Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (nionde avdelningen)

den 20 september 2018*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Kollektivtrafik på järnväg och väg – Förordning (EG) nr 1370/2007 – Artikel 5.1 – Tilldelning av avtal om allmän trafik – Artikel 7.2 – Skyldighet att offentliggöra vissa uppgifter i *Europeiska unionens officiella tidning* senast ett år innan förfarandet inleds – Följderna av att ett offentliggörande inte har skett – Ogiltigförklaring av anbudsförfarandet – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 27.1 – Artikel 47.1 – Direktiv 2014/25/EU – Artikel 45.1 – Artikel 66.1 – Meddelande om upphandling”

I mål C-518/17,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike) genom beslut av den 29 juni 2017, som inkom till domstolen den 28 augusti 2017, i ett förfarande som anhängiggjorts av

Stefan Rudigier

ytterligare deltagare i rättegången:

Salzburger Verkehrsverbund GmbH

meddelar

DOMSTOLEN (nionde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C. Vajda samt domarna E. Juhász (referent) och K. Jürimäe,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Stefan Rudigier, genom C. Casati, Rechtsanwalt,

– Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom W. Mölls och P. Ondrůšek, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

* Rättegångsspråk: tyska.

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 7.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (EUT L 315, 2007, s. 1).

2 Begäran har framställts i ett förfarande som anhängiggjorts av Stefan Rudigier. Målet rör en begäran om ogiltigförklaring av ett anbudsförfarande avseende tillhandahållande av kollektivtrafik med buss, vilket inletts av Salzburger Verkehrsverbund GmbH.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Förordning nr 1370/2007

3 I skäl 20, 21, 29 och 30 i förordning nr 1370/2007 anges följande:

”(20) Om en myndighet beslutar att anförtro en uppgift som gäller en tjänst av allmänt intresse åt tredje part, måste kollektivtrafikföretaget väljas ut i överensstämmelse med [unions]rätten om offentlig upphandling och koncessioner, som har sin grund i artiklarna 43–49 i fördraget, och med principen om insyn och principen om lika behandling. Särskilt påverkar bestämmelserna i denna förordning inte myndigheternas skyldigheter enligt direktiven om offentlig upphandling när avtal om allmän trafik omfattas av dessa direktivs tillämpningsområde.

(21) Ett effektivt rättsskydd bör garanteras, inte enbart för de avtal som tilldelas i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster [(EUT L 134, 2004, s. 1)] och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster [(EUT L 134, 2004, s. 114)] utan också för andra avtal som tilldelats enligt denna förordning. Ett effektivt översynsförfarande måste vara jämförbart med relevanta förfaranden i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten [(EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48)] och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna [(EGT L 76, 1992, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127)].

…

(29) De behöriga myndigheterna bör vidta nödvändiga åtgärder för att minst ett år i förväg offentliggöra sin avsikt att tilldela avtal om allmän trafik, med undantag av nödåtgärder och avtal som gäller korta sträckor, så att potentiella kollektivtrafikföretag kan ta ställning.

(30) Direkttilldelade avtal om allmän trafik bör omfattas av principen om ökad insyn.”

4 I artikel 1 i förordning nr 1370/2007, som har rubriken ”Syfte och tillämpningsområde”, föreskrivs följande:

”1. Syftet med denna förordning är att fastställa hur de behöriga myndigheterna, i enlighet med [unions]lagstiftningen, kan ingripa på området för kollektivtrafik för att se till att det tillhandahålls tjänster av allmänt intresse som bland annat är tätare, säkrare, av bättre kvalitet eller billigare än vad den fria marknaden skulle kunna erbjuda.

…

2. Denna förordning är tillämplig på nationell och internationell kollektivtrafik på järnväg och andra spårburna transportsätt, och på väg, utom trafik som i första hand bedrivs på grund av sitt historiska intresse eller sitt turistvärde. …

…”

5 Artikel 5 har rubriken ”Tilldelning av avtal om allmän trafik”. I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

”Avtal om allmän trafik ska tilldelas i enlighet med de bestämmelser som fastställs i denna förordning. Tjänsteavtal eller avtal om allmän trafik enligt definitionen i direktiv [2004/17] eller direktiv [2004/18] avseende kollektivtrafik med buss eller spårvagn ska emellertid tilldelas i enlighet med de förfaranden som fastställs i dessa direktiv när dessa avtal inte tilldelas i form av koncessionsavtal om tjänster enligt definitionen i dessa direktiv. När avtal ska tilldelas i enlighet med direktiv [2004/17] eller [2004/18] ska bestämmelserna i punkterna 2–6 i denna artikel inte tillämpas.”

6 Artikel 7 i denna förordning har rubriken ”Offentliggörande”. I punkt 2 i den artikeln föreskrivs följande:

”Varje behörig myndighet ska se till att åtminstone följande uppgifter offentliggörs i *Europeiska unionens officiella tidning* senast ett år innan det fria anbudsförfarandet inleds respektive innan ett avtal direkttilldelas:

a) Den behöriga myndighetens namn och adress.

b) Planerad tilldelningsmetod.

c) Tjänster och geografiska områden som kan omfattas av avtalet.

De behöriga myndigheterna får besluta att inte offentliggöra denna information om ett avtal om allmän trafik rör tillhandahållande av högst 50 000 km kollektivtrafik per år.

Om denna information ändras efter offentliggörandet, ska den behöriga myndigheten snarast möjligt offentliggöra en rättelse i enlighet därmed. Denna rättelse ska inte påverka fastställandet av den dag då direkttilldelningen eller anbudsinfordran ska inledas.

…”

Direktiv 2014/24/EU

7 Artikel 18 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65), har rubriken ”Principer för upphandling”. I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”

8 I artikel 27 i direktivet, som har rubriken ”Öppet förfarande”, föreskrivs följande:

”1. Vid öppna förfaranden får alla intresserade ekonomiska aktörer lämna anbud efter en anbudsinfordran.

Fristen för mottagande av anbud ska vara minst 35 dagar från den dag då meddelandet om upphandling avsändes.

Anbudet ska innehålla de upplysningar som den upphandlande myndigheten kräver för det kvalitativa urvalet.

2. Om en upphandlande myndighet har offentliggjort ett förhandsmeddelande som inte i sig användes som en anbudsinfordran får den minimitidsfrist för mottagande av anbud som fastställs i punkt 1 andra stycket i denna artikel minskas till 15 dagar, under förutsättning att samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Förhandsmeddelandet innehöll alla de uppgifter som krävs för meddelandet om upphandling enligt bilaga V avsnitt I del B, i den mån de sistnämnda uppgifterna fanns att tillgå när förhandsmeddelandet offentliggjordes.

b) Förhandsmeddelandet avsändes för offentliggörande minst 35 dagar och högst 12 månader före den dag då meddelandet om upphandling avsändes.

3. Om det i en brådskande situation som bestyrks på lämpligt sätt av den upphandlande myndigheten är omöjligt att tillämpa den tidsfrist som fastställs i punkt 1 andra stycket, får den fastställa en tidsfrist på minst 15 dagar från den dag då meddelandet om upphandling avsändes.

4. Den upphandlande myndigheten får minska den tidsfrist för mottagande av anbud som anges i punkt 1 andra stycket i denna artikel med fem dagar om den tillåter att anbuden skickas in med hjälp av elektroniska medel i enlighet med artikel 22.1 första stycket, 22.5 och 22.6.”

9 Artikel 47 i direktivet har rubriken ”Fastställande av tidsfrister”. I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

”När en upphandlande myndighet fastställer tidsfristerna för mottagande av anbud och anbudsansökningar ska den ta hänsyn till hur komplext kontraktet är och hur lång tid som behövs för att utarbeta ett anbud, utan att detta påverkar de minimitidsfrister som fastställs i artiklarna 27–31.”

10 Artikel 48 i direktivet har rubriken ”Förhandsmeddelanden”. I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

”En upphandlande myndighet får med hjälp av ett förhandsmeddelande informera om planerade upphandlingar. Dessa meddelanden ska innehålla den information som anges i del B avsnitt I i bilaga V. De ska offentliggöras antingen av Europeiska unionens publikationsbyrå eller på den upphandlade enhetens upphandlarprofil i enlighet med punkt 2 b i bilaga VIII. Om den upphandlande myndigheten offentliggör ett förhandsmeddelande på sin upphandlarprofil ska den skicka ett meddelande till Europeiska unionens publikationsbyrå om att ett förhandsmeddelande har offentliggjorts på en upphandlarprofil i enlighet med bilaga VIII. Dessa meddelanden ska innehålla den information som anges i del A i bilaga V.”

11 I del B avsnitt I i bilaga V till direktiv 2014/24, vilken det hänvisas till i artikel 48 i samma direktiv, föreskrivs att ett förhandsmeddelande bland annat ska innehålla upplysningar om den upphandlande enhetens identitet och den ort där tjänsterna i huvudsak kommer att tillhandahållas, en kortfattad beskrivning av upphandlingen och i synnerhet tjänsternas art och omfattning, och i de fall meddelandet inte används som anbudsinfordran ska det anges beräknat/beräknade datum för offentliggörande av meddelande/meddelanden om upphandling för det eller de kontrakt som avses i förhandsmeddelandet.

12 Enligt artikel 90.1 och artikel 91 i direktiv 2014/24, vilka har rubriken ”Införlivande och övergångsbestämmelser” respektive ”Upphävande” var medlemsstaterna skyldiga att följa detta direktiv senast den 18 april 2016, vilket var det datum då direktiv 2004/18 upphörde att gälla.

Direktiv 2014/25/EU

13 Artikel 36 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 2014, s. 243), har rubriken ”Principer för upphandling”. I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

”Upphandlande enheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”

14 I artikel 45 i direktivet, som har rubriken ”Öppet förfarande”, föreskrivs följande:

”1. Vid öppna förfaranden får alla intresserade ekonomiska aktörer lämna anbud efter en anbudsinfordran.

Fristen för mottagande av anbud ska vara minst 35 dagar från den dag då meddelandet om upphandling avsändes.

Anbudet ska innehålla de upplysningar som den upphandlande enheten kräver för det kvalitativa urvalet.

2. Om de upphandlande enheterna har offentliggjort ett förhandsmeddelande som inte i sig användes som en anbudsinfordran får den minimitidsfrist för mottagande av anbud som fastställs i punkt 1 andra stycket i denna artikel minskas till 15 dagar, under förutsättning att samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Förhandsmeddelandet innehöll, utöver de uppgifter som krävs enligt del A avsnitt I i bilaga VI, alla de uppgifter som krävs enligt del A avsnitt II i bilaga VI, i den mån de sistnämnda uppgifterna fanns att tillgå när förhandsmeddelandet offentliggjordes.

b) Förhandsmeddelandet avsändes för offentliggörande minst 35 dagar och högst 12 månader före den dag då meddelandet om upphandling avsändes.

3. Om det i en brådskande situation som bestyrks på lämpligt sätt av de upphandlande enheterna, är omöjligt att tillämpa den tidsfrist som fastställs i punkt 1 andra stycket, får de fastställa en tidsfrist på minst 15 dagar från den dag då meddelandet om upphandling avsändes.

4. Den upphandlande enheten får minska den tidsfrist för mottagande av anbud som anges i punkt 1 andra stycket i denna artikel med fem dagar om den tillåter att anbuden skickas in med hjälp av elektroniska medel i enlighet med artikel 40.4 första stycket och artikel 40.5 och 40.6."

15 Artikel 66 i direktivet har rubriken "Fastställande av tidsfrister". I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

"När en upphandlande enhet fastställer tidsfristerna för mottagande av anbudsansökningar och anbud ska den ta särskild hänsyn till hur komplext kontraktet är och hur lång tid som behövs för att utarbeta ett anbud, utan att detta påverkar de minimitidsfrister som fastställs i artiklarna 45–49."

16 Artikel 67 i samma direktiv har rubriken "Förhandsmeddelanden". I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

"En upphandlande enhet får med hjälp av ett förhandsmeddelande informera om planerade upphandlingar. Dessa meddelanden ska innehålla den information som anges i del A avsnitt I i bilaga VI. De ska offentliggöras antingen av Europeiska unionens publikationsbyrå eller på den upphandlade enhetens upphandlarprofil i enlighet med punkt 2 b i bilaga IX. Om den upphandlande enheten offentliggör ett förhandsmeddelande på sin upphandlarprofil ska den skicka ett meddelande till Europeiska unionens publikationsbyrå om att ett förhandsmeddelande har offentliggjorts på en upphandlarprofil i enlighet med punkt 3 i bilaga IX. Dessa meddelanden ska innehålla den information som anges i del B i bilaga VI."

17 Enligt del A avsnitt I i bilaga VI till direktiv 2014/25, vilken det hänvisas till i artikel 67.1 i samma direktiv, ska ett förhandsmeddelande bland annat innehålla upplysningar om den upphandlande enhetens identitet och den avdelning som kan kontaktas.

18 Enligt artikel 106.1 och artikel 107 i direktiv 2014/25, vilka har rubriken "Införlivande och övergångsbestämmelser" respektive "Upphävande" var medlemsstaterna skyldiga att följa detta direktiv senast den 18 april 2016, vilket är det datum då direktiv 2004/17 upphörde att gälla.

Direktiv 89/665

19 Artikel 1 i direktiv 89/665, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 (EUT L 94, 2014, s. 1) (nedan kallat direktiv 89/665), har rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”. I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

”Detta direktiv ska tillämpas på kontrakt som avses i [direktiv 2014/24], såvida inte sådana kontrakt är undantagna i enlighet med artiklarna 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 och 37 i det direktivet.

…

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av direktiv [2014/24] …, kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.”

20 I artikel 2.1 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

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

a) vid första möjliga tillfälle och genom interimistiskt förfarande vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare, inbegripet åtgärder för att skjuta upp eller garantera uppskovet av förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt eller av genomförandet av ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten,

b) antingen åsidosättande eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsinfordran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,

c) bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.”

21 Artikel 2d.1 och 2d.2 i direktivet har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan,

a) om den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv [2014/24] eller …,

b) när det föreligger en överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 i detta direktiv, om denna överträdelse har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att rikta anspråk före ingåendet av avtalet, i kombination med en överträdelse av direktiv [2014/24] …, om den överträdelsen har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om prövning att erhålla kontraktet,

c) i de fall som avses i artikel 2b c andra stycket, om medlemsstaten har åberopat undantag från den period under vilken avtal inte får ingås om de bygger på ett ramavtal och ett dynamiskt inköpssystem.

2. Följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt ska bestämmas i nationell lagstiftning.

I nationell lagstiftning får det därför föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. I det senare fallet ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av andra sanktioner enligt artikel 2e.2."

Direktiv 92/13

22 Artikel 1 i direktiv 92/13, i dess lydelse enligt direktiv 2014/23 (nedan kallat direktiv 92/13) har rubriken "Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden". I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

"Detta direktiv ska tillämpas på kontrakt som avses i [direktiv 2014/25], såvida inte sådana kontrakt är undantagna i enlighet med artiklarna 18–24, 27–30, 34 eller 55 i det direktivet.

…

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande enhets beslut om kontrakt som omfattas av direktiv [2014/25] … kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt."

23 Artikel 2 i direktiv 92/13 har rubriken "Krav på prövningsförfaranden". I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna ska se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

a) Att så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder i syfte att åstadkomma rättelse av påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, däribland åtgärder för att avbryta upphandlingen eller förhindra verkställigheten av upphandlarens beslut.

b) Att undanröja eller låta undanröja beslut som tagits utan stöd i lag, och därvid bland annat undanröja diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i meddelanden om upphandling, meddelanden i förhand om upphandling, meddelande om ett särskilt system för urval av leverantörer, inbjudan att avge anbud, kontraktshandlingar eller annat dokument som har samband med upphandlingen.

c) Att så tidigt som möjligt och, om det är nödvändigt, efter egna beslut i sak själv vidta andra åtgärder än de som anges ovan under a och b för att rätta konstaterad överträdelse, förebygga att berörda intressen lider skada eller, där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att betala en viss summa till berörda intressen.

   Medlemsstaterna får välja ett av dessa alternativ att gälla för alla upphandlare eller för upphandlarkategorier som definierats enligt objektiva kriterier, så länge de åtgärder som syftar till att förebygga skada för berörda intressen blir verkningsfulla.

d) Att tillerkänna skadestånd till dem som lidit skada av en överträdelse.

…”

24 Artikel 2d i samma direktiv har rubriken ”Ogiltighet”. I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande enheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltighet beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan,

a) om den upphandlande enheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv [2014/25] …,

b) när det föreligger en överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2, om denna överträdelse har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att rikta anspråk före avtalets ingående, när en sådan överträdelse föreligger i kombination med en överträdelse av direktiv [2014/25] …, om den överträdelsen har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om prövning att erhålla kontraktet,

c) i de fall som avses i artikel 2b c andra stycket, om medlemsstaterna har åberopat undantag från den period under vilken avtal inte får ingås om dessa bygger på ett dynamiskt inköpssystem.”

Österrikisk rätt

25 26 § Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 (delstaten Salzburgs lag om övervakning av offentlig upphandling 2007) av den 7 februari 2007, i den lydelse som är tillämplig på omständigheterna i det nationella målet, har rubriken ”Ogiltigförklaring av den upphandlande myndighetens beslut”. I stycke 1 i den § föreskrivs följande:

”Landesverwaltungsgericht [(regional förvaltningsdomstol, Österrike)] ska ogiltigförklara ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling, och som kan överklagas särskilt om

1. det beslutet eller ett tidigare beslut som inte kan överklagas särskilt innebär ett åsidosättande av en rättighet som klaganden … har gjort gällande och

2. rättsstridigheten har en väsentlig inverkan på utgången av anbudsförfarandet.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

26 Den 20 april 2016 inledde Salzburger Verkehrsverbund ett anbudsförfarande för tillhandahållande av kollektivtrafik med buss i Gasteindalen (Österrike), vilket omfattade flera busslinjer och totalt cirka 670 000 km per år, genom att offentliggöra en anbudsinfordran i *Europeiska unionens officiella tidning*. Det angavs i meddelandet om upphandling att fristen för att inkomma med anbud var den 8 juni 2016.

27 Upphandlingen skulle vidare avslutas genom ett avtal om tillhandahållande av tjänster och inte genom ett koncessionsavtal om tjänster. Tjänsterna skulle börja tillhandahållas den 11 december 2016.

28 Salzburger Verkehrsverbund offentliggjorde inte det förhandsmeddelande som anges i artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007.

29 Den 31 maj 2016 överklagade Stefan Rudigier anbudsförfarandet till Landesverwaltungsgericht Salzburg (Regionala förvaltningsdomstolen i Salzburg, Österrike) och yrkade att det skulle ogiltigförklaras bland annat på grund av åsidosättandet av artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007.

30 Landesverwaltungsgericht Salzburg (Regionala förvaltningsdomstolen i Salzburg) ogillade överklagandet genom beslut av den 15 juli 2016.

31 Stefan Rudigier överklagade det beslutet till Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike).

32 Stefan Rudigier gjorde till stöd för överklagandet gällande att Landesverwaltungsgericht Salzburg (Regionala förvaltningsdomstolen i Salzburg) inte i sak hade prövat de rättsliga följderna av att de uppgifter som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 inte hade offentliggjorts, vilket borde ha gjorts ett år innan det fria anbudsförfarandet inleddes.

33 Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) har påpekat att det inte finns något undantag från tillämpningen av artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 när det gäller transporttjänster som omfattas av direktiv 2004/17 och direktiv 2004/18 och att det i skäl 29 i nämnda förordning inte görs någon skillnad beroende på vilket regelverk som är tillämpligt på en sådan offentlig upphandling av transporttjänster. Nämnda domstol har därför dragit slutsatsen att skyldigheten att offentliggöra de angivna uppgifterna ska iakttas även när de aktuella tjänsterna omfattas av en upphandling som faller inom tillämpningsområdet för ett av de två nämnda direktiven.

34 Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) har emellertid påpekat att det i förevarande fall, till skillnad från domen av den 27 oktober 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), vilken rörde utläggande på entreprenad i samband med offentlig upphandling, varken i direktiv 2004/18 eller i direktiv 2014/24, som har ersatt det direktivet, föreskrivs någon skyldighet att lämna förhandsmeddelande såsom i artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007.

35 Detta medför att om det fastställs att artikel 7.2 ska tillämpas på de upphandlingar som omfattas av ett av de två nämnda direktiven, tillämpas ett striktare regelverk på tilldelningen av kontrakt för tillhandahållande av kollektivtrafik med buss än det regelverk som tillämpas på andra tjänster.

36 Den hänskjutande domstolen har vidare påpekat att det i unionsrätten inte föreskrivs någon påföljd i de fall då de skyldigheter som föreskrivs i artikel 7.2 inte iakttas.

37 Den hänskjutande domstolen har i detta sammanhang betonat att ett transportföretag visserligen skulle kunna dra fördel av det försprång som företaget har jämfört med sina konkurrenter i de fall då nämnda bestämmelse inte iakttas. Nämnda domstol anser emellertid att syftena avseende insyn och icke-diskriminering, vilka eftersträvas med bestämmelsen, uppfylls i de fall då den aktuella tjänsten är föremål för ett upphandlingsförfarande, i den mån det i artikel 47.1 i direktiv 2014/24, i likhet med artikel 38.1 i direktiv 2004/18, föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska ta hänsyn till hur komplext kontraktet är och hur lång tid som behövs för att utarbeta ett anbud när den fastställer tidsfristerna för förfarandet.

38 Den hänskjutande domstolen vill följaktligen få klarhet i huruvida ett åsidosättande av artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 kan medföra att ett anbudsförfarande, i de fall då den upphandlande myndigheten i övrigt har uppfyllt samtliga de krav som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling, är rättsstridigt.

39 Den hänskjutande domstolen har angett att enligt österrikisk rätt ska den upphandlande myndighetens beslut endast ogiltigförklaras om rättsstridigheten har en väsentlig inverkan på utgången av anbudsförfarandet. Den hänskjutande domstolen anser att en nationell lagstiftning som den som är

i fråga i det nationella målet verkar vara förenlig med unionsrätten, i den mån den varken gör det omöjligt att utöva en rättighet som följer av unionsrätten eller åsidosätter likvärdighetsprincipen. Nämnda domstol har dock angett att den skulle vilja få detta bekräftat.

40 Den hänskjutande domstolen har betonat att denna fråga gör sig än mer gällande i målet vid den nationella domstolen, eftersom den upphandlande enheten har påstått att Stefan Rudigier under lång tid kände till att en anbudsinfordran skulle komma att inledas, vilket innebär att samtliga hans yrkanden ska ogillas, i den mån han inte berörs av att rättigheten har åsidosatts.

41 Mot denna bakgrund beslutade Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen.

”1) Är artikel 7.2 i förordning [nr 1370/2007] även tillämplig vid tilldelning av tjänsteavtal enligt artikel 5.1 andra meningen i denna förordning avseende kollektivtrafik med buss i enlighet med ett förfarande som fastställs i direktiven om offentlig upphandling (direktiv [2004/17] eller [2004/18])?

2) För det fall fråga 1 besvaras jakande:

Medför ett åsidosättande av skyldigheten, att senast ett år innan det fria anbudsförfarandet inleds offentliggöra de uppgifter som anges i artikel 7.2 a-c i förordning nr 1370/2007, att en upphandling – utan ett sådant offentliggörande ett år innan anbudsförfarandet inleddes, men som enligt artikel 5.1 andra meningen i denna förordning omfattas av ett förfarande enligt direktiven om offentlig upphandling – ska anses rättsstridig?

3) För det fall fråga 2 besvaras jakande:

Utgör de unionsrättsliga bestämmelser som är tillämpliga på offentlig upphandling hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken kravet i artikel 2.1 b i direktiv [89/665], på att en anbudsinfordran som anses rättsstridig på grund av ett uteblivet offentliggörande enligt artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 ska ogiltigförklaras, inte måste iakttas när rättsstridigheten inte hade någon väsentlig inverkan på anbudsförfarandets utgång, eftersom det berörda företaget kunde ta ställning i tid och konkurrensen inte påverkades negativt?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

42 Domstolen påpekar inledningsvis att den anbudsinfordran som är i fråga i det nationella målet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 20 april 2016, det vill säga två dagar efter det datum då medlemsstatera skulle ha införlivat direktiven 2014/24 och 2014/25 i den nationella lagstiftningen och efter det att direktiven 2004/17 och 2004/18 upphört att gälla enligt artiklarna 90 och 91 i direktiv 2014/24 respektive artiklarna 106 och 107 i direktiv 2014/25.

43 Härav följer att det är direktiv 2014/24 eller direktiv 2014/25 som är tillämpligt i det mål som är i fråga vid den nationella domstolen och inte direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, såsom har angetts i de frågor som har ställts av den hänskjutande domstolen (se, analogt, dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkterna 31–33).

44 Det ska vidare påpekas att frågorna hänför sig till direktiv 2004/17 och direktiv 2004/18 utan någon åtskillnad däremellan. Den omständigheten att den hänskjutande domstolen inte har identifierat det direktiv som är tillämpligt i målet vid den nationella domstolen hindrar emellertid inte domstolen från

att besvara dessa frågor, eftersom svaren på frågorna kan formuleras på exakt samma sätt med stöd av direktiv 2014/24 eller direktiv 2014/25, genom vilka direktiv 2004/18 respektive direktiv 2004/17 har upphört att gälla. Direktiv 2014/24 och direktiv 2014/25 har även ersatt dessa direktiv.

Första tolkningsfrågan

45 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 ska tolkas så, att skyldigheten att lämna förhandsmeddelande som föreskrivs däri är tillämplig på kontrakt avseende kollektivtrafik med buss, vilka i princip tilldelas enligt de förfaranden som föreskrivs i direktiv 2014/24 eller direktiv 2014/25.

46 Domstolen har i detta hänseende redan i fråga om tillämpningen av artikel 5.1 i förordning nr 1370/2007 slagit fast att när det gäller tilldelning av ett tjänstekontrakt avseende kollektivtrafik med buss är det endast bestämmelserna i artikel 5.2–5.6 i nämnda förordning som inte är tillämpliga, medan övriga bestämmelser i denna förordning förblir tillämpliga (dom av den 27 oktober 2016, Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, punkt 41).

47 Härav följer att artikel 7.2 i förordningen är tillämplig på kontrakt avseende offentlig upphandling av transporttjänster, vilka tilldelas enligt de förfaranden som föreskrivs i direktiv 2014/24 eller direktiv 2014/25.

48 Denna slutsats stöds av syftet med förordning nr 1370/2007.

49 I förordning nr 1370/2007 – som endast omfattar kollektivtrafik på järnväg och väg – föreskrivs nämligen villkor för anpassning av de allmänna regelverken för offentlig upphandling, såsom de som regleras i direktiv 2014/24 eller i direktiv 2014/25. Nämnda förordning innehåller således specialregler som antingen ska ersätta eller tillämpas utöver de allmänna reglerna i direktiv 2014/24 eller i direktiv 2014/25 beroende på om det i det tillämpliga direktivet föreskrivs regler inom det område som regleras av förordningen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 2016, Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, punkterna 44–47).

50 En sådan tolkning av artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 bekräftas vid en prövning av artikel 48.1 i direktiv 2014/24 och artikel 67.1 i direktiv 2014/25, vilka har en funktion som till viss del är jämförbar med den i artikel 7.2.

51 Till skillnad från artikel 48.1 i direktiv 2014/24, jämförd med bestämmelserna i del B avsnitt 1 i bilaga V till direktivet och artikel 67.1 i direktiv 2014/25, jämförd med bestämmelserna i del A avsnitt 1 i bilaga VI till direktivet, är nämligen bestämmelserna i artikel 7.2 i nämnda förordning dels ovillkorligen tillämpliga på den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten, dels omfattar de inte enbart det fall då den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten avser att inleda ett fritt anbudsförfarande utan även det fall då den upphandlande myndigheten avser att direkttilldela ett kontrakt. Det finns vidare inget krav på att det offentliggörande som görs i enlighet med dessa direktiv ska ske inom den fastställda tidsfristen, det vill säga ett år innan det fria anbudsförfarandet inleds och det behöver inte nödvändigtvis ske genom *Europeiska unionens officiella tidning*.

52 Artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 medför skyldigheter som är mer specifika än de i direktiv 2014/24 och direktiv 2014/25 och ska således som *lex specialis* ha företräde framför bestämmelserna i de direktiven (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 2016, Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, punkt 47).

53 Mot denna bakgrund ska den första frågan besvaras enligt följande: Artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 ska tolkas så, att skyldigheten att lämna förhandsmeddelande som föreskrivs däri är tillämplig på kontrakt avseende kollektivtrafik med buss, vilka i princip tilldelas enligt de förfaranden som föreskrivs i direktiv 2014/24 eller direktiv 2014/25.

Den andra och den tredje tolkningsfrågan

54 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra och den tredje frågan, vilka ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida den rättsstridighet som följer av ett åsidosättande av eller en underlåtelse att uppfylla skyldigheten att lämna förhandsmeddelande som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007, medför att ett anbudsförfarande som offentliggjorts på vanligt sätt ska ogiltigförklaras.

55 Domstolen erinrar inledningsvis om att det följer av skäl 21 i förordningen att ett effektivt rättsskydd ska garanteras, inte enbart för de avtal som tilldelas i enlighet med direktiv 2004/17 och direktiv 2004/18, vilka har upphört att gälla genom och ersatts av direktiv 2014/25 och direktiv 2014/24, utan också för andra avtal som tilldelats enligt den förordningen. Ett effektivt översynsförfarande måste vidare vara jämförbart med relevanta förfaranden i direktiv 89/665 och direktiv 92/13.

56 Det föreskrivs både i artikel 2.1 i direktiv 89/665 och artikel 2.1 i direktiv 92/13 att medlemsstaterna ska se till att en av de åtgärder som går att vidta genom den nationella lagstiftningen är att antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt.

57 Det finns däremot ingen allmän bestämmelse i unionsrätten, när det gäller offentlig upphandling, enligt vilken det förhållandet att en rättsakt eller en underlåtelse blir rättsstridig under en viss del av förfarandet får till följd att alla rättsakter som upprättas senare i förfarandet är rättsstridiga och därför ska ogiltigförklaras. Det är endast i särskilda och väldefinierade fall som det föreskrivs en sådan följd i unionsrätten.

58 Det föreskrivs både i artikel 2d i direktiv 89/665 och artikel 2d i direktiv 92/13 att avtal som berörs av någon av de ogiltighetsgrunder som räknas upp i dessa bestämmelser – däribland den situationen att den upphandlande enheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet enligt direktiv 2014/24 eller direktiv 2014/25 – ska ogiltigförklaras.

59 Även om en icke medgiven underlåtelse att offentliggöra det meddelande om upphandling som inleder ett fritt anbudsförfarande i *Europeiska unionens officiella tidning* som huvudregel bör leda till ett fastställande av att det aktuella kontraktet är verkningslöst föreskrivs emellertid inte någon sådan följd i unionsrätten när det gäller offentlig upphandling, i de fall då den skyldighet att lämna förhandsmeddelande som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007, inte iakttas.

60 Eftersom unionslagstiftaren inte har föreskrivit några särskilda bestämmelser i fråga om åsidosättande av artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 ska den frågan regleras i nationell rätt.

61 I avsaknad av precisa processuella bestämmelser i unionsrätten för att vidta sanktionsåtgärder i samband med åsidosättande av en rättighet följer det nämligen av domstolens fasta praxis att det ankommer på varje medlemsstat att i sin rättsordning fastställa de processuella regler som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten. Dessa regler får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande tillvägagångssätt som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen) (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 april 2017, Marina del Mediterráneo m.fl., C-391/15, EU:C:2017:268, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

62 Beträffande likvärdighetsprincipen erinrar domstolen inledningsvis om att iakttagandet av den principen förutsätter att den omtvistade regeln tillämpas på samma sätt på en talan som grundar sig på ett åsidosättande av unionsrätten som på en talan som grundar sig på ett åsidosättande av nationell rätt när föremålet och grunden för talan är likartade (dom av den 8 juli 2010, Bulicke, C-246/09, EU:C:2010:418, punkt 26 och där angiven rättspraxis).

63 I förevarande fall ankommer det på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida den principen har iakttagits.

64 Vad gäller effektivitetsprincipen ska det påpekas att de bestämmelser som gäller för ekonomiska aktörer enligt artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 är avsedda, såsom även framgår av skäl 29 i förordningen, att ge de ekonomiska aktörerna möjlighet att ta ställning till den upphandlande myndighetens eller den upphandlande enhetens avsikt att tilldela kontrakt, bland annat i fråga om vilken typ av tilldelning som nämnda myndighet eller enhet avser att använda (fritt anbudsförfarande eller direkttilldelning av ett avtal). Dessa bestämmelser är vidare avsedda att ge de ekonomiska aktörerna tillfälle att förbereda sig väl inför det fria anbudsförfarandet.

65 Det kan i detta hänseende konstateras att bedömningen av huruvida effektivitetsprincipen har iakttagits skiljer sig åt beroende på om kontraktet ska tilldelas genom direkttilldelning eller ett fritt anbudsförfarande.

66 Den omständigheten att något förhandsmeddelande inte har lämnats kan när det rör sig om direkttilldelning leda till att en ekonomisk aktör inte har möjlighet att bestrida direkttilldelningen av ett avtal innan den avslutas, vilket kan innebära att den ekonomiska aktören faktiskt inte kan delta i det fria anbudsförfarandet. En sådan situation kan innebära att effektivitetsprincipen äventyras.

67 När ett åsidosättande av artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 däremot sker i ett sammanhang där den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten avser att inleda ett fritt anbudsförfarande genom att senare offentliggöra en vanlig anbudsinfordran utgör ett sådant åsidosättande inte i sig hinder för att den ekonomiska aktören faktiskt kan delta i det fria anbudsförfarandet.

68 Beträffande den hänskjutande domstolens tvivel avseende att ett åsidosättande av artikel 7.2 i förordning nr 1370/2017 kan leda till att en ekonomisk aktör som redan är ansvarig för att fullgöra kontraktet, drar fördel av det försprång som företaget har jämfört med sina konkurrenter ska det påpekas att när en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet fastställer tidsfristerna för mottagande av anbud, oavsett om detta sker med stöd av artikel 47 i direktiv 2014/24 eller artikel 66 i direktiv 2014/25, ska den ta hänsyn till hur komplext kontraktet är och hur lång tid som behövs för att utarbeta ett anbud.

69 I de fall då en ekonomisk aktör efter det att en anbudsinfordran har offentliggjorts kan styrka att den omständigheten att det inte har lämnats något förhandsmeddelande har lett till en påtaglig nackdel för nämnda aktör i förhållande till den ekonomiska aktör som redan är ansvarig för att fullgöra kontraktet och som därför väl känner till samtliga detaljer avseende det kontraktet, kan detta emellertid innebära att det kan fastställas att effektivitetsprincipen har åsidosatts, vilket medför att anbudsförfarandet ska ogiltigförklaras. En sådan nackdel kan även innebära ett åsidosättande av principen om likabehandling.

70 Den hänskjutande domstolen ska när den gör en sådan bedömning beakta de relevanta omständigheterna i det aktuella målet. Det framgår i förevarande fall av beslutet om hänskjutande att de ekonomiska aktörerna hade 49 dagar på sig efter det att det anbudsförfarande som är i fråga i det nationella målet hade offentliggjorts för att lämna anbud, vilket är längre än de minimitidsfrister som föreskrivs i direktiv 2014/24 och direktiv 2014/25. Den ekonomiska aktören i det nationella målet var dessutom redan informerad om att ett anbudsförfarande eventuellt skulle komma att inledas långt före det att anbudsförfarandet offentliggjordes.

71 En ekonomisk aktör har dessutom – utöver den möjlighet att överklaga som avses i punkt 69 ovan – rätt att begära att det ska prövas huruvida den tidsfrist som fastställts av den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten i upphandlingsdokumenten är för kort, vilket åsidosätter artikel 47 i direktiv 2014/24 eller artikel 66 i direktiv 2014/25, eftersom det däri krävs att hänsyn tas till hur komplext kontraktet är och hur lång tid som behövs för att utarbeta ett anbud.

72 Mot denna bakgrund ska den andra och tredje frågan besvaras enligt följande: Artikel 7.2 i förordning nr 1370/2007 ska tolkas så, att ett åsidosättande av skyldigheten att lämna förhandsmeddelande som föreskrivs i den artikeln medför inte att det aktuella anbudsförfarandet ska ogiltigförklaras, förutsatt att likvärdighetsprincipen, effektivitetsprincipen och principen om likabehandling har iakttagits, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma.

Rättegångskostnader

73 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (nionde avdelningen) följande:

Artikel 7.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 ska tolkas så, att

– **skyldigheten att lämna förhandsmeddelande som föreskrivs däri är tillämplig på kontrakt avseende kollektivtrafik med buss, vilka i princip tilldelas enligt de förfaranden som föreskrivs i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG,**

– **ett åsidosättande av skyldigheten att lämna förhandsmeddelande medför inte att det aktuella anbudsförfarandet ska ogiltigförklaras, förutsatt att likvärdighetsprincipen, effektivitetsprincipen och principen om likabehandling har iakttagits, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma.**

Underskrifter