

**DOMSTOLENS DOM**  
den 17 september 1997 \*

I mål C-54/96,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget, från Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (Tyskland), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

**Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH**

och

**Bundesbaugesellschaft Berlin mbH,**

angående tolkningen av artikel 41 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1),

meddelar

**DOMSTOLEN**

sammansatt av ordföranden G.C. Rodríguez Iglesias, avdelningsordförandena G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, J.L. Murray och L. Sevón samt domarna C.N. Kakouris, P.J.G. Kapteyn, C. Gulmann, D.A.O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann (referent), H. Ragnemalm, M. Wathelet och R. Schintgen,

\* Rättegångsspråk: tyska.

generaladvokat: G. Tesauro,  
justitiesekreterare: avdelningsdirektören H.A. Rühl,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH, genom advokaten Franz Günter-Siebeck, München,
- Tysklands regering, genom Ernst Röder, Ministerialrat vid förbundsekonomi-ministeriet, och Bernd Kloke, Oberregierungsrat, samma ministerium, båda i egenskap av ombud, och
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom juridiske rådgivaren Hendrik van Lier, och Claudia Schmidt, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 28 januari 1997 av: Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH, Tysklands regering och kommissionen,

och efter att den 15 maj 1997 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

### Dom

- 1 Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (federala kommissionen för tillsyn av offentliga upphandlingar, nedan kallad federala tillsynskommissionen) har genom

beslut av den 5 februari 1996, som inkom till domstolens kansli den 21 februari samma år, begärt att domstolen enligt artikel 177 i EG-fördraget skall meddela ett förhandsavgörande avseende en fråga om tolkningen av artikel 41 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1).

2 Frågan har uppkommit i en tvist mellan Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH (nedan kallat Dorsch Consult) och Bundesbaugesellschaft Berlin mbH (nedan kallad den upphandlande myndigheten) beträffande ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster.

3 Den upphandlande myndigheten publicerade den 28 juni 1995 i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* ett meddelande om offentlig upphandling avseende ett kontrakt om tjänster som tillhandahålls av arkitekter och byggnadsingenjörer. Dorsch Consult lämnade in sitt anbud till den upphandlande myndigheten den 25 augusti 1995. Den upphandlande myndigheten, som mottog 18 anbud, behöll 7 av dem, inklusive Dorsch Consults anbud. Den 30 november 1995 utsågs två bolag att tillsammans med en arkitekt utgöra en arbetsgrupp för att utföra de tjänster som kontraktet avsåg. Kontraktet undertecknades den 12 januari 1996. Dorsch Consult underrättades den 25 januari 1996 om att dess anbud inte var det mest förmånliga ur ekonomisk synpunkt.

4 Efter att Dorsch Consult hade fått vetskap om att den upphandlande myndigheten inte hade utsett bolaget att utföra uppdraget, men innan dess anbud formellt hade förkastats, anförde bolaget klagomål hos förbundsministeriet för fysisk planering samt byggnads- och tätortsfrågor, som är prövningsorganet i fråga om offentliga upphandlingar, för att detta skulle avsluta upphandlingsförfarandet och kontraktet tilldelas Dorsch Consult. Bolaget ansåg att den upphandlande myndigheten, genom att ingå kontraktet med ett annat företag, hade åsidosatt såväl bestämmelserna i direktiv 92/50 som i § 57a.1 i Haushaltsgrundsatzgesetz (lagen om budgetprinciperna, nedan kallad HGrG). Prövningsorganet fastställde genom beslut av den 20 december 1995 att det saknade behörighet, eftersom det enligt § 57a och 57b i HGrG inte hade befogenhet att övervaka offentliga upphandlingar avseende tjänster.

- 5 Dorsch Consult inlämnade under dessa omständigheter den 27 december 1995 en begäran till federala tillsynskommissionen för att denna skulle fatta beslut om att prövningsorganet för offentliga upphandlingar oriktigt hade funnit sig sakna behörighet. Bolaget angav att 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) var direkt tillämpligt, till den del det inte hade införlivats, och borde följas av prövningsorganen.
  
- 6 Federala tillsynskommissionen konstaterade att Förbundsrepubliken Tyskland fram till dags dato inte hade införlivat direktiv 92/50. Även om det förelåg ett cirkulär från förbundsekonominministeriet av den 11 juli 1993, där det angavs att direktivet var direkt tillämpligt och skulle tillämpas av de administrativa myndigheterna, kan detta inte anses utgöra ett riktigt införlivande av direktivet. Enligt federala tillsynskommissionen ger den nationella lagstiftningen inte prövningsorganet någon rätt att granska efterlevnaden av bestämmelserna om offentlig upphandling av tjänster. Det skulle för övrigt kunna vara helt möjligt att bestämmelserna i direktiv 92/50 hade direkt effekt. Federala tillsynskommissionen har slutligen frågat sig om prövningsorganens redan befintliga behörighet, med tillämpning av artikel 41 i direktiv 92/50, även är direkt tillämplig på offentlig upphandling av tjänster.
  
- 7 Federala tillsynskommissionen har således förklarat målet vilande och begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande beträffande följande fråga:

”Skall artikel 41 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 tolkas på så sätt att de självständiga organ som inrättats i medlemsstaterna och som enligt rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 — med uppgift att pröva offentliga upphandlingsförfaranden som omfattas av direktiv 71/305/EEG och 77/62/EEG — även är behöriga att pröva de förfaranden för offentlig upphandling av tjänster

som åsyftas i direktiv 92/50/EEG, i vad gäller påstådda åsidosättanden av gemenskapsrättsliga regler för offentlig upphandling eller av nationella bestämmelser för genomförande av dessa regler i nationell rätt?”

## Tillämpliga bestämmelser

8 Direktiv 92/50 har till syfte att reglera offentlig upphandling av tjänster och är tillämpligt på kontrakt som överstiger ett visst tröskelvärde. Beträffande rättsskyddet föreskrivs i artikel 41 följande:

”Artikel 1.1 i ... direktiv 89/665 ... skall ersättas med följande:

’1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av direktiv 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’.”

9 Enligt artikel 44.1 i direktiv 92/50 skulle medlemsstaterna ha införlivat direktivet före den 1 juli 1993.

10 I artikel 2.8 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

”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 177, 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.”

11 Direktiv 89/665 införlivades med tysk rätt genom lagen av den 26 november 1993 (*BGBI.* I, s. 1928), som kompletterats genom HGrG genom att tillägga § 57a—57c.

12 I § 57a.1 i HGrG föreskrivs på följande sätt:

”För att uppfylla skyldigheterna enligt Europeiska gemenskapernas direktiv, reglerar förbundsregeringen genom en förordning, med Bundesrats samtycke, offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och tjänster samt de förfaranden varigenom offentliga upphandlingar av tjänster avgörs ...”

- 13 I § 57b.1 i HGrG föreskrivs att de förfaranden vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och tjänster, som nämns i § 57a.1, skall övervakas av prövningsorgan. Enligt § 57a.2 skall förbundsregeringen genom förordningar, med Bundesrats samtycke, anta bestämmelser om prövningsorganens behörighet. Enligt punkt 3 i denna bestämmelse är prövningsorganet skyldigt att inleda ett prövningsförfarande när det föreligger omständigheter som gör att man kan anta att det föreligger en överträdelse av bestämmelser avseende offentliga upphandlingar med stöd av en förordning som har antagits på grundval av § 57a. Prövningsorganet skall inleda förfarandet i synnerhet när någon som har eller hade intresse av ett visst kontrakt gör gällande att de ovannämnda bestämmelserna har överträtts.
- 14 Enligt § 57b.4 i HGrG skall prövningsorganet granska efterlevnaden av de bestämmelser som har antagits med stöd av § 57a. Det kan hindra den upphandlande myndigheten från att ogiltigförklara rättsstridiga bestämmelser eller beslut eller tvinga denna att anta rättsenliga bestämmelser eller fatta sådana beslut. Prövningsorganet kan dessutom tillfälligt avbryta ett förfarande för offentlig upphandling. Prövningsorganet kan kräva att den upphandlande myndigheten på grund av § 57b.5 skall lämna nödvändiga uppgifter för att det skall kunna avsluta sitt uppdrag. I punkt 6 föreskrivs att skadeståndstalan skall väckas vid allmänna domstolar vid överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling.
- 15 I § 57c.1 i HGrG föreskrivs att förbundsregeringen respektive delstaterna är skyldiga att tillsätta en tillsynskommission som utövar sin verksamhet oberoende och på eget ansvar för att övervaka förfarandena vid offentlig upphandling på de områden som rör dem. Enligt punkt 2—4 i denna bestämmelse sammanträder tillsynskommissionen i avdelningar som består av en ordförande, en tjänstemannabisittare och en bisittare som inte är fackman. Avdelningarna är oberoende och är endast skyldiga att följa lagen. Ordföranden och en av bisittarna skall vara tjänstemän. Vad gäller upphävande av tillsättning, avsättning samt deras oavhängighet och avsättbarhet är bestämmelser i Richtergesetz (domarlagen) analogt tillämpliga. En lekmans tillsättning skall dessutom upphävas eller han skall avsättas i enlighet med vissa bestämmelser i domarlagen som då är analogt tillämpliga. En fackman skall

för övrigt avsättas när han grovt underlåter att uppfylla sina skyldigheter. Uppdraget för de medlemmar av tillsynskommisionen vilka inte har tillsatts såsom fackmän varar i fem år.

- 16 I enlighet med punkt 5 granskar tillsynskommisionen lagenligheten av prövningsorganens beslut men inte det sätt på vilket dessa har fastställt de faktiska omständigheterna. När det fastställs att ett beslut är rättsstridigt anmodar tillsynskommisionen prövningsorganet att fatta ett nytt beslut med beaktande av dess yttrande. Enligt § 57c.6 i HGrG kan klagomål till tillsynskommisionen inlämnas inom fyra veckor från de beslut från prövningsorganet som utgör en överträdelse av bestämmelserna om offentliga upphandlingar.
- 17 Genom § 57c.7 i HGrG har en federal tillsynskommision inrättats. Dess tjänstemannamedlemmar består av ordföranden och Bundeskartellamts bisittare med juridisk utbildning [Bundeskartellamt = federala konkurrensmyndigheten]. Chefen för Bundeskartellamt bestämmer sammansättningen av federala tillsynskommisionen samt indelningen mellan och sammansättningen av dess avdelningar. Han tillsätter på förslag av offentliga branschorganisationer de medlemmar som inte är fackmän och deras ställföreträdare. Han utövar dessutom officiell kontroll över förbundsregeringens överflyttning. Federala tillsynsmyndigheten för offentliga upphandlingar har dessutom interna föreskrifter.
- 18 Förbundsregeringen har med stöd av § 57a i HGrG antagit en förordning om offentliga upphandlingar. Denna förordning är dock endast tillämplig på kontrakt avseende bygg- och anläggningsarbeten och inte på kontrakt avseende tjänster. Direktiv 92/50 har fortfarande inte införlivats av Förbundsrepubliken Tyskland.



- 19 Förbundsregeringen har med tillämpning av § 57b och 57c i HGrG antagit förordningen om förfarandet för prövning av offentliga upphandlingar (*BGBI.* I 1994, s. 324). I § 2.3 i denna förordning föreskrivs följande:

”Ett beslut av prövningsorganet avseende den upphandlande myndighetens behörighet skall meddelas skriftligen, vara motiverat och omedelbart delges sökanden. Prövningsmyndigheten skall utan dröjsmål översända den som har åberopat en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling innehållet i beslutet, uppmärksamma honom på möjligheten att inom en frist på fyra veckor rikta en begäran till kommissionen för tillsyn över offentliga upphandlingar och ange den behöriga tillsynskommissionen.”

- 20 I § 3 föreskrivs följande:

- ”1) Förfarandet vid kommissionen för tillsyn av offentliga upphandlingar regleras inom ramen för § 57c i lagen om budgetprinciperna och denna förordning enligt kommissionens interna arbetsordning som den själv upprättar.
- 2) Kommissionen för tillsyn av offentliga upphandlingar skall i enlighet med artikel 177 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen begära förhandsavgörande av Europeiska gemenskapernas domstol när den anser att det är nödvändigt att denna tar ställning till en fråga rörande tolkningen av detta fördrag eller rörande giltigheten och tolkningen av en rättsakt som har utfärdats på grundval av fördraget, för att kommissionen skall kunna fatta sitt beslut.
- 3) Parterna i förfarandet vid prövningsorganet för offentliga upphandlingar skall höras innan den berörda avdelningen fattar något beslut.

- 4) Avdelningen saknar befogenhet att avbryta ett förfarande vid offentlig upphandling eller ge några andra anvisningar rörande förfarandet vid offentlig upphandling.
  - 5) Avdelningen skall fatta sitt beslut med absolut majoritet. Beslutet, som skall meddelas skriftligen, skall vara motiverat och utan dröjsmål översändas till parterna.”
- 21 Den interna arbetsorganisationen för federala kommissionen för tillsyn av offentliga upphandlingar reglerar organisationen och fördelningen av ärendena samt förfarandet, som inbegriper ett muntligt förfarande dit berörda parter kallas samt villkoren för tillsynskommissionens beslut.

### Upptagande till sakprövning

- 22 Innan frågan besvaras finns det anledning att bedöma om federala tillsynskommissionen, inom ramen för det förfarande som har gett upphov till denna tolkningsfråga, skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget. Detta skall hållas isär från frågan om federala tillsynskommissionen uppfyller villkoren i artikel 2.8 i direktiv 89/665, som inte berörs i detta mål.
- 23 För att bedöma om det hänskjutande organet är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget, som är en fråga som endast berör gemenskapsrätt, skall EG-domstolen beakta flera omständigheter, bland dem om organet är upprättat enligt lag, dess varaktighet, den tvingande karaktären av dess avgöranden, om förfarandet är kontradiktoriskt, organets tillämpning av rättsregler samt dess oberoende (se bland annat dom av den 20 juni 1966 i mål 61/65, Vaassen-Göbbels, Rec. 1966, s. 377, dom av den 11 juni 1987 i mål 14/86, Pretore di Salò mot X, Rec. 1987, s. 2545, punkt 7, dom av den 17 oktober 1989 i mål 109/88, Danfoss,

Rec. 1989, s. 3199, punkterna 7 och 8, dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo m. fl., Rec. 1994, s. I-1477, och dom av den 19 oktober 1995 i mål C-111/94, Job Centre, REG 1995, s. I-3361, punkt 9).

- 24 Vad gäller frågan om organet är upprättat enligt lag har kommissionen gjort gällande att HGrG är en budgetramlag som inte medför vare sig några rättigheter eller några skyldigheter för medborgarna såsom rättssubjekt. I lagen anges för övrigt att federala tillsynskommissionen kan ingripa endast för att övervaka provningsorganens beslut. På området för offentlig upphandling av tjänster finns det för tillfället emellertid inte något behörigt provningsorgan. Kommissionen har av detta slutit sig till att federala tillsynskommissionen inte är upprättat enligt någon lag.
- 25 Det är i detta avseende tillräckligt att konstatera att federala tillsynskommissionen har upprättats genom § 57c.7 i HGrG. Att den är upprättad enligt lag kan således inte ifrågasättas. Det saknar vid fastställelsen av om federala tillsynskommissionen är upprättad enligt lag betydelse att den nationella lagstiftaren inte har gett den behörighet på det konkreta området för offentlig upphandling av tjänster.
- 26 Det skall för övrigt påpekas att federala tillsynskommissionens varaktighet inte är satt i fråga.
- 27 Kommissionen anser även att federala tillsynskommissionen inte är en domstol av tvingande karaktär, vilket är ett villkor som enligt kommissionen kan ha en dubbel betydelse. Det kan nämligen betyda antingen att parterna skall vara skyldiga att vända sig till det hänskjutande organet för att få sin tvist avgjord eller att detta organs beslut skall vara bindande. Kommissionen har förespråkat den senare tolkningen och konstaterat att det i den nationella lagstiftningen inte föreskrivs att federala tillsynskommissionens beslut är verkställbara.

- 28 Det skall inledningsvis konstateras att tillsynskommisionen enligt bestämmelserna i § 57c i HGrG har upprättats som det enda organ som granskar rättsenligheten av prövningsorganets beslut. Det är obligatoriskt att vända sig till tillsynskommisionen för att göra gällande en överträdelse av de bestämmelser som är tillämpliga på området för offentlig upphandling.
- 29 För det andra följer det av § 57c.5 i HGrG att när tillsynskommisionen fastställer att prövningsorganets beslut är rättsstridiga, anmodar den detta att fatta ett nytt beslut som i rättsfrågorna följer tillsynskommisionens beslut. Av detta följer att tillsynskommisionens beslut är tvingande.
- 30 Kommissionen har även hävdats att eftersom federala tillsynskommisionen enligt eget angivande inte tillämpar något kontradiktoriskt förfarande, kan den inte anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.
- 31 Det skall erinras om att kravet på ett kontradiktoriskt förfarande inte är något absolut kriterium. Det skall dessutom konstateras att parterna i förfarandet, enligt § 3.3 i förordningen om förfarandet vid prövning av offentliga upphandlingar, skall höras vid prövningsorganet innan den berörda avdelningen fattar något beslut.
- 32 Enligt kommissionen uppfylls inte heller kriteriet avseende tillämpning av rättsregler, eftersom förfarandet vid federala tillsynskommisionen enligt § 57c i HGrG och § 3.1 i förordningen om förfarandet vid prövning av offentliga upphandlingar regleras av den interna arbetsordning som den själv upprättat, som inte har några verkningar gentemot utomstående och som inte har publicerats.

- 33 Det är likväl riktigt att federala tillsynskommissionen är skyldig att tillämpa de bestämmelser rörande offentliga upphandlingar som framgår av gemenskapsdirektiven och de nationella bestämmelser som har antagits för att införliva dem. De allmänna processuella kraven, såsom skyldigheten att höra parterna, att fatta beslut med absolut majoritet och att motivera besluten, nämns dessutom i § 3 i förordningen om förfarandet vid prövning av offentliga upphandlingar som har publice-rats i *Bundesgesetzblatt*. Federala tillsynskommissionen tillämpar följaktligen rätts-regler.
- 34 Dorsch Consult och kommissionen anser slutligen att federala tillsynskommissionen inte är oberoende. Den ingår i Bundeskartellamts organisationsstruktur som i sin tur är underställd ekonomiministeriets kontroll. Varken ordförandens eller tjänstemannabisittarnas mandat har fastslagits vad gäller längd, och bestämmelserna avseende säkerställande av opartiskhet rör endast de medlemmar som inte är fackmän.
- 35 Det skall inledningsvis anföras att tillsynskommissionen enligt § 57c.1 i HGrG utövar sin verksamhet oberoende och på eget ansvar. Enligt § 57c.2 i HGrG är avdelningsmedlemmarna oavhängiga och skall endast följa lagen.
- 36 Vidare skall det betonas att det framgår av § 57c.3 i HGrG att de väsentliga bestämmelserna i den tyska domarlagen avseende upphörande av deras uppdrag, deras avsättning samt deras oavhängighet och avsättbarhet är analogt tillämpliga på avdelningarnas tjänstemannamedlemmar. Bestämmelserna i domarlagen rörande upphörande av deras uppdrag samt deras avsättning är på ett generellt sätt även tillämpliga på de medlemmar som inte är fackmän. Dessa medlemmars opartiskhet tillförsäkras för övrigt genom § 57c.2 i HGrG enligt vilken de inte skall behandla ärenden där de själva deltar i beslutet avseende upphandlingen eller där de själva är eller har lämnat anbud eller representerat anbudsgivare.

- 37 Det skall dessutom påpekas att federala tillsynskommissionen i det föreliggande fallet har domstolsfunktion. Den kan nämligen fastställa att beslut som har fattats av prövningsorganet är rättsstridiga och anmoda det att fatta ett nytt beslut.
- 38 Av det ovan anförda följer att federala tillsynskommissionen inom ramen för det förfarande som har gett upphov till denna tolkningsfråga skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget, vilket innebär att tolkningsfrågan skall prövas.

### Sakfrågan

- 39 Den hänskjutande domstolen vill genom sin fråga i huvudsak få klarhet i om det följer av artikel 41 i direktiv 92/50 att de rättsliga instanser som är behöriga i medlemsstaterna i fråga om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten även har befogenhet att pröva talan avseende offentlig upphandling av tjänster, när detta direktiv inte har införlivats inom den föreskrivna fristen.
- 40 Det skall framhållas att det är i medlemsstaternas rättsordningar som den domstol skall anges som är behörig att avgöra tvister som gäller enskildas rättigheter som följer av gemenskapsrätten, med förbehåll för att medlemsstaterna bär ansvaret för att i varje enskilt fall tillförsäkra ett effektivt skydd av dessa rättigheter. Med undantag av detta är det inte domstolen som skall ingripa i lösningen av behörighetsproblem som — inom den nationella domstolsorganisationen — kan följa på grund av hur vissa rättsliga situationer som grundas på gemenskapsrätten betecknas (dom av den 18 januari 1996 i mål C-446/93, SEIM, REG 1996, s. I-73, punkt 32).
- 41 Det skall vidare konstateras att samtidigt som artikel 41 i direktiv 92/50 innebär att medlemsstaterna är att skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera effektiva rättsmedel i fråga om offentlig upphandling av tjänster, anges där inte vare

sig vilka nationella instanser som skall vara behöriga eller att det skall vara fråga om samma instanser som medlemsstaterna har utpekat i fråga om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

- 42 Det är emellertid riktigt, å ena sidan, att § 57a—57c i HGrG avser att införliva direktiv 89/665 och, å andra sidan, att samma § 57a framstår som den grundläggande bestämmelsen för införlivande av direktiv 92/50, vilket förbundsregeringen ännu inte har gjort.
- 43 Det skall under dessa omständigheter, för det första, erinras om att medlemsstaternas skyldighet enligt ett direktiv att uppnå det resultat som föreskrivs i direktivet samt deras skyldighet enligt artikel 5 i EG-fördraget att vidta alla allmänna eller särskilda åtgärder som är ägnade att säkerställa att denna skyldighet verkställs åvilar samtliga myndigheter i medlemsstaterna, inklusive domstolsmyndigheterna inom ramen för deras behörighet. Av detta följer att den nationella domstol som skall göra en tolkning, vid tillämpningen av nationell rätt, oberoende av om det rör sig om bestämmelser från tiden före eller efter direktivet, är skyldig att, i så stor utsträckning som möjligt, tolka mot bakgrund av innehållet i och ändamålet med direktivet för att uppnå det resultat som eftersträvas med det och för att således följa artikel 189 tredje stycket i EG-fördraget (se dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, *Marleasing*, Rec. 1990, s. I-4135, punkt 8, dom av den 16 december 1993 i mål C-334/92, *Wagner Miret*, Rec. 1993, s. I-6911, punkt 20, och dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, *Faccini Dori*, Rec. 1994, s. I-3325, punkt 26).
- 44 Det skall för det andra påpekas att frågan om att utse en behörig instans för att pröva talan i fråga om offentlig upphandling av tjänster är relevant även när direktiv 92/50 inte har införlivats. För det fall att en medlemsstat har underlåtit att vidta nödvändiga åtgärder för verkställighet eller har vidtagit åtgärder som inte överensstämmer med ett direktiv, har domstolen nämligen tillerkänt de enskilda rätten att åberopa ett direktiv gentemot den medlemsstat som har gjort sig skyldig till fördragsbrottet. Även om denna minimigaranti inte kan rättfärdiga att en medlemsstat underlåter att i rätt tid vidta lämpliga åtgärder avseende varje direktiv (se bland annat dom av den 2 maj 1996 i mål C-253/95, kommissionen mot Tyskland, REG 1996, s. I-2423, punkt 13), kan den dock ha till resultat att ge de enskilda befogenhet att gentemot en medlemsstat åberopa de materiella bestämmelserna i direktiv 92/50.

- 45 Det skall dessutom erinras om att om nationella bestämmelser inte kan tolkas på ett sätt som överensstämmer med direktiv 92/50, kan de berörda i enlighet med lämpliga förfaranden enligt nationell rätt begära ersättning för de skador som har orsakats av att direktivet inte har införlivats inom den föreskrivna fristen (se bland annat dom av den 8 oktober 1996 i de förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94, Dillenkofer m. fl., REG 1996, s. I-4845).
- 46 Tolkningsfrågan skall följaktligen besvaras så, att det inte följer av artikel 41 i direktiv 92/50 att de rättsliga instanser i en medlemsstat som är behöriga i fråga om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, vid underlåtenhet att inom den föreskrivna fristen införliva detta direktiv, även har befogenhet att pröva talan rörande offentlig upphandling av tjänster. Kraven på att tolka nationell rätt i överensstämmelse med direktiv 92/50 och på ett effektivt skydd för enskilda innebär emellertid en skyldighet för den nationella domstolen att kontrollera om de relevanta bestämmelserna i nationell rätt gör det möjligt att tillerkänna de enskilda rätt att väcka talan i fråga om offentlig upphandling av tjänster. Under sådana omständigheter i det föreliggande fallet är den nationella domstolen skyldig att särskilt kontrollera om denna rätt att väcka talan kan utövas vid samma instanser som de som föreskrivs i fråga om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

### Rättegångskostnader

- 47 De kostnader som har förorsakats den tyska regeringen och Europeiska gemenskapernas kommission, som 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

— angående den fråga som genom beslut av den 5 februari 1996 förts vidare av Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes — följande dom:

Det följer inte av artikel 41 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster att de rättsliga instanser i en medlemsstat som är behöriga i fråga om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, vid en underlåtenhet att inom den föreskrivna fristen införliva detta direktiv, även har befogenhet att pröva talan rörande offentlig upphandling av tjänster. Kraven på att tolka nationell rätt i överensstämmelse med direktiv 92/50 och på ett effektivt skydd för enskilda innebär emellertid en skyldighet för den nationella domstolen att kontrollera om de relevanta bestämmelserna i nationell rätt gör det möjligt att tillerkänna de enskilda rätt att väcka talan i fråga om offentlig upphandling av tjänster. Under sådana omständigheter som i det föreliggande fallet är den nationella domstolen skyldig att särskilt kontrollera om denna rätt att väcka talan kan utövas vid samma instanser som de som föreskrivs i fråga om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

Rodríguez Iglesias	Mancini	Moitinho de Almeida	
Murray	Sevón	Kakouris	Kapteyn
Gulmann	Edward	Puissochet	Hirsch
Jann	Ragnemalm	Wathelet	Schintgen

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 17 september 1997.

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

Justitiesekreterare

Ordförande