



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 5 april 2017*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Prövningsförfaranden —
Direktiv 89/665/EEG — Artikel 1.1 — Artikel 2.1 — En upphandlande myndighets beslut om att tillåta
en ekonomisk aktör att inkomma med anbud — Beslut som inte kan överklagas enligt tillämplig
nationell lagstiftning”

I mål C-391/15,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Överdomstolen i Andalusien, Spanien) genom beslut av den 9 juli 2015, som inkom till domstolen den 20 juli 2015, i målet

Marina del Mediterráneo m.fl.

mot

Agencia Pública de Puertos de Andalucía,

ytterligare deltagare i rättegången:

Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía,

Nassir Bin Abdullah and Sons SL,

Puerto Deportivo de Marbella SA,

Ayuntamiento de Marbella,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

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

generaladvokat: M. Bobek,

justitiesekreterare: handläggaren V. Giacobbo-Peyronnel,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 29 juni 2016,

* Rättegångsspråk: spanska.

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Marina del Mediterráneo SL m.fl., genom J.L. Torres Beltrán, procurador, och A. Jiménez-Blanco, abogado,
- Agencia Pública de Puertos de Andalucía, genom J.M. Rodríguez Gutiérrez, abogado,
- Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, genom I. Nieto Salas, abogada,
- Spaniens regering, genom M.A. Sampol Pucurull och M.J. García-Valdecasas Dorrego, båda i egenskap av ombud,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av P. Pucciariello och F. Di Matteo, avvocati dello Stato,
- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom E. Sanfrutos Cano och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 8 september 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 1.1 och 2.1 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 1, s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/665).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Marina del Mediterráneo SL m.fl. – ett tillfälligt konsortium kallat ”Marina Internacional de Marbella” – och å andra sidan Agencia Pública de Puertos de Andalucía (Hamnmyndigheten i Andalusien, nedan kallad hamnmyndigheten), angående rättsenligheten av hamnmyndighetens beslut att låta ett annat tillfälligt konsortium lämna anbud i ett förfarande för offentlig upphandling av byggkoncessioner som den anordnar.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Andra skälet i direktiv 89/665 har följande lydelse:

”Gällande bestämmelser för [effektiv] tillämpning av [direktiven om offentlig upphandling] på såväl nationell som gemenskapsnivå är inte alltid tillräckliga för att garantera efterlevnad av i sammanhanget relevanta gemenskapsregler, i synnerhet inte i ett skede, då överträdelse kan korrigeras.”

- 4 I artikel 1 i detta direktiv, som har rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”, föreskrivs följande i punkterna 1 och 3:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på avtal som avses 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 [(EUT L 134, 2004, s. 114)], såvida inte sådana avtal omfattas av undantag i enlighet med artiklarna 10–18 i det direktivet.

Avtal enligt detta direktiv inbegriper offentliga kontrakt, ramavtal, byggkoncessioner och dynamiska inköpssystem.

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv [2004/18] 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.

...

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfaranden är tillgängliga på detaljerade villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.”

- 5 I Artikel 2 i direktivet med rubriken ”Krav på prövningsförfaranden” anges följande i punkt 1:

”Medlemsstaterna skall 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 anbudsinfördran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,
- c) bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.”

- 6 Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EUT L 134, 2004, s. 1), har upphävts genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 94, 2014, s. 243). I artiklarna 3–7 i avdelning I, kapitel II, avsnitt 2 angavs de verksamheter på vilka direktivet var tillämpligt.

- 7 Direktiv 2004/18 upphävdes genom 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). Artikel 57, som har rubriken ”Undantag från tillämpningsområdet” och som återfinns i avdelning III med rubriken ”Regler om koncessioner avseende byggtreprenader”, hade följande lydelse:

”Denna avdelning skall inte tillämpas på koncessioner avseende byggtreprenader som

- a) beviljas i de fall som avses i artiklarna 13, 14 och 15, avseende byggtreprenadkontrakt
- b) beviljas av de upphandlande myndigheterna när de bedriver en eller flera av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7 i direktiv 2004/17/EG när dessa koncessioner beviljas för att bedriva dessa verksamheter.

Emellertid skall detta direktiv även fortsättningsvis tillämpas på koncessionen avseende byggtreprenader som beviljas av en upphandlande myndighet som bedriver en eller flera av de verksamheter som avses i artikel 6 i direktiv 2004/17/EG och som beviljas för dessa verksamheter så länge som den berörda medlemsstaten använder sig av den möjlighet som avses i artikel 71 andra stycket i det direktivet för att uppskjuta tillämpningen av detta.”

Spansk rätt

- 8 I artikel 25.1 i Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (lag 29/1998 om förfarandet vid förvaltningsdomstol), av den 13 juli 1998 (BOE nr 167, av den 14 juli 1998, s. 23516), fastställs vad som kan utgöra saken i mål vid förvaltningsdomstol, och närmare bestämt vilka förvaltningsbeslut som kan överklagas, på följande sätt:

”Överklagande i förvaltningsmål kan prövas med avseende på allmängiltiga bestämmelser samt på uttryckliga och underförstådda beslut av en myndighet som avslutar det administrativa förfarandet, antingen de är slutliga eller fattas under handläggningen, om de, direkt eller indirekt, avgör ärendet i sak, inte ger möjlighet fortsätta förfarandet, inte ger möjlighet att försvara sig, eller om de orsakar irreparabel skada för legitima rättigheter eller intressen.”

- 9 I artikel 107.1 i Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (lag 30/1992 om de rättsregler som ska tillämpas på den offentliga förvaltningen och om det allmänna förvaltningsförfarandet) av den 26 november 1992 (BOE nr 285 av den 27 november 1992, s. 40300), i dess lydelse enligt Ley 4/1999 (lag 4/1999) av den 13 januari 1999 (BOE nr 12 av den 14 januari 1999, s. 1739) (nedan kallad lag 30/1992), föreskrivs följande:

”Endast sådana verkställighetsbeslut och handläggningsbeslut kan överklagas som direkt eller indirekt avgör ärendet i sak, inte ger möjlighet till fortsatt handläggning, inte ger möjlighet att försvara sig eller som orsakar irreparabel skada för legitima rättigheter eller intressen. De berörda kan begära omprövning och överklaga på samtliga de grunder för upphävande eller ogiltigförklaring som föreskrivs i artiklarna 62 och 63 i denna lag.

Bestridande av handläggningsbeslut kan göras av berörda personer för att beaktas i det beslut som avslutar förfarandet.”

- 10 Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (lag 30/2007 om offentlig upphandling) av den 30 oktober 2007 (BOE nr 261, av den 31 oktober 2007, s. 44336), ändrades genom Ley 34/2010 (lag 34/2010), av den 5 augusti 2010 (BOE nr 192, av den 9 augusti 2010, s. 69400) (nedan kallad lag 30/2007), i syfte att i artiklarna 310–320 införa bestämmelser om särskilda rättsmedel i offentliga upphandlingar.

- 11 Artikel 310.2 i lag 30/2007, som utgör en specialbestämmelse på området för offentliga upphandlingar och som genomför den allmänna regeln i artikel 107.1 i lag 30/1992, har följande lydelse:

”Följande rättsakter får överklagas:

- a) Meddelanden om upphandling, förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar i vilka villkoren för upphandlingen fastställs.
- b) Handläggningsbeslut som fattats under upphandlingsförfarandet, när de direkt eller indirekt avgör tilldelningen av kontrakt, hindrar förfarandets fortgående, hindrar möjligheten till försvar eller orsakar irreparabel skada för legitima rättigheter eller intressen. Beslut genom vilka upphandlingskommittén utesluter en anbudsgivare ska anses utgöra handläggningsbeslut som hindrar förfarandets fortgående.
- c) De upphandlande myndigheternas beslut om tilldelning av kontrakt.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 12 Den 12 april 2011 ingav Marina del Mediterráneo SL m.fl. till det behöriga förvaltningsorganet en ansökan om särskild överprövning i upphandlingsförfaranden riktad mot upphandlingskommitténs beslut att tillåta det tillfälliga konsortiet bestående av Nassir bin Abdullah and Sons SL, Puerto Deportivo de Marbella SA och Ayuntamiento de Marbella (kommunen Marbella, Spanien) (nedan kallat det andra tillfälliga konsortiet) att delta i upphandlingsförfarandet för byggkoncessioner, kallat Utbyggnad av hamnen i Marbella ”la Bajadilla”.
- 13 Detta förfarande inleddes av hamnmyndigheten, som tillhör kategorin offentliga organ som inrättats för ett specifikt ändamål, vilka har funktionell självständighet och är egna juridiska personer. Hamnmyndigheten utgör ett sådant organ inom Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía (Ministeriet för offentliga arbeten och bostäder i Andalusien, Spanien). Anbudsinfordran offentliggjordes den 27 november 2010. Enligt uppgifter som lämnades vid förhandlingen vid domstolen, är värdet på kontraktet i storleksordningen 77 000 000 euro.
- 14 De två tillfälliga konsortierna i fråga var de enda anbudsgivare som deltog i anbudsförfarandet.
- 15 I ansökan om överprövning gjorde Marina del Mediterráneo m.fl. i huvudsak gällande att såväl nationella bestämmelser som unionsbestämmelser åsidosattes på grund av deltagandet av det andra tillfälliga konsortiet i det pågående anbudsförfarandet, eftersom kommunen Marbella är en offentlig förvaltning som inte betraktas som en entreprenör enligt nationell lagstiftning och inte kan betraktas som en näringsidkare utan att förvränga reglerna om fri konkurrens och likställighet mellan anbudsbudgivare samt eftersom detta tillfälliga konsortium inte uppfyller ekonomiska och finansiella solvenskrav på grund av att de finansiella risker som det tar täcks genom budgeten för denna kommun.
- 16 Genom beslut av den 3 maj 2011 avvisade hamnmyndighetens verkställande direktör ansökan om överprövning. I beslutet hänvisades det till rättspraxis från domstolen och, i synnerhet, till domen av den 23 december 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), i vilken det fastställts att varje offentlig organ eller konsortium bestående av sådana enheter som erbjuder tjänster på marknaden, även tillfälligt, anses kunna vara anbudsgivare. Vidare konstaterade direktören att den finansiella solvensen för det andra tillfälliga konsortiet var fastställd med hänsyn till intäkter från budgeten för kommunen Marbella.

- 17 Som framgår av handlingarna i målet vid domstolen tilldelades det offentliga kontraktet i fråga, genom beslut av den 6 juni 2011, det andra tillfälliga konsortiet. Den begäran om omprövning av beslutet som ingavs av Marina del Mediterráneo m.fl. avslogs genom beslut av den 11 juli 2011.
- 18 I skrivelse av den 5 juli 2011 överklagade Marina del Mediterráneo m.fl. vid Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Överdomstolen i Andalusien, Spanien) det beslut som fattats av verkställande direktören för hamnmyndigheten den 3 maj 2011. I överklagandet upprepade nämnda konsortium de argument som framförts vid detta förvaltningsorgan under den särskilda överprövningen i upphandlingsförfaranden, och yrkade ogiltigförklaring av detta beslut och därmed ogiltigförklaring av senare antagna beslut, i synnerhet beslutet av den 6 juni 2011 att tilldela kontraktet i fråga till det andra tillfälliga konsortiet.
- 19 Genom beslut av den 19 februari 2015 informerade den nationella domstolen de aktuella parterna om att det eventuellt föreligger ett rättegångshinder för det förvaltningsrättsliga överklagandet som följer av nationella bestämmelser som definierar de rättsakter som kan bli föremål för särskild överprövning i upphandlingsförfaranden. Enligt denna lagstiftning kan handläggningsbeslut som vidtagits under upphandlingsförfarandet, när de direkt eller indirekt avgör tilldelningen av kontrakt, hindrar förfarandets fortgående, hindrar möjligheten till försvar eller orsakar irreparabel skada för legitima rättigheter eller intressen, bli föremål för överprövning.
- 20 Beslutet av en upphandlingskommitté att inte utsluta en anbudsgivare utan i stället godkänna anbudet och att tillåta anbudsgivaren att delta i det pågående anbudsförfarandet är följaktligen inte en beslutande handling som kan överklagas, vilket dock inte hindrar den berörda personen från att påtala eventuella oegentligheter för att återöppna dessa i efterhand genom att angripa beslutet om tilldelning av kontraktet i fråga, som har beslutskaraktär.
- 21 Den nationella domstolen tvivlar på huruvida denna lagstiftning är förenlig med bestämmelserna i unionens lagstiftning om offentlig upphandling, såsom den tolkats av domstolen, särskilt i domen av den 11 januari 2005 Stadt Halle och RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5).
- 22 Mot denna bakgrund har Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Överdomstolen i Andalucien) beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
- ”1) Ska artiklarna 1.1 och 2.1 a och b i direktiv 89/665, mot bakgrund av principerna om lojalt samarbete och direktivens ändamålsenliga verkan, tolkas så, att de utgör hinder för nationella bestämmelser, såsom de som föreskrivs i artikel 310.2 i lag 30/2007 ..., i den mån de hindrar att handläggningsbeslut fattade av den upphandlande myndigheten – såsom beslutet att tillåta ett anbud från en anbudsgivare, med avseende på vilken det påstås att det inte visats att bestämmelserna om teknisk och ekonomisk ställning enligt nationell lagstiftning och unionslagstiftning är uppfyllda – kan bli föremål för särskild överprövning i upphandlingsförfaranden?
- 2) För det fall svaret på den första frågan är jakande: Har artiklarna 1.1 och 2.1 a och b i direktiv 89/665 direkt effekt?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

- 23 När det gäller de tvivel som framförts av den spanska regeringen angående huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till prövning, påpekar domstolen att enligt artikel 1.1 första och andra stycket i direktiv 89/665, jämförd med skäl 2 i direktiv 2007/66, är direktiv 89/665 endast tillämpligt

på kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18, såvida sådana kontrakt inte är undantagna enligt artiklarna 10–18 i sistnämnda direktiv. För de överväganden som följer nedan utgår domstolen således från förutsättningen att direktiv 2004/18 är tillämpligt på den aktuella upphandlingen, och därmed att även direktiv 89/665 är tillämpligt i det nationella målet, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

Den första frågan

- 24 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet huruvida artiklarna 1.1 och 2.1 a och b i direktiv 89/665 ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken beslutet att tillåta en anbudsgivare att delta i anbudsförfarandet – ett beslut som påstås strida mot de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller den nationella genomförandelagstiftningen – inte anses utgöra ett sådant handläggningsbeslut fattat av en upphandlande myndighet som kan angripas genom ett självständigt rättsmedel.
- 25 Även om artikel 310.2 b i lag nr 30/2007 gör det möjligt att självständigt överklaga handläggningsbeslut genom vilka det, direkt eller indirekt, beslutas om tilldelningen av kontrakt, vilka hindrar förfarandets fortgående, hindrar möjligheten till försvar eller orsakar irreparabel skada för legitima rättigheter eller intressen, kan andra handläggningsbeslut, såsom beslutet tillåta en anbudsgivare att delta i ett anbudsförfarande – såsom framgår av handlingarna i målet vid EU-domstolen – endast angripas i samband med att kontraktstilldelningsbeslutet överklagas.
- 26 Enligt ordalydelsen i artikel 1.1 i direktiv 89/665, förutsätts genom formuleringen ”vad beträffar upphandling[sförfaranden]” att varje beslut som fattas av en upphandlande myndighet som omfattas av de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och som kan innebära ett åsidosättande av dessa, ska kunna bli föremål för rättslig prövning enligt artikel 2.1 a och b i detta direktiv. I bestämmelsen hänvisas således på ett allmänt sätt till en upphandlande myndighets beslut utan att det görs någon åtskillnad mellan dessa beslut beroende på deras innehåll eller den tidpunkt då de fattades (se dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 28 och där angiven rättspraxis).
- 27 Denna breda tolkning av begreppet ”beslut” av en upphandlande myndighet bekräftas av det faktum att det i bestämmelsen i artikel 1.1 i direktiv 89/665 inte finns några begränsningar när det gäller arten av och innehållet i de där angivna besluten. En restriktiv tolkning av detta begrepp skulle för övrigt inte vara förenlig med bestämmelsen i artikel 2.1 a i direktiv 89/665, enligt vilken medlemsstaterna ska föreskriva en möjlighet att besluta om interimistiska åtgärder beträffande alla beslut som upphandlande myndigheter fattar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 30 och där angiven rättspraxis).
- 28 Av detta följer att beslutet att tillåta en anbudsgivare att delta i ett anbudsförfarande, såsom förfarandet i det nationella målet, utgör ett beslut i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 89/665.
- 29 Denna tolkning av begreppet ”en upphandlande myndighets beslut” som kan bli föremål för överklagande påverkas inte av det förhållandet att domstolen, i punkt 35 i dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), slog fast att de åtgärder som ryms inom ramen för den upphandlande myndighets interna överväganden i ett upphandlingsförfarande inte kan överklagas. När det gäller frågan om upptagande av den aktuella anbudsgivarens anbud, anses ett sådant beslut nämligen till sin karaktär falla utanför den upphandlande myndighetens interna överväganden. Beslutet delgavs för övrigt Marina del Mediterraneo m.fl.

- 30 När det gäller den tidpunkten från och med vilken ett överklagande ska göras, erinrar domstolen, såsom framgår av andra skälet i direktiv 89/665, att direktivets ändamål är att stärka gällande bestämmelser på såväl nationell nivå som på unionsnivå för att säkra att direktiven om offentlig upphandling tillämpas effektivt, i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras. Medlemsstaterna åläggs härför enligt artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 en skyldighet att säkerställa att en "upphandlande myndighets beslut ... kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt" (se dom av den 12 december 2002, *Universale m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 74).
- 31 Domstolen har redan slagit fast att även om direktiv 89/665 inte formellt fastställer tidpunkten från och med vilken det föreligger en möjlighet att överklaga i enlighet med artikel 1.1 i direktivet, är det oförenligt med direktivets syfte, såsom framgår av föregående punkt, att medlemsstaterna kan låta möjligheten att överklaga bero på om förfarandet formellt har nått ett visst stadium (se, för ett liknande resonemang, 11 januari 2005, *Stadt Halle och RPL Lochau* (C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 38).
- 32 I avsaknad av unionsbestämmelser i vilka det fastställs från och med vilken tidpunkt det är möjligt att överklaga, följer det av fast rättspraxis att det ankommer på varje medlemsstat att i sin rättsordning fastställa de processuella regler som gäller för talan 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 talan som syftar till att skydda de rättigheter som följer av den nationella rättsordningen (likvärdighetsprincipen) eller medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen) (dom av den 30 september 2010, *Strabag m.fl.* C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 34, dom av den 6 oktober 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 46, och dom av den 26 november 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, punkterna 32, 35 och 37).
- 33 Förfarandereglerna för överklaganden som är avsedda att tillvarata rättigheter som följer av unionsrätten och som tillkommer anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter, får inte förta den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 42, dom av den 6 oktober 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 47, och dom av den 15 september 2016, *Star Storage m.fl.*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 43).
- 34 När det särskilt gäller beslutet att tillåta en anbudsgivare att delta i ett anbudsförfarande, såsom beslutet i det nationella målet, innebär det förhållandet att den ifrågavarande nationella lagstiftningen under alla omständigheter kräver att anbudsgivaren avvaktar beslutet om tilldelning av det relevanta kontraktet innan ett överklagande kan riktas mot beslutet att låta en annan anbudsgivare delta i förfarandet, att denna lagstiftning står i strid med bestämmelserna i direktiv 89/665.
- 35 Denna tolkning påverkas inte av konstaterandet att ett fullständigt uppnående av målet för direktiv 89/665 emellertid skulle äventyras om anbudssökande och anbudsgivare tilläts att åberopa överträdelser av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet, eftersom den upphandlande myndigheten då skulle tvingas att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna (dom av den 12 mars 2015, *eVigilo* C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 51 och där angiven rättspraxis). Detta konstaterande hänför sig nämligen till skäliga tidsfrister för beslut som kan överklagas och inte till ett uteslutande av möjligheten att inleda ett självständigt överklagande av beslutet att tillåta en anbudsgivare att delta i ett anbudsförfarande, såsom följer av den aktuella lagstiftningen.
- 36 Dessutom ankommer det på den nationella domstolen att avgöra huruvida de övriga villkoren för tillgång till prövningsförfaranden enligt direktiv 89/665 är uppfyllda. Enligt bestämmelserna i artikel 1.1 tredje stycket och 1.3 i direktiv 89/665 krävs det för att en prövning av den upphandlande myndighetens beslut ska anses vara effektiv att prövningsförfarandena åtminstone är tillgängliga för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt och som har lidit skada eller

riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse av de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller deras genomförandebestämmelser (se dom av den 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 23). Det ankommer därför särskilt på den nationella domstolen att inom ramen för det nationella målet avgöra om Marina del Mediterráneo m.fl. har eller har haft intresse av att tilldelas kontraktet i fråga och har skadats eller riskerade att skadas av hamnmyndighetens beslut att tillåta anbudet från det andra tillfälliga konsortiet.

- 37 Av det ovanstående följer att den första frågan ska besvaras på följande sätt. Artiklarna 1.1 och 2.1 a och b i direktiv 89/665 ska tolkas på så sätt att de, i en situation som den i det nationella målet, utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken beslutet att tillåta en anbudsgivare att delta i anbudsförfarandet – ett beslut som påstås strida mot de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller den nationella genomförandelagstiftningen – inte anses utgöra ett sådant handläggningsbeslut fattat av en upphandlande myndighet som kan angripas genom ett självständigt rättsmedel.

Den andra frågan

- 38 Den hänskjutande domstolen vill med den andra frågan få klarhet i huruvida 1.1 och 2.1 a och b i direktiv 89/665 har direkt effekt.
- 39 Domstolen har redan slagit fast att bestämmelserna i artikel 1.1 och artikel 2.1 b i detta direktiv är ovillkorliga och tillräckligt precisa för att grunda en rättighet till förmån för en enskild som, i förekommande fall, kan åberopa denna gentemot en upphandlande myndighet (dom av den 2 juni 2005, Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345, punkt 38).
- 40 Såsom generaladvokaten framhållit i punkt 70 i sitt förslag till avgörande gäller en sådan bedömning även artikel 2.1 a i det direktivet, med hänsyn såväl till den klara och precisa lydelsen av denna bestämmelse som det nära sambandet mellan föremålet för denna bestämmelse och föremålet för artikel 2.1 b i direktivet.
- 41 Av det ovanstående följer att den andra frågan ska besvaras på följande sätt. Artiklarna 1.1 och 2.1 a och b i direktiv 89/665 har direkt effekt.

Rättegångskostnader

- 42 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 (fjärde avdelningen) följande:

- 1) Artiklarna 1.1 och 2.1 a och b 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 på så sätt att de, i en situation som den i det nationella målet, utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken beslutet att tillåta en anbudsgivare att delta i anbudsförfarandet – ett beslut som påstås strida mot de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller den nationella genomförandelagstiftningen – inte anses utgöra ett sådant handläggningsbeslut fattat av en upphandlande myndighet som kan angripas genom ett självständigt rättsmedel.**

2) Artiklarna 1.1 och 2.1 a och b i direktiv 89/665, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, har direkt effekt.

Underskrifter