



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 11 september 2014*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 89/665/EEG — Artikel 2d.4 —
Tolkning och giltighet — Prövningsförfaranden på området för offentlig upphandling —
Avtalets ogiltighet — Omfattas inte”

I mål C-19/13,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Italien) genom beslut av den 14 december 2012, som inkom till domstolen den 15 januari 2013, i målet

Ministero dell’Interno

mot

Fastweb SpA,

ytterligare deltagare i rättegången:

Telecom Italia SpA,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden T. von Danwitz samt domarna E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby och C. Vajda (referent),

generaladvokat: Y. Bot,

justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 20 mars 2014,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Fastweb SpA, genom P. Stella Richter och G. L. Tosato, avvocati,
- Telecom Italia SpA, genom F. Cardarelli, F. Lattanzi och F. S. Cantella, avvocati,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av G. Fiengo, avvocato dello Stato,

* Rättegångsspråk: italienska.

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
— Polens regering, genom B. Majczyna, M. Szwarc och E. Gromnicka, samtliga i egenskap av ombud,
— Europaparlamentet, genom J. Rodrigues och L. Visaggio, båda i egenskap av ombud,
— Europeiska unionens råd, genom P. Mahnič Bruni och A. Vitro, båda i egenskap av ombud,
— Europeiska kommissionen, genom L. Pignataro-Nolin och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,
och efter att den 10 april 2014 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 2d.4 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, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/665).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (inrikesministeriet, avdelningen för allmän säkerhet, nedan kallat Ministero dell'Interno) och Fastweb SpA (nedan kallat Fastweb). Målet rör tilldelningen till Telecom Italia SpA (nedan kallat Telecom Italia) av ett kontrakt om tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster i ett förhandlat förfarande som genomförts utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2007/66

- 3 I skälen 3, 13, 14, 21, 26 och 36 i direktiv 2007/66 anges följande:
"(3) ... De garantier för insyn och likabehandling som eftersträvas i [direktiv 89/665/EEG 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, s. 14)] bör därför förstärkas för att säkerställa att gemenskapen som helhet fullt ut drar nytta av de positiva effekterna av den modernisering och förenkling av reglerna för offentlig upphandling som åstadkommits genom [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, s. 114)] och [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 (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, s. 1)]. För att det ska bli möjligt att uppnå de resultat som eftersträvas av gemenskapslagstiftaren bör därför direktiven [89/665] och [92/13] ändras genom tillägg av nödvändiga förtydliganden.

...

(13) För att bekämpa otillåten direkttilldelning, som av EG-domstolen har betecknats som den allvarligaste överträdelsen av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet kan begå, bör effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner föreskrivas. Ett avtal som har ingåtts till följd av en otillåten direkttilldelning bör därför i princip anses vara ogiltigt. Ogiltigheten bör inte vara automatisk utan bör konstateras av eller vara resultatet av ett beslut som fattats av ett oberoende prövningsorgan.

(14) Ogiltighet är det effektivaste sättet att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter. Direkttilldelning i den mening som avses i detta direktiv bör omfatta all upphandling där inget föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling har gjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt direktiv [2004/18]. Detta motsvarar ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling enligt direktiv [2004/17].

...

(21) Det mål som måste uppnås när medlemsstaterna fastställer regler som säkerställer att ett avtal ska anses vara ogiltigt är att avtalsparternas rättigheter och skyldigheter bör upphöra att tillvaratas och fullgöras. Följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt bör fastställas i nationell lagstiftning. Därför kan nationell lagstiftning till exempel föreskriva ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter (*ex tunc*) eller omvänt begränsa upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts (*ex nunc*). Detta bör inte leda till att verkningfulla sanktioner inte tillämpas om avtalsskyldigheterna redan har fullgjorts antingen fullt ut eller nästan fullt ut. I sådana fall bör medlemsstaterna även föreskriva alternativa sanktioner, med beaktande av i vilken utsträckning ett avtal fortfarande är giltigt i enlighet med nationell lagstiftning. Likaledes måste följderna av eventuell återbetalning av belopp som kan ha utbetalats liksom andra former av eventuell restitution, inbegripet restitution i värde när restitution in natura inte är möjlig, fastställas i nationell lagstiftning.

...

(26) För att undvika rättsosäkerhet till följd av ogiltighet bör medlemsstaterna föreskriva om ett undantag från beslut om ogiltighet i de fall då den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten anser att direkttilldelning av kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med direktiven [2004/18] och [2004/17] och den har tillämpat en minimiperiod under vilken avtal inte får ingås för att möjliggöra effektiva rättsmedel. Det frivilliga offentliggörande som medför denna period under vilken avtal inte får ingås innebär ingen utvidgning av skyldigheterna enligt direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG.

...

(36) Detta direktiv respekterar de grundläggande rättigheterna och följer de principer som erkänns särskilt i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [nedan kallad stadgan]. Detta direktiv syftar särskilt till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan.”

Direktiv 89/665

4 Tredje skälet i direktiv 89/665 har följande lydelse:

”... Då man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna, krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler.”

5 I artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 stadgas följande:

”Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/18/EG kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.”

6 Artikel 2 i direktiv 89/665 har rubriken ”Krav på prövningsförfaranden”. I artikel 2.1 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

...

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

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

7 I artikel 2.7 första stycket i direktiv 89/665 anges följande:

”Utom i de fall som avses i artiklarna 2d–2f ska verkan av att de befogenheter har utövats som avses i punkt 1 i den här artikeln på ett avtal som ingås till följd av tilldelningen av det [ett kontrakt] regleras i nationell lagstiftning.”

8 I artikel 2.d i direktiv 89/665 med rubriken ”Ogiltighet” anges följande:

”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 offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv [2004/18],

...

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.

...

4. Medlemsstaterna ska föreskriva att punkt 1 a i den här artikeln inte ska tillämpas om

- den upphandlande myndigheten anser att tilldelningen av ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med direktiv [2004/18],
- den upphandlande myndigheten i *Europeiska unionens officiella tidning* har offentliggjort ett meddelande enligt artikel 3a där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet, och
- avtalet inte har ingåtts före utgången av en minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då detta meddelande offentliggjordes.

...”

- 9 Enligt artikel 3a i direktiv 89/665 med rubriken ”Innehållet i ett meddelande om frivillig förhandsinsyn” ska det meddelande som avses i artikel 2d.4 andra strecksatsen i det direktivet innehålla uppgifter om den upphandlande myndighetens namn och kontaktuppgifter, en beskrivning av avtalets ändamål, en motivering av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling, namn och kontaktuppgifter avseende den ekonomiska aktör som tilldelats kontraktet enligt tilldelningsbeslutet och i förekommande fall, andra uppgifter som den upphandlande myndigheten eventuellt anser vara användbara.

Direktiv 2004/18

- 10 I artikel 2 i direktiv 2004/18 med rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, stadgas följande:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

- 11 I artikel 31 i direktiv 2004/18 med rubriken ”Fall som motiverar användning av det förhandlade förfarandet utan offentliggörande av meddelande om upphandling” anges följande:

”En upphandlande myndighet får vid offentlig upphandling tillämpa det förhandlade förfarandet utan att dessförinnan ha offentliggjort något meddelande om upphandling i följande fall:

- 1) För offentliga byggtreprenad-, varu- och tjänstekontrakt:

...

- b) Om kontraktet, av tekniska eller konstnärliga skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör.

...”

Direktiv 2009/81/EG

- 12 Artikel 28 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av

direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (EGT L 216, s. 76) har rubriken ”Fall som motiverar användning av det förhandlade förfarandet utan offentliggörande av meddelande om upphandling”. I den artikeln föreskrivs följande:

”I följande fall får en upphandlande myndighet eller enhet vid upphandling tillämpa det förhandlade förfarandet utan att dessförinnan ha offentliggjort något meddelande om upphandling och ska i det fallet motivera sitt beslut att använda det förfarandet i meddelandet om upphandling enligt artikel 30.3:

1. För byggtreprenad-, varu- och tjänstekontrakt:

...

e) Om kontraktet, av tekniska skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör.

...”

13 I artikel 60 i det direktivet, med rubriken ”Ogiltighet”, föreskrivs följande:

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

a) om den upphandlande myndigheten eller enheten har tilldelat ett kontrakt utan offentliggörande av ett förhandsmeddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med detta direktiv,

...

4. Medlemsstaterna ska föreskriva att punkt 1 a inte ska tillämpas om

— den upphandlande myndigheten eller enheten anser att tilldelningen av ett kontrakt utan offentliggörande av ett förhandsmeddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med detta direktiv,

— den upphandlande myndigheten eller enheten i Europeiska unionens officiella tidning har offentliggjort ett meddelande enligt artikel 64 där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet, och

— kontraktet inte har ingåtts före utgången av en minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar räknat från dagen efter den dag då detta meddelande offentliggjordes.

...”

Italiensk rätt

14 Direktiv 2007/66 har införlivats med den italienska rättsordningen genom lagstiftningsdekret nr 53 av den 20 mars 2010, vars bestämmelser sedermera har tagits in i artiklarna 120–125 i lagstiftningsdekret nr 104 som innehåller förvaltningsprocesslagen (decreto legislativo no 104 – Codice di procedura amministrativa) av den 2 juli 2010 (ordinarie tillägg till GURI nr 158 av den 7 juli 2010) (nedan kallad förvaltningsprocesslagen).

- 15 Det framgår av artikel 121 i förvaltningsprocesslagen att om det förekommer allvarliga överträdelser, såsom att det förekommit en otillåten tilldelning av ett kontrakt genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling, är det avtal som ingåtts som en följd av ett sådant förhandlat förfarande med nödvändighet ogiltigt. Detta gäller utom i undantagsfall och oaktat förvaltningsdomstolens utrymme för skönsmässig bedömning.
- 16 Enligt den bestämmelse om undantag från regeln om ogiltighet som återfinns i artikel 121.5 i förvaltningsprocesslagen, varigenom artikel 2d.4 i direktiv 89/665 genomförts, ska avtalet inte anses vara ogiltigt då den upphandlande myndigheten i ett motiverat beslut före inledandet av upphandlingsförfarandet har förklarat att det förhandlade förfarandet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling är tillåtet enligt förvaltningsprocesslagen, samma myndighet har offentliggjort ett meddelande om frivillig förhandsinsyn och den inte har ingått avtalet före utgången av en minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar räknat från dagen efter den dag då detta meddelande offentliggjordes.
- 17 Övriga överträdelser behandlas i artikel 122 i förvaltningsprocesslagen, och där anges att den nationella domstolen inom de ramar som anges i artikeln ska fastställa huruvida avtalet ska anses vara ogiltigt.

Målet vid den nationella domstolen samt tolknings- och giltighetsfrågan

- 18 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Ministero dell'Interno år 2003 ingick ett avtal med Telecom Italia för organisering och utveckling av telekommunikationstjänster.
- 19 När avtalet var nära att löpa ut utsåg Ministero dell'Interno, genom beslut av den 15 december 2011, Telecom Italia till fortsatt leverantör och teknisk partner för organisering och utveckling av dessa tjänster.
- 20 För tilldelningen av kontraktet ansåg Ministero dell'Interno att ett förhandlat förfarande kunde tillämpas, utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling, med stöd av artikel 28.1 e i direktiv 2009/81 och av artikel 57.2 b i lagstiftningsdekret nr 163 av den 12 april 2006 om offentliga kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster med tillämpning av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) av den 12 april 2006 (ordinarie tillägg till GURI nr 100 av den 2 maj 2006), i dess lydelse enligt lagstiftningsdekret nr 152 av den 11 september 2008 (ordinarie tillägg till GURI nr 231 av den 2 oktober 2008) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163/2006).
- 21 Enligt denna bestämmelse får en upphandlande myndighet tillämpa ett förhandlade förfarandet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling "[o]m kontraktet, av tekniska skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör".
- 22 I förevarande fall bedömde Ministero dell'Interno att Telecom Italia av tekniska skäl och med hänsyn till skydd av ensamrätt var den enda ekonomiska aktören som hade förmågan att tillhandahålla de tjänster som skulle upphandlas.
- 23 Beslutet hänsköts till Avvocatura Generale, som i yttrande av den 20 december 2011 tillstyrkte att det planerade förfarandet var förenligt med lagstiftningen. Samma dag offentliggjorde Ministero dell'Interno ett meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning* där den uttryckte sin avsikt att tilldela Telecom Italia kontraktet.
- 24 Den 22 december 2011 fattade Ministero dell'Interno det administrativa beslutet att bjuda in Telecom Italia att delta i förhandlingar.

- 25 Efter att förhandlingarna avslutats undertecknade parterna den 31 december 2011 ett ramavtal om "tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster, såsom taltelefonitjänster och mobil datakommunikation, till avdelningen för allmän säkerhet och karabinjärerna".
- 26 Beslutet om tilldelning av kontraktet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 16 februari 2012.
- 27 Fastweb överklagade sistnämnda rättsakt till Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regional förvaltningsdomstol i Lazio). Fastweb yrkade att tilldelningsbeslutet skulle undanröjas och att avtalet skulle förklaras ogiltigt. Till stöd för sitt överklagande anförde bolaget att villkoren i artikel 28 i direktiv 2009/18 och i artikel 57 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling inte var uppfyllda.
- 28 Tribunale amministrativo regionale per il Lazio biföll Fastwebs överklagande. Rätten fann att de uppgifter och omständigheter som åberopats av Ministero dell'Interno inte utgjorde sådana "tekniska skäl" till varför kontraktet endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör som avses i artikel 57.2. b i lagstiftningsdekret nr 163/2006, utan snarare utgjorde lämplighetsöverbäganden. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio undanröjde tilldelningsbeslutet, men ansåg att den med tillämpning av artikel 121.5 i förvaltningsprocesslagen inte kunde förklara det avtal som ingåtts den 31 december 2011 ogiltigt, eftersom de villkor som uppställs i den bestämmelsen som innebär att ogiltigförklaring inte kan ske var uppfyllda. Rätten förklarade emellertid avtalet ogiltigt med verkan från och med den 31 december 2013 med stöd av artikel 122 i förvaltningsprocesslagen.
- 29 Både Ministero dell'Interno och Telecom Italia överklagade domen till Consiglio di Stato.
- 30 Genom beslut av den 8 januari 2013 fastställde Consiglio di Stato underinstansens dom i den del den avsåg undanröjande av tilldelningsbeslutet. Den fann att Ministero dell'Interno inte förmått styrka att villkoren för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om offentlig upphandling var uppfyllda. Consiglio di Stato bedömde nämligen att det inte framgick av handlingarna i målet att det var objektivt omöjligt att låta andra ekonomiska aktörer utföra de aktuella tjänsterna, utan snarare att denna lösning framstod som mindre lämplig, framför allt på grund av att den enligt Ministero dell'Interno skulle leda till förändringar och kostnader samt kräva tid för anpassning.
- 31 Consiglio di Stato har framhållit att bestämmelserna om överklagande i direktiv 2009/81 i princip överensstämmer med motsvarande bestämmelser i direktiv 89/665. Den har dock valt att utgå från direktiv 89/665.
- 32 Consiglio di Stato önskar emellertid få klarhet i vilka konsekvenser undanröjandet av tilldelningsbeslutet får för det aktuella avtalets verkningar, med beaktande av artikel 2d.4 i direktiv 89/665. Mot denna bakgrund beslutade samma domstol att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
- "1) Ska artikel 2d.4 i direktiv [89/665] tolkas så, att den omständigheten att en upphandlande myndighet, innan den tilldelar ett kontrakt direkt till en viss ekonomisk aktör, som valts ut utan att ett meddelande om upphandling dessförinnan har offentliggjorts, offentliggör ett meddelande om frivillig förhandsinsyn i Europeiska unionens officiella tidning och väntar åtminstone 10 dagar innan den ingår avtalet automatiskt utgör hinder – alltid och under alla omständigheter – för att den nationella domstolen förklarar avtalet ogiltigt, även om den konstaterar att det är fråga om en överträdelse av bestämmelser som på vissa villkor tillåter att kontraktet tilldelas utan att ett anbuds förfarande har genomförts?

- 2) För det fall den ska tolkas så, att den utgör hinder för att med tillämpning av nationell lagstiftning (artikel 122 i förvaltningsprocesslagen) anse att ett avtal är ogiltigt trots att den nationella domstolen har konstaterat en överträdelse av bestämmelser som på vissa villkor tillåter att ett kontrakt tilldelas utan att ett anbudsförfarande har genomförts, är då artikel 2d.4 i direktiv [89/665] förenlig med principen om likställighet mellan parterna, icke-diskrimineringsprincipen och principen om skydd för konkurrensen, och säkerställer den rätten till ett effektivt rättsmedel som stadgas i artikel 47 i [stadgan]?”

Prövning av tolknings- och giltighetsfrågan

Den första frågan

- 33 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 2d.4 i direktiv 89/665 ska tolkas så att den, när ett kontrakt tilldelats utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling och utan att de villkor som uppställs i direktiv 2004/18 för att tillämpa ett sådant förfarande är uppfyllda, utgör hinder för att det avtal som ingåtts i samband med nämnda tilldelning förklaras ogiltigt när den upphandlande myndigheten har offentliggjort ett meddelande om förhandsinsyn i *Europeiska unionens officiella tidning* och, innan den ingick avtalet, iakttog en minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då nämnda meddelande offentliggjordes.
- 34 Domstolen erinrar inledningsvis om att bestämmelserna i direktiv 89/665 ska skydda anbudsgivarna mot den upphandlande myndighetens godtycke, och syftet med dem är att förstärka befintliga åtgärder för att säkerställa en effektiv tillämpning av de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt på det stadium där överträdelserna ännu kan rättas till (dom kommissionen/Österrike, C-212/02, EU:C:2004:386, punkt 20 och där angiven rättspraxis).
- 35 Såsom dessutom följer av skälen 3 och 4 i direktiv 2007/66, är syftet med det direktivet att förstärka de garantier för insyn och likabehandling som eftersträvas i direktiv 89/665 för att säkerställa en effektivisering av prövningsförfarandena som inleds i medlemsstaterna av dem som har intresse av att erhålla ett kontrakt.
- 36 I artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 stadgas att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv.
- 37 Artikel 2 i direktiv 89/665 har rubriken ”Krav på prövningsförfaranden” och i artikel 2.1 b föreskrivs att medlemsstaterna ska se till att det organ som ansvarar för prövningsförfarandena har befogenheter att undanröja eller låta undanröja beslut som fattats på ett olagligt sätt.
- 38 Enligt artikel 2d.1 a i direktiv 89/665 är prövningsorganet skyldigt att förklara ett avtal ogiltigt om den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv 2004/18.
- 39 I artikel 2d.4 i direktiv 89/665 har unionslagstiftaren emellertid föreskrivit ett undantag från nyss nämnda regel om avtalets ogiltighet. Enligt undantagsbestämmelsen ska denna regel inte tillämpas om följande tre villkor är uppfyllda, nämligen för det första att den upphandlande myndigheten anser att tilldelningen av ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med direktiv 2004/18, för det andra att den upphandlande myndigheten i *Europeiska unionens officiella tidning* har offentliggjort ett

meddelande där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet och för det tredje att avtalet inte har ingåtts före utgången av en minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då detta meddelande offentliggjordes.

- 40 Artikel 2d.4 i direktiv 89/665 utgör ett undantag från den ovan nämnda regeln om avtalets ogiltighet i artikel 2d.1 i direktivet och ska därför tolkas restriktivt (se, analogt, dom kommissionen/Tyskland, C-275/08, EU:C:2009:632, punkt 55 och där angiven rättspraxis). Tolkningen av undantaget måste dock vara förenlig med de mål som eftersträvas därmed. Således innebär principen om restriktiv tolkning inte att de ord som används för att definiera undantaget i nämnda artikel 2d.4 i direktiv 89/665 ska tolkas på ett sådant sätt att undantaget förlorar sin effekt (se, analogt, dom Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, punkt 30 och där angiven rättspraxis).
- 41 Fastweb har gjort gällande att det endast är fråga om ett fakultativt undantag mot bakgrund av de mål som eftersträvas med direktiv 89/665 samt de regler om etableringsfrihet och konkurrens som unionsrätten på området för offentlig upphandling är avsedd att genomföra. Fastweb har anfört att det följer av skälen 20–22 i direktiv 2007/66 att artikel 2d.4 i direktiv 89/665 inte utgör hinder för att strängare påföljder tillämpas enligt nationell lagstiftning och att den nationella domstolen således har möjlighet att, efter en avvägning av relevanta allmänna och enskilda intressen, besluta huruvida avtalet ska förklaras ogiltigt.
- 42 Domstolen framhåller att enligt artikel 2.7 i direktiv 89/665 ska, utom i de fall som avses i artikel 2d–2f i samma direktiv, frågan vilka verkningar det får för ett avtal som ingås till följd av tilldelningen av ett kontrakt att de i artikel 2.1 i direktivet angivna befogenheterna har utövats regleras i nationell lagstiftning. När det gäller de fall som avses bland annat i artikel 2d i nämnda direktiv regleras således de åtgärder som kan vidtas med avseende på överklaganden av beslut som fattats av upphandlande myndigheter endast av bestämmelserna i direktivet. Det ska härvid påpekas att det följer av artikel 2.7 i direktiv 89/665 att de fall som avses i artikel 2d–2f i direktivet inte omfattas av den allmänna regeln att följderna av ett åsidosättande av unionsrätten på området för offentlig upphandling regleras i nationell lagstiftning. Medlemsstaterna saknar således rätt att i nationell lagstiftning införa bestämmelser som avser följderna av ett åsidosättande av unionsrätten på området för offentlig upphandling under sådana omständigheter som de som avses i artikel 2d.4 i samma direktiv.
- 43 Det följer visserligen av skälen 13 och 14 i direktiv 2007/66 att otillåten direkttilldelning utgör den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling och att det i princip bör föreskrivas att påföljden för denna överträdelse är att ett avtal som har ingåtts till följd av en otillåten direkttilldelning ska anses vara ogiltigt. I skäl 26 i samma direktiv framhålls emellertid behovet av att undvika rättsosäkerhet som kan uppstå till följd av ogiltighet i det fall som avses i artikel 2d.4 i direktiv 89/665.
- 44 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 57 i sitt förslag till avgörande har unionslagstiftaren, genom införandet av undantaget i artikel 2d.4 i direktiv 89/665 från regeln om avtalets ogiltighet, försökt göra en avvägning mellan berörda intressen, nämligen å ena sidan det skadelidande företagens intressen och å andra sida den upphandlande myndighetens och det utvalda företagens intressen. Det förstnämnda företagens intressen omfattar möjligheten till interimistiskt rättsskydd innan avtalet ingås och att ett avtal som ingåtts på ett rättsstridigt sätt förklaras ogiltigt. I de sistnämnda aktörernas intresse ligger att undvika den rättsosäkerhet som följer av att ett avtal förklaras ogiltigt.
- 45 Mot bakgrund av det ovanstående kan det konstateras att det skulle strida mot såväl ordalydelsen i som syftet med artikel 2d.4 i direktiv 89/665 att tillåta nationella domstolar att förklara avtalet ogiltigt när de tre villkor som avses i den bestämmelsen är uppfyllda.

- 46 I syfte att uppnå de mål som eftersträvas med artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665, som till exempel att det ska införas effektiva rättsmedel mot en upphandlande myndighets beslut som innebär en överträdelse av lagstiftningen på området för offentlig upphandling, är det viktigt att det behöriga prövningsorganet genomför en effektiv prövning när den kontrollerar om villkoren i artikel 2d.4 i direktiv 89/665 är uppfyllda.
- 47 Det villkor som återfinns i artikel 2d.4 första strecksatsen i direktiv 89/665 avser det förhållandet att den upphandlande myndigheten anser att tilldelningen av ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med direktiv 2004/18. Dessutom består det villkor som återfinns i artikel 2d.4 andra strecksatsen i det direktivet i att den upphandlande myndigheten i *Europeiska unionens officiella tidning* har offentliggjort ett meddelande enligt artikel 3a i samma direktiv där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet. Enligt artikel 3a c i direktiv 89/665 ska meddelandet innehålla en motivering av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling.
- 48 Av nämnda motivering ska det klart och otvetydigt framgå vad som låg till grund för den upphandlande myndighetens bedömning att kontraktet kunde tilldelas utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling. På så vis ges berörda personer möjlighet att med full kännedom om relevanta omständigheter avgöra om de ska överklaga beslutet till det behöriga prövningsorganet och sistnämnda organ kan utföra en effektiv prövning.
- 49 Av beslutet om hänskjutande framgår att den upphandlande myndigheten i det nationella målet har tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i enlighet med artikel 31.1 b i direktiv 2004/18. Det ska härvid erinras om att ett förhandlat förfarande endast får tillämpas i de fall som anges i artiklarna 30 och 31 i direktiv 2004/18 och att det till skillnad från öppna och selektiva förfaranden endast ska tillämpas i särskilda fall (dom kommissionen/Belgien, C-292/07, EU:C:2009:246, punkt 106 och där angiven rättspraxis).
- 50 Det behöriga prövningsorganet ska inom ramen för sin prövning bedöma om den upphandlande myndigheten – för det fall den har fattat beslut om att tilldela ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling – har agerat på ett omsorgsfullt sätt och om den gjorde rätt när den bedömde att villkoren i artikel 31.1 b i direktiv 2004/18 var uppfyllda.
- 51 Härvid ska prövningsorganet bland annat beakta de omständigheter och de skäl, som anges i det meddelande som avses i artikel 2d.4 andra strecksatsen i direktiv 89/665, som låg till grund för den upphandlande myndighetens beslut att tillämpa det förhandlade förfarande som föreskrivs i artikel 31 i direktiv 2004/18.
- 52 Om prövningsorganet efter att ha gjort sin prövning slår fast att villkoren i artikel 2d.4 i direktiv 89/665 inte är uppfyllda, ska den förklara avtalet ogiltigt i enlighet med den regel som avses i artikel 2.1 a i samma direktiv. Följderna av att avtalet anses vara ogiltigt bestäms, i enlighet med artikel 2d.2 i direktiv 89/665, i nationell lagstiftning.
- 53 Om samma organ däremot slår fast att sistnämnda villkor är uppfyllda, ska det förklara att avtalet är giltigt i enlighet med artikel 2d.4 i direktiv 89/665.
- 54 Den första frågan ska således besvaras enligt följande. Artikel 2d.4 i direktiv 89/665 ska tolkas så att den, när ett kontrakt tilldelats utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* och utan att de villkor som uppställs i direktiv 2004/18 för att tillämpa ett sådant förfarande var uppfyllda, utgör hinder för att det avtal som ingåtts i samband med nämnda tilldelning förklaras ogiltigt när de villkor som anges i nämnda bestämmelse är uppfyllda, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

Den andra frågan

- 55 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan, förutsatt att den första frågan besvaras jakande, för att få klarhet i huruvida artikel 2d.4 i direktiv 89/665 är giltig mot bakgrund av icke-diskrimineringsprincipen och rätten till ett effektivt rättsmedel i den mening som avses i artikel 47 i stadgan.
- 56 Fastweb har gjort gällande att den omständigheten att ett meddelande om frivillig förhandsinsyn har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* och att avtalet inte ingåtts före utgången av en minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar räknat från dagen efter den dag då detta meddelande offentliggjordes inte innebär att principen om rätt till ett effektivt domstolsskydd har iakttagits. Ett sådant offentliggörande säkerställer nämligen inte att potentiella konkurrenter blir informerade om att en viss ekonomisk aktör har tilldelats ett kontrakt, särskilt om offentliggörandet sker under en period då verksamhetens omfattning är begränsad eller tillfälligt har upphört.
- 57 Vad beträffar principen om rätt till ett effektivt domstolsskydd har enligt artikel 47 första stycket i stadgan var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter kränkts rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol, med beaktande av de villkor som föreskrivs i den artikeln.
- 58 Det följer av fast rättspraxis att det är förenligt med den grundläggande rätten till ett effektivt domstolsskydd att det av rättssäkerhetshänsyn, till skydd för både den enskilde och den berörda myndigheten, fastställs rimliga preklusionsfrister för väckande av talan. Sådana tidsfrister får inte medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, punkt 30 och där angiven rättspraxis).
- 59 Dessutom ska bestämmelserna i direktiv 89/665 skydda anbudsgivarna mot den upphandlande myndighetens godtycke, och syftet med dem är att förstärka befintliga åtgärder för att säkerställa en effektiv tillämpning av de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt på det stadium där överträdelserna ännu kan rättas till. Ett sådant skydd kan inte vara effektivt om anbudsgivaren inte kan åberopa bestämmelserna gentemot den upphandlande myndigheten (se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/Österrike, EU:C:2004:386, punkt 20).
- 60 Ett effektivt domstolsskydd förutsätter att berörda personer underrättas om tilldelningsbeslutet en viss tid innan avtal ingås för att de ska ha en reell möjlighet att begära omprövning, och bland annat kunna begära att interimistiska åtgärder vidtas till dess avtalet ingås (se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/Spanien, C-444/06, EU:C:2008:190, punkterna 38 och 39, och dom kommissionen/Irland, C-456/08, EU:C:2010:46, punkt 33).
- 61 Artikel 2d.4 andra strecksatsen i direktiv 89/665, där det anges att det i *Europeiska unionens officiella tidning* ska ha offentliggjorts ett meddelande enligt artikel 3a i samma direktiv där avsikten att ingå avtalet uttrycks, utgör en garanti för insyn vid tilldelningen av ett kontrakt. Syftet med denna bestämmelse är att säkerställa att samtliga potentiella anbudsgivare har möjlighet att få kännedom om den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande om ett meddelande om upphandling. Dessutom är den upphandlande myndigheten, enligt den tredje strecksatsen i samma artikel, skyldig att tillämpa en minimiperiod på 10 dagar. På så vis ges berörda personer möjlighet att begära rättslig prövning av tilldelningsbeslutet innan avtalet ingås.
- 62 Det ska även framhållas att de skadelidande företagen har rätt att väcka talan om skadestånd i enlighet med artikel 2.1 c i direktiv 89/665 även efter utgången av den minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar som föreskrivs i artikel 2d.4 i direktiv 89/665.

- 63 Såsom framgår av punkt 44 ovan ska det beaktas att unionslagstiftaren, genom införandet av undantaget i artikel 2d.4 i direktiv 89/665 från regeln om avtalets ogiltighet, har försökt göra en avvägning mellan berörda intressen, nämligen å ena sidan det skadelidande företags intressen och å andra sida den upphandlande myndighetens och det utvalda företags intressen. Det förstnämnda företags intressen omfattar möjligheten till interimistiskt rättsskydd innan avtalet ingås och att ett avtal som ingåtts på ett rättsstridigt sätt förklaras ogiltigt. I de sistnämnda aktörernas intresse ligger att undvika den rättsosäkerhet som följer av att ett avtal förklaras ogiltigt.
- 64 Av ovanstående följer att artikel 2d.4 i direktiv 89/665, i den del som det däri föreskrivs att avtalet ska anses vara giltigt, inte strider mot de krav som uppställs i artikel 47 i stadgan.
- 65 Detsamma gäller icke-diskrimineringsprincipen som på området för offentlig upphandling har samma mål, bland annat att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att säkerställa att konkurrensen på marknaden för sådana tjänster inte snedvrids i någon medlemsstat (se, bland annat, dom Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 48, och Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 28). Det har redan i punkt 61 ovan konstaterats att artikel 2d.4 andra strecksatsen i direktiv 89/665 har till syfte att säkerställa att samtliga potentiella anbudsgivare har möjlighet att få kännedom om den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande om ett meddelande om upphandling och att ge samma personer möjlighet att överklaga tilldelningsbeslutet i syfte att pröva dess lagenlighet.
- 66 Av det anförda följer att den andra frågan ska besvaras på så sätt att det vid prövningen av denna fråga inte har framkommit några omständigheter som kan påverka giltigheten av artikel 2d.4 i direktiv 89/665.

Rättegångskostnader

- 67 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. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

- 1) Artikel 2d.4 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, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 ska tolkas så att den, när ett kontrakt tilldelats utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* och utan att de villkor som uppställs i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster för att tillämpa ett sådant förfarande var uppfyllda, utgör hinder för att det avtal som ingåtts i samband med nämnda tilldelning förklaras ogiltigt när de villkor som anges i nämnda bestämmelse är uppfyllda, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.
- 2) Vid prövningen av den andra frågan har det inte framkommit några omständigheter som kan påverka giltigheten av artikel 2d.4 i direktiv 89/665, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66.

Underskrifter