



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 7. juni 2018¹

Sag C-300/17

**Hochtief AG
mod
Budapest Főváros Önkormányzata**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Kúria (øverste domstol, Ungarn))

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 89/665/EØF – indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter – klageprocedurer – artikel 2, stk. 6 – erstatningssøgsmål – obligatorisk forudgående anerkendelse af, at den ordregivende myndigheds afgørelse er ulovlig – udelukkelse af anbringender, som ikke har været fremført for et klagenevæn – artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – ret til en effektiv domstolsbeskyttelse – effektivitetsprincippet og ækvivalensprincippet«

I. Indledning

1. Denne anmodning 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 anlægskontrakter², som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter³.
2. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgår i en tvist mellem Hochtief AG og Budapest Főváros Önkormányzata (Budapest kommune, Ungarn, herefter »BFÖ«) i forbindelse med et erstatningssøgsmål som følge af en overtrædelse af reglerne om offentlige indkøb.
3. Med sin anmodning om præjudiciel afgørelse ønsker Kúria (øverste domstol, Ungarn) nærmere bestemt oplyst, hvilken indvirkning samspillet mellem de nationale processuelle regler kan have på adgangen til effektive retsmidler, når de pågældende regler ikke nødvendigvis frembyder nogen problemer hver for sig.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – EFT 1989, L 395, s. 33.

3 – EUT 2014, L 94, s. 1.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

4. I artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 89/665 hedder det:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 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 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.«

5. Artikel 2, stk. 1, 2, 6 og 9, i direktiv 89/665 har følgende ordlyd:

»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 hertil.

[...]

9. Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af klageinstansen, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til [...] artikel [267 TEUF], og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og klageinstansen.«

B. Ungarsk ret

1. Lov nr. CXXIX af 2003 om offentlige kontrakter

6. De omtvistede omstændigheder i hovedsagen fandt sted i 2005. De var på det tidspunkt omfattet af közbiztosítási törvény 2003. évi CXXIX. törvény (lov nr. CXXIX af 2003 om indgåelse af offentlige kontrakter, herefter »lov om offentlige kontrakter«).

7. § 108, stk. 3, i lov om offentlige kontrakter bestemmer, at »[a]nsøgeren kan tilpasse sin ansøgning om deltagelse frem til det tidspunkt, hvor fristen for indgivelse af tilbud udløber«.

8. § 350 i lov om offentlige kontrakter har følgende ordlyd:

»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 for offentlige udbud, endeligt fastslår, at der har fundet en overtrædelse af retsfor skriften sted«.

9. Følgende fremgår imidlertid af samme lovs § 351:

»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.«

2. Lov nr. III af 1952 om den civile retspleje

10. § 339/A i Polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. törvény (lov nr. III af 1952 om den civile retspleje) (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.«

III. De faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen

11. Den 5. februar 2005 offentliggjorde BFÖ et udbud om indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis værdi oversteg EU-loftet, 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.

12. Den 19. juli 2005 underrettede BFÖ konsortiet om, at dets tilbud var uantageligt på grund af en interessekonflikt, og at det derfor blev 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.

13. Konsortiet påklagede denne beslutning ved Közbeszerzési Döntőbizottság (klagenævnet for offentlige udbud, herefter »klagenævnet«). Klagenævnet gav afslag på konsortiets klage ved afgørelse af 12. september 2005. Klagenævnet vurderede, at udpegelsen af eksperten i ansøgningen om deltagelse ikke kunne kvalificeres som en administrativ fejl, sådan som Hochtief havde gjort gældende, for så vidt som en manglende hensyntagen til denne ekspert, ville 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 § 130, stk. 7, i lov om offentlige kontrakter, 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.

14. Konsortiet indbragte klagenævnets afgørelse for retten. Fővárosi Bíróság (retten i første instans i Budapest, Ungarn) frifandt ved dom af 28. april 2006 klagenævnet. I forbindelse med appellen af denne dom, der blev iværksat ved Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest, Ungarn), blev sagen udsat, og Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest) anmodede Domstolen om en præjudiciel afgørelse; Domstolen afsagde i denne forbindelse dom af 15. oktober 2009, Hochtief og Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).

15. I forlængelse af denne dom stadfæstede Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest) dommen af 28. april 2006 ved dom af 20. januar 2010.

16. Med udgangspunkt i dom af 3. marts 2005, Fabricom (C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127), gjorde sagsøgeren ved den nævnte domstol gældende, at denne ikke havde haft mulighed for at fremsætte sine bemærkninger til sagens faktiske omstændigheder eller for at godtgøre, at ekspertens medvirken ikke kunne berøre en fair og gennemsigtig konkurrence.

17. Den nævnte dom, der blev afsagt, før BFÖ traf sin afgørelse, forelå altså allerede, da Hochtief indbragte sagen for klagenævnet. Den forelå dog først på ungarsk efter denne dato⁴. Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest) anførte imidlertid i sin dom, at den ikke havde behandlet dette klagepunkt, fordi det ikke fremgik af stævningen i første instans. Ifølge den forelæggende ret fremgik spørgsmålet om, hvorvidt den ordregivende myndighed, da den konstaterede, at der forelå en interessekonflikt, havde handlet ulovligt ved ikke at give sagsøgeren i hovedsagen mulighed for at forsvare sig, ikke af stævningen. Den har tilføjet, at det først var i forbindelse med appellen, at sagsøgeren i hovedsagen for første gang gjorde gældende, at dennes udelukkelse fra deltagelse udgjorde en uforholdsmæssig begrænsning af dennes ret til at indgive en ansøgning eller et tilbud i strid med artikel 220 EF, artikel 6 i direktiv 93/37/EØF⁵ og Domstolens praksis.

18. Ved dom af 7. februar 2011 stadfæstede Legfelsőbb Bíróság (tidligere betegnelse for Kúria (øverste domstol)) dommen afsagt af Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest) den 20. januar 2010.

19. Parallelt med disse retsforhandlinger undersøgte Europa-Kommissionen (Generaldirektoratet for Regionalpolitik) i løbet af 2008 proceduren for indgåelse af den omtvistede offentlige kontrakt. Kommissionen konkluderede, at den ordregivende myndighed havde overtrådt retsfor skrifterne om offentlige udbud, dels ved at anvende en procedure med forhandling, dels ved at have udelukket en ansøger i prækvalifikationsfasen uden at give vedkommende mulighed for at føre modbevis i overensstemmelse med dom af 3. marts 2005, Fabricom (C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127), dvs. uden at give ansøgeren mulighed for at godtgøre, at den udpegede eksperts medvirken som projektleder ikke var konkurrencefordrejende.

4 – Ifølge en mail fra Domstolens Justitskontor til Hochtief af 22.9.2010 indgik den ungarske oversættelse af dommen af 3.3.2005, Fabricom (C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127), til Justitskontoret den 2.10.2006. Justitskontoret præciserede dog, at det ikke var muligt præcist at sige, hvornår den blev offentliggjort online på Domstolens websted.

5 – Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1993, L 199, s. 54).

20. Den 11. august 2011 iværksatte Hochtief på grundlag af Kommissionens konstateringer en revisionsanke af dommen afsagt af Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest). Ved kendelse af 6. juni 2013 forkastede Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (forvaltnings- og arbejdsretten i Budapest) revisionsanken ved kendelse, som blev stadfæstet ved kendelse afsagt af Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest) i sidste instans.

21. Hochtief påberåbte sig Kommissionens udtalelser og anlagde et nyt søgsmål med påstand om, at den ordregivende myndighed blev idømt betaling af en erstatning svarende til de udgifter, som Hochtief havde afholdt i forbindelse med deltagelsen i proceduren for indgåelsen af den offentlige kontrakt.

22. Den sagsøgte blev frifundet i første instans og ved appelininstansen, hvorefter Hochtief iværksatte en kassationsappel ved den forelæggende ret navnlig med påstand om, at artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 er blevet overtrådt.

23. 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 annullering 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 nævnte direktivs 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 sagsøgeren i hovedsagen er blevet afskåret fra at deltage, kan anlægge et erstatningssøgsmål, fordi denne ikke kan gøre en afgørelse gældende, der endeligt fastslår, at reglerne for 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.

24. (Kúria) (øverste domstol) har derfor besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse.

IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne ved Domstolen

25. Ved afgørelse af 11. maj 2017, indgået til Domstolen den 24. maj 2017, har Kúria (øverste domstol) besluttet at 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?«

26. Sagsøgeren i hovedsagen, den ungarske, den græske, den østrigske og den polske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Sagsøgeren i hovedsagen, den ungarske regering og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 30. april 2018.

V. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger om metoden

27. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgivet af Kúria (øverste domstol) i hovedsagen indebærer indledningsvis to problemer med hensyn til metoden: dels den måde, hvorpå de af den forelæggende ret stillede spørgsmål skal behandles, dels den norm, i forhold til hvilken problemerne skal behandles.

1. Om den måde, hvorpå de præjudicielle spørgsmål skal gribes an

28. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indeholder tre særskilte spørgsmål. Det fremgår dog hurtigt, at en individuel behandling af de enkelte spørgsmål ikke nødvendigvis afslører nogen problemer i forhold til adgangen til effektive retsmidler. Samspillet mellem de pågældende processuelle regler giver derimod anledning til yderligere spørgsmål.

29. Det er således efter min opfattelse hensigtsmæssigt og endog nødvendigt at behandle de tre spørgsmål samlet, selv om det i sidste ende er muligt at besvare dem hver for sig.

30. Det skal indledningsvis også anføres, at præciseringen i det tredje præjudicielle spørgsmåls anden del efter min opfattelse ikke er relevant. Den omstændighed, at skadelidte alene kan fremføre et anbringende om overtrædelse af reglerne, der under alle omstændigheder ville medføre dennes udelukkelse fra proceduren for indgåelse af kontrakter, er uden betydning for de retlige overvejelser, der skal foretages med henblik på en besvarelse af det tredje spørgsmål. Den betydning, som begrundelsen for udelukkelsen har for løsningen af tvisten i hovedsagen, er et sekundært spørgsmål, som det alene tilkommer den forelæggende ret at afgøre⁶. Jeg vil således ikke tage hensyn hertil.

31. Min bedømmelse vil således blive inddelt i tre etaper. Først vil jeg undersøge spørgsmålet om, hvorvidt det er muligt at gøre erstatningssøgsmålet betinget af, at den angiveligt ulovlige beslutning først annulleres (og således a fortiori, at det fastslås, at den er ulovlig). Dernæst vil jeg behandle problemet med begrænsningen af prøvelsen af legaliteten til den retlige og faktiske ramme, som sagsøgeren har fastlagt i sit indledende processkrift. Til slut vil jeg bedømme, hvilke konsekvenser det har for en effektiv retsbeskyttelse, at disse to proceduremæssige begrænsninger af annulationssøgsmålet medtages i erstatningssøgsmålet.

6 – Dette gælder så meget desto mere, som Hochtief (punkt 34 i dennes skriftlige bemærkninger) og den ungarske regering (punkt 13-15 i dennes skriftlige bemærkninger) har anfægtet bemærkningen om, at sagsøgeren i hovedsagen kun kunne fremføre det »nye« anbringende ved at tilpasse sin ansøgning, hvilket udgør en begrundelse for udelukkelse fra proceduren.

2. Om den for prøvelsen relevante norm

32. Det er ligeledes nødvendigt at fastsætte den norm, i forhold til hvilken problemerne skal behandles. I det tredje præjudicielle spørgsmål har den forelæggende ret henvist til ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet, der traditionelt ligger til grund for medlemsstaternes procesautonomi. Den forelæggende ret har imidlertid støttet begrundelsen for sin præjudicielle forelæggelse på artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), der i Den Europæiske Unions retsorden sikrer adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol⁷.

33. Den sidstnævnte tilgang bør efter min opfattelse foretrækkes. Det står nu fast, dels at medlemsstaternes forpligtelse i henhold til artikel 19, stk. 1, TEU til at tilvejebringe den nødvendige adgang til domstolsprøvelse for at sikre en effektiv retsbeskyttelse på de områder, der er omfattet af EU-retten, svarer til chartrets artikel 47⁸, dels at det følger heraf, at når medlemsstaterne fastlægger de processuelle betingelser for klageadgangen, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, som en EU-standard som f.eks. direktiv 89/665 medfører, skal de garantere overholdelse af adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol, som sikres ved chartrets artikel 47. Kendetegnene ved en klageprocedure som den i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 omhandlede skal således fastlægges i overensstemmelse med chartrets artikel 47⁹.

34. Domstolen har i øvrigt allerede fulgt denne fremgangsmåde i forbindelse med fortolkningen af direktiv 89/665, idet Domstolen gentagne gange har fastslået, at direktivets artikel 1 »*nødvendigvis* [skal] fortolkes under hensyntagen til de grundlæggende rettigheder, som er opført i [chartret], særligt retten til adgang til effektive retsmidler for en domstol i henhold til chartrets artikel 47«¹⁰. Rent konkret betyder det, at når medlemsstaterne fastsætter de proceduremæssige regler for klageadgangen, der skal sikre beskyttelsen af de rettigheder, som direktiv 89/665 tillægger de ansøgere og tilbudsgivere, der bebyrdes af de ordregivende myndigheders beslutninger, skal de sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol, som er fastsat i chartrets artikel 47¹¹.

35. Jeg vil således behandle de af den forelæggende ret forelagte præjudicielle spørgsmål i lyset af kravene i chartrets artikel 47.

B. Muligheden for at gøre et erstatningsøgsmål betinget af, at den angiveligt ulovlige beslutning først annulleres

36. I henhold til artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 89/665 træffer medlemsstaterne, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2014/24/EU¹² 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.

7 – Jf. punkt 22 i anmodningen om præjudiciel afgørelse.

8 – Jf. i denne retning dom af 16.5.2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, præmis 44), af 26.7.2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, præmis 30), og af 27.9.2017, *Pušár* (C-73/16, EU:C:2017:725, præmis 58).

9 – Jf. i denne retning med hensyn til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/32/EU af 26.6.2013 om fælles procedurer for tildeling og fratagelse af international beskyttelse (EUT 2013, L 180, s. 60), dom af 26.7.2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, præmis 31), og med hensyn til Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24.10.1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT 1995, L 281, s. 31), dom af 27.9.2017, *Pušár* (C-73/16, EU:C:2017:725, præmis 59 og 60).

10 – Dom af 6.10.2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 49). Min fremhævelse.

11 – 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).

12 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

37. I henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 skal der med hensyn til disse klageprocedurer kunne vedtages tre former for foranstaltninger: for det første midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade; for det andet annullering af ulovlige beslutninger og for det tredje tilkendelse af skadeserstatning til personer, der har lidt skade som følge af en overtrædelse af gældende regler.

38. Med hensyn til sidstnævnte type af foranstaltninger præciseres det i artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665, at medlemsstaterne kan gøre muligheden for at kræve erstatning betinget af, at den påstået ulovlige beslutning først annulleres. Denne bestemmelse præciserer imidlertid ikke betingelserne for, at sådanne søgsmål kan antages til realitetsbehandling. Domstolen har heraf udledt, at »i princippet [var] artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 ikke [...] til hinder for en bestemmelse i national ret [...], hvorefter den heri omtalte konstatering af en udbudsretlig tilsidesættelse er en forudgående betingelse for at kunne iværksætte et erstatningssøgsmaal«¹³. Det er det, som jeg kalder princippet om, at søgsmål om retsfor skrifers lovlighed skal afgøres før erstatningssøgsmaal.

39. Da der er tale om en simpel mulighed – i artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 anvendes verbet »kunne« og ikke »skulle« – står det de medlemsstater, der benytter sig af denne mulighed, frit for at tilpasse bestemmelserne¹⁴. De kan således fastsætte de tilfælde, hvor en manglende forudgående annullering ikke bevirker, at erstatningssøgsmålet afvises¹⁵.

40. Under alle omstændigheder kan gennemførelse af princippet om, at søgsmål om retsfor skrifers lovlighed skal afgøres før erstatningssøgsmaal, ikke resultere i, at det, sammenholdt med en anden processuel regel, fratager den skadelidte ikke blot muligheden for at opnå annullation af den ordregivende myndigheds beslutning, men også de øvrige afhjælpningsforanstaltninger, der er omhandlet i artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665. En sådan »ordning« er således i strid med effektivitetsprincippet¹⁶. Dette princip må betragtes som et af de »krav [...], der er *udtryk* for medlemsstaternes almindelige forpligtelse til at sikre retsbeskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til [EU-retten]«¹⁷, der er sikret ved chartres artikel 47.

41. I den foreliggende sag er det den samtidige anvendelse af § 350 i lov om offentlige kontrakter og § 339/A i lov om den civile retspleje, der kan give anledning til problemer i forhold til chartres artikel 47.

C. Begrænsning af legalitetskontrollen til den retlige og faktuelle ramme, som sagsøgeren har fastlagt

42. § 339/A i lov om den civile retspleje bestemmer, at en ret kun kan efterprøve en administrativ afgørelse på grundlag af de retsregler, der var gældende på det tidspunkt, hvor afgørelsen blev truffet, og de faktiske omstændigheder, der forelå på det pågældende tidspunkt.

13 – Dom af 26.11.2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 36). Min fremhævelse.

14 – Jf. i denne retning dom af 26.11.2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 35).

15 – Denne mulighed for en undtagelse kan til gengæld efter min opfattelse ændres til en forpligtelse, hvis princippet om, at søgsmål om retsfor skrifers lovlighed skal afgøres før erstatningssøgsmaal, fratages en væsentlig del af sin nytteværdi, som det tillades i artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665.

16 – Domstolen har således fastslået, at »EU-retten, og navnlig effektivitetsprincippet, er til hinder for en national lovgivning, hvorved indgivelsen af et søgsmål med henblik på at opnå skadeserstatning for en udbudsretlig tilsidesættelse forudsætter en forudgående anerkendelse af, at proceduren for indgåelse af den pågældende kontrakt var ulovlig som følge af manglen på forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, når dette søgsmål med påstand om, at ulovligheden fastslås, er underlagt en præklusionsfrist på seks måneder, der begynder at løbe fra dagen efter tildelingen af den pågældende kontrakt, uanset om sagsøgeren kunne have kendskab til eksistensen af den ulovlighed, som den ordregivende myndigheds beslutning var behæftet med« (dom af 26.11.2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 46 og den dispositive del).

17 – Dom af 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, præmis 47). Min fremhævelse. Jf. ligeledes dom af 18.3.2010, Alassini m.fl. (C-317/08 – C-320/08, EU:C:2010:146, præmis 49), og af 14.9.2016, Martínez Andrés og Castrejuna López (C-184/15 og C-197/15, EU:C:2016:680, præmis 59).

43. Rent konkret betyder det i forbindelse med beslutninger om offentlige kontrakter, der anfægtes, at de nationale retter, der skal efterprøve afgørelser, der er truffet af klagenævnet, ikke kan efterprøve nogen nye anbringender, der ikke er blevet fremført for klagenævnet.

44. I henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de beslutninger truffet af de ordregivende myndigheder, der er uforenelige med EU-retten.

45. Med henblik herpå giver artikel 2, stk. 2, i direktiv 89/665 medlemsstaterne mulighed for at tillægge særlige instanser, der ikke nødvendigvis er retsinstanser, beføjelser til at annullere og til at tilkende erstatning¹⁸. Ydermere indeholder direktiv 89/665 ingen bestemmelser, der specifikt fastsætter de betingelser, hvorunder disse klagemuligheder kan udøves¹⁹. Medlemsstaterne tillægges således med direktiv 89/665 en skønsbeføjelse til at vælge de proceduremæssige garantier og formaliteterne i tilknytning hertil²⁰.

46. Det tilkommer i henhold til fast retspraksis og i medfør af princippet om medlemsstaternes procesautonomi medlemsstaterne at fastsætte processuelle regler for den administrative procedure samt for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne. Disse processuelle regler må imidlertid ikke være til skade for den effektive virkning af direktiv 89/665²¹.

47. I denne forbindelse forekommer en regel som den i § 339/A i lov om den civile retspleje omhandlede mig ikke som sådan at være i strid med EU-retten, når den anvendes i tilknytning til den legalitetskontrol, der foretages af klagenævnet, og dernæst af domstolene.

48. Det fremgår således af tredje betragtning til direktiv 89/665, at et af de prioriterede mål er indførelse af »effektive og hurtige klagemuligheder«²². Lovgiver har selv understreget betydningen af det sidstnævnte krav, idet det udtrykkeligt fremgår af nævnte direktivs artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, at medlemsstaterne træffer »de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger«²³.

49. En begrænsning af domstolsprøvelsen til de anbringender, der er blevet fremført for klagenævnet, på grundlag af den gældende lovgivning og de faktiske omstændigheder på det tidspunkt, hvor afgørelsen blev truffet, bidrager til realiseringen af målet om hurtighed uden dog at berøre substansen i adgangen til effektive retsmidler²⁴.

18 – I denne forbindelse kræves det dog i artikel 2, stk. 9, i direktiv 89/665, at enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af disse ikke-retlige »myndigheder i første instans«, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt disse, kan appelleres (eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til artikel 267 TEUF, og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og den pågældende myndighed i første instans).

19 – 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 42).

20 – Jf. i denne retning dom af 6.10.2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 44).

21 – Jf. i denne retning dom af 12.3.2015, *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 40), af 6.10.2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 47), af 15.9.2016, *Star Storage* m.fl. (C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 43) og af 5.4.2017, *Marina del Mediterraneo* m.fl. (C-391/16, EU:C:2017:268, præmis 33).

22 – Min fremhævelse.

23 – Min fremhævelse.

24 – Jf. i denne retning punkt 90 i generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse i sagen *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:50), hvorefter »[f]orbuddet mod at fremkomme med nye anbringender i appsagen [...] er [...] fælles for ordningerne i flere medlemsstater [og har] [...] heller ikke [...] en sådan karakter, at det kan forringe indsigelsens effektivitet«. Domstolen har bekræftet dette synspunkt og en sådan regels teoretiske lovlighed. Domstolen fastslog således i præmis 87 i dom af 26.9.2013, *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:588), som svar på klagepunktet om forbud mod at fremføre nye anbringender i forbindelse med klagemålet, at »intet af det for Domstolen oplyste giver anledning til at betvivle, at den i hovedsagen omhandlede sanktionsordning er forenelig med principperne om effektiv retsbeskyttelse og om retten til forsvar«.

50. Dels indebærer denne regel, at det undgås, at proceduren forsinkes, idet den forhindrer, at der indledes en ny debat, der nødvendigvis skal være kontradiktorisk og skal afgøres med en begrundet afgørelse, ved den domstol, der foretager prøvelsen. Dermed bidrager den til at sikre alle retsundergivne en ordnet retspleje²⁵, ligesom den konsoliderer kravet om retssikkerhed, der skal være fremherskende i klager med henblik på, at en offentlig kontrakt fratages sine virkninger²⁶. Dels fratager reglen ikke de retsundergivne adgangen til domstolsprøvelse. Domstolsprøvelsen foretages inden for de rammer, som den retsundergivne selv har fastsat, på dennes eneansvar.

51. Domstolen har i denne henseende som svar på et spørgsmål om konsekvenserne af en processuel regel, der begrænser rettens efterprøvelse til de af parterne fremførte argumenter, fastslået, at effektivitetsprincippet ikke pålægger nationale retter en forpligtelse til af egen drift at tage et anbringende udledt af en bestemmelse i EU-retten under påkendelse, uafhængigt af dets betydning for Unionens retsorden, hvis parterne gives en faktisk mulighed for at fremføre et anbringende baseret på af EU-retten for en national ret²⁷.

52. Selv om en processuel regel, der bevirker, at tvisten begrænses alene til de anbringender, der er blevet fremført for klagenævnet, under disse omstændigheder begrænser adgangen til effektive retsmidler for en domstol i henhold til chartrets artikel 47, er den begrundet i henhold til chartres artikel 52, stk. 1, når den er fastlagt i lovgivningen, respekterer det væsentligste indhold i adgangen til effektive retsmidler og respekterer målet om en hurtig behandling af klager i henhold til direktiv 89/665, som bidrager til en ordnet retspleje og til kravet om retssikkerhed.

D. Overførsel af de processuelle begrænsninger af søgsmålet om retsforskriftens lovlighed til erstatningssøgsmålet

53. Det fremgår af det ovenstående, at adgangen til effektive retsmidler ikke er til hinder for en regel om, at søgsmål om retsforskrifters lovlighed skal afgøres forud for erstatningssøgsmål, og heller ikke for en regel om, at der ikke kan fremføres et nyt anbringende efter, at søgsmålet er anlagt, når disse regler betragtes hver for sig.

54. En samtidig anvendelse af § 350 i lov om offentlige kontrakter og § 339/A i lov om den civile retspleje bevirker dog, at et erstatningssøgsmål må afvises, hvis der ikke forinden er truffet en afgørelse om, at den pågældende kontrakt er ulovlig, uanset om sagsøgeren i erstatningssøgsmålet i realiteten har haft en reel mulighed for at gøre begrundelsen for ulovligheden gældende i forbindelse med søgsmålet om retsforskriftens lovlighed.

55. En sådan konsekvens er efter min opfattelse i strid med chartrets artikel 47, idet den skader adgangen til effektive retsmidler, der sikres ved denne bestemmelse, for så vidt som den i praksis gør det umuligt at anlægge et erstatningssøgsmål, uden at det er begrundet i almene hensyn, hvilket er i strid med kravene i chartrets artikel 52, stk. 1.

25 – Domstolen har således fastslået, at et økonomisk krav kunne udgøre »en foranstaltning, der er egnet til at afskrække uberettigede klager og til at sikre, at alle retsundergivne – under hensyn til en ordnet retspleje – kan få behandlet deres klager inden for de kortest mulige frister i overensstemmelse med chartrets artikel 47, stk. 1 og 2« (dom af 15.9.2016, *Star Storage m.fl.*, C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 54).

26 – Jf. i denne retning dom af 26.11.2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 40).

27 – Jf. i denne retning dom af 7.6.2007, *van der Weerd m.fl.* (C-222/05 – C-225/05, EU:C:2007:318, præmis 41).

1. Om tilsidesættelse af adgangen til effektive retsmidler

56. Kravet om domstolsbeskyttelse indebærer muligheden for at opnå erstatning for den lidte skade, hvis EU-retten er blevet tilsidesat. Når en retsakt, der bestrides, er blevet anvendt, vil annullering af den ikke altid medføre en fuldstændig genopretning af den lidte skade²⁸. Mens en retsakts uanvendelighed blokerer dens virkning i den sag, der er forelagt for retten, kompenserer erstatning den skade, som retsakten eventuelt måtte have medført. En fuldstændig beskyttelse af den retsundergivne kræver således begge dele²⁹.

57. Under disse omstændigheder og selv om princippet om, at søgsmålet om retsforskrifters lovlighed skal afgøres før erstatningssøgsmålet, der tillades i artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665, kan forklares og begrundes i procesøkonomiske hensyn og i sidste ende retssikkerhed³⁰, skal der ses bort fra den regel, hvormed princippet gennemføres, når det er godtgjort, at det ikke har været muligt at fastslå, at der foreligger en lovlig begrundelse for den omtvistede beslutning, der ikke har noget at gøre med sagsøgerens adfærd.

58. Er dette ikke tilfældet fratages den retsundergivne enhver domstolsbeskyttelse, idet erstatningssøgsmålet under disse særlige omstændigheder er »den sidste beskyttelsesmulighed for enkeltpersoner, når [...] de ikke indrømmes de øvrige retsmidler med henblik på en effektiv domstolsbeskyttelse«³¹.

59. Dette særlige kendetegn ved erstatningssøgsmål går igen i hele Domstolens praksis om forholdet mellem retsmidler og deres indvirkning på den effektive domstolsbeskyttelse, uanset om der er tale om en reaktion på de strenge betingelser for annulationsøgsmåls formalitet i tvister om EU-retsakters lovlighed³² for at afhjælpe den omstændighed, at direktiver ikke har nogen direkte horisontal virkning³³, eller om, at en tilsidesættelse ved en endelig domstolsafgørelse af rettigheder, der er sikret ved EU-retten, ikke længere kan berigtiges.

60. I sidstnævnte tilfælde kræver EU-retten ganske vist ikke, at en retsinstans for at tage hensyn til fortolkningen af en relevant bestemmelse i EU-retten, som er anlagt af Domstolen efter en af nævnte retsinstans truffet retskraftig afgørelse, principielt skal genoptage denne afgørelse, men »borgerne [bør] ikke fratages muligheden for at drage staten til ansvar for ved hjælp af dette middel at opnå beskyttelse af deres rettigheder ad rettens vej«³⁴.

28 – Jf. i denne retning dom af 30.5.2017, Safa Nicu Sepahan mod Rådet (C-45/15 P, EU:C:2017:402, præmis 49).

29 – Jf. i denne retning vedrørende de retlige normer L. Dubouis, »La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté«, *Revue française de droit administratif*, nr. 3, 1996, s. 583-601.

30 – Formålet med dette princip er at overdrage kontrollen med reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter til specialiserede kontrolorganer. Det skal sikres, at alle retlige spørgsmål om tilsidesættelse af lovgivningen om offentlige indkøb, der måtte opstå i forbindelse med andre søgsmål, afgøres endeligt af et specialiseret organ, der er udpeget med dette formål for øje.

31 – Vedrørende søgsmål om erstatning uden for kontraktforhold, Fr. Berrod, *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003, nr. 946.

32 – Jf. i denne retning dom af 12.9.2006, Reynolds Tobacco m.fl. mod Kommissionen (C-131/03 P, EU:C:2006:541, præmis 82).

33 – Jf. i denne retning navnlig dom af 24.1.2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 42 og 43), og af 26.3.2015, Fenoll (C-316/13 P, EU:C:2015:200, præmis 48).

34 – Dom af 6.10.2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, præmis 40).

61. Denne tankegang blev indført i erkendelse af det ansvar, som retter, der pådømmer en sag i sidste instans, har i tilfælde af en tilsidesættelse af EU-retten. »I betragtning af, at den dømmende magt har afgørende betydning for beskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til EU-retten, ville EU-rettens fulde virkning således blive afsvækket og beskyttelsen af de i [EU-retten] anerkendte rettigheder blive forringet, hvis borgerne ikke, under visse betingelser, kunne opnå erstatning, såfremt deres rettigheder er blevet krænket ved en tilsidesættelse af EU-retten, der skyldes en afgørelse, som en ret i en medlemsstat har truffet som sidste instans«³⁵.

62. EU-rettens fulde virkning og beskyttelsen af de rettigheder, der indrømmes med denne, som denne retspraksis er baseret på, kræver ligeledes, at denne løsning vælges, når en kombination af processuelle regler bevirker, at en ordregivende myndighed »frikendes« for ethvert ansvar, til trods for, at den har overtrådt EU-retten. EU-lovgivers ønske om at sikre passende procedurer for tilkendelse af erstatning til personer, der har lidt skade som følge af en overtrædelse af reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter³⁶, underbygger en sådan fortolkning.

63. Denne fortolkning bidrager ligeledes til at garantere princippet om EU-rettens forrang, idet Domstolen har fastslået, at EU-retten i det tilfælde, hvor det fremgår, at den bedømmelse, som en national ret har foretaget, ikke er i overensstemmelse med EU-retten, kræver, at en anden national ret, uanset om denne i henhold til intern ret ubetinget er bundet af den første rets fortolkning af EU-retten, af egen drift tilsidesætter den regel i intern ret, der pålægger denne at rette sig efter den fortolkning af EU-retten, som den første ret har anlagt³⁷.

64. I forbindelse med problematikken omkring samspillet mellem de processuelle regler, der her er tale om, fremgår det, at såfremt den erstatningssøgende ikke har haft nogen mulighed for i forbindelse med søgsmålet om en retsforskrifts lovlighed at fremføre det anbringende, som denne ønsker at gøre gældende til støtte for sit erstatningssøgsmål, kan den ukorrekte anvendelse af EU-retten ikke berigtiges. For at garantere princippet om EU-rettens forrang skal den nationale ret imidlertid inden for rammerne af sine beføjelser træffe alle de nødvendige foranstaltninger med henblik herpå³⁸. Det følger af det ovenstående, at den kompetente nationale ret skal se bort fra den regel, hvormed princippet om, at søgsmålet om retsforskrifters lovlighed skal afgøres før erstatningssøgsmål, gennemføres, når det fremgår, at det ikke har været muligt at fastslå, at den ordregivende myndighed har vedtaget en ulovlig beslutning af en årsag, der ikke har noget at gøre med sagsøgerens adfærd.

2. Om den manglende begrundelse

65. I forbindelse med undersøgelsen af overensstemmelsen med EU-retten af en regel, der gør det umuligt at fremføre et anbringende, der ikke er blevet fremført i det indledende processkrift, har jeg konstateret, at det mål om en hurtig sagsbehandling, der forfølges med direktiv 89/665, kunne begrunde anvendelsen af denne regel i forbindelse med prøvelsen af lovligheden af beslutninger, der træffes om offentlige kontrakter, idet den bidrager til en ordnet retspleje og stadfæster kravet om retssikkerhed, der skal være fremherskende i klager med henblik på at fratage en kontrakt dens virkninger.

66. Når dette er sagt, har Domstolen fastslået, »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. Såfremt en kontrakt, der er indgået efter afslutningen af en offentlig udbudsprocedure, fratages sine virkninger, afsluttes denne

35 – Dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 33). Jf. ligeledes dom af 13.6.2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, præmis 31).

36 – Jf. i denne retning sjette betragtning til direktiv 89/665.

37 – Jf. i denne retning kendelse af 15.10.2015, Naderhirn (C-581/14, ikke trykt i Sml., EU:C:2015:707, præmis 35).

38 – Jf. i denne retning kendelse af 15.10.2015, Naderhirn (C-581/14, ikke trykt i Sml., EU:C:2015:707, præmis 37).

kontrakts eksistens og eventuelt dens gennemførelse nemlig, hvilket udgør et væsentligt indgreb fra de administrative myndigheder eller retsinstanser i kontraktforholdene mellem borgere og statslige organer. En sådan beslutning kan således skabe en betydelig forstyrrelse og økonomiske tab for ikke alene tilslagsmodtageren af den pågældende offentlige kontrakt, men ligeledes for den ordregivende myndighed og dermed for offentligheden, der er den endelige begunstigede af leveringen af de arbejder eller tjenesteydelser, der er genstand for den pågældende offentlige kontrakt. Som det fremgår af 25. og 27. betragtning til direktiv [2007/66/EF]³⁹, har EU-lovgiver tillagt kravet om retssikkerhed større betydning ved søgsmål med henblik på, at en kontrakt fratages sine virkninger, end ved erstatningssøgsmål⁴⁰.

67. Desuden kan et samspil mellem procedurerne som det, der er tale om i hovedsagen, hverken forsinke afgørelsen af udbudsproceduren eller skade retssikkerheden. Beslutningen om udelukkelse, hvis ulovlighed ligger til grund for den angivelige skade, blev således endelig, da søgsmålet mod klagenævnets afgørelse og revisionsanken af dommen afsagt af Fővárosi Ítéltábla (den regionale appelinstans i Budapest) i de samme retsforhandlinger, blev endeligt forkastet.

68. Når den ret, der træffer afgørelse i erstatningssøgsmålet, gives bemyndigelse til at fastslå, at den beslutning, der ligger til grund for den påståede skade, er ulovlig, på grundlag af et anbringende, der ikke er blevet behandlet i forbindelse med annullationssøgsmålet, kan det ikke bevirke, at den omtvistede retsforordning bliver virkningsløs.

69. En sådan mulighed kan desuden ikke ses således, at den ret, der træffer afgørelse i erstatningssøgsmålet, sætter spørgsmålstegn ved retskraften, når erstatningssøgsmålet ikke har samme genstand som annullationssøgsmålet, og den tvist, der ligger til grund for annullationssøgsmålet, ikke vedrører det samme retlige spørgsmål. Tværtimod har Domstolen allerede under tilsvarende omstændigheder fastslået, at retssikkerhedsprincippet ikke kan begrunde en national regel, der forhindrer den nationale ret i at drage alle konsekvenser af tilsidesættelsen af en bestemmelse i traktaten på grund af en national retsafgørelse, som er blevet retskraftig⁴¹.

3. Om anvendelsen på den foreliggende sag

70. Indrømmelsen af skadeserstatning til en person, der har lidt et tab som følge af en tilsidesættelse af reglerne for indgåelse af offentlige kontrakter, udgør en af de ved EU-retten sikrede afhjælpende foranstaltninger⁴². Med en omskrivning af den formulering, som Domstolen anvendte i præmis 43 i dom af 26. november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), kan forholdet mellem de processuelle regler, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, bevirke, at den skadelidte person fratages ikke blot muligheden for at opnå annullation af den ordregivende myndigheds beslutning, men også alle de afhjælpningsforanstaltninger, der er fastsat i artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665.

71. En tilsvarende konklusion må følgelig drages i den foreliggende sag. Adgangen til effektive retsmidler, der sikres ved chartrets artikel 47, er til hinder for en ordning som den, der er tale om i hovedsagen, og som skader denne ret ved at gøre det umuligt at anlægge et erstatningssøgsmål på grund af forbuddet mod at tage hensyn til et anbringende, som den retsundergivne ikke, uden fejl eller forsømmelighed fra dennes side, kunne være blevet bekendt med inden anlæggelsen af annullationssøgsmålet, eller for at anvende formuleringen i dom af 7. juni 2007, van der Weerd m.fl. (C-222/05 – C-225/05, EU:C:2007:318), som den retsundergivne ikke har haft en faktisk mulighed for at gøre gældende for en national ret.

39 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EUT 2007, L 335, s. 31).

40 – Dom af 26.11.2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 39 og 40).

41 – Jf. i denne retning dom af 11.11.2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, præmis 45).

42 – Dom af 26.11.2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 43).

72. I den foreliggende sag er den tilsidesættelse af EU-retten, som Hochtief for første gang gjorde gældende ved Fővárosi Ítéltábla (den regionale appeldomstol i Budapest), baseret på dom af 3. marts 2005, Fabricom (C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127), som først forelå på ungarsk efter, at tvisten var blevet indbragt for klagenævnet⁴³.

73. Det skal nu undersøges, om en virksomhed som Hochtief, der er et tysk selskab med hovedsæde i Tyskland, reelt ikke var i stand til at gøre sig bekendt med en dom fra Domstolen, før oversættelsen til ungarsk forelå. Den omstændighed, at Domstolens Justitskontor gav oplysninger på tysk om tilgængeligheden af dom af 3. marts 2005, Fabricom (C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127), på ungarsk efter en anmodning fremsat på tysk fra Hochtiefs tyske hovedsæde, skal uden tvivl tages i betragtning. Når der er tale om et faktisk spørgsmål, tilkommer det den forelæggende ret at afgøre, om Hochtief har haft en *reel mulighed* for at fremføre dette anbringende for klagenævnet (eller for appelinstanten, hvis klagenævnet ikke har karakter af en ret i henhold til artikel 267 TEUF⁴⁴). Findes en sådan mulighed ikke, skal erstatningssøgsmålet kunne antages til realitetsbehandling, selv om den ordregivende myndigheds beslutning ikke er blevet annulleret.

VI. Forslag til afgørelse

74. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, som Kúria (øverste domstol, Ungarn) har forelagt, således:

- »1) EU-retten er ikke til hinder for en processuel bestemmelse i en medlemsstat, hvorefter muligheden for at anlægge et erstatningssøgsmål betinges af, at den ordregivende myndigheds beslutning først endeligt erklæres for ulovlig af en instans, der har den fornødne kompetence dertil i henhold til 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.
- 2) Artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 er ikke til hinder for, at medlemsstaterne fastsætter tilfælde, hvor en manglende forudgående annullation ikke bevirker, at et erstatningssøgsmål baseret på en uregelmæssighed begået af den ordregivende myndighed ikke kan antages til realitetsbehandling.
- 3) Artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder er til hinder for en national lovgivning, der gør anlæggelsen af et søgsmål med påstand om erstatning for tilsidesættelse af en retsregel om offentlige indkøb betinget af, at proceduren for indgåelse af den pågældende kontrakt forinden erklæres ulovlig, når den erstatningssøgende ikke har haft en reel mulighed for at fremsætte det anbringende, som denne ønsker at gøre gældende til støtte for sit erstatningssøgsmål, for en national ret.«

43 – I modsætning til hvad Hochtief har gjort gældende i retsmødet af 30.4.2018, er argumentet baseret på dom af 3.3.2005, Fabricom (C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127), efter min opfattelse meget forskelligt fra det, der oprindeligt blev fremført i det indledende processkrift. Det retlige problem, der blev rejst i ovennævnte dom, vedrører således retten til forsvar og ikke problemet med udbuddets uforenelighed som sådan.

44 – Karakter af »ret« som omhandlet i artikel 267 TEUF afhænger af en hel række forhold, nemlig om det pågældende organ er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og om det er uafhængigt (jf. navnlig dom af 17.9.1997, Dorsch Consult, C-54/96, EU:C:1997:413, præmis 23, og vedrørende en senere anvendelse, dom af 6.10.2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, præmis 17). Det bemærkes, at Domstolen allerede gentagne gange har haft lejlighed til at fastslå, at organer som klagenævnet skal betegnes som en »ret« i henhold til artikel 267 TEUF, når det opfylder ovenstående betingelser. Jf. i denne forbindelse endvidere ud over de to ovennævnte domme dom af 4.2.1999, Köllensperger og Atzwanger (C-103/97, EU:C:1999:52), af 18.11.1999, Unitron Scandinavia og 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), af 18.6.2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379), af 13.12.2012, Forposta og ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), af 18.9.2014, Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235), af 24.5.2016, MT Højgaard og Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), af 27.10.2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), og af 8.6.2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431).