



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
MELCHIOR WATHELET  
föredraget den 7 juni 2018<sup>1</sup>

**Mål C-300/17**

**Hochtief AG**  
**mot**  
**Budapest Főváros Önkormányzata**

(begäran om förhandsavgörande från Kúria (Högsta domstolen, Ungern))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 89/665/EEG – Offentlig upphandling av varor och byggtreprenader – Prövningsförfarande – Artikel 2.6 – Skadeståndstalan – Krav på föregående fastställelse av att den upphandlande myndighetens beslut är rättsstridigt – Förbud mot att åberopa grunder som inte åberopats vid en överklagandenämnd – Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Rätt till ett effektivt domstolsskydd – Effektivitets- och likvärdighetsprinciperna”

## I. Inledning

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten,<sup>2</sup> i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.<sup>3</sup>
2. Begäran har lämnats in inom ramen för en tvist mellan Hochtief AG och Budapest Főváros Önkormányzata (kommunstyrelsen i Budapest, Ungern, nedan kallad BFÖ) om skadestånd för åsidosättande av bestämmelserna om offentlig upphandling.
3. Kúria (Högsta domstolen, Ungern) har lämnat in sin begäran om förhandsavgörande för att få klarhet i huruvida förhållandet mellan nationella processuella regler kan påverka rätten till ett effektivt rättsmedel, även om nämnda regler inte nödvändigtvis innebär några problem när de läses var för sig.

<sup>1</sup> Originalspråk: franska.

<sup>2</sup> EGT L 395, 1989, s. 33.

<sup>3</sup> EUT L 94, 2014, s. 1.

## II. Tillämpliga bestämmelser

### A. Unionsrätt

4. I artikel 1.1 fjärde stycket i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.”

5. Artikel 2.1, 2.2, 2.6 och 2.9 i direktiv 89/665 har följande lydelse:

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

...

b) antingen åsidosätt[a] eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsinfördran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,

c) bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.

2. De befogenheter som avses i punkt 1 och i artiklarna 2d och 2e får tilldelas separata organ som ansvarar för olika aspekter av prövningsförfarandet.

...

6. Medlemsstaterna får föreskriva att när någon kräver skadestånd på grund av att ett beslut har fattats på olagligt sätt, ska det ifrågasatta beslutet först åsidosättas av ett organ som har de nödvändiga befogenheterna.

...

9. Om de behöriga prövningsorganen inte är domstolar, ska de alltid ge skriftliga skäl till sina beslut. Dessutom ska det i ett sådant fall vidtas åtgärder för att garantera förfaranden, med vars hjälp en påstådd olaglig åtgärd av ett prövningsorgan eller en påstådd brist i utövandet av dess befogenheter kan bli föremål för domstolsprövning eller prövning av ett annat organ som är en domstol i enlighet med artikel [267 FEUF] och är oberoende av den upphandlande myndigheten och prövningsorganet.”

### B. Ungersk rätt

1. Lag nr CXXIX av år 2003 om offentlig upphandling

6. De omtvistade faktiska omständigheterna i det nationella målet inträffade år 2005. De omfattades då av közbeszerzésekröl szóló 2003 évi CXXIX. törvény (lag nr CXXIX av år 2003 om offentlig upphandling) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling).

7. I 108 § punkt 3 i lagen om offentlig upphandling föreskrivs att "[a]nbudssökanden kan ändra sin anbudsansökan fram till utgången av tidsfristen för inlämnandet av denna ansökan".

8. I 350 § i lagen om offentlig upphandling föreskrivs följande:

"För att göra gällande civilrättsliga anspråk på grundval av ett åsidosättande av bestämmelserna om offentlig upphandling eller förfarandet för offentlig upphandling krävs att överklagandenämnden för offentliga upphandlingar eller en domstol – som prövar ett överklagande av ett beslut från överklagandenämnden för offentliga upphandlingar – slutgiltigt har fastställt att bestämmelsen har åsidosatts."

9. I 351 § i samma lag föreskrivs emellertid följande:

"För det fall en anbudsgivare kräver den upphandlande myndigheten på ersättning som uteslutande avser de kostnader som har samband med framtagandet av anbudet och deltagandet i upphandlingsförfarandet är det för att göra gällande ett sådant skadeståndsanspråk tillräckligt att vederbörande visar

- a) att den upphandlande myndigheten åsidosatt en bestämmelse avseende offentlig upphandling eller upphandlingsförfarandet,
- b) att vederbörande hade en faktisk möjlighet att tilldelas kontraktet, och
- c) att åsidosättandet minskat vederbörandes möjligheter att tilldelas kontraktet."

## 2. Lag nr III av år 1952 om civilprocessen

10. I 339/A § i Polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. törvény (lag nr III av år 1952 om civilprocessen) (nedan kallad civilprocesslagen) föreskrivs följande:

"Om ej annat föreskrivs ska domstolen pröva ett förvaltningsbeslut utifrån de bestämmelser som gällde och de sakomständigheter som förelåg vid tidpunkten för dess antagande."

## III. Bakgrund till det nationella målet

11. Den 5 februari 2005 offentliggjorde BFÖ, enligt ett förhandlat förfarande med föregående meddelande om upphandling, en inbjudan att delta i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt byggentreprenadkontrakt till ett värde som översteg det tröskelvärde som föreskrivs i unionsrätten. Inom den föreskrivna fristen inkom fem ansökningar, varav en från konsortiet HOLI (nedan kallat konsortiet), som leds av Hochtief.

12. Den 19 juli 2005 informerade BFÖ konsortiet om att dess ansökan var ogiltig eftersom den inte uppfyllde kraven och därför hade uteslutits. Beslutet motiverades av den omständigheten att konsortiet som projektchef hade utsett en expert som hade deltagit i den upphandlande myndighetens förberedande av upphandlingen.

13. Konsortiet överklagade detta beslut till Közbeszerzési Döntőbizottság (överklagandenämnden för offentliga upphandlingar, Ungern) (nedan kallad överklagandenämnden). Överklagandenämnden ogillade överklagandet genom beslut av den 12 september 2005. Den ansåg att utnämningen av experten i ansökan om att få delta inte kunde betraktas som ett administrativt fel, såsom Hochtief hade gjort gällande, eftersom det för att inte beakta nämnda expert hade krävts en ändring av ansökan om att få delta, vilket är uteslutet enligt 108 § punkt 3 i lagen om offentlig upphandling. Den ansåg

även att den upphandlande myndigheten inte hade handlat rättsstridigt genom att fortsätta förfarandet med endast två anbudssökande, eftersom det i 130 § punkt 7i lagen om offentlig upphandling föreskrivs att om det finns kvar ett tillräckligt antal anbudssökande som inkommit med en godkänd ansökan om att få delta, ska dessa inbjudas att lämna anbud.

14. Konsortiet överklagade överklagandenämndens beslut till domstol. Genom dom av den 28 april 2006 avslog Fővárosi Bíróság (Förstainstansdomstolen i Budapest, Ungern) överklagandet. Hochtief överklagade till Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest, Ungern), som vilandeförklarade målet och lämnade in en begäran om förhandsavgörande, vilket resulterade i domen av den 15 oktober 2009, Hochtief och Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).

15. Till följd av ovannämnda dom fastställde Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest, Ungern) domen av den 28 april 2006 genom dom av den 20 januari 2010.

16. Vid Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest) hade Hochtief, med åberopande av domen av den 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127), bland annat gjort gällande att företaget inte getts möjlighet att inkomma med yttranden över omständigheterna i målet eller att visa att expertens medverkan inte kunde skada en öppen och lika konkurrens.

17. Ovannämnda dom, som hade meddelats innan BFÖ fattade sitt beslut, förelåg således när Hochtief ingav sitt överklagande till överklagandenämnden. Den blev emellertid ”tillgänglig” i ungersk version först efter det datumet.<sup>4</sup> Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest) angav dock i sin dom att den inte hade prövat denna invändning, eftersom den inte hade anförts i ansökan till första instans. Enligt den hänskjutande domstolen nämndes i ansökan inte frågan om huruvida den upphandlande myndigheten hade gjort sig skyldig till ett åsidosättande genom att inte ge klaganden i det nationella målet möjlighet att försvara sig när den konstaterade att ansökan om att få delta inte uppfyllde kraven. Den hänskjutande domstolen har tillagt att det var först i överklagandet till Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest) som nämnda part för första gången gjorde gällande att förbudet mot att delta utgjorde en oproportionerlig begränsning av vederbörandes rätt att inkomma med en ansökan och lämna ett anbud, vilket strider mot artikel 220 EG, artikel 6 i direktiv 93/37/EEG<sup>5</sup> och domstolens praxis.

18. Genom dom av den 7 februari 2011 fastställde Legfelsőbb Bíróság (tidigare benämning på Kúria, Högsta domstolen) den dom som meddelats av Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest) den 20 januari 2010.

19. Samtidigt med dessa förfaranden genomförde Europeiska kommissionens generaldirektorat för regionalpolitik under år 2008 en granskning av det omtvistade upphandlingsförfarandet. Den konstaterade att den upphandlande myndigheten hade åsidosatt bestämmelserna om offentlig upphandling, dels genom att offentliggöra ett meddelande om ett förhandlat förfarande, dels genom att under det förberedande urvalet utesluta en av anbudssökandena utan att ge vederbörande möjlighet att lägga fram motbevisning i enlighet med domen av den 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127), det vill säga visa att medverkan av den expert som utsetts som projektchef inte kunde leda till en snedvridning av konkurrensen.

4 Enligt en skrivelse från EU-domstolens kansli till Hochtief av den 22 september 2010 inkom den ungerska översättningen av domen av den 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127), till kansliet den 2 oktober 2006. Kansliet preciserade att det emellertid inte var möjligt att fastställa exakt vilket datum den hade offentliggjorts på domstolens webbplats.

5 Rådets direktiv av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader (EGT L 199, 1993, s. 54).

20. Den 11 augusti 2011 lämnade Hochtief på grundval av kommissionens konstateranden in en resningsansökan avseende den dom som hade meddelats av Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest). Genom beslut av den 6 juni 2013 avtog Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (förvaltnings- och arbetsdomstol i Budapest, Ungern) resningsansökan och detta beslut fastställdes av Fővárosi Törvényszék (domstol i Budapest, Ungern), som dömer i sista instans.

21. Med åberopande av kommissionens konstateranden ingav Hochtief ett nytt överklagande med yrkande om att den upphandlande myndigheten ska förpliktas att betala ett skadestånd motsvarande Hochtiefs kostnader för deltagandet i upphandlingsförfarandet.

22. Eftersom detta överklagande ogillades i första och andra instans, ingav Hochtief ett överklagande till den hänskjutande domstolen och gjorde bland annat gällande att artikel 2.1 i direktiv 89/665 hade åsidosatts.

23. Den hänskjutande domstolen konstaterade att enligt direktiv 89/665 får medlemsstaterna föreskriva att för att väcka talan om skadestånd ska det ifrågasatta beslutet först undanröjas av en myndighet eller en domstol (dom av den 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 35), vilket innebär att artikel 2 i det nämnda direktivet inte i princip förefaller att utgöra hinder för en sådan nationell bestämmelse som 350 § i lagen om offentlig upphandling. När sistnämnda bestämmelse tillämpas i förening med andra bestämmelser i lagen om offentlig upphandling och civilprocesslagen kan detta emellertid hindra möjligheten för en anbudssökande i ett förhandlat upphandlingsförfarande vars anbud inte godtagits, såsom klaganden i det nationella målet, att väcka skadeståndstalan, eftersom vederbörande inte kan åberopa ett beslut i vilket det slutgiltigt fastställts att bestämmelserna om offentlig upphandling har åsidosatts. Det kan under dessa omständigheter vara motiverat att antingen införa en möjlighet att använda andra bevismedel eller underlåta att tillämpa den nationella bestämmelsen med beaktande av effektivitetsprincipen eller också tolka denna bestämmelse mot bakgrund av unionsrätten.

24. Kúria (Högsta domstolen) beslutade därför att vilandeförklara målet och begära ett förhandsavgörande från domstolen.

#### **IV. Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen**

25. Genom beslut av den 11 maj 2017 som inkom till domstolen den 24 maj 2017 beslutade Kúria (Högsta domstolen, Ungern) att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1. Utgör unionsrätten hinder för en processrättslig bestämmelse i en medlemsstat enligt vilken möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk som har sin grund i åsidosättandet av en bestämmelse avseende offentlig upphandling är beroende av att överklagandenämnden för offentliga upphandlingar eller en domstol – som prövar ett överklagande av ett beslut från överklagandenämnden för offentliga upphandlingar – slutgiltigt har fastställt att bestämmelsen har åsidosatts?
2. Kan en bestämmelse i en medlemsstat enligt vilken möjligheten att göra gällande ett civilrättsligt skadeståndsanspråk som har sin grund i åsidosättandet av en bestämmelse avseende offentlig upphandling är beroende av att överklagandenämnden för offentliga upphandlingar eller en domstol – som prövar ett överklagande av ett beslut från överklagandenämnden för offentliga upphandlingar – slutgiltigt har fastställt att bestämmelsen har åsidosatts ersättas med en annan regel enligt unionsrätten? Eller med andra ord, finns det en möjlighet för den skadelidande att på annat sätt styrka åsidosättandet av bestämmelsen?

3. Strider, vad gäller en skadeståndstalan, en processrättslig bestämmelse i en medlemsstat mot unionsrätten, och i synnerhet mot effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen, eller kan den medföra en effekt som strider mot denna rätt och dessa principer, om denna bestämmelse begränsar domstolsprövningen av ett förvaltningsbeslut till de rättsliga argument som anförts under förfarandet i överklagandenämnden för offentliga upphandlingar, fastän den skadelidande till grund för det åsidosättande av bestämmelserna som vederbörande åberopar endast kan hänvisa till att dess utslutning från upphandlingsförfarandet på grund av en intressekonflikt strider mot Europeiska unionens domstols praxis, på ett sätt som skulle medföra att vederbörande utsluts från upphandlingsförfarandet på andra grunder, i enlighet med de särskilda bestämmelserna för det förhandlade förfarandet, eftersom dennes ansökan har ändrats?”

26. Skriftliga yttranden har inkommit från klaganden i det nationella målet, den ungerska, den grekiska, den österrikiska och den polska regeringen samt kommissionen. Klaganden i det nationella målet, den ungerska regeringen och kommissionen yttrade sig vid förhandlingen den 30 april 2018.

## V. Bedömning

### A. Inledande anmärkningar om metodiken

27. Den begäran om förhandsavgörande som har lämnats in av Kúria (Högsta domstolen) i det nationella målet innebär två inledande problem vad gäller metodiken: dels avseende hur de frågor som har ställts av den hänskjutande domstolen bör angripas, dels avseende mot bakgrund av vilken norm problemen ska prövas.

#### 1. Hur tolkningsfrågorna bör angripas

28. Begäran om förhandsavgörande innehåller tre separata frågor. Det framgår emellertid snabbt att en individuell prövning av var och en av frågorna inte nödvändigtvis innebär några problem vad gäller rätten till ett effektivt rättsmedel. Däremot föranleder förhållandet mellan de processuella reglerna i fråga flera frågetecken.

29. Det är därför lämpligt och till och med nödvändigt att behandla de tre frågorna tillsammans, även om de sedan kan besvaras separat.

30. Det ska inledningsvis även påpekas att preciseringen i den tredje tolkningsfrågans andra del inte förefaller vara relevant. Den omständigheten att den skadelidande endast kan åberopa en grund som avser en rättsstridighet vilken i vart fall medför att vederbörande utsluts från upphandlingsförfarandet påverkar inte det juridiska resonemang som ska föras för att besvara den tredje frågan. Hur ett skäl till utslutning påverkar utgången av det nationella målet är en fråga som kan uppkomma endast i ett senare skede och som det utslutande ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.<sup>6</sup> Jag lämnar den därför utan hänsyn.

<sup>6</sup> Särskilt som påståendet att klaganden i det nationella målet kan åberopa den ”nya” grunden endast genom att ändra sin anbudsansökan, vilket utgör ett skäl till utslutning från förfarandet, har bestritts av Hochtief (punkt 34 i dess skriftliga yttranden) och den ungerska regeringen (punkterna 13–15 i dess skriftliga yttranden).

31. Jag har delat in min bedömning i tre steg. Först granskar jag huruvida det får krävas att en skadeståndstalan ska föregås av ett undanröjande av det påstått rättsstridiga beslutet (och således en fastställelse av att det är rättsstridigt). Därefter granskar jag problemet med begränsningen av domstolsprövningen till de rättsliga och faktiska omständigheter som klaganden hade angett i den ansökan genom vilken överklagandet först ingavs. Slutligen analyserar jag vilka konsekvenser det har för ett effektivt domstolsskydd att dessa båda processuella begränsningar avseende talan om ogiltigförklaring tillämpas inom ramen för skadeståndstalan.

## 2. Prövningsnormen

32. Det är också nödvändigt att fastställa mot bakgrund av vilken norm problemen ska prövas. I den tredje tolkningsfrågan nämner den hänskjutande domstolen likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen, vilka traditionellt gäller för medlemsstaternas processuella autonomi. Sin motivering till begäran om förhandsavgörande har den emellertid grundat på artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), i vilken rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol fastställs i Europeiska unionens rättsordning.<sup>7</sup>

33. Enligt min mening bör prövningen göras mot bakgrund av sistnämnda norm. Det är nämligen numera utrett dels att den skyldighet som åligger medlemsstaterna enligt artikel 19.1 FEU att tillhandahålla sådana möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten motsvaras av artikel 47 i stadgan,<sup>8</sup> dels att av detta följer att medlemsstaterna, när de anger de processuella regler som ska gälla för de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter som följer av en unionsrättslig norm som direktiv 89/665, måste säkerställa att rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol iaktas i enlighet med artikel 47 i stadgan. Egenskaperna hos ett sådant rättsmedel som föreskrivs i artikel 1.1 i direktiv 89/665 ska följaktligen fastställas i enlighet med artikel 47 i stadgan.<sup>9</sup>

34. Detta synsätt tillämpas för övrigt redan av domstolen vid tolkningen av direktiv 89/665, eftersom domstolen upprepade gånger har slagit fast att artikel 1 i det nämnda direktivet ”med nödvändighet [måste] tolkas mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna i stadgan, särskilt rätten till ett effektivt rättsmedel, som föreskrivs i artikel 47 i stadgan”.<sup>10</sup> Rent konkret betyder detta att medlemsstaterna – när de fastställer de förfaranderegler vid domstolsprövningen som är avsedda att tillvarata rättigheter som följer av direktiv 89/665 och som tillkommer anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter – ska säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 i stadgan.<sup>11</sup>

35. Det är således mot bakgrund av kraven i artikel 47 i stadgan som jag nedan granskar de tolkningsfrågor som har ställts av den hänskjutande domstolen.

<sup>7</sup> Punkt 22 i begäran om förhandsavgörande.

<sup>8</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 maj 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, punkt 44), dom av den 26 juli 2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, punkt 30), och dom av den 27 september 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725, punkt 58).

<sup>9</sup> Se, för ett liknande resonemang, beträffande Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd (EUT L 180, 2013, s. 60), dom av den 26 juli 2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, punkt 31), och, beträffande Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (EGT L 281, 1995, s. 31), dom av den 27 september 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725, punkterna 59 och 60).

<sup>10</sup> Dom av den 6 oktober 2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 49). Min kursivering.

<sup>11</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2016, *Star Storage m.fl.* (C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 46).

**B. Huruvida det får krävas att skadeståndstalan ska föregås av ett undanröjande av det ifrågasatta beslutet**

36. Enligt artikel 1.1 fjärde stycket i direktiv 89/665 är medlemsstaterna skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden som omfattas av direktiv 2014/24/EU<sup>12</sup> eller direktiv 2014/23 kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt.

37. Enligt artikel 2.1 i direktiv 89/665 ska tre slag av åtgärder kunna vidtas vad avser dessa prövningsförfaranden: för det första, provisoriska åtgärder som syftar till att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas, för det andra, åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, och för det tredje, beviljande av skadestånd till personer som skadats av en överträdelse av tillämpliga bestämmelser.

38. Vad gäller sistnämnda slag av åtgärder framgår av artikel 2.6 i direktiv 89/665 att medlemsstaterna får föreskriva att en skadeståndstalan ska föregås av ett undanröjande av det påstått rättsstridiga beslutet. I nämnda bestämmelse preciseras emellertid inte villkoren för upptagande till prövning av en skadeståndstalan. Domstolen har av detta dragit slutsatsen att ”artikel 2.6 i direktiv 89/665 *principiellt sett* inte utgör hinder mot en nationell bestämmelse ... som föreskriver att en överträdelse av upphandlingslagstiftningen först måste ha blivit fastställd för att en skadeståndstalan ska kunna väckas”.<sup>13</sup> Det är detta som jag nedan kallar principen om företräde för tvisten om lagenligheten framför tvisten om skadestånd.

39. Eftersom det endast är frågan om en möjlighet – i artikel 2.6 i direktiv 89/665 används verbet ”får” och inte ”ska” – är de medlemsstater som använder sig av denna möjlighet fria att anpassa den.<sup>14</sup> De får således föreskriva i vilka situationer den omständigheten att ett beslut inte först har undanröjts inte är en orsak till att en skadeståndstalan inte kan prövas.<sup>15</sup>

40. Principen om företräde för tvisten om lagenligheten framför tvisten om skadestånd kan dock inte tillämpas så att den i kombination med en annan processuell regel leder till att den skadelidande berövas inte endast möjligheten att få den upphandlande myndighetens beslut undanröjt, utan också de övriga rättsmedel som föreskrivs i artikel 2.1 i direktiv 89/665. En sådan ”ordning” skulle nämligen strida mot effektivitetsprincipen.<sup>16</sup> Denna princip ses som ett av de ”krav ... vilka *ger uttryck för* medlemsstaternas allmänna skyldighet att säkerställa ett domstolsskydd för enskildas rättigheter enligt [unionsrätten]”,<sup>17</sup> vilken fastställs i artikel 47 i stadgan.

41. I förevarande fall kan tillämpningen av 350 § i lagen om offentlig upphandling i kombination med 339/A § i civilprocesslagen föranleda problem med hänsyn till artikel 47 i stadgan.

12 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

13 Dom av den 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 36). Min kursivering.

14 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 35).

15 Denna undantagsmöjlighet kan däremot inte, enligt min mening, omvandlas till en skyldighet, eftersom den princip om företräde för tvisten om lagenligheten framför tvisten om skadestånd som medges enligt artikel 2.6 i direktiv 89/665 då till väsentlig del skulle berövas sin ändamålsenliga verkan.

16 Domstolen har således slagit fast att ”[u]nionsrätten, i synnerhet effektivitetsprincipen, utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär att en skadeståndstalan som grundar sig på en överträdelse av upphandlingslagstiftningen måste föregås av en fastställelse av att det aktuella upphandlingsförfarandet var rättsstridigt på grund av att det inte föregåtts av ett offentliggörande av ett meddelande om upphandling, och att för en sådan fastställelse gäller en preklusionsfrist på sex månader, som börjar löpa dagen efter tilldelningen av kontraktet, oberoende av huruvida den som ansöker om fastställelse hade möjlighet att känna till rättsstridigheten av den upphandlande myndighetens beslut” (dom av den 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 46 och domslutet).

17 Dom av den 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punkt 47). Min kursivering. Se, även, dom av den 18 mars 2010, Alassini m.fl. (C-317/08 till C-320/08, EU:C:2010:146, punkt 49), och dom av den 14 september 2016, Martínez Andrés och Castrejana López (C-184/15 och C-197/15, EU:C:2016:680, punkt 59).



### ***C. Huruvida prövningen av lagenligheten får begränsas till de rättsliga och faktiska omständigheter som anförs av klaganden***

42. Enligt 339/A § i civilprocesslagen får en domstol pröva ett förvaltningsbeslut endast utifrån de bestämmelser som gällde och de sakomständigheter som förelåg vid tidpunkten för dess antagande.

43. I tvister om beslut som avser offentlig upphandling innebär detta att de nationella domstolar som har att pröva beslut från överklagandenämnden inte har rätt att pröva nya grunder som inte åberopats vid överklagandenämnden.

44. Enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 är medlemsstaterna skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut som är oförenliga med unionsrätten kan provas effektivt och så skyndsamt som möjligt.

45. För att uppnå detta får medlemsstaterna enligt artikel 2.2 i direktiv 89/665 tilldela separata organ som inte nödvändigtvis är domstolar befogenheten att åsidosätta beslut och bevilja skadestånd.<sup>18</sup> Emellertid innehåller direktiv 89/665 inga bestämmelser som särskilt reglerar villkoren för att utöva dessa rättsmedel.<sup>19</sup> Enligt direktiv 89/665 ges medlemsstaterna således befogenhet att företa en skönsmässig bedömning vad avser valet av processrättsliga skyddsregler och dithörande formkrav.<sup>20</sup>

46. Enligt fast rättspraxis ankommer det, enligt principen om processuell autonomi, på medlemsstaterna att fastställa de regler för det administrativa förfarandet och domstolsförfarandet som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten. Dessa regler får emellertid inte förta den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665.<sup>21</sup>

47. Mot denna bakgrund förefaller det mig som om en sådan bestämmelse som 339/A § i civilprocesslagen inte som sådan strider mot unionsrätten, när den tillämpas inom ramen för den prövning av lagenligheten som utförs av överklagandenämnden och därefter av domstolarna.

48. Av tredje skälet i direktiv 89/665 framgår nämligen att ett av direktivets huvudsakliga mål är att genomföra ”snabba och effektiva rättsmedel”.<sup>22</sup> Betydelsen av snabba rättsmedel betonas av lagstiftaren själv i artikel 1.1 fjärde stycket i direktivet, i vilken medlemsstaterna uttryckligen åläggs att vidta ”nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt ... kan provas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt”.<sup>23</sup>

49. Att domstolsprövningen begränsas till de grunder som åberopats vid överklagandenämnden och de faktiska omständigheter som förelåg vid tidpunkten för antagande av beslutet, i enlighet med de bestämmelser som gällde vid den tidpunkten, bidrar till uppnåendet av målet avseende skyndsamhet utan att för den skull påverka själva kärnan i rätten till ett effektivt rättsmedel.<sup>24</sup>

18 Enligt artikel 2.9 i direktiv 89/665 kan dock i detta fall en olaglig åtgärd av ett ”prövningsorgan” som inte är en domstol eller en påstådd brist i utövandet av dess befogenheter bli föremål för domstolsprövning (eller prövning av ett annat organ som är en domstol i enlighet med artikel 267 FEUF och är oberoende av den upphandlande myndigheten och prövningsorganet).

19 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2016, *Star Storage* m.fl. (C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 42).

20 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 44).

21 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 mars 2015, *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 40), dom av den 6 oktober 2015, *Orrizonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 47), dom av den 15 september 2016, *Star Storage* m.fl. (C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 43), och dom av den 5 april 2017, *Marina del Mediterraneo* m.fl. (C-391/15, EU:C:2017:268, punkt 33).

22 Min kursivering.

23 Min kursivering.

24 Se, för ett liknande resonemang, punkt 90 i förslag till avgörande av generaladvokaten Mengozzi i målet *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:50), där generaladvokaten angav att “[f]örbudet mot att inkomma med nya grunder vid överklagande ... är gemensamt för regelverken i flera medlemsstater. Detta förbud kan ... inte heller göra invändningen verkningslös”. Domstolen bekräftade detta synsätt och att en sådan bestämmelse är teoretiskt lagenlig. I punkt 87 i sin dom av den 26 september 2013, *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:588), fastslog domstolen, som svar på en invändning avseende förbudet mot att åberopa nya grunder i överklagandet, att den inte tagit del av ”några omständigheter som ger anledning att tvivla på att den påföljdsordning som är aktuell i det nationella målet är förenlig med principerna om ett effektivt domstolskydd och om iakttagande av rätten till försvar”.

50. Nämda bestämmelse gör det möjligt att undvika att förfarandet fördröjs genom att en ny diskussion – som nödvändigtvis måste vara kontradiktorisk och måste avgöras genom ett motiverat beslut – inleds vid den domstol som prövar saken. Den bidrar därigenom till en god rättskipning i den enskildes intresse<sup>25</sup> och befäster de rättssäkerhetskrav som ställs på en talan som syftar till att ett avtal ska förklaras ogiltigt.<sup>26</sup> Nämda bestämmelse berövar vidare inte den enskilde rätten att väcka talan vid domstol. Den avgränsar endast rätten att väcka talan, inom de gränser som den enskilde själv har uppställt på eget ansvar.

51. När domstolen tillfrågats om konsekvenserna av en processuell regel som begränsar domstolsprövningen till de argument som har anförts av parterna, har den slagit fast att effektivitetsprincipen inte innebär en skyldighet för de nationella domstolarna att ex officio pröva en grund som är hänförlig till en unionsrättslig bestämmelse, oberoende av dess betydelse för unionens rättsordning, om parterna har en verklig möjlighet att vid en nationell domstol åberopa en grund som är hänförlig till unionsrätten.<sup>27</sup>

52. Även om det är riktigt att en processuell regel som leder till att tvisten avgränsas till enbart de grunder som har åberopats vid överklagandenämnden begränsar rätten till ett effektivt rättsmedel inför en domstol i den mening som avses i artikel 47 i stadgan, är den under ovanstående omständigheter motiverad i den mening som avses i artikel 52.1, om den är föreskriven i lag, respekterar det väsentliga innehållet i rätten till ett effektivt rättsmedel och respekterar målet avseende skyndsamhet vid prövningen som föreskrivs i direktiv 89/665, vilket bidrar till en god rättskipning och till rättssäkerhetskravet.

#### ***D. Huruvida de processuella begränsningar som gäller vid tvister om lagenligheten får tillämpas i en tvist om skadestånd***

53. Av ovanstående överväganden framgår att rätten till ett effektivt rättsmedel inte utgör hinder för den norm enligt vilken tvisten om lagenligheten har företräde framför tvisten om skadestånd och inte heller för den norm enligt vilken det är förbjudet att åberopa en ny grund efter det att talan väckts, när nämnda normer tillämpas separat.

54. När 350 § i lagen om offentlig upphandling tillämpas i kombination med 339/A § i civilprocesslagen leder detta emellertid till att talan om skadestånd inte kan tas upp till prövning, om den inte har föregåtts av ett beslut om fastställelse av att upphandlingen i fråga är rättsstridig, och detta oberoende av huruvida den som begär skadestånd faktiskt har haft en verklig möjlighet att inom ramen för tvisten om lagenligheten anföra den relevanta invändningen om rättsstridighet.

55. Detta strider enligt min mening mot artikel 47 i stadgan, eftersom det utan att det motiveras av ett mål av allmänintresse kränker den rätt till ett effektivt rättsmedel som garanteras i denna bestämmelse genom att göra det i praktiken omöjligt att väcka en talan om skadestånd, vilket strider mot kraven i artikel 52.1 i stadgan.

<sup>25</sup> Domstolen har slagit fast att ett finansiellt krav kan utgöra "en åtgärd för att se till att möjligheten till klagomål inte missbrukas och att se till att överklaganden handläggs så snabbt som möjligt, vilket medför en god rättskipning i samtliga medborgares intresse, i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan" (dom av den 15 september 2016, *Star Storage m.fl.*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 54).

<sup>26</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 november 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 40).

<sup>27</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 juni 2007, *van der Weerd m.fl.* (C-222/05 till C-225/05, EU:C:2007:318, punkt 41).

### 1. Kränkning av rätten till ett effektivt rättsmedel

56. Kravet på domstolsskydd innebär att det är möjligt att erhålla ersättning för den skada som har lidits i fall av ett åsidosättande av unionsrätten. När en åtgärd, vars giltighet ifrågasätts, har tillämpats, är ett undanröjande av den inte alltid tillräckligt som ersättning för hela den skada som har lidits.<sup>28</sup> Medan ett undanröjande av åtgärden avbryter dess verkningar i den situation avseende vilken talan väckts i domstol, kompenserar beviljandet av skadestånd för den skada som åtgärden kan ha orsakat. Båda dessa är således nödvändiga för att ge den enskilde ett fullständigt skydd.<sup>29</sup>

57. Även om den princip om företräde för tvisten om lagenligheten framför tvisten om skadestånd som tilläts enligt artikel 2.6 i direktiv 89/665 kan förklaras och motiveras av processekonomiska hänsyn och även av rättssäkerheten,<sup>30</sup> ska den bestämmelse genom vilken denna princip genomförs inte tillämpas, om det visas att det på grund av ett legitimt skäl som inte har något att göra med klagandens handlande inte har varit möjligt att erhålla fastställelse av att det omtvistade beslutet är rättsstridigt.

58. I annat fall skulle den enskilde berövas allt domstolsskydd, eftersom en skadeståndstalan under dessa särskilda omständigheter är ”det sista skyddsvärnet för den enskilde när ... inget annat rättsmedel [har] erbjud[it] vederbörande ett effektivt skydd”.<sup>31</sup>

59. Detta särdrag hos tvister om skadestånd genomsyrar domstolens hela praxis om förhållandet mellan rättsmedel och deras inverkan på ett effektivt domstolsskydd, oavsett om det gäller att uttala sig om striktheten hos villkoren för upptagande till prövning av en talan om ogiltigförklaring i tvister om unionsrättsaktens lagenlighet<sup>32</sup> eller att kompensera för avsaknaden av horisontell direkt effekt hos direktiv<sup>33</sup> eller också när ett åsidosättande, genom ett lagakraftvunnet domstolsavgörande, av de rättigheter som följer av unionsrätten inte längre kan avhjälpas.

60. Även om unionsrätten i sist nämnda situation inte kräver att en domstol ska ändra sitt avgörande för att beakta en tolkning av en relevant unionsbestämmelse som EU-domstolen gjort efter det att avgörandet har vunnit laga kraft, ”[kan] de enskilda inte ... fråntas möjligheten att hålla staten skadeståndsansvarig för att på så sätt erhålla ett rättsligt skydd för sina rättigheter”.<sup>34</sup>

61. Detta resonemang har tillämpats vid erkännandet av skadeståndsansvar när domstolar i sista instans har åsidosatt unionsrätten. Domstolen har nämligen slagit fast att ”[m]ed hänsyn till den väsentliga funktion som den dömande makten fyller för att skydda de rättigheter som enskilda åtnjuter enligt [unions]bestämmelserna skulle den fulla verkan av dessa bestämmelser äventyras och skyddet för de rättigheter som följer av dessa försvagas om det var uteslutet att enskilda på vissa villkor skulle kunna erhålla skadestånd när deras rättigheter hade kränkts genom en överträdelse av [unions]rätten som beror på ett avgörande av en domstol i en medlemsstat som dömer i sista instans”.<sup>35</sup>

28 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 maj 2017, Safa Nicu Sepahan/rådet (C-45/15 P, EU:C:2017:402, punkt 49).

29 Se, för ett liknande resonemang, beträffande rättsregler, Dubouis, L., ”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 Denna princip syftar till att anförtro prövningen av bestämmelserna om offentlig upphandling till särskilda prövningsorgan. Det måste säkerställas att alla rättsfrågor som rör åsidosättande av bestämmelserna om offentlig upphandling och som uppkommer inom ramen för andra förfaranden har avgjorts slutligt av det särskilda organ som utsetts för detta ändamål.

31 Beträffande talan om utomobligatoriskt skadeståndsansvar, Berrod, Fr., *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003, nr 946.

32 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 september 2006, Reynolds Tobacco m.fl./kommissionen (C-131/03 P, EU:C:2006:541, punkt 82).

33 Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punkterna 42 och 43), och dom av den 26 mars 2015, Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200, punkt 48).

34 Dom av den 6 oktober 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, punkt 40).

35 Dom av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 33). Se, även, dom av den 13 juni 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, punkt 31).

62. Unionsrättens fulla verkan och skyddet av de rättigheter som tillerkänns i den, vilka ligger till grund för denna rättspraxis, kräver även att detta synsätt väljs när samtidig tillämpning av processuella regler leder till att en upphandlande myndighet får ”immunitet” från allt ansvar trots att den har gjort sig skyldig till en överträdelse av unionsrätten. Denna tolkning styrks av unionslagstiftarens vilja att se till att lämpliga förfaranden införs, så att ersättning kan ges till dem som skadats av en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling.<sup>36</sup>

63. Detta resonemang garanterar även unionsrättens företräde, eftersom EU-domstolen har slagit fast att om det framgår att en nationell domstols bedömningar är oförenliga med unionsrätten, krävs enligt unionsrätten att en annan nationell domstol – även om den enligt nationell rätt är ovillkorligen bunden av den förstnämnda domstolens tolkning av unionsrätten – på eget initiativ låter bli att tillämpa den nationella lagbestämmelse som ålägger den att följa den förstnämnda domstolens tolkning av unionsrätten.<sup>37</sup>

64. Vad gäller det aktuella problemet med förhållandet mellan processuella regler framgår att om den som begär skadestånd inte har haft någon verklig möjlighet att inom ramen för tvisten om lagenligheten åberopa den grund som vederbörande önskar åberopa till stöd för sin talan om skadestånd, kan den felaktiga tillämpningen av unionsrätten inte repareras. För att säkerställa unionsrättens företräde ska den nationella domstolen emellertid inom ramen för sin behörighet vidta alla nödvändiga åtgärder för att reparera en felaktig tillämpning.<sup>38</sup> Av det ovanstående följer att om det visas att det inte varit möjligt att, av skäl som inte har något att göra med klagandens handlande, erhålla fastställelse av att den upphandlande myndighetens beslut är rättsstridigt, ska den behöriga nationella domstolen avstå från att tillämpa den bestämmelse enligt vilken principen att tvisten om lagenligheten har företräde framför tvisten om skadestånd ska tillämpas.

## *2. Avsaknad av sakliga skäl*

65. Vid granskningen ovan av huruvida en bestämmelse som hindrar åberopandet av en grund som inte åberopats i den ansökan genom vilken överklagandet först ingavs är förenlig med unionsrätten, bedömde jag att det mål avseende skyndsamtet som eftersträvas med direktiv 89/665 kan motivera att en sådan bestämmelse tillämpas inom ramen för ett förfarande för prövning av huruvida ett beslut avseende offentlig upphandling är lagenligt, eftersom det bidrar till en god rättsskipning och befäster det rättssäkerhetskrav som ska gälla vid en talan som syftar till ogiltigförklaring av ett avtal.

66. Domstolen har understrukit att ”de krav på rättssäkerhet som ställs i förhållande till förutsättningar för att en talan ska kunna tas upp till prövning inte är desamma för en skadeståndstalan som för en talan som syftar till att ett kontrakt ska förklaras ogiltigt. Ogiltigförklaringen av ett kontrakt som ingåtts efter det att ett offentligt upphandlingsförfarande genomförts medför nämligen att det inte längre existerar och att fullgörelsen av kontraktet eventuellt upphör, vilket utgör ett betydande ingrepp av domstolar eller förvaltningsmyndigheter i avtalsförhållanden mellan enskilda och statliga organ. Ett sådant beslut kan också skapa avsevärda störningar och ekonomiska förluster, inte enbart för den anbudsgivare som tilldelats det offentliga kontraktet i fråga, utan även för den upphandlande myndigheten, och därigenom för allmänheten, som är den slutliga användaren av de

<sup>36</sup> Se, för ett liknande resonemang, sjätte skälet i direktiv 89/665.

<sup>37</sup> Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 15 oktober 2015, Naderhirn (C-581/14, ej publicerat, EU:C:2015:707, punkt 35).

<sup>38</sup> Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 15 oktober 2015, Naderhirn (C-581/14, ej publicerat, EU:C:2015:707, punkt 37).

byggentreprenader eller tjänster som upphandlats genom kontraktet. Såsom det framgår av skäl 25 och 27 i direktiv [2007/66/EG]<sup>39</sup> har unionslagstiftaren således lagt större vikt vid de rättssäkerhetskrav som ställs på en talan som syftar till att ett avtal ska förklaras ogiltigt än på en talan om skadestånd.”<sup>40</sup>

67. Det förhållande mellan förfaranden som avses i det nationella målet kan dessutom inte fördröja utgången av upphandlingsförfarandet eller skada rättssäkerheten. Det beslut om uteslutning vars rättsstridighet har gett upphov till den påstådda skadan blev nämligen slutgiltigt sedan slutligt avslag hade meddelats på överklagandet av överklagandenämndens beslut och på ansökan om resning avseende den dom som Fővárosi Ítélotábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest) hade meddelat inom ramen för samma förfarande.

68. Att den domstol som har att avgöra tvisten om skadestånd tillåts fastställa – på basen av en grund som inte prövades inom ramen för förfarandet om ogiltigförklaring – att det beslut som gett upphov till den påstådda skadan är rättsstridigt kan följaktligen inte leda till att den omtvistade åtgärden ogiltigförklaras.

69. En sådan möjlighet kan för övrigt inte betraktas som att den domstol som har att avgöra tvisten om skadestånd ifrågasätter rättskraften, eftersom talan om skadestånd inte rör samma sak som talan om ogiltigförklaring och sistnämnda tvist inte avsåg samma rättsfråga. Tvärtom har domstolen under analoga omständigheter redan slagit fast att rättssäkerhetsprincipen inte kan motivera en nationell bestämmelse som förhindrar den nationella domstolen från att beakta samtliga följder av ett åsidosättande av en bestämmelse i fördraget på grund av ett nationellt domstolsavgörande som har rättskraft.<sup>41</sup>

### 3. Tillämpning på förevarande fall

70. Att utdöma skadestånd till personer som lidit skada till följd av en överträdelse av upphandlingslagstiftningen är ett av de rättsmedel som garanteras i unionsrätten.<sup>42</sup> För att parafrasera den formulering som domstolen använde i punkt 43 i sin dom av den 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), kan förhållandet mellan de processuella regler som är tillämpliga på tvisten i det nationella målet leda till att den skadelidande personen fräntas inte enbart möjligheten att få den upphandlande myndighetens beslut ogiltigförklarat, utan samtliga rättsmedel som föreskrivs i artikel 2.1 i direktiv 89/665.

71. Ett analogt avgörande är följaktligen nödvändigt i förevarande mål. Rätten till ett effektivt rättsmedel, vilken fastställs i artikel 47 i stadgan, utgör hinder för en sådan ordning som den som avses i det nationella målet, vilken kränker nämnda rättighet genom att göra det omöjligt att väcka talan om skadestånd på grund av förbudet mot att beakta en rättslig grund som den enskilde inte – utan eget fel eller egen försummelse – kunnat få kännedom om innan vederbörande väckte talan om ogiltigförklaring eller, för att använda samma ord som i domen av den 7 juni 2007, van der Weerd m.fl. (C-222/05 till C-225/05, EU:C:2007:318), som vederbörande inte har haft en verklig möjlighet att åberopa vid en nationell domstol.

<sup>39</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, 2007, s. 31).

<sup>40</sup> Dom av den 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punkterna 39 och 40).

<sup>41</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, punkt 45).

<sup>42</sup> Dom av den 26 november 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 43).

72. I förevarande mål grundar sig det åsidosättande av unionsrätten som Hochtief för första gången åberopade vid Fővárosi Ítéltábla (Regionala appellationsdomstolen i Budapest,) på domen av den 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127), vilken blev "tillgänglig" på ungerska först efter det att överklagandet hade ingetts till överklagandenämnden.<sup>43</sup>

73. Det återstår att undersöka huruvida det faktiskt var omöjligt för ett företag som Hochtief, som är ett företag bildat enligt tysk rätt med säte i Tyskland, att ta del av en dom från EU-domstolen innan den hade översatts till ungerska. Den omständigheten att uppgifterna om vid vilken tidpunkt domen av den 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127), blev tillgänglig på ungerska lämnades ut på tyska av domstolens kansli sedan begäran om detta inkommit på tyska från Hochtiefs säte i Tyskland är utan tvekan en omständighet som ska beaktas. När det gäller en fråga som rör de faktiska omständigheterna ankommer det emellertid på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida Hochtief hade en *verklig möjlighet* att åberopa denna grund vid överklagandenämnden (eller vid den domstol vid vilken överklagandenämndens beslut överklagades, om överklagandenämnden inte är en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF<sup>44</sup>). Om Hochtief inte hade en sådan möjlighet bör dess talan om skadestånd kunna tas upp till prövning, trots att den upphandlande myndighetens beslut inte har undanröjts.

## VI. Förslag till avgörande

74. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Kúria (Högsta domstolen, Ungern) på följande sätt:

- 1) Unionsrätten utgör inte hinder för en nationell processuell regel enligt vilken möjligheten att väcka skadeståndstalan är beroende av att ett organ som har de nödvändiga befogenheterna i den mening som avses i artikel 2.6 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten slutgiltigt har fastställt att den upphandlande myndighetens beslut är rättsstridigt.
- 2) Artikel 2.6 i direktiv 89/665 utgör inte hinder för att medlemsstaterna föreskriver situationer där den omständigheten att en upphandlande myndighets påstått rättsstridiga beslut inte först har undanröjts inte är ett skäl till att avvisa en skadeståndstalan.
- 3) Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken en skadeståndstalan som grundar sig på en överträdelse av upphandlingslagstiftningen måste föregås av en fastställelse av att det aktuella upphandlingsförfarandet var rättsstridigt, när den som begär skadestånd inte har haft någon verklig möjlighet att vid en nationell domstol åberopa den grund som vederbörande önskar åberopa till stöd för sin talan om skadestånd.

43 Tvärtemot vad Hochtief gjorde gällande vid förhandlingen den 30 april är det argument som grundar sig på domen av den 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127) ett helt annat än det som ursprungligen anfördes i den ansökan genom vilken överklagandet först ingavs. Det juridiska problem som behandlas i ovannämnda dom rör rätten till försvar och inte huruvida anbudet som sådant inte uppfyllde kraven.

44 Huruvida ett organ utgör en "domstol" i den mening som avses i artikel 267 FEUF beror på ett antal omständigheter, såsom huruvida organet är upprättat enligt lag, organet är av stadigvarande karaktär, dess jurisdiktion är av tvingande art, förfarandet är kontradiktoriskt, organet tillämpar rättsregler och huruvida det har en oberoende ställning (se, bland annat, dom av den 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96, EU:C:1997:413, punkt 23, och, för en nylig tillämpning, dom av den 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 17). Det kan påpekas att domstolen redan flera gånger har haft tillfälle att fastslå att organ såsom överklagandenämnden ska anses utgöra en "domstol" i den mening som avses i artikel 267 FEUF, om de uppfyller ovannämnda villkor. Beträffande detta se, förutom de båda ovannämnda domarna, dom av den 4 februari 1999, Köllensperger och Atzwanger (C-103/97, EU:C:1999:52), dom av den 18 november 1999, Unitron Scandinavia och 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), dom av den 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379), dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), dom av den 18 september 2014, Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235), dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), dom av den 27 oktober 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), och dom av den 8 juni 2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431).