

Preliminär utgåva

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 17 september 2026 (*)

” Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Överprövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten – Direktiv 89/665/EEG – Artikel 2.3 och 2.5 – Ansökan om överprövning innan avtal ingås – Säkerställande av en effektiv överprövning – Prövningsförfaranden som med nödvändighet medför att de upphandlingar som berörs av prövningen automatiskt skjuts upp – Inhibition av förbudet mot att verkställa tilldelningsbeslutet – Befogenheter för den nationella domstol som förordnar om interimistiska åtgärder – Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Rätten till ett effektivt rättsmedel – Interimistiskt rättsligt skydd ”

I de förenade målen C-266/25 och C-267/25,

angående två framställningar om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, från Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Förvaltnings- och skattedomstolen i Porto, Portugal), genom beslut av den 11 och den 14 mars 2025, som inkom till domstolen den 8 april 2025, i målen

I-Sete – Inovação, Soluções Económicas e Tecnologias Ecológicas, Lda.

mot

EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas do Alqueva, S.A.,

ytterligare deltagare i rättegången:

DST Solar, S.A. (C-266/25),

Domingos da Silva Teixeira, S.A. (C-266/25),

Greenvolt Next Portugal, Lda. (C-267/25),

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Jürimäe, domstolens ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på andra avdelningen, samt domarna F. Schalin, M. Gavalec (referent) och Z. Csehi,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: handläggaren L. Carrasco Marco,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 5 mars 2026,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- I-Sete – Inovação, Soluções Económicas e Tecnologias Ecológicas, Lda., genom T. Faustino Moreira, R. Maia Magalhães och R. Pinto, advogados,
- EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas do Alqueva, S.A., genom M. Costa Pinto och J. da Silva Miguel, advogados,

- Portugals regering, genom P. Barros da Costa, L. Ferro da Costa, A. Pimenta, J. Ramos och V. Pinto da Rocha, samtliga i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom L. Halajová, M. Smolek och J. Vlácil, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom A. Biolan, M. Teles Romão och G. Wils, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 7 maj 2026 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Respektive begäran om förhandsavgörande rör tolkningen av artikel 2d 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 Framställningarna, som är avfattade på ett likartat sätt, har gjorts i två mål mellan I-Sete – Inovação, Soluções Económicas e Tecnologias Ecológicas, Lda. (nedan kallat I-Sete) och EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas do Alqueva, S.A. (nedan kallat EDIA). Mål C-266/25 rör tilldelning av ett offentligt kontrakt avseende byggtreprenadarbeten för uppförande av en flytande solcellsanläggning vid pumpstationen Os Álamos (Portugal). Mål C-267/25 rör tilldelning av ett offentligt kontrakt avseende byggtreprenadarbeten för uppförande av en flytande solcellsanläggning vid pumpstationen S. Pedro (Portugal) och pumpstationen S. Matias (Portugal).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Stadgan

- 3 I artikel 47 första och andra styckena i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) anges följande:

”Var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, med beaktande av de villkor som föreskrivs i denna artikel.

Var och en har rätt att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag. Var och en ska ha möjlighet att erhålla rådgivning, låta sig försvaras och företrädas.”

- 4 Artikel 52.1 i stadgan har följande lydelse:

”Varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av [Europeiska] unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.”

Direktiv 89/665

- 5 I femte skälet i direktiv 89/665 anges att ”[e]ftersom upphandlingsförfarandet för varje särskilt kontrakt är kortvarigt, måste ett sakkunnigt prövningsorgan bl.a. vara behörigt att vidta interimistiska

åtgärder i syfte att uppskjuta förfarandet hos myndigheten eller verkställigheten av dess beslut. Med hänsyn till tidsfaktorn måste vidare ges möjlighet att snabbt ingripa mot nämnda överträdelser.”

- 6 I artikel 1 i detta direktiv, med rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”, föreskrivs följande:

”1. ...

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av [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)] eller [direktiv 2014/23] kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.

...

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.

...

5. Medlemsstaterna får kräva att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten. I det fallet ska medlemsstaterna se till att inlämnandet av en sådan ansökan omedelbart medför att avtalet tillsvidare inte får ingås.

...”

- 7 I artikel 2 i nämnda direktiv, som har rubriken ”Krav på prövningsförfaranden”, anges följande:

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

- a) vid första möjliga tillfälle och genom interimistiskt förfarande vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelser 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,

...

3. När ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande myndigheten, ska pröva ett beslut om tilldelning av kontrakt, ska medlemsstaterna se till att den upphandlande myndigheten inte kan ingå avtalet innan [det behöriga] prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av den period under vilken avtal inte får ingås som avses i artiklarna 2a.2, 2d.4 och 2d.5.

4. Utom i de fall som avses i punkt 3 och i artikel 1.5 ska prövningsförfarandena inte nödvändigtvis medföra att de upphandlingar som berörs av prövningen automatiskt skjuts upp.

5. Medlemsstaterna får föreskriva att det behöriga prövningsorganet får ta hänsyn till de sannolika följderna av provisoriska åtgärder för alla berörda intressen som kan skadas, inklusive allmänintresset, och får besluta att inte vidta sådana åtgärder om de negativa följderna kan väga tyngre än fördelarna.

Ett beslut att inte bevilja provisoriska åtgärder ska inte påverka andra yrkanden från den person som begärt åtgärderna.

...”

8 I artikel 2d i samma direktiv, med rubriken ”Ogiltighet”, föreskrivs 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,

...

b) när det föreligger en överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 i detta direktiv, om denna överträdelse har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att rikta anspråk före ingåendet av avtalet, i kombination med en överträdelse av direktiv [2014/24] eller [2014/23], om den överträdelsen har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som söker om prövning att erhålla kontraktet,

...

3. Medlemsstaterna får föreskriva att det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten inte behöver anse att ett avtal är ogiltigt, även om det har tilldelats på olagligt sätt av de skäl som anges i punkt 1, om prövningsorganet finner, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, att tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. I detta fall ska medlemsstaterna föreskriva alternativa påföljder enligt artikel 2e.2 som ska tillämpas i stället.

Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får endast betraktas som tvingande hänsyn om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder.

Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska emellertid inte utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet omfattar bland annat kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av avtalet, kostnader i samband med inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet.

...”

Direktiv 2007/66

9 I skälen 3, 4 och 36 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, 2007, s. 31) anges följande:

”(3) Samråd med de berörda parterna och EG-domstolens rättspraxis har visat på ett antal brister i medlemsstaternas prövningsförfaranden. På grund av dessa brister är det inte alltid möjligt att med tillämpning av de förfaranden som inrättades genom direktiv [89/665] och [rådets] direktiv 92/13/EEG [av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, 1992, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127)] se till att gemenskapslagstiftningen följs, särskilt inte i ett skede när överträdelser ännu kan rättas till. ... 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.

(4) Av de brister som konstaterats kan särskilt framhållas avsaknaden av en tidsfrist som möjliggör en effektiv prövning mellan beslutet att tilldela ett kontrakt och ingåendet av avtalet i fråga. Detta medför ibland att de upphandlande myndigheterna och de upphandlande enheterna skyndar sig att underteckna kontraktet i avsikt att göra det ifrågasatta beslutets verkningar oåterkalleliga. För att åtgärda denna brist, som allvarligt hindrar ett effektivt rättsligt skydd för de berörda anbudsgivarna, dvs. de som ännu inte har uteslutits definitivt, är det nödvändigt att införa en minimiperiod, under vilken det aktuella avtalet inte får ingås, oavsett om avtalet ingås i och med att kontraktet undertecknas.

...

- (36) Detta direktiv respekterar de grundläggande rättigheterna och följer de principer som erkänns särskilt i [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.”

Portugisisk rätt

- 10 I artikel 25-A, med rubriken ”Undantagsbestämmelser beträffande ansökningar om överprövning till förvaltningsdomstol i förfaranden vari avtal ännu inte har slutits och där fara är i dröjsmål”, i Código dos Contratos Públicos (lagen om offentlig upphandling), i dess lydelse enligt Lei n.º 43/2024, que altera a Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que aprova medidas especiais de contratação pública, av den 2 december 2024 (lag nr 43/2024 om ändring av lag nr 30/2021 av den 21 maj 2021 om antagande av särskilda bestämmelser på området för offentlig upphandling) (*Diário da República*, serie 1, nr 233, av den 2 december 2024) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling), stadgas följande:

”1. Om en ansökan om överprövning, i en situation där fara är i dröjsmål, ges in till förvaltningsdomstol med yrkande om att ett tilldelningsbeslut i en offentlig upphandling som avser ett projekt som finansieras eller medfinansieras genom EU-medel ska upphävas eller ändras, så upphör detta beslut tills vidare att gälla, under förutsättning att ansökan ges in inom tio arbetsdagar från den dag då samtliga anbudsgivare underrättades om tilldelningsbeslutet.

2. När tio arbetsdagar från det att samtliga anbudsgivare underrättades om tilldelningsbeslutet har gått, får motparten begära att rätten, utan att sökanden först hörs, förordnar att förbudet mot att verkställa tilldelningsbeslutet tills vidare inte ska gälla, genom en framställning till vilken skriftlig bevisning i summarisk form fogas.

3. Förbudet mot att verkställa tilldelningsbeslutet ska tills vidare upphöra att gälla, om rätten vid en preliminär bedömning, som ska genomföras inom högst 48 timmar, finner att följande villkor är uppfyllda:

- a) fristen på tio arbetsdagar från det att samtliga anbudsgivare underrättades om tilldelningsbeslutet har löpt ut, och
- b) det finns risk att finansieringen av ett avtal som gäller genomförande av ett projekt som finansieras eller medfinansieras genom EU-medel går förlorad.

4. Vid prövningen enligt punkt 3 led b förutsätts att det finns en risk för att finansieringen går förlorad om det finns ett samband mellan föremålet för avtalet och genomförandet av projekt som finansieras eller medfinansieras genom EU-medel, varvid det är tillräckligt att den som begär att förbudet att verkställa tilldelningsbeslutet tills vidare inte ska gälla redovisar dokumentation som styrker [förekomsten av ett] beslut om finansiering av det projekt som avtalet gäller.

5. Om det beslutas att förbudet mot att verkställa tilldelningsbeslutet tills vidare inte ska gälla, ska sökanden omedelbart underrättas om detta förordnande, varvid denne inom fem dagar, genom en motiverad framställning, får begära att förbudet mot att verkställa tilldelningsbeslutet ska bestå fram till dess att målet avgörs, på grund av att de villkor som avses i punkt 3 inte är uppfyllda.

6. Om sökanden begär att förbudet att verkställa tilldelningsbeslutet ska bestå, ska motparten beredas tillfälle att inom sju dagar utveckla skälen för den begäran som framställts enligt punkt 2, så att den inbegriper en avvägning mellan de allmänna och enskilda intressen som berörs samt den skada som kan bli följden av att förbudet mot att verkställa tilldelningsbeslutet består.

7. Sökanden ska beredas tillfälle att inom sju dagar yttra sig över en sådan begäran om att förbudet tills vidare inte ska gälla som avses i föregående punkt. Rätten ska därefter, utan ytterligare skriftväxling och senast sju dagar efter det att de utredningsåtgärder som är oundgängligen nödvändiga har genomförts, avgöra den interimistiska delen av förfarandet i sak.

8. Förbudet mot att verkställa tilldelningsbeslutet ska, efter en vederbörlig avvägning mellan samtliga allmänna och enskilda intressen som berörs, upphöra att gälla om den skada som kan bli följden av att förbudet består är större än den skada som kan bli följden av att det upphör att gälla.

...”

Målen vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandena vid EU-domstolen

- 11 I-Sete ansökte vid Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Förvaltnings- och skattedomstolen i Porto, Portugal), som är den hänskjutande domstolen, om överprövning av två beslut fattade av EDIA den 23 december 2024, varigenom konkurrerande anbudsgivare tilldelades var sitt byggentreprenadkontrakt avseende uppförande av en flytande solcellsanläggning i anslutning till en pumpstation.
- 12 Enligt uppgift från EDIA kommer företaget att erhålla medel från Europarådets utvecklingsbank om sammanlagt 45 miljoner euro för genomförandet av dessa två projekt, under förutsättning att de slutförs senast den 31 december 2025. Om det förbud mot att verkställa tilldelningsbesluten, som i enlighet med artikel 25-A punkt 1 i lagen om offentlig upphandling automatiskt inträdde till följd av ansökningarna om överprövning i de nationella målen, inte upphör att gälla, kommer EDIA inte att kunna genomföra projekten inom den föreskrivna fristen och därmed riskera att förlora denna finansiering genom EU-medel.
- 13 Den hänskjutande domstolen har påpekat att det i artikel 2d i direktiv 89/665 uttryckligen föreskrivs att ett förfarande för överprövning av ett beslut fattat av en upphandlande myndighet ska inbegripa ett kontradiktoriskt interimistiskt förfarande som föregår den behöriga domstolens slutliga prövning av saken. Den hänskjutande domstolen vill emellertid få klarhet i huruvida denna bestämmelse, i den särskilda situation då den upphandlande myndigheten riskerar att gå miste om finansiering genom EU-medel, kan tolkas på det sättet att det förbud som automatiskt inträder till följd av att en sådan ansökan om överprövning ges in, med stöd av en nationell bestämmelse såsom den i artikel 25-A i lagen om offentlig upphandling, kan upphävas på mindre stränga villkor, det vill säga utan ett föregående kontradiktoriskt förfarande och utan prövning i sak, och detta enbart i syfte att säkerställa att de projekt som finansieras genom EU-medel genomförs inom de föreskrivna fristerna.
- 14 Mot denna bakgrund beslutade Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Förvaltnings- och skattedomstolen i Porto) att vilandeförklara målen och att ställa följande frågor, vilka har avfattats på samma sätt i målen C-266/25 och C-267/25, till EU-domstolen:
- ”1) Är det förenligt med artikel 2d i direktiv [89/665] att, såsom föreskrivs i artikel 25-A punkterna 2 och 3 [i lagen om offentlig upphandling], upphäva det interimistiska förbud mot att verkställa tilldelningsbeslutet som automatiskt inträder utan att först låta den andra parten yttra sig, för det fall denna artikel 2d ska tolkas på det sättet att en inhibition av ett sådant förbud under alla förhållanden förutsätter att den andra parten hörs och att en förhandsbedömning i sak genomförs med avseende på samtliga aspekter beträffande det beslut som ska fattas?
- 2) Ska artikel 2d i direktiv [89/665] tolkas på det sättet att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det ekonomiska intresse som finns i en situation där EU-medel kan komma att gå förlorade, till följd av en försening i genomförandet av ett projekt som finansieras genom sådana medel, utgör tvingande skäl av allmänintresse som motiverar att ett förbud som inträder på automatisk grund mot att verkställa ett tilldelningsbeslut upphävs? Utgör en ren ekonomisk förlust, med beaktande av de intressen som det förbud, vilket på automatisk grund inträder mot att verkställa ett tilldelningsbeslut, är avsett att skydda, en oproportionerlig följd som är förenlig med bestämmelserna i [denna] artikel 2d punkt 3 andra stycket?”
- 15 EU-domstolens ordförande beslutade den 22 maj 2025 att förena målen C-266/25 och C-267/25 med avseende på den skriftliga och den muntliga delen av förfarandet samt domen.

Prövning av tolkningsfrågorna

- 16 Enligt det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som införts genom artikel 267 FEUF ankommer det på denna att ge den nationella domstolen ett användbart svar, som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den ska pröva. För att kunna göra detta kan EU-domstolen behöva ta hänsyn till unionsbestämmelser som den nationella domstolen inte har hänvisat till i sin fråga. Det ankommer härvidlag på EU-domstolen att utifrån samtliga uppgifter som den nationella domstolen har lämnat, och i synnerhet utifrån skälen i beslutet om hänskjutande, avgöra vilka delar av unionsrätten som behöver tolkas med hänsyn till saken i målet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, punkt 8 och dom av den 26 september 2024, Luxone och Sofein, C-403/23 och C-404/23, EU:C:2024:805, punkt 47).
- 17 Den hänskjutande domstolen har i förevarande fall genom sina två frågor begärt att EU-domstolen ska tolka artikel 2d i direktiv 89/665. Denna artikel, som reglerar de situationer då ett avtal ska förklaras ogiltigt, avser dock avtalsrättsliga tvister, eftersom den förutsätter att ett offentligt kontrakt redan har ingåtts.
- 18 Såsom parterna vid den hänskjutande domstolen bekräftade under förhandlingen i EU-domstolen har några avtal emellertid inte slutits inom ramen för de tvister som de nationella målen gäller. I-Sete har nämligen ansökt om överprövning av de två tilldelningsbeslut som fattats i de upphandlingar som är i fråga i målen vid den nationella domstolen.
- 19 De nationella målen rör följaktligen upphandlingar som ännu inte lett till att några avtal har slutits, vilket innebär att dessa förfaranden inte faller under tillämpningsområdet för artikel 2d i direktiv 89/665, utan omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2 i samma direktiv.
- 20 Under dessa förhållanden ska den hänskjutande domstolen anses ha ställt sina frågor, vilka ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida artikel 2.3–2.5 i direktiv 89/665, jämförd med artikel 47 i stadgan, ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning som – med hänsyn till ett mål av allmänt samhällsintresse, nämligen skyndsamt handläggning av offentliga upphandlingsförfaranden i syfte att förhindra att finansiering genom EU-medel går förlorad – ålägger en nationell domstol att, på den upphandlande myndighetens begäran därom, förordna att det förbud mot att verkställa ett beslut om tilldelning av ett offentligt kontrakt, som automatiskt inträder om en ansökan om överprövning av denna myndighets tilldelningsbeslut i en offentlig upphandling ges in, tills vidare inte ska gälla, utan att först höra den leverantör vars anbud har förkastats och som lämnat in denna ansökan och utan att i sak kunna göra en avvägning mellan samtliga intressen som berörs.
- 21 Genom dessa frågor önskar den hänskjutande domstolen således få klarhet i vilka befogenheter den nationella domstol som förordnar om interimistiska åtgärder har inom ramen för handläggningen av en ansökan om överprövning av ett tilldelningsbeslut i en offentlig upphandling enligt nationella bestämmelser som uppvisar följande särdrag.
- 22 För det första innebär enligt artikel 25-A punkt 1 i lagen om offentlig upphandling det förhållandet att en ansökan om överprövning av ett tilldelningsbeslut i en offentlig upphandling ges in till en förvaltningsdomstol, i en situation där fara i dröjsmål, automatiskt att detta beslut inte får verkställas. Detta gäller under förutsättning att ansökan ges in inom tio arbetsdagar från det att samtliga anbudsgivare underrättades om tilldelningsbeslutet.
- 23 För det andra följer det av artikel 25-A punkterna 2–4 i denna lag att motparten, det vill säga den upphandlande myndigheten, kan få till stånd en inhibition av detta automatiska förbud, om denne lägger fram skriftlig bevisning i summarisk form som dels styrker att fristen på tio arbetsdagar från det att samtliga anbudsgivare underrättades om att tilldelningsbeslutet har löpt ut, dels styrker att det finns en risk för att finansiering genom EU-medel går förlorad. Denna risk förutsätts för övrigt vara för handen om den upphandlande myndigheten lägger fram dokumentation som visar att den aktuella upphandlingen avser ett projekt för vilket finansiering av det slaget lämnas.
- 24 För det tredje framgår det av artikel 25-A punkt 5 i nämnda lag att sökanden endast kan motsätta sig en begäran om att det förbud mot att verkställa tilldelningsbeslutet, som inträtt till följd av denna sökandes ansökan om överprövning, ska inhiberas, om sökanden, med angivande av skälen för sin inställning, visar att den ovannämnda tiodagarsfristen inte har löpt ut och/eller att det inte finns någon risk för att finansieringen genom EU-medel går förlorad.

- 25 För det fjärde gäller enligt artikel 25-A punkt 6 i samma lag att om sökanden begär att förbudet mot att verkställa tilldelningsbeslutet ska bestå, så ska motparten beredas tillfälle att utveckla skälen för sin begäran om att förbudet ska upphävas, varvid redogörelsen ska inbegripa en avvägning mellan de allmänna och enskilda intressen som berörs samt den skada som kan bli följden av att förbudet består.
- 26 För det femte ska den domare som handlägger den interimistiska delen av förfarandet, efter att ha gett sökanden tillfälle att yttra sig, upphäva detta interimistiska förbud om det vid en avvägning mellan samtliga allmänna och enskilda intressen som berörs framgår att den skada som kan bli följden av att förbudet består är större än den skada som kan bli följden av att det upphävs.
- 27 Som vägledning för den hänskjutande domstolens uppgift att bedöma huruvida en sådan bestämmelse är förenlig med direktiv 89/665, erinrar EU-domstolen om att artikel 1.1 och 1.3 i direktivet, som är avsedd att skydda de ekonomiska aktörerna mot godtycke på upphandlande myndighetens sida, syftar till att säkerställa att det i samtliga medlemsstater finns effektiva rättsmedel som möjliggör en så skyndsam prövning som möjligt, så att en effektiv tillämpning av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling garanteras, särskilt i ett skede då överträdelser fortfarande kan avhjälpas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 augusti 1995, kommissionen/Tyskland, C-433/93, EU:C:1995:263, punkt 23, dom av den 15 september 2016, Star Storage m.fl., C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 41, och dom av den 18 januari 2024, CROSS Zlín, C-303/22, EU:C:2024:60, punkt 60).
- 28 För att nå detta mål har medlemsstaterna genom artikel 2.1 a i nämnda direktiv ålagts att ge prövningsorganen behörighet att så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att avhjälpa påtalade överträdelser eller förhindra att de intressen som berörs åsamkas ytterligare skada.
- 29 Av artikel 2.3 första meningen och 2.4 i direktiv 89/665 framgår också att en ansökan om överprövning av ett tilldelningsbeslut i en offentlig upphandling med nödvändighet automatiskt måste få följden att detta beslut inte får verkställas. Den upphandlande myndigheten får följaktligen inte ingå avtal i upphandlingen förrän den domstol som handlägger ansökan om överprövning antingen beslutar om interimistiska åtgärder eller avgör målet i sak.
- 30 Rätten att ansöka om interimistiskt skydd är således av avgörande betydelse i samband med ett offentligt upphandlingsförfarande. I detta hänseende anges i femte skälet i detta direktiv att det förhållandet att offentliga upphandlingsförfaranden är kortvariga medför ett krav på att överträdelser av de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar dessa behandlas skyndsamt. Detta innebär att de organ som handlägger ansökningar om överprövning av offentliga upphandlingar bland annat måste vara behöriga att förordna om interimistiska åtgärder, i syfte att uppskjuta förfarandet hos den upphandlande myndigheten eller verkställigheten av dess beslut (dom av den 14 juli 2022, EPIC Financial Consulting, C-274/21 och C-275/21, EU:C:2022:565, punkt 90).
- 31 Med detta sagt får medlemsstaterna enligt artikel 2.5 i direktiv 89/665 ge det organ som handlägger ansökningar om överprövning rätt att beakta de konsekvenser som interimistiska förordnanden sannolikt för med sig med avseende på samtliga berörda intressen som härigenom kan åsamkas skada, inklusive allmänintresset, liksom att underlåta att förordna om sådana åtgärder om de negativa följderna därmed kan komma att överväga fördelarna.
- 32 Såsom framgår av skäl 36 i direktiv 2007/66 syftar såväl detta direktiv, genom vilket artiklarna 1 och 2 i direktiv 89/665 ändrades, som det sistnämnda direktivet till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan. Medlemsstaterna ska således – när de fastställer de förfaranderegler vid domstolsprövningen som är avsedda att skydda rättigheter som följer av direktiv 89/665 och som tillkommer anbudssökande och anbudsgivare som har förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter – säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 i stadgan (dom av den 15 september 2016, Star Storage m.fl., C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkterna 45 och 46).
- 33 Utövandet av rätten till ett effektivt rättsmedel, som garanteras i artikel 47 i stadgan, får enligt artikel 52.1 i densamma begränsas under förutsättning att begränsningen är föreskriven i lag, förenlig med det väsentliga innehållet i denna rättighet och proportionerlig. Detta innebär att begränsningen ska

vara nödvändig och faktiskt svara mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.

- 34 I förevarande fall skulle en inhibition av det förbud som avses i artikel 2.3 i direktiv 89/665 mot att verkställa tilldelningsbesluten och som automatiskt har inträtt till följd av ansökningarna om överprövning i upphandlingarna innebära en inskränkning i rätten till ett effektivt rättsmedel, eftersom en sådan inhibition inverkar på dessa ansökningars effektivitet av det skälet att den enskilde därigenom berövas det omedelbara interimistiska skydd som omnämns i punkt 30 ovan och som denne har kommit i åtnjutande av genom dessa ansökningar. Denna begränsning är föreskriven i lag, eftersom den följer av artikel 25.2, 25.3 och 25.4 i lagen om offentlig upphandling.
- 35 Såsom den portugisiska regeringen har framhållit i sitt skriftliga yttrande avser denna begränsning dessutom ett mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen. Syftet är nämligen att säkerställa en skyndsam handläggning av offentliga upphandlingsförfaranden (se, analogt, dom av den 18 januari 2024, CROSS Zlín, C-303/22, EU:C:2024:60, punkt 62) för att förhindra att finansiering genom EU-medel går förlorad.
- 36 Artikel 25-A i lagen om offentlig upphandling antogs följaktligen för att säkerställa effektiviteten i den administrativa verksamheten, så att projekt av strategisk betydelse för den nationella utvecklingen kan genomföras före den 31 december 2025 och därmed bibehålla den finansiering genom EU-medel som Republiken Portugal har tilldelats för detta ändamål. Det ankommer dock på den hänskjutande domstolen att kontrollera den saken.
- 37 Det ska därför först prövas om artikel 25.2, 25.3 och 25.4 i denna lag är förenlig med det väsentliga innehållet i rätten till ett effektivt rättsmedel, som garanteras i artikel 47 i stadgan, och därefter, om så är fallet, om den innebär en proportionerlig begränsning av denna rätt.
- 38 Såsom både EDIA och den portugisiska regeringen bekräftade under förhandlingen gör artikel 25.2, 25.3 och 25.4 i nämnda lag det möjligt för den upphandlande myndigheten att utnyttja ett inhiberat förbud mot att verkställa tilldelningsbeslutet i syfte att ingå ett offentligt kontrakt.
- 39 En sådan möjlighet är inte förenlig med artikel 2.3 i direktiv 89/665. Enligt denna bestämmelse är det inte tillåtet att den upphandlande myndigheten ingår avtal innan det organ som handlägger ansökan om överprövning antingen beslutar om interimistiska åtgärder eller avgör målet i sak.
- 40 Därtill kommer att ett förordnande om inhibition av det förbud som automatiskt inträder till följd av en ansökan om överprövning av ett tilldelningsbeslut enligt artikel 25.2, 25.3 och 25.4 i lagen om offentlig upphandling är underkastat objektiva villkor som, med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning, förefaller vara mycket lätta för den upphandlande myndigheten att uppfylla. Det räcker nämligen att det på grundval av skriftlig bevisning i summarisk form kan fastställas dels att fristen på tio arbetsdagar från det att samtliga anbudsgivare underrättades om tilldelningsbeslutet har löpt ut, dels att det finns en risk för att finansiering genom EU-medel går förlorad. Vad gäller risken för förlust av finansiering genom EU-medel ska det framhållas att denna förutsätts vara för handen om den upphandlande myndigheten lägger fram dokumentation som visar att den aktuella upphandlingen avser ett projekt för vilket finansiering av det slaget har beviljats.
- 41 Även om det i teorin synes vara möjligt för sökanden att genom en motiverad framställning begära att det förbud som automatiskt har inträtt mot att verkställa tilldelningsbeslutet ska bestå i avvaktan på att den nationella domstolen prövar begäran om att detta förbud tills vidare inte ska gälla, ankommer det emellertid, enligt artikel 25-A punkt 5 i denna lag, på sökanden att visa att de två objektiva villkor som avses i artikel 25-A punkt 3 inte är uppfyllda, vilket innebär att denne åläggs att bevisa något som inte kan bevisas (*probatio diabolica*).
- 42 Den nationella domstolen befinner sig dessutom synbarligen i en situation i vilken den har normbunden behörighet, eftersom det i artikel 25-A punkt 3 i samma lag anges att "[f]örbudet mot att verkställa tilldelningsbeslutet ... tills vidare [ska] upphöra att gälla om rätten vid en preliminär bedömning ... finner" att denna tiodagarsfrist har löpt ut och att finansiering genom EU-medel riskerar att gå förlorad. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 32, 38 och 42 i sitt förslag till avgörande, och med förbehåll för den kontroll som det härvidlag ankommer på den hänskjutande

domstolen att göra, har det organ som handlägger ansökningar om överprövning inte något skönsmässigt bedömningsutrymme vid prövningen av om det förbud som automatisk har inträtt mot att verkställa tilldelningsbeslutet vid det laget ska upphöra att gälla eller inte.

- 43 Följaktligen har genom artikel 25-A punkterna 2–4 i lagen om offentlig upphandling en bestämmelse införts som undergräver principen om att tilldelningsbeslut automatiskt inte får verkställas om de angräps genom en ansökan om överprövning, av det skälet att denna princip har ersatts av en bestämmelse som innebär raka motsatsen. Detta automatiska initiala förbud, som följer av direktiv 89/665, mot att verkställa tilldelningsbeslutet har nämligen ersatts med en ordning som innebär att förbudet automatiskt upphör att gälla.
- 44 En bestämmelse såsom den i artikel 25-A punkterna 2–4 i denna lag är således inte förenlig med de mål som unionslagstiftaren eftersträvar och som framgår av skälen 3 och 4 i direktiv 2007/66, det vill säga att komma till rätta med bristerna i medlemsstaternas befintliga prövningsförfaranden genom att bland annat inrätta ett effektivt förfarande för överprövning av tilldelningsbeslut i offentliga upphandlingar, som förhindrar de upphandlande myndigheterna att göra verkningarna av ett angripet tilldelningsbeslut oåterkalleliga genom att påskynda undertecknandet av kontraktet.
- 45 Eftersom den upphandlande myndigheten har möjlighet att ingå det avtal som upphandlingen gäller efter att ha utverkat en inhibition av det förbud mot att verkställa tilldelningsbeslutet, som automatiskt inträder till följd av att en ansökan om överprövning av detta beslut har getts in, är sökanden dessutom inte garanterad ett sådant kontradiktoriskt förfarande i saken som stadgas i artikel 25-A punkterna 6–8 i lagen om offentlig upphandling. Ett sådant kontradiktoriskt förfarande ska särskilt inriktas på avvägningen mellan de allmänna och enskilda intressen som berörs, inför prövningen av huruvida den skada som kan komma att bli följden av att det automatiska förbudet att verkställa tilldelningsbeslutet består visar sig vara större än den skada som kan följa av att det upphör att gälla.
- 46 Rätten till ett effektivt rättsmedel, som garanteras i artikel 2.3–2.5 i direktiv 89/665, jämförd med artikel 47 i stadgan, kräver att den domare som handlägger den interimistiska delen av förfarandet kan göra en sådan avvägning mellan de intressen som görs gällande. Till skillnad från vad som gäller beträffande den slutliga prövningen av saken, är syftet med den interimistiska delen av förfarandet inte att ta slutlig ställning till de yrkanden som framställts i huvudsaken, utan att interimistiskt skydda de intressen som berörs och att i förekommande fall göra en avvägning mellan dessa (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 december 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl.*, C-568/08, EU:C:2010:751, punkt 77).
- 47 Befogenheten att göra en avvägning mellan samtliga berörda intressen måste dessutom, med hänsyn till artikel 2.1 a i direktiv 89/665, anses tillkomma den domare som handlägger den interimistiska delen av förfarandet. Denna domare kan följaktligen inte vara bunden av nationell lagstiftning som i dennes ställe bestämmer över avvägningen mellan dessa intressen, på ett abstrakt och slutgiltigt sätt.
- 48 Denna tolkning vinner stöd i artikel 2.5 i direktiv 89/665, där det anges att det organ som handlägger mål om överprövning av offentliga upphandlingar får ta hänsyn till de konsekvenser som interimistiska förordnanden sannolikt får med avseende på samtliga de berörda intressen som härigenom kan åsamkas skada, inklusive allmänintresset, och underlåta att förordna om sådana åtgärder om de negativa följderna därmed kan komma att överväga fördelarna. Denna artikel 2.5 konkretiserar innehållet i artikel 47 i stadgan på området för offentlig upphandling och betonar det nödvändiga i att den domare som handlägger den interimistiska delen av förfarandet gör en konkret avvägning mellan samtliga intressen som berörs. Syftet med artikel 2.5 är härmed att bringa de intressen som den leverantör vars anbud har förkastats har i samklang med den upphandlande myndighetens respektive den vinnande leverantörens intressen.
- 49 När det gäller den nationella lagstiftning som målen vid den hänskjutande domstolen rör har den portugisiska regeringen i sitt skriftliga yttrande påpekat att det av motiven till lagförslag nr 20/XVI/1 – som antogs och offentliggjordes såsom lag nr 43/2024 – framgår att den portugisiska lagstiftarens syfte, när denna antog artikel 25-A i lagen om offentlig upphandling, var att ”minska risken för förlust av medel, som är avgörande för genomförandet av projekt [som finansieras genom återhämtnings- och resiliensplanen], vilka de upphandlande myndigheterna inte förfogar över”.

- 50 I detta sammanhang förefaller artikel 25-A punkterna 2–4 i lagen om offentlig upphandling således förutsätta, eller åtminstone antyda, att avvägningen mellan de allmänna och enskilda intressen som berörs systematiskt ska leda till utfall som gynnar den upphandlande myndigheten, så att Republiken Portugal kan bibehålla rätten till finansiering genom EU-medel, vilken är villkorad av att projekten har genomförts senast den 31 december 2025. Det ankommer dock på den hänskjutande domstolen att kontrollera detta.
- 51 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 66, 68 och 69 i sitt förslag till avgörande är det i förevarande fall av väsentlig betydelse att det organ som handlägger mål om överprövning av offentliga upphandlingar har möjlighet att göra en avvägning mellan de intressen som berörs. Detta innebär att risken för att finansiering genom EU-medel går förlorad inte utgör den enda grund som kan motivera att förbudet mot att verkställa tilldelningsbeslutet inhiberas. Denna risk kan inte ensamt utgöra ett tvingande skäl av allmänintresse som vid intresseavvägningen alltid måste leda till en slutsats som gynnar den upphandlande myndigheten. Ett sådant absolut skydd för allmänintresset medför en risk för att målen med direktiv 89/665 äventyras, eftersom detta skulle kunna leda till att offentliga kontrakt som avser projekt finansierade genom EU-medel tilldelas på olaglig grund, samtidigt som de likväl drar nytta av att det förbud, som automatiskt inträder till följd av att en ansökan om överprövning av tilldelningsbeslutet ges in, inhiberas, något som, med beaktande av att konsekvenserna av en sådan tilldelning i efterhand kan visa sig vara omöjliga att återställa, kan åsamka de intressen som berörs irreparabel skada.
- 52 Härav följer att artikel 25-A punkterna 2–4 i lagen om offentlig upphandling är oförenlig med det väsentliga innehållet i rätten till ett effektivt rättsmedel, som garanteras i artikel 47 i stadgan, eftersom den förhindrar den domare som handlägger den interimistiska delen av förfarandet att, efter ett kontradiktoriskt förfarande i saken, på ett ändamålsenligt sätt göra en avvägning mellan de intressen som berörs.
- 53 Mot bakgrund av de överväganden som i det föregående har gjorts ska frågorna besvaras enligt följande. Artikel 2.3–2.5 i direktiv 89/665, jämförd med artikel 47 i stadgan, ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning som – med hänsyn till ett mål av allmänt samhällsintresse, nämligen skyndsamt handläggning av offentliga upphandlingsförfaranden i syfte att förhindra att finansiering genom EU-medel går förlorad – ålägger en nationell domstol att, på den upphandlande myndighetens begäran därom, förordna att det förbud mot att verkställa ett beslut om tilldelning av ett offentligt kontrakt, som automatiskt inträder om en ansökan om överprövning av denna myndighets tilldelningsbeslut i en offentlig upphandling ges in, tills vidare inte ska gälla, utan att först höra den leverantör vars anbud har förkastats och som lämnat in denna ansökan och utan att i sak kunna göra en avvägning mellan samtliga intressen som berörs.

Rättegångskostnader

- 54 Eftersom förfarandena i förhållande till parterna i de nationella målen utgör ett led i beredningen av dessa 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 (andra avdelningen) följande:

Artikel 2.3–2.5 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/EU av den 26 februari 2014, jämförd med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna,

ska tolkas så,

att den utgör hinder för en nationell lagstiftning som – med hänsyn till ett mål av allmänt samhällsintresse, nämligen skyndsamt handläggning av offentliga upphandlingsförfaranden i

syfte att förhindra att finansiering genom EU-medel går förlorad – ålägger en nationell domstol att, på den upphandlande myndighetens begäran därom, förordna att det förbud mot att verkställa ett beslut om tilldelning av ett offentligt kontrakt, som automatiskt inträder om en ansökan om överprövning av denna myndighets tilldelningsbeslut i en offentlig upphandling ges in, tills vidare inte ska gälla, utan att först höra den leverantör vars anbud har förkastats och som lämnat in denna ansökan och utan att i sak kunna göra en avvägning mellan samtliga intressen som berörs.

Underskrifter

* Rättegångsspråk: portugisiska.