



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tionde avdelningen)

den 9 februari 2023*

”Begäran om förhandsavgörande – Prövningsförfaranden på området för offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten – Direktiv 89/665/EEG – Artikel 1.3 – Berättigat intresse av att få saken prövad – Tillgång till prövningsförfaranden – Konstaterat allvarligt fel i yrkesutövningen på grund av ett konkurrensbegränsande samarbete (avtal) – En annan ekonomisk aktör har uteslutits definitivt från den aktuella upphandlingen på grund av att aktören inte ansetts uppfylla de angivna minimikraven”

I mål C-53/22,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Regionala förvaltningsdomstolen för Lombardiet, Italien) genom beslut av den 7 januari 2022, som inkom till domstolen den 25 januari 2022, i målet

VZ

mot

CA,

ytterligare deltagare i rättegången:

RT

BO,

Regione Lombardia,

Regione Liguria

meddelar

DOMSTOLEN (tionde avdelningen),

sammansatt av avdelningsordföranden D. Gratsias (referent) samt domarna M. Ilešič och I. Jarukaitis,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

* Rättegångsspråk: italienska.

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- VZ, genom J.F. G. Brigandì och C. Mendolia, avvocati,
- CA, genom M.L. Tamborino, avvocata,
- RT, genom A. Clarizia, L. Pierallini, L. Sperati och P. Ziotti, avvocati,
- BO, genom A. Borsero, V. Cannizzaro, C. Merani och S. Ventura, avvocati,
- Frankrikes regering, av R. Bénard och A.-L. Desjonquères, båda i egenskap av ombud,
- Polens regering, av B. Majczyna, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom G. Gattinara, P. Ondrůšek och G. Wils, samtliga i egenskap av ombud,

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

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.3 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), 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).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan ett bolag, VZ, och en upphandlande myndighet, CA, angående den upphandlande myndighetens beslut att inte upphäva sitt beslut att tilldela RT och BO ett upphandlingskontrakt avseende helikopterräddningstjänsten i Lombardiet (Italien) och Ligurien (Italien).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 89/665

- 3 Artikel 1 i direktiv 89/665 har rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”, och där föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på kontrakt som avses 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 28, 2014.3.2014, s. 65)]

...

Kontrakt i den mening som avses i detta direktiv inbegriper offentliga kontrakt, ramavtal, bygg- och tjänstekoncessioner och dynamiska inköpssystem.

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av direktiv 2014/24/EU ... kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt ..., när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.

...

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

...”

- 4 Artikel 2a i direktiv 89/665 har rubriken ”Period under vilken avtal inte får ingås”. I punkt 2 första och andra styckena i den artikeln föreskrivs följande:

”Kontrakt enligt beslut om tilldelning av ett kontrakt som omfattas av direktiv 2014/24/EU ... får inte ingås före utgången av en tidsfrist på minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översänds till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra medel för kommunikation används, före utgången av en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översänds till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena eller minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.”

Anbudsgivarna ska anses vara berörda om de ännu inte har uteslutits definitivt. Ett uteslutande är definitivt om det har meddelats de berörda anbudsgivarna, och antingen har ansetts vara lagligt av ett oberoende prövningsorgan eller inte längre kan bli föremål för ett prövningsförfarande.”

Direktiv 2014/24

5 Av artikel 2.1.2 och 2.1.3 i direktiv 2014/24, i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2365 av den 18 december 2017 (EUT L 337, 2017, s. 19) (nedan kallat direktiv 2014/24), framgår att med begreppet ”centrala statliga myndigheter” avses de upphandlande myndigheter som förtecknas i bilaga I och, i den mån rättelser eller ändringar gjorts på nationell nivå, de enheter som har ersatt dem, och att med begreppet ”upphandlande myndigheter under den centrala nivån” avses alla upphandlande myndigheter som inte är centrala statliga myndigheter.

6 Artikel 4 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Tröskelvärden”, och där föreskrivs följande:

”Detta direktiv ska tillämpas på upphandlingar vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

...

c) 221 000 [euro] för offentliga varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter under den centrala nivån och för projekttävlingar som anordnas av sådana myndigheter. ...

d) 750 000 [euro] för offentliga tjänstekontrakt för de sociala och andra särskilda tjänster som anges i bilaga XIV.”

7 Artikel 57 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Skäl för uteslutning”, och där föreskrivs följande i punkt 4:

”En upphandlande myndighet får utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör från upphandlingsförfarandet i någon av följande situationer:

...

c) Om den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt kan visa att en ekonomisk aktör har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som gör att dennes redbarhet kan ifrågasättas.

d) Om den upphandlande myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer för att dra slutsatsen att en ekonomisk aktör har ingått överenskommelser med andra ekonomiska aktörer som syftar till att snedvrída konkurrensen.

...”

8 Varken Regione Lombardia (regionen Lombardiet, Italien) eller Regione Liguria (regionen Ligurien, Italien) finns med bland de myndigheter som nämns i bilaga I till direktiv 2014/24.

Italiensk rätt

9 I artikel 80.5 c i decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lagstiftningsdekret nr 50 om lagen om offentlig upphandling) av den 18 april 2016 (ordinarie tillägg nr 10 till GURI nr 91 av den 19 april 2016), i dess lydelse enligt decreto-legge n. 135 – Disposizioni urgenti in materia di

sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione (lagdekret nr 135 om brådskande bestämmelser avseende stöd och förenkling för företag och myndigheter) av den 14 december 2018 (GURI nr 290 av den 14 december 2018, s. 1) föreskrivs följande:

”En upphandlande myndighet ska utesluta en ekonomisk aktör från upphandlingsförfarandet i någon av följande situationer:

...

c) Om den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt visar att den ekonomiska aktören har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen, som gör att aktörens redbarhet eller tillförlitlighet kan ifrågasättas.

...”

- 10 I artikel 35.1 b i Codice del processo amministrativo (förvaltningsprocesslagen) (ordinarie tillägg nr 148 till GURI nr 156 av den 7 juli 2010) föreskrivs att ”[d]omstolen ska – även ex officio – avvisa talan om sökanden saknar berättigat intresse av att få saken prövad eller om det finns andra skäl till att inte pröva målet i sak”.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 11 Genom beslut av den 18 december 2018 inledde CA ett förfarande för offentlig upphandling avseende en helikopterräddningstjänst som skulle användas av hälso- och sjukvårdsenheter i regionen Lombardiet och regionen Ligurien (nedan kallat den omtvistade upphandlingen). Kontraktsvärdet uppgick till 205 581 900 euro exklusive mervärdesskatt. Enligt det meddelande om upphandling som hade offentliggjorts av CA krävdes att anbudsgivarna – som bevis avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet – visade att de hade en särskild certifiering.
- 12 VZ hade inte denna certifiering och uppfyllde därmed inte villkoren för att delta i den omtvistade upphandlingen. Bolaget ansökte den 16 januari 2019 om överprövning vid den hänskjutande domstolen, Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Regionala förvaltningsdomstolen i Lombardiet, Italien), och gjorde gällande att det i upphandlingsmeddelandet angivna kravet på innehav av nämnda certifiering var rättsstridigt. Den hänskjutande domstolen avslag VZ:s ansökan genom dom av den 6 maj 2019. Denna dom fastställdes av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom dom av den 26 februari 2020 och vann därmed laga kraft.
- 13 Autorità garante della concorrenza e del mercato (Myndigheten för konkurrens- och marknadstillsyn, Italien) (nedan kallad tillsynsmyndigheten) fann i beslut av den 13 februari 2019 att vissa företag, däribland BO, JF och RT, vilka var de enda anbudsgivarna i den omtvistade upphandlingen, under perioden år 2001–augusti 2017 hade gjort sig skyldiga till en allvarlig överträdelse av artikel 101 FEUF, bland annat i form av ett konkurrensstridigt horisontellt avtal om fastställande av priser för helikoptertjänster. Avtalet var ägnat att påverka upphandlande myndigheter i fråga om fastställande av priser för tjänster avseende arbete och lufttransport av passagerare i sin helhet, däribland fastställande av kontraktsvärdet till överskattade värden. Tillsynsmyndigheten ålade BO, JF och RT sanktioner. Myndigheten ansåg emellertid att de uppgifter som hade inhämtats inom ramen för utredningen inte räckte för att styrka att det förelegat ett konkurrensbegränsande samarbete i samband med deltagande i upphandlingar av tjänster.

- 14 CA ansåg att tillsynsmyndighetens beslut saknade betydelse för dess bedömning. Genom beslut av den 2 mars 2020 tilldelade CA två delar av kontraktet i den omtvistade upphandlingen till RT och en del av detta kontrakt till BO.
- 15 BO, RT och JF överklagade tillsynsmyndighetens beslut att ålägga dem sanktioner till Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien). Denna domstol avslog bolagens överklaganden. BO, RT och JF överklagade dessa domar till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen). Högsta förvaltningsdomstolen fastställde Regionala förvaltningsdomstolens dom om ogillande av JF:s överklagande. Domen om ogillande av RT:s överklagande fastställdes också, utom vad gällde sanktionsbeloppet. Högsta förvaltningsdomstolen har ännu inte avgjort målet om BO:s överklagande.
- 16 VZ underrättade den 1 juni 2020 CA om den nyss nämnda domen om ogillande av RT:s överklagande av tillsynsmyndighetens beslut. VZ gjorde gällande att domen kunde påverka bedömningen av RT:s integritet och bolagets tillförlitlighet vid utförandet av helikopterräddningstjänsten. Vidare ansåg VZ att domen kunde innebära att det skulle anses föreligga ett allvarligt fel i yrkesutövningen, i den mening som avses i artikel 80.5 i lagen om offentlig upphandling, och att detta utgjorde skäl för att utesluta RT från den omtvistade upphandlingen. VZ begärde därigenom i huvudsak att beslutet om tilldelning av det aktuella kontraktet skulle upphävas. CA fann i beslut av den 3 juli 2020 att den dom som VZ underrättat den om inte tillförde några ytterligare uppgifter i förhållande till de uppgifter som fanns i tillsynsmyndighetens beslut, vilket CA redan kände till och hade analyserat. VZ ansökte vid den hänskjutande domstolen om överprövning avseende CA:s beslut av den 3 juli 2020.
- 17 Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande inledningsvis anfört följande. VZ blev slutgiltigt utesluten från att delta i den omtvistade upphandlingen i och med lagakraftvinnandet av domen om avslag av bolagets ansökan om överprövning avseende upphandlingsmeddelandet. Detta innebär, enligt rättspraxis från italienska domstolar, att VZ i princip anses sakna intresse av att angripa det aktuella tilldelningsbeslutet.
- 18 Nämnda rättspraxis har dock genomgått en utveckling med anledning av EU-domstolens domar av den 4 juli 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), av den 5 april 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), samt av den 11 maj 2017, *Archus och Gama* (C-131/16, EU:C:2017:358). Vad beträffar en upphandling där endast två anbudsgivare har deltagit gäller numera att en anbudsgivare som uteslutits på grund av bristande uppfyllelse av minimikraven i förfrågningsunderlaget i upphandlingen får ansöka om överprövning och begära att en ny upphandling ska inledas. Mot bakgrund av EU-domstolens dom av den 21 december 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988), tillämpar de italienska domstolarna emellertid denna ”nyskapande rättspraxis” endast i fall där det är fråga om så kallade *contestazioni incrociate*, det vill säga flera ansökningar om överprövning, vilka handläggs gemensamt inom ramen för ett och samma mål rörande det aktuella tilldelningsbeslutet. I förevarande fall fastställdes emellertid beslutet att utesluta VZ från att delta i den omtvistade upphandlingen genom ett domstolsavgörande som hade vunnit laga kraft innan VZ ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet.
- 19 Den hänskjutande domstolen har emellertid även påpekat att VZ i förevarande fall har angripit CA:s beslut att inte upphäva det aktuella tilldelningsbeslutet på grund av ett allvarligt fel i yrkesutövningen som begåtts av samtliga anbudsgivare, vilka, såsom slagits fast genom den ovan i punkt 16 nämnda domen, har deltagit i ett konkurrensbegränsande samarbete, vilket utgör ett sådant allvarligt fel.

- 20 Slutligen har den hänskjutande domstolen erinrat om att EU-domstolen, i domen av den 5 september 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675, punkterna 27 och 28), påpekade att en anbudsgivare som rangordnats på tredje plats och som ansökt om överprövning av tilldelningsbeslutet ska anses ha ett berättigat intresse av att begära att anbudet från den vinnande anbudsgivaren och den anbudsgivare som har placerats på andra plats ska förkastas, eftersom det, även om det egna anbudet också skulle kunna komma att förkastas, inte kan uteslutas att den upphandlande myndigheten i ett sådant fall kommer att konstatera att det är omöjligt att välja ett annat anbud som uppfyller kraven och därför beslutar att genomföra en ny upphandling. Den hänskjutande domstolen anser att VZ, vad gäller bedömningen av bolagets intresse av att få saken prövad, verkar befinna sig i en jämförbar situation med klaganden i det mål som avgjordes genom domen av den 5 september 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675). Den har i detta avseende påpekat att VZ med åberopande av bevisning har hävdats att bolaget redan i oktober 2019 hade det särskilda certifikat som krävdes enligt förfrågningsunderlaget i den omtvistade upphandlingen.
- 21 Det är mot denna bakgrund som Tribunale amministrativo regionale per le Sardegna (Regionala förvaltningsdomstolen för Lombardiet) har beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
- ”1) Utgör artikel 1.3 i direktiv 89/665 hinder för att en anbudsgivare som definitivt uteslutits från en upphandling saknar möjlighet att ansöka om överprövning av den upphandlande myndighetens beslut att inte upphäva tilldelningsbeslutet, i fall där den uteslutna anbudsgivaren har för avsikt att visa – i syfte att få möjlighet att delta i ett eventuell ny upphandling – att den vinnande anbudsgivaren och övriga anbudsgivare som är med i rangordningen har gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen genom att ingå konkurrensrättsstridiga avtal, vilket fastställts av domstol först efter nämnda uteslutning?
- 2) Utgör artikel 1.3 i direktiv 89/665 och de unionsrättsliga principerna om skydd för konkurrensen hinder för att en förvaltningsdomstol saknar möjlighet att pröva en ansökan från en anbudsgivare som definitivt uteslutits från en upphandling om överprövning av den upphandlande myndighetens beslut att inte upphäva beslutet att låta anbudsgivare som, inom samma område som det som upphandlingen avser, har ingått konkurrensrättsstridiga avtal – vilket har fastställts av domstol – delta i upphandlingen och att tilldela kontraktet till en av dessa?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning

- 22 CA har i sitt yttrande till EU-domstolen gjort gällande att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till prövning, eftersom de frågor som ställts är allmänna och hypotetiska och att svaret på frågorna under alla omständigheter klart framgår av rättspraxis.
- 23 EU-domstolen gör i denna del följande bedömning. Det följer av rättspraxis att det uteslutande ankommer på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser tolkningen av en

unionsbestämmelse. Av detta följer att de frågor som ställs av nationella domstolar presumeras vara relevanta. En tolkningsfråga som har hänskjutits av en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågeställningen är hypotetisk eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (dom av den 20 oktober 2022, Viva Telecom Bulgaria, C-825/21, EU:C:2022:810, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

- 24 Den hänskjutande domstolen har tydligt angett att den, i enlighet med de italienska processrättsliga bestämmelserna, såsom dessa har tolkats i italiensk rättspraxis, skulle kunna vara tvungen att avslå VZ:s ansökan om överprövning på grund av att bolaget anses sakna ett berättigat intresse av att få saken prövad, såvida inte artikel 1.3 i direktiv 89/665, eventuellt jämförd med unionens konkurrensregler, ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för ett sådant avslag. Härav följer att de frågor som ställts har ett direkt samband med saken i det nationella målet och inte kan anses vara rent hypotetiska.
- 25 Härtill kommer att det inte kan anses att en begäran om förhandsavgörande ska avvisas enbart av det skälet att svaret på de ställda frågorna, enligt en av parterna i det nationella målet, redan framgår av EU-domstolens praxis (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 februari 2022, Viva Telecom Bulgaria, C-257/20, EU:C:2022:125, punkt 42 och där angiven rättspraxis).
- 26 Den franska regeringen har i sitt yttrande till EU-domstolen för sin del gjort gällande att den andra frågan delvis ska avvisas, eftersom den hänskjutande domstolen har underlåtit att precisera vilka ”unionsrättsliga principer om skydd för konkurrensen” som avses i denna fråga. EU-domstolen finner dock att det är uppenbart att de principer som avses är de principer som kan härledas ur unionens konkurrensregler, däribland artikel 101 FEUF, vilket för övrigt också klart framgår av skälen i beslutet om hänskjutande.
- 27 Härav följer att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning.

Prövning i sak

- 28 Den hänskjutande domstolen har ställt sina frågor, vilka ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida artikel 1.3 i direktiv 89/665, jämförd med unionens konkurrensregler, ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning som innebär att i ett fall där en ekonomisk aktör varit förhindrad att delta i en upphandling på grund av att denne inte uppfyllde ett av de villkor för deltagande i upphandlingen som angavs i upphandlingsmeddelandet och genom ett lagakraftvunnet avgörande har fått avslag på sin ansökan om överprövning avseende lagenligheten av nämnda villkor, så saknar denna aktör möjlighet att ansöka om överprövning av den upphandlande myndighetens beslut att inte upphäva tilldelningsbeslutet i upphandlingen efter det att det genom ett domstolsavgörande slagits fast att både den vinnande anbudsgivaren och samtliga övriga anbudsgivare deltagit i ett konkurrensrättsstridigt avtal inom samma område som det som upphandlingen avser.
- 29 EU-domstolen gör följande bedömning. Det framgår av artikel 1.3 i direktiv 89/665 att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena är tillgängliga, på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd

överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller av nationella bestämmelser som införlivar denna rätt (dom av den 28 november 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità m.fl., C-328/17, EU:C:2018:958, punkt 44 och där angiven rättspraxis).

- 30 Medlemsstaterna är således inte skyldiga att se till att prövningsförfarandena är tillgängliga för var och en som vill tilldelas ett upphandlingskontrakt, utan de får kräva att den berörda aktören har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av den överträdelse som denne gör gällande (dom av den 28 november 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità m.fl., C-328/17, EU:C:2018:958, punkt 45 och där angiven rättspraxis).
- 31 Det följer av EU-domstolens praxis att med avseende på artikel 1.3 i direktiv 89/665 kan deltagande i en upphandling i princip anses utgöra ett villkor som måste vara uppfyllt för att det ska kunna fastställas att den berörda aktören har ett befogat intresse av att tilldelas det aktuella kontraktet eller riskerar att lida skada på grund av att tilldelningsbeslutet påstås vara rättsstridigt. Om den berörda aktören inte har lämnat anbud i den aktuella upphandlingen, kan aktören svårtligen visa att denne har intresse av att angripa tilldelningsbeslutet eller att denne har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av kontraktstilldelningen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 februari 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punkt 27, och dom av den 28 november 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità m.fl., C-328/17, EU:C:2018:958, punkt 46).
- 32 Det framgår emellertid även av EU-domstolens praxis att om en aktör inte har lämnat något anbud i en upphandling som denne inte skulle ha någon möjlighet att vinna, på grund av att det i upphandlingsdokumenten eller i förfrågningsunderlaget anges vissa specifikationskrav som aktören inte kan uppfylla, så vore det orimligt att kräva att aktören – innan denne kan inleda de prövningsförfaranden som föreskrivs i direktiv 89/665 för att få till stånd en prövning av nämnda specifikationskrav – ska lämna ett anbud i den aktuella upphandlingen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 november 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità m.fl., C-328/17, EU:C:2018:958, punkt 47 och där angiven rättspraxis).
- 33 Vad beträffar det nu aktuella målet kan följande konstateras. Tolkningsfrågorna avser ett fall med en aktör som inte lämnade anbud i en upphandling på grund av att denne inte uppfyllde ett av villkoren för deltagande som angavs i upphandlingsmeddelandet och som kunde få till stånd en prövning av införandet av nämnda villkor i upphandlingsmeddelandet genom att ansöka om överprövning av meddelandet, varvid denna ansökan avsågs genom ett avgörande som vann laga kraft innan tilldelningsbeslutet i den aktuella upphandlingen fattades.
- 34 Mot bakgrund av den rättspraxis som anges i punkterna 30 och 31 ovan kan det inte anses att en sådan aktör omfattas av begreppet "[den] som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse", i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 89/665.
- 35 Det saknar härvid betydelse att denna aktör under mellantiden har vidtagit nödvändiga åtgärder för att uppfylla det villkor som angavs i det aktuella upphandlingsmeddelandet och att aktören därigenom – om den upphandling som denne inte kunnat delta i ogiltigförklaras och det genomförs en ny upphandling med samma krav – skulle kunna lämna anbud och tilldelas det aktuella kontraktet.

- 36 EU-domstolen har vid tolkningen av artikel 1.3 i direktiv 89/665 visserligen slagit fast att anbudsgivarna i en upphandling har ett berättigat intresse av att de andra anbudsgivarnas anbud utesluts för att de själva ska tilldelas det aktuella kontraktet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juli 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, punkt 33, och dom av den 5 april 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 27), oberoende av hur många anbudsgivare som deltagit i upphandlingen och hur många av dem som har ansökt om överprövning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juli 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, punkt 33, och dom av den 5 april 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punkterna 28 och 29).
- 37 I domen av den 21 december 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, punkterna 30–32) gjorde EU-domstolen dock följande precisering. De fall som var aktuella i de mål som avgjordes genom dom av den 4 juli 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), och dom av den 5 april 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), kännetecknades, för det första, av att den upphandlande myndigheten inte hade fattat något beslut om uteslutning av anbudsgivarnas anbud och, för det andra, av att det var i samband med handläggningen av ett och samma mål om överprövning av tilldelningsbeslutet i den aktuella upphandlingen som var och en av anbudsgivarna gjorde gällande att de andra anbuderna inte uppfyllde de aktuella kraven. I dessa fall hade var och en av anbudsgivarna ett berättigat intresse av att de andra anbuderna blev uteslutna, eftersom detta skulle kunna medföra att den upphandlande myndigheten konstaterade att det inte fanns något anbud som uppfyllde kraven.
- 38 I fall där en anbudsgivare, innan den upphandlande myndigheten fattar beslut om tilldelning av kontrakt i en upphandling, har blivit definitivt utesluten från att delta i upphandlingen genom ett beslut från den upphandlande myndigheten som har fastställts genom ett lagakraftvunnet domstolsavgörande, gäller däremot enligt EU-domstolens praxis att artikel 1.3 i direktiv 89/665 inte utgör hinder för att nämnda anbudsgivare saknar möjlighet att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet och det avtal som slutits mellan den upphandlande myndigheten och den vinnande anbudsgivaren (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 december 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU:C:2016:988, punkterna 35 och 36, dom av den 11 maj 2017, *Archus och Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, punkterna 57–59, och dom av den 24 mars 2021, *NAMA m.fl.*, C-771/19, EU:C:2021:232, punkt 42).
- 39 Det som är avgörande för att en anbudsgivare ska ha rätt att ansöka om överprövning av ett tilldelningsbeslut är nämligen – såsom EU-domstolen redan har slagit fast – att uteslutningsbeslutet ännu inte anses vara slutgiltigt (dom av den 21 december 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037, punkterna 73 och 74, och beslut av den 17 maj 2022, *Estaleiros Navais de Peniche*, C-787/21, ej publicerat, EU:C:2022:414, punkt 25). Av artikel 2a.2 i direktiv 89/665 framgår att ett beslut om uteslutning av en anbudsgivare ska anses vara slutgiltigt om den uteslutna anbudsgivaren har underrättats om beslutet och dess lagenlighet har fastställts av ett oberoende prövningsorgan eller om beslutet inte längre kan bli föremål för överprövning.
- 40 Det ovan i punkt 38 anförda gäller dessutom även för en aktör som inte har lämnat anbud i en upphandling på grund av att denne inte uppfyllde ett av de villkor för deltagande i upphandlingen som angavs i upphandlingsmeddelandet och därmed inte kunde tilldelas kontraktet, och som genom ett lagakraftvunnet avgörande har fått avslag på sin ansökan om överprövning avseende lagenligheten av nämnda villkor innan tilldelningsbeslutet i

upphandlingen fattades. Det kan nämligen konstateras att vad beträffar en sådan aktörs definitiva uteslutning från en upphandling, så finns det ingen skillnad i sak mellan den aktörens situation och den situation som en anbudsgivare som den som avses i punkt 38 ovan befinner sig i.

- 41 Domen av den 5 september 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675), som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, föranleder inte någon annan bedömning.
- 42 Såsom framgår av punkterna 8–10 i den domen rör den inte det fallet att det genom ett lagakraftvunnet domstolsavgörande har slagits fast att beslutet att utesluta en anbudsgivare från en upphandling var lagenligt, utan domen rör samma fall som det som avses i den rättspraxis anges i punkt 36 ovan, det vill säga det fallet att en anbudsgivare har ansökt om överprövning av en upphandling och gjort gällande att en eller flera andra anbudsgivares anbud borde ha förkastats, samtidigt som frågan huruvida nämnda anbudsgivares eget anbud uppfyller kraven är föremål för överprövning, men dock inte slutgiltigt avgjord.
- 43 Det är mot bakgrund av dessa omständigheter som innehållet i punkt 28 i nämnda dom ska ses. I den punkten slog EU-domstolen fast att om den uteslutna anbudsgivaren får bifall till sin ansökan om överprövning, så kan den upphandlande myndigheten komma att besluta att ogiltigförklara den aktuella upphandlingen och inleda en ny upphandling, av det skälet att kvarvarande anbud som uppfyller kraven inte motsvarar den upphandlande myndighetens förväntningar i tillräcklig utsträckning. Mot bakgrund av nämnda omständigheter slog EU-domstolen fast, i punkt 29 i samma dom, att den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 skulle äventyras om det endast var möjligt att ansöka om överprövning under förutsättning att det först fastställts att samtliga anbud med en lägre rangordning än den överprövningssökande anbudsgivarens anbud också ska förkastas. Omständigheter av detta slag föreligger dock inte i det nu aktuella nationella målet.
- 44 Någon annan tolkning av artikel 1.3 i direktiv 89/665 föranleds inte av den omständigheten att en aktör som slutgiltigt har uteslutits från en upphandling, till stöd för sin ansökan om överprövning avseende tilldelningsbeslutet i upphandlingen eller avseende den upphandlande myndighetens beslut att inte upphäva tilldelningsbeslutet, åberopar att samtliga övriga anbudsgivare har deltagit i ett konkurrensrättsstridigt avtal.
- 45 EU-domstolen finner nämligen att en aktör som befinner sig i en sådan situation i slutändan inte skiljer sig från alla andra aktörer som eventuellt skulle ha kunnat lämna anbud. Det framgår emellertid av den rättspraxis som anges i punkt 31 ovan att den omständigheten inte räcker för att det ska anses att en sådan aktör omfattas av begreppet "[den] som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse", i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 89/665.
- 46 Av det ovan anförda följer att tolkningsfrågorna ska besvaras enligt följande. Artikel 1.3 i direktiv 89/665 ska tolkas på så sätt att den inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning som innebär att i ett fall där en ekonomisk aktör varit förhindrad att delta i en upphandling på grund av att denne inte uppfyllde ett av de villkor för deltagande i upphandlingen som angavs i upphandlingsmeddelandet och genom ett lagakraftvunnet avgörande har fått avslag på sin ansökan om överprövning avseende lagenligheten av nämnda villkor, så saknar denna aktör möjlighet att ansöka om överprövning av den upphandlande myndighetens beslut att inte upphäva tilldelningsbeslutet i upphandlingen efter det att det genom ett domstolsavgörande slagits fast att både den vinnande anbudsgivaren och samtliga övriga anbudsgivare deltagit i ett konkurrensrättsstridigt avtal inom samma område som det som upphandlingen avser.

Rättegångskostnader

- 47 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 (tionde avdelningen) följande:

Artikel 1.3 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 2014/23/EG av den 26 februari 2014,

ska tolkas på så sätt att

den inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning som innebär att i ett fall där en ekonomisk aktör varit förhindrad att delta i en upphandling på grund av att denne inte uppfyllde ett av de villkor för deltagande i upphandlingen som angavs i upphandlingsmeddelandet och genom ett lagakraftvunnet avgörande har fått avslag på sin ansökan om överprövning avseende lagenligheten av nämnda villkor, så saknar denna aktör möjlighet att ansöka om överprövning av den upphandlande myndighetens beslut att inte upphäva tilldelningsbeslutet i upphandlingen efter det att det genom ett domstolsavgörande slagits fast att både den vinnande anbudsgivaren och samtliga övriga anbudsgivare deltagit i ett konkurrensrättsstridigt avtal inom samma område som det som upphandlingen avser.

Underskrifter