



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ANTHONY COLLINS
föredraget den 7 december 2023¹

Mål C-547/22

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

(begäran om förhandsavgörande från Okresný súd Bratislava II (Distriktsdomstolen för Bratislava II, Slovakien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Prövningsförfaranden – Direktiv 89/665/EEG – Medlemsstaternas utomobligatoriska skadeståndsansvar – Skadeståndstalan för överträdelse av unionsrätten väckt av en anbudsgivare vars anbud har förkastats – Beräkning – Utebliven vinst – Förlorad möjlighet”

I. Inledning

1. Kräver unionsrätten att medlemsstaterna godtar ett skadeståndsanspråk på grund av förlorad möjlighet från en anbudsgivare som rättsstridigt har uteslutits från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt, när förfarandet har avslutats och ett kontrakt har ingåtts med den utvalda anbudsgivaren? För att kunna besvara denna fråga ska domstolen ta ställning till om förfarandena för beviljande av sådant skadestånd som avses i artikel 2.1 c 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 anläggningsarbeten² regleras av medlemsstaternas lagstiftningar. Om så är fallet ska domstolen granska konsekvenserna av kravet på att dessa lagstiftningar måste uppfylla effektivitetsprincipen.

¹ Originalspråk: engelska.

² EGT L 395, 1989, s. 33, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31) och av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 (EUT L 94, 2014, s. 1).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

2. Ingressen till direktiv 89/665 har följande lydelse:

”Det förhållandet att det i sofliga medlemsstater saknas möjligheter till rättelse eller att de befintliga möjligheterna är otillräckliga, hindrar gemenskapens företag från att lämna anbud i det medlemsland, där den upphandlande myndigheten är etablerad. Berörda medlemsstater måste rätta till förhållandet.

...

Det är nödvändigt att se till att lämpliga förfaranden finns inom alla medlemsstater, så att beslut i strid mot dess bestämmelser kan upphävas och ersättning kan ges till dem som skadats av överträdelserna.”

3. 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 provas effektivt ...”

4. I artikel 1.3 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.”

5. I artikel 2.1 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

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

...

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

B. Slovakisk rätt

6. I § 3.1 a i Zákon č. 514/2003 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci (lag nr 514/2003 om ansvar för skador om orsakats vid utövandet av offentlig makt) (nedan kallad lag nr 514/2003) föreskrivs att staten är ansvarig för skador som orsakats av offentliga myndigheter till följd av ett rättsstridigt beslut.

7. Enligt § 5.1 i lag nr 514/2003 har en part i ett förfarande, vilken lidit skada till följd av ett rättsstridigt beslut som fattats inom ramen för förfarandet, rätt till ersättning.

8. I § 17.1 i lag nr 514/2003 fastställs att ersättning ska beviljas för vållad skada och utebliven vinst, om inte annat föreskrivs i särskilda bestämmelser.

9. I § 442.1 i Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (civillag nr 40/1964, nedan kallad civillagen) föreskrivs att vid talan om skadestånd ska ersättning beviljas för vållad skada och utebliven vinst.

10. Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní (lag nr 25/2006 om offentlig upphandling) förefaller inte innehålla några särskilda bestämmelser om skadeståndstalan i samband med tilldelning av offentliga kontrakt.

III. Målet vid den nationella domstolen, begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

11. Det slovakiska fotbollsförbundet offentliggjorde år 2013 en inbjudan att lämna anbud för tilldelning av ett kontrakt för uppförande, rekonstruktion och modernisering av fotbollsarenor. Ingsteel spol s.r.o. (nedan kallat Ingsteel) är ett företag verksamt i byggbranschen som deltog i upphandlingsförfarandet. Det slovakiska fotbollsförbundet uteslöt Ingsteel från förfarandet på grund av att företaget inte uppfyllde de ekonomiska och finansiella kraven i anbudsinfördran. Ingsteel väckte talan för att begära överprövning av beslutets laglighet och under prövningen av denna framställde Najvyšší súd Slovenskej republiky (Högsta domstolen, Slovakien) en begäran om förhandsavgörande från EU-domstolen.

12. I sin dom av den 13 juli 2017, i målet Ingsteel och Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), slog domstolen fast att Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster³ ska tolkas så, att när det i ett anbuds-förfarande ställs krav på tillhandahållande av en försäkran från en bank att bevilja anbudsgivaren kredit och de banker som kontaktats av anbudsgivaren nekar att tillhandahålla en sådan försäkran, kan anbudsgivaren tillåtas bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning på annat lämpligt sätt. Mot bakgrund av EU-domstolens dom drog Najvyšší súd Slovenskej republiky (Högsta domstolen, Slovakien) slutsatsen att beslutet att utesluta Ingsteel var rättsstridigt och ogiltigförklarade det. Den hänsköt sedan ärendet till Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheten för reglering av offentliga upphandlingar, Slovakien) för vidtagande av lämpliga åtgärder.

13. Eftersom förfarandet för tilldelning av det offentliga kontraktet hade avslutats och den upphandlande myndigheten hade ingått ett ramavtal med den utvalda anbudsgivaren väckte Ingsteel talan mot myndigheten för reglering av offentliga upphandlingar, varigenom företaget bland annat yrkade skadestånd för den förlorade möjligheten att vinna anbuds-förfarandet. Företaget menade att förlorad möjlighet och utebliven vinst är två olika yrkanden. Beviskraven för att visa att denna skada är tillräckligt förutsebar förefaller, enligt slovakisk rätt, vara lägre för anspråk avseende en förlorad möjlighet än för anspråk avseende utebliven vinst.

14. Myndigheten för reglering av offentliga upphandlingar anser att Ingsteels skadeståndsanspråk är hypotetiskt. Det fanns ingen garanti för att Ingsteel skulle ha valts som den vinnande anbudsgivaren eller – om Ingsteel hade valts ut – att den upphandlande myndigheten skulle ha ingått ett kontrakt med företaget.

³ EUT L 134, 2004, s. 114.

15. Okresný súd Bratislava II (Distriktsdomstolen för Bratislava II, Slovakien) ställer sig frågan om den enligt direktiv 89/665 är skyldig att bifalla en anbudsgivares yrkande om skadestånd på grund av förlorad möjlighet, när en domstol har ogiltigförklarat ett beslut att utesluta anbudsgivaren från ett förfarande som ledde till tilldelning av ett offentligt kontrakt och den upphandlande myndigheten ingick ett kontrakt med en annan anbudsgivare. Den beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1) Är den praxis som tillämpas av den nationella domstol vid vilken talan väckts om ersättning för skada som orsakats en anbudsgivare som rättsstridigt uteslutits från ett förfarande för offentlig upphandling, enligt vilken denne nekats ersättning för en förlorad möjlighet (*loss of opportunity*), förenlig med artikel 2.1 c jämförd med artikel 2.6 och 2.7 i [direktiv 89/665]?”
- 2) Är den praxis som tillämpas av den nationella domstol vid vilken talan väckts om ersättning för skada som orsakats en anbudsgivare som rättsstridigt uteslutits från ett förfarande för offentlig upphandling, enligt vilken en del av kravet på ersättning inte utgör krav på vinst som uteblivit till följd av att möjligheten att delta i en offentlig upphandling omintetgjorts, förenlig med artikel 2.1 c jämförd med artikel 2.6 och 2.7 i [direktiv 89/665]?”

16. Skriftliga yttranden har inkommit från myndigheten för reglering av offentliga upphandlingar, den tjeckiska, den franska och den slovakiska regeringen samt Europeiska kommissionen. Vid förhandlingen den 20 september 2023 yttrade sig den tjeckiska och den österrikiska regeringen samt kommissionen muntligen och besvarade de frågor som ställdes av domstolen.

IV. Rättslig bedömning

A. *Upptagande till prövning*

17. Myndigheten för reglering av offentliga upphandlingar menar att det finns två skäl till att domstolen inte bör pröva begäran om förhandsavgörande. För det första, eftersom Ingsteel deltog i upphandlingsförfarandet tillsammans med Metrostav a.s., som inte är part i målet vid den hänskjutande domstolen, har företaget inte rätt att väcka talan om skadestånd. För det andra, eftersom Ingsteel ursprungligen yrkade skadestånd på grund av utebliven vinst, inte förlorad möjlighet, kan företaget inte presentera det yrkandet i detta skede i förfarandet vid den hänskjutande domstolen.

18. Den slovakiska regeringen tvivlar även på huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning i den mån den hänskjutande domstolen förefaller ha frågat EU-domstolen om Ingsteels skadeståndsanspråk bör bifallas. Både myndigheten för reglering av offentliga upphandlingar och den slovakiska regeringen påpekar att det endast är den hänskjutande domstolen som kan pröva Ingsteels anspråk i sak.

19. Inom ramen för det samarbete som införts genom artikel 267 FEUF ankommer det, enligt fast rättspraxis, uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Domstolen är därmed i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser

tolkningen av en unionsbestämmelse.⁴ En tolkningsfråga från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i målet vid den nationella domstolen eller då frågorna är hypotetiska eller domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att det ska gå att ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den.⁵

20. Den hänskjutande domstolens har genom sina frågor begärt en tolkning av artikel 2.1 c i direktiv 89/665. Mot bakgrund av omständigheterna i målet framstår frågorna i beslutet om hänskjutande, vad gäller möjligheten att väcka skadeståndstalan på grund av en förlorad möjlighet att ingå ett offentligt kontrakt, inte som hypotetiska. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida Ingsteel, enligt nationell rätt, har rätt att väcka skadeståndstalan på grund av förlorad möjlighet och vilka eventuella konsekvenser som kan följa av hur denna talan har förts. Av dessa skäl föreslår jag att domstolen ska avvisa invändningarna mot att tolkningsfrågorna prövas.

B. Prövning i sak

1. Parternas yttranden

21. Myndigheten för reglering av offentliga upphandlingar samt den österrikiska, den tjeckiska, den franska och den slovakiska regeringen gör gällande att det är upp till varje medlemsstat att i sin nationella rättsordning fastställa kriterierna för att bedöma skador till följd av en överträdelse av unionsrätten i ett förfarande som leder till tilldelning av ett offentligt kontrakt. Dessa parter godtar också att sådana nationella regler måste uppfylla principerna om likvärdighet och effektivitet. Eftersom direktiv 89/665 endast föreskriver en lägsta harmoniseringsnivå innehåller det inte någon vägledning om vilka aspekter som de nationella domstolarna ska beakta när de gör denna bedömning. Av detta följer att direktiv 89/665 inte förpliktar medlemsstaterna att föreskriva att ersättning ska beviljas vid förlust av en möjlighet att tilldelas ett offentligt kontrakt.

22. Den tjeckiska regeringen menar att begreppet skada i direktiv 89/665 inte är ett självständigt unionsrättsligt begrepp. Den franska regeringen delar denna uppfattning. Den gör gällande att dess inställning är förenlig med rättspraxis gällande medlemsstaternas utomobligatoriska skadeståndsansvar för överträdelse av unionsrätten, enligt vilken varje medlemsstat i sin lagstiftning fastställer ersättningens omfattning och reglerna för att bedöma eventuell förlust eller skada som åsamkats genom överträdelsen.

23. Myndigheten för reglering av offentliga upphandlingar är enig med Ingsteel om att utebliven vinst och förlorad möjlighet är olika begrepp. Det senare utgörs av förlusten av en möjlighet att tilldelas ett offentligt kontrakt.⁶ Den menar att enligt slovakisk rätt kan en anbudsgivare som rättsstridigt uteslutits och som kan visa att den hade en verklig och tillräckligt stor möjlighet att tilldelas ett offentligt kontrakt beviljas skadestånd för den förlorade möjligheten. Den tjeckiska

⁴ Se dom av den 13 januari 2022, Regione Puglia (C-110/20, EU:C:2022:5, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

⁵ Ibidem, punkt 24 och där angiven rättspraxis.

⁶ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 maj 2008, Belfass/rådet (T-495/04, EU:T:2008:160, punkt 124), dom av den 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki/EIB (T-461/08, EU:T:2011:494, punkt 210) och dom av den 28 februari 2018, Vakakis kai Synergates/kommissionen (T-292/15, EU:T:2018:103, punkt 187).

och den slovakiska regeringen anser däremot att en förlorad möjlighet kan anses vara en sorts utebliven vinst. Den största skillnaden mellan de två begreppen ligger i beviskraven för att konstatera förekomst av skada och fastställa den ersättning som kan beviljas.

24. Den österrikiska, den tjeckiska och den slovakiska regeringen anser att även om viss vägledning står att finna i rättspraxis gällande Europeiska unionens utomobligatoriska skadeståndsansvar på området offentlig upphandling, kan denna praxis inte överföras på tillämpningen av direktiv 89/665. Unionsdomstolarna har i vissa fall beviljat anbudsgivare skadestånd för förlorad möjlighet, efter att unionens institutioner uteslutit dem från upphandlingsförfaranden i strid med lagstiftningen, men samma domstolar har i de flesta fall inte godtagit sådana anspråk med hänvisning till den omständigheten att en förlorad möjlighet vara verklig och inte hypotetisk för att skadestånd ska kunna beviljas.

25. Kommissionen noterar att även om medlemsstaterna visserligen, enligt artikel 2.1 c i direktiv 89/665, ska föreskriva att personer som vållats skada på grund av överträdelse av de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling ska beviljas skadestånd. Denna artikel innehåller emellertid inte några detaljerade villkor för hur detta krav ska uppfyllas. Eftersom direktiv 89/665 endast föreskriver en lägsta harmoniseringsnivå står det medlemsstaterna fritt att erbjuda en högre skyddsnivå för personer som lidit skada på grund av överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling. Det ankommer på varje medlemsstat, enligt principen om processuell autonomi, att fastställa detaljerade bestämmelser för att enskilda ska kunna väcka talan för att säkerställa skyddet för de rättigheter som de kan härleda från unionsrätten, under förutsättning att dessa bestämmelser är förenliga med principerna om likvärdighet och effektivitet. Eftersom direktiv 89/665 har till syfte att säkerställa effektiva prövningsförfaranden för att garantera iakttagandet av de principer som ligger till grund för bestämmelserna om offentlig upphandling, och i förlängningen för den inre marknaden, är effektivitetsprincipen av central betydelse för att besvara tolkningsfrågorna.

26. Enligt kommissionen är det inte längre möjligt att i målet vid den hänskjutande domstolen korrigera den rättsstridighet som begicks under upphandlingsförfarandet, eftersom den upphandlande myndigheten har ingått ett ramavtal med en annan anbudsgivare. Under dessa omständigheter är skadestånd det enda effektiva rättsmedel som finns tillgängligt för en anbudsgivare som lidit skada till följd av det rättsstridiga handlandet. Nationell lagstiftning enligt vilken det inte är möjligt att väcka talan om skadestånd för en förlorad möjlighet att tilldelas ett kontrakt, till följd av en sådan rättsstridighet, berövar Ingsteel tillgång till ett effektivt rättsmedel, vilket strider mot direktiv 89/665.

2. *Bedömning*

27. Parterna i målet vid domstolen är överens om att den hänskjutande domstolens frågor bör få ett enda svar. Eftersom det finns goda skäl för denna uppfattning föreslår jag att domstolen omformulerar den hänskjutande domstolens frågor på så sätt att den önskar få klarhet i huruvida det strider mot artikel 2.1 c i direktiv 89/665 att en nationell domstol som tillämpar en praxis enligt vilken en anbudsgivare - som rättsstridigt har uteslutits från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt som omfattas av det direktivet - hindras från att begära skadestånd för en förlust av en möjlighet att tilldelas kontraktet. Även om den hänskjutande domstolen har efterfrågat att EU-domstolen ska tolka artikel 2.1 c i direktiv 89/665 jämförd med artikel 2.6 och 2.7 i samma direktiv, anges det inte i beslutet om hänskjutande vilka eventuella konsekvenser som de senare bestämmelserna skulle få för svaren på de frågor som ställts. Det anges inte heller i beslutet om hänskjutande om Slovakien använt sig av möjligheten i artikel 2.6 i direktiv 89/665,

enligt vilken en domstol måste ha upphävt ett beslut som påstås vara rättsstridigt innan skadestånd kan krävas.⁷ Artikel 2.7 i direktiv 89/665, enligt vilken verkan av att de befogenheter som avses i artikel 2.1 har utövats på ett kontrakt som ingås till följd av tilldelningen av det ska regleras i nationell lagstiftning, förefaller sakna betydelse.⁸ Ingen av parterna som lämnat skriftliga eller muntliga yttranden till domstolen har hänvisat till artikel 2.6 eller 2.7 i direktiv 89/665 eller argumenterat med hänvisning till den. Jag anser därmed att den omformulerade frågan inte förlorar någon relevans genom att utelämnas dessa bestämmelser.

28. Enligt domstolens fasta praxis följer det vanligtvis av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten, förutom om en bestämmelse i unionsrätten beskriver ett rättsligt begrepp genom att hänvisa till medlemsstaternas rättsordningar, att begreppet ska ges en oberoende och enhetlig tolkning. Denna tolkning ska göras med beaktande av den aktuella bestämmelsens lydelse, det sammanhang i vilket den förekommer och syftet med lagstiftningen där den återfinns.⁹

29. Det är viktigt att påpeka att detta tillvägagångssätt inte är tillämpligt i samtliga fall. I det nu aktuella målet anser flera medlemsstater att begreppet skada i direktiv 89/665 inte är ett självständigt unionsrättsligt begrepp. Jag delar denna uppfattning av de skäl som anges nedan.

30. Av artikel 2.1 c i direktiv 89/665 framgår tydligt att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena omfattar en befogenhet att bevilja personer som skadats av en överträdelse skadestånd. I artikeln beskrivs inte vad sådana skador består av, och det ges inte heller någon vägledning beträffande hur dessa skador kan bedömas.¹⁰ Inte heller anges under vilka villkor en upphandlande myndighet kan bli skyldig att utge skadestånd, eller hur detta skadestånd kan beräknas.¹¹

31. Det sammanhang i vilket artikel 2.1 c i direktiv 89/665 förekommer inkluderar dess ingress, där det anges att det ankommer på medlemsstaterna att åtgärda eventuell avsaknad av eller otillräcklighet vad gäller tillgängliga rättsmedel i deras rättssystem. I artikel 1.1 fjärde stycket i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att upphandlande myndigheters beslut kan prövas effektivt. Enligt artikel 1.3 i direktiv 89/665 ska medlemsstaterna se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger. Av dessa bestämmelser framgår att direktiv 89/665 inför ett system med en lägsta harmoniseringsnivå, enligt vilket medlemsstaterna ansvarar för formen för och typen av rättsmedel som måste finnas tillgängliga inom ramen för en prövning av tilldelningen av offentliga kontrakt.¹² De parter som inkommit med yttranden är eniga om denna

⁷ Det framgår av beslutet om hänskjutande att Najvyšší súd Slovenskej republiky (Högsta domstolen, Slovakien) har upphävt beslutet att utsluta Ingsteel från förfarandet för tilldelning av det aktuella offentliga kontraktet.

⁸ Förutom i de situationer som avses i artiklarna 2d, 2e och 2f i direktiv 89/665, vilka inte inverkar på det nu aktuella målet: dom av den 11 september 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 52). Se även förslag till avgörande av generaladvokat Campos Sánchez-Bordona i målet Ingsteel och Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:226, punkt 69).

⁹ Dom av den 25 oktober 2018, Anodiki Services EPE (C-260/17, EU:C:2018:864, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

¹⁰ Förslag till avgörande av generaladvokat Cruz Villalón i målet Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. (C-568/08, EU:C:2010:515, punkt 106).

¹¹ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 december 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. (C-568/08, EU:C:2010:751, punkt 86).

¹² Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 oktober 2010, Symvoulío Apochetefseon Lefkosias (C-570/08, EU:C:2010:621, punkt 37), dom av den 26 mars 2020, HUNGEOD m.fl., (C-496/18 och C-497/18, EU:C:2020:240, punkt 73) och förslag till avgörande av generaladvokat Bobek i målet Marina del Mediterraneo m.fl., (C-391/15, EU:C:2016:651, punkt 38).

bedömning vinner stöd av rättspraxis stöder.¹³ Enligt direktiv 89/665 är medlemsstaterna således skyldiga att tillhandahålla vissa rättsmedel, vilka måste vara effektiva, men i direktivet definieras inte vilka rättsmedel.¹⁴

32. När det gäller syftena med direktiv 89/665 visar dess artikel 1.1, jämförd med ingressen, att direktivet avser säkerställa tillgänglighet vad gäller effektiva förfaranden för prövning av beslut om offentlig upphandling. Personer som vållats skada på grund av överträdelser av nationella bestämmelser varigenom EU:s direktiv om offentlig upphandling införlivas ska ha tillgång till effektiva rättsmedel enligt nationell lagstiftning för att verklig konkurrens ska kunna möjliggöras på EU-nivå vad gäller förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt.

33. Av detta följer att skadestånd vid tillämpning av direktiv 89/665 inte är avsett som ett oberoende och enhetligt unionsrättsligt begrepp, utan snarare som ett begrepp som definieras i medlemsstaternas lagstiftningar. I direktiv 89/665 framhålls det resultat som processen är tänkt att leda fram till, inte innehållet i bestämmelserna som ska antas i detta syfte, vilka oundvikligen kommer att skilja sig åt mellan medlemsstaterna. Jag noterar i detta sammanhang att unionslagstiftaren har avstått från att ändra artikel 2.1 i direktiv 89/665.¹⁵ I rättspraxis har inte heller angetts några detaljerade kriterier för att konstatera förekomst av skada och dess bedömning vid överträdelser av bestämmelserna som reglerar tilldelning av offentliga kontrakt.

34. I avsaknad av unionsbestämmelser i detta syfte ankommer det därför på varje medlemsstat att i sin rättsordning ange kriterier för att bedöma skador orsakade av överträdelser av unionsrätten i samband med förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt.¹⁶ Såsom flera av parterna i det nationella målet har påpekat – och vilket enligt min mening är en korrekt bedömning – faller dessa frågor inom ramen för medlemsstaternas processuella autonomi.¹⁷ Enligt fast praxis får sådana processuella regler för att kunna väcka talan som säkerställer skyddet av rättigheterna i unionsrätten inte vara mindre förmånliga än de som gäller för liknande situationer som regleras av nationell rätt (likvärdighetsprincipen), och de får inte medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen).¹⁸

35. Slutsatsen att beviljande av skadestånd enligt artikel 2.1 c i direktiv 89/665 ska hanteras inom ramen för medlemsstaternas processuella autonomi vinner även stöd av ytterligare två överväganden. Det första är att denna autonomi utgör ett praktiskt uttryck för subsidiaritetsprincipen i artikel 5 FEU, enligt vilken Europeiska unionen, på de områden där den inte har exklusiv befogenhet, ska vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna. I artikel 19.1 andra stycket FEU, enligt vilken medlemsstaterna ska fastställa möjligheter till överklagande för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten, erkänns implicit betydelsen av denna princip. Det andra är att rättsliga traditioner, förfaranden och rättsmedel kan variera och varierar avsevärt mellan medlemsstaterna. I det nuvarande skedet

¹³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2010, Strabag m.fl. (C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 33) och dom av den 7 augusti 2018, Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:635, punkt 35).

¹⁴ Dom av den 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punkt 58). Se även, analogt, dom av den 11 juli 1985, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (105/84, EU:C:1985:331, punkt 26), där domstolen fann att ett begrepp som återfanns i ett direktiv för att få till stånd en delvis harmonisering inte kunde utgöra ett självständigt unionsrättsligt begrepp, eftersom syftet med direktivet inte var att införa en enhetlig skyddsnivå på grundval av gemensamma kriterier.

¹⁵ Se direktiv 2007/66/EG och direktiv 2014/23.

¹⁶ Dom av den 9 december 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. (C-568/08, EU:C:2010:751, punkt 90).

¹⁷ Dom av den 30 september 2010, Strabag m.fl. (C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 34).

¹⁸ Dom av den 9 december 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. (C-568/08, EU:C:2010:751, punkt 91 och där angiven rättspraxis) och dom av den 26 november 2015, MedEval, (C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 37).

av unionsrättens utveckling är det svårt att föreställa sig en sådan enhetlig ordning för rättsmedel som skulle fungera lika effektivt i alla medlemsstater på området för offentlig upphandling.¹⁹ Det kommer därför inte som någon överraskning för mig, vilket noteras i punkt 33 i detta förslag till avgörande, att unionslagstiftaren än så länge inte har försökt utforma något sådant system.

36. I sina skriftliga och muntliga yttranden hänvisade kommissionen till Eftadomstolens domar i målen Fosen-Linjen I²⁰ och Fosen-Linjen II²¹ där formen för beviljande av skadestånd enligt direktiv 89/665 prövades i samband med ett anspråk till följd av utebliven vinst. Eftadomstolen fastslog att även om prövningsförfarandena enligt direktiv 89/665 bör vara så enhetliga som möjligt för alla företag på den inre marknaden, behöver de inte vara varken homogena eller identiska, eftersom direktiv 89/665 föreskriver en lägsta harmoniseringsnivå.²² Eftadomstolen noterade att beviljande av skadestånd har tre syften: (i) att ersätta förluster, (ii) att återupprätta förtroendet för den tillämpliga rättsliga ramens effektivitet och (iii) att avskräcka upphandlande myndigheter från att agera på ett rättsstridigt sätt och därigenom förbättra efterlevnaden.²³ Eftersom direktiv 89/665 inte innehåller några villkor för beviljande av skadestånd ankommer det i princip på varje EES-stat att i sin rättsordning ange kriterier för att bedöma skador orsakade av överträdelse av lagstiftningen om offentlig upphandling.²⁴ Mot denna bakgrund måste varje EES-stat fastställa nationella bestämmelser, bland annat om orsakssamband och bevisbörda.²⁵ Dessa bestämmelser ska emellertid alltid vara förenliga med likvärdighets- och effektivitetsprinciperna.²⁶ Även om det skulle vara att föredra att överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling korrigerades innan ett offentligt kontrakt ingicks är skadestånd i vissa fall det enda rättsmedlet för sådana överträdelse.²⁷ Av dessa skäl tolkade Eftadomstolen direktiv 89/665 som att EES-staterna är skyldiga att bevilja skadestånd på grund av utebliven vinst till personer som lidit skada av överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling i samband med ett upphandlingsförfarande, trots att specifika skador inte anges i direktivet.²⁸ Dessa domar visar att effektivitetsprincipen kan förhindra att medlemsstaternas rättsordningar utesluter anspråk för vissa typer av skador i förfarandets inledningskede.

37. I och med att domstolen har konstaterat att artikel 2.1 c i direktiv 89/665 är ett uttryck för principen om skadeståndsansvar vid förlust och skada som vållats enskilda till följd av sådana överträdelse av unionsrätten som en medlemsstat är ansvarig för, vilket är en del av Europeiska

¹⁹ Denna omständighet kan delvis förklara varför bestämmelserna om tilldelning av offentliga kontrakt i Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) 2018/1046 av den 18 juli 2018 om finansiella regler för unionens allmänna budget, om ändring av förordningarna (EU) nr 1296/2013, (EU) nr 1301/2013, (EU) nr 1303/2013, (EU) nr 1304/2013, (EU) nr 1309/2013, (EU) nr 1316/2013, (EU) nr 223/2014, (EU) nr 283/2014 och beslut nr 541/2014/EU samt om upphävande av förordning (EU, Euratom) nr 966/2012 (EUT L 193, 2018, s. 1) (nedan kallad budgetförordningen) inte sammanfaller med dem i direktiv 89/665. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 maj 2014, European Dynamics Luxembourg/ECB (T-553/11, EU:T:2014:275, punkt 110), där tribunalen fastslog att den ordning som införts genom direktiv 89/665 inte kunde tillämpas analogt på unionsinstitutionernas tilldelning av offentliga kontrakt.

²⁰ Eftadomstolens dom av den 31 oktober 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Efta Court Report 2017, punkt 90) (nedan kallad domen i målet Fosen-Linjen I).

²¹ Eftadomstolens dom av den 1 augusti 2019, Fosen-Linjen/AtB (E-7/18, Efta Court Report 2019) (nedan kallad domen i målet Fosen-Linjen II).

²² Se, för ett liknande resonemang, Eftadomstolens dom av den 31 oktober 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Efta Court Report 2017, punkt 67) och dom av den 1 augusti 2019, Fosen-Linjen/AtB (E-7/18, Efta Court Report 2019, punkt 109).

²³ Eftadomstolens dom av den 31 oktober 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Efta Court Report 2017, punkt 76).

²⁴ Ibidem (punkterna 69 och 70).

²⁵ Se, för ett liknande resonemang, ibidem (punkterna 89 och 108).

²⁶ Eftadomstolens dom av den 31 oktober 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Efta Court Report 2017, punkt 70) och dom av den 1 augusti 2019, Fosen-Linjen/AtB (E-7/18, Efta Court Report 2019, punkt 114).

²⁷ Eftadomstolens dom av den 31 oktober 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Efta Court Report 2017, punkt 73).

²⁸ Eftadomstolens dom av den 31 oktober 2017, Fosen-Linjen/AtB (E-16/16, Efta Court Report 2017, punkt 90) och dom av den 1 augusti 2019, Fosen-Linjen/AtB (E-7/18, Efta Court Report 2019, punkterna 115 och 116).

unionens rättsordning,²⁹ är det också nödvändigt att, såsom den franska regeringen påpekade i sitt skriftliga yttrande, granska domstolens rättspraxis gällande de allmänna villkor under vilka medlemsstaterna ådrar sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar för överträdelser av unionsrätten.

38. Sedan den betydelsefulla domen i målet *Francovich* är det fast praxis att enskilda som lidit skada vid sådana överträdelser av unionsrätten som begåtts av en medlemsstat eller en av dess förlängningar har rätt till gottgörelse, under förutsättning att följande tre villkor är uppfyllda: (i) den unionsrättsliga bestämmelse som överträtts är avsedd att tilldela personerna rättigheter, (ii) överträdelsen av bestämmelsen är tillräckligt allvarlig och (iii) det finns ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den påstådda förlusten eller skadan.³⁰ I den domen slog domstolen dessutom fast att även om enskildas rätt till gottgörelse har sin direkta grund i unionsrätten, är det genom hänvisning till bestämmelser i den nationella skadeståndsrätten som en medlemsstat gottgör konsekvenserna av förlust och skada till följd av dess överträdelse.³¹ Det ankommer på medlemsstaterna att i sina nationella lagstiftningar ange de materiella och formella villkoren för gottgörelse av förlust och skada, vilka alltid ska uppfylla effektivitetsprincipen.³²

39. I domen i målet *Brasserie du Pêcheur* klargjorde domstolen ytterligare de kriterier som reglerar ersättning.³³ Den fann att unionsrätten inte innehåller några särskilda kriterier för de olika typer av skador som de hänskjutande domstolarna hade identifierat,³⁴ vilket är en fråga för nationell rätt med förbehåll för iakttagande av likvärdighets- och effektivitetsprinciperna.³⁵ Domstolen tillade att unionsrätten inte tillåter att utebliven vinst helt utesluts som skada,

²⁹ Dom av den 9 december 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie* m.fl. (C-568/08, EU:C:2010:751, punkt 87).

³⁰ Dom av den 19 november 1991, *Francovich* m.fl. (C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428, punkt 40) (nedan kallad domen i målet *Francovich*) och dom av den 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur* och *Factortame* (C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79, punkt 51) (nedan kallad domen i målet *Brasserie du Pêcheur*).

³¹ Dom av den 19 november 1991, *Francovich* m.fl. (C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428, punkt 42). Se även dom av den 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur* och *Factortame* (C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79, punkt 67), dom av den 30 september 2003, *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 58) och dom av den 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, punkt 123).

³² Dom av den 19 november 1991, *Francovich* m.fl. (C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428, punkt 43). Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 17 april 2007, *A.G.M.-COS.MET* (C-470/03, EU:C:2007:213, punkt 89) och förslag till avgörande av generaladvokat Geelhoed i målet *GAT* (C-315/01, EU:C:2002:573, punkt 64).

³³ Dom av den 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur* och *Factortame* (C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79, punkt 81).

³⁴ Den nationella domstolen nämnde uttryckligen kostnader, uteblivna vinster, uteblivna inkomster och förluster till följd av försäljning till underpris i samband med detta (*ibidem*, punkt 14).

³⁵ *Ibidem*, punkterna 83, 84 och 88.

I doktrin gällande medlemsstaternas utomobligatoriska skadeståndsansvar vid åsidosättande av unionsrätten förefaller den gemensamma uppfattningen uttryckas att samtidigt som unionsrätten föreskriver en rätt till ersättning, ankommer det på medlemsstaterna att i sina rättssystem ange det exakta innehållet i rättsmedlen, med förbehåll för iakttagande av likvärdighets- och effektivitetsprinciperna. Det har även noterats att eftersom domstolen inte har försökt definiera begreppet skada, har denna fråga överlåtits till nationell lagstiftning. Se W. Van Gerven, "Of rights, remedies and procedures", *Common Market Law Review*, nr 37, 2000, s. 511 och 512. Se även H. Christ, "Compensation for Damage: The Non-Contractual Liability of Member States and EU Institutions for Breaches of EU Law", i V. Colcelli och R. Arnold (red.), *Europeanization Through Private Law Instruments*, Universitätsverlag Regensburg, 2016, s. 213; A. Biondi och M. Farley, *The Right to Damages in European Law*, Kluwer Law International, 2009, s. 76–83; K. Gutman, "Liability for breach of EU law by the Union, Member States and individuals: damages, enforcement and effective judicial protection", i A. Lazowski och S. Blockmans (red.), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Edward Elgar Law, 2016, s. 460.

Flera författare på området skadestånd inom offentlig upphandling anser på ett liknande sätt att det är bäst att låta begreppet skada definieras i medlemsstaternas rättsordningar på grundval av principen om nationell processuell autonomi, med förbehåll för iakttagande av likvärdighets- och effektivitetsprinciperna. Se S. Treumer, "Basis and conditions for a damages claim for breach of the EU public procurement rules", i D. Fairgrieve och F. Lichère, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart, 2011, s. 150. Se även R. Caranta, "Damages for breaches of EU public procurement Law: Issues of causation and recoverable losses", i D. Fairgrieve och F. Lichère, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart, 2011, s. 167–184; H. Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, s. 52–60.

eftersom en sådan uteslutning skulle strida mot effektivitetsprincipen.³⁶ I ett annat mål om medlemsstaternas utomobligatoriska skadeståndsansvar vid överträdelser av unionsrätten menade generaladvokat Léger att en ersättningsgill skada inte bara behöver bestå av utebliven vinst, utan också kan utgöras av en ”försummad möjlighet”, under förutsättning att den senare är en tillräckligt säker följd av den påstådda överträdelser.³⁷ På arbetsrättsområdet har domstolen funnit att en rätt att begära skadestånd på grund av förlorad möjlighet kan vara ett lämpligt sätt att undanröja följderna av ett åsidosättande av unionsrätten och överensstämma med effektivitetsprincipen.³⁸ Dessa överväganden visar att räckvidden för medlemsstaternas processuella autonomi är begränsad, eftersom domstolen kan fastställa specifika skyldigheter för att säkerställa att enskilda som lidit skada vid överträdelser av unionsrätten erhåller en lägsta skyddsnivå.

40. Den österrikiska, den tjeckiska och den slovakiska regeringen hävdar att unionsdomstolarnas rättspraxis om förlorad möjlighet till följd av rättsstridigheter i samband med unionsinstitutionernas tilldelning av offentliga kontrakt inte är direkt tillämplig på de omständigheter under vilka tolkningsfrågorna har hänskjutits. Jag delar denna uppfattning. Av någon anledning skiljer sig bestämmelserna som reglerar prövningen av unionsinstitutionernas tilldelning av offentliga kontrakt från de som reglerar upphandlande myndigheters tilldelning av offentliga kontrakt.³⁹ Även om tribunalen har konstaterat att en anbudsgivare som rättsstridigt har uteslutits från ett förfarande för en unionsinstitutioners tilldelning av ett offentligt kontrakt kan begära skadestånd för förlorad möjlighet,⁴⁰ avser denna rättspraxis Europeiska unionens utomobligatoriska skadeståndsansvar, inte medlemsstaternas.⁴¹ Det bör erinras om att rollen som unionsdomstolarna spelar under sådana omständigheter liknar den som medlemsstaternas domstolar fullgör när de tillämpar sina respektive nationella processuella regler. Det är i detta specifika sammanhang som unionsrätten ska tillämpas för att reglera alla aspekter av lagstiftningen om unionsinstitutionernas tilldelning av offentliga kontrakt, däribland frågan om sådant utomobligatoriskt skadeståndsansvar som kan uppkomma. Det förefaller framgå av rättspraxis gällande skadestånd till följd av unionsinstitutionernas åsidosättande av lagstiftningen om tilldelning av offentliga kontrakt att utebliven vinst och förlorad möjlighet är olika begrepp. Utebliven vinst bedöms genom att hänvisa till ersättning för förlusten av ett kontrakt, medan

³⁶ Dom av den 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur och Factortame* (C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79, punkt 87). Se även dom av den 17 april 2007, *A.G.M.-COS.MET* (C-470/03, EU:C:2007:213, punkt 89). Domstolen nådde samma slutsats beträffande enskildas utomobligatoriska skadeståndsansvar för överträdelser av unionsrätten (dom av den 13 juli 2006, *Manfredi m.fl.*, C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punkterna 95 och 96).

Enligt vissa författare speglar domstolens rättspraxis om medlemsstaternas utomobligatoriska skadeståndsansvar den delikata balansen (och spänningen) mellan enhetlighet och mångfald, genom samspelet mellan nationell processuell autonomi och principerna om likvärdighet och effektivitet. Se K. Gutman, ”Liability for breach of EU law by the Union, Member States and individuals: damages, enforcement and effective judicial protection”, i A. Lazowski och S. Blockmans (red.), *Research handbook on EU institutional law*, Edward Elgar Law, 2016, s. 465.

³⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Léger i målet *Hedley Lomas* (C-5/94, EU:C:1995:193, punkt 183).

³⁸ Dom av den 7 mars 2018, *Santoro* (C-494/16, EU:C:2018:166, punkt 50).

³⁹ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 maj 2008, *Belfass/rådet* (T-495/04, EU:T:2008:160, punkt 43), dom av den 3 mars 2011, *Evropaiki Dynamiki/kommissionen* (T-589/08, EU:T:2011:73, punkterna 22 och 23) och dom av den 12 juli 2012, *Evropaiki Dynamiki/Frontex* (T-476/07, EU:T:2012:366, punkterna 39–41).

⁴⁰ Se, bland annat, dom av den 20 september 2011, *Evropaiki Dynamiki/EIB* (T-461/08, EU:T:2011:494, punkt 66), dom av den 28 februari 2018, *Vakakis kai Synergates/kommissionen* (T-292/15, EU:T:2018:103, punkterna 186–193), dom av den 14 december 2018, *East West Consulting/kommissionen* (T-298/16, EU:T:2018:967, punkt 176) och dom av den 12 februari 2019, *Vakakis kai Synergates/kommissionen* (T-292/15, EU:T:2019:84, punkt 53).

⁴¹ Unionsinstitutionernas tilldelning av offentliga kontrakt regleras av budgetförordningen. Denna förordning är inte tillämplig på tilldelning av offentliga kontrakt av medlemsstaternas upphandlande myndigheter, som i allt väsentligt regleras av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

förlorad möjlighet utgörs av ersättning för en förlust av en möjlighet att ingå ett kontrakt.⁴² Begreppet förlorad möjlighet förefaller också erkännas i samband med en skadeståndstalan med stöd av EU:s tjänsteföreskrifter och Europeiska unionens utomobligatoriska skadeståndsansvar.⁴³

41. Både med utgångspunkt i lydelsen i artikel 2.1 c i direktiv 89/665 och i målen som direktivet eftersträvar – mot bakgrund av de allmänna principer som styr medlemsstaternas utomobligatoriska skadeståndsansvar för överträdelse av unionsrätten – går det att dra slutsatsen att det ankommer på medlemsstaterna att i sina lagstiftningar definiera för vilka skador en anbudsgivare som rättsstridigt har uteslutits från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt kan begära ersättning, under förutsättning att de nationella bestämmelserna uppfyller principerna om likvärdighet och effektivitet.

42. Det finns ingenting i de handlingar som har inkommit till domstolen som tyder på att det nu aktuella målet skulle innefatta någon kränkning av likvärdighetsprincipen. Frågan som kvarstår är om en sådan tolkning av den nationella lagstiftningen, vilken inte leder till beviljande av skadestånd på grund av förlorad möjlighet, är förenlig med effektivitetsprincipen, såsom den definieras i punkt 34 i detta förslag till avgörande. I detta sammanhang får varken effektiviteten av direktiv 89/665 eller de rättigheter som det ger enskilda undergrävas.⁴⁴ Domstolen har slagit fast att nationella bestämmelser enligt vilka uppsåt eller oaktsamhet från de upphandlande myndigheternas sida utgör en förutsättning för beviljande av skadestånd strider mot direktiv 89/665, eftersom sådana bestämmelser hindrar att unionens politik om offentlig upphandling får full effekt.⁴⁵

43. När en anbudsgivare uppnår ett domstolsavgörande enligt vilket dess uteslutning från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt var rättsstridigt, och den upphandlande myndigheten har ingått kontraktet med en annan anbudsgivare, förefaller ett uteslutande av varje möjlighet att begära skadestånd för den förlorade möjligheten att vinna kontraktet innebära en kränkning av effektivitetsprincipen. En sådan situation är oförenlig med syftet med direktiv 89/665, vilket är att säkerställa effektiva rättsmedel mot beslut av upphandlande myndigheter som fattats i strid med unionsrätten, eftersom en person som lidit skada skulle berövas det kompletterande rättsmedel som föreskrivs i artikel 2.1 i direktiv 89/665, nämligen beviljande av skadestånd. Det ankommer på medlemsstaterna att i sina lagstiftningar fastställa de villkor under vilka en sådan begäran kan beviljas, inbegripet bevisbörda och beviskrav, orsakssamband samt beräkning av ett eventuellt skadeståndsbelopp.⁴⁶

44. I § 442.1 i civillagen föreskrivs att, vid talan om skadestånd, ska ersättning beviljas för vållad skada och utebliven vinst. Av beslutet om hänskjutande förefaller det framgå att de nationella domstolarnas rättspraxis inte föreskriver att skadestånd ska beviljas för en förlorad möjlighet att vinna ett offentligt kontrakt. Den slovakiska regeringen uppgav vid förhandlingen att enligt den

⁴² Dom av den 28 februari 2018, *Vakakis kai Synergates/kommissionen* (T-292/15, EU:T:2018:103, punkt 188).

⁴³ När det gäller personalmål, se dom av den 21 februari 2008, *kommissionen/Girardot* (C-348/06 P, EU:C:2008:107, punkt 55) och dom av den 27 oktober 1994, *C/kommissionen* (T-47/93, EU:T:1994:262, punkterna 54 och 55). Se även förslag till avgörande av generaladvokat Cruz Villalón i målet *Giordano/kommissionen* (C-611/12 P, EU:C:2014:195), där det förklaras att begreppet förlust av möjlighet inom skadeståndsrätten är kopplat till uppkomsten av "riskteori", genom vilken man kan beräkna graden av sannolikhet för framtida händelser. När det gäller Europeiska unionens allmänna utomobligatoriska skadeståndsansvar för överträdelse av unionsrätten, se dom av den 8 maj 2007, *Citymo/kommissionen* (T-271/04, EU:T:2007:128, punkterna 180–182).

⁴⁴ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 augusti 2018, *Hochtief* (C-300/17, EU:C:2018:635, punkt 38).

⁴⁵ Dom av den 10 januari 2008, *kommissionen/Portugal* (C-70/06, EU:C:2008:3, punkt 42).

⁴⁶ Enligt Schebestra skulle teorin om förlorade möjligheter kunna erbjuda en lösning på det återkommande problemet med den hypotetiska naturen hos förluster för en anbudsgivare vars anbud har förkastats. H. Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, s. 205.

nationella lagstiftningen är ”förlorad möjlighet” en del av begreppet utebliven vinst, vilket kan ligga till grund för beviljande av skadestånd, under förutsättning att den person som lidit skada kan visa att den hade en mycket stor möjlighet att tilldelas det offentliga kontraktet.

45. Eftersom den hänskjutande domstolen är ensam behörig att tolka och tillämpa nationell lagstiftning ankommer det på den domstolen att, i möjligaste mån, tolka de bestämmelser som reglerar skadeståndsanspråk på ett sätt som säkerställer iakttagandet av effektivitetsprincipen. Den nationella domstolen ska, när den tillämpar den nationella lagstiftningen, i så stor utsträckning som möjligt tolka den i överensstämmelse med unionsrätten. Genom denna tolkning ska erkända gränser iakttagas, i synnerhet förbudet mot en tolkning *contra legem* av nationell lagstiftning. Om en nationell domstol inte kan göra en sådan tolkning måste den tillämpa unionsrätten fullt ut för att skydda de rättigheter som den ger enskilda, i förekommande fall genom att underlåta att tillämpa bestämmelser som skulle ge ett resultat som står i strid med unionsrätten, förutsatt att den relevanta unionsrättsliga bestämmelsen har direkt effekt.⁴⁷ I detta sammanhang har domstolen redan fastställt att skyldigheten att tolka nationell lagstiftning i överensstämmelse med unionsrätten kan innebära ett krav på att de nationella domstolarna ändrar sin fasta rättspraxis, om den grundas på tolkningar som är oförenliga med unionsrätten.⁴⁸

V. Förslag till avgörande

46. Jag föreslår att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Okresný súd Bratislava II (Distriktsdomstolen för Bratislava II, Slovakien) på följande sätt:

Artikel 2.1 c 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 ska tolkas på följande sätt:

Det ankommer på medlemsstaterna att i sina lagstiftningar fastställa de villkor under vilka en nationell domstol kan avgöra ett skadeståndsanspråk från en anbudsgivare som rättsstridigt har uteslutits från ett förfarande för tilldelning av ett sådant offentligt kontrakt som omfattas av direktivet. Dessa villkor inbegriper bevisbörda och beviskrav, orsakssamband samt beräkning av ett eventuellt skadeståndsbelopp. Medlemsstaternas lagstiftningar måste i detta avseende uppfylla principerna om likvärdighet och effektivitet. Enligt effektivitetsprincipen kan en nationell domstol inte förlita sig på en praxis enligt vilken en anbudsgivare som rättsstridigt har uteslutits från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt hindras från att begära skadestånd för en förlorad möjlighet att tilldelas kontraktet.

⁴⁷ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 februari 2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, punkterna 62–64) och dom av den 11 oktober 2007, Lämmerzahl (C-241/06, EU:C:2007:597, punkterna 62 och 63). Se även dom av den 24 juni 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punkterna 55, 61 och 62).

⁴⁸ Dom av den 24 juni 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punkt 78).