösa tvisten vid den nationella domstolen.
- 33 Domstolen framhåller härvid att det inte strider mot bestämmelserna i direktiv 89/665 att man fördelar den behörighet som föreskrivs i artikel 2.1 c i direktivet mellan flera prövningsorgan. Enligt artikel 2.2 i direktivet får medlemsstaterna nämligen uttryckligen ge behörighet enligt artikel 2.1 till separata organ med ansvar för olika aspekter av prövningsförfarandet.

- 34 Domstolen erinrar vidare om att efter det att kontraktet tilldelats har Bundesvergabeamt inte behörighet att förordna om skadestånd till personer som lidit skada på grund av överträdelse av gemenskapsbestämmelser om offentlig upphandling eller av nationella införlivandebestämmelser. Bundesvergabeamt har i det skedet endast behörighet att fastställa huruvida kontraktet, på grund av en sådan överträdelse, inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet. Såsom framgår av punkt 27 i denna dom utgör en sådan fastställelse inte bara ett krav för att en skadeståndstalan skall kunna upptas till sakprövning vid en tvistemålsdomstol, utan den är dessutom bindande för såväl parterna vid Bundesvergabeamt som den tvistemålsdomstol vid vilken talan väcks.
- 35 Mot denna bakgrund finner domstolen att Bundesvergabeamt agerar inom ramen för ett sådant prövningsförfarande som föreskrivs i direktiv 89/665 även när talan väckts med stöd av 113 § tredje stycket BVergG. Bundesvergabeamt fattar i ett sådant fall således, vilket framgår redan av punkt 28 i denna dom, ett beslut som är tvingande.
- 36 Dessutom har Bundesvergabeamt, såsom bekräftas i 117 § tredje stycket BVergG, behörighet att inom ramen för ett förfarande som inlett med stöd av 113 § tredje stycket i samma lag fastställa huruvida den påstådda rättsstridigheten föreligger eller inte. Det kan inte uteslutas att Bundesvergabeamt, när den utövar denna behörighet, kan finna det nödvändigt att hänskjuta tolkningsfrågor till domstolen.
- 37 När sådana frågor, som Bundesvergabeamt funnit nödvändiga att få besvarade för att kunna fastställa huruvida en rättsstridighet föreligger, rör tolkningen av gemenskapsrätten kan de inte avvisas (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra, REG 2001, s. I-2099, punkt 38, och av den 10 december 2002 i mål C-153/00, Der Weduwe, REG 2002, s. I-11319, punkt 31).

- 38 Däremot kan Bundesvergabeamt, som inte är direkt behörig att utdöma skadestånd till personer som lidit skada på grund av en överträdelse, inte hänskjuta tolkningsfrågor till domstolen som gäller själva skadeståndet eller villkoren för att skadestånd skall utdömas.
- 39 Av ovanstående följer att samtliga de frågor som Bundesvergabeamt ställt i förevarande fall kan tas upp till sakprövning, med undantag av den femte frågan. Den avser just under vilka förutsättningar som en anbudsgivare som påstår sig ha lidit skada på grund av att ett rättsstridigt tilldelningskriterium tillämpats har rätt till skadestånd.

Den första frågan, a och b

- 40 Bundesvergabeamt har i sin begäran om förhandsavgörande redogjort för att det av 113 § tredje stycket och 115 § första stycket BVergG framgår att den i ett prövningsförfarande som har inletts efter det att ett kontrakt har tilldelats skall pröva huruvida det ifrågasatta tilldelningsbeslutet är lagenligt. Den kan dock endast bifalla talan om det rättsstridiga ifrågasatta beslutet innebär att kontraktet inte har tilldelats den som lämnat det bästa anbudet, i den mening som avses i den nämnda lagen. Det är följaktligen omöjligt för Bundesvergabeamt att bifalla talan när anbudsförfarandet redan, på grund av ett annat, eventuellt tidigare, beslut av den upphandlande myndigheten, är behäftat med en grundläggande rättsstridighet som innebär att sökanden inte i något fall är den som har lämnat det bästa anbudet i lagens mening och när detta andra beslut av den upphandlande myndigheten inte har ifrågasatts av sökanden i prövningsförfarandet. I ett sådant fall har sökanden inte lidit "skada" på grund av den ifrågasatta överträdelsen, i den mening som avses i artikel 2.1 c i direktiv 89/665, eftersom skadan, som kan bestå i anbudskostnader som burits förgäves, orsakats av en annan överträdelse av den upphandlande myndigheten.

- 41 Bundesvergabeamt har vidare anfört följande. Enligt 39 § andra stycket AVG skall den ex officio fastställa de faktiska omständigheterna. Som en följd därav skall den i det aktuella fallet ex officio pröva huruvida de tilldelningskriterier, med undantag av "möjligheten till visuell granskning", som sökanden har ifrågasatt är lagenliga. Enligt en dom av Verfassungsgerichtshof (Österrike) av den 8 mars 2001 i mål B 707/00 är frågan huruvida processuella bestämmelser som kännetecknas av officialprincipen — enligt vilken prövningsorganet, oberoende av parternas argument, kan beakta alla omständigheter som är relevanta i upphandlingsrättsligt avseende — med hänsyn till det kontradiktoriska prövningsförfarande som föreskrivs i artikel 2.8 andra stycket i direktiv 89/665 kan ge upphov till vissa gemenskapsrättsliga problem som gör det obligatoriskt att hänskjuta frågor till domstolen i enlighet med artikel 234 tredje stycket EG.
- 42 Bundesvergabeamt har förklarat att det är denna praxis från Verfassungsgerichtshof som föranlett den att ställa den första frågan, uppdelad på a och b. Bundesvergabeamt har inte ifrågasatt att kravet på ett kontradiktoriskt förfarande inte strider mot den officialprincip som är tillämplig i förvaltningsförfaranden. Nödvändigheten av ett kontradiktoriskt förfarande följer dock enligt Bundesvergabeamt inte av artikel 2.8 andra stycket i direktiv 89/665, vilken bestämmelse endast är tillämplig på "oberoende" överklagandeinstanser, utan av de krav som gäller för en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. Bundesvergabeamt förnekar inte heller på något sätt att domstolen redan implicit har konstaterat att Bundesvergabeamts förfarande är kontradiktoriskt eftersom den har erkänt dess rätt att begära förhandsavgörande.
- 43 Av ovanstående skäl och av deras rättsliga ram följer att den hänskjutande domstolen har ställt sin första fråga, uppdelad på a och b, för att få klarhet i huruvida direktiv 89/665 utgör hinder för följande två situationer: Prövningsorganet i ett förfarande där en anbudsgivare, i syfte att senare erhålla skadestånd, har väckt talan för att få fastställt att beslutet att tilldela kontraktet är rättsstridigt tar ex officio upp att ett annat beslut av den upphandlande myndigheten än det som anbudsgivaren ifrågasatt huruvida det är rättsstridigt. Det nämnda organet ogillar anbudsgivarens talan med motiveringen, grundad på

en rättsstridighet som tagits upp ex officio, att upphandlingsförfarandet under alla förhållanden var behäftat med oegentligheter och att anbudsgivarens eventuella skada skulle ha uppstått oberoende av den rättsstridighet som denne gör gällande.

- 44 Det skall härvid erinras om att, såsom framgår av första och andra skälen i direktiv 89/665, dess ändamål är att komplettera gällande bestämmelser på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå för att säkerställa att direktiven om offentlig upphandling tillämpas, i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras. Det är i detta syfte som medlemsstaterna i artikel 1.1 i direktiv 89/665 åläggs en skyldighet att säkerställa att en upphandlande myndighets rättsstridiga beslut kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt (se bland annat dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl, REG 1999, s. I-7671, punkterna 33 och 34, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617, punkt 74).
- 45 I direktiv 89/665 fastställs emellertid endast de minimivillkor som prövningsförfarandena i de nationella rättsordningarna måste uppfylla för att säkerställa att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna på området för offentlig upphandling uppfylls (se bland annat dom av den 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex, REG 2003, s. I-1877, punkt 47).
- 46 I avsaknad av särskilda bestämmelser på området regleras således frågorna huruvida och på vilka villkor som prövningsorganet ex officio kan ta upp rättsstridigheter till prövning som inte har åberopats av parterna i den tvist som anhängiggjorts vid den av varje medlemsstats nationella rättsordning.

- 47 Varken syftet med direktiv 89/665 eller det krav på att prövningsförfarandena skall vara kontradiktoriska som föreskrivs i detta utgör något hinder för att det i en medlemsstats nationella rättsordning förordnas om en sådan möjlighet.
- 48 Det strider nämligen inte mot målet med detta direktiv, som är att säkerställa efterlevnaden av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling genom att snabba och effektiva rättsmedel står till förfogande, att prövningsorganet ex officio tar upp rättsstridigheter i ett anbuds-förfarande utan att behöva avvakta att någon av parterna skall göra det.
- 49 Kravet att prövningsförfarandet skall vara kontradiktoriskt innebär inte heller att det är uteslutet att prövningsorganet ex officio kan ta upp en rättsstridighet som den är först med att upptäcka, utan innebär endast att organet, innan det tillkännager sitt avgörande, måste iaktta parternas rätt att yttra sig över den rättsstridighet som tagits upp ex officio.
- 50 Härav följer att direktiv 89/665 inte utgör något hinder för att prövningsorganet i ett förfarande där en anbudsgivare, i syfte att senare erhålla skadestånd, har väckt talan för att få fastställt att beslutet att tilldela kontraktet är rättsstridigt ex officio tar upp att ett annat beslut av den upphandlande myndigheten än det som anbudsgivaren ifrågasatt är rättsstridigt.
- 51 Av det ovanstående följer det dock inte att det nämnda organet kan ogilla anbudsgivarens talan med motiveringen, grundad på en rättsstridighet som tagits upp ex officio, att upphandlingsförfarandet under alla förhållanden var behäftat med oegentligheter och att anbudsgivarens eventuella skada skulle ha uppstått oberoende av den rättsstridighet som den sistnämnde gör gällande.

- 52 Såsom framgår av domstolens praxis är nämligen artikel 1.1 i direktiv 89/665 tillämplig på alla beslut av den upphandlande myndigheten som omfattas av de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling (se bland annat dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002 s. I-5553, punkt 37, och av den 23 januari 2003 i mål C-57/01, Makedoniko Metro och Michaniki, REG 2003, s. I-1091, punkt 68) och det föreskrivs inte någon begränsning vad gäller arten av eller innehållet i de nämnda besluten (se bland annat domarna i de ovannämnda målen Alcatel Austria m.fl., punkt 35, och HI, punkt 49).
- 53 Bland de prövningsförfaranden som medlemsstaterna åläggs att införa enligt direktiv 89/665 för att garantera att upphandlande myndigheters rättsstridiga beslut kan bli föremål för en effektiv prövning som är så snabb som möjligt återfinns vidare, i artikel 2.1 c, möjligheten att lämna ersättning till personer som har lidit skada på grund av en överträdelse.
- 54 Härav följer att en anbudsgivare som har lidit skada genom ett beslut om tilldelning av kontrakt som han hävdar är rättsstridigt inte kan fråntas rätten att begära skadestånd för den skada han orsakats av detta beslut med motiveringen att anbudsproceduren under alla förhållanden var behäftat med oegentligheter på grund av att ett annat, eventuellt tidigare, beslut av den upphandlande myndigheten var rättsstridigt, när denna rättsstridighet har beaktats ex officio.
- 55 Denna slutsats gäller i än högre grad i det fall där en medlemsstat har utnyttjat den möjlighet som den har enligt artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665 att begränsa behörigheten för prövningsorganet i fall där upphandlingsavtal redan ingåtts till utdömande av skadestånd. I sådana fall kan nämligen den rättsstridighet som anbudsgivaren gör gällande inte drabbas av någon av de sanktioner som föreskrivs i direktiv 89/665.

- 56 Med hänsyn till samtliga ovanstående skäl skall den första frågan besvaras på följande sätt: Direktiv 89/665 utgör inte något hinder för att prövningsorganet i ett förfarande där en anbudsgivare, i syfte att senare erhålla skadestånd, har väckt talan för att få fastställt att beslutet att tilldela kontraktet är rättsstridigt ex officio tar upp att ett annat beslut av den upphandlande myndigheten än det som anbudsgivaren ifrågasatt är rättsstridigt. Däremot utgör detta direktiv hinder för att det nämnda organet ogillar anbudsgivarens talan med motiveringen, grundad på en rättsstridighet som tagits upp ex officio, att upphandlingsförfarandet under alla förhållanden var behäftat med oegentligheter och att anbudsgivarens eventuella skada skulle ha uppstått oberoende av den rättsstridighet som den sistnämnde gör gällande.

Den andra frågan

- 57 Av punkt 18 i denna dom och av själva lydelsen av den tredje frågan följer att det i meddelandet om anbudsinfordran i förevarande fall föreskrevs att den upphandlande myndigheten, vid bedömningen av vilket anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga, skulle beakta antalet referenser hänförliga till varor som anbudsgivarna erbjudit andra kunder, utan att pröva huruvida de sistnämndas erfarenhet av de erhållna produkterna varit bra eller dålig.
- 58 Mot denna bakgrund skall den andra frågan förstås på följande sätt: Utgör direktiv 93/36 hinder för att den upphandlande myndigheten i ett anbuds-förfarande vid offentlig upphandling av varor beaktar antalet referenser beträffande varor som anbudsgivarna har erbjudit andra kunder, inte som kriterium för att kontrollera deras lämplighet att genomföra det aktuella kontraktet, utan som kriterium för tilldelning av det aktuella kontraktet.

- 59 Domstolen påpekar härvid följande: I det system som gäller enligt direktiv 93/36, särskilt dess avdelning IV, utgör kontrollen av leverantörernas lämplighet i fråga om att leverera de varor som är föremål för det kontrakt som skall tilldelas och tilldelningen av kontraktet två skilda moment i förfarandet vid offentlig upphandling. I artikel 15.1 i direktiv 93/36 föreskrivs nämligen att tilldelningen av kontraktet skall ske efter det att leverantörernas lämplighet har kontrollerats (se, för ett liknande resonemang vad gäller offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkt 15).
- 60 Syftet med direktiv 93/36 är enligt femte och sjätte skälen att samordna nationella förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten med största möjliga hänsyn till rådande förfaranden och administrativ praxis i varje medlemsstat. Även om det enligt direktivet inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan ske samtidigt är olika bestämmelser tillämpliga på respektive moment (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 16).
- 61 I artikel 15.1 i direktiv 93/36 föreskrivs att den upphandlande myndigheten skall kontrollera anbudsgivarnas lämplighet i enlighet med de kriterier avseende ekonomisk och finansiell ställning liksom teknisk förmåga som anges i artiklarna 22, 23 och 24 i samma direktiv. Syftet med dessa artiklar är inte att begränsa medlemsstaternas behörighet vad gäller att fastställa nivån på den ekonomiska, finansiella och tekniska kapacitet som erfordras för deltagande i olika typer av offentlig upphandling, utan att bestämma vilka referenser eller bevis som kan tillhandahållas för att styrka leverantörernas finansiella, ekonomiska och tekniska kapacitet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 17).
- 62 Vad beträffar de kriterier som kan tillämpas vid tilldelning av ett offentligt varukontrakt föreskrivs i artikel 26.1 i direktiv 93/36 att den upphandlande myndigheten skall ta hänsyn till antingen enbart det lägsta priset, eller, då tilldelning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika

kriterier hänförliga till kontraktet, till exempel pris, leveransdatum, driftkostnader, lönsamhet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, teknisk förtjänst, service efter upphandlingen och tekniskt underhåll.

- 63 Såsom klart framgår av denna bestämmelses lydelse, särskilt av uttrycket t.ex., innehåller denna bestämmelse inte någon uttömmande uppräknings av de kriterier som kan tillämpas såsom kriterier för tilldelning av ett kontrakt till den anbudsgivare som har inlämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet (se, för ett liknande resonemang beträffande offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction, REG 2001, s. I-7725, punkt 35, och, beträffande offentlig upphandling av tjänster, dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland, REG 2002, s. I-7213, punkt 54).
- 64 Även om artikel 26.1 i direktiv 93/36 låter den upphandlande myndigheten välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet, kan detta val emellertid endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Beentjes, punkt 19, SIAC, punkt 36, och Concordia Bus Finland, punkt 59).
- 65 Domstolen konstaterar att en förteckning över de största leveranser som gjorts de senaste tre åren, med angivande av belopp, datum och den offentlighetsrättsliga eller privaträttsliga mottagaren, uttryckligen anges bland de referenser eller bevis som enligt artikel 23.1 a i direktiv 93/36 kan krävas för att visa leverantörernas tekniska kapacitet.
- 66 En enkel förteckning över referenser, som den som krävdes i den anbudsinfördran som var aktuell i målet vid den nationella domstolen, som endast innehåller uppgifter om identitet och antal beträffande anbudsgivarnas tidigare kunder, men

som inte innehåller andra uppgifter om leveranser som gjorts till dessa kunder, ger ingen information som gör det möjligt att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga budet i den mening som avses i artikel 26.1 b i direktiv 93/36. Förteckningen kan därför inte i något fall utgöra ett tilldelningskriterium enligt denna bestämmelse.

- 67 Med hänsyn till ovanstående skall den andra frågan besvaras på följande sätt: Direktiv 93/36 utgör hinder för att den upphandlande myndigheten i ett anbuds förfarande vid offentlig upphandling av varor beaktar antalet referenser beträffande varor som anbudsgivarna har erbjudit andra kunder, inte som kriterium för att kontrollera deras lämplighet att genomföra det aktuella kontraktet, utan som kriterium för tilldelning av detta kontrakt.

Den tredje frågan

- 68 Eftersom den tredje frågan endast ställts under förutsättning att den andra frågan skulle besvaras jakande, saknas anledning att besvara den.

Den fjärde frågan

- 69 Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida gemenskapsrätten, i synnerhet principen om likabehandling, utgör hinder för ett kriterium för tilldelning av ett offentligt varukontrakt enligt vilket anbudsgivarnas anbud kan godtas endast om den vara som det nämnda anbudet avser kan besiktigas av den upphandlande myndigheten inom ett avstånd av 300 km från den ort där myndigheten är belägen.

- 70 Domstolen konstaterar, då det är relevant för att besvara denna fråga, att ett sådant kriterium inte kan utgöra ett kriterium för tilldelning av ett kontrakt.
- 71 Det följer nämligen av artikel 23.1 d i direktiv 93/36 att den upphandlande myndigheten, i ett förfarande för offentlig upphandling av varor, kan kräva in prover, beskrivningar och/eller fotografier av de varor som skall levereras såsom referenser eller bevis på leverantörernas tekniska kapacitet att genomföra det aktuella kontraktet.
- 72 Vidare kan ett kriterium som det som avses i den fjärde frågan inte göra det möjligt att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i den mening som avses i artikel 26.1 b i direktiv 93/36. Det kan därför inte i något fall utgöra ett tilldelningskriterium i den mening som avses i denna bestämmelse.
- 73 Mot denna bakgrund saknas anledning att pröva huruvida detta kriterium även strider mot principen om likabehandling, som, såsom domstolen vid upprepade tillfällen har slagit fast, utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling (se bland annat domarna i de ovannämnda målen *HI*, punkt 45, och *Universale-Bau m.fl.*, punkt 91).
- 74 Med hänsyn till ovanstående skall den fjärde frågan besvaras på följande sätt: Direktiv 93/36 utgör hinder för att det som tilldelningskriterium i en offentlig upphandling av varor krävs att de varor som anbuden avser kan besiktigas av den upphandlande myndigheten inom ett avstånd av 300 km från den ort där myndigheten är belägen.

Rättegångskostnader

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:

- 1) Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, utgör inte något hinder för att prövningsorganet i ett förfarande där en anbudsgivare, i syfte att senare erhålla skadestånd, har väckt talan för att få fastställt att beslutet att tilldela kontraktet är rättsstridigt ex officio tar upp att ett annat beslut av den upphandlande myndigheten än det som anbudsgivaren ifrågasatt huruvida

det är rättsstridigt. Däremot utgör detta direktiv hinder för att det nämnda organet ogillar anbudsgivarens talan med motiveringen, grundad på en rättsstridighet som tagits upp ex officio, att upphandlingsförfarandet under alla förhållanden var behäftat med oegentligheter och att anbudsgivarens eventuella skada skulle ha uppstått oberoende av den rättsstridighet som den sistnämnde gör gällande.

- 2) Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor utgör hinder för att den upphandlande myndigheten i ett anbuds-förfarande vid offentlig upphandling av varor beaktar antalet referenser beträffande varor som anbudsgivarna har erbjudit andra kunder, inte som kriterium för att kontrollera deras lämplighet att genomföra det aktuella kontraktet, utan som kriterium för tilldelning av detta kontrakt.
- 3) Direktiv 93/36 utgör hinder för att det som tilldelningskriterium i en offentlig upphandling av varor krävs att de varor som anbuden avser kan besiktigas av den upphandlande myndigheten inom ett avstånd av 300 km från den plats där myndigheten är belägen.

Puissochet

Schintgen

Skouris

Macken

Cunha Rodrigues

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 19 juni 2003.

R. Grass

J.-P. Puissochet

Justitiesekreterare

Ordförande på sjätte avdelningen