



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
A.M. COLLINS
fremsat den 7. december 2023¹

Sag C-547/22

INGSTEEL spol. s. r. o.
mod
Úrad pre verejné obstarávanie

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Okresný súd Bratislava II (kredsdomstol, Bratislava II, Slovakiet))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige udbud – klageprocedurer – direktiv 89/665/EØF – medlemsstaters erstatningsansvar uden for kontrakt – erstatningssøgsmål på grundlag af overtrædelse af EU-retten anlagt af en tilbudsgivende virksomhed, der ikke er valgt – beregning – tabt fortjeneste – tab af muligheder«

I. Indledning

1. Er medlemsstater i medfør af EU-retten forpligtede til at yde erstatning for tab af muligheder til en tilbudsgiver, som ulovligt er blevet udelukket fra en udbudsprocedure, når proceduren er afsluttet, og der er indgået en kontrakt med den valgte tilbudsgiver? En besvarelse af spørgsmålet forudsætter Domstolens vurdering af, om erstatningskrav som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra c), 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 anlægskontrakter² reguleres af medlemsstaternes nationale ret. Hvis det er tilfældet, må Domstolen vurdere retsvirkningen af, at national ret skal overholde effektivitetsprincippet.

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – EFT 1989, L 395, s. 33, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 (EUT 2007, L 335, s. 31) og ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26.2.2014 (EUT 2014, L 94, s. 1).

II. Retsforskrifter

A. EU-ret

2. Følgende fremgår af præamblen til direktiv 89/665:

»[D]et forhold, at der i visse medlemsstater ikke findes effektive klagemuligheder, eller at de eksisterende muligheder er utilstrækkelige, afholder virksomheder i Fællesskabet fra i sådanne stater at henvende sig til vedkommende ordregivende myndigheder; de pågældende medlemsstater bør derfor råde bod på denne situation;

[...]

[D]et er vigtigt at sikre, at der i samtlige medlemsstater indføres passende procedurer, som gør det muligt at annullere ulovlige beslutninger og yde erstatning til personer, der har lidt skade på grund af en overtrædelse.«

3. Artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 89/665 foreskriver:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger [...].«

4. Artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 fastsætter:

»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 offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.«

5. Artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 foreskriver:

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

[...]

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.«

B. Slovakisk ret

6. Det fremgår af § 3, stk. 1, litra a), i Zákon č. 514/2003 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci (lov nr. 514/2003 om ansvar for skade under udøvelsen af offentligretlige beføjelser; herefter »lov nr. 514/2003«), at staten er ansvarlig for skader, som offentlige myndigheder har forvoldt ved at træffe ulovlige afgørelser.

7. Ifølge § 5, stk. 1, i lov nr. 514/2003 har en part i sagen, der har lidt skade, henset til en ulovlig afgørelse, der er truffet i den pågældende sag, ret til erstatning for skaden.

8. Det fremgår af § 17, stk. 1, i lov nr. 514/2003, at faktisk skade og tabt fortjeneste skal erstattes, medmindre andet er fastsat i særlige bestemmelser.

9. Det følger af § 442, stk. 1, i Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (lov nr. 40/1964 – den civile lovbog; herefter »den civile lovbog«), at den faktiske skade og den tabte fortjeneste tages i betragtning ved udbedring af skaden.

10. Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní (lov nr. 25/2006 om offentlige udbud) synes ikke at indeholde bestemmelser, der specifikt vedrører erstatningssøgsmål på grundlag af indgåelse af offentlige kontrakter.

III. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

11. I 2013 offentliggjorde det slovakiske fodboldforbund et udbud vedrørende ombygning, modernisering og opførelse af fodboldstadions. Virksomheden INGSTEEL spol s.r.o. (herefter »Ingsteel«), der er aktiv i byggesektoren, deltog i udbudsproceduren. Det slovakiske fodboldforbund udelukkede Ingsteel fra udbuddet med den begrundelse, at virksomheden ikke opfyldte de finansielle og økonomiske betingelser for deltagelse. Ingsteel anlagde sag til prøvelse af afgørelsens lovlighed, hvorunder Najvyšší súd Slovenskej republiky (Den Slovakiske Republiks øverste domstol) har anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse.

12. I dom af 13. juli 2017, Ingsteel og Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), vurderede Domstolen, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter³ skal fortolkes således, at en tilbudsgiver, når en udbudsbekendtgørelse kræver, at der fremlægges en erklæring fra en bank, hvorefter denne forpligter sig til at yde et lån til tilbudsgiveren, men de banker, som tilbudsgiveren har opsøgt, ikke ønsker at udstede en sådan erklæring til tilbudsgiveren, kan gives tilladelse til at bevise sin økonomiske og finansielle formåen gennem andre passende foranstaltninger. På grundlag af Domstolens dom annullerede Najvyšší súd Slovenskej republiky (Den Slovakiske Republiks øverste domstol) afgørelsen, hvorved Ingsteel blev udelukket, idet retten fandt den ulovlig. Sagen blev herefter hjemvist til Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheden for regulering af offentlige kontrakter, Slovakiet) med henblik på at vedtage passende foranstaltninger.

13. Da udbudsproceduren allerede var afsluttet, og den ordregivende myndighed havde indgået en rammeaftale med den valgte tilbudsgiver, anlagde Ingsteel sag mod Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheden for regulering af offentlige kontrakter) med påstand om bl.a. erstatning for tab af muligheden for at vinde udbuddet. Ingsteel gjorde gældende, at tab af muligheder og tabt fortjeneste er forskellige typer krav. I slovakisk ret er der tilsyneladende en lavere målestok for sandsynligheden for opnåelsen af en formuemæssig succes for så vidt angår tab af en mulighed end for tabt fortjeneste.

14. Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheden for regulering af offentlige kontrakter) er af den opfattelse, at Ingsteels erstatningskrav er hypotetisk. Der er ingen sikkerhed for, at Ingsteel ville være blevet den valgte tilbudsgiver, eller at den ordregivende myndighed ville have indgået en kontrakt med denne tilbudsgiver, hvis den var blevet valgt.

³ – EUT 2004, L 134, s. 114.

15. Okresný súd Bratislava II (kredsdomstol, Bratislava II, Slovakiet) er i tvivl om, hvorvidt denne er forpligtet i medfør af direktiv 89/665 til at tilkende en tilbudsgiver erstatning for tab af muligheder, når en ret har annulleret afgørelsen om at udelukke denne fra en procedure, der førte til indgåelse af en offentlig kontrakt, hvor den ordregivende myndighed indgik en kontrakt med en anden tilbudsgiver. Den forelæggende ret har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål med henblik på præjudiciel afgørelse:

- »1) Er den praksis, hvorefter en national ret behandler en tvist, hvis genstand er et krav om erstatning for en skade, der er forvoldt en tilbudsgiver, som ulovligt er blevet udelukket fra en udbudsprocedure, og hvor der er nægtet erstatning for tab af muligheder (loss of opportunity), forenelig med artikel [...] 2, stk. 1, litra c), [i direktiv 89/665,] sammenholdt med artikel 2, stk. 6 og 7, [heri]?
- 2) Er den praksis, hvorefter en national ret behandler en tvist, hvis genstand er et krav om erstatning for en skade, der er forvoldt en tilbudsgiver, som ulovligt er blevet udelukket fra en udbudsprocedure, og hvor et krav om erstatning for tabt fortjeneste som følge af, at tilbudsgiveren ikke har fået mulighed for at deltage i et offentligt udbud, ikke indgår i erstatningskravet, forenelig med artikel 2, [...] stk. 1, litra c), [i direktiv 89/665,] sammenholdt med artikel 2, stk. 6 og 7, [heri]?«

16. Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheden for regulering af offentlige kontrakter), den tjekkiske, den franske og den slovakiske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. I retsmødet den 20. september 2023 har den tjekkiske og den østrigske regering samt Kommissionen afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Domstolen.

IV. Bedømmelse

A. Om formaliteten

17. Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheden for regulering af offentlige kontrakter) har anført to begrundelser for, at Domstolen bør afvise den præjudicielle forelæggelse. For det første har Ingsteel ikke ret til at rejse et erstatningskrav, idet virksomheden deltog i udbudsproceduren sammen med Metrostav a.s., der ikke er part i sagen for den forelæggende ret. For det andet kan Ingsteel, der oprindeligt alene fremsatte erstatningskrav for tabt fortjeneste og ikke for tab af muligheder, ikke på dette stadie i sagen fremsætte sidstnævnte krav for den forelæggende ret.

18. Den slovakiske regering har tillige givet udtryk for tvivl om formaliteten, idet den forelæggende ret øjensynligt anmoder Domstolen om svar på, hvorvidt der er grundlag for Ingsteels erstatningskrav. Både Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheden for regulering af offentlige kontrakter) og den slovakiske regering har gjort gældende, at alene den forelæggende ret kan træffe afgørelse om sagens realitet for så vidt angår Ingsteels erstatningskrav.

19. Ifølge fast retspraksis tilkommer det inden for rammerne af det samarbejde, der i henhold til artikel 267 TEUF er indført mellem Domstolen og de nationale retter, udelukkende den nationale ret, for hvilken tvisten er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, både om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at retten kan afsige dom, og relevansen af de spørgsmål, retten forelægger Domstolen. Når de forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen

derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse i sagen⁴. Domstolen kan alene afvise at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål forelagt af en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, såfremt problemet er af hypotetisk karakter, eller såfremt Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en hensigtsmæssig besvarelse af de forelagte spørgsmål⁵.

20. Den forelæggende rets spørgsmål vedrører en fortolkning af artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665. I lyset af sagens faktiske omstændigheder synes de problemstillinger, som forelæggelsesafgørelsen omhandler vedrørende muligheden for at anlægge erstatningssøgsmål som følge af tab af muligheder for at indgå en offentlig kontrakt, ikke at være hypotetiske. Det påhviler den forelæggende ret at vurdere, om Ingsteel i henhold til national ret har søgsmålskompetence med hensyn til erstatning for tab af muligheder, og at fastlægge eventuelle retsvirkninger af dette søgsmål. Jeg foreslår derfor, at Domstolen forkaster formalitetsindsigelseerne med hensyn til de spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt.

B. Realiteten

1. Parternes indlæg

21. Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheden for regulering af offentlige kontrakter) samt den østrigske, den tjekkiske, den franske og den slovakiske regering har anført, at kriterierne for vurderingen af erstatningskrav, der beror på overtrædelse af EU-retten under udbudsprocedurer med henblik på tildeling af en offentlig kontrakt, skal udledes af den enkelte medlemsstats interne retsorden. Parterne har tillige givet udtryk for den opfattelse, at de nationale bestemmelser skal overholde ækvivalens- og effektivitetsprincippet. Da direktiv 89/665 alene fastsætter en minimumsharmonisering, indeholder det ingen vejledning med hensyn til de faktorer, som de nationale retter bør inddrage, når de træffer denne afgørelse. Det følger heraf, at medlemsstaterne ikke er forpligtede i medfør af direktiv 89/665 til at sikre erstatning for tab af muligheden for at udføre en offentlig kontrakt.

22. Den tjekkiske regering har anført, at begrebet erstatning som omhandlet i direktiv 89/665 ikke er et selvstændigt EU-retligt begreb. Den franske regering deler denne opfattelse. Sidstnævnte har anført, at denne tilgang er i overensstemmelse med praksis vedrørende medlemsstaters erstatningsansvar uden for kontrakt ved overtrædelse af EU-retten, hvor den enkelte medlemsstats nationale ret danner rammen for vurderingen af erstatningens omfang og relevante tab på grundlag af en sådan overtrædelse.

23. Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheden for regulering af offentlige kontrakter) deler Ingsteels opfattelse, hvorefter tabt fortjeneste og tab af muligheder er individuelle begreber, hvor sidstnævnte vedrører tab af muligheden for at udføre en offentlig kontrakt⁶. Myndigheden har anført, at en uretmæssigt udelukket tilbudsgiver, der kan godtgøre, at denne havde en faktisk og tilstrækkeligt realistisk mulighed for at indgå en offentlig kontrakt, kan opnå erstatning i medfør af slovakisk ret for tab af denne mulighed. Den tjekkiske og den slovakiske regering er derimod af

⁴ – Jf. dom af 13.1.2022, Regione Puglia (C-110/20, EU:C:2022:5, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

⁵ – Ibidem, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis.

⁶ – Jf. i denne retning dom af 21.5.2008, Belfass mod Rådet (T-495/04, EU:T:2008:160, præmis 124), af 20.9.2011, Evropaiki Dynamiki mod EIB (T-461/08, EU:T:2011:494, præmis 210), og af 28.2.2018, Vakakis kai Synergates mod Kommissionen (T-292/15, EU:T:2018:103, præmis 187).

den opfattelse, at tab af muligheder er at anse for en form for tabt fortjeneste. Den væsentligste forskel mellem disse to begreber beror på beviskravet vedrørende godtgørelsen af et tab og dets størrelse.

24. Den østrigske, den tjekkiske og den slovakiske regering har gjort gældende, at praksis vedrørende Unionens erstatningsansvar uden for kontrakt på området for offentlige udbud, selv om den kan give en vis vejledning, ikke kan overføres til anvendelsen af direktiv 89/665. Selv om Unionens retsinstanser i visse sager har tilkendt tilbudsgivere, som EU-institutioner uretmæssigt har udelukket fra udbudsprocedurer, erstatning for tab af muligheder, har Unionens retsinstanser i de fleste tilfælde afvist sådanne erstatningskrav med den begrundelse, at det er en forudsætning for at opnå erstatning, at tab af muligheder er faktiske og ikke hypotetiske.

25. Kommissionen har anført, at artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, selv om denne bestemmelse medfører en forpligtelse for medlemsstaterne til at sikre erstatning til personer, der har lidt tab som følge af en overtrædelse af EU-retlige regler for offentlige udbud, ikke fastsætter konkrete betingelser for opfyldelse af forpligtelsen. Da direktiv 89/665 fastsætter en minimumsharmonisering, kan medlemsstaterne frit vælge at sikre en højere grad af beskyttelse til personer, der har lidt tab som følge af en overtrædelse af reglerne om offentlige udbud. I medfør af princippet om medlemsstaternes procesautonomi tilkommer det hver enkelt medlemsstat i dennes interne retsorden at fastsætte de processuelle regler for søgsmål til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne, for så vidt som ækvivalens- og effektivitetsprincippet overholdes. Da direktiv 89/665 har til formål at sikre effektive klageprocedurer med henblik på efterlevelse af de principper, der ligger til grund for reglerne om offentlige udbud, og i sidste ende at sikre det indre marked, er effektivitetsprincippet af afgørende betydning for besvarelsen af denne forelæggelse.

26. Det er Kommissionens opfattelse, at det i sagen for den forelæggende ret ikke længere er muligt rette op på den ulovlige handling, der fandt sted under udbudsproceduren, idet den ordregivende myndighed har indgået en rammeaftale med en anden tilbudsgiver. Under sådanne omstændigheder er tilkendelse af erstatning det eneste effektive retsmiddel til rådighed for en tilbudsgiver, der har lidt tab som følge af den ulovlige handling. Nationale retsfor skrifter, hvorved det ikke er muligt på grundlag af den ulovlige handling at opnå erstatning for tab af muligheden for at udføre en kontrakt, fratager Ingsteel adgangen til et effektiv retsmiddel, hvilket er i strid med direktiv 89/665.

2. Bedømmelse

27. Parterne i sagen for Domstolen er enige om, at der alene er behov for ét svar på den forelæggende rets spørgsmål. Da det forekommer hensigtsmæssigt, foreslår jeg, at Domstolen omformulerer den forelæggende rets spørgsmål således, at der anmodes om svar på, hvorvidt det strider mod artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, hvis en national ret fastlægger en praksis, hvorefter en tilbudsgiver, som ulovligt er blevet udelukket fra en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt omfattet af direktivet, ikke har mulighed for at gøre erstatningskrav gældende som følge af tab af muligheden for at udføre denne kontrakt. Selv om den forelæggende ret har anmodet Domstolen om at anvende artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, sammenholdt med dette direktivs artikel 2, stk. 6 og 7, fremgår det ikke af forelæggelsesafgørelsen, hvilken betydning, om nogen, de sidstnævnte bestemmelser har for besvarelsen af de forelagte spørgsmål. Det kan heller ikke udledes af forelæggelsesafgørelsen, om Den Slovakiske Republik har udnyttet muligheden i medfør af artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 for at fastsætte, at en ret skal annullere

en påstået ulovlig afgørelse, før der kan kræves skadeserstatning⁷. Artikel 2, stk. 7, i direktiv 89/665, der foreskriver, at virkningerne af udøvelsen af de i artikel 2, stk. 1, omhandlede beføjelser på den kontrakt, som er indgået efter tildeling af en kontrakt, fastlægges efter national ret, synes ikke at være relevant⁸. Ingen af de parter, der har indgivet skriftlige eller mundtlige indlæg for Domstolen, har henvist til eller argumenteret på grundlag af artikel 2, stk. 6 eller 7, i direktiv 89/665. Jeg er således af den opfattelse, at der ikke ved omformuleringen af spørgsmålet går noget tabt for så vidt angår disse bestemmelser.

28. I overensstemmelse med Domstolens faste praksis følger det imidlertid af kravet om en ensartet anvendelse af EU-retten, at for så vidt som en bestemmelse heri ikke henviser til medlemsstaternes ret med hensyn til et bestemt begreb, skal begrebet undergives en selvstændig og ensartet fortolkning. Denne fortolkning skal foretages under hensyntagen til den omhandlede bestemmelses ordlyd og kontekst samt det formål, der forfølges med den pågældende lovgivning⁹.

29. Det skal anføres, at denne tilgang ikke finder anvendelse i alle tilfælde. Flere medlemsstater har i denne sammenhæng anført, at begrebet erstatning som omhandlet i direktiv 89/665 ikke er et selvstændigt EU-retligt begreb. Jeg deler af følgende grunde denne opfattelse.

30. Det fremgår klart af artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, at medlemsstaterne sikrer klageprocedurer, der omfatter en beføjelse til at tilkende skadeserstatning til personer, der har lidt tab som følge af en overtrædelse. Bestemmelsen indeholder ikke en beskrivelse af begrebet tab, og den indeholder ingen retningslinjer for vurderingen heraf¹⁰. Den foreskriver ikke betingelserne for at finde en ordregivende myndighed erstatningsansvarlig og præciserer ikke fastsættelsen af erstatningens størrelse¹¹.

31. Artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 skal læses i sammenhæng med direktivets præambel, hvoraf det kan udledes, at medlemsstaterne skal afhjælpe mangler og utilstrækkeligheder for så vidt angår de relevante klagemuligheder i deres retsordener. Medlemsstaterne træffer i henhold til direktivets artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger. I henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 sikrer medlemsstaterne, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte. Bestemmelserne afspejler, at direktiv 89/665 fastsætter en minimumsharmonisering, hvorved det påhviler medlemsstaterne at vedtage formen og karakteren af de klagemuligheder, der skal forefindes i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter¹². De parter, der har indgivet indlæg, er enige om, at retspraksis

⁷ – Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Najvyšší súd Slovenskej republiky (Den Slovakiske Republikks øverste domstol) annullerede afgørelsen, hvorved Ingsteel blev udelukket fra udbudsproceduren vedrørende tildeling af den offentlige kontrakt.

⁸ – Bortset fra de situationer, der er forudsat i artikel 2d, 2e og 2f, i direktiv 89/665, der ikke er relevante i den foreliggende sag: dom af 11.9.2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, præmis 52). Jf. tillige generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse Ingsteel og Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:226, punkt 69).

⁹ – Dom af 25.10.2018, Anodiki Services EPE (C-260/17, EU:C:2018:864, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁰ – Generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Combinatie Spijker Infrabouw mod De Jonge Konstruktie m.fl. (C-568/08, EU:C:2010:515, punkt 106).

¹¹ – Jf. i denne retning dom af 9.12.2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. (C-568/08, EU:C:2010:751, præmis 86).

¹² – Jf. i denne retning dom af 21.10.2010, Symvoulio Apochetefseon Lefkosias (C-570/08, EU:C:2010:621, præmis 37), og af 26.3.2020, Hungeod m.fl. (C-496/18 og C-497/18, EU:C:2020:240, præmis 73), samt generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Marina del Mediterráneo m.fl. (C-391/15, EU:C:2016:651, punkt 38).

understøtter denne konklusion¹³. Medlemsstaterne er således i medfør af direktiv 89/665 forpligtede til at sikre klageprocedurer, der skal være effektive, men fastlægger ikke den nærmere karakter af disse procedurer¹⁴.

32. For så vidt angår formålet med direktiv 89/665 kan det udledes af artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, sammenholdt med dette direktivs præambel, at direktivet skal sikre effektive klageprocedurer i forbindelse med beslutninger om offentlige udbud. Personer, der påvirkes af overtrædelser af nationale bestemmelser, hvormed EU's direktiver om offentlige indkøb er implementeret, skal have adgang til effektive retsmidler i medfør af national ret, hvorved procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter kan få effektiv virkning i hele Unionen.

33. Som følge heraf skal skadeserstatning, der tilkendes i overensstemmelse med direktiv 89/665, ikke anses for et selvstændigt og ensartet begreb i EU-retten, men snarere defineres på grundlag af medlemsstaternes ret. I direktiv 89/665 fastsættes det resultat, der skal opnås, men ikke indholdet af bestemmelserne, der skal vedtages med henblik herpå, hvorfor de uundgåeligt vil være forskellige i de enkelte medlemsstater. Det skal i den sammenhæng anføres, at EU-lovgiver undlod at ændre artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665¹⁵. Endvidere har retspraksis ikke tilsigtet at fastlægge konkrete kriterier for en definition af begrebet skadeserstatning og beregningen heraf i forbindelse med overtrædelse af reglerne for indgåelse af offentlige kontrakter.

34. I fravær af EU-retlige bestemmelser på området tilkommer det den enkelte medlemsstat i dennes retssystem at fastsætte de kriterier, hvorefter erstatning for tilsidesættelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser skal vurderes¹⁶. Som flere af parterne i den foreliggende sag med rette har anført, henhører disse forhold under medlemsstaternes procesautonomi¹⁷. Det fremgår af fast retspraksis, at processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne, ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Unionens retsorden (effektivitetsprincippet)¹⁸.

35. Yderligere to forhold understøtter konklusionen om, at tilkendelsen af erstatningskrav i medfør af artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 hører under medlemsstaternes procesautonomi. For det første er denne autonomi et konkret udtryk for nærhedsprincippet i artikel 5 TEU, hvorefter Den Europæiske Union kun handler inden for rammerne af de beføjelser, som medlemsstaterne har tildelt den i traktaterne, med henblik på at opfylde de mål, der er fastsat heri. Princippet anerkendes indirekte i artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, der foreskriver, at medlemsstaterne tilvejebringer den nødvendige adgang til domstolsprøvelse for at sikre en effektiv retsbeskyttelse på de områder, der er omfattet af EU-retten. For det andet er der en betydelig variation for så vidt angår retstraditioner, procedurer og retsmidler i de enkelte medlemsstater. På nuværende stadie af EU-rettens udvikling er det vanskeligt at forestille sig et

¹³ – Jf. i denne retning dom af 30.9.2010, Strabag m.fl. (C-314/09, EU:C:2010:567, præmis 33), og af 7.8.2018, Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:635, præmis 35).

¹⁴ – Dom af 18.6.2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, præmis 58). Jf. tillige analogt dom af 11.7.1985, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (105/84, EU:C:1985:331, præmis 26), hvori Domstolen fandt, at et begreb indeholdt i et direktiv, der tilsigter delvis harmonisering, ikke udgør et selvstændigt begreb i EU-retten, idet direktivet ikke tilsigter at indføre en ensartet beskyttelse på grundlag af fælles kriterier.

¹⁵ – Jf. direktiv 2007/66 og direktiv 2014/23.

¹⁶ – Dom af 9.12.2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. (C-568/08, EU:C:2010:751, præmis 90).

¹⁷ – Dom af 30.9.2010, Strabag m.fl. (C-314/09, EU:C:2010:567, præmis 34).

¹⁸ – Dom af 9.12.2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. (C-568/08, EU:C:2010:751, præmis 91 og den deri nævnte retspraksis), og af 26.11.2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 37).

homogent system af retsmidler, der fungerer lige effektivt i samtlige medlemsstater på området for offentlige udbud¹⁹. Det undrer mig derfor ikke, at EU-lovgiver, som anført i punkt 33 i dette forslag til afgørelse, til dato ikke har forsøgt at udforme et sådant system.

36. Kommissionen har i skriftlige og mundtlige indlæg henvist til EFTA-Domstolens dom i sagen Fosen-Linjen I²⁰ og i sagen Fosen-Linjen II²¹, hvori karakteren af erstatningskrav efter direktiv 89/665 blev bedømt i relation til krav på grundlag af tabt fortjeneste. EFTA-Domstolen fastslog, at de påkrævede klageprocedurer i medfør af direktiv 89/665, selv om de bør være så ensartede som muligt for alle virksomheder i det indre marked, ikke skal være homogene eller identiske, idet direktiv 89/665 fastsætter en minimumsharmonisering²². EFTA-Domstolen konstaterede, at tilkendelse af skadeserstatning har tre formål: i) at kompensere for lidte tab, ii) at genskabe tillid til de relevante retsfor skrifter s effektivitet og iii) at afholde ordregivende myndigheder fra at handle ulovligt og dermed sikre overholdelse af reglerne²³. Da direktiv 89/665 ikke fastsætter kriterier for tilkendelse af skadeserstatning, skal kriterierne for fastsættelse af erstatning som følge af overtrædelse af reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter principielt fastsættes i hver enkelt EØS-stats retsorden²⁴. EØS-staternes retsordener skal således omfatte bestemmelser vedrørende årsagsforbindelse og bevisbyrde²⁵. Disse nationale regler skal altid overholde ækvivalens- og effektivitetsprincippet²⁶. Selv om det er mest hensigtsmæssigt, at der sættes ind over for overtrædelser af reglerne om offentlige udbud inden indgåelsen af en offentlig kontrakt, er skadeserstatning i visse tilfælde det eneste mulige retsmiddel over for sådanne overtrædelser²⁷. På dette grundlag vurderede EFTA-Domstolen, at direktiv 89/665, selv om det ikke fastsætter specifikke tab, forpligter EØS-stater til at sikre personer, der har lidt tab som følge af en overtrædelse af reglerne om offentlige udbud under en udbudsprocedure, erstatning for tabt fortjeneste²⁸. Afgørelserne afspejler, at effektivitetsprincippet kan være til hinder for, at en medlemsstats retsorden undtager visse erstatningskrav in limine.

37. Da Domstolen har fastslået, at artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 konkretiserer princippet om, at staten er ansvarlig for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af EU-retten, der må tilregnes staten, hvilket er knæsat i Den Europæiske Unions retsorden²⁹, er

¹⁹ – Den omstændighed kan til dels forklare, hvorfor reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18.7.2018 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget, om ændring af forordning (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 og afgørelse nr. 541/2014/EU og om ophævelse af forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 (EUT 2018, L 193, s. 1, herefter »finansforordningen«) ikke svarer til bestemmelserne i direktiv 89/665. Jf. i denne retning dom af 23.5.2014, European Dynamics Luxembourg mod ECB (T-553/11, EU:T:2014:275, præmis 110), hvor Retten fastslog, at den ordning, der var fastsat ved direktiv 89/665, ikke fandt analog anvendelse for EU-institutioners indgåelse af offentlige kontrakter.

²⁰ – EFTA-Domstolens dom af 31.10.2017, Fosen-Linjen mod AtB (E-16/16, EFTA Court Report 2017, præmis 90; herefter »dommen i sagen Fosen-Linjen I«).

²¹ – EFTA-Domstolens dom af 1.8.2019, Fosen-Linjen mod AtB (E-7/18, EFTA Court Report 2019; herefter »dommen i sagen Fosen-Linjen II«).

²² – Jf. i denne retning EFTA-Domstolens dom af 31.10.2017, Fosen-Linjen mod AtB (E-16/16, EFTA Court Report 2017, præmis 67), og af 1.8.2019, Fosen-Linjen mod AtB (E-7/18, EFTA Court Report 2019, præmis 109).

²³ – EFTA-Domstolens dom af 31.10.2017, Fosen-Linjen mod AtB (E-16/16, EFTA Court Report 2017, præmis 76).

²⁴ – Ibidem (præmis 69 og 70).

²⁵ – Jf. i denne retning ibidem (præmis 89 og 108).

²⁶ – EFTA-Domstolens dom af 31.10.2017, Fosen-Linjen mod AtB (E-16/16, EFTA Court Report 2017, præmis 70), og af 1.8.2019, Fosen-Linjen mod AtB (E-7/18, EFTA Court Report 2019, præmis 114).

²⁷ – EFTA-Domstolens dom af 31.10.2017, Fosen-Linjen mod AtB (E-16/16, EFTA Court Report 2017, præmis 73).

²⁸ – EFTA-Domstolens dom af 31.10.2017, Fosen-Linjen mod AtB (E-16/16, EFTA Court Report 2017, præmis 90), og af 1.8.2019, Fosen-Linjen mod AtB (E-7/18, EFTA Court Report 2019, præmis 115 og 116).

²⁹ – Dom af 9.12.2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. (C-568/08, EU:C:2010:751, præmis 87).

der tillige, som den franske regering har antydnet i dennes skriftlige indlæg, behov for at undersøge Domstolens praksis vedrørende generelle betingelser for medlemsstaters erstatningsansvar uden for kontrakt som følge af overtrædelse af EU-retten.

38. Det er efter den skelsættende dom i Francovich-sagen anerkendt, at private, der har oplevet tab som følge af en medlemsstats eller en af dennes institutioners tilsidesættelse af EU-retten, har krav på erstatning, når følgende tre betingelser er opfyldt: i) Det mål, der tilsigtes med den tilsidesatte EU-retlige retsforordning, indebærer, at disse private tillægges rettigheder, ii) tilsidesættelsen af retsforordningen er tilstrækkeligt væsentlig, og iii) der er årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen og det anførte tab³⁰. I denne dom fastslog Domstolen tillige, at medlemsstaternes erstatningsansvar, selv om privates ret til erstatning følger direkte af EU-retten, fastsættes på grundlag af nationale erstatningsregler, hvorefter ethvert tab, der er forårsaget af tilsidesættelsen, skal erstattes³¹. Det tilkommer de enkelte medlemsstater i deres retsorden at fastsætte de materielle og processuelle betingelser for erstatning for tab, hvormed EU-rettens fulde virkning altid skal sikres³².

39. I dommen i sagen Brasserie du pêcheur forholdt Domstolen sig igen til de kriterier, hvorefter erstatning fastsættes³³. Domstolen fastslog, at der ikke er fastsat særlige kriterier i EU-retten for de erstatningskrav, som de forelæggende retter har identificeret³⁴, hvorfor kriterierne skal fastsættes i national ret under iagttagelse af ækvivalens- og effektivitetsprincippet³⁵. Domstolen tilføjede, at det ikke i overensstemmelse med EU-retten kan accepteres, at tabt fortjeneste fuldstændig undtages fra de tab, der kan kræves erstattet, da en sådan undtagelse vil være i strid med

³⁰ – Dom af 19.11.1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 40; herefter »Francovich-dommen«), og af 5.3.1996, Brasserie du pêcheur og Factortame (C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79, præmis 51; herefter »dommen i sagen Brasserie du pêcheur«).

³¹ – Dom af 19.11.1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 42). Jf. tillige dom af 5.3.1996, Brasserie du pêcheur og Factortame (C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79, præmis 67), af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 58), og af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 123).

³² – Dom af 19.11.1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 43). Jf. tillige i denne retning dom af 17.4.2007, AGM-COS.MET (C-470/03, EU:C:2007:213, præmis 89), og generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse GAT (C-315/01, EU:C:2002:573, punkt 64).

³³ – Dom af 5.3.1996, Brasserie du pêcheur og Factortame (C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79, præmis 81).

³⁴ – Den nationale ret har i denne sammenhæng udtrykkeligt henvist til udgifter, tabt fortjeneste, mistede indtægter og tab som følge af salg til priser under markedsværdien (ibidem, præmis 14).

³⁵ – Ibidem, præmis 83, 84 og 88.

Der synes at være enighed i akademisk litteratur om, at det materielle indhold af retsmidlerne ved medlemsstaternes erstatningsansvar uden for kontrakt som følge af overtrædelse af EU-retten skal fastlægges i de enkelte medlemsstaters retsordener, under forudsætning af efterlevelse af ækvivalens- og effektivitetsprincippet, selv om retten til erstatning følger af EU-retten. Det er tillige anført, at Domstolen, idet den ikke har søgt at foretage en definition af begrebet erstatning, har overladt denne vurdering til national ret. Jf. W. Van Gerven, »Of rights, remedies and procedures«, *Common Market Law Review*, bind 37, nr. 3, 2000, s. 511 og 512. Jf. tillige H. Christ, »Compensation for damage: The non-contractual liability of Member States and EU institutions for breaches of EU law«, i V. Colcelli og R. Arnold (red.), *Europeanization Through Private Law Instruments*, Universitätsverlag Regensburg, 2016, s. 213, A. Biondi og M. Farley, *The Right to Damages in European Law*, Kluwer Law International, 2009, s. 76-83, og K. Gutman, »Liability for breach of EU law by the Union, Member States and individuals: Damages, enforcement and effective judicial protection«, i A. Lazowski og S. Blockmans (red.), »Research Handbook on EU Institutional Law«, Edward Elgar Law, 2016, s. 460.

Adskillige forfattere, der har behandlet emnet erstatning på området for udbud af offentlige kontrakter, er tillige, ud fra princippet om national procesautonomi, af den opfattelse, at begrebet erstatning bør defineres i medlemsstaternes ret under iagttagelse af ækvivalens- og effektivitetsprincippet. Jf. S. Treumer, »Basis and conditions for a damages claim for breach of the EU public procurement rules«, i D. Fairgrieve og F. Lichère, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart, 2011, s. 150. Jf. tillige R. Caranta, »Damages for breaches of EU public procurement law: Issues of causation and recoverable losses«, i D. Fairgrieve og F. Lichère, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart, 2011, s. 167-184, og H. Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, s. 52-60.

princippet om den effektive virkning³⁶. I en anden sag vedrørende medlemsstaternes erstatningsansvar uden for kontrakt som følge af overtrædelse af EU-retten anførte advokatgeneral Léger, at erstatningsberettigende skade ikke alene kan bestå af mistet fortjeneste, men endog manglende muligheder, såfremt det kan konstateres, at der er fornøden årsagssammenhæng mellem sidstnævnte og den påståede overtrædelse³⁷. Inden for ansættelsesretten har Domstolen fastslået, at muligheden for at eliminere konsekvenserne af en sådan tilsidesættelse af EU-retten gennem ret til erstatning for tab af muligheder kan opfylde effektivitetsprincippet³⁸. Disse betragtninger afspejler, at medlemsstaternes procesautonomi ikke er ubegrænset, idet Domstolen kan fastsætte specifikke forpligtelser for at sikre, at private, der lider tab som følge af en overtrædelse af EU-retten, opnår en mindstegrad af beskyttelse.

40. Den østrigske, den tjekkiske og den slovakiske regering har anført, at det ikke umiddelbart kan lægges til grund, at praksis fra Unionens retsinstanter om tab af muligheder som følge af tilsidesættelse af retsfor skrifter i forbindelse med EU-institutionernes indgåelse af offentlige kontrakter er anvendelig under omstændigheder som i den foreliggende sag. Jeg er enig i denne betragtning. Af en eller anden grund er reglerne for kontrol af EU-institutionernes og ordregivende myndigheders indgåelse af offentlige kontrakter ikke ens³⁹. Retten har ganske vist fastslået, at en tilbudsgiver, som ulovligt af en EU-institution er blevet udelukket fra en udbudsprocedure, kan søge erstatning for tab af muligheder⁴⁰, men den praksis vedrører Unionens erstatningsansvar uden for kontrakt og ikke dens medlemsstaters⁴¹. Det bør erindres, at Unionens retsinstanter spiller samme rolle under disse omstændigheder som retterne i medlemsstaterne, når de anvender deres nationale procedureregler. Det er i denne konkrete sammenhæng, der er brug for EU-retten med henblik på afklaring af alle forhold vedrørende reguleringen af EU-institutioners indgåelse af offentlige kontrakter, herunder, efter omstændighederne, erstatningsansvar uden for kontrakt. Retspraksis vedrørende EU-institutionernes erstatningsansvar som følge af overtrædelse af reglerne for indgåelse af offentlige kontrakter synes at afspejle, at tabt fortjeneste og tab af muligheder er individuelle begreber. Ved tabt fortjeneste tilsigtes erstatning for tabet af selve kontrakten, mens tab af

³⁶ – Dom af 5.3.1996, *Brasserie du pêcheur og Factortame* (C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79, præmis 87). Jf. tillige dom af 17.4.2007, *AGM-COS.MET* (C-470/03, EU:C:2007:213, præmis 89). Domstolen nåede samme konklusion for så vidt angår borgeres ansvar uden for kontrakt i tilfælde af overtrædelse af EU-retten (dom af 13.7.2006, *Manfredi m.fl.*, C-295/04 – C-298/04, EU:C:2006:461, præmis 95 og 96).

Visse forfattere er af den opfattelse, at Domstolens praksis vedrørende medlemsstaternes erstatningsansvar uden for kontrakt afspejler den hårfine balance (og spænding) mellem enhed og mangfoldighed gennem interaktionen mellem national procesautonomi og ækvivalens- og effektivitetsprincippet. Jf. K. Gutman, »Liability for breach of EU law by the Union, Member States and individuals: Damages, enforcement and effective judicial protection«, i A. Lazowski og S. Blockmans (red.), *Research handbook on EU institutional law*, Edward Elgar Law, 2016, s. 465.

³⁷ – Generaladvokat Légers forslag til afgørelse *Hedley Lomas* (C-5/94, EU:C:1995:193, punkt 183).

³⁸ – Dom af 7.3.2018, *Santoro* (C-494/16, EU:C:2018:166, præmis 50).

³⁹ – Jf. i denne retning dom af 21.5.2008, *Belfass mod Rådet* (T-495/04, EU:T:2008:160, præmis 43), af 3.3.2011, *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen* (T-589/08, EU:T:2011:73, præmis 22 og 23), og af 12.7.2012, *Evropaiki Dynamiki mod Frontex* (T-476/07, EU:T:2012:366, præmis 39-41).

⁴⁰ – Jf. f.eks. dom af 20.9.2011, *Evropaiki Dynamiki mod EIB* (T-461/08, EU:T:2011:494, præmis 66), af 28.2.2018, *Vakakis kai Synergates mod Kommissionen* (T-292/15, EU:T:2018:103, præmis 186-193), af 14.12.2018, *East West Consulting mod Kommissionen* (T-298/16, EU:T:2018:967, præmis 176), og af 12.2.2019, *Vakakis kai Synergates mod Kommissionen* (T-292/15, EU:T:2019:84, præmis 53).

⁴¹ – Finansforordningen regulerer EU-institutionernes indgåelse af offentlige kontrakter. Den finder ikke anvendelse på medlemsstaternes ordregivende myndigheders indgåelse af offentlige kontrakter, der i det væsentlige er reguleret af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

muligheder vedrører erstatning for at have fortabt muligheden for at udføre denne kontrakt⁴². Begrebet tab af muligheder synes tillige at være anerkendt i erstatningssøgsmål vedrørende EU's personalevedtægter og Unionens erstatningsansvar uden for kontrakt⁴³.

41. Det kan på grundlag af såvel ordlyden af artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 og det formål, der forfølges med direktivet, sammenholdt med de generelle principper, der finder anvendelse for medlemsstaternes erstatningsansvar uden for kontrakt som følge af overtrædelse af EU-retten, konkluderes, at medlemsstaternes nationale retsorden skal fastlægge de erstatningskrav, som en tilbudsgiver, der ulovligt er blevet udelukket fra en udbudsprocedure vedrørende en offentlig kontrakt, kan gøre gældende, under forudsætning af, at disse nationale regler overholder ækvivalens- og effektivitetsprincippet.

42. Intet i materialet, der er fremlagt for Domstolen, tyder på, at ækvivalensprincippet er tilsidesat i den foreliggende sag. Herefter må det afklares, om en fortolkning af national lovgivning, hvorefter der ikke er mulighed for erstatning for tab af muligheder, er i overensstemmelse med effektivitetsprincippet, som det er defineret i punkt 34 i dette forslag til afgørelse. I denne henseende må hverken effektiviteten af direktiv 89/665 eller de rettigheder, som EU-retten tillægger borgerne, bringes i fare⁴⁴. Domstolen har fastslået, at nationale retsfor skrifter, hvorefter tilkendelse af erstatning er betinget af, at de skadelidte godtgør, at de retsstridige handlinger er udført uagtsomt eller ved forsætlig forsømmelse fra de ordregivende myndigheders side, strider mod direktiv 89/665, idet sådanne regler udgør en hindring for den fulde virkning af Den Europæiske Unions politik på området for offentlige udbud⁴⁵.

43. Når en tilbudsgiver har opnået rettens ord for, at denne ulovligt er blevet udelukket fra en udbudsprocedure vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt, og den ordregivende myndighed har indgået kontrakten med en anden tilbudsgiver, synes det at stride mod effektivitetsprincippet, hvis den udelukkede tilbudsgiver ikke kan opnå erstatning for tab af muligheder for at indgå denne kontrakt. Det vil ikke være i overensstemmelse med formålet med direktiv 89/665, hvorefter medlemsstaterne skal sikre effektive klagemuligheder i tilfælde af, at ordregivende myndigheder træffer afgørelser i strid med EU-retten, idet en person, der således har lidt tab, i så fald fratages det supplerende retsmiddel, der følger af artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665, dvs. erstatning. Betingelserne for at opnå erstatning og herunder vurderingen af bevisbyrde og beviskrav, årsagssammenhæng og beregningen af erstatningskravet skal fremgå af medlemsstaternes nationale ret⁴⁶.

44. Det følger af § 442, stk. 1, i den civile lovbog, at den faktiske skade og den tabte fortjeneste tages i betragtning ved udbedring af skaden. Forelæggelsesafgørelsen tyder på, at erstatning for tab af muligheden for at udføre en offentlig kontrakt ikke er anerkendt i national retspraksis. Den slovakiske regering har under høringen anført, at tab af muligheder er omfattet af begrebet tabt

⁴² – Dom af 28.2.2018, *Vakakis kai Synergates mod Kommissionen* (T-292/15, EU:T:2018:103, præmis 188).

⁴³ – For så vidt angår personaleretlige sager jf. dom af 21.2.2008, *Kommissionen mod Girardot* (C-348/06 P, EU:C:2008:107, præmis 55), og af 27.10.1994, *C mod Kommissionen* (T-47/93, EU:T:1994:262, præmis 54 og 55). Jf. tillige generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse *Giordano mod Kommissionen* (C-611/12 P, EU:C:2014:195), hvori det anføres, at begrebet tab af muligheder i erstatningsretten er knyttet til udbredelsen af »risikoteori«, hvormed det er muligt at beregne sandsynlighedsgraden for fremtidige hændelser. For så vidt angår Unionens generelle erstatningsansvar uden for kontrakt i tilfælde af overtrædelse af EU-retten jf. dom af 8.5.2007, *Citymo mod Kommissionen* (T-271/04, EU:T:2007:128, præmis 180-182).

⁴⁴ – Jf. i denne retning dom af 7.8.2018, *Hochtief* (C-300/17, EU:C:2018:635, præmis 38).

⁴⁵ – Dom af 10.1.2008, *Kommissionen mod Portugal* (C-70/06, EU:C:2008:3, præmis 42).

⁴⁶ – Ifølge Schebesta kan teorien om tab af muligheder udgøre en løsning af det tilbagevendende problem, at den ikke valgte tilbudsgivers tab er hypotetiske. H. Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, s. 205.

fortjeneste i medfør af medlemsstatens ret, hvorefter der kan tilkendes erstatning, såfremt den skadelidte person kan godtgøre, at der var stor sandsynlighed for, at den pågældende ville have opnået den offentlige kontrakt.

45. Da alene den forelæggende ret kan fortolke og anvende medlemsstatens nationale lovgivning, påhviler det retten at foretage den relevante fortolkning af reglerne vedrørende erstatningskrav på en sådan måde, at effektivitetsprincippet efterleves. Ved anvendelsen af de nationale retsfor skrifter skal den nationale ret i videst mulige omfang fortolke denne i overensstemmelse med EU-retten. Denne fortolkning er genstand for overholdelse af de anerkendte begrænsninger, navnlig at der ikke må foretages en fortolkning af national ret, der er *contra legem*. Når det ikke er muligt for en national ret at foretage en sådan fortolkning, skal retten til fulde anvende EU-retten med henblik på at beskytte borgernes rettigheder i medfør heraf og om nødvendigt undlade at anvende enhver bestemmelse, der er i strid med EU-retten, hvis den relevante EU-retlige bestemmelse har direkte virkning⁴⁷. Domstolen har i denne forbindelse allerede fastslået, at forpligtelsen til at foretage en overensstemmende fortolkning pålægger de nationale retter i givet fald at ændre en fast retspraksis, såfremt denne er baseret på en fortolkning af national ret, som er uforenelig med EU-retten⁴⁸.

V. Forslag til afgørelse

46. Jeg foreslår Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Okresný súd Bratislava II (kredsdomstol, Bratislava II, Slovakiet), således:

»Artikel 2, stk. 1, litra c), 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, skal fortolkes således, at

betingelserne, hvorefter en national ret kan træffe afgørelse om tilkendelse af erstatning til en tilbudsgiver, der uretmæssigt er blevet udelukket fra en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt omfattet af direktivet, skal fastsættes af medlemsstaterne i national ret. Disse betingelser skal omfatte bevisbyrde og beviskrav, årsagssammenhæng og beregning af erstatning. De relevante nationale retsfor skrifter skal overholde ækvivalens- og effektivitetsprincippet. I overensstemmelse med effektivitetsprincippet kan en national ret ikke påberåbe sig en praksis, hvorefter en tilbudsgiver, som ulovligt er blevet udelukket fra en udbudsprocedure, er forhindret i at gøre erstatningskrav gældende for tab af muligheden for at opnå den relevante kontrakt.«

⁴⁷ – Jf. i denne retning dom af 27.2.2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, præmis 62-64), og af 11.10.2007, Lämmerzahl (C-241/06, EU:C:2007:597, præmis 62 og 63). Jf. tillige dom af 24.6.2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, præmis 55, 61 og 62).

⁴⁸ – Dom af 24.6.2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, præmis 78).