



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

7. august 2018*

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – klageprocedurer – direktiv 89/665/EF – erstatningssøgsmål – artikel 2, stk. 6 – national lovgivning, hvorefter realitetsbehandlingen af ethvert erstatningssøgsmål betinges af, at den ordregivende myndigheds beslutning, der ligger til grund for den hævdede skade, først endeligt erklæres for ulovlig – annulationssøgsmål – forudgående klage for et klagenævn – domstolsprøvelse af afgørelser, der er truffet af klagenævnet – national lovgivning, hvorefter anbringender, som ikke har været fremsat for klagenævnet, udelukkes – Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – artikel 47 – ret til en effektiv domstolsbeskyttelse – effektivitetsprincippet og ækvivalensprincippet«

I sag C-300/17,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Kúria (øverste domstol, Ungarn) ved afgørelse af 11. maj 2017, indgået til Domstolen den 24. maj 2017, i sagen

Hochtief AG

mod

Budapest Főváros Önkormányzata,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, L. Bay Larsen, og dommerne J. Malenovský, M. Safjan, D. Šváby og M. Vilaras (refererende dommer),

generaladvokat: M. Wathelet,

justitssekretær: fuldmægtig R. Șereș,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 30. april 2018,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Hochtief AG ved ügyvéd A. László og konzulenz I. Varga,
- den ungarske regering ved M.Z. Fehér og G. Koós, som befuldmægtigede,

* Processprog: ungarsk.

- den græske regering ved M. Tassopoulou, D. Tsagkaraki, E. Tsaousi og K. Georgiadis, som befuldmægtigede,
 - den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget,
 - den polske regering ved B. Majczyna, som befuldmægtiget,
 - Europa-Kommissionen ved P. Ondrůšek og A. Tokár, som befuldmægtigede,
- og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 7. juni 2018, afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 (EUT 2014, L 94, s. 1) (herefter »direktiv 89/665«).
- 2 Anmodningen er indgivet under en tvist mellem Hochtief AG og Budapest Főváros Önkormányzata (Budapest kommune, Ungarn, herefter »den ordregivende myndighed«) i forbindelse med en sag om erstatning *for et tab, som Hochtief havde lidt* som følge af en overtrædelse af reglerne vedrørende offentlige kontrakter.

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 I artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 89/665 fastsættes følgende:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 2014/24/EU [af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65)] eller direktiv [2014/23] de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2 til 2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med EU-retten vedrørende offentlige udbud eller de nationale regler til gennemførelse heraf.«
- 4 Artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.«
- 5 Direktivets artikel 2, stk. 1, 2 og 6, bestemmer:

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

[...]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

2. De i stk. 1 og artikel 2d og 2e omhandlede beføjelser kan tillægges særlige instanser, der har ansvaret for forskellige aspekter af klageproceduren.

[...]

6. Medlemsstaterne kan fastsætte, at den anfægtede beslutning, når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, først skal annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence dertil.«

Ungarsk ret

6 § 108, stk. 3, i közbiztosági törvény 2003. évi CXXIX. törvény (lov nr. CXXIX af 2003 om offentlige kontrakter, *Magyar Közlöny* 2003/157, herefter »lov om offentlige kontrakter«) har følgende ordlyd:

»Ansøgeren kan tilpasse sin ansøgning om deltagelse frem til det tidspunkt, hvor fristen for indgivelse af tilbud udløber.«

7 Denne lovs § 350 bestemmer:

»§ 350

Muligheden for at gøre et hvilket som helst civilretligt krav gældende på grundlag af en overtrædelse af retsfor skrifterne vedrørende offentlige kontrakter eller proceduren for indgåelse heraf er betinget af, at klagenævnet for offentlige udbud eller en domstol, som behandler et søgsmål til prøvelse af en afgørelse fra klagenævnet, endeligt fastslår, at der har fundet en overtrædelse af retsfor skrifterne sted.«

8 Lovens § 351 har følgende ordlyd:

»Såfremt en tilbudsgiver over for den ordregivende myndighed fremsætter krav om en erstatning, der alene er begrænset til de udgifter, som vedkommende har afholdt i forbindelse med udarbejdelsen af tilbuddet og deltagelsen i proceduren for indgåelsen af den offentlige kontrakt, er det for at kunne gøre et sådant erstatningskrav gældende tilstrækkeligt, at tilbudsgiver godtgør:

a) at den ordregivende myndighed har overtrådt en retsfor skrift vedrørende offentlige kontrakter eller proceduren for indgåelse heraf

b) at vedkommende havde en reel mulighed for at få tildelt kontrakten, og

c) at overtrædelsen har svækket vedkommendes muligheder for at få tildelt kontrakten.«

9 § 339/A i Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (lov nr. III af 1952 om indførelse af den civile retsplejelov) (herefter »lov om den civile retspleje«) bestemmer følgende:

»Medmindre andet bestemmes, efterprøver retten den administrative afgørelse på grundlag af den gældende lovgivning og de faktiske omstændigheder på det tidspunkt, hvor afgørelsen blev truffet.«

De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 10 Den 5. februar 2005 offentliggjorde den ordregivende myndighed et udbud om indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis værdi oversteg det i EU-retten fastsatte loft, efter en forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse. Der blev inden for den angivne frist modtaget fem tilbud, hvoraf det ene blev indgivet af konsortiet »HOLI« (herefter »konsortiet«), som ledes af Hochtief.
- 11 Den 19. juli 2005 underrettede den ordregivende myndighed konsortiet om, at dets tilbud var uantageligt på grund af en interessekonflikt, og at det derfor var blevet udelukket fra udbudsproceduren. Denne beslutning blev begrundet med, at konsortiet som projektleder havde udpeget en ekspert, som havde medvirket ved udarbejdelsen af det offentlige udbud på vegne af den ordregivende myndighed.
- 12 Ved afgørelse af 12. september 2005 gav Közbeszerzési Döntőbizottság (klagenævn for offentlige udbud, Ungarn) (herefter »klagenævnet«) afslag på konsortiets klage indgivet til prøvelse af denne beslutning. Dette nævn vurderede, at udpegelsen af eksperten i ansøgningen om deltagelse ikke kunne kvalificeres som en administrativ fejl, således som Hochtief havde gjort gældende. Hvis Hochtief blev givet tilladelse til at afhjælpe denne fejl, ville dette være ensbetydende med en tilpasning af ansøgningen om deltagelse, som er udelukket i henhold til § 108, stk. 3, i lov om offentlige kontrakter. Klagenævnet fastslog ligeledes, at den ordregivende myndighed ikke havde begået en fejl i forbindelse med proceduren ved at fortsætte behandlingen heraf med de to egnede ansøgere, idet det fulgte af denne lovs § 130, stk. 7, at såfremt der blandt ansøgerne fandtes et tilstrækkeligt antal deltagere, som havde indgivet en forskriftsmæssig ansøgning, gjaldt der er en pligt til at opfordre disse til at afgive tilbud.
- 13 Fővárosi Bíróság (retten i første instans i Budapest, Ungarn) frifandt ved dom af 28. april 2006 klagenævnet i det søgsmål, som konsortiet havde anlagt til prøvelse af afgørelsen af 12. september 2005.
- 14 I forbindelse med appellen af denne dom af 28. april 2006, der blev iværksat ved Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest, Ungarn), anmodede Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest) ved afgørelse af 13. februar 2008 Domstolen om en præjudiciel afgørelse, hvilket førte til dom af 15. oktober 2009, Hochtief og Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).
- 15 I løbet af 2008 fastslog Europa-Kommissionen i forbindelse med sin undersøgelse af den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure, at den ordregivende myndighed havde overtrådt reglerne vedrørende offentlige kontrakter, dels ved at anvende en procedure med forhandling, dels ved at have udelukket en ansøger i prækvalifikationsfasen uden at give ansøgeren mulighed for i overensstemmelse med dom af 3. marts 2005, Fabricom (C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127), at godtgøre, at den udpegede eksperts medvirken som projektleder ikke var konkurrencefordrejende.
- 16 Som følge af dom af 15. oktober 2009, Hochtief og Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), stadfæstede Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest) den 20. januar 2010 dommen af 28. april 2006. Appeldomstolen bemærkede bl.a., at den ikke havde taget stilling til, om den ordregivende myndighed havde handlet ulovligt, da den ordregivende myndighed konstaterede, at der forelå en interessekonflikt i forbindelse med konsortiets ansøgning, uden at give sidstnævnte konsortium mulighed for at forsvare sig, fordi det nævnte anbringende ikke var blevet gjort gældende i stævningen i første instans. Det var først i forbindelse med appelsagen, at Hochtief for første gang gjorde gældende, at konsortiets udelukkelse fra deltagelse udgjorde en uforholdsmæssig begrænsning af dets ret til at indgive en ansøgning eller et tilbud, som var i strid med artikel 220 EF, artikel 6 i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1993, L 199, s. 54) og Domstolens praksis.

- 17 Ved dom af 7. februar 2011 stadfæstede Legfelsőbb Bíróság (tidligere betegnelse for øverste domstol, Ungarn) dommen afsagt af Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest) den 20. januar 2010.
- 18 Den 11. august 2011 iværksatte Hochtief på grundlag af Kommissionens konstateringer en revisionsanke til prøvelse af den samme dom afsagt af Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest).
- 19 Den 6. juni 2013 forkastede Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (forvaltnings- og arbejdsretten i Budapest, Ungarn) revisionsanken ved kendelse, som blev stadfæstet ved kendelse afsagt af Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest, Ungarn), som traf afgørelse i sidste instans.
- 20 Hochtief, som fortsat påberåbte sig Kommissionens udtalelser, anlagde herefter et søgsmål med påstand om, at den ordregivende myndighed blev idømt betaling af en erstatning på 24 043 685 ungarske forint (HUF) (ca. 74 000 EUR) svarende til de udgifter, som selskabet havde afholdt i forbindelse med deltagelsen i proceduren for indgåelsen af den offentlige kontrakt.
- 21 Den ordregivende myndighed blev frifundet i første instans og ved appelinstansen, hvorefter Hochtief har iværksat en kassationsappel ved den forelæggende ret, idet selskabet navnlig har gjort gældende, at artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 og artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1992, L 76, s. 14) er blevet overtrådt.
- 22 Den forelæggende ret har i det væsentlige anført, at det fremgår af direktiv 89/665, at iværksættelsen af et erstatningssøgsmål kan gøres betinget af en forudgående annulation af den anfægtede beslutning ved et administrativt organ eller en domstol (dom af 26.11.2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 35), således at direktivets artikel 2 i princippet ikke er til hinder for en national bestemmelse som § 350 i lov om offentlige kontrakter. Anvendelsen af sidstnævnte bestemmelse, sammenholdt med andre bestemmelser i lov om offentlige kontrakter og lov om den civile retspleje, kan dog være til hinder for, at en ansøger i et udbud efter forhandling, der som Hochtief er blevet afskåret fra at deltage, kan anlægge et erstatningssøgsmål, fordi denne ikke kan gøre en afgørelse gældende, der endeligt fastslår, at reglerne vedrørende offentlige kontrakter er blevet overtrådt. Det kan under disse omstændigheder være berettiget enten at indføre en mulighed for at føre bevis for en sådan overtrædelse på anden vis eller at fravige den interne regel til fordel for effektivitetsprincippet eller at fortolke denne i lyset af EU-retten.
- 23 På denne baggrund har Kúria (øverste domstol, Ungarn) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) [Er] EU-retten til hinder for en processuel bestemmelse i en medlemsstat, hvorefter muligheden for at gøre et hvilket som helst civilretligt krav gældende på grundlag af en overtrædelse af en retsforskrift på området for indgåelse af offentlige kontrakter betinges af, at klagenævnet for offentlige udbud eller en domstol, som behandler et søgsmål til prøvelse af en afgørelse fra klagenævnet for offentlige udbud, endeligt fastslår, at der har fundet en overtrædelse af retsforskriften sted?
- 2) Kan en bestemmelse i en medlemsstat, hvorefter muligheden for at gøre et krav om skadeserstatning gældende betinges af, at klagenævnet for offentlige udbud eller en domstol, som behandler et søgsmål til prøvelse af en afgørelse fra klagenævnet for offentlige udbud, endeligt fastslår, at der har fundet en overtrædelse af retsforskriften sted, erstattes af en anden bestemmelse i henhold til EU-retten? Er det med andre ord muligt for den skadelidte at godtgøre overtrædelsen af bestemmelsen på anden vis?

- 3) Er det inden for rammerne af en sag, som er anlagt med henblik på at opnå skadeserstatning, i strid med EU-retten, og navnlig med principperne om effektivitet og ækvivalens, eller kan det have en virkning, som er i strid med denne ret eller disse principper, at en processuel bestemmelse i en medlemsstat alene tillader en retslig anfægtelse af en administrativ afgørelse på grundlag af de retlige argumenter, der er blevet fremført i sagen ved klagenævnet for offentlige udbud, selv i det tilfælde, hvor den skadelidte som begrundelse for den påberåbte overtrædelse af retsforskriften alene kan gøre gældende, at vedkommendes udelukkelse på grund af en interessekonflikt var ulovlig i henhold til Den Europæiske Unions Domstols faste praksis, og dette således medfører udelukkelse fra proceduren for indgåelse af den offentlige kontrakt af en anden årsag i overensstemmelse med reglerne for proceduren med forhandling, idet der i så fald har fundet en tilpasning af tilbuddet sted?»

Anmodningen om genåbning af retsforhandlingernes mundtlige del

- 24 Hochtief har ved skrivelser indleveret til Domstolens Justitskontor den 12. juli og den 27. juli 2017 fremsat begæring om genåbning af den mundtlige forhandling i henhold til artikel 83 i Domstolens procesreglement.
- 25 Hochtief har til støtte for sin begæring for det første påberåbt sig anmodningen om præjudiciel afgørelse indgivet af Székesfehérvári Törvényszék (retten i første instans i Székesfehérvár, Ungarn) ved afgørelse af 6. december 2017, indgået til Domstolen den 5. juni 2018 og registreret som sag C-362/18. Selskabet har nærmere bestemt gjort gældende, at besvarelsen af de spørgsmål, der er forelagt i den foreliggende sag, afhænger af besvarelsen af de spørgsmål, der er forelagt i sag C-362/18, og at der med henblik på at sikre en ensartet retspraksis bør gives parterne mulighed for at fremføre deres synspunkter vedrørende sidstnævnte sag.
- 26 Hochtief er dernæst af den opfattelse, at det er en forudsætning for, at Domstolen kan træffe afgørelse vedrørende denne anmodning om præjudiciel afgørelse, at der tages hensyn til en række forhold, som ikke har været drøftet af parterne. Selskabet ønsker navnlig at kunne fremsætte dets bemærkninger til en erklæring, der blev fremsat af den ungarske regerings repræsentant i retsmødet, om, at dom af 15. oktober 2009, Hochtief og Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), som blev afsagt under sagens behandling for de ungarske domstole, var genstand for en dom afsagt af de sidstnævnte. Det er Hochtiefs opfattelse, at det er af afgørende betydning for besvarelsen af de to første spørgsmål, der er forelagt i forbindelse med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, at fastlægge, hvilken bedømmelse disse domstole har foretaget af den nævnte dom.
- 27 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 83 til enhver tid, efter at have hørt generaladvokaten, ved kendelse kan bestemme, at retsforhandlingernes mundtlige del skal genåbnes, navnlig hvis den finder, at sagen er utilstrækkeligt oplyst, eller såfremt en part, efter at denne del af retsforhandlingerne er afsluttet, er fremkommet med nye oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er af afgørende betydning for Domstolens afgørelse, eller såfremt sagen bør afgøres på grundlag af et argument, som ikke har været drøftet af parterne eller de berørte, som er omfattet af artikel 23 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol.
- 28 I nærværende sag er Domstolen, efter at have hørt generaladvokaten, af den opfattelse, at den har alle de oplysninger til rådighed, som er nødvendige, for at den kan træffe afgørelse vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse, og at den ikke skal besvares på grundlag af et argument, som ikke er blevet drøftet for Domstolen.
- 29 For det første afhænger besvarelsen af de spørgsmål, der er blevet forelagt i denne sag, ikke – i modsætning til det af Hochtief anførte – af besvarelsen af de spørgsmål, der er blevet forelagt i sag C-362/18. Selv om tvisterne i hovedsagerne i nærværende sag og i sag C-362/18 indgår i en lignende sammenhæng, forholder det sig ikke desto mindre således, at de i sag C-362/18 forelagte

spørgsmål, der, som Hochtief selv har anført i sin begæring, hovedsageligt vedrører en medlemsstats ansvar for en tilsidesættelse af EU-retten, som kan tilregnes en domstol, der træffer afgørelse i sidste instans, adskiller sig fra de spørgsmål, som er blevet forelagt i den foreliggende sag, hvilke spørgsmål vedrører betingelserne for realitetsbehandling af et erstatningssøgsmål mod en ordregivende myndighed.

- 30 For det andet fremgår det ikke, at den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse skal undersøges i lyset af et forhold, som ikke har været drøftet af parterne. Navnlig blev dom af 15. oktober 2009, Hochtief og Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), som Hochtief har påberåbt sig til støtte for anmodningen om genåbning af retsforhandlingernes mundtlige del, nævnt af den forelæggende ret i forelæggelsesafgørelsen og af parterne i hovedsagen, ligesom de berørte, som er omfattet af artikel 23 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, fik mulighed for at fremsætte deres såvel skriftlige som mundtlige bemærkninger i denne henseende.
- 31 Henset til ovenstående betragtninger finder Domstolen, at det er ufornuddent at anordne en genåbning af retsforhandlingernes mundtlige del.

Det første og det andet spørgsmål

- 32 Med de to første spørgsmål, som skal undersøges samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national processuel bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter muligheden for at gøre et hvilket som helst civilretligt krav gældende på grundlag af en overtrædelse af retsforskrifterne vedrørende offentlige kontrakter eller proceduren for indgåelse heraf, er betinget af, at klagenævnet for offentlige udbud eller en domstol, som behandler et søgsmål til prøvelse af en afgørelse fra dette klagenævn, endeligt fastslår, at der har fundet en overtrædelse af retsforskrifterne sted.
- 33 Det skal for det første bemærkes, at det følger af artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665, at medlemsstaterne kan fastsætte, at den anfægtede beslutning, når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, først skal annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence dertil.
- 34 Det fremgår derfor af selve ordlyden af denne bestemmelse, at medlemsstaterne i princippet har mulighed for at vedtage en national processuel bestemmelse som § 350 i lov om offentlige kontrakter, hvorefter muligheden for at gøre et hvilket som helst civilretligt krav gældende på grundlag af en overtrædelse af retsforskrifterne vedrørende offentlige kontrakter er betinget af, at et klagenævn som det i hovedsagen omhandlede eller en domstol, som behandler et søgsmål til prøvelse af en afgørelse truffet af et sådant klagenævn, endeligt har fastslået, at der har fundet en overtrædelse af retsforskrifterne sted (jf. i denne retning dom af 26.11.2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 36).
- 35 For det andet bemærkes, at således som Domstolen gentagne gange har fastslået, fastsætter direktiv 89/665 kun de mindstekrav, som de klageprocedurer, der er indført i de nationale retsordener, skal opfylde, med henblik på at sikre iagttagelsen af EU-retten vedrørende offentlige kontrakter (jf. bl.a. dom af 15.9.2016, Star Storage m.fl., C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- 36 Artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 begrænser sig således til at fastsætte muligheden for medlemsstaterne for at gøre anlæggelsen af et erstatningssøgsmål betinget af, at den anfægtede afgørelse annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence dertil, uden at give nogen indikation af de eventuelle betingelser eller begrænsninger, som gennemførelsen og anvendelsen af denne bestemmelse i givet fald ville være underlagt.

- 37 Det følger heraf, således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 39 i forslaget til afgørelse, at det står medlemsstaterne frit for at fastsætte betingelserne for, hvornår de nationale regler til gennemførelse af artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 skal finde anvendelse i deres retsorden, og de begrænsninger, undtagelser eller fravigelser, som denne anvendelse i givet fald skal være underlagt.
- 38 Det er ganske vist korrekt, således som Domstolen gentagne gange har fastslået, at det tilkommer medlemsstaterne, når de fastsætter de proceduremæssige regler for klageadgangen, der skal sikre beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten tillægger de ansøgere og tilbudsgivere, der berøres af de ordregivende myndigheders beslutninger, at sikre, at hverken effektiviteten af direktiv 89/665 eller de rettigheder, som EU-retten tillægger borgerne, bringes i fare (jf. i denne retning dom af 15.9.2016, *Star Storage* m.fl., C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 43 og 44).
- 39 Domstolen har i denne henseende fastslået, at den mulighed, som medlemsstaterne er tillagt ved artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665, ikke er uden grænser og er betinget af, at det annullationssøgsmål, som går forud for ethvert erstatningssøgsmål, er effektivt (jf. i denne retning dom af 26.11.2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779 præmis 36-44). De skal bl.a. sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med chartrets artikel 47, stk. 1 og 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) (jf. i denne retning dom af 15.9.2016, *Star Storage* m.fl., C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 46).
- 40 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at den nationale processuelle bestemmelse, hvorefter muligheden for at gøre et hvilket som helst civilretligt krav gældende på grundlag af en overtrædelse af retsfor skrifterne vedrørende offentlige kontrakter og proceduren for indgåelse heraf er betinget af, at det på forhånd endeligt fastslås, at der har fundet en overtrædelse sted, ikke fratager den berørte tilbudsgiver adgangen til effektive retsmidler.
- 41 Følgelig skal den forelæggende rets to første spørgsmål besvares med, at artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national processuel bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter muligheden for at gøre et hvilket som helst civilretligt krav gældende på grundlag af en overtrædelse af retsfor skrifterne vedrørende offentlige kontrakter eller proceduren for indgåelse heraf, er betinget af, at et klagenævn eller en domstol, som behandler et søgsmål til prøvelse af afgørelsen fra dette klagenævn, endeligt har fastslået, at der har fundet en overtrædelse af retsfor skrifterne sted.

Det tredje spørgsmål

- 42 Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om EU-retten skal fortolkes således, at den i forbindelse med et erstatningssøgsmål er til hinder for en national processuel regel, der alene tillader en retslig anfægtelse af afgørelserne fra et klagenævn, der som første instans prøver beslutninger, der træffes af de ordregivende myndigheder i forbindelse med procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, for så vidt angår de anbringender, der er blevet fremsat for dette klagenævn.
- 43 Det skal med hensyn til hovedsagen først og fremmest bemærkes, at som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, skal de nationale retter, der skal efterprøve afgørelser, som er truffet af klagenævnet, der som første instans prøver beslutninger, der træffes af de ordregivende myndigheder i forbindelse med procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, i henhold til § 339/A i lov om den civile retspleje afvise nye anbringender, der ikke er blevet fremsat for klagenævnet.
- 44 Det er i medfør af denne bestemmelse, at Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest) forkastede den af sagsøgeren i hovedsagen iværksatte appel til prøvelse af dommen afsagt af Fővárosi Bíróság (retten i første instans i Budapest), som frifandt klagenævnet i søgsmålet anlagt til prøvelse af klagenævnets oprindelige afgørelse. Det er ligeledes i medfør af denne bestemmelse, at Legfelsőbb

Bírószág (tidligere betegnelse for øverste domstol) forkastede den af sagsøgeren i hovedsagen iværksatte kassationsappel til prøvelse af dommen afsagt af Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest).

- 45 En samtidig anvendelse af § 339/A i lov om den civile retspleje og § 350 i lov om offentlige kontrakter kunne imidlertid efter den forelæggende rets opfattelse også have en virkning, som er i strid med EU-retten.
- 46 Den forelæggende ret har i denne forbindelse under henvisning til præmis 39 i dom af 26. november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 39), fremhævet, at graden af retssikkerhedskravet vedrørende betingelserne for at kunne antage et søgsmål til realitetsbehandling ikke er ens for erstatningssøgsmål og søgsmål med henblik på, at en kontrakt fratages sine virkninger. Netop derfor er det, henset til de retssikkerhedskrav, som kontraktforhold skal være omfattet af, berettiget, at de retsmidler, som har til formål at ophæve virkningen af kontrakter indgået mellem ordregivende myndigheder og tilslagsmodtagere (primær domstolsbeskyttelse), udformes restriktivt. For så vidt som erstatningssøgsmål (sekundær domstolsbeskyttelse) principielt ingen indflydelse har på allerede indgåede aftalers gyldighed, ville det derimod ikke være berettiget at underkaste disse erstatningssøgsmål lige så strenge regler, som dem, der gælder for søgsmål om selve eksistensen eller opfyldelsen af sådanne aftaler.
- 47 I denne forbindelse skal det bemærkes, at Domstolen ganske vist i præmis 41-44 i dom af 26. november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), fastslog, at effektivitetsprincippet under visse omstændigheder er til hinder for en national processuel ordning, hvorefter realitetsbehandlingen af erstatningssøgsmål, der anlægges i forbindelse med procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter, betinges af, at den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt først erklæres for ulovlig.
- 48 Det skal imidlertid fremhæves, at Domstolen nåede frem til denne konklusion under ganske særlige omstændigheder, der var kendetegnet ved, at søgsmålet om en forudgående anerkendelse af, at proceduren for indgåelse af den pågældende kontrakt var ulovlig som følge af manglende forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, var underlagt en præklusionsfrist på seks måneder, der begyndte at løbe fra dagen efter tildelingen af den pågældende kontrakt, uanset om den skadelidte person kunne have kendskab til eksistensen af den ulovlighed, som denne tildelingsbeslutning var behæftet med. I en sådan situation risikerede en seks månedersfrist nemlig at gøre det umuligt for en skadelidt person at indhente de nødvendige oplysninger med henblik på et søgsmål, der anfægter lovligheden af den omhandlede udbudsprocedure, hvilket således kunne hindre iværksættelsen af dette søgsmål og derfor gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve retten til at iværksætte et erstatningssøgsmål.
- 49 Den situation, der er omhandlet i hovedsagen, adskiller sig imidlertid klart fra den situation, der forelå i den sag, der gav anledning til dom af 26. november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779).
- 50 Det bemærkes således, at til forskel fra den præklusionsregel, der forelå i den sag, der gav anledning til dom af 26. november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), skader den i § 339/A i lov om den civile retspleje fastsatte processuelle regel, således som generaladvokaten har anført i punkt 47-49 i forslaget til afgørelse, ikke substansen i den adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol, som er sikret ved chartrets artikel 47, stk. 1 og 2 (jf. analogt dom af 26.9.2013, Texdata Software, C-418/11, EU:C:2013:588, præmis 87).
- 51 Selv om det i øvrigt er korrekt, at denne nationale processuelle regel pålægger en nøje overensstemmelse mellem de anbringender, der fremsættes for klagenævnet, og dem, der fremsættes ved de domstole, der skal efterprøve afgørelser, der er truffet af dette nævn, og derfor udelukker enhver mulighed for en retsundergoven for at fremsætte et nyt anbringende under sagen, forholder det sig ikke desto mindre således, at det, således som generaladvokaten har anført i punkt 49 i forslaget til afgørelse, bidrager til at opretholde den effektive virkning af direktiv 89/665, hvorefter det, således som

Domstolen allerede har fastslået, skal sikres, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger (jf. i denne retning dom af 15.9.2016, *Star Storage m.fl.*, C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

- 52 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Domstolen har fastslået, at princippet om, at initiativet til en sag tilkommer parterne, hvilket indebærer, at domstolen har en forpligtelse til ikke at gå ud over sagens genstand og til at støtte sin afgørelse på de faktiske omstændigheder, der er fremført for den, og kun handle af egen drift i undtagelsestilfælde, hvor almene hensyn kræver det, indebærer en beskyttelse af retten til kontradiktion, og det sikrer en hensigtsmæssig sagsbehandling, navnlig således, at forsinkelser som følge af en stillingtagen til nye anbringender undgås (dom af 14.12.1995, *van Schijndel og van Veen*, C-430/93 og C-431/93, EU:C:1995:441, præmis 20 og 21, og af 7.6.2007, *van der Weerd m.fl.*, C-222/05 – C-225/05, EU:C:2007:318, præmis 34 og 35).
- 53 I den foreliggende sag var det, som det fremgår af de sagsakter, der er forelagt for Domstolen, ikke umuligt for Hochtief at iværksætte en klage med påstand om annullation af den ordregivende myndigheds beslutning om at udelukke sagsøgeren fra proceduren hverken for klagenævnet eller derefter ved de domstole, der skal efterprøve den afgørelse, der er truffet af dette nævn.
- 54 Det kan heller ikke antages, at det var umuligt for Hochtief rettidigt at fremsætte et anbringende, som i det væsentlige vedrører, at selskabet ikke fik mulighed for at bevise, at den medvirken hos den ekspert, som selskabet havde udpeget som projektleder, og som var indtrådt på vegne af den ordregivende myndighed, ikke i den foreliggende sag var konkurrencefordrejende i overensstemmelse med den lære, der kan udledes af præmis 33-36 i dom af 3. marts 2005, *Fabricom* (C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127).
- 55 Den fortolkning, som Domstolen foretager af en EU-retlig regel under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 267 TEUF, belyser og præciserer i overensstemmelse med Domstolens faste praksis i nødvendigt omfang betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden (jf. bl.a. dom af 27.3.1980, *Denkavit italiana*, 61/79, EU:C:1980:100, præmis 16, og af 13.1.2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17, præmis 21).
- 56 Det følger heraf, at en tilbudsgiver som Hochtief i en situation som den i hovedsagen omhandlede var i stand til at fremføre klagepunktet om, at selskabet ikke fik mulighed for at godtgøre, at den omstændighed, at selskabet havde udpeget en ekspert, som havde deltaget i udarbejdelsen af udbuddet på vegne af den ordregivende myndighed, som projektleder, ikke var konkurrencefordrejende, selv når der ikke foreligger nogen relevant praksis fra Domstolen i denne henseende.
- 57 I øvrigt forholder det sig således, at selv om det er korrekt, at dom af 3. marts 2005, *Fabricom* (C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127), først forelå på ungarsk, efter at Hochtief havde indbragt sagen for klagenævnet, hvilket også gjaldt for søgsmålet til prøvelse af klagenævnets afgørelse ved den nationale ret i første instans, gør denne omstændighed det imidlertid ikke i sig selv muligt at konkludere, at det var absolut umuligt for sagsøgeren i hovedsagen at fremføre et sådant klagepunkt.
- 58 Det følger af det ovenstående, at EU-retten, og navnlig artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665, sammenholdt med chartrets artikel 47, skal fortolkes således, at den i forbindelse med et erstatningssøgsmål ikke er til hinder for en national processuel bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, der alene tillader en retslig anfægtelse af afgørelserne fra et klagenævn, der som første instans prøver beslutninger, der træffes af de ordregivende myndigheder i forbindelse med procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, for så vidt angår de anbringender, der er blevet fremsat for dette nævn.

Sagsomkostninger

- 59 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 2, stk. 6, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EF af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter, skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national processuel bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter muligheden for at gøre et hvilket som helst civilretligt krav gældende på grundlag af en overtrædelse af retsforskrifterne vedrørende offentlige kontrakter eller proceduren for indgåelse heraf er betinget af, at et klagenævn for offentlige udbud eller en domstol, som behandler et søgsmål til prøvelse af en afgørelse fra dette klagenævn, endeligt fastslår, at der har fundet en overtrædelse af retsforskrifterne sted.
- 2) EU-retten, og navnlig artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 2014/23, sammenholdt med artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at den i forbindelse med et erstatningssøgsmål ikke er til hinder for en national processuel bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, der alene tillader en retslig anfægtelse af afgørelserne fra et klagenævn, der som første instans prøver beslutninger, der træffes af de ordregivende myndigheder i forbindelse med procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, for så vidt angår de anbringender, der er blevet fremsat for dette nævn.

Underskrifter